

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANİ KARARLARI IŞIĞINDA AVRUPA BİRLİĞİ'NİN GÖÇ VE SİĞİNMA POLİTİKASI

Prof. Dr. Işıl ÖZKAN*

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) 21 Ocak 2011 tarihli kararı¹, hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hem de Avrupa Birliği'nin mülteci ve sığınmacılara ilişkin mevzuatı bakımından özel bir önem taşımaktadır. Kararın 17 üyeli Büyük Daire tarafından 16'ya karşı-1 muhalif oyla kabul edilmesi kararın önemini artırmaktadır.

Bir yandan Lizbon Andlaşması'nın² 1 Aralık 2009'da yürürlüğe girmesi, diğer yandan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) ek 14 no'lu Protokolün³ kabulüyle, Avrupa Birliği'nin üye devletlerden ayrı bir tüzel kişilik olarak AİHS'ne taraf olması ihtimalinin doğması ile Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) ile AİHM'nin benzer konulardaki içtihat farklılığının sürüp sürmeyeceği konusunda tereddütler oluşmuştur. Başlangıçta 14 no'lu Protokolü veto eden Rusya Federasyonu, İsviçre'nin Interlaken kentinde yapılan toplantı sonunda yayımlanan 19.02.2010 tarihli Bildiri'de tutumunu değiştirerek, AB'nin AİHS'ne taraf olmasının yolu açılmıştır. 14 numaralı Protokol, tüm üye devletler tarafından onaylanarak 1 Haziran 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Diğer yandan, Avrupa Birliği'ni Kuran Andlaşmanın (ABA 6/2) maddesi açıkça Birliğin Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Sözleşmesine taraf olacağını ifade etmekte ancak bu katılımın Andlaşmalardan doğan Birlik yetkilerini etkilemeyeceğini kabul etmektedir. ABA 47. maddesi ise Birliğin tüzel kişiliğini olduğunu beyan etmektedir. Ayrıca 51. maddede bu Andlaşmanın ekindeki Protokollerin ve eklerin Andlaşmanın asli bir unsuru

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

1 Başvuru no: 30696/09, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbkcm.asp?sessionId=65474716&skin=hudoc-e>.

2 OJ 2010 C.83/01.

3 17/2.p. "Avrupa Birliği bu Sözleşmeye katılabilir" Protokolün 17/2.maddesi için bkz Council of Europa ETS, No: 194, 13.V. 2004, <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/194.htm>, 5.09.2010.

olduğu ifade edilmiştir. 8. no'lu Protokol⁴ Avrupa Birliğini Kuran Andlaşmanın 6 (2) maddesiyle ilgili olarak Birliğin Avrupa İnsan Hakları ve Temel Hürriyetleri Sözleşmesine taraf olabileceğini kabul etmektedir. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı bir protokolle Andlaşmanın ekinde yer aldığından bağlayıcı nitelik taşımaktadır. Katılım için gerekli düzenlemeler henüz tamamlanmamıştır. 7 Temmuz 2010 tarihinde, Komisyona verilen yetki ile katılım müzakereleri başlamıştır. Müzakereler sonucunda katılım anlaşmasının her iki tarafça imzalanması ve üye ülkeler tarafından onaylanması gerekmektedir.

AİHS'nin yalnızca devletlerin taraf olmasına açık olduğu, uluslararası örgütlerin taraf olamayacağı kabul edilmişken, AİHS Statüsünde yapılan bir değişiklikle sadece Avrupa Birliği için bir istisna tanındığı bilinmektedir. AYBAY'ın haklı olarak belirttiği gibi; AİHS hükümleri sadece devletlerin üyeliğine açık biçimde düzenlenmiştir. AB'nin ulusüstü yapısı nedeniyle Bakanlar Komitesi ve Parlamenterler Meclisinde nasıl temsil edileceği bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sorun AB'nin kurumsal yapısı içinde çözüle bile, AB aleyhine bireysel başvuru yolu nasıl işleyecektir? İç hukuk yollarının tüketilmesi için ABAD'ın sistemin içinde sayılması gerekecek midir? Uyrukluğun önemli olduğu durumlarda (AİHS. 16. madde ve 36/1 madde) AB vatandaşlığı mı esas alınacaktır? Bu sorunlar nedeniyle AİHS'nin bazı hükümlerinin değişmesi gerekebilecektir⁵.

Bizim kanımız benzer sorunların iki mahkeme arasındaki içtihat farkları nedeni ile de çıkabileceği yönündedir. Zira ABAD yetkilerini kurucu Andlaşmalardan almaktadır. Birincil normları yorumlamak ve ikincil normların hukuka uygunluğunu denetlemek yetkisine sahiptir. Ancak bu yetki Lizbon'dan sonra dahi ekonomik bütünleşmeye ilişkin normlarla sınırlıdır. ABAD'ın Ortak Yabancılar ve Güvenlik Politikasında bazı istisnalar (ABA 40. madde ve ABFA 275/2) dışında yetkisi yoktur. Özgürlük, Adalet ve Güvenlik alanında ise ABAD'ın sınırlı yargı yetkisi bulunmaktadır (ABFA 276).

4 Blackstone's EU Treaties & Legislation, 2010-2011 (ed: Nigel Foster), 21 st ed, Oxford, 2010, s. 142.

5 AYBAY, Rona, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14. Protokol", TBBD Mayıs-Haziran 2010, sa:88, s.258.

I. AİHM VE ABAD KARARLARININ KARŞILAŞTIRILMASI

A. Yer ve Zaman Bakımından Uygulanmada Temel Kurallar

AİHM'nin AB ile ilgili olarak verdiği 1999 tarihli Matthews/ Birleşik Krallık kararı⁶, önem taşımaktadır. Avrupa Birliği kurumları tarafından kabul edilen bir düzenleme nedeniyle dava İngiltere'ye karşı açılmış ve Mahkeme davayı kabul edilebilir bulmuştur. Konu Avrupa Parlamentosu için yapılacak seçimlere, Cebelitarık'ta yaşayan kişilerin katılımı, oy kullanamaması ile ilgiliydi. Seçme hakkı elinden alınan bir kişi davayı AİHM'nde bir üye devlete karşı açmıştır. Zira AB Birlik olarak AİHS'ne taraf değildir. Ancak Mahkeme belirli yetkilerin ulusüstü bir örgüte devredilmesinin, devletin Sözleşmeden doğan sorumluluğunu ortadan kaldıramayacağını, bu nedenle başvurucunun hakkının İngiltere tarafından ihlal edildiğini kabul etmiştir.

Diğer yandan BM Güvenlik Konseyinin verdiği kararları denetleyecek bir usul bulunmamaktadır. Böyle bir yetki Uluslararası Adalet Divanına dahi doğrudan verilmemiştir⁷. AİHM'ne yapılan bir başvuruda, BM Güvenlik Konseyi kararı gereğince üye devletlerin giriştiği bazı eylemlerin incelenmesi istenmiş, ancak Mahkeme kendini yetkili görmemiştir. Dava Kosova'da yapılan operasyonlar sonunda zarar gören kişilerce açılmıştır⁸. Birinci dava NATO bombalaması sonucunda temizlenmeyen bir bombanın patlaması yüzünden ölen oğlu için, diğeri de kör olan baba için açılmıştır. Mahkeme Kosova'da yürütülen operasyonlara devletlerin yaptığı katkıyı ve eylemlerini denetleyemeyeceğine karar vermiştir.

Buna karşın ABAD 03.09.2008 tarihli Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation kararında⁹, BM Güvenlik Konseyinin Taliban'ın finansal gücünü dondurmak için aldığı karara uygun olarak çıkarılan ve bazı malların Afganistan'a ihracını yasaklayan AB mevzuatının¹⁰ iptaline karar vermiştir. Gerekçe olarak AB kurumlarının temel haklarla uyumlu olmayan Güvenlik Konseyi kararlarını yerine getirmeye yetkili olmadıkları vurgulanmıştır.

Uluslararası örgütlerin işlemlerinden dolayı üye devletlerin sorumluluğuna ilişkin bir başka dava, Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi / İrlanda davasıdır¹¹. Başvuran Türk şirketi eski Yugoslavya'dan 1992 yılında iki uçak kiralamıştır. Nisan 1993 yılında BM Güvenlik Konseyi kabul ettiği bir sonuç belgesi ile her devletin uçaklarının kendi hava sahasında uçmasını kararlaştırmıştır. Karar eski Yugoslavya'daki insan hakları ihlalleri nedeni ile alınan yaptırım kararlarının bir parçasıydı. AB Mayıs 1993'de bu kararı bir AT Tüzüğü ile uygulamaya geçirdi. Başvurucu bu uçaklardan birini bir İrlanda şirketine kiraladı. Ödeme yapıldıktan sonra İrlanda Ulaştırma Departmanı AT Tüzüğüne uygun olarak uçağa el koydu. İrlanda mahkemesinde açılan davadan sonra, konu ön karar usulü ile Avrupa Adalet Divanının önüne geldi. Başvurucu AİHS'ne ek 1. no'lu

6 Matthews v. United Kingdom (1999) 28 EHRR 361.

7 TEZCAN, Durmuş-ERDEM, Mustafa Ruhan-SANCAKDAR, Oğuz-ÖNOK Rıfat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, 3.bs, Ankara, 2010, s.83.

8 Behrami v.France, Saramati v. France, 31.5.2007 tarihli kabul edilmezlik kararı için bkz. TEZCAN-ERDEM-SANCAKDAR-ÖNOK, S.84.

9 Birleşik dava, C-402/05P VE C- 415/05 P, JOUE, 8.11.2008, C 285/03.

10 EC No 881/2002, 27 Mayıs 2002.

11 30 Haziran 2005,bkz. MOWBRAY,Alastair, Cases and Materials on the European Convention on Human Rights, Oxford, 2007,s.70-71.

Protokolün 1. maddesine dayanarak mülkiyet hakkının ihlal edildiğini öne sürdü. Divan verdiği görüşte, ilgili örgütün insan haklarını korumak için aldığı önlemler, AİHS'nin sağladığı haklara eşdeğer koruma mekanizması getiriyorsa, bu örgütün kararlarına uygun olan işlemler geçerlidir. Korumanın eşdeğer sayılması için, tümüyle aynı olması gerekmez, benzer olması yeterlidir (p.155). Fakat belli şartların değerlendirilmesi sonucu, AİHS'deki hakların korunması yönünde bir yetersizlik ortaya çıkarsa, bu karine geçerliliğini yitirecektir (p.156). Divan bu duruma örnek olarak Loizidou v. Türkiye¹² kararını göstermiştir. Sonuç olarak, AT hukukunda temel hakların korunmasının Sözleşme ile eşdeğer nitelikte olduğuna ve İrlanda tarafından AİHS'ne aykırı davranılmadığı kabul edilmiştir (p.165)¹³.

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 28. maddesine göre, andlaşma hükümleri geriye yürümez. Aynı husus insan hakları sözleşmeleri için de geçerlidir. Ancak burada AİHM'nin "sürekli ihlal" kavramı önem kazanmaktadır. AİHM'nin zorunlu yargı yetkisinin ya da bireysel başvuru hakkının kabulünden önce meydana gelen olayların etkileri başvurunun yapıldığı tarihte devam ediyorsa, sürekli ihlal söz konusudur ve AİHM'nin zaman bakımından yetkisi vardır. AİHM Loizidou v. Türkiye kararında bu gerekçeye dayanmıştır. Kıbrıs Barış Harekatı 1974 yılında yapılmakla beraber, davanın açıldığı tarihte davacı KKTC'de olan ve mülkiyeti kendisine ait bulunan taşınmazına ulaşamıyordu. Zira bölge Türk silahlı kuvvetlerinin kontrolü altındadır. Aksine, Bankoviç ve diğerleri kararında¹⁴, Kosova uyuşmazlığı sırasında, Belgrat'a yapılan Nato bombardımanı sonucu hayatını kaybedenlerin yakınları tarafından Nato devletleri aleyhine yapılan başvuruları AİHM kabul edilemez bulmuştur. Zira bu olayda "etkin denetim" kurulmamıştır.

Saddam Hüseyin'in başvurusu da yer yönünden bir bağlantı tespit edilemeyeceği için kabul edilmez bulunmuştur. AİHM'nin yer bakımından yetkisi, yargı yetkisine tabi olan herkes için geçerlidir, yoksa sadece devletin sınırları içinde değildir. Merkezi hükümetin gücünü ülke çapında uygulamaktan aciz olması, devletin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz¹⁵.

B. Özgürlüklerin İçeriği Konusunda Farklı Yorumlar

AİHM temel hakları genişletici bir yorum izlerken, ABAD kendi yetkisini Birlik hedefleriyle sınırlamaktadır. Bu nedenle özgürlüklerin içeriği konusunda farklı yorumlar karşımıza çıkmaktadır.

Bu davalardan biri ATAD önünde görülen Hoechst v. Komisyon davasıdır¹⁶. Komisyon rekabet hukukuna ilişkin 17 sayılı Tüzüğün kendisine verdiği yetkiyi kullanarak Alman Hoechst AG'de arama yapmıştır. Komisyon'un izinsiz arama yaptığını ve belgelere ulaşmak için hukuk dışı yolları seçtiğini iddia eden şirket, ATAD'da dava açmıştır. Divan AİHS'nin 8. maddesinin özel hayata ve aile hayatına saygı amacını taşıdığını, bu hükmün işyerlerini kapsamadığını kabul etmiştir. Divan keyfi ve orantısız müdahalenin hukuka aykırı olduğunu belirtirken, işyerlerine Topluluk rekabet hukuku çerçevesinde yapılacak müdahalenin konut dokunulmazlığını ve özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı

12 23 Mart 1995, Series A No310, &75.

13 MOWBRAY, s.73; TEZCAN-ERDEM-SANCAKDAR-ÖNOK, s.85.

14 12.12.2001, başvuru no. 52207/99.

15 Bu konudaki kararlar için bkz, TEZCAN-ERDEM-SANCAKDAR-ÖNOK, s.81-82.

16 Birleşik dava, C-46/87&227/88 (1989) ECR 2859.

çerçevesinde ele alınamayacağını kabul etmiştir.

Buna karşın AİHM'nin verdiği *Niemitz v. Almanya* kararında¹⁷, avukat olan Niemitz bürosunda yapılan aramanın hukuka aykırı ve AİHS 8. maddenin ihlali mahiyetinde olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme kararında, Alman Anayasa Mahkemesinin içtihadına gönderme yaparak ev-konut kavramının işyerlerini de kapsayabileceğini kabul etmiştir. İş hayatı ve ev hayatının birbirinin ayrılmaz parçası olduğunu, bunun aksine bir tutumun 14. maddedeki ayrımcılık yasağı ile de bağdaşmayacağı kabul edilmiştir. ABAD'ın temel haklar ve özgürlüklerde bütünleşme lehine hareket ettiği, AİHM'nin daha az sınırlandırıcı bir yorum tekniğini benimsediği söylenebilir¹⁸.

Benzer bir dava olan *Orkem SA v. Komisyon* kararında¹⁹, yine Komisyon'un 17 sayılı Tüzüğe dayanarak şirkette yaptığı aramada gerekli belgeleri sunmaya zorlandığı ve bunun kişinin kendi aleyhine beyanda bulunmama hakkını ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Divan ise açılan ihlal davasında, kişinin kendi aleyhine beyanda bulunmama hakkının ne AİHM içtihatlarında yer aldığı ne de üye devletlerin ulusal hukuklarında sadece gerçek kişileri kapsadığını ileri sürerek ihlali reddetmiştir. Divan AİHS ve AİHM içtihadını kaynak olarak kabul etmekle birlikte, kararı Topluluk hedeflerine uygun olarak değerlendirmiştir.

AİHM, *Funke v. Fransa* davasında²⁰ farklı bir sonuca varmıştır. Olay, Funke'den hakkındaki gümrük suçları nedeniyle Fransız mali polisi tarafından yurtdışındaki malvarlığı hakkında bilgi verilmesinin istenmesi ve bu bilgi verilmeyince, evinin aranması ve para cezasına mahkum edilmesiydi. Başvurucu bu müdahalenin AİHM'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesine ve kendi aleyhine beyanda bulunmama hakkının ihlalinin, Sözleşmenin 8. maddesi ile düzenlenen özel hayata ve aile hayatına saygı hükmüne aykırı olduğunu iddia etti. Mahkeme kararında AİHS'nin 6. maddesinin kişinin sessiz kalma hakkı ve kendi aleyhine beyanda bulunmama hakkını da içerdiğini, ayrıca bir mahkeme emrine dayanılmaksızın yapılan aramanın AİHS'nin 8. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

Rekabet hukuku ile ilgili bir başka davada²¹ AİDM'nin beş yılı aşkın bir sürede davayı sonuçlandırmadığı ve savunma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle karar temyiz edilmiştir. ATAD temyizen yaptığı incelemede, AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının davanın makul bir süre içinde tamamlanmaması nedeniyle ihlal edildiğini kabul etmiş, Avrupa İlk Derece Mahkemesi'nin (AİDM)²² hükmettiği para cezasının indirilmesi gerektiğini bildirmiştir.

ERT v. DEP davasında²³, ATAD temel hakların Topluluk hukukunun ayrılmaz bir parçası olduğunu vurgulamış ve ifade özgürlüğünün sınırlarının ancak AİHS'nin 10. maddesine uygun olarak yapılabileceğini, kamu politikaları nedeni ile getirilecek

17 C Niemitz v. Germany (1993) 16 EHRR 97.

18 DEĞER, Ozan, Avrupa Kamu Hukuku Düzeninde Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Arasındaki Yargı Yetkisi Sorunu, Ankara, 2009, s.92.

19 Case C-374/87 (1989) ECR 3283.

20 Case Funke v. France (1993) 16 EHRR 297.

21 Case C-185/95, Baustahlgewebe v. Commission (1998) ECR I-8417.

22 AİDM'nin yerine Lizbon Anlaşmasından sonra Genel Mahkemeler kurulmuştur (ABFA 251.madde-AT 221.madde).

23 Case c-260/89(1991) ECR I- 2925.

sınırlamaların temel haklara ve Topluluk hukukuna aykırı olduğunu kararlaştırmıştır. Olay, Yunanistan'da tekel hakkına sahip yayın kurumu ERT'nin Yunanistan'da yayın yapan bir başka yayın kurumuna (DEP) karşı yayının durdurulması talebi ile ilgili olarak açtığı davanın reddi ile ilgiliydi. Avrupa Adalet Divanı bir yandan Sözleşmeye gönderme yaparken ve insan haklarının AB hukukunun asli bir kaynağı olduğunu kabul ederken, diğer yandan Birlik hukukunun kendisine çizdiği yetki sınırları içinde kalmak gibi zor bir görevi ifa etmektedir.

Divan bu tutumunu Grogan Kararında²⁴ da sürdürmüştür. İrlanda yasalarına göre kürtaj yasaktır. Grogan ise İngiltere'de kürtaj hizmeti sağlayan klinikler ile ilgili bilgi veren bir topluluk adına İrlanda'da broşür dağıtmıştır. Bunun üzerine hakkında ceza davası açılmıştır. Ulusal mahkeme konuyu ön karar usulüne göre Divan'a yollamıştır. Divan'dan sorulan; bu tutumun AT 49. maddede (ABFA 56.madde) düzenlenen hizmet edimi serbestisine aykırı olup olmadığıdır. Divan eski içtihadını sürdürerek, Topluluk hukuku kapsamına girmeyen düzenlemelerde insan hakları denetimi yapma yetkisinin olmadığını vurgulamıştır. Zira söz konusu norm bir üye devletin normudur. Divan bu etkinliğin reklam niteliği taşımadığına ve hizmet edimi serbestisi olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiş, AİHS'nin 10. maddesi ile düzenlenen ifade özgürlüğüne ise hiç değinmemiştir.

AİHM'de görülen Open Door and Dublin Well Woman v. İrlanda davasında²⁵ ise Mahkeme aksi yönde karar vermiştir. Kürtaj hakkında bilgi veren kuruluşların amacının insanları kürtaja teşvik etmek olmadığını, bu kişilere İrlanda dışında seçenek veren kişilere yapılan müdahalenin ölçülü ve demokratik bir toplumda gerekli olmadığını kabul etmiştir. Böylece 10. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bu içtihat farklılıklarının, Divan'ın karar verdiği dönemde, AİHM tarafından bir içtihat bulunmaması nedeniyle ortaya çıktığı, yoksa Divan'ın AİHM kararlarını göz ardı etmek gibi bir niyeti olmadığı savunulmuştur²⁶.

P v. S kararında²⁷, ATAD cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağının cinsiyet değiştirmek isteyenler için de geçerli olup olmadığını incelemiştir. Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesinin 76/207 sayılı Yönerge²⁸ ile güvence altına alındığını, ayrıca bu hususun Topluluğun genel hukuk ilkesi olduğunu belirten Divan, kişinin cinsiyet değiştirmek için ameliyat olmasının işten kovulması için bir sebep teşkil edemeyeceğine hükmetmiştir. Böyle bir muamelenin aynı zamanda insan onuruna da aykırı olduğunu ifade etmiştir. Divan bu kararını verirken AİHM'nin Rees v. UK kararına²⁹ açıkça gönderme yapmıştır. Buna karşın Grant kararında³⁰, Divan bir homoseksüelin cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağından yararlanamayacağı sonucuna varmıştır. Transseksüelliğin biyolojik ve fiziksel bir sorun olduğunu, homoseksüelliğin ise özgür irade ile seçildiğini belirterek, yolculuk ayrıcalıklarından diğer

24 Case C-159/90, The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v. Stephen Grogan and others (1991) ECR I-4685.

25 A.246 (1992) 15 EHRR 244.

26 DEĞER, S.99.

27 Case C-13/94 (1996) ECR I-2143.

28 Erkek ve kadına istihdam, meslek eğitimi ve çalışma koşullarında eşitlik prensibinin uygulanmasına ilişkin Konsey Direktifi, Council Directive 76/207 ECC, 9.2.1976, OJ L 39, 14.2.1976, P.40.

29 Case Rees v. United Kingdom (1986) 9 EHRR 56.

30 Case C- 249/96 (1998) ECR I-636.

eşin ancak karşı cinsle kurulan bir aile olunması halinde yararlanacağını kabul etmiştir. Divan'ın ekonomik nedenlerle (homoseksüel sayısı çok daha fazladır) 1990 öncesi AİHM kararlarına gönderme yaptığı ve bu kararlarda AİHS 8. maddesinde düzenlenen aile haklarının homoseksüel çiftleri kapsamadığı belirtilmiştir³¹. Ayrıca ayrımcılık yasağına ilişkin 14. maddeye aykırılık da görülmemiştir.

II. AİHM VE ABAD'IN AİLE BİRLEŞMELERİ İLE İLGİLİ KARARLARI

A. AİHS'nin 8. Maddesiyle İlgili AİHM Kararları

Abdülaziz, Cabales ve Balkandalı v. İngiltere davasında³², Bayan Cabales bir Filipinli ile evli İngiliz vatandaşıdır. İngiliz makamları eşinin İngiltere'ye girişini kabul etmemiştir. İngiliz makamları evliliğin Filipin hukukuna göre geçersiz olduğunu ileri sürmektedir. AİHM'de 8. maddeye aykırılık nedeniyle açılan davada, Mahkeme 8. maddenin evliliği varsaydığı ancak bunun her evlenme niyetiyle birlikteliği kapsamadığını, "aile" kavramının hukuka uygun ve gerçek bir ilişkiyi ifade ettiğini, Bay ve Bayan Abdülaziz ve Balkandalı çiftinde olduğu gibi, "aile" kavramının hukuka uygun ve gerçek bir ilişkiyi ifade ettiğini, çiftin bir evlilik merasimi yaptığını ve kendilerinin evli olduğuna inandığını ve normal bir aile hayatı yaşamak istediğini, tüm bunların AİHS'nin 8. maddesinin uygulanması için yeterli olduğunu kabul etmiştir (p.62 ve 63). Ancak Mahkeme, başvurunun 8. maddeye ilişkin haklarının ihlal edilmediğini, çünkü taraf devletlerin 8. maddeye göre evli çiftlerin evlilik konutunu kendi ülkelerinde seçmeleri ve taraf olmayan devlet vatandaşını ülkeye kabul konusunda zorunluluğu olmadığını vurgulamıştır (p.68). Fakat Birleşik Krallığın göç kurallarının, ayrımcılık yasağına ilişkin 14. maddeye ve 8. maddeye aykırı olduğunu, bu nedenle İngiltere'nin Sözleşmeyi ihlal ettiğini kabul etmiştir³³.

Gül v. İsviçre davasına³⁴, konu olan olayda Türk vatandaşı Bay Gül İsviçre'nin Basel kantonunda yaşıyordu. 1983 yılına kadar karısı ve iki oğluyla Türkiye'de oturuyordu. 1983 yılında İsviçre'ye gidip, CHP'nin ilk üyelerinden olması sebebi ile sığınma hakkı istedi. 1987'de Türkiye'de bulunan eşi hastalık nedeniyle, İsviçre'ye geldi. 1988 yılında bir kız çocukları oldu ancak hastalığı nedeni ile doktorlar Türkiye'ye dönemeyeceğini belirtti. 1989 yılında Mülteciler Bakanlığı Bay Gül'ün sığınma talebini reddetti. İsviçreyi terk etmesi, aksi halde sınır dışı edileceği kendisine bildirildi. Başvurucu bu karara karşı Federal Adalet Polis Bürosuna itiraz etti. Yapılan incelemelerden sonra 1990 yılında kendisine oturma izni verildi. Bu kez Bay Gül, Türkiye'de bulunan iki oğlunu yanına almak için başvurdu ve bu talebi Yabancılar Polisi tarafından reddedildi. İsviçre Federal Mahkemesi de bu talebini reddetti. AİHM 7'ye karşı 2 muhalif oyla verdiği kararda, eşlerin İsviçre'de hukuka uygun oturma izninin bulunduğunu, ancak bunun bir yerleşme izni olmadığını ve İsviçre hukukunun bu durumdaki kişilere aile birleşmesi hakkı vermediğini beyan ederek (p.41), İsviçre'nin AİHS 8/1. maddesini ihlal etmediği ve başvurunun aile hayatının 8/1 maddeyle ilgili olmadığı sonucuna varmıştır (p.43). Mahkeme bu davanın

31 Zira AİHM daha sonraki tarihlerde verdiği kararlarda aile yaşamını daha geniş yorumlamıştır bkz. DEĞER, s. 103.

32 A.94 (1985) 7 EHRR 471.

33 Zira İngiliz hukukuna göre İngiliz vatandaşı erkekler yabancı eşlerini ülkeye sokabiliyor, fakat İngiliz kadınların böyle bir hakkı bulunmuyordu.

34 Rep. 1996-I, fasc.3 (19.02.1996).

Berrehab davasıyla³⁵ benzer olmadığını, o davanın Hollanda'da doğan ve tüm yaşamını burada geçiren bir Fas'lı çocukla ilgili olduğunu, oysa Türk çocuğun Türkiye'de dil ve kültür bakımından farklı bir çevrede yetiştiğini belirtmiştir (p.42). Burada yine karşımıza bazı Avrupa ülkelerinin mevzuatında yer alan entegrasyon kapasitesi sorunu çıkmaktadır.

AİHM 8. maddenin 1.ve 2. paragrafıyla ilgili ihtilaflarda, öncelikle alınan önlemin hukuka uygun olup olmadığını, amacın meşru olup olmadığını ve önlemin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını inceler³⁶. Mahkeme "ev" kavramını geniş yorumlamaktadır. Demades v. Türkiye kararında³⁷, Lefkoşe'de oturan bir Rum'un Girne'deki ikinci evine 1974'den beri gidememesini 8/2 maddeye aykırı bulmuştur (p.174). Prokopovich v. Rusya davasında Mahkemenin verdiği 18 Kasım 2004 tarihli kararda³⁸, 8. maddedeki ev kavramının iç hukukta yapılan sınıflandırmadan farklı ve otonom bir kavram olduğunu kabul etmiştir. Belirli bir yerle yeterli ve devamlı bir bağın bulunması gerekir. Kişinin 10 yıl birlikte yaşadığı ve sonra ölen partnerinin evi onun evidir. Rusya'ya karşı açılan bu davada, Mahkeme Sözleşmenin organlarının kararlarıyla belirlenen 8. maddedeki "home" kavramının, hukuka uygun olarak işgal edilmesi veya hukuka uygun olarak yerleşilmesi ile sınırlandırılmayacağını belirterek, bu kavramın iç hukuktaki sınıflandırmaya tabi tutulamayacağını kabul etmiştir.

Bu iki kararı karşılaştırdığımızda, aklımıza Mahkeme'nin kendi verdiği kararda getirdiği kıstasları neden Türkiye aleyhine açılan ve KKTC'deki bir taşınmazla ilgili olan davada uygulamadığı sorusu akla gelmektedir. Bu soruya verilecek yanıt, ya bizim yeterince savunma yapamadığımız ya da Mahkemenin çifte standart uyguladığı şeklinde olabilir ki ikisi de üzücüdür.

B. ABAD'ın Aile Birleşmesine Bakışı

Amsterdam Andlaşmasından sonra yapılan Tampere Zirvesinde göç konusu ele alındı. İtalya 2004 yılında Sicilya'ya çıkan bin Libyalı'yı, Libya'ya sınır dışı etti. Bu davranış sivil toplum kuruluşlarınca eleştirildi. 2003/86 sayılı Aile Birleşmeleri Direktifi³⁹ Ekim 2005'de yürürlüğe girdi. Hakları azaltan bu Direktif eleştirildi. Direktifin aile hayatına saygı ve eşit muamele ilkesini zedelediğini düşünen AP, Konseye karşı Divan'da dava açtı⁴⁰. Ancak ATAD iptalini reddetti. Kasım 2004'den sonra Hague Programı başladı. AB'nin dış sınırlarını korumak amacıyla kurulan "Dış Sınırların Yönetilmesi Avrupa Ajansı"⁴¹ kısa adıyla "FRONTEX" özellikle güney sınırlardan hukuk dışı yolla gelen göçmenleri kontrol etmektedir. Ajansın merkezi Varşova'dadır. 2007 yılında RABİTS (hızlı sınır müdahale timi)⁴² kuruldu. Bu kez İspanya sınırında öldürülen sığınmacılar

35 Berrehab v Netherlands (1988) 11 EHRR 322.

36 MOWBRAY.s.542, 589 vd.

37 20 Eylül 2005, ECtHR 36, 545.

38 (2004) ECHR 642.

39 Aile birleşmesi hakkı ile ilgili Konsey Direktifi, Council Directive 2003/86/EC, 22.10.2003, OJ L 251,3.10.2003, P.12-18.

40 Case C-540=3 oj 2004 C 47/35.

41 Regulation 2007/2004, Council Regulation (EC) No: 2007/2004, 26 Ekim 2004, OJ L 349, 25.11.2004,P.1-11; OJ L153 M, 7.6.2006,P. 136-146/ MT.

42 Decision 574/2007, 23.5.2007, OJ L 144, 6.6.2007, p. 22-44.

nedeniyle eleştiriyeye uğradılar. Divan'ın Carpenter kararındaki⁴³ yaklaşımı, insan haklarını üye devletlerin hukukunda yer alan Anayasal geleneklere bağlamaktan vazgeçerek, AİHS 8. madde anlamında ele alınmasıdır. Göç konusunda bir Tüzük çıkarılmış olması, haklı nedenle sınırdışı etmek için yeterli değildir. AB'nin ikincil normları bile tartışmaya açık iken, acaba birincil normlar temel haklarla çatışırsa ne olacaktır?⁴⁴. Bilindiği gibi ABAD'ın birincil normların geçerliliğini inceleme yetkisi bulunmamaktadır.

Divan, aile birleşmelerini, 22 Eylül 2003 tarihli ve 2003/86 sayılı "Aile Birleşmesi Hakkı" konulu Konsey Direktifine⁴⁵ dayandırmaktadır. Direktifin 4. maddesinin 1. paragrafı aile üyelerinin kimlerden oluştuğunu, objektif bir biçimde ve takdir hakkına gerek bırakmaksızın belirlemektedir. Bu paragrafın son cümlesi, 12 yaşın üstünde olan ve bağımsız olarak ulaşan çocukların ülkeye kabulünde üye devlete entegrasyon şartlarını inceleme yetkisi vermektedir. Divan, bu hükmün AİHS'nin 8. maddesine aykırı olmadığını, çünkü bu hakkı kullanmanın üye ülkeye zorunlu bir borç doğurmadığı şeklinde yorumlanması gerektiğini kabul etmiştir. Direktifte tanımlanmayan entegrasyonun, üye devletlerce hukukun genel ilkelerine ve temel haklara aykırı olarak yorumlanmaması gerekir. Ayrıca Topluluk yasa koyucuları çocukların menfaatini korumak için yeterli çabayı bu maddede göstermemiştir. Aksine Direktifin 5. maddesinin 5. paragrafı üye devletlere küçük çocukların üstün menfaatini koruma zorunluluğu getirmektedir. 12 yaşın seçilmesi yaş bakımından bir ayrımcılık teşkil etmez. Daha çok küçük yaşta çocukların 3. bir ülkede uzun süre anne-babasından ayrı yaşamaları önlenmeye çalışılmıştır. Sonuç olarak 4/1/son cümlesi ailenin yaşam hakkına aykırı olmadığı gibi, üye devletleri açık ya da zımni olarak bu şekilde hareket etmeye yetkili kılmamıştır⁴⁶. Divan aynı şekilde Parlamento'nun Konseye karşı açtığı ve Direktifin 4/6.paragrafı ile ilgili davada, maddenin 15 yaşın üstündeki çocukların aile birleşmesinden yararlanmasını üye devletin takdirine bırakan hükmünün, aile yaşamına saygı hakkına aykırı olmadığına ve devletleri bu konuda açık veya zımni olarak yetkilendirmediğine karar vermiştir⁴⁷. Aile birleşmeleri konusunda da ABAD'ın AİHM'den farklı düşündüğü bu kararlarla ortaya çıkmıştır.

2003/86 sayılı Direktifin 2. md. ve 7. maddesinin 1/c. paragrafında yer alan üye devletin topraklarına girmeden önce ve girdikten sonra aile birleşmesi konusundaki farklılıklar için Divan, Birlik yasa koyucusunun üye devletlere verdiği geniş takdir yetkisini, Devletlerin Direktifi iç hukuka aktarırken doğru kullanması ve 7.maddenin 1. paragrafının ailenin ne zaman oluştuğu dikkate alınmaksızın uygulanmasının ve ailenin ihtiyaçlarının gözönünde tutulmasının gerekliliğini kabul etmiştir⁴⁸. Kanımızca, Direktifin 2/d. maddesinde yapılan "aile birleşmesi" tanımıyla, 9.maddenin.2. fıkrasındaki tanım birbiriyle çelişmektedir.

43 Carpenter v. Secretary of State for the Home Department Case C- 60/ 00, 11,7.2002, ECR, 2002,P. I- 06279.

44 CLAYTON,Gina, Textbook on Immigration and Asylum Law, Oxford, 2008, s.167.

45 Council Directive 2003/86, OJ L 251/12.

46 8.9.2005, Commission c Luxembourg, C-448/04, p.8-9 ; 8.9.2005, Commission c Italy p.8-9. C-462/04.

47 27.7.2006, Parliament c Conseil C-540/03, Rec I- 5769 , p 60-62,66, 70-71.

48 4.5.2010, Chakroun kararı, C-578/08,P. 43,52,64,66.

III. AİHM'İN M.S.S. V. BELÇİKA KARARI

M.S.S kararı⁴⁹, 21 Ocak 2011 tarihli ve büyük daire tarafından bir oya karşı 17 oyla alınmıştır. Dava bir Afganlı tarafından AİHS'nin 34. maddesine göre, Belçika Krallığı ve Yunan Cumhuriyetine karşı açılmıştır. Başvurucu 2008 yılında Kabil'i terkederek, İran ve Türkiye üzerinden Yunanistan'a girmiştir. Parmak izleri alınıp, bir hafta orada kaldıktan sonra ülkeyi terketmesi istenmiştir. Yunanistan'a bir sığınma başvurusunda bulunmamıştır. 10 Şubat 2009'da Fransa üzerinden Belçika'ya varmış ve Yabancılar Ofisine hiçbir kimlik belgesi olmadan başvurarak, sığınma talep etmiştir. Eurodac yoluyla yapılan araştırmada kendisinin Yunanistan'da kayıtlı olduğu anlaşılmıştır. 18 Mart 2009'da Dublin Tüzüğü'nün 10. maddesi gereğince Yunan makamlarına iltica isteği bildirilmiştir. Bu Tüzüğü'nün 18. maddesi 1. paragrafına göre iki ay içinde cevap verilmediğinden, aynı maddenin 7. maddesine göre talebin üstü örtülü olarak kabul edildiği sonucuna varılmıştır.

Başvurucu Afganistan'dan kendisine yardım eden bir kişiye 12000 dolar ödeyerek kaçtığını ve bu kişinin kimlik belgelerini aldığını beyan etmiştir. Ayrıca Hepatit B hastalığına yakalandığını ve sekiz ay tedavi gördüğünü söylemiştir. 2 Nisan 2009'da Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK), Belçika'yı eleştiren ve Yunanistan'da sığınma arayanlara davranış usulünün hatalı olduğunu, bu nedenle Yunanistan'a transferinin ertelenmesi gerektiğini belirten bir mektup yazmıştır.

19 Mayıs 2009'da, 1980 tarihli "Yabancılar Kanunu" nun 51/5 maddesine göre ülkeyi terketmesi istenmiş, gerekçe olarak Dublin Tüzüğü'nün hükümlerine göre sorumlu ülkenin Yunanistan olduğu belirtilmiştir. Aynı gün ilgili tutuklanarak, bir yere kapatılmıştır. 29 Mayıs 2009'da ülkeyi terketmesi istenmiştir. Başvurucu uçağa binmeyi reddedince yeniden gözetim altına alınmıştır. Brüksel ilk derece mahkemesinde açılan dava sonucu talebi reddedilmiş, İstinaf Mahkemesi de yapılan itirazları kabul etmemiştir. 15 Haziran 2009'da Yunanistan'a gönderilmiş ve uçaktan iner inmez havaalanı yakınında bir binada küçük bir odada kendisi gibi göz altına alınan 20 kişiyle birlikte zor şartlarda yaşamaya başlamıştır. Serbest kaldıktan sonra kendisine bir "sığınma arayan" kartı verilmiş ve polis merkezine giderek adresini bildirmesi istenmiştir. Bunları yerine getirmeyen başvuru, Yunanistan'ı sahte bir Bulgar pasaportu ile terketmeye çalışırken, havaalanında yakalanmıştır. Daha sonra sığınma başvurusu için mülakata çağırılmış, ancak gitmemiştir. Bir kere daha Yunanistan'ı İtalya'ya gitmek üzere terke çalışmış, Türkiye sınırında yakalanınca Türk polisinin varlığı nedeniyle, Yunan polisi onu sınır dışı etmekten vazgeçmiştir.

Mahkeme bu konudaki uluslararası Sözleşmeleri, Yunan ve Belçika hukukunun iç mevzuatını inceledikten sonra, her iki devlete karşı yapılan başvuruyu kabul edilebilir, bulmuştur.

49 Başvuru no. 30696/09, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbk.asp?sessionId=65474716&cskşn=hudoc-e..24.01.2011>.

Yunanistan açısından öncelikle AİHS'nin 3. maddesine aykırılık iddiası incelenmiş, başvuru tarafından Atina havaalanında gözlem altında tutulmasının (detention) “hiç kimse işkence ve insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve cezaya tabi olamaz” hükmünü getiren 3. maddeye aykırı olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme bu iddianın tesbitinin güç olduğunu, ancak bunun kabul edilmemesi için bir neden teşkil etmeyeceğini söyleyerek, istemi kabul edilebilir bulmuştur (p.215). Mahkeme daha önce verdiği kararlarda⁵⁰, kabul edilen kişinin hijyenik olmayan bir yerde tutulması ve menşe ülkeye ciddi bir inceleme yapılmadan geri gönderilmesi riski nedeniyle, 13. maddeyle birlikte 3. maddeye aykırılık olduğu sonucuna varmıştır (p.321). Buna karşın 2. maddeyle birlikte 13. maddenin ihlalinin incelemeyi gerekli bulmamıştır (p.322). AİHS'nin 2.maddesi yaşama hakkının korunmasına, 13. maddesi ise mahkemelere etkili başvuruda bulunma hakkına ilişkindir⁵¹.

Mahkeme bundan sonra başvurucağın Belçika aleyhine AİHS'nin 2. ve 3. maddelerini ihlali iddiasını incelemiştir. Belçika Avrupa Birliği'nin bir mevzuatı olan Dublin Tüzüğüne⁵² göre kendisini sorumlu olmadığını ileri sürmüştür. Zira Dublin Tüzüğü'nün 3&2 maddesi “non-refoulement” ilkesine bir istisna getirerek, AB'ye üye ülkelerin “güvenli” ülke olduğunu kabul etmiştir. Hollanda ve Birleşik Krallık Hükümetleri ile BMMYK ofisi, Hava Merkezi Uluslararası Af Örgütü ,Yunan Helsinki monitörü davaya gözlemci sıfatıyla katılmışlardır.

Belçika hükümetinin iç hukuk yollarının tüketilmediğine ilişkin iddiası, Mahkeme tarafından AİHS'nin 35&3 paragrafı anlamında açıkça kötü bir muamele bulunmamakla beraber, bunun talebin reddi için bir sebep teşkil etmediğini, dolayısı ile kabul edilebilir bulunmuştur. Ayrıca Sözleşmenin egemen yetkilerin bir kısmını bir uluslararası örgüte devrini önlemediğini Bosphorus kararı & 152'ye gönderme yaparak kabul etmiştir. Ancak bu yetki devri, Devletlerin Sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ortadan kaldırmaz (p.153). Mahkeme Topluluk hukukunca temel hakların korunmasının Sözleşmeye eşit bir seviye'de olduğunu ve bunun gerçekleşmesinde ABAD'ın rolünü kabul etmektedir (p.160). Dublin Tüzüğü'nün 3/2 maddesi 3. devlet vatandaşı sığınmacılar için sorumlu devleti belirlemektedir Buna “egemenlik” (sovereignty) şartı denmektedir. Belçika'nın, eğer bir üye devlet Sözleşmeden doğan sorumluluklarını yerine getiremeyecekse (bu olayda Yunanistan), başvurucağı transfer etmekten kaçınması gerekir (p.340).

Mahkeme daha önce verdiği iki kararda (T.I ve K.R.S kararları) Dublin Tüzüğü'nü incelediğini, yerleşmiş kuralın; sığınma arayan kişinin başka bir üye ülkeye gönderilmesi ve sınır dışı edilmesinin, Sözleşmenin 3. maddesine aykırı olarak gerçek bir riskle karşılaşmaması şartına bağlı olduğunu belirtmiştir. Eğer devletler temel hakların korunması için işbirliği yapıyorlarsa, bu işbirliği devletin Sözleşmeden doğan tüm sorumluluklarını ortadan kaldırmaz (Waite and Kennedy v. Almanya davası)⁵³. Kaldı ki Yunanistan'da uygulanan sistem, sığınmacının doğrudan veya dolaylı olarak ülkesine geri gönderilmesi (refoulement) şeklindedir. BMMYK, Uluslararası Af Örgütü gibi kuruluşların raporları

50 Peers v Greece.no. 28524/95, &74,i ECHR 2001-III; S.D V. Greece,no.53541/07,&&49-54., 11 Haziran, 2009; A.A. V Greece, no. 12186/08,&&57-65, 22 Temmuz 2010.

51 “ Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes,...ulusal bir makama etkili başvuru yapabilme hakkına sahiptir”.

52 Dublin II Tüzüğü, 18.2.2003, JO, 25.2.2003, L 50/1.

53 No. 26083/94, &67, ECHR 1999-I.

bunu doğrulamaktadır (p.349, p.350). Belçika'nın Mahkemenin kendisinin de geçici önlem kararı vermediği iddiası, Mahkeme kurallarınının 39. maddesine uygun bulunmamıştır.

Sonuç olarak Belçika'nın Sözleşmenin 3. maddesine aykırı davrandığına karar verilmiştir (p.360). 2. maddenin uygulanmasına gerek görülmemiştir (p.361). Zira Belçika hükümeti başvurucuyu Yunanistan'a göndermekle, gözlem altında tutulma ve onur kırıcı muameleye tabi olmasına bilerek yol açmıştır (p.367). Mahkeme 13. maddeye aykırılığı incelemeye gerek olmadığına (p.397), başvurucuya Sözleşmenin 41. maddesine göre iki hafta gözlem altında tutulduğu Yunan Hükümeti tarafından 1000 Euros ödemesine (p.404), 46. maddeye göre, Yunanistan'ın bu uygulamaya gecikmeksizin son vermesine (p.402) karar vermiştir. Belçika'yı ise başvurucuya uğradığı zararın tazmini için 24.900 EUR ödemeye mahkûm etmiştir (p.411).

IV. AVRUPA BİRLİĞİ'NİN GÖÇ VE SİĞİNMA POLİTİKASI

A. Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Andlaşmada (Birincil Normlar) Yer Alan Hükümler
AT Andlaşmasının Amsterdam Andlaşmasıyla değişik 67. maddesi, IV. başlık altına alınan vize, göç, sığınma politikaları konusunda Topluluk kurumlarına mevzuat çıkarma yetkisi vermiştir. Amsterdam Andlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 5 yıllık bir geçiş süreci kabul edilmiş, bu sürenin tamamlanmasından itibaren, Konseyin, Komisyonun üye devletlerin görüşlerini de dikkate alarak yapacağı öneri üzerine; AP'na danıştıktan sonra, oybirliği ile bu alanlarda karar alması kabul edilmiştir. Konseye ayrıca, bu konunun AT 251 maddeye göre (ortak karar usulü) düzenlenmesi için bir karar alması⁵⁴ ve ATAD'ın konuya ilişkin yetkisini belirleme imkanı da verilmiştir (AT 67/2). Bu şekilde, ne tam olarak hükümetlerarası ne de tam bir Topluluk mevzuatı yaratma yetkisi ortaya çıkmıştır. AT 64/2. maddeye göre ani bir göç akımı olduğunda, Konsey, Komisyon'un önerisi üzerine 6 ayı geçmeyecek önlemleri nitelikli çoğunlukla alabilir.

Vize, göç ve sığınma konusunda ATAD'ın yetkisi, AT 68/1. maddede, ön karar usulü ile sınırlanmıştır. IV. başlığın yorumu, bu konuda yapılacak tasarrufların geçerliliği ve yorumuna ilişkin bir sorun, milli mahkemelerce Divanın önüne getirilebilecektir. Ancak bu yetki sadece temyiz mahkemelerine verilmiş, bu mahkemelere de ATAD'a başvurmak konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. AT 68/2. madde ise iç güvenliğe ilişkin önlemlerin hiçbir şekilde denetlenemeyeceğini kabul etmiştir. Bu sınırlamanın gerçek bir yetki sınırlaması olduğu ileri sürülmüştür⁵⁵.

Lizbon Andlaşmasıyla, bu konular V. Başlıkta Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı adı ile düzenlenmiştir. Eski 67-68-69. maddeler kaldırılmış, sınır kontrolleri, sığınma, göç ABFA 77 vd. maddelerde düzenlenmiştir. Birlik, sığınma, ikame koruma ve geçici koruma konularında uluslararası koruma isteyen 3. devlet vatandaşlarına (non refoulement) iade edilmeme prensibi dahil olmak üzere ortak politikalar belirleyecektir. Bu politikalar 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolüne uygun olacaktır (ABFA 78/1.p). AP ve Konsey olağan yasama usulü ile ortak Avrupa sığınma sistemini belirleyecektir (ABFA

54 OJ L 396/45, 2004/927 EC, 22.12.2004.

55 ARSAVA, Füsün, Amsterdam Andlaşmasının Avrupa Birliği Hukukuna Katkıları, Ankara, 2000, SBF yayını no.589, s.104.; aksi yöndeki görüşler için bkz. ÖZCAN, Mehmet, Avrupa Birliği Sığınma Hukuku, USAK Yayını, Ankara, 2005, s.132.

78/2). Birliğin ortak göç politikası (ABFA 79/1) AP ve Konsey tarafından olağan usulle belirlenecektir. Bu konulara yasadışı göç ve insan ticareti ile mücadeleyle ilişkin kuralların belirlenmesi dahildir (ABFA 79/2).

Birlik 3. ülkelerle geri-kabul anlaşmaları yapabilir (ABFA79/3). AB batı Balkan ülkeleriyle geri-kabul (readmission) anlaşmaları yapmıştır⁵⁶. Ayrıca doğu Avrupa ülkeleriyle Rusya Federasyonu hariç anlaşmalar yapılmıştır. Daha sonra Rusya Federasyonu ile AB arasında anlaşma imzalanmıştır⁵⁷. Sri-Lanka ile yapılan anlaşma⁵⁸, 1.05.2005'de yürürlüğe girmiştir. Moldova⁵⁹ ve Ukrayna⁶⁰ ile de geri kabul anlaşması yapılmıştır. Anlaşma konusu kişiler, taraf olan bu ülkelerde veya AB'ye üye ülkelerde kalmasına izin verilmeyen veya bundan sonra izin verilmeyecek olan kişilerdir. Bu kişiler sadece talebin gönderildiği devlet vatandaşları değil, talep eden devlete talep yapılan devletten hukuk dışı yollarla girenlerdir. Türkiye ile de geri kabul anlaşması yapmak üzere müzakerelere giren AB'nin bir yandan turist olarak hizmet almak ya da hizmet sunmak için gidenler dahil vize uygulamasını sürdürürken, diğer yandan, yasadışı göçmenleri kabul etmemizi beklemesi tuhaftır. AB ülkelerinin amacı; daha önce ülkelere giden sığınmacı Türk vatandaşlarını hemen, 3. ülke vatandaşı sığınma arayanları ise 3 yıl içinde Türkiye'ye geri göndermektir. Türkiye'nin bu isteği geri çevirdiği yönündeki haberler memnuniyetle karşılanmıştır⁶¹.

Sınır geçişlerinde aile hukukuna ilişkin önlemler Konsey tarafından özel yasama usulü ile belirlenir. Konsey, AP'ye danıştıktan sonra oybirliği ile karar alır. Bu konuda üye devletlerin görüşü de istenir (ABFA 81/3).

Daha önce İspanya ile Belçika arasında ciddi sorunlar yaratan üye devlet vatandaşlarının bir diğer üye ülkeye sığınması ise kabul edilmemiştir⁶². ABFA'nın 26. maddesine göre (AT 14) iç sınırlarda kontrol ile ilgili konularda Andlaşmaya ekli Protokol ile İngiltere ve İrlanda'ya istisna (derogation) uygulanmaktadır. Danimarka ise ayrı bir Protokol ile sığınma konusunun dışında kalmıştır. Ancak Danimarka 3. ülke vatandaşlarına yeknesak vize uygulanmasına ilişkin hükümlere katılmıştır.

Özgürlük, güvenlik, adalet alanında, ABAD tam bir yargı yetkisine sahip değildir. 4. başlıktaki cezai işlerde işbirliği ve 5. başlıkta yer alan polisiye işbirliğine giren üye devletlerde polis tarafından yapılan operasyonların oranlılığı konusunda yetkisi bulunmamaktadır. Aynı şekilde üye devletlerin kamu düzeni ve iç güvenlikle ilgili sorumluluklarında yetkili değildir (ABFA 276.md.).

B. İkincil Mevzuat

1. Sorumlu Devletin Belirlenmesine İlişkin Konsey Tüzüğü

Amsterdam Andlaşmasının yürürlüğe girmesinden sonra, 3. sütunda yer alan Adalet ve İçişleri kapsamına giren konulardan bazıları 1. sütuna (AT'yi Kuran Andlaşma 63/1/a.

56 Arnavutluk ile (Decision 2005/809/EC, OJ L 304, 23.11.2005; Makedonya ile (Decision 2007/817/EC, OJ L 334, 19.12.2007; Karadağ ile (2007/818/EC, OJ L 334, 19.12.2007; Sırbistan ile (Decision 2007/819/EC, OJ L 334, 19.12.2007; Bosna-Hersek ile (Decision 2007/820/EC, OJ L 334, 19.12.2007).

57 Council Decision 2007/ 341/EC, OJ L 129, 17.05.2007.

58 Council Decision 2005/372/EC, OJ L 124, 17.05.2005.

59 Council Decision 2007/826, OJ L 334, 19.12.2007.

60 Council Decision 2007/839/EC, OJ L 332, 18.12.2007.

61 Bkz. Cumhuriyet Gazetesi, 26 Şubat 2011, s.10 ve Yurtsever Kıbrıslı Gazetesi 27.Şubat 2011, S.10.

62 ÖZCAN, s.135.

madde vd) alınmış ve kişilerin hizmetlilerin serbest dolaşımı ve yerleşme hakkı ile ilgili başlık altında toplanmıştır. AT 67. madde, Topluluk kurumlarına vize, göç ve sığınma hakkı konusunda mevzuat çıkarma yetkisi vermiştir. Bu mevzuat ATAD'ın denetimine tabi olmuştur. 1999 Tampere Zirvesinde alınan kararlar sonrasında Dublin Sözleşmesi kabul edilmiş⁶³, daha sonra bu Sözleşme bir Tüzük haline getirilmiştir. 343/ 2003 sayılı Dublin II Tüzüğü, üçüncü ülke vatandaşlarının sığınma başvurularında sorumlu üye devleti belirlemek için bazı kriterler getirmektedir. Tüzüğün III. başlığında kriterler arasında öncelik sırası düzenlenmiştir. İlk kriter, sığınma başvurusunun ilk olarak yapıldığı devletin sorumlu olmasıdır (5/2.madde). Refakatsiz gelen küçükler için sorumlu devlet, aile ferdlerinden birinin yasal olarak bulunduğu devlet (6/1.md) aile fertleri bulunamazsa, reşit olmayan kişinin sığınma için başvurduğu devlettir (6/2. md). Bir üye ülkede kişinin aile ferdlerinden biri mülteci olarak kabul edilmişse, ilgili kişinin arzusuyla, başvuru bu devlete yapılabilir (7.md). Sığınma isteyen kişinin geçerli bir ikamet belgesi veya vizesi varsa, bu belgeleri veren devlet sorumlu olacaktır. Farklı üye devletler tarafından birden fazla vize veya ikamet belgesi verilmişse sorumluluk sıralaması 9. maddedeki esaslara göre belirlenecektir.

Kendisine sığınma talebinde bulunulan bir üye devlet başka bir üye devletin sorumlu olduğunu düşünüyorsa, mümkün olduğu kadar çabuk ve en geç üç ay içinde durumu sorumlu olduğunu düşündüğü devlete bildirecektir. Üç ay içinde diğer devlet sorumluluk üstlenmezse sorumluluk başvurunun yapıldığı devlettir (17/1.md). İstekte bulunan devlet, diğer devlette kişinin tutuklanması veya sınır dışı edilmesi veya gözaltına alınması halinde acilen cevap verilmesini isteyebilir. Bu süre en fazla bir haftadır (17/2).md. 21-23 maddelerde devletler arasındaki idari işbirliği düzenlenmiştir. Bu Konsey Tüzüğü'nün uygulanmasına ilişkin olarak 1560/2003 sayılı Komisyon Tüzüğü⁶⁴ çıkarılmıştır. Sözü geçen Tüzükte, geri alma istekleri (2.md) ve sorumluluk üstlenme isteklerinin (1.md) ekinde yer alan standart formlara uygun olarak yapılması, bir geri alma isteminin Eurodac Merkezi Birimi tarafından kontrol edilen verilere dayanması (4.md), transferlerin düzenlenmesi (7-10.md), konunun insani boyutu (11-13.md) ve üye devletler arasında sorun çıktığında, AT 343/ 2003 sayılı Tüzüğün 27. maddesine göre kurulan Komite'ye başvurulması halinde uzlaştırma usulü düzenlenmiştir (14. md). Komisyon Tüzüğü "DUBLINET"(güvenli elektronik ileti) ağının kurulmasını (18.md) ve kullanım kurallarını (20.md) belirlemiştir.

BMMYK'i, Dublin II Tüzüğü hakkında görüşlerini şu şekilde beyan etmiştir: Dublin Sözleşmesi tarafından oluşturulan sorumlulukların paylaşılması sistemi pek çok eksiklik taşıyor ve sakıncalar içeriyordu (p.4).Tüzük önerisinin bazı ilerlemeler taşıması memnuniyetle karşılanmaktadır (p.9). Dublin Sözleşmesinde kabul edilen "aile üyesi" kavramının başvuruda bulunan kişinin eşi ve 18 yaşın altında evlenmemiş çocukları ile sınırlanması, evli olmayan çiftlere bu hakkın tanınmaması gibi sakıncalar Tüzükle giderilmiştir. Bu konudaki katı uygulamalar ailelerin dağılması ve küçüklerin refakatsiz kalması sonucunu doğurur. Ancak sorumluluğun devredilmesine ilişkin kararlara yapılan itirazların askıya alma etkisinin bulunmaması bir gerileme olarak görülmektedir (p.12). Avrupa Birliği

63 JO n. C 254, 19/08/1997, P.0001-0012.

64 2 Eylül 2003 JO L 222, 5.9.2003 ,p.3-23.

içinde yük paylaşımı konusunda eşitsizlikler ve gecikmeler yaşanabilir. Bu nedenle, Tüzü-
ğün adil, dengeli ve etkili şekilde uygulanması için tamamlayıcı ve telafi edici önlemler
alınmalıdır. Adil bir yük paylaşımı düzenlemesi gerekmektedir (Aralık 2002).

2. İnsan Ticareti Mağdurları İçin Oturma İzni Konusunda İşbirliği Direktifi

29 Nisan 2004 tarihli Direktif,⁶⁵ daha önce kabul edilen ve 2002/90 sayılı Konsey
Direktifiyle düzenlenen izinsiz giriş, transit geçiş ve oturma izni ve 2002/629 sayılı
Konsey çerçeve kararıyla düzenlenen insan ticareti ile mücadele konusunda yasadışı
göçü önleme ve bazı suçlarla mücadeleyi kuvvetlendirmek üzere çıkarılmıştır. Direktifin
amacı insan ticareti ile mücadelede işbirliği yapan 3. ülke vatandaşlarına sınırlı süre için
oturma izni vermenin koşullarını belirlemektir (1.md). Bu kişilere işbirliği için tanınan
düşünme süresi içinde sınırdışı edilmemeleri istenmektedir (6/2.md). Bu kişilerden yeterli
geliri olmayanlara belli bir yaşam standardı, tıbbi ve psikolojik yardım yapılacaktır (7/1.
md). Üye devletler bu kişilerin güvenliğini ve korunmasını sağlayacaktır (7/2.md). Ayrıca
kendilerine hukuki yardım yapılacaktır (7/3.md). İlgili kişilere verilecek geçici oturma
izni en az 6 aylık olacak ve şartlar gerektiriyorsa yenilenebilecektir. Bunun istisnası kamu
yararı ve milli güvenliğin korunmasıdır (8/2-3.md). Küçükler kendi vatandaşları gibi
eğitim sistemine kabul edilecektir (10/b): İkamet izni olan kişiler iş piyasasına, mesleki
eğitime ve eğitim haklarına sahip olacaktır (11/1.md). Eğer 8. maddenin 2. paragrafın-
daki şartlar gerçekleşirse, oturma izinleri uzatılmayacak ve kişi normal yabancı statüsüne
dönecektir. (13-1-2.md). Oturma izninin geri alınacağı haller 14. maddede sayılmıştır.
Bunlar; kişinin kendi isteği ile veya işbirliğinin hileli veya yanlış olduğunun anlaşılması
halinde, kamu politikası ve milli güvenlik için gerekiyorsa, mağdurun işbirliğini kesmesi,
yeterli makamın bu usulün devam etmemesine karar vermesi halleridir (14/a-b-c-d-e).

3. AB Vasıf Yönergesi

29 Nisan 2004 tarihli ve 2004/ 83 sayılı Konsey Yönergesi⁶⁶, üçüncü ülke vatandaşlarına
veya vatansızlara, "mülteci" (refugee) sıfatının verilmesinin asgari (minimum) standartlarını
belirlemektedir. Üye ülkelerin mülteci statüsü vermede ya da ikincil korumadan yarar-
landırmada daha lehe olan hükümleri uygulayabileceği 3. maddede kabul edilmektedir.
Zaten asgari standartlar belirlemenin amacı budur. II .kısımın 1. maddesinde uluslararası
koruma gerekip gerekmediği konusunda üye devletlerin olayları ve durumları değerlendiri-
mede izleyecekleri yollar belirlenmektedir. 5. madde, halen o ülkede bulunan (sur place)
kişilere de bu hakkın sağlanmasının koşulları belirlenmektedir. Zira zulüm görmekten
haklı olarak korkmak kişinin menşe ülkeden ayrılmasından sonra da meydana gelebilir.
Zulüm (persecution) nedeniyle ciddi zarar verebilecek aktörler, Devlet, partiler veya kuru-
luşlar, Devlet dışı aktörler olabilir (6.md). Bu kişiler eğer ülkenin herhangi bir bölgesinde
korunabiliyorsa (internal protection) uluslararası korumaya gerek kalmayabilir (8.md).

III. başlık mülteci olabilmenin koşullarını belirlemektedir. Cenevre Sözleşmesi 1A'ya
gönderme yapılarak, kişinin ciddi bir zulüm ve temel insan haklarının ihlali tehlikesi ile
karşılaşma riski bulunmalıdır (9/1a.md). Özellikle AİHS'nin 15 (2). maddesinde belirtilen
istisna tanınamayacak haklar korunmalıdır (AİHS 3. madde gibi) (Önsöz 35. madde).

65 2004/81 EC OJ 6.8.2004 L 261/19.

66 Council Directive 2004/ 83/EC,OJ L 304/12, 30.9.2004.

Zulüm teşkil eden fiiller, fiziki, ruhi veya seksüel şiddet,(9/2/a), hukuki, idari, polisin veya yargının ayrımcılık içeren önlemleri ve uygulamaları (9/2/b), ayrımcı ya da orantısız tutuklama (prosecution) veya cezalar (punishment) (9/2/c)⁶⁷, ihtilafı bir şekilde (12/2. maddeye göre) askeri hizmeti kabul etmeyenler (9/2/e), özel cinsiyet veya çocuğa özel cinsiyet fiilleri (9/2/f) olabilir.

10. madde zulüm sebeplerini belirlemektedir. Üye devletler, mülteciler hakkında verilecek kararın; ırk ya da renk nedeniyle belli etnik gruplar için alınmamasına (10/1/a), dine inanma, inanmama ya da dinsizlik (atheistic) nedeniyle olmamasına (10/1/b), vatandaşlığa, o ülkede oturmaya veya etnik, kültürel ya da dil aidiyetine bağlanmamasına, kişinin coğrafi ya da politik menşesine tabi olmamasına (10/1/c) dikkat etmelidir. Ayrıca belli bir sosyal gruba dahil olmak ve farklı cinsiyet tercihleri nedeni ile ayrımcılık (10/1/d) ve kişinin politik görüşlerine bağlı olarak farklı muamele yapılması yasaktır (10/1/e).

11. maddede mülteci olmanın sona ermesi nedenleri sayılmaktadır. Bunlar genellikle kişinin vatandaşı olduğu devletin yeniden korumasını kendi isteği ile kabul etmesi (a) veya kendi isteği ile o vatandaşlıktan ayrılması (b), başka bir devlet vatandaşlığını kazanması ve bu devletin korumasını istemesi (c), terkettiği ülkeye kendi isteği ile dönmesi (d), vatansız bir kişinin, kendisini mülteci olarak kabul eden ilk ülkeye dönmesi (f) nedeniyle sona erebilir⁶⁸.

Mülteci statüsü kazanamamanın nedeni, Cenevre Sözleşmesinin 1D maddesinde öngörülen durumlar (12/1/a) ya da oturduğu ülkenin kişiye vatandaşlık veya buna eşit haklar sağlayan bir statü vermesidir (12/1/b). Diğer nedenler kişinin barışa karşı suç, savaş suçu veya insanlığa karşı suç işlemesidir (12/2/a). Önceden, başvuru ülkesi dışında işlenen ciddi ve siyasal olmayan suçlar da buna sebep olabilir (12/2/b). Üçüncü neden talepte bulunan kişinin Birleşmiş Milletler Şartının Önsözü ve 1- 2. maddesinde yer alan amaç ve prensiplere aykırı davranışdır (12/2/c).

Direktif'te yer alan bir başka husus ikincil (tamamlayıcı) (subsidiary) korumadır. Mülteci statüsünde olmayan ancak, ölüm cezası veya işkence ya da insanlık dışı ve onur kırıcı muameleyle karşılaşma ihtimali olan, özel hayatına karşı ciddi ve kişisel bir tehdit bulunan ya da iç savaş veya uluslararası silahlı çatışma nedeniyle ayrımcı şiddete maruz kalma tehlikesiyle karşı karşıya olan kişilere sağlanır (15.madde). Ayrıca II. Kısımda yer alan uluslararası korumaya ilişkin hükümler bunlara da uygulanır.

Uluslararası korumanın içeriği bakımından en önemli prensip "geri-gönderilmeme" (non-refoulement) kuralıdır (21.md). Bu prensip, 3. devlet vatandaşının vatandaşı olduğu ülkeye, vatansızların ise oturduğu ülkeye haklı nedenlerle zulüme uğrama korkusu varsa gönderilmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Uluslararası bir zorunluluk yoksa, kişi ancak üye ülkenin güvenliği için tehlike arz ediyorsa (21/2/a) veya üye toplumun vatandaşları için tehlike yaratan ciddi bir suç nedeniyle hakkında kesinleşmiş karar varsa (21/2/b) geri gönderilebilir. İster mülteci, ister ikincil korumaya tabi sığınmacı olsun, bu kişinin aile üyeleri de bazı haklardan yararlanır (23.md). Söz konusu kişi ve ona bağımlı aile üyelerinin işe başvurma (26.md), eğitim (27.md), sosyal refah (28.md), sağlık güvencesi

67 Bu hükmün uygulanabilmesi için tutuklama fiili ile tutuklama sebepleri arasında bir ilişki olmalıdır.

68 Direktifin tanımlara ilişkin 2. maddesinin (e) bendinde koruma altına alınacak kişiler, vatandaşı olduğu ülkeye dönmesi halinde ciddi bir tehlike riski taşıyan 3. devlet vatandaşları ile aynı risk nedeniyle mutad meskeninin bulunduğu ülkeye dönmek istemeyen vatansızlar olduğu belirtilmiştir.

(29.md), o ülkede serbestçe dolaşım hakkı (32.md) gibi hakları korunmalıdır. Ayrıca üye devletler entegrasyon programları düzenleyerek, bunlara katılmalarını sağlamalıdır.

4. Kabul Koşulları Yönergesi

2003/9 sayılı bu Yönerge⁶⁹, sığınma arayanların kabulü için asgari standartları belirlemektedir. Sığınma başvurusu, 3. ülke vatandaşı veya vatansız bir kişinin Cenevre Sözleşmesine göre uluslararası koruma için bir üye devlete başvurmasıdır (2/b). Sığınma arayan (asylum seeker) ise 3. ülke vatandaşı veya vatansız olup, sığınma için yaptığı başvuru henüz sonuçlanmamış kişidir. Aile üyesi, kişinin eşi veya istikrarlı ilişkisi olan partneri, evli olmamak şartıyla onlara bağımlı küçük çocukları veya evlatlıklarıdır. Mülteci (refugee) ise Cenevre Sözleşmesinin 1(A) maddesindeki istemleri gerçekleştiren kişidir (2/e). Sığınma arayanlar kabul eden devlet ülkesinde veya belirlenen bir yerde serbestçe dolaşabilirler (7/1). Kamu yararı, kamu düzeni nedeniyle veya ihtiyaç duyulan hallerde etkili bir kontrol yapılabilir (7/2). Eğer gerekliliği ispat edilebilirse kamu düzeni nedeniyle belli bir yerde tutulabilirler (7/3). Gözlem altında tutmak kişinin dolaşım serbestisini ortadan kaldırır (2/k.md). Bunun makul bir süre için yapılması gerekir. Bazı şartların gerçekleşmesi halinde üye devlet kabul koşullarını azaltmak ya da kaldırmak hakkına sahiptir. Ancak bu tür kararlar veya yaptırımlar kişisel, objektif ve tarafsız olarak alınmalı ve gerekçesi bildirilmelidir (16/4).

Yönerge sığınma arayanlar hakkında verilen olumsuz kararlara karşı, milli hukukun kabul ettiği bir usulle itiraz hakkı tanınmasını zorunlu kılmıştır. Son temyiz imkanı ise, yargısal bir organa verilmelidir. Milli hukuka göre kişi adli yardımdan yararlanabilir (21.md). Üye devletler Komisyonu ilgili kişilerin kişisel bilgileri verilerek sürekli olarak haberdar etmelidir (22). Ayrıca üye devletler kabul koşulları seviyesinin gerçekleştiğini kontrol etmelidir (23. md).

5. Geçici Koruma Yönergesi

2001/55 sayılı ve 20 Temmuz 2001 tarihli Konsey Direktifi⁷⁰, toplu (mass) göç halinde verilecek geçici korumanın asgari standartlarını belirlemektedir. Direktif yerinden edilen kişilerle dayanışma sağlamak amacıyla gütmektedir. Yerinden edilen kişiler (displaced persons), özellikle bir uluslararası kuruluşun sorumluluğu altında, menşe ülkeyi terketmek zorunda kalan veya oradan çıkarılan 3. devlet vatandaşları ve vatansızlardır. Cenevre Sözleşmesinin 1A maddesine giren ya da başka uluslararası belgelere göre korunması gereken bu kişiler, silahlı çatışma veya şiddete maruz kalan, insan haklarının ciddi şekilde ihlal edilme riski bulunan kişilerdir (2/c.md). Toplu göç (mass influx) belli bir ülke ya da coğrafi bölgeden geniş sayıda yerinden edilmiş kişinin topluluğa ulaşmasıdır (2/d.md). Bu kişilere mülteci statüsü verilmesi taahhüt edilmeden, geçici koruma sağlanmaktadır (3.md). Geçici koruma süresi bir yıldır. Süre 6 ay veya en fazla bir yıl uzatılabilir (4.md). Toplu bir akın olduğu Komisyon'un veya bir üye devletin önerisi üzerine Konseyin nitelikli çoğunlukla alacağı bir kararla belirlenir (5.md). Avrupa Parlamentosuna bilgi verilir (5.md). Geçici koruma sürenin sonunda veya Konseyin nitelikli çoğunlukla alacağı bir kararla sona erebilir (6/1/a,b.md). Konsey kararında; menşe ülkedeki durumun bu kişilerin güvenli ve istikrarlı bir biçimde dönmelerine imkan tanıdığı ve onların insan hakları ve

69 27 Ocak 2003, OJ L 31/18, 6.2.2003.

70 <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=260539:cs&lang=en&list=260539:cs,&pos=1...>, 11.11.2010; OJ L 212, 7.8.2001, p.12-23.

temel özgürlüklerine ve üye ülkelerin geri göndermeme ilkesine riayet ettiği konusunda, olaylara dayalı gerçek gösterilmelidir (6/2.md).

Üye devletler bu kişileri ülkelere kabul etmeli, geçici süreli oturma izni vermeli, durumun aciliyeti sebebiyle böyle bir akın olduğunda vize, taransit vize gibi konularda formaliteler azaltılmalıdır (8.md). Bu geçici süre içinde kişi isterse işe girebilmeli, meslek eğitimi ya da normal eğitimine devam edebilmelidir (12.md). Bu kişilere uygun kalacak yer veya evde oturmak hakkı verilmelidir. Yeterli kaynakları yoksa tıbbi yardım ve sosyal refah yardımı yapılmalıdır. Fiziki, cinsel veya psikolojik şiddete ya da işkenceye maruz kalan kişiler ve refakatçisi olmayan küçükler gereken tıbbi veya diğer psikolojik yardımlar yapılmalıdır (13.md).

Aile üyesi kavramı; eş, istikrarlı ilişkideki partner, (üye devlet hukukunun yabancılar için kabul etmesi şartıyla) evli olmayan küçükler (evlilik içinde doğmuş veya doğmamış olsun, evlatlık girer (15/1/a). Geçici korumadan yararlanan ve aile üyeleri ile birleşmek isteyen kişiye (sponsor) (2/h.md) bağımlı olan diğer kişiler de aile üyesi sayılır (15/2). Eğer sponsor aile üyeleri ile birleşmek isterse, üye devlet korumaya muhtaç aile üyelerini birleştirebilir, ancak bu karar her bir olaya göre, eğer aile birleşmezse karşılaşılabilecek aşırı zorluklar dikkate alınarak verilmelidir (15/3). Bu maddenin uygulanmasında, üye devletler çocuklar için en iyi olacak yolu bulmalıdır (15/4). Birleşen aile üyelerine geçici oturma izni verilir. Bu hükmün uygulanmasında ilgili uluslararası kuruluşlarla işbirliği yapılır (15/7). Geçici korumadan yararlanan kişiler her hangi bir zamanda sığınma başvurusunda bulunabilir (17/1). Bu başvurunun incelenmesi geçici koruma süresi bittikten sonra yapılmalıdır (17/2). Geçici koruma bittiğinde yabancılarla ilişkin genel kurallar uygulanır (20.md). Ancak üye devlet kişinin isteği ile dönmesi için insanlık onuruna yaraşan gerekli önlemleri almalıdır (21.md). Süresi bittiği için dönmek zorunda olan ve kabul edilmeyen kişilerin insan onuruna saygılı muamele görmesi için gerekli önlemler ve geri dönmeyi imkansız kılan sebepler dikkate alınmalıdır (23.md).

Bu Direktifle öngörülen önlemler için Avrupa Mülteciler Fonundan⁷¹ destek alınabilir. Üye devletler bir devletten diğerine yapılacak transferlerde işbirliği yapmalıdır (26/1 md). Üye devletlerin kişileri geçici koruma dışında bırakması; o kişinin barışa karşı suç veya savaş suçu ya da insanlığa karşı suç işlemesi halinde ya da üye ülke dışında önceden siyasi olmayan ciddi bir suç işlemesi, kişinin BM'ce kabul edilen amaç ve prensiplere aykırı davranması, kabul eden ülkenin güvenliği için tehdit teşkil etmesi veya kesinleşmiş bir kararla ciddi bir suçtan hüküm giymesi veya o toplum için tehlike teşkil etmesi halinde mümkündür (28/1 md). Ancak bu hususlar ilgili kişinin kişisel davranışına dayanmalı ve alınacak önlemler orantılı olmalıdır (28/2).

6. Usul Yönergesi

1 Aralık 2005 tarihli ve 2005/85/EC sayılı üye devletlerce mülteci statüsünün verilmesi ve geri alınmasına ilişkin asgari usul standartlarını belirleyen Konsey Direktifi⁷², üye devletlerin ülkesinde, sınırlarında ya da transit bölgelerde yapılacak her türlü sığınma başvurusunu ve mülteci sıfatının geri alınmasını düzenler (3/1). Her üye devlet bu konudaki sorumlu

71 Decision 2000/596/EC; 2005-2010 dönemi için Avrupa Mülteci Fonunu Kuran AB Bakanlar Konseyi Kararı 2004/904/EC, 2 Aralık 2004.

72 OJ L326/13, 13.12.2005.

makamı belirleyecektir (4/1). Üye devletler kişinin daha lehine hükümler getirebilir (5.md). Fiil ehliyetine sahip her yetişkin sığınma talebinde bulunabilir. Bu başvuru ona bağlı olanları kapsayabilir. Üye devletler kendi iç hukuklarına göre, küçüklerin kendi başlarına veya temsilci vasıtasıyla başvuracağını belirleyebilirler (6.md). Başvurunun inceleme süresi içinde o ülkede kalma hakkı vardır. Ancak bu hak oturma izni alma hakkını vermez (7/1). Belirlenen makamın yaptığı inceleme sonucu başvurunun reddine karar verilirse, sebepleri yazılmalıdır. Kişisel mülakat yapılabilir, ancak zorunlu değildir (12). Kişisel mülakatta gizlilik ilkesine uyulmalıdır. Mülakat başvuranın anlayacağı bir dille yapılır (13.md). Başvurucuya masrafları kendine ait olmak üzere hukuki yardım sağlanabilir. Olumsuz karar verilirse serbest hukuki yardım ve temsil imkanı sağlanır (15,16.md). Üye devlet bir kişiyi sadece sığınma başvurusunda bulunduğu için göz altında tutamaz. Böyle bir durum varsa kişiye karara karşı bir yargı makamına başvurma hakkı tanınmalıdır (18.md).

II. bölümde kabul edilemez başvurular sayılmıştır: Bunlar başka bir üye devletin mülteci statüsü vermesi, başvuru yapılan ülkenin, 26. maddeye göre ilk başvurulacak ülke olmaması, kişinin güvenli 3. ülkede bulunması, başka bir üye ülkede mülteci statüsüne yakın bir statüye sahip olması, kesin karardan sonra aynı başvuruyu tekrar yapması, başvurucuya bağımlı bir kişinin daha önce talepte bulunmuş olması, halleridir. Bu durumda başvuru kabul edilmez (25. md). Usul Yönergesi birbirinden farklı üç kavram tesbit etmektedir. Bunlardan birincisi; ilk sığınma ülkesidir (26.md). İkinci kavram güvenli üçüncü ülke kavramıdır (27.md). Konsey, Komisyon'un önerisi üzerine AP'ye danıştıktan sonra nitelikli çoğunlukla Ek II'ye göre asgari ortak güvenli 3. ülkelerin listesini yapacaktır (29. md). Üye ülkeler liste dışındaki bir 3. ülkeyi de güvenli sayabilir (30.md). 31. madde ise menşe ülkenin güvenli ülke sayılmasının şartlarını belirlemektedir. Menşe ülke 3. devlet vatandaşının vatandaşı olduğu ve vatansız kişinin ikamet ettiği ülkedir.

Avrupa Birliği tarafından bir ülkenin güvenli 3. ülke sayılabilmesi için; Cenevre Sözleşmesini coğrafi sınırlar olmadan kabul etmesi, sığınma usulünün hukuk tarafından belirlenmesi, AİHS'ni onaylaması ve etkili yaptırımlar uygulama standardında olması, AİHM'ye kişisel başvuruyu kabul etmesi⁷³ ve Konsey tarafından seçilmesi gerekir (36. md). Ayrıca mülteci statüsünün geri çekilmesi usulü 38. maddede düzenlenmiştir. Üye devletler bir mahkeme önünde etkili itiraz imkanı sağlamalıdır. Bunun için zaman sınırlandırması yapılmalıdır (39. md).

V. MÜLTECİLERİN HUKUKİ STATÜSÜNE İLİŞKİN BİRLEŞMİŞ MİLLETLER MEVZUATI

Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi

1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi⁷⁴, İkinci Dünya Savaşından sonra faşizm ve komünizmden kaçarak Avrupa'ya sığınan kişilerin statülerini ve haklarını düzenlemek amacıyla kabul edilmiştir. Sözleşmenin I-A maddesi mülteci tanımını yapmaktadır. Buna göre "mülteci", 1 Ocak 1951 tarihinden önce cereyan eden olaylar nedeniyle ve ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden zulme uğrayacağından

73 Bu yetki başlangıçta taraf Devletlerin isteğine bağlı iken 11. no. lu Protokolün yürürlüğe girmesiyle zorunlu hale gelmiştir.

74 RG 5.9.1961-10898.

haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen ya da vatansız ise ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen kişidir.

Sözleşme açısından 1 Ocak 1951'den önce Avrupa'da meydana gelen olaylar veya 1 Ocak 1951'den önce Avrupa'da veya başka bir yerde meydana gelen olaylar konusunda her taraf devlet, imza, onay veya katılma sırasında bu ifadenin kapsamını belirten bir beyanda bulunacaktır (B-1-a)⁷⁵. Sözleşme hükümleri; barışa karşı suç, savaş suçu veya insanlığa karşı suç (1/F/a) ya da sığınmadan önce sığındığı ülkenin dışında siyasi olmayan ağır bir suç işleyen kişilere (1/F/b) ve Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerine aykırı suçlar işleyen kişilere uygulanmayacaktır. Taraf devletler, Sözleşme hükümlerini mültecilere ırk, din veya geldikleri ülke bakımından ayırım yapmadan uygulayacaklardır (3. md). Taraf devletler daha iyi muamele hariç olmak üzere, yabancılara uyguladıkları muameleyi mültecilere de uygulayacaktır (7/1). Üç yıl ikametden sonra karşılıklılık (reciprocity) şartından muaf olacaklardır (7/2).

Her mültecinin şahsi statüsü, daimi ikametgahının bulunduğu ülke kanunlarına, daimi ikametgahı yoksa bulunduğu ülkenin kanunlarına tabidir (12/1). Her mülteci, taraf devletlerin mahkemelerine serbestçe başvurabilir (16/1). Çalışma hakkı bakımından aynı durumdaki yabancılara uygulanan en çok gözetilen ulus muamelesine tabi olacaktır (17. md). Konut edinme hakkı açısından da en çok gözetilen yabancı muamelesine tabidirler (21.md). Buna karşılık temel eğitim (22), sosyal yardım (23), sosyal güvenlik (24.md) konularında vatandaşla eşit muamele görecektirler. Yasal olarak ikamet eden mültecinin aynı koşullardaki yabancılara sağlanan ikamet edeceği yeri seçme ve özgürce seyahat etme hakkı vardır (26). Vatandaşlardan alınan vergilerden farklı ya da daha yüksek vergi alınmayacaktır (29).

Mültecinin önemli bir hakkı ulusal güvenlik veya kamu düzeni ile ilgili sebepler dışında sınır dışı edilememesidir (32/1). Mültecinin sınır dışı kararına karşı itiraz etme ve kararı temyiz etme hakkı bulunmaktadır (32/2). Ayrıca mülteciye kendisini kabul edecek bir ülke bulması için makul süre tanınmalıdır (32/3). Diğer önemli zorunluluk geri gönderme yasağıdır (non-refoulement). Hiçbir taraf devlet mülteciyi, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının ya da özgürlüğünün tehdit altında olacağı ülkelere her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade (refouler) etmeyecektir (33/1). Bu hükümden yararlanmanın istisnası, kişinin bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli olan ciddi bir suç işlemesi veya ciddi bir adi suçtan dolayı kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı bulunması nedeniyle o ülkenin halkı için tehlike oluşturması halidir (33/2).

B. Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1967 Protokolü

Bu Protokol⁷⁶ ile mülteci tanımında yer alan "1951'den önce meydana gelen olaylar sonucunda" ifadesi metinden çıkarılmıştır (1/2). Protokol ile Sözleşmenin 1/B/1/a hükmüne

75 1 Ocak 1951 tarinden önce Avrupa'da cereyan eden olaylara ilişkin beyanlar; Kongo, Madagaskar, Monaka ve Türkiye tarafından yapılmıştır Bkz EKŞİ, Nuray, Mülteci ve Sığınmacılara İlişkin Mevzuat, İstanbul, 2010, s.27.

76 RG 5.8.1968-12968.

göre yapılan coğrafi sınırlama, taraf devletlerce (1/B/2) çerçevesinde genişletilmedikçe, geçerli olmaya devam edecektir (1/3). Bunun dışında coğrafi sınırlama kaldırılmıştır. Taraf devletler BMMKYK ofisi ile işbirliği yapmayı taahhüt ederler (2/1). Bu Protokolün uygulanması ve yorumlanması ile ilgili uyumsuzluklar, taraflardan birinin talebiyle, Uluslararası Adalet Divanına götürülecektir (4.md). Taraf olma sırasında her Devlet Protokol'ün 4. maddesi ve Sözleşmenin 1,3,4,16(1),33. maddelerinin dışında kalan hükümler hakkında, Sözleşmenin kapsamına giren mültecilere uygulanmamak şartıyla çekinceler koyabilir (7/1). Görüldüğü gibi Protokolle zaman yönünden sınırlama kaldırılmış, yer yönünden Sözleşmede verilen bir hakkın kullanılmış olması şartıyla sınırlamaya devam etme imkanı verilmiştir⁷⁷. 7. madde hükmü Türkiye'nin kabul ettiği Avrupa dışından gelenlere Sözleşmenin uygulanmamasının bir çekince değil, bir hak olduğunu göstermektedir. AİHM verdiği kararlarda bunun Türkiye için bir hak olduğunu dolayısı ile AİHS'e 14. maddeye bir aykırılık olmadığını kabul etmiştir⁷⁸. Türkiye'nin Avrupa'dan gelenlere uluslararası mülteci ve Avrupa dışından gelenlere 1994 Yönetmeliğine⁷⁹ göre ulusal sığınmacı muamelesi yapması da hukuka uygundur. Buna karşın, mülteci misafirhanelerinin idari bir gözlem altında tutma işlevi görmesi, AİHS'nin 5/1/f bendine göre, kişinin idari gözlem altında tutulmasının hukuka uygun bir karar almaya bağlı olduğuna ilişkin hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. AİHM Abdolkhani ve Karimnia v. Türkiye davasında⁸⁰, Türkiye'nin AİHS 5. maddenin 1-4 paragraflarını ihlal ettiğine karar vermiştir. YİSHK'nun 23. maddesiyle idareye verilen yetkinin gözaltında tutma yetkisi olmadığını, bu konuda açık bir düzenleme bulunmadığını, bu kararlara karşı Anayasa'nın 125. maddesinde öngörülen itiraz ve dava hakkının bulunmadığını, bu nedenle gözlem altında tutulmalarının (detention), 5. maddeye aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme 13. maddeye de aykırılık tesbit etmiştir. Kişilerin polis merkezinde gözaltında tutulmaları sığınma talebinde bulunamamaları, sınır dışı etme kararlarının kendilerine tebliğ edilmemesi nedeniyle, bu kararlar aleyhine iptal davası açamadıkları, dava açsalar bile yürütmeyi durdurma kararı verilmedikçe, davanın icrayı durdurmayacağı sebepleriyle Türkiye'nin 13. madde anlamında etkin koruma sağlamadığı sonucuna varılmıştır⁸¹.

C. MÜLTECİ VE SİĞINMACILARLA İLGİLİ DİĞER BM SÖZLEŞMELERİ

1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde yer alan temel haklar, Çocuk Haklarına İlişkin 1989 tarihli BM Sözleşmesi, 1976 tarihli Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (1981), Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılmasına Dair Sözleşme (1969), İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele ve Cezaların Önlenmesi Sözleşmesi (1987), Vatansızların Statüsüne Dair Sözleşme (1954), Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Sözleşme (1975), Soykırım Suçunun Önlenmesi ve

77 Bu hakkı Türkiye dışında Kongo kullanmıştır Madagaskar ve Monako ise 1967 Protokolüne taraf olmamıştır, bkz. EKŞİ, s.36 vd.

78 AG vd v Türkiye , Application no. 40229/98,15 Haziran 1999.

79 RG 30.11.1994-22127,değişiklik RG 27.1.2006-26062.

80 Başvuru no. 30471/08, ECHR 2009, 22.9.2009.

81 Kararın değerlendirilmesi için bkz EKŞİ,Nuray,Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Abdolkhani ve Karimnia-Türkiye Davası, İstanbul, 2010, s.68 vd.

Cezalandırılması Sözleşmesi (1951) evrensel nitelikteki bazı hakların korunmasını öngörmektedir.⁸² Sığınmacı ya da mültecinin durumuna uygun olduğu hallerde bu Sözleşme hükümlerinden de yararlanılması gerekir.

D. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE MÜLTECİLERİN HAKLARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AİHS'nin bazı maddelerini mülteciler ve sığınma arayanlar için sıklıkla uygulamaktadır. Yaşam hakkına ilişkin 2. madde bunlardan biridir. Ataman v. Türkiye davasında⁸³, bir grup yasa dışı göçmenin Libya'ya sınır dışı edilmesi nedeniyle ölüm riskiyle karşılaşabilecekleri için başvurunun kabul edilebilir olduğu kararlaştırılmıştır.

AİHM işkence, kötü muamele ve aşağılayıcı tutumlarla ilgili 3. maddenin hiçbir istisnası olmadığını kabul etmektedir. Devrim Turan v. Türkiye davasında⁸⁴ erişkin yabancılar için kullanılan bir transit merkezinde refakatçisiz 5 yaşındaki çocuğun gözaltında tutulup, sonra kendi ülkesine geri gönderilmesini, Sözleşmeye aykırı bulmuştur. Okkalı v. Türkiye davasında⁸⁵, bir grup yasadışı göçmenin kötü muameleyle karşılaşacağı Libya'ya sınır dışı edilmesi iddiasını kabul edilebilir bulmuştur.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına ilişkin 5. madde sığınmacılara uygulanmaktadır. Geçici giriş hakkı verilen bir sığınma arayanın 76 saat bilgi almak için bir kabul merkezinde tutulması 5/2. maddeye aykırı bulunmuştur⁸⁶. 5/1. maddede yer alan ülkeye izinsiz giriş yapan bir yabancıнын girişinin önlenmesi ya da sınır dışı veya iade edilmesi için hukuka uygun şekilde gözaltına alınmasına ilişkin kararlar kabul edilebilir, sayılmıştır. Ancak bu işlemler hukuka uygun bir karara dayanmalıdır ve karara karşı itiraz yolu açık olmalıdır⁸⁷. Kişiyeye gözlem altında tutulma sebepleri bildirilmelidir (5/2.md). Ayrıca kişiyeye etkili yargı yolu gösterilmelidir (5/4.md).

Adil yargılanma hakkına ilişkin 6. madde, mevcut Türk hukukunda kişinin red, sınır dışı etme ve geri gönderme kararlarına karşı itiraz edebileceği bir merci ve temyiz yolu bulunmaması nedeniyle, sıkça uygulanmaktadır. Sığınmacıların, Türkiye'de misafirhane denilen ve İçişleri Bakanlığınca idare edilen yerlerde tutulduğu, bunun ceza kanununa giren şekilde bir tutuklama olmadığı için şartlarının kanunda belirtilmediği ve sulh ceza mahkemelerinin bu kararlara bakmadığı kabul edilmektedir⁸⁸. Gözaltında buldukları süre içinde hukuki yardım verilmemesi, iddialarını ileri sürmek hakkından yoksun kalışları, sınırdışı edilme kararlarının kendilerine tebliğ edilmemesi, bu yüzden iptal davası açamamaları AİHS'nin 13. maddesine de aykırı bulunmuştur⁸⁹. MB ve diğerleri v. Türkiye davasında⁹⁰ dört İran vatandaşının sınırdışı kararına karşı 13. maddeye uygun

82 Sözleşmelerin Türkçe metinleri için bkz. Sığınma Mülteci Konularındaki Uluslararası Belgeler ve Hukuki Metinler, BMMYK Türkiye Temsilciliği yayını, Ankara, 2010, s. 109 vd.

83 No. 46252/99, 27.4.2006, Section III-85.

84 No.879/02, 2.3.2006 Section III-84.

85 No. 52067/99, 17.10.2006 Section II-90.

86 SAADI-Birleşik Krallık No. 13229/03, 1.7.2006 Section IV-88.

87 EKŞİ, Abdolkhanive Karimnia- Türkiye davası, İstanbul, 2010, s.74.

88 Report of the Working Group on Arbitrary Detention its Mission to Turkey, 7 Şubat 2007, A/HRC/4/40/ADD.5.

89 Application no. 30471/08, 22 Eylül 2009., p.117.

90 Başvuru No. 36009/ 08, 15 Haziran 2010; Dbouba v. Turkey, Başvuru no. 15916/09, 13 Temmuz

olarak etkin bir başvuru yoluna sahip olmadıkları kabul edilmiştir. Zira idari yargıda dava açılrsa bile, yürütmeyi durdurma kararı verilmedikçe icra önlenememektedir.

AİHM verdiği kararlarda, kişinin menşe ülkesine veya kötü muamele göreceği başka bir ülkeye gönderilmesi halinde 3. maddenin ihlal edileceğini kabul etmektedir. Eğer yerel mahkeme sınır dışı konusunda yürütmeyi durdurma kararı verdiği için, bu muamele uygulanmazsa, 3. maddeye aykırılık söz konusu değildir. Charahili v. Türkiye davasında⁹¹ Mahkeme başvuranın başka bir ülkede suç işlese bile kötü muamele riski olan yere sınırdışı edilmesinin mümkün olmadığını, 3. madde bağlamında kişinin eyleminin tehlikeli ve katlanılmaz oluşunun sınır dışı etme kararında göz önüne alınamayacağını kabul etmiştir. Zira başvuranın Tunus'a sınır dışı edilmesi halinde, 3. maddeye aykırı muameleyle tabi tutulma riski bulunmaktadır (p 60-61)⁹².

Türkiye'de Danıştayın yerleşik içtihadı da sığınma arayan kişiye BMMYK tarafından mülteci statüsü verilmesi halinde, üçüncü bir ülkeye yerleştirilecek olan kişinin 1994 yönergesinde⁹³ yer alan 10 günlük süre içinde başvuru yapmaması nedeniyle sınır dışı edilmesinin hukuka uygun bulunmadığı yönündedir⁹⁴. Danıştay, Cenevre Sözleşmesinin 31. maddesinin Avrupa dışından gelen sığınmacılar için de uygulanmasını kabul etmektedir⁹⁵.

SONUÇ

İncelediğimiz kararlar ve AB mevzuatı, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin üçüncü ülkelere gelen göçmenler nedeniyle sıkıntı yaşadıklarını, hatta çok sayıda göç nedeniyle yabancı düşmanlığı (xenophobia), ırkçılık (racism) gibi suçlarla mücadele etmek zorunda kaldıklarını göstermektedir (ABFA 76/3). Bir taraftan yasa dışı göçe karşı ortak önlemler alınırken, diğer yandan uluslararası bağlantıları nedeniyle (Cenevre Sözleşmesi gibi) insan hakları ihlallerinden kaçınmaları gerekmektedir. Lizbon Andlaşması ile bağlayıcılık kazanan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, AİHS' den çok daha geniş hakları garanti etmektedir. Bazı haklar ise her iki Sözleşmede yer almakla birlikte, ABAD ve AİHM'nin farklı yorumlarına tabi olmaktadır. AİHS'ne ek 14. no.lu Protokolün yürürlüğe girmesi ile, AB ve Avrupa Konseyi arasında AB'nin Birlik olarak AİHS'ne taraf olması için müzakereler sürdürülmektedir.

2010.,p.44.bkz EKŞİ, Nuray, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin M.B ve Diğerleri v. Türkiye, Dbouba v. Türkiye, Alipour ve Hosseinzadgan v. Türkiye Davalarında 15 Haziran 2010 ve 13 Temmuz 2010 ve 13 Temmuz 2010 Tarihlerinde Verdiği Kararların Türkçe Tercüme ve İngilizce Metinleri, İstanbul, 2010,s. 4. vd. 91 Başvuru No. 46605/7, 13.Nisan 2010;ayrıca Keshmiri v. Turkey, Application no. 36370/8, 13 Nisan 2010,p.28; Ranjbar and others v.Turkey, Application no. 37040/ 07,13 Nisan 2010; Case of Tehrani and others v.Turkey, Application no 32940/ 08, 41626/ 08, 43616/ 08,13 Nisan 2010 kararları için Bkz. EKŞİ, Nuray, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Charahili v. Türkiye, Kesmiri v. Türkiye, Ranjbar ve Diğerleri v. Türkiye, Tehrani ve Diğerleri v Türkiye Davalarında 13 Nisan 2010 Tarihinde Verdiği Kararların Türkçe Tercüme ve İngilizce Metinleri, İstanbul, 2010, s.4 vd.

92 Charili v. Türkiye Başvuru No. 46605 /7,13 Nisan 2010.

93 Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Edenlere İlişkin Yönetmelik, RG. 30.11.1994-22127. Bu Yönetmelik 2006 yılında değiştirilerek, 4. maddedeki 10 günlük başvuru süresi, "makul süre" ye çevrilmiştir, RG. 27.1.2006-26062.

94 D. 10.D. E1999/5050, K. 2001/823, 14.03.2001; 10 D, E.1997/6373,K.2000/130, 20.01.2000.

95 D 10.D.E/ 2010/2346,K. 2010/5971,13:07.2010.

Bu durumda AB ülkelerinin 3. devletlerle geri-kabul anlaşmaları yapmak veya potansiyel güvenli üçüncü ülke olarak düşündükleri Türkiye gibi ülkelere sığınmacıları göndermek suretiyle uluslararası sorumluluklarından kurtulamayacağı, yukarıda incelediğimiz M.S.S kararı ile açıkça ortaya çıkmıştır.

İltica ve Göç Alanında Türkiye'nin 2005 tarihli Eylem Planında AB müktesebatının üstlenilmesi kabul edilmiş, külfet paylaşımı konusunda bir görev gücü kurulması için çalışmalara başlanılmış ve Türkiye'nin katılım müzakerelerinin tamamlanmasına paralel olarak coğrafi kısıtlamanın kaldırılmasına ilişkin önerinin muhtemelen 2012 yılından sonra TBMM'ye sevk edileceği kabul edilmiştir. Ayrıca Türkiye'de göç, sığınma, yabancılar hukuku alanında yeni kanun tasarıları hazırlanmıştır.

Türkiye'nin AB'ne tam üye olmadan bu tür yükümlülüklere girmesi; bir taraftan açıklık ve sefalet içinde olan yasa dışı göçmenlerin, diğer yandan bulunduğumuz bölge itibarıyla sık sık karşılaştığımız siyasi ya da sosyal iç çatışmalardan haklı zulüm görme korkusuyla Türkiye'ye sığınmak isteyen kişilerin sayısının çokluğu nedeniyle; ülkenin başa çıkamayacağı boyutlara ulaşabilir. Özellikle konunun ekonomik yükü bazı yardımlarla karşılanamayacak ölçüde olabilir. Türkiye vizenin kalkması koşuluyla dahi bu tür taahhütlere girerken konuyu çok ayrıntılı olarak incelemeyen karar vermemelidir. Saddam Hüseyin'in Halepçe katliamından sonra Türkiye'ye kaçan Iraklı sığınmacılardan kaç kişinin AB ülkelerince kabul edildiği tarafımızdan bilinmemektedir. Ancak Avrupa devletlerine güvenerek, ülkemizin bir sığınmacı depolama yeri ya da tampon bölge olmasına izin verilmemelidir.