



Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 30.04.2020
Revizyon Talebi: 16.05.2020
Son revizyon teslimi: 19.05.2020
Kabul: 18.08.2020
Online Yayın: 27.10.2020

Uluslararası Hukuk ve Karşılaştırmalı Hukukta İdari Gözetime Alternatif Tedbirler

Alternatives to Immigration Detention in Comparative Law and International Law

Meltem İneli Çiğer*

Öz

İdari gözetime alternatif tedbirleri, idari gözetime göre yabancıların temel hak ve özgürlüklerini daha az kısıtlayan tedbirler ve yükümlülükler olarak tanımlamak mümkündür. 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda 6 Aralık 2019 tarihinde yapılan değişiklik ile mevzuatımıza idari gözetime alternatif tedbirler getirilmiştir. İdari gözetime alternatif tedbirlerin kanunumuzda düzenlenmesi ülkemizdeki göçmenlerin özgürlük ve güvenlik hakkı bakımından oldukça önemli bir gelişme teşkil etse de Türk hukuk doktrininde bu konuda yapılan çalışmaların sayısı oldukça sınırlıdır. Makalenin amacı uluslararası hukuk ve karşılaştırmalı hukukta idari gözetime alternatif tedbirleri incelemek suretiyle doktrine katkıda bulunmaktır. Makalenin ilk kısmında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de dahil olmak üzere ilgili uluslararası hukuk belgeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları incelenmek suretiyle idari gözetime alternatif tedbirlere ilişkin uluslararası hukuk çerçevesi ve insan hakları temelli idari gözetim alternatiflerinin unsurları ortaya konulacaktır. Makalenin ikinci kısmında ise idari gözetime alternatif tedbirlerin Birleşik Krallık, Kanada ve Avusturya hukukunda ne şekilde düzenlendiği ve uygulamada hangi hususlara dikkat edildiği incelenecektir. Bu incelemeler ışığında makalenin sonuç kısmında ise ülkemizde idari gözetime alternatif tedbirlerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili bazı tespit ve önerilere yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler

Göç bağlamında idari gözetime alternatif tedbir- AİHS m. 5- özgürlük ve güvenlik hakkı- Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m 57/A- teminat- elektronik izleme- elektronik kelepçe

Abstract

The term 'alternatives to detention' refers to the range of measures that fall short of full deprivation of liberty or administrative detention. The Turkish Law on Foreigners and International Protection (Law No 7196) was amended on 6 December 2019. With this amendment, alternatives to immigration detention were introduced to the Turkish asylum laws. Introduction of these alternatives constitutes an important development especially considering its implications for the right to liberty and security of migrants in Turkey. Despite this importance, there are very few academic sources written in Turkish on this matter. The aim of this article is to contribute to the existing literature by examining alternatives to immigration detention in international law and comparative law. In doing so, the first part of the article will examine the international law framework and identify elements of alternatives to immigration detention that are in line with fundamental rights through an analysis of the relevant literature and the European Court of Human Rights jurisprudence. Whereas, the second part of the article will analyse how the alternatives to immigration detention are regulated and implemented in the United Kingdom, Canada and Austria. In light of this analysis, the conclusion will make a number of recommendations on the regulation and implementation of the alternatives to immigration detention in Turkey.

Keywords

Alternatives to immigration detention- ECHR art 5- right to freedom and security- Turkish Law on Foreigners and International Protection art 57/A- deposit- electronic monitoring – electronic tagging

Yazar makalenin taslak çalışmaları esnasındaki değerli yorumları için Meltem Hamit'e teşekkür etmek istemektedir.

* **Sorumlu Yazar:** Meltem İneli Çiğer (Dr. Öğr. Üyesi), Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye. E-posta: meltemciger@sdu.edu.tr ORCID: 0000-0003-4440-4042

Atf: İneli Çiğer M, "Uluslararası Hukuk ve Karşılaştırmalı Hukukta İdari Gözetime Alternatif Tedbirler" (2020) 40(2) PPIL 799.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0025>



Extended Summary

The right to liberty and security is secured under Article 5 of the European Convention on Human Rights (ECHR). Article 5 of the ECHR provides “*Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law: (f) the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.*” One of the exceptions, contained in sub-paragraph (f) of Article 5(1), permits states to control the liberty of aliens in an immigration context; nevertheless, the ECHR requires that any deprivation of liberty should be in keeping with the purpose of Article 5, namely to protect the individual from arbitrariness.

The European Court of Human Rights (ECtHR) has found in a number of cases, especially those concerning vulnerable individuals, that the Contracting Parties have violated the European Convention on Human Rights by arbitrarily detaining persons in cases where less coercive measures could have been used. Established case law of the Court suggests that immigration detention should be a measure of last resort especially in the case of vulnerable individuals and immigration detention should follow after an actual verification that no other measure involving a lesser restriction of their freedom could be put in place. These measures involving a lesser restriction of migrants’ freedom and security include alternatives to immigration detention. According to the International Detention Coalition (IDC), alternatives to immigration detention can be defined as “Any law, policy or practice by which persons are not detained for reasons relating to their migration status.” (IDC 2015) Alternatives to immigration detention may include the following measures: obligation to surrender passports or travel documents, residence restrictions, release on bail and provision of sureties by third parties, regular reporting to the authorities, placement in open facilities with caseworker support, electronic monitoring. (FRA 2015)

On 6 December 2019, the Turkish Law on Foreigners and International Protection (Law No 7196) was amended with the adoption of Law no 7196. With the amendment of article 57 of the Law on Foreigners and International Protection and the newly added article 57/A, alternatives to immigration detention were introduced to the Turkish laws. Introduction of the alternatives to immigration detention constitutes an important development especially considering its possible effect on the right to liberty and security of asylum seekers and migrants in Turkey, especially those detained in Removal Centres. Turkey, at the time of writing, has 28 Removal Centres that have the capacity to hold 20,000 persons in total. Despite this important point there are very few academic sources written in Turkish on alternatives to immigration detention. The article examines how international law and the United Kingdom, Canadian and Austrian laws confront alternatives to immigration detention. By

examining alternatives to immigration detention in international law and comparative law, the article aims to fill the gap in Turkish legal literature concerning alternatives to immigration detention.

The article consists of two main parts. The first part of the article will examine the international law framework concerning alternatives to immigration detention and identify elements of a policy on alternatives to immigration detention that is in line with the fundamental human rights through an analysis of international instruments and the jurisprudence of the European Court of Human Rights. Whereas, the second part will analyse how the alternatives to immigration detention are regulated and implemented in the United Kingdom, Canada and Austria. In light of this analysis, the conclusion will offer a number of recommendations on the regulation and implementation of the alternatives to immigration detention in Turkey.

Uluslararası Hukuk ve Karşılaştırmalı Hukukta İdari Gözetime Alternatif Tedbirler

Giriş

6.12.2019 tarihli ve 7196 sayılı Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik yapılmasına Dair Kanun¹ ile 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun (YUKK)² bazı maddelerinde değişiklik yapılmış ve kanuna bazı ek maddeler getirilmiştir. YUKK m. 57'de yapılan değişiklik ile kaçma ve kaybolma riski bulunan, Türkiye'ye giriş veya çıkış kurallarını ihlal 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 oluşturan yabancılar veya bu kapsamda olup idari gözetimi sonlandırılan yabancılar hakkında idari gözetime alternatif yükümlülükler getirilebileceği düzenlenmiştir. Belirli adreste ikamet etme, bildirimde bulunma, aile temelli geri dönüş, geri dönüş danışmanlığı, kamu yararına hizmetlerde gönüllülük esasıyla görev alma, teminat ve elektronik izleme olmak üzere YUKK m. 57/A ile hukukumuzda idari gözetime alternatif yedi tedbir getirilmiştir. Söz konusu alternatiflere ilişkin detaylı düzenlemenin yakın zamanda ikincil mevzuat ile yapılması beklenmektedir.

Makalenin yazım tarihinde Türkiye'de yabancıların sınır dışı amacıyla idari gözetim altında tutulması için kurulmuş toplam 20.000 kişi kapasiteli olmak üzere 28 Geri Gönderme Merkezi bulunmaktadır.³ İdari gözetime alternatif tedbirler Geri Gönderme Merkezlerinde tutulan çok sayıda yabancıların salıverilmesi ve gelecekte birçok yabancıların özgürlüğünün kısıtlanmaması anlamına gelmekte ve bu nedenle oldukça önemli bir araştırma konusu teşkil etmektedir. İdari gözetime alternatif tedbirlerin uygulanması ile Geri Gönderme Merkezlerinde tutulan çok sayıda yabancıların salıverilmesi ve hakkında sınır dışı kararı verilen yabancıların özgürlük ve güvenlik hakkının daha az kısıtlanması söz konusu olacaktır. Bu husus dikkate alındığında idari gözetime alternatif tedbirler oldukça önemli bir araştırma konusu teşkil etmektedir.⁴ İdari gözetime alternatif tedbirleri konu edinen birçok yabancı

1 Kanun Numarası: 7196, Kabul Tarihi: 06.12.2019, RG 24.12.2019/30988.

2 Kanun Numarası: 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Kabul Tarihi: 04.04.2003, RG 11.04.2013/28615.

3 Göç İdaresi Genel Müdürlüğü, İstatistikler- Geri Gönderme Merkezleri, <<https://www.goc.gov.tr/geri-gonderme-merkezleri33>> Erişim Tarihi 30 April 2020.

4 YUKK'da yapılan değişiklikleri değerlendiren kaynaklar için bkz. Antalya Barosu İnsan Hakları Merkezi, Dünya Evimiz Derneği, Uluslararası Dayanışma Derneği, Göç Araştırmaları Derneği (GAR), Göçmen Dayanışma Derneği, Hak İnişiyatifi Derneği, Halkların Dayanışma Köprüsü Derneği, İltica ve Göç Araştırmaları Derneği (İGAM), İnsan Hakları Derneği (İHD), İnsan Hakları Gündemi Derneği (İHGD), İzmir'de Suriyeli Mültecilerle Dayanışma Derneği, Kaos GL, Kırkayak Kültür, Medya ve Mülteci Hakları Derneği, Mültecilerle Dayanışma Derneği (Mülteci-der), Uluslararası Mülteci Hakları Derneği, Van Barosu, Yurttaşlık Derneği, Yuva Derneği, YUKK Değişiklikleri Hakkında Ortak Değerlendirme (2019) <<https://www.gocarastirmalari.dernegi.org/attachments/article/144/yukk-degisiklikleri-hakkinda-ortak-degerlendirme.pdf>> Erişim Tarihi 30 April 2020; Ankara Barosu Duyurusu, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, <<http://ankarabarosu.org.tr/HaberDuyuru.aspx?DUYURU&=4306>> Erişim Tarihi 30 April 2020; Uluslararası Mülteci Hakları Derneği, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı İncelemesi (2019) <<https://www.umhd.org.tr/wp-content/uploads/2019/11/kanun-tasla%C4%9F%C4%B1-incelemesi.pdf>> Erişim Tarihi 30 April 2020; Barış Teksoy, 'İdari Gözetim Altına Alınan Yabancıların Elektronik ve İletişim Cihazlarının İncelenmesine İlişkin Hükümün Değerlendirilmesi' (2020) 75(2) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 517-556.

kaynak⁵ ve idari gözetimi konu edinen birçok Türkçe kaynak⁶ mevcut olmakla birlikte makalenin yazım tarihinde idari gözetime alternatif tedbirleri kapsamlı şekilde inceleyen oldukça sınırlı sayıda Türkçe kaynak bulunmaktadır.⁷ Makalenin amacı idari gözetime alternatif tedbirlere ilişkin uluslararası hukuk çerçevesi ve insan hakları temelli idari gözetim alternatiflerinin unsurlarını belirleyip bu tedbirlerin Birleşik Krallık⁸, Kanada ve Avusturya mevzuatında ne şekilde düzenlendiğini ortaya koyarak Türk hukuk doktrinine katkıda bulunmaktır. Makalede karşılaştırmalı hukuk analizi bakımından Birleşik Krallık, Kanada ve Avusturya hukukunun seçilme nedeni söz konusu devletlerin idari gözetime alternatif tedbirleri yasa ve ikincil yasal düzenlemeler ile detaylı şekilde düzenleyip, kapsamlı uygulama rehberleri hazırlamış olmalarıdır.

Makalenin ilk kısmında uluslararası hukukta idari gözetime alternatif tedbirlere ilişkin ilkeler ve insan hakları temelli etkin idari gözetim alternatiflerinin unsurları tespit edilmiş, özellikle bu tedbirlere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında ne şekilde yer verildiği ortaya konulmuştur. İkinci kısımda ise idari gözetime alternatif tedbirlerin Birleşik Krallık, Kanada ve Avusturya hukukunda ne şekilde düzenlendiği ve bu ülkelerde nasıl uygulandığı incelenmiştir. Sonuç ve

- 5 Bu kaynaklardan bazıları için bkz. Forced Migration Review No. 44 - Detention, 'Alternatives to Detention, and Deportation', Refugee Studies Centre, (2013); Council of Europe, 'Human Rights and Migration. Legal and practical aspects of effective alternatives to detention in the context of migration' Analysis of the Steering Committee for Human Rights (CDDH), 7 December 2017 <<https://rm.coe.int/legal-and-practical-aspects-of-effective-alternatives-to-detention-in-16808f699f>> Erişim Tarihi 30 April 2020 (bundan sonra CDDH Report); International Detention Coalition (IDC), *There are Alternatives: A handbook for preventing unnecessary immigration detention* (revised edition 2015), <<https://idcoalition.org/wp-content/uploads/2015/10/There-Are-Alternatives-2015.pdf>> Erişim Tarihi 30 April 2020, s.7; European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), 'Alternatives to detention for asylum seekers and people in return procedures' (2015) <<https://fra.europa.eu/en/publication/2015/alternatives-detention-asylum-seekers-and-people-return-procedures>> Erişim Tarihi 30 April 2020; Alice Bloomfield, 'Alternatives to detention at a crossroads: Humanisation or criminalisation?' (2016) 35(1) Refugee Survey Quarterly 29-46; Philippe De Bruycker, Alice Bloomfield, Lilian Tsourdi, Joanna Pétin (Eds.) *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU Time for Implementation* (2015) <<https://odyssey-network.eu/wp-content/uploads/2015/02/FINAL-REPORT-Alternatives-to-detention-in-the-EU.pdf>> Erişim Tarihi 30 April 2020; EMN, 'The use of detention and alternatives to detention in the context of immigration policies Synthesis Report' (2014) <<https://www.refworld.org/docid/546dd6f24.html>> Erişim Tarihi 30 April 2020.
- 6 Nuray Ekşi, *6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim* (1st edn, Beta Yayınevi 2014); İlke Göçmen, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Avrupa Birliği ve Türkiye Göç Hukuku* (1st edn, Seçkin Yayınevi 2015) s. 337-389; Işıl Özkan, *Göç ve Sığınma Hukuku* (3rd edn, Seçkin Yayınevi 2018); Döndü Kuşçu, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Sınır Dışı Edilmeleri* (Onikilevha Yayınları 2017) 124-151; Bülent Çiçekli, *Yabancılar ve Mülteciler Hukuku* (6. Baskı, Seçkin 2016) 172 vd.; Merve Akbulut, *Türk ve Yabancılar Hukukunda İdari gözetim* (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2018); Başak Türkgenç, *Türkiye'de İdari Gözetim Kurumu: Hukuki Rejim ve Uygulama* (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2018); Simin Yalçıntaş Deli, *Uluslararası İnsan Hakları ve Mülteci Hukuku İle 6458 Sayılı Kanuna Göre Sığınmacıların İdari Gözetimi* (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2020).
- 7 İdari gözetime alternatif yükümlülükler de dahil olmak üzere 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Aralık 2019 tarihinde yapılan değişiklikleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında değerlendiren çalışma için bkz. Meltem İneli Çiğler, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yabancılar ve Uluslararası Koruma' Kanunu'nda Aralık 2019'da Yapılan Bazı Değişikliklerin Değerlendirilmesi' (2020) 26(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi *Gelecek Sayı*; idari gözetime alternatif tedbirlere değinen yayımlar için bkz. International Detention Coalition (IDC) ve Mülteci Hakları Merkezi (MHD), 'İdari gözetime Alternatifler Göç yönetimi kapsamındaki gerekli olmayan idari gözetimi önlemeye yönelik El kitabı (Gözden geçirilmiş baskı)' (2015) <https://www.mhd.org.tr/images/yayinlar/Mhm_Idari_Gozetime_Alternatifler.pdf> Erişim Tarihi 30 April 2020; Kuşçu (n 6) 131; Akbulut (n 6) 48-55; Yalçıntaş Deli (n 6) 230, 231.
- 8 Bu makalede İngiliz hukuku yerine Birleşik Krallık hukuku terimi kullanılmıştır, bunun nedeni incelemeye esas olan Birleşik Krallık Göç Yasası'nın (Immigration Act 2016) sadece İngiltere için değil İskoçya, Galler, Kuzey İrlanda ve İngiltere için de yürürlükte olmasıdır.

değerlendirmeler kısmında ise birinci ve ikinci kısımda yapılan değerlendirmeler ışığında ülkemizde idari gözetime alternatif tedbirlerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili bazı tespit ve önerilere yer verilmiştir.

I. Uluslararası Hukukta İdari Gözetime Alternatif Tedbirler

A. Genel olarak, Uluslararası Hukukta İdari Gözetime Alternatif Tedbirler

İdari gözetime alternatif tedbir kavramının herkesçe kabul edilmiş evrensel bir tanımı bulunmamakla birlikte; bu terim genellikle idari gözetime göre temel hak ve özgürlükleri daha az kısıtlayan tedbirleri ve yükümlülükleri kapsamaktadır.⁹ İdari gözetime alternatif tedbirlerin idari gözetime göre daha insani olduğu, temel hak ve özgürlüklere daha az kısıtlama ve kamu maliyesine daha az yük getirdiği kabul etmektedir.¹⁰ İdari gözetime alternatif tedbirler arasında bildirim yükümlülükleri, seyahat dokümanına el konulması şartı, devlet tarafından belirlenen yerlerde, açık ve yarı açık merkezlerde veya geri dönüş evlerinde kalma zorunluluğu, ikamet sınırlamaları, vaka yönetimi, geri dönüş danışmanlığı ve geri dönüş yardımları, teminat, garantör/destekçi gösterme ve elektronik kelepçe, ses ve uydu teknolojileri ile izleme yer almaktadır.¹¹ Alternatif tedbirler bunlar ile sınırlı olmayıp, söz konusu listeyi genişletmek mümkündür.

İdari gözetime alternatif tedbirleri emredici kurallar ile düzenleyen uluslararası bir sözleşme bulunmamaktadır. Buna rağmen, göçmenlere ilişkin olarak uygulanan idari gözetimin özellikle hassas durumda olan bireyler için son çare olması gerektiğini belirten ve devletlerin idari gözetime alternatif tedbirleri uygulamasını tavsiye eden çok sayıda uluslararası hukuk belgesinden söz etmek mümkündür.¹² Örneğin; Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu A/RES/63/184 sayılı kararında devletleri göçmenlerin insan haklarını ve onuruna saygı göstermeye ve imkânlar dahilinde idari gözetime alternatif tedbirler uygulamaya çağırmıştır.¹³ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu bu çağırışı A/RES/64/166 sayılı¹⁴ ve A/RES/67/172¹⁵ sayılı kararlarında yinelemiştir.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi ise göç bağlamında idari gözetimin gerekli, makul ve orantılı (ölçülü) olması ve periyodik olarak gözden geçirilmesi gerektiğini ve idari gözetimden önce bildirim yükümlülüğü, teminat ve kaçma

9 IDC (n 5) 7.

10 ibid 3.

11 CDDH Report (n 5) para 100-114.

12 Bkz. bu kaynakların ayrıntılı bir incelemesi için Robyn Sampson, Grant Mitchell, 'Global trends in immigration detention and alternatives to detention: Practical, political and symbolic rationales' (2013) 1(3) Journal on Migration and Human Security 97-121; FRA (n 5).

13 Resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2008 [on the report of the Third Committee (A/63/430/Add.2)] 63/184. Protection of migrants A/RES/63/184, para 9.

14 Resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2009, [on the report of the Third Committee (A/64/439/Add.2 (Part II))] 19 March 2010, A/RES/64/166, para 4.

15 Resolution adopted by the General Assembly on 20 December 2012, [on the report of the Third Committee (A/67/457/Add.2 and Corr.1)] 3 April 2013, A/RES/67/172, para 4.

kaybolmayı önleyecek nitelikte daha hafif tedbirlerin uygulanması gerektiğini belirtmiştir.¹⁶ Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Yürütme Komitesi (*Executive Committee of the High Commissioner's Programme*) (*ExCom*) sığınmacıların ve çocukların Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'ne erişimi ve idari gözetim kararına itiraz etme imkânı olmadan çok uzun süre idari gözetim altında tutulmasını kınamış ve devletlerin idari gözetime alternatif tedbirleri daha etkin şekilde uygulaması gerektiğine dikkat çekmiştir.¹⁷

İdari gözetime alternatif tedbirlere atıfta bulunan uluslararası hukuk belgeleri arasında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin verdiği tavsiye niteliğindeki kararlar da yer almaktadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 2003 tarihli bir tavsiye kararında sığınmacıların idari gözetimine dair kararın ancak bunun gerekli olduğuna dair titizlikle yapılmış kişisel bir değerlendirmeden sonra alınması gerektiğini ve idari gözetim kararından önce alternatif tedbirlerin kişi için uygulanabilir olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁸ Benzer şekilde Bakanlar Komitesi 2005 yılında yayınladığı kılavuz ilkelerde, sınır dışı amacıyla idari gözetimin ancak daha hafif bir tedbir ile sınır dışı etme amacına ulaşılması mümkün değil ise uygulanması gerektiği yer almaktadır.¹⁹ Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi 1707 (2010) sayılı kararında sığınmacılar ve düzensiz göçmenlerin idari gözetiminin istisnai olması gerektiğini belirtip idari gözetime ancak idari gözetim alternatiflerinin incelenip bunların arasından etkili olabilecek bir tedbir bulunmaması durumunda hükmedilebileceğini ifade etmiştir.²⁰

Avrupa Konseyi'nin 1989 yılında yürürlüğe giren, İşkencenin ve İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi²¹ ile kurulan Avrupa İşkencenin ve İnsanlık dışı veya Onur kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi (*CPT*) ise yabancıların idari gözetimine ancak titizlikle yapılan münferit bir değerlendirmeden sonra karar verilmesi ve idari gözetimin ancak son çare olarak uygulanması gerektiğini ve imkânlar dahilinde idari gözetime alternatif tedbirlerin geliştirilip uygulanması gerektiğini ortaya koymuştur.²²

16 UN Human Rights Committee, General comment No. 35: Article 9, Liberty and security of person, 30 October 2014, CCPR/C/GC/35 18, m. 9.

17 Executive Committee of the High Commissioner's Programme (ExCom) ExCom Conclusions No. 85 (XLIX), 9 October 1998.

18 Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation Rec(2003) 5 of the Committee of Ministers to Member States on Measures of Detention of Asylum Seekers, 16 April 2003, Rec(2003)5, <<https://www.refworld.org/docid/3f8d65e54.html>> para 4 and 6.

19 Council of Europe, Committee of Ministers, 'Guidelines on human rights protection in the context of accelerated asylum procedures' (2009) para XI.

20 Council of Europe, Parliamentary Assembly, Assembly debate on 28 January 2010 (7th Sitting) (see Doc. 12105, report of the Committee on Migration, Refugees and Population, rapporteur: Mrs Mendonça). Text adopted by the Assembly on 28 January 2010 (7th Sitting), <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17813&lang=en>> Erişim Tarihi 30 April 2020, para 9.

21 İşkencenin ve Gayri İnsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelelerin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi 1 Şubat 1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme Türkiye için 1 Şubat 1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 3411 Sayılı Onay Kanunu 2 Mart 1988 gün ve 19737 Sayılı Resmî Gazete'nin Mükerrer sayısında yayımlanmıştır.

22 European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 'Immigration detention' March 2017, CPT/Inf(2017)3, <<https://rm.coe.int/16806fbf12>> Erişim Tarihi 30 April 2020.

Birleşmiş Milletler'in 164 üyesinin yer aldığı Marakeş Konferansı'nda çoğunluk oyu ile 10 Aralık 2018'de kabul edilen Güvenli, Sistemli ve Düzenli Göç için Küresel Mutabakat²³ (*Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*) BM Genel Kurulu'nda 17 Aralık 2018'de onaylanmıştır. Güvenli, Sistemli ve Düzenli Göç için Küresel Mutabakat uluslararası hukuk bakımından bağlayıcı olmamakla birlikte, uluslararası göçe yönelik iş birliğinin iyileştirilmesine dair devletlerin ortak taahhütlerini ve Güvenli, Sistemli ve Düzenli Göç için 23 Hedefi (*Objectives for Safe, Orderly and Regular Migration*) içermektedir.²⁴ 13 No'lu Hedef "Göçmenlerin göz altına alınmasının son çare tedbiri olarak kullanılması ve alternatif tedbirlerin üzerinde çalışılması" olarak belirlemiştir.²⁵ Bu hedef kapsamında Mutabakat metnini kabul eden devletler ayrıca uluslararası hukuka uygun idari gözetim alternatiflerinin uygulanmasına öncelik vermeyi, göçmenlerin idari gözetimine ilişkin olarak insan hakları temelli yaklaşımlar benimsemeyi ve idari gözetimi son çare olarak uygulamayı taahhüt etmiştir.²⁶

İdari gözetime alternatif tedbirleri konu alan ve yukarıda incelenen uluslararası hukuk belgeleri devletler için bağlayıcı olmayıp tavsiye niteliğindedir ve bu belgeleri esnek hukuk (*soft law*) olarak nitelendirmek mümkündür.²⁷ Esnek hukuk kurallarının nihai olarak bağlayıcı hukuki kurallara dönüşme ihtimali mevcuttur ve bu kurallar örf ve âdet hukuku kurallarının oluşumu ve kanıtı bakımından önem arz etmektedir.²⁸ Yukarıda incelenen tavsiye ve görüş niteliğindeki birçok uluslararası hukuk belgesi, devletlerin özellikle sığınmacı ve çocuklar gibi hassas durumdaki yabancılar için idari gözetimi son çare olarak uygulaması ve idari gözetime karar verilmeden önce idari gözetime alternatif tedbirlerin değerlendirmesi gerektiğine vurgu yapmaktadır. Esnek hukuk belgelerinde vurgulanan bu ilkeler aşağıda incelenen AİHM kararlarında da yer bulmuştur.

B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İdari Gözetime Alternatif Tedbirler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 5 özgürlük ve güvenlik hakkını düzenlemektedir. Yabancıların, özellikle hakkında sınır dışı etme kararı alınan kişilerin,

23 UNGA 2018 Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration. A/RES/73/195. Mutabakat metninin Türkçe çevirisi için bkz. <<https://www.goc.gov.tr/kurumlar/goc.gov.tr/files/k%c3%bcresel%20g%c3%b6%c3%a7%20mutabakat%c4%b1.pdf>> Erişim Tarihi 30 April 2020.

24 ibid.

25 ibid para 29; Izabella Majher, 'Immigration Detention under the Global Compacts in the Light of Refugee and Human Rights Law Standards' (2019) 57(6) *International Migration* 91-114.

26 İbid para 29.

27 Esnek hukuk için bkz. M. Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları* (13th edn, Beta 2019) 100-106; Süleyman Dost, 'Uluslararası Hukukta Bağlayıcı Olmayan Hukuk' (2019) 14 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 35-74.

28 Malcolm N. Shaw, *Uluslararası Hukuk* Çeviren Yücel Acer, İbrahim Kaya, M. Turgut Demirtepe, G. Engin Şimşek (TÜBA 2018) 83, 84.

idari gözetimi uluslararası hukuk tarafından yasaklanmamıştır.²⁹ AİHS m. 5(1)(f) bir kişinin sınır dışı ya da iade işlemine tabi olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulmasını özgürlük ve güvenlik hakkının meşru istisnalarından biri olarak saymaktadır. Kısaca, bir yabancının hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işlemi olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması doğrudan AİHS m. 5'i ihlal etmemektedir. Ne var ki, idari gözetim kişi özgürlüğü ve güvenliği ile hareket (seyahat) özgürlüğüne ciddi kısıtlamalar getirmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre idari gözetim devletlerin Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Sözleşme ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi başta olmak üzere taraf olduğu insan hakları sözleşmelerinden doğan uluslararası sorumluluklarına uygun olmalı ve gözetim altında tutulan bireylere birtakım asgari güvenceler sağlanmalıdır.³⁰

Uluslararası insan hakları hukukuna göre idari gözetimin gerekli, makul ve orantılı (ölçülü) olması gerekmektedir.³¹ İdari gözetim kararı, iç hukuk tarafından yetkilendirilmiş hukuki veya idari bir kişi veya kurum tarafından alınmalıdır.³² İdari gözetim yabancının alıkonma amacına hizmet etmeye yetecek makul bir süre ile sınırlı olmalı ve meşru bir amaca hizmet etmelidir, bu tür bir amaçtan yoksun bir idari gözetim kararı keyfi alıkonulma anlamına gelecek ve AİHS gibi kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını güvence altına insan hakları sözleşmelerini ihlal edecektir.³³

AİHM içtihadına göre bir sınır dışı etme amacıyla idari gözetim uygulamalarının keyfi olarak kabul edilmemesi için şu hususlara dikkat edilmelidir: idari gözetim iyi niyet çerçevesinde uygulanmalı ve kişinin tutulma amacına hizmet etmelidir, idari gözetim yeri ve koşulları insan hakları standartlarına uygun olmalıdır, idari gözetim süresi tedbirin amacına ulaşması için ihtiyaç duyulan makul süreyi aşmamalıdır, sınır dışı işlemleri gereken özen gösterilerek yürütülmelidir ve hakkında idari gözetime hükmedilen kişinin ülkeden çıkış yapacağına dair gerçekçi bir beklenti olmalıdır.³⁴

İdari gözetime alternatif tedbirler, AİHM tarafından idari gözetimin gerekli ve orantılı bir tedbir olarak uygulanıp uygulanmadığına ilişkin olarak yapılan değerlendirmede dikkate alınmaktadır.³⁵ AİHM özellikle çocuklar ve çocuklu aileler gibi hassas durumdaki kişiler hakkında idari gözetim kararı alınmadan önce alternatif tedbirlerin

29 *Saadi v. Italy* [GC] App no 37201/06, (ECHR, 28 February 2008) para 43; *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey* App no 30471/08 (ECHR, 22 September 2009) para 128.

30 *Khlaifia and Others v. Italy* [GC] App no 16483/12 (ECHR, 15 December 2016) para 163. M.S.S. v. Greece ve Belgium [GC] App no 30696/09, (ECHR, 21 January 2011) para 216-218.

31 Bkz. A.B. and Others v France App no 11593/12 (ECHR, 12 July 2016); A v. Australia, Communication No. 560/1993, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993 (30 April 1997); UN Human Rights Committee (HRC), General Comment No. 35, Article 9 (Liberty and security of person), 16 December 2014, CCPR/C/GC/35, <<https://www.refworld.org/docid/553e0f984.html>> Erişim Tarihi 30 April 2020, para 18.

32 Bunun aksi AİHS m. 5(1)'e aykırı olacaktır. Bkz. *Shamsa v. Poland* App no 45355/99 and 45357/99 (ECHR, 27 November 2003).

33 *Saadi v. Italy*, para 74; *Rustamov v. Russia* App no 11209/10 (ECHR, 3 July 2012) para 150.

34 *Saadi v. Italy*, para 74; *Suso Musa v. Malta* App no 42337/12 (ECHR, 23 June 2013), para 93; CDDH Report (n 5) para 14.

35 Bloomfield (n 5) 36.

değerlendirilmesinin zorunlu olduğuna dair birçok karar vermiştir.³⁶ AİHM, *Rahimi/Yunanistan* kararında hakkında sınır dışı etme kararı alınan 15 yaşındaki Afganistan vatandaşı refakatsiz bir çocuğun düzensiz göçmenler için kurulmuş bir merkezde 2 gün boyunca 18 yaşından büyük göçmenlerle birlikte kötü şartlarda tutulmasını AİHS m. 3'e aykırı bulmuştur.³⁷ Mahkeme, ayrıca idari mercilerin başvuru konusunu merkezde gözetim altında tutulmasının son çare olarak olup olmadığının ve idari gözetim yerine daha az kısıtlayıcı bir tedbir uygulanıp uygulanamayacağını incelenmediğini bu nedenle çocuğun yüksek menfaatinin gözetilmediğine karar vermiştir. Yine benzer şekilde, AİHM *Popov/Fransa* kararında ise idari gözetim altına alınan çocuklu bir ailenin idari gözetimine ilişkin verdiği kararda idari gözetimin *gerekli olması* gerektiğine dikkat çekerek söz konusu davada çocuklu ailenin idari gözetiminin son çare olup olmadığının değerlendirilmemesini ve idari gözetime alternatif tedbirlerin araştırılmamasını AİHS m. 5(1)'e aykırı bulmuştur.³⁸

AİHM *G.B. ve diğerleri/Türkiye* kararında ise bir anne ve üç çocuğunun 2014 yılında Kumkapı ve Gaziantep Geri Gönderme Merkezlerinde tutulması ile ilgili olarak AİHS m. 3, m. 5 ve m. 13'ün ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁹ Söz konusu kararda Mahkeme uluslararası hukukta sadece çocuklar hakkında değil aynı zamanda onların aileleri hakkında da idari gözetim kararı alınmaksızın idari gözetim alternatiflerine hükmedilmesi yönünde bir eğilim olduğunu ve çocuğun yüksek menfaati için idari mercilerin imkânlar dahilinde idari gözetim yerine alternatiflerine hükmetmesi gerektiğini belirtmiştir.⁴⁰

AİHM sadece çocuk ve çocuklu ailelerin değil hasta bireylerin idari gözetimine ilişkin yapılacak değerlendirmede de idari gözetime alternatif tedbirlerin dikkate alınmasını öngörmektedir. Örneğin, AİHM *YohEkale Mwanje/Belçika* kararında HIV pozitif olan Kamerun vatandaşı başvuru konusunu sınır dışı edilmesi öncesinde 7 hafta boyunca idari gözetim altında tutulmasını özellikle idari gözetim boyunca sağlık durumunun kötüleşmesi ve idari gözetim yerine geçici ikamet izni gibi alternatiflerin gözden geçirilmemesi nedeniyle AİHS m. 5'i ihlal ettiğini belirtmiştir.⁴¹

İdari gözetime alternatif tedbirlere atıf yapılan diğer AİHM kararları da öngörülebilir ve makul bir sürede sınır dışı edilme ihtimali olmayan kişilerin idari gözetimine ilişkin olanlardır. AİHM *Louled Massoud/Malta* kararında, deniz yoluyla ülkeden kaçmanın kişinin hayatını tehlikeye atmadan mümkün olmadığı ve hava yolu ile ülkeden ayrılmanın sıkı kontrollere bağlı olduğu Malta'da, Cezayir vatandaşı olan

36 *Popov v. France* App no 39472/07 and 39474/07 (ECHR, 19 January 2012) para 119, 141; *A.B. and others v. France* App no 11593/12 (ECHR, 12 July 2016) para 120, 123, 124.

37 *Rahimi v. Greece* App no 8687/08 (ECHR, 5 July 2011).

38 *Popov v. France* App no 39472/07 ve 39474/07 (ECHR, 19 January 2012).

39 *G.B. and others v. Turkey* App no 4633/15 (ECHR, 17 October 2019).

40 *ibid* para 168.

41 *YohEkale Mwanje v. Belgium* App no 10486/10 (ECHR, 20 December 2011) para 124.

başvurucunun yakın bir tarihte sınır dışı edilme ihtimalinin bulunmamasına rağmen idari mercilerin idari gözetime alternatif hiçbir tedbiri uygulamayarak kişiyi 18 ay ve 9 gün süre ile idari gözetim altında tutmasını keyfi tutulma sayıp söz konusu idari gözetimin AİHS m. 5(1) ve m. 5(4)'ü ihlal ettiğine karar vermiştir.⁴² AİHM, *S.Z./Yunanistan* kararında ise pasaportundan Suriye vatandaşı olduğu açık olan başvurunun, Suriye'deki iç savaş nedeniyle 2013 yılında sınır dışı edilmesinin mümkün olmadığı hususu ve kişi hakkında hükmedilebilecek idari gözetime alternatif tedbirler göz önünde bulundurulmadan idari gözetim altında tutulmasını AİHS m. 5(1) (f) ve m. 5(4)'e aykırı bulmuştur.⁴³ Özetlemek gerekir ise; AİHM'ne göre öngörülebilir ve makul bir süre içerisinde sınır dışı edilmesi mümkün olmayan kişiler hakkında idari gözetime değil imkânlar dahilinde idari gözetime alternatif tedbirlere hükmedilmelidir.

AİHM idari gözetime alternatif tedbirleri her ne kadar idari gözetimin gerekli ve orantılı olup olmadığına ilişkin değerlendirme kapsamında incelese de şu ana kadar göç bağlamında uygulanan idari gözetime alternatif bir tedbirin insan haklarına ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygunluğuna dair somut bir karar vermemiştir.⁴⁴

1. İnsan Hakları Temelli İdari Gözetime Alternatif Tedbirlerin Unsurları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bugüne kadar idari gözetime alternatif bir tedbirin AİHS'ne uygunluğuna dair bir karar vermemiştir. Buna rağmen, idari gözetime alternatif tedbirlerinin bazıları kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı başta olmak üzere gibi bazı temel insan haklarını sınırlayabilecek niteliktedir. Bu nedenle idari gözetim gibi idari gözetime alternatif tedbirlerin düzenlenmesi ve uygulanması da devletlerin taraf oldukları insan hakları sözleşmelerine uygun olmalı ve birtakım asgari insan hakları güvencelerini gözetmelidir.⁴⁵ İnsan hakları temelli idari gözetim alternatiflerinin unsurları ve idari gözetime alternatif tedbirler düzenlenirken ve uygulanırken gözetilmesi gereken asgari insan hakları güvenceleri bu çalışmada sekiz başlıkta incelenmiştir.

İlk olarak, idari gözetime alternatif tedbirler ve bu tedbirlere ilişkin kurallar kanunlar ile belirlenmelidir.⁴⁶ İdari gözetime alternatif tedbirler ile ilgili yasal düzenlemelerde mevcut alternatiflerin çeşitleri, alternatiflere karar verilirken yapılması gereken

42 *Louled Massoud v. Malta* App no 24340/38 (ECHR, 27 October 2010).

43 *S.Z. v. Greece* App no 66702/13 (ECHR, 21 June 2018) paras 57-60, 73.

44 İltica başvurusu reddedilen başvurunun gönüllü geri dönüş yardımı olarak menşe ülkeye geri dönmesine müteakip öldürüldüğü davada gönüllü geri dönüş programları ve yardımlarının devletlerin AİHS m. 2 ve m. 3 kapsamındaki sorumluluklarına etkisinin değerlendirildiği karar için bkz. *N.A. v. Finland* App no 25244/18 (ECHR, 14 November 2019).

45 *Khlaifia and others v. Italy*, para 163; UNHCR-OHCHR, Global Roundtable on Alternatives to Detention of Asylum-seekers, Refugees, Migrants and Stateless Persons, Summary Conclusions, Geneva, 2011 <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/Events/SummaryConclusions.pdf> Erişim Tarihi 30 April 2020, para 18.

46 İdari gözetimin kanunlar ile düzenlenmesi gereği için bkz. *Amuur v. France* App no 19776/92 (ECHR, 25 June 1996); UNHCR-OHCHR (n 45) para 18; UNHCR, Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention (2012) <<https://www.refworld.org/docid/503489533b8.html>> Erişim Tarihi 30 April 2020, Annex A.

değerlendirme ve bu değerlendirmede izlenecek usul, alternatiflerin uygulanması sırasında kişilere sağlanması gereken asgari hak ve güvenceler ve alternatiflerin uygulanmasından sorumlu olan yetkililer açıkça belirtilmelidir.

İkinci olarak, AIHM ve İnsan Hakları Komitesi'nin verdiği kararlarda da belirtildiği üzere özgürlük ve güvenlik hakkı ve hareket özgürlüğüne ciddi bir kısıtlama getiren idari gözetimin gerekli, makul ve orantılı olması gerekmektedir.⁴⁷ İdari gözetime alternatif tedbirlerin insan haklarını kısıtlayabileceği göz önünde bulundurularak idari gözetime alternatif tedbirlerin de gerekli, makul ve orantılı olması gerekmektedir.⁴⁸ Yani, idari gözetim alternatifleri meşru bir amaca hizmet etmeli, tedbirlerin temel insan haklarına getirdiği kısıtlama ile idarenin bu tedbirin uygulanmasından elde edileceği yarar arasında hakkaniyete uygun bir denge bulunmalıdır.

Üçüncü olarak, idari gözetime alternatif tedbirler sadece hakkında idari gözetim kararı alınabilecek kişiler için uygulanmalı, idari gözetim altına alınmaması gereken kişiler hakkında alternatif tedbirler de uygulanmamalıdır.⁴⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3. Maddesi işkence yasağını "*hiç kimse işkenceye, gayri insani yahut onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulamaz*" demek suretiyle düzenlemiştir. AIHM 1989 tarihli *Soering/Birleşik Krallık* kararında ilk defa yabancıların gönderileceği ülkede kötü muameleye maruz kalma riski olduğu hallerde gönderen devletin bunda bir sorumluluğu olabileceğine hükmetmiştir.⁵⁰ AIHM içtihatlarıyla zenginleşen insan hakları hukuku bir devletin yetki alanına giren kişilerin işkence, gayri insani yahut onur kırıcı ceza veya muamele riski olan bir ülkeye gönderilmesini yasaklamıştır. Uluslararası hukukta bugün örf ve âdet kuralı haline gelmiş olan geri gönderme yasağı⁵¹ kapsamında menşe ülkeye ve/veya üçüncü bir ülkeye geri gönderilmesi mümkün olmayan kişiler kural olarak idari gözetim altına alınmamalı⁵² ve bu kişiler hakkında idari gözetim alternatiflerine de hükmedilmemelidir.

Dördüncü olarak, idari gözetim ve alternatiflerine dair değerlendirmede hassas durumdaki kişiler tespit edilmeli ve bu kişiler hakkında kural olarak idari gözetim yerine alternatif tedbirler uygulanmalıdır. Uluslararası hukuk bakımından hassas durumdaki birey kavramının tek bir tanımı olmasa da aşağıdaki gruplar hassas

47 Bkz. *A.B. and others v. France* App no 11593/12 (ECHR, 12 July 2016); *A v. Australia*, Communication No. 560/1993, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993 (30 April 1997); UN Human Rights Committee (HRC), General comment no. 35, Article 9 (Liberty and security of person), 16 December 2014, CCPR/C/GC/35, <<https://www.refworld.org/docid/553e0f984.html>> Erişim Tarihi 30 April 2020, para 18.

48 UNHCR-OHCHR (n 45) para 18; UNHCR, Guidelines (n 46); Cathryn Costello and Esra Kaytaz, 'Building empirical research into alternatives to detention: perceptions of asylum-seekers and refugees in Toronto and Geneva' UNHCR, June 2013, PPLA/2013/02, <<https://www.refworld.org/docid/51a6fec84.html>> Erişim Tarihi 30 April 2020, s. 11; Bloomfield (n 5) 44.

49 Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU Time for Implementation (n 5) 66.

50 *Soering v. UK* App no 14038/88 (ECHR, 7 July 1989).

51 AIHS'nin 3. maddesi gibi Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 7. maddesi de İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 3. maddesi de işkenceyi yasaklamaktadır. Bu sözleşmelerin yaptırım mekanizmalarını oluşturan İnsan Hakları Komitesi ve İşkenceye Karşı Komitenin kararları da geri gönderilmeme ilkesinin gelişmesinde önemli rol oynamıştır.

52 *S.K. v. Russia* App no 52722/15 (ECHR, 14 February 2017).

durumdaki bireyler olarak nitelendirilebilmektedir: refakatsiz çocuklar ve aileleri ile seyahat eden çocuklar, hamile ve bebek emziren kadınlar, beraberinde çocuğu olan yalnız anne ya da babalar, yaşlılar, işkence, kötü muamele, cinsel saldırı ya da diğer ciddi psikolojik, bedensel ya da cinsel şiddet mağdurları, insan ticareti mağdurları, cinsel yönelimi nedeniyle risk altındaki LGBTİ bireyler (Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Transgender ve İnterseks), zihinsel ya da fiziksel sağlık problemleri olan bireyler, intihara eğilimli kişiler, madde bağımlıları, mülteci, sığınmacı ve/veya vatansızlar.⁵³

AİHM'ne göre, hassas durumda olan yabancılara devlet tarafından özel koruma sağlanması gerekmektedir; bu da devletlerin hassas durumdaki yabancıları idari gözetim altına almaya ilişkin takdir yetkisinin sınırlarını daraltmaktadır.⁵⁴ Hassas durumdaki bireylerin tespit edilmesi devletlerin sorumluluğundadır ve devletler hassas durumdaki bireylerin belirlenmesi için özel tarama prosedürleri geliştirmeli ve uygulamalıdır.⁵⁵ Hassas durumdaki bireyler prensip olarak idari gözetim altına alınmamalı, bu kişiler için kural olarak idari gözetim yerine alternatif tedbirlere hükmedilmelidir.⁵⁶

Beşinci olarak, idari gözetime alternatif tedbire ilişkin değerlendirme her kişi için ayrı ayrı yapılmalı, bu değerlendirmede kişilerin hassas durumda olup olmadığı içinde buldukları özel şartlar ile birlikte dikkate alınarak insan haklarına en az kısıtlama getiren alternatif tedbire karar verilmelidir.⁵⁷

Altıncı olarak, idari gözetime alternatif tedbirler kontrol ve cezalandırma odaklı olmamalıdır.⁵⁸ Elektronik kelepçe gibi bazı idari gözetime alternatif tedbirler infaz hukukundan alınmış ve bu tedbirler hükümlüler için hapis alternatifi olarak ortaya çıkmıştır. İdari gözetime alternatif tedbirlerin mevzuatta düzenlenmesi ve uygulanmasında hakkında idari gözetim alternatifleri uygulanan kişilerin çoğunluğunun herhangi bir suçtan hüküm giymemiş düzensiz göçmenler olduğu dikkate alınmalıdır.⁵⁹

Yedinci olarak, hakkında idari gözetime alternatif tedbirlere hükmedilen yabancıların AİHS m. 13 ile güvence altına alınan etkili başvuru hakkı gözetilmelidir.⁶⁰ Bunun bir

53 IDC ve MHD, *İdari Gözetime Alternatifler* (n 7) 23; UNHCR-IDC, Vulnerability Screening Tool, 2016, <<https://www.unhcr.org/protection/detention/57fe30b14/unhcr-ide-vulnerability-screening-tool-identifying-addressing-vulnerability.html>> Erişim Tarihi 30 April 2020.

54 *Strock v. Germany* App no 61603/00 (ECHR, 16 June 2005) para 102; CDDH Report (n 5) para 52.

55 *Thimothawes v. Belgium* App no 39061/11 (ECHR 4 April 2017).

56 Bkz. *Popov v. France* App no 39472/07 and 39474/07 (ECHR, 19 January 2012) para 140-141; *A.M. and others v. France* App no 24587/12 (ECHR, 12 July 2016); UNHCR, APT & IDC, Immigration Detention Monitoring: Practical Manual, 2014, Section 4.8 Persons in Situations of Vulnerability/Risk, 2014 <https://www.apr.ch/content/files_res/monitoring-immigration-detention_practical-manual.pdf> Erişim Tarihi 30 April 2020.

57 Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, François Crépeau, 2 April 2012, A/HRC/20/24, para 53, 73; Committee on the Rights of the Child (CRC), Report of the 2012 Day of General Discussion on the Rights of All Children in the Context of International Migration, 28 September 2012 <<https://www.refworld.org/docid/51efb6fa4.html>> Erişim Tarihi 30 April 2020, para 79.

58 CDDH Report (n 5) para 182.

59 *ibid* para 182.

60 UNHCR-OHCHR (n 45) para 18; UNHCR, Guidelines (n 46) Annex A; *Costello and Kaytaz* (n 48) 11; *Bloomfield* (n 5) 44.

gereği olarak yabancılar haklarında alternatif tedbire hükmedilme gerekçesi, alternatif tedbir ile ilgili hak ve yükümlülükleri, uyulması gereken kurallar ve bu kurallara uymamanın sonuçları, alternatif tedbire karşı gidilebilecek kanun yolları ve şikâyet mekanizmaları ile ilgili anlayacakları bir dilde yazılı şekilde bilgilendirilmelidir.⁶¹ Bu usule ilişkin garantinin yanı sıra, hakkında idari gözetime alternatif tedbirlere hükmedilen yabancılar imkanlar çerçevesinde avukata ve adli yardıma erişim sağlanmalıdır.⁶² İdari gözetime alternatif tedbirler periyodik gözden geçirme ve bağımsız izleme ve değerlendirme de dahil olmak üzere insan hakları denetimine tabi olmalı ve hakkında alternatif tedbirlere hükmedilen kişiler gecikmeksizin etkin şikâyet mekanizmalarına ve etkin çözümlere erişebilmelidir.⁶³

Son olarak, hakkında idari gözetime alternatif tedbirlere hükmedilen yabancıların aşırı yoksulluğa düşmemesi için gerekli tedbirler alınmalıdır. AİHM, *M.S.S./Yunanistan ve Belçika* kararında idari gözetimin ardından bildirim yükümlülüğü ile salıverilen Afgan bir sığınmacının Atina’da kalma şartlarının AİHS m.3’e uygunluğunu değerlendirmiştir.⁶⁴ Mahkeme ilk olarak AİHS m. 3’ün devletlere yetki alanına giren her kişi için sığınacak bir yer (ev) sağlama veya sığınmacılara parasal yardım yapma gibi bir yükümlülük getirmediğini fakat devletlerin bazı durumlarda özellikle sığınmacılar gibi özel korumaya ihtiyaç duyan özellikle hassas durumdaki bir gruba mensup kişilere karşı bazı sorumlulukları olduğunu belirtmiştir.⁶⁵ Mahkeme ayrıca, söz konusu kararda başvurunun yemek ve temizlik ihtiyacı gibi temel ihtiyaçlarını giderecek yaşayacak bir yeri olmadan aylarca parklarda yaşayıp aşırı yoksulluğa düşmesini küçük düşürücü muamele olarak kabul etmiş ve Yunanistan’ın başvurunun bu durumunu iyileştirmek için üstüne düşen görevi yerine getirmeyerek AİHS m. 3’ü ihlal ettiğine karar vermiştir.⁶⁶ Kısaca, devletler imkan dahilinde hakkında idari gözetim alternatiflerine hükmedilen yabancıların aşırı yoksulluğa düşmemesi ve evsiz kalmaması için gerekli tedbirleri almalıdır.⁶⁷ Söz konusu kararda da görüldüğü üzere hakkında idari gözetime alternatif tedbirlere hükmedilen hassas durumdaki yabancıların aşırı yoksulluğa düşmemesi ve hayatlarını idame edebilmeleri için kişilere asgari bazı haklar tanınmalı (ör: iş piyasasına erişim) veya aynı veya nakdi yardım sağlanmalıdır.⁶⁸

61 CDDH Report (n 5) para 187.

62 Bloomfield (n 5) 44.

63 ibid.

64 *M.S.S. v. Greece ve Belgium* App no 30696/09 (ECHR, 21 January 2011).

65 ibid para 249- 251.

66 ibid para 263, 264.

67 Ayrıca bkz. CDDH Report (n 5) para 223.

68 Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, François Crépeau, 2 April 2012, A/HRC/20/24, para 68; CDDH Report (n 5) para 171-178.

C. Karşılaştırmalı Hukukta İdari Gözetime Alternatif Tedbirler

1. Birleşik Krallık Hukukunda İdari Gözetime Alternatif Tedbirler

Birleşik Krallık hukukunda ‘*immigration bail*’ kavramı, ki bu kavramı Türkçe’ye göç bağlamında salıverilme veya göç kefaleti olarak çevirmek mümkündür, esasen kişinin salıverilme şartlarını ve bu kapsamda kişi hakkında hükmedilen bildirim, elektronik izleme gibi Birleşik Krallık hukukunda yer alan idari gözetime alternatif tedbirleri kapsamaktadır. Göç bağlamında idari gözetime alternatif tedbirler 2016 tarihli Birleşik Krallık Göç Yasası- Ek 10 (*Immigration Act 2016- Schedule 10*)⁶⁹ ile düzenlenmiştir. İdari gözetime alternatif tedbirlere ilişkin uygulamada dikkat edilmesi gereken ilkeler ise Birleşik Krallık İçişleri Bakanlığı (*UK Home Office*) tarafından yayınlanan ve son olarak Şubat 2020 tarihinde güncellenen Uygulayıcı El Kitabında⁷⁰ yer almaktadır.

Birleşik Krallık’ta idari gözetime alternatif tedbirlere karar vermeye, halihazırda verilen tedbirleri sona erdirmeye ve değiştirmeye yetkili kurum İçişleri Bakanlığı (*the Home Secretary*) ve İlk derece Mahkemelerinin Göç ve İltica Daireleridir (*First-tier Tribunal- Immigration and Asylum Chamber*).⁷¹ Birleşik Krallık İçişleri Bakanlığı’na ait bu yetki uygulamada İçişleri Bakanlığına bağlı göç bürosunda çalışan kamu görevlileri (*immigration officer*) bir diğer deyişle göç memurları tarafından kullanılmaktadır.

Birleşik Krallık mevzuatında idari gözetime alternatif tedbirler: belirli yer ve tarihte göç memuru veya mahkeme önüne çıkma, göç memuruna veya belirli bir kişi veya kuruma bildirimde bulunma, ikamet sınırlamaları, elektronik kelepçe ile izleme, eğitim ve çalışma özgürlüğüne getirilen kısıtlamalar olarak sıralanmıştır.⁷² Kanunda sayılan bu tedbirler sınırlayıcı olmayıp yabancılar hakkında yetkili makamın uygun göreceği başka tedbirler de uygulanabilmektedir.⁷³ Belirli saatlerde uygulanan sokağa çıkma yasağı veya kişiden seyahat belgelerini idari makamlara teslim etmesinin istenmesi de uygulamadaki idari gözetime alternatif tedbirler arasındadır.⁷⁴

Yabancı tarafından hakkında idari gözetime alternatif tedbirlere hükmedilmesi için bir form doldurularak başvuru yapılması gerekmektedir.⁷⁵ Fakat 4 aydan fazla süredir idari gözetim altında tutulan yabancıların idari gözetim alternatiflerine tabi tutulup

69 Bkz. United Kingdom: Immigration Act 2016, House of Commons Library, 12 May 2016, <<https://www.refworld.org/cases,UKHCL,58a6fca84.html>> Erişim Tarihi 30 April 2020.

70 UK Home Office, Immigration Bail Version 5.0 (2020) <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/869352/Immigration-bail-v5.0ext.pdf> Erişim Tarihi 30 April 2020.

71 UK Immigration Act 2016- Schedule 10, para 1, 6.

72 ibid para 3.

73 ibid para 3.

74 Immigration bail Version 5.0, 11.

75 BAIL 401 Formu. Bkz. UK Home Office Website, ‘Immigration detention bail’, <<https://www.gov.uk/bail-immigration-detainees/apply-for-bail>> Erişim Tarihi 30 April 2020.

tutulmayacağı başvuru aranmaksızın doğrudan ilk derece mahkemesince görüşülerek karara bağlanır. ⁷⁶ Birleşik Krallık Göç Yasasında idari gözetime alternatif tedbirlere karar verilirken şu kıstasların değerlendirilmesi öngörülmüştür:

- “(a)Kişinin idari gözetime alternatif yükümlülüklerle uymama olasılığı,
(b)Kişinin Birleşik Krallık'ta veya diğer bir ülkede herhangi bir suçtan mahkûm olup olmadığı,
(c)Kişinin idari gözetime alternatif tedbirlere tabi tutulduğu sırada suç işleme olasılığı,
(d)Kişinin idari gözetime alternatif tedbirlere tabi tutulduğu sırada kamu sağlığını tehlikeye sokma veya kamu düzeni açısından tehdit oluşturma ihtimali,
(e) Kişinin idari gözetim altında tutulmasının o kişinin menfaati açısından veya diğer kişilerin korunması açısından gerekli olup olmadığı, ve
(f)İçişleri Bakanı veya İlk Derece Mahkemesinin gerekli gördüğü diğer hususlar.”⁷⁷*

Belirli yer ve tarihte göç memuru veya mahkeme önüne çıkma tedbiri bir sefere mahsus olarak belirli kişi ve makamlara bildirimde bulunma anlamına gelmektedir.⁷⁸ Örneğin: idari gözetim altındaki kişinin gönüllü olarak ülkesine geri dönmeyi kabul etmesi nedeniyle salıverilmesi durumunda kişiden Birleşik Krallık'ı terk ederken havalimanındaki belirli bir merciinin önüne çıkması istenebilir. Bunun yanı sıra, alternatif bir tedbir olarak kişinin Birleşik Krallık'ta çalışma ve eğitimine dair izinlerinin kısıtlanması söz konusu olabilir fakat bu tedbirler uygulanırken 18 yaş altı çocukların temel eğitim hakkı hiçbir şekilde kısıtlanmamalıdır.⁷⁹ Birleşik Krallık İçişleri Bakanlığı'na göre idari gözetime alternatif tedbir olarak ikamet sınırlamaları veya belirli bir adreste ikamet etme zorunluluğu ancak kişinin tedbirlere uymama veya kamu güvenliğine tehdit oluşturma ihtimalinin yüksek olduğu durumlarda uygulanmalıdır. ⁸⁰ Bildirim yükümlülüğü ise, hakkında bu tedbire hükmedilmiş kişilerin göç bildirim merkezlerine veya belirli polis merkezlerine bildirimde bulunması şeklinde gerçekleşmektedir. ⁸¹

Elektronik kelepçe yoluyla izleme tedbiri, 2016 Göç Yasasında açıkça düzenlenmiş ve elektronik izleme tedbirinin amacının kişilerin bulunduğu konum, bir yerde bulunduğu veya bulunmadığı bilgisinin elde edilmesi olduğu belirtilmiştir.⁸² Elektronik kelepçe tedbirinin kişinin işlediği suç nedeniyle kamu düzenine veya kamu güvenliğine ciddi bir zarar verme olasılığının bulunduğu veya kişinin ulusal güvenliğe tehdit oluşturacağı durumlarda kullanılması önerilmektedir.⁸³ Özellikle cinayet, tecavüz, terör suçları gibi ağır bir suç işlemiş kişilerin elektronik izleme ile

⁷⁶ Immigration bail Version 5.0, 11,12.

⁷⁷ UK Immigration Act 2016- Schedule 10, para 3.

⁷⁸ Immigration bail Version 5.0, 12.

⁷⁹ ibid 13.

⁸⁰ ibid 17.

⁸¹ İbid 19.

⁸² UK Immigration Act 2016- Schedule 10, para 4.

⁸³ Immigration bail Version 5.0, 20.

salıverilmesi durumunda bu kişiler hakkında ayrıca sokağa çıkma yasağı tedbirinin de uygulanması gerekmektedir.⁸⁴ Çocuklara elektronik kelepçe takılması yasaktır. Bunun yanı sıra, Birleşik Krallık İçişleri Bakanlığı'na göre hamile ve yeni doğum yapmış kadınlar, yaşlılar, daha önce işkence görmüş bireyler elektronik kelepçe tedbirine tabi tutulmamalı, elektronik izlemenin kişinin psikolojik durumuna ciddi bir tehdit oluşturacağı durumlarda da bu tedbir uygulanmamalıdır.⁸⁵ Hakkında elektronik kelepçe tedbirinin uygulandığı kişilere tedbire karar veren kişi veya kurum tarafından uymaları gereken kurallar ile ilgili kapsamlı bilgi verilmeli, bu kurallara uymamanın sonuçları açıklanmalıdır.⁸⁶

Elektronik kelepçenin ceza hukuku bağlamında kullanımı İngiliz Yüksek Mahkemesi tarafından 2015 yılında verilen bir karara konu olmuştur. Bu Kararda İngiliz Yüksek Mahkemesi Terörizm Önleme ve Soruşturma Yasası⁸⁷ kapsamında Eş-Şebab terör örgütüne ekonomik destek sağlama suçundan yargılanmış ve aklanmış uluslararası koruma sahibi Somali uyruklu bir kişi hakkında elektronik izleme tedbirine hükmedilmiş ve evinde kendisinin ve ailesinin elektronik cihaz kullanmasına sınırlama getirilmiştir. Başvurucunun travma sonrası stres bozukluğu yaşadığı ve şizofreni hastası olduğu doktor raporu ile kanıtlanmış⁸⁸ bunun üzerine Mahkeme kişinin psikolojik bozuklukları göz önünde bulundurulduğunda sürekli elektronik izlemenin orantısız olduğuna karar verip bunun AİHS m. 3 ihlaline neden olacağına karar vermiştir.⁸⁹

Elektronik kelepçenin diğer idari gözetime alternatif tedbirler ile birlikte kullanımı ise 2016 tarihli bir İngiliz İstinaf Mahkemesi kararına konu olmuştur. İngiltere'de ağır yaralama suçu işlemiş ve hakkında kamu güvenliğine tehdit oluşturduğu gerekçesiyle sınır dışı kararı verilen Somali asıllı başvurucunun adli gözetim kararı ilk derece mahkemesi tarafından alternatif tedbirlere çevrilmiştir. Başvurucu hakkında belirli bir adreste ikamet etme, Londra Beckett House adresindeki polis merkezine her pazartesi bildirimde bulunma ve elektronik izleme tedbirlerine hükmedilmiştir.⁹⁰ İstinaf Mahkemesi, ilk derece mahkemesi tarafından hükmedilen tedbirler arasında 'belirli bir adreste ikamet' tedbirinin olduğunu fakat belirli bir adreste ikamet etme tedbirinin İçişleri Bakanlığı yetkililerinin uygulamasında olduğu üzere saat 18.00-22.00 arasında bu adreste bulunma zorunluğunu içermediği ve özellikle bu tedbirin dışarı çıkma

84 ibid 23, 24.

85 ibid 21.

86 ibid 22.

87 United Kingdom, Terrorism Prevention and Investigation Measures Act 2011 (c.23).< <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/23/contents/enacted>> Erişim Tarihi 30 April 2020.

88 DD v Secretary of State for Home Department [2015] WLR 2217, para 42.

89 ibid para 78-79; bkz. Ayrıca Stevie Martin, 'The role of legitimacy and proportionality in the (supposedly absolute) prohibition on inhuman and degrading treatment: the United Kingdom's High Court decisions in DD v Secretary of State' Ejil:Talk!, 22 December 2015 < <https://www.ejiltalk.org/the-role-of-legitimacy-and-proportionality-in-the-supposedly-absolute-prohibition-on-inhuman-and-degrading-treatment-the-united-kingdoms-high-court-decisions-in-dd-v-secretary-of-state/>> Erişim Tarihi 30 April 2020.

90 R (on the application of Abdiweli Gedi) vs Secretary of State for the Home Department, [2016] EWCA Civ 409 (Admin), 17 May 2016, para 6.

yasağını kapsamadığını tespit etmiş, bu nedenle başvuru hakkında hükmedilen tedbirlerin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.⁹¹

Kişinin idari gözetime alternatif yükümlülüklerle tabi tutulması durumunda bu yükümlülükleri ihlal etmesini önlemek amacıyla yabancidan veya var ise yabancının garantörlüğünü üstlenen üçüncü bir kişiden teminat ödemesi de istenebilir.⁹² Birleşik Krallık hukukunda teminat tek başına idari gözetime alternatif olarak kullanılmamaktadır.⁹³ Ancak diğer alternatifler ile birlikte teminata karar verilebilir. İdari gözetime alternatif tedbirlere uyulmaması durumunda, kişi hakkında daha ağır yükümlülükler getirilebilir, suç duyurusunda bulunulabilir, kişiye para cezası verilebilir veya kişi hakkında idari gözetime karar verilebilir.⁹⁴ Teminat bedelinin İlk Derece Mahkemeleri veya İçişleri Bakanlığı (uygulamada Bakanlık temsil yetkili göç memuru) tarafından belirlenmesi ve teminat bedelinin kararı veren kuruma (Mahkemeye veya Bakanlığa) ödenmesi öngörülmüştür.⁹⁵ Yabancı hakkında hükmedilen alternatif tedbirlere ilişkin yükümlülüklerle uymadığında teminat bedelinin idareye geçmesi öngörülmüştür.

Hakkında teminata hükmedilen her kişi için teminat bedelinin ayrı ayrı yapılacak bir inceleme sonucunda ve hakkında tedbir uygulanan kişi veya kişi yerine bu bedeli ödeyecek Mali Tedbir Destekçisinin maddi imkânları dikkate alınarak belirlenmesi öngörülmüştür.⁹⁶ Birleşik Krallık İçişleri Bakanlığı tarafından yayımlanan Uygulayıcı El Kitabında ayrıca 500 İngiliz Sterlininden az bir teminat miktarı belirlenmemesi gerektiği belirtilmiştir.⁹⁷ Yabancı hakkında teminat yükümlülüğü getirildiğinde ayrıca kişiye: ödenmesi gereken toplam tutar, toplam tutarın ne zaman ödenmesi gerektiği ve ödeme şekli ve yöntemi hakkında bilgi verilmesi zorunlu tutulmuştur. Yabancı adına teminat bedelini karşılayacak kişilerin taşınması gereken özellikler şunlardır: 18 yaşından büyük olmak, hakkında tedbire hükmedilen kişi ile bir yakınlığı bulunmak veya kişiyi koruma amacı güden güvenilir bir kurum veya sivil toplum kuruluşu adına hareket ediyor olmak, teminat miktarını karşılamaya dair yeterli maddi gücü olmak, ev sahibi olmak veya düzenli bir ikametgahı olmak, herhangi bir suçtan infaz edilmemiş cezası bulunmamak, göçe ilişkin yerine getirilmemiş herhangi bir yükümlülüğünün/kabahatinin bulunmaması.⁹⁸

91 ibid para 33-39.

92 Immigration bail Version 5.0, 11.

93 Bkz. UK Immigration Act 2016- Schedule 10, para 5; Immigration bail Version 5.0 (2019) 11.

94 Immigration bail Version 4.0 (2019)12.

95 Bkz. UK Immigration Act 2016- Schedule 10, para 5.

96 Immigration bail Version 5.0, 28.

97 ibid 28.

98 ibid 28, 29.

2. Kanada Hukukunda İdari Gözetime Alternatif Tedbirler

Kanada hukukunda idari gözetim ve idari gözetime alternatif tedbirler en son 2019 yılında değişikliğe uğramış olan 2001 Göç ve Mülteci Koruma Yasası⁹⁹ 6. Bölüm (*Immigration and Refugee Protection Act (IRPA)*) vd. ve Göç ve Mülteci Koruma Yönetmeliği¹⁰⁰ (*Immigration and Refugee Protection Regulations (IRPR)*) ile düzenlenmiştir. Söz konusu idari gözetime alternatif tedbirlere ilişkin uygulamada dikkat edilmesi gereken ilkeler Kanada Vatandaşlık ve Göçmenlik Kurumu (*Citizenship and Immigration Canada*) tarafından yayınlanan 34 No'lu Uygulama Kılavuzunda yer almaktadır.¹⁰¹

Kanada Göç ve Mülteci Koruma Yönetmeliği bir yabancı hakkında idari gözetim kararı gözden geçirilirken şu hususların dikkate alınmasını öngörmektedir: a) idari gözetime karar verilme nedeni, b) idari gözetimde geçirilen süre, c) idari gözetimde geçirilecek sürenin uzunluğunu ve varsa, bu süreyi belirlemeye yardımcı olabilecek unsurlar, d) Bakanlık, Kanada Sınır Ajansı veya ilgili kişi tarafından açıklanamayan herhangi bir gecikme veya açıklanamayan özen eksikliği olup olmadığı, e) idari gözetime alternatif tedbirlerin varlığı ve f) 18 yaşından küçük bir çocuğun yüksek yararı.¹⁰² Kanada hukukunda ancak yabancı hakkında idari gözetime alternatif tedbirlerin uygulanmasının mümkün veya uygun olmaması durumunda idari gözetime karar verilmesi öngörülmüştür. Yine, Kanada Yüksek Mahkemesi idari gözetime karar verilirken idari gözetim alternatiflerinin varlığı, etkinliği ve vakaya uygunluğunun değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁰³ Uygulamada özellikle yaşlı, hamile, hasta, engelli, psikolojik rahatsızlığı ve davranış bozukluğu olan kişilere ilişkin olarak idari gözetimin son çare olarak uygulanması gerektiği de ayrıca uygulamada kabul görmektedir.¹⁰⁴

Kanada Göç ve Mülteci Koruma Yasası hakkında sınır dışı kararı bulunan yabancıların salıverilme koşullarına uymasını sağlamak amacıyla teminat ve güvence gösterilmesi de dahil olmak üzere gerekli görülen tedbirlere karar verilebileceğini düzenlemektedir.¹⁰⁵ Kanada 22 Haziran 2018 tarihinde Genişletilmiş İdari Gözetime Alternatif Tedbirler Programını Uygulamaya başlamıştır. Bugün Kanada'da uygulanan

99 Canada, Immigration and Refugee Protection Act (S.C. 2001, c. 27) <<https://laws.justice.gc.ca/eng/acts/i-2.5/FullText.html>> Erişim Tarihi 30 April 2020.

100 Canada, Immigration and Refugee Protection Regulations (SOR/2002-227) <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/SOR-2002-227/page-50.html#docCont>> Erişim Tarihi 30 April 2020.

101 Citizenship and Immigration Canada, ENF 34 Alternatives to Detention Program, <<https://www.canada.ca/content/dam/ircc/migration/ircc/english/resources/manuals/enf/enf34-eng.pdf>> Erişim Tarihi 30 April 2020.

102 Canada, Immigration and Refugee Protection Regulations, m. 248.

103 Sahin v Canada (Minister of Citizenship and Immigration) [1995] 1 FC 214; Alice Edwards, 'Measures of first resort: alternatives to immigration detention in comparative perspective' (2011) 7 The Equal Rights Review 117, 128.

104 IDC, 'Alternatives to detention in Canada' <<https://idcoalition.org/alternatives-to-detention-in-canada/>> Erişim Tarihi 30 April 2020; Alice Edwards, Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and 'Alternatives to Detention' of Asylum-Seekers, Stateless Persons, and Other Migrants, (Geneva: UNHCR, 2011).

105 Canada, Immigration and Refugee Protection Act, m. 44(3) ve m. 56.

idari gözetime alternatif tedbirler arasında bildirim yükümlülüğü, teminat, ses teknolojileri ve elektronik kelepçe ile izleme, belirli yerde ikamet etme ve toplum temelli programlar/vaka yönetimi (*case management*) yer almaktadır.¹⁰⁶

Kanada’da uygulanan toplum temelli programlar ve vaka yönetimi özellikle incelenmesi gereken idari gözetime alternatif bir tedbir teşkil etmektedir. Bu programlarda esas olan kişiye bildirim, üçüncü kişinin garantörlüğü veya teminat şartı gibi yükümlülükler getirilerek kişinin aile ve akrabalarının yanında kalması veya idare ile anlaşması bulunan veya protokol imzalamış olan toplum hizmetlerinde uzmanlaşmış sivil toplum kuruluşu veya diğer kuruluşlar aracılığı ile toplum içerisinde kalacak yer sağlanmasıdır¹⁰⁷. Bu programlar kapsamında kişilere genellikle bildirim yükümlülüğü getirilmekte ve ihtiyaçlarına göre vaka yönetimine, barınma ve sağlık hizmetlerine, çocuk koruma ve bakım yardımına, bağımlılık tedavisi ile iş ve ev bulma konusunda bilgilendirme ve yardım hizmetlerine erişim sağlanmaktadır.¹⁰⁸ Edwards, vaka yönetimi kapsamında yabancılara Kanada göç hukukuna ilişkin bilgi verilmesi ve hukuki destek sağlanmasını toplum temelli programların olumlu bir yönü olduğunu ifade etmektedir.¹⁰⁹ Söz konusu programların göçmen haklarını gözetin, insani ve etkin idari gözetim alternatiflerinden olduğu kabul edilmektedir.¹¹⁰

Kanada’da yürürlükte olan bir diğer alternatif tedbir ise elektronik izlemedir. Elektronik izleme ses teknolojileri veya elektronik kelepçe ile yapılabilmektedir. Hakkında ses teknolojileri ile izleme tedbirine hükmedilen yabancıların idareye cep telefonu veya sabit hatlı telefonlar ile belirli aralıklarla bildirimde bulunması gerekmektedir.¹¹¹ Kanada otoriteleri bu bildirimden sonra bildirimde bulunan kişilerin kimliklerini biyometrik yöntemlerle doğrulamaktadır.¹¹²

Ses teknolojileri dışındaki elektronik izleme (elektronik kelepçe kullanımı yolu ile elektronik izleme) Kanada Ceza İnfaz Kurumları Servisi (*Correctional Service of Canada*) ile birlikte sadece Büyük Toronto Bölgesinde Mart 2020’ye kadar pilot program olarak uygulanmaktadır.¹¹³ Kanada Göç ve Mülteci Koruma Yasası ve Göç ve Mülteci Koruma Yönetmeliği’nde elektronik izleme ile ilgili detaylı hükümler yer almamaktadır. İdari gözetime alternatifler programına ilişkin uygulama rehberinde yabancıların toplum içerisinde serbest bırakılmasının yüksek risk teşkil ettiği, bununla birlikte öngörülen idari gözetim süresinin kişinin serbest bırakılması lehinde olduğu

106 Canada Border Services Agency, Alternatives to Detention Program, < <https://www.canada.ca/en/border-services-agency/news/2018/07/alternatives-to-detention-program.html>> Erişim Tarihi 30 April 2020.

107 ibid.

108 Alternatives to Detention Program ENF 34, 7-11; Edwards, ‘Measures of first resort’ (n 103) 131.

109 Edwards, ‘Measures of first resort’ (n 103) 130.

110 Alternatives to Detention Program ENF 34, 7-11.

111 Canada Border Services Agency (n 106).

112 ibid.

113 Bu tarihten sonra söz konusu programın devam edip etmeyeceğine dair bir karar verilecektir. Canada Border Services Agency (n 106).

hallerde, elektronik kelepçenin teminat veya garantör uygulamaları ile birlikte uygulanması öngörülmüştür.¹¹⁴

Hakkında sınır dışı kararı bulunan bir kişi ve birden çok kişinin teminat tedbirine tabi tutulması ile ilgili düzenleme Göç ve Mülteci Koruma Yönetmeliği m. 47-49 arasında yer alırken teminat bedelinin ödenmesi ve idareye aktarılmasına ilişkin hususlar Göç ve Mülteci Koruma Yasası m. 145 vd. düzenlenmiştir. Bir yabancıya ilişkin olarak teminata hükmedilmesi durumunda, yabancı idare tarafından alternatif tedbirler ve teminata ilişkin uyulması gereken kural ve yükümlülükler ve söz konusu kural ve yükümlülükler uymamanın teminat bedelinin ve gösterilen güvencenin kaybı ile sonuçlanacağı hususu hakkında yazılı olarak açıkça bilgilendirilmelidir.¹¹⁵

Yabancıya ilişkin teminatı yabancının kendisinin veya bir garantörün ödemesi öngörülmüştür.¹¹⁶ Kanada hukukunda teminat gösteren kişinin şu özelliklere sahip olması aranmaktadır: Teminat gösteren kişi; Kanada vatandaşı veya Kanada’da süresiz ikamet izni olan bir kişi olmalı ve teminat gösterildiği sırada Kanada’da ikamet etmeli, hakkında teminata hükmedilen kişinin tabi tutulduğu tedbirlere uymasını sağlayabilme yetisine sahip olmalı ve bunu yerine getirme kabiliyetine ilişkin kanıt sunabilmeli, başka kişiye ilişkin olarak teminat yükümlülüğü altına girmemiş olmalı ve fiil ehliyetine sahip olmalıdır.¹¹⁷ Bir kişinin teminat kapsamında ödediği veya ödeyeceği paranın yasadışı yollardan elde edildiğine dair makul bir şüphe var ise idare teminat bedelinin yatırılmasına izin vermemekle yükümlüdür.¹¹⁸

3. Avusturya Hukukunda İdari Gözetime Alternatif Tedbirler

Avusturya mevzuatında idari gözetime alternatifler 2005 tarihli Yabancılar Polisi Kanunu (*FPG- Fremdenpolizegesetz 2005*)¹¹⁹ ile düzenlenmektedir. Yabancılar Polisi Kanunu m. 76, sınır dışı edilmek üzere idari gözetimin amacına daha hafif bir tedbir¹²⁰ ile ulaşılamaması koşuluyla yabancıların idari gözetim altında tutulabileceğini ve çocukların sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altına alınamayacağını düzenlemektedir. İdari gözetim kararını vermeye yetkili merci Avusturya Federal Yabancılar ve İltica Dairesidir.

Yabancılar Polisi Kanunu m. 77 idari gözetime alternatif tedbirleri düzenlemektedir. İlgili maddede idari gözetime alternatif tedbire ilişkin kararın yazılı olarak verilmesi

114 Canada, Alternatives to Detention Program ENF 34 (2018) <<https://www.canada.ca/content/dam/ircc/migration/ircc/english/resources/manuals/enf/enf34-eng.pdf>> Erişim Tarihi 30 April 2020.

115 Canada, Immigration and Refugee Protection Regulations, m. 49.

116 Canada, Immigration and Refugee Protection Act, m. 145.

117 Canada, Immigration and Refugee Protection Regulations, m. 47

118 ibid m. 49.

119 Österreich, FPG- Fremdenpolizegesetz 2005 <<https://www.jusline.at/gesetz/fpg/paragraf/77>> Erişim Tarihi 30 April 2020.

120 Avusturya mevzuatında geçen ‘gelinderes Mittel’ (Türkçesi: ‘daha hafif tedbir’) idari gözetime alternatif tedbir anlamına gelmektedir.

düzenlenmiştir.¹²¹ Söz konusu hüküm sınır dışı edilmek üzere idari gözetimde tutulma amacının alternatif tedbirler ile yerine getirilebileceğine dair emare olması durumunda idari gözetime değil alternatif tedbirlere karar verilmesi gerektiğini düzenlemektedir. İlgili Kanun'da üç idari gözetime alternatif tedbire yer verilmektedir: periyodik aralıklarla polis birimlerine bildirim yükümlülüğü, Federal Yabancılar ve İltica Dairesine yeterli bir maddi/finansal teminat verilmesi ve Federal Yabancılar ve İltica Dairesi tarafından belirlenen yerlerde konaklama yükümlülüğü.¹²²

Yabancılar Polisi Kanunu yabancıların idari gözetime alternatif yükümlülükleri ihlal etmesi durumunda yabancı hakkında sınır dışı edilmek üzere idari gözetim kararı verileceğini belirtmektedir.¹²³ Avusturya mevzuatında 24 saatten az aralıklarla bildirim yükümlülüğü getirilemeyeceği düzenlenmiştir.¹²⁴ Kanunda finansal teminata ilişkin düzenlemenin Federal İçişleri Bakanlığı tarafından yönetmelikle yapılacağı öngörülmüştür.¹²⁵ Söz konusu düzenleme 2005 tarihli Yabancılar Polisi Kanunu Uygulama Yönetmeliği¹²⁶ (*Fremdenpolizeigesetz-Durchführungsverordnung*) m. 13'te yer almaktadır. İlgili Yönetmelik finansal teminat tutarının daima mevcut vakaya uygun, makul ve orantılı olması gerektiğini belirtmektedir.¹²⁷ Bunun yanı sıra, azami teminat miktarı Avusturya Genel Sosyal Sigorta Kanunu'na (*ASVG*) atıfta bulunarak belirlenmektedir.¹²⁸ Yönetmelikte ayrıca teminatın yatırılmasından sonra yabancılara yazılı bir belge verilmesi ve teminatın şartına dair gereklilikler ortadan kalktığında teminatın yabancıya iade edilmesi düzenlenmiştir.¹²⁹ Yabancı hakkında hükmedilen yükümlülüklerle uymaması durumunda teminatın Federal Hükümet hazinesi irat edilmesi de ayrıca öngörülmüştür.¹³⁰

Sonuç ve Değerlendirmeler

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ile tek bir madde ile düzenlenen ve Türkiye'de yeni uygulanmaya başlanan idari gözetime alternatif tedbirlere ilişkin olarak detaylı düzenlemenin yakın tarihte yapılması gerektiği açıktır. İdari gözetime alternatif tedbirlere ilişkin hususların hukukumuzda düzenlenmesinde başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere taraf olduğumuz uluslararası insan hakları sözleşmeleri ve imkânlar dahilinde ilgili esnek hukuk belgeleri dikkate alınmalıdır.

121 FPG- Fremdenpolizeigesetz 2005, m. 77(8).

122 ibid m. 77 (3).

123 ibid m. 77(4)

124 ibid m. 77.

125 Ibid m. 77(7).

126 Österreich, FPG-DV- Fremdenpolizeigesetz-Durchführungsverordnung <<https://www.jusline.at/gesetz/fpg-dv/paragraf/13>> Erişim Tarihi 30 April 2020. (Yabancılar Polisi Kanunu Uygulama Yönetmeliği)

127 ibid m. 13(1).

128 Azami teminat miktarı Avusturya Genel Sosyal Sigorta Kanunu'nun (ASVG) 293'üncü madde 1'inci fıkraya bb bendi uyarınca gösterge niteliğindeki oranın azami yüzde 200'dür.

129 FPG-DV - Fremdenpolizeigesetz-Durchführungsverordnung, m. 13 (2) ve (3).

130 ibid m. 13 (4).

Bunun yanı sıra, ülkemizden uzun süre önce idari gözetime alternatif tedbirleri mevzuatında düzenleyen ve bu tedbirlere ilişkin uygulama rehberleri yayınlayan ülkelerin deneyiminden çıkartılacak bazı dersler ve iyi uygulamalar mevcuttur. Bu hususlar ışığında makalede uluslararası hukuk ve karşılaştırmalı hukukta idari gözetime alternatif tedbirler incelenmiştir.

Makalenin ilk kısmında uluslararası bir sözleşme ile idari gözetime alternatif tedbirlerin bütüncül bir şekilde açık ve kapsamlı olarak düzenlenmediği belirtilmiştir. BM Genel Kurulu, BM İnsan Hakları Komitesi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin verdiği tavsiye niteliğindeki kararlar ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından da onaylanan Güvenli, Sistemli ve Düzenli Göç için Küresel Mutabakat gibi esnek hukuk kapsamındaki birçok uluslararası hukuk belgesinde idari gözetimin son çare bir tedbir olarak uygulanması ve özellikle hassas durumdaki yabancıların idari gözetimine karar verilmeden önce idari gözetime alternatif tedbirlerin değerlendirilmesi gerektiğine vurgu yapılmaktadır. İncelenen esnek hukuk belgeleri ve AİHM kararları ışığında Yabancılar ve Koruma Kanunu'na hassas durumdaki yabancı kavramının getirilip bu kavramın AİHM içtihadına uygun olarak tanımlanması gerekmektedir. YUKK m. 3(1)'de tanımlanan özel ihtiyaç sahibi kavramı sadece uluslararası koruma başvurusu sahibi ve uluslararası koruma statüsü sahibi kişileri kapsamaması nedeniyle uluslararası koruma talebinde bulunmayan göçmenlere uygulanmamaktadır. Bu da uygulamada hassas durumdaki yabancılar için kanunda ek bazı güvencelerin yer almaması anlamına gelmekte ve kanundaki bir boşluğa işaret etmektedir. Söz konusu boşluğun doldurulması amacıyla kanuna hassas durumdaki yabancı kavramının getirilip, özellikle hassas durumdaki yabancılar hakkında öncelikle idari gözetime alternatif tedbirlere hükmedilmesi gereğinin eklenmesi yerinde olacaktır. Böyle bir düzenleme sadece Türkiye'nin AİHS kapsamındaki sorumluluklarına değil Güvenli, Sistemli ve Düzenli Göç için Küresel Mutabakat kapsamındaki taahhütlerine uygun olacaktır.

AİHM bir idari gözetim uygulamasının AİHS m. 3 ve m. 5'e uygunluğuna karar verirken idari gözetime alternatif tedbirlerin idarece incelenip incelenmediğini dikkate alınmaktadır. AİHM birçok kararında özellikle çocuklar, çocuklu aileler, ciddi hastalığı bulunan kişiler gibi hassas durumdaki yabancılar hakkında idari gözetim kararı alınmadan önce alternatif tedbirlerin değerlendirilmesinin zorunlu olduğuna karar vermiştir. İncelenen uluslararası sözleşmeler ve mahkeme kararları ışığında idari gözetime alternatif tedbirlere karar verilirken ve bu tedbirler uygulanırken gözetilmesi gereken asgari insan hakları güvenceleri ile insan hakları temelli etkin idari gözetim alternatiflerinin makalede şu şekilde sayılmıştır:

- İdari gözetime alternatif tedbirler kanunlar ile belirlenmelidir.
- İdari gözetime alternatif tedbirler gerekli, makul ve orantılı olmalıdır.

- İdari gözetime alternatif tedbirler yalnızca hakkında idari gözetim kararı alınabilecek kişiler için uygulanmalıdır.
- İdari gözetim ve alternatiflerine dair değerlendirmede hassas durumdaki kişiler tespit edilmeli ve bu kişiler hakkında kural olarak idari gözetim yerine alternatif tedbirler uygulanmalıdır.
- İdari gözetime alternatif tedbirler arasında insan haklarına en az kısıtlama getiren tedbire karar verilmelidir.
- İdari gözetime alternatif tedbirler kontrol ve cezalandırma odaklı olmamalıdır.
- Hakkında idari gözetime alternatif tedbirlere hükmedilen kişilere etkin başvuru hakkına erişim sağlanmalıdır.
- Hakkında idari gözetime alternatif tedbirlere hükmedilen yabancıların aşırı yoksulluğa düşmemesi için gerekli tedbirler alınmalıdır.

İdari gözetime alternatif tedbirlere ilişkin olarak yapılacak detaylı düzenlemede söz konusu ilkelerin göz önünde bulundurulması mevzuatımızı AİHS'ne uygun hale getirebilecek niteliktedir.

Makalenin ikinci kısmında ise Birleşik Krallık, Kanada ve Avusturya mevzuatı ve uygulamasında idari gözetime alternatif tedbirler incelenmiştir. Birleşik Krallık hukuku incelendiğinde idari gözetime alternatif tedbirlere ilişkin hususların ve özellikle elektronik kelepçe ile izleme tedbirinin 2016 tarihli Birleşik Krallık Göç Yasası ile detaylı şekilde düzenlendiği ve Birleşik Krallık İçişleri Bakanlığı'nın alternatiflerin uygulanmasına ilişkin olarak 76 sayfalık bir Uygulama Kılavuzu yayımlandığı görülmektedir. Birleşik Krallık hukuku ve uygulamasında idari gözetime alternatif tedbirlere ilişkin olarak yapılabilecek tespit ve önerilerin üç başlık altında değerlendirilmesi mümkündür.

İlk olarak Birleşik Krallık Göç Yasası'nda özellikle idari gözetime alternatif tedbirlere karar verme yetkisi ve bu yetki kullanılırken dikkat edilmesi gereken hususlar açıkça düzenlenmiştir. YUKK m. 57 ve m 57/A'da henüz idari gözetime alternatif tedbirlere karar verilirken dikkat edilmesi gereken hususlara dair bir düzenleme yapılmamıştır. Söz konusu düzenlemenin açık ve kapsamlı olarak yapılması ve bu hususlara ilişkin detaylı bir Uygulama Kılavuzunun yayınlanması YUKK m. 57 ve m. 57/A'nın doğru şekilde uygulanması ve idari gözetim ve idari gözetime alternatif tedbirler hakkında yeknesak karar verilmesi açısından önemli bir adım teşkil edecektir.

İkinci olarak, Birleşik Krallık hukukunda 4 aydan fazla süre boyunca idari gözetim altında tutulan kişilerin salıverilmesine ilişkin olarak İlk Derece Mahkemelerinin Göç ve İltica Dairelerinin, başvuru aramaksızın, karar vermesi öngörülmüştür. Bu tür bir düzenlemeye benzer bir şekilde idari gözetim süresinin belirli bir süreyi aştığı durumlarda Sulh Ceza Hakimlerinin idari gözetim kararlarının yerindelğini başvuru olmaksızın incelemesine ilişkin bir hükmün mevzuatımıza eklenmesi Geri Gönderme

Merkezlerinde tutulan özellikle idari gözetime itiraz hakkı ile ilgili yeterli bilgisi veya adli yardıma erişimi olmayan yabancıların idari gözetim kararının bir mahkeme tarafından gözden geçirilmesi anlamına gelecek ve keyfi tutulmaların ve AİHS m. 5 ihlallerinin önüne geçecektir.

Üçüncü olarak, Birleşik Krallık Mahkemeleri idari gözetime alternatif tedbirlere özellikle elektronik kelepçenin kullanılmasına ilişkin verdiği kararlarda idari gözetime alternatif tedbirlerin yerindeliğini incelerken bu tedbirlerin temel insan haklarını ne ölçüde kısıtlama getirdiğini ve bu tedbirlerin uygulanması ile kazanılan yararı değerlendirip orantılılık (ölçülülük) denetimi yapmaktadır. Hassas durumdaki yabancılar hakkında elektronik kelepçe uygulanmasının ilk bakışta orantılı olarak kabul edilmesi mümkün gözükmemektedir. Bu yönde, Birleşik Krallık İçişleri tarafından yayınlanan Uygulama Kılavuzunda elektronik kelepçenin çocuklar, hamile ve yeni doğum yapmış kadınlar, yaşlılar, daha önce işkence görmüş kişiler ve psikolojik sorunları olan kişiler üzerinde uygulanmaması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Guild'e göre elektronik kelepçe tedbirinin göçmenler için kullanılması AİHS m. 3, m. 5 ve m. 8 bakımından sorun yaratabilecek niteliktedir.¹³¹ Elektronik kelepçenin kişi haklarına getirdiği önemli kısıtlamalar dikkate alındığında yabancılar hakkında elektronik kelepçe tedbirine sadece son çare olarak hükmedilmesi ve elektronik kelepçe tedbirinin hassas durumdaki yabancılar için kullanılmaması gerektiği açıktır.

Kanada hukuku incelendiğinde idari gözetime alternatif tedbirlerin Mülteci Koruma Yasası 6. Bölüm ve Göç ve Mülteci Koruma Yönetmeliği ile düzenlendiği görülmektedir. Kanada hukuku ve uygulamasında idari gözetime alternatif tedbirlere ilişkin olarak yapılabilecek tespit ve önerileri üç başlık altında toplamak mümkündür.

İlk olarak, Kanada'da yürürlükte olup mevzuatımızda da yer alan ses teknolojileri ile izleme gibi modern teknolojilerin bildirimde veya izlemede kullanılması iyi bir uygulama olarak kabul edilmekte ve insan haklarına en az kısıtlama getiren alternatiflerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.¹³² Bu yöntem özellikle ikamet yeri bildirim yerlerine uzak olan kişiler, engelli bireyler, yaşlı bireyler, hamileler, emziren anneler ve aile bireylerine karşı bakım yükümlülüğü bulunan yabancılar için uygun bir yöntem teşkil etmektedir. Kanada hukuku ve uygulamasında, hakkında teminat tedbirine hükmedilen yabancının alternatif tedbirler ve teminata ilişkin uyulması gereken kural ve yükümlülükler ile bu kural ve yükümlülükleri uymamanın teminat bedelinin ve gösterilen güvencenin kaybı ile sonuçlanacağı hususu hakkında yazılı olarak açıkça bilgilendirilmesi öngörülmüştür. Bu olumlu uygulamanın Türkiye'de de yer alması, hakkında teminat tedbirine hükmedilen yabancılar bakımından ileride yaşanabilecek hak kayıplarını önleyebilecek niteliktedir.

131 Bkz. E. Guild'in argümanlar için Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU Time for Implementation (n 5) 102, 103.

132 UNHCR-OHCHR (n 45) para 21.

İkinci olarak, Birleşik Krallık hukukuna benzer şekilde Kanada mevzuatında teminatı gösterenin üçüncü bir kişi olması durumunda teminat gösteren kişinin sahip olması gereken özellikler açıkça belirtilmiştir. Bu düzenlemenin amacı yabancı için güvence gösteren kişinin insan ticareti, göçmen kaçakçılığı gibi suçların faili olmasını ve yabancıların bu suçların mağduru olmasını engellemektir. Söz konusu düzenlemeye paralel bir düzenleme hukukumuzda da yapılmalıdır.

Üçüncü olarak, Kanada hukuku ve uygulamasında yürürlükte olan toplum temelli çözümler ve vaka yönetimi hem insan haklarına uygun hem de etkin bir idari gözetim alternatifini olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar bu tedbir YUKK'a getirilen idari gözetime alternatif tedbirleri arasında yer almasa da kanunda öngörülen Geri Dönüş Danışmanlığı kapsamında Kanada'da uygulanan vaka yönetimi tedbirinin kullanılmaması için de herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Son olarak idari gözetime alternatif tedbirlerin Avusturya mevzuatında ne şekilde düzenlendiği incelenmiş ve bu tedbirlerin Avusturya 2005 tarihli Yabancılar Polisi Kanunu ve bu Kanunun Uygulama Yönetmeliği ile düzenlendiği belirtilmiştir. Avusturya hukukunda idari gözetime alternatif tedbirlerin düzenlenmesine ilişkin yapılabilecek tespit ve önerileri iki başlık altında incelemek mümkündür.

İlk olarak, Avusturya hukukunda bildirim yükümlülüğününün 24 saatten az aralıklar ile getirilemeyeceği düzenlenmiştir. Çeşitli ülke uygulamalarında yabancılara günde bir, haftada bir, iki haftada bir, üç hafta bir ve ayda bir bildirim zorunluluğu getirildiği görülmektedir.¹³³ Bazı araştırmalar çok sık olarak belirlenen bildirim yükümlülüklerinin yabancılarda strese ve bazı psikolojik sorunlara neden olduğunu ortaya koymaktadır.¹³⁴ Bildirimde bulunma tedbirinin temel insan haklarına ciddi bir kısıtlama getirmemesi ve bildirim yükümlülüğüne daha çok yabancının uyması için şu hususlara dikkat edilmesi önerilmektedir: Bildirimde bulunma sıklığı kişinin içinde bulunduğu durumları dikkate almalı (kişinin sağlık durumu, hamilelik durumu, engelli olup olmadığı, çocuk ve yaşlı gibi aile bireylerine karşı bakım yükümlüğü vb.) ve her halükârda yapılacak bildirimler arasındaki süreler çok kısa tutulmamalıdır, bildirimde bulunulacak yer kişinin ikamet ettiği yerden çok uzak olmamalı ve kural olarak pahalı ulaşım yöntemlerinin kullanılmasını gerektirmemeli eğer bu mümkün değilse kişinin ulaşım masrafları idarece karşılanmalıdır, bildirimde bulunulacak yer mümkünse polis merkezleri dışında yabancıya vaka yardımı sağlayabilecek idari merciler olarak belirlenmelidir (özellikle menşe ülkede polis şiddetine maruz kalmış kişiler ile işkence ve şiddet mağdurları için

133 Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU Time for Implementation (n 5) 89.

134 Rutgers School of Law Newark Immigrants Rights Clinic, 'Free but Not Freed: A Report Examining the Current Use of Alternatives to Immigration Detention' Rutgers School of Law Newark Immigrants Rights Clinic & American Friends Service Committee (2012) <<https://www.yumpu.com/en/document/read/30360387/freed-but-not-free-finalpdf-rutgers-school-of-law-newark>> Erişim Tarihi 30 April 2020; Mary Bosworth, 'Alternatives to Immigration Detention: A Literature Review' University of Oxford Department of Criminology (2018) <https://arts.monash.edu/_data/assets/pdf_file/0004/1627897/ALTERNATIVESTODETENTIONReview.pdf> Erişim Tarihi 30 April 2020, 17.

bu hususa dikkat edilmelidir).¹³⁵ Avusturya mevzuatında olduğu gibi Türk mevzuatında da bildirim aralıklarına ilişkin kurallar konulması ve bildirimler arasındaki sürelerin çok kısa tutulmaması gereğinin mevzuatımızda düzenlenmesi bildirim yükümlülüğünün keyfi olarak uygulanmaması için önem arz etmektedir.

İkinci olarak hem Avusturya hem de Birleşik Krallık ve Kanada hukukunda teminat idari gözetime alternatif bir tedbir olarak yer almaktadır. Teminat, göç bağlamında nispeten daha az kullanılan bir idari gözetim alternatifidir bunun nedeni de çoğunlukla hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıların finansal teminat gösterecek yeterli maddi gücünün olmamasıdır.¹³⁶ Teminat bedelinin belirlenmesi Birleşik Krallık ve Kanada hukukunda göç alanında çalışan kamu görevlilerine veya ulusal mahkemelere bırakılmışken, Avusturya hukukunda teminat bedeline ilişkin Avusturya Sosyal Güvenlik Kanunu'na atıf yapılarak teminatın azami miktarı kanun ile belirlenmiş ve teminatın mevcut vakaya uygun, makul ve orantılı olması gerektiği düzenlenmiştir. Bu tür bir düzenlemenin ülkemizde de yapılarak teminatın azami miktarının kanunlar ile belirlenmesi ve teminat miktarının genel olarak yabancıların kişisel durumu ve mali gücü dikkate alınarak belirlenmesi yerinde olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, R.G. Sayı: 28615, R.G. Tarih: 11/4/2013.
- 7196 sayılı Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, R.G. Sayı: 30988, R.G. Tarih: 24/12/2019.
- Antalya Barosu İnsan Hakları Merkezi, Dünya Evimiz Derneği, Uluslararası Dayanışma Derneği, Göç Araştırmaları Derneği (GAR), Göçmen Dayanışma Derneği, Hak İnisiyatifi Derneği, Halkların Dayanışma Köprüsü Derneği, İltica ve Göç Araştırmaları Derneği (İGAM), İnsan Hakları Derneği (İHD), İnsan Hakları Gündemi Derneği (İHGD), İzmir'de Suriyeli Mültecilerle Dayanışma Derneği, Kaos GL, Kırkayak Kültür, Medya ve Mülteci Hakları Derneği, Mültecilerle Dayanışma Derneği (Mülteci-der), Uluslararası Mülteci Hakları Derneği, Van Barosu, Yurttaşlık Derneği, Yuva Derneği , YUKK Değişiklikleri Hakkında Ortak Değerlendirme, 4 Aralık 2019 <<https://www.gocarastirmalariderneği.org/attachments/article/144/yukk-degisiklikleri-hakkinda-ortak-degerlendirme.pdf>> Erişim Tarihi 30 April 2020.
- Bloomfield A, 'Alternatives to detention at a crossroads: Humanisation or criminalisation?' (2016) 35(1) Refugee Survey Quarterly 29-46.

¹³⁵ CDDH Report (n 5) para 220; IDC ve MHD, *İdari Gözetime Alternatifler* (n 7) 68.

¹³⁶ FRA (n 5) 2.

- Bosworth M, 'Alternatives to Immigration Detention: A Literature Review' University of Oxford Department of Criminology, 2018, <https://arts.monash.edu/__data/assets/pdf_file/0004/1627897/ALTERNATIVESTODETENTIONReview.pdf> Erişim Tarihi 30 April 2020.
- Canada Border Services Agency, Alternatives to Detention Program, < <https://www.canada.ca/en/border-services-agency/news/2018/07/alternatives-to-detention-program.html>> 30 April 2020.
- Canada, Immigration and Refugee Protection Act (S.C. 2001, c. 27) <<https://laws.justice.gc.ca/eng/acts/i-2.5/FullText.html>> 30 April 2020.
- Citizenship and Immigration Canada, ENF 34 Alternatives to Detention Program, <<https://www.canada.ca/content/dam/ircc/migration/ircc/english/resources/manuals/enf/enf34-eng.pdf>> 30 April 2020.
- Committee on the Rights of the Child (CRC), Report of the 2012 Day of General Discussion on the Rights of All Children in the Context of International Migration, 28 September 2012, <<https://www.refworld.org/docid/51efb6fa4.html>> 30 April 2020.
- Costello C, and Kaytaz E, 'Building empirical research into alternatives to detention: perceptions of asylum-seekers and refugees in Toronto and Geneva' UNHCR, June 2013, PPLA/2013/02, <<https://www.refworld.org/docid/51a6fec84.html>> 30 April 2020.
- Council of Europe, 'Human Rights and Migration. Legal and practical aspects of effective alternatives to detention in the context of migration' Analysis of the Steering Committee for Human Rights (CDDH), 7 December 2017 <<https://rm.coe.int/legal-and-practical-aspects-of-effective-alternatives-to-detention-in-/16808f699f>> 30 April 2020.
- Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation Rec(2003) 5 of the Committee of Ministers to Member States on Measures of Detention of Asylum Seekers, 16 April 2003, Rec(2003)5, <<https://www.refworld.org/docid/3f8d65e54.html>> 30 April 2020.
- Council of Europe, Parliamentary Assembly, Assembly debate on 28 January 2010 (7th Sitting) (see Doc. 12105, report of the Committee on Migration, Refugees and Population, rapporteur: Mrs Mendonça). Text adopted by the Assembly on 28 January 2010 (7th Sitting), < <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17813&lang=en>> 30 April 2020.
- Council of Europe: Committee of Ministers, Guidelines on human rights protection in the context of accelerated asylum procedures, 1 July 2009, <<https://www.refworld.org/docid/4a857e692.html>> 30 April 2020.
- Çiçekli B, *Yabancılar ve Mülteciler Hukuku* (6th edn, Seçkin 2016).
- D. Kuşçu, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Sınır Dışı Edilmeleri* (Onikilevha 2017).
- De Bruycker P, Bloomfield A, Tsourdi E (Lilian), Pétin J, (Eds.) *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU Time for Implementation* (2015) < <https://odysseus-network.eu/wp-content/uploads/2015/02/FINAL-REPORT-Alternatives-to-detention-in-the-EU.pdf>> 30 April 2020.
- Dost S, 'Uluslararası Hukukta Bağlayıcı Olmayan Hukuk' (2019) 14 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 35-74.
- Edwards A, 'Measures of first resort: alternatives to immigration detention in comparative perspective' (2011) 7 The Equal Rights Review 117-142.
- Ekşi N, *6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim* (Beta Yayınevi 2014).

- European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 'Immigration detention' March 2017, CPT/Inf(2017)3, <<https://rm.coe.int/16806fbf12>> 30 April 2020.
- European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), 'Alternatives to detention for asylum seekers and people in return procedures' (2015) <<https://fra.europa.eu/en/publication/2015/alternatives-detention-asylum-seekers-and-people-return-procedures>> 30 April 2020.
- ExCom Conclusion No 85 (XLIX), 9 October 1998.
- Forced Migration Review No. 44- Detention, alternatives to detention, and deportation, Refugee Studies Centre, September 2013.
- Göçmen İ., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Avrupa Birliği ve Türkiye Göç Hukuku* (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2015).
- Immigration and Refugee Protection Regulations (SOR/2002-227) <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/SOR-2002-227/page-50.html#docCont>> 30 April 2020.
- International Detention Coalition (IDC) ve Mülteci Hakları Merkezi, *İdari gözetime Alternatifler Göç yönetimi kapsamındaki gerekli olmayan idari gözetimi önlemeye yönelik El kitabı* (Gözden geçirilmiş baskı 2015) <https://www.mhd.org.tr/images/yayinlar/Mhm_Idari_Gozetime_Alternatifler.pdf> 30 April 2020.
- International Detention Coalition (IDC), *There are Alternatives: A handbook for preventing unnecessary immigration detention* (revised edition, 2015) <<https://idcoalition.org/wp-content/uploads/2015/10/There-Are-Alternatives-2015.pdf>> 30 April 2020.
- Majher I, 'Immigration Detention under the Global Compacts in the Light of Refugee and Human Rights Law Standards' (2019) 57(6) *International Migration* 91-114.
- Martin S, 'The role of legitimacy and proportionality in the (supposedly absolute) prohibition on inhuman and degrading treatment: the United Kingdom's High Court decisions in DD v Secretary of State' Ejil:Talk!, 22 December 2015 <<https://www.ejiltalk.org/the-role-of-legitimacy-and-proportionality-in-the-supposedly-absolute-prohibition-on-inhuman-and-degrading-treatment-the-united-kingdoms-high-court-decisions-in-dd-v-secretary-of-state/>> 30 April 2020.
- Österreich, FPG- Fremdenpolizeigesetz 2005 <<https://www.jusline.at/gesetz/fpg/paragraf/77> > 30 April 2020.
- Österreich, FPG-DV- Fremdenpolizeigesetz-Durchführungsverordnung <<https://www.jusline.at/gesetz/fpg-dv/paragraf/13>> 30 April 2020.
- Özkan I., *Göç ve Sığınma Hukuku* (3. Baskı, Seçkin Yayınevi 2018).
- Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, François Crépeau, 2 April 2012, A/HRC/20/24, <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-24_en.pdf> 30 April 2020.
- Resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2008 [on the report of the Third Committee (A/63/430/Add.2)] 63/184. Protection of migrants A/RES/63/184.
- Resolution adopted by the General Assembly on 20 December 2012, [on the report of the Third Committee (A/67/457/Add.2 and Corr.1)] 3 April 2013.
- Rutgers School of Law Newark Immigrants Rights Clinic, 'Free but Not Freed: A Report Examining the Current Use of Alternatives to Immigration Detention' Rutgers School of Law Newark Immigrants Rights Clinic & American Friends Service Committee (2012) <<https://www.yumpu.com/en/document/read/30360387/freed-but-not-free-finalpdf-rutgers-school-of-law-newark>> 30 April 2020.

Sampson R, and Mitchell G, 'Global trends in immigration detention and alternatives to detention: Practical, political and symbolic rationales' (2013) 1(3) *Journal on Migration and Human Security* 97-121.

Sur M, *Uluslararası Hukukun Esasları* (13th edn, Beta 2019).

Teksoy B, 'İdari Gözetim Altına Alınan Yabancıların Elektronik ve İletişim Cihazlarının İncelenmesine İlişkin Hükümün Değerlendirilmesi' (2020) 75(2) *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 517-556.

Uluslararası Mülteci Hakları Derneği, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı İncelemesi, Kasım 2019 < <https://www.umhd.org.tr/wp-content/uploads/2019/11/kanun-tasla%C4%9F%C4%B1-incelemesi.pdf>> 30 April 2020.

UN Human Rights Committee (HRC), General comment no. 35, Article 9 (Liberty and security of person), 16 December 2014, CCPR/C/GC/35, <<https://www.refworld.org/docid/553e0f984.html>> 30 April 2020.

UN Human Rights Committee, General comment No. 35: Article 9, Liberty and security of person, 30 October 2014, CCPR/C/GC/35 18.

UNHCR-OHCHR, Global Roundtable on Alternatives to Detention of Asylum-seekers, Refugees, Migrants and Stateless Persons, Summary Conclusions, Geneva, 2011 <<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/Events/SummaryConclusions.pdf>> 30 April 2020.

UNHCR, APT & IDC, Immigration Detention Monitoring: Practical Manual, 2014, Section 4.8 Persons in Situations of Vulnerability/Risk, 2014 < https://www.apr.ch/content/files_res/monitoring-immigration-detention_practical-manual.pdf> 30 April 2020.

UNHCR, Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention, 2012, <<https://www.refworld.org/docid/503489533b8.html>> 30 April 2020.

United Kingdom Home Office, Immigration bail Version 5.0 (2020) <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/869352/Immigration-bail-v5.0ext.pdf> 30 April 2020.

United Kingdom Terrorism Prevention and Investigation Act 2011 < <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/23/contents/enacted>> 30 April 2020.

United Kingdom: Immigration Act 2016, House of Commons Library, 12 May 2016, <<https://www.refworld.org/cases,UKHCL,58a6fca84.html>> 30 April 2020.

Mahkeme Kararları

A.B. and Others v France App no 11593/12 (ECHR, 12 July 2016)

A.M. and others v. France App no 24587/12 (ECHR, 12 July 2016)

Abdolkhani and Karimnia v. Turkey App no 30471/08 (ECHR, 22 September 2009)

Amuur v. France App no 19776/92 (ECHR, 25 June 1996)

DD v Secretary of State for Home Department [2015] WLR 2217

G.B. and others v. Turkey App no 4633/15 (ECHR, 17 October 2019)

Khlaifia and Others v. Italy [GC] App no 16483/12 (ECHR, 15 December 2016)

Louled Massoud v. Malta App no 24340/38 (ECHR, 27 October 2010).

M.S.S. v. Greece ve Belgium [GC] App no 30696/09, (ECHR, 21 January 2011)

Popov v. France App no 39472/07 and 39474/07 (ECHR, 19 January 2012)

R (on the application of Abdiweli Gedi) vs Secretary of State for the Home Department, [2016] EWCA Civ 409 (Admin), 17 May 2016

Rahimi v. Greece App no 8687/08 (ECHR, 5 July 2011)

Rustamov v. Russia App no 11209/10, (ECHR, 3 July 2012)

S.K. v. Russia App no 52722/15 (ECHR, 14 February 2017)

S.Z. v. Greece App no 66702/13 (ECHR, 21 June 2018)

Saadi v. Italy [GC] App no 37201/06, (ECHR, 28 February 2008)

Shamsa v. Poland App no 45355/99 and 45357/99 (ECHR, 27 November 2003)

Soering v. UK App no 14038/88 (ECHR, 7 July 1989)

Strock v. Germany App no 61603/00 (ECHR, 16 June 2005)

Suso Musa v. Malta App no 42337/12 (ECHR, 23 June 2013)

YohEkale Mwanje v. Belgium App no 10486/10 (ECHR, 20 December 2011)

