



Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Geri Gönderme Merkezlerindeki Fiziki Koşullara Karşı Başvuru Yolları*

Merve Akbulut¹

Öz

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu geri gönderme merkezlerine ilişkin düzenleme getirmekle birlikte, bu merkezlerdeki koşullardan kaynaklı ihlallere yönelik bir başvuru yolu öngörmemiştir. Bununla beraber, Anayasa Mahkemesi, tam yargı davasının bu merkezlerde yaşanabilecek ihlallere yönelik etkili bir iç hukuk yolu olduğuna karar vermiştir. Çalışmamızda, Türk hukukunda var olan ve geri gönderme merkezlerindeki fiziki koşullardan kaynaklı ihlallere karşı başvuru yolları ve bu yolların etkinliği incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

İdari Gözetim • Geri Gönderme Merkezi • K.A. Başvurusu • B.T. Başvurusu • Tam Yargı Davası

Remedies Against Material Conditions at Removal Centers

Abstract

Although Law on Foreigners and International Protection has provides regulations on removal centers, it hasn't envisaged any remedy for violation arising from the conditions in these centers. However, The Constitutional Court ruled that Damages as remedy against administrative authorities is an effective remedy for violations that might occur in these centers. In this study, remedies in Turkish Law, which were applied against violations occur in the removal centers and these remedies' effectiveness were examined.

Keywords

Administrative detention • Removal center • K.A. application • B.T. application • Full remedy action

* Bu makale Doç. Dr. Faruk Kerem Giray danışmanlığında hazırlanmış ve 2018 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı kapsamında savunulup kabul edilmiş olan "Türk Yabancılar Hukukunda İdari Gözetim" başlıklı yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

1 **Sorumlu Yazar:** Merve Akbulut (Araş. Gör.), İstanbul Kültür Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, Türkiye. Eposta: m.akbulut@iku.edu.tr ORCID: 0000-0003-2111-2469

Atf: Akbulut M, "Geri Gönderme Merkezlerindeki Fiziki Koşullara Karşı Başvuru Yolları" (2019) 39(1) PPIL 1.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2019.39.1.0013>

Extended Summary

Where foreigners under administrative detention were held or remedies against conditions of detention was not regulated in Law on Foreigners and International Protection (LFIP). Because of there is no legislation on remedies against conditions of detention, ECtHR held many times that Turkey is to pay damages.

The very first judgment of ECtHR held that there has been a violation of Art.13 of ECHR in conjunction with Art. 3 of ECHR because of the absence of effective remedies to complain about the material conditions of detention is *Yarashonen v. Turkey* Judgment. In the case, Turkish Government claimed that the applicant could raise his complaints by bring an action for compensation before the administrative courts as provided for Art.125 of the Turkish Constitution and section 2(1) (b) of the Administrative Procedure Act which regulated full remedy action.

ECtHR pointed out that if conditions of detention are breach of Art.3, a domestic remedy must capable of putting an end to the ongoing violation of the prohibition of inhuman or degrading treatment. Otherwise, compensation of occurred violation legitimizes the inhuman and degrading treatment. However, the Court stated that the Government must prove its claims, which remedies as provided for Art.125 and Art.2 (1)(b) is practically effective with examples from the case-law of administrative courts but Government couldn't submit any judicial or administrative decisions related to this issue. The Court, for these reasons held that there has been a violation of Art.13 in conjunction with Art.3.

The very first judgment of the Turkish Constitutional Court related to the absence of effective remedies to complain about the material conditions of detention is *Rıza Boudraa* Application. But in this application, the Constitutional Court only examined Art.17 of Constitution and did not consider the existence of the effective domestic remedies in the context of Art.40 of the Turkish Constitution.

The second judgment of the Constitutional Court related to the matter is *F.A. and M.A.* Application. The applicants claimed that there is no domestic remedy for the material conditions at *Kumkapı* Removal Center at the relevant time. Ministry of Interior put forward the claims in *Yarashonen* Case before ECtHR and demanded the rejection of the application for the reason of the non-exhaustion of domestic remedies.

The Court, for the first time, examined the existence of effective domestic remedies in the context Art.40 in conjunction with Art.17. The Court accepted the principles in *Yarashonen* Judgment and stated that the Government did not submit any decisions which prove the domestic remedy as provided for Art.125 is capable of preventing ongoing violation of the right not to be subjected degrading treatment in Art.17 or

compensating the damage. The court held that there is no effective domestic remedy so has been a violation of Art.40 in conjunction with Art.17.

These judgments made before LFIP prompts the legislator to regulate the administrative detention and removal centers. Despite this LFIP does not provide any provisions on remedies for material conditions at removal centers.

After the entry into force of LFIP, the first judgment of the Constitutional Court related to supervision of material conditions of detention is K.A. Application. The applicant claimed that the material conditions of removal center was inhumane and there is no domestic remedy to improve conditions or compensate damage caused by material conditions, so there is violation of Constitution Art.17 and Art.20. The Government put forward the claims in Yarashonen Case before ECtHR. The Constitutional Court pointed out that there is no domestic remedy to supervise material conditions of detention and to improve material conditions or to end detention if it's necessary and to compensate damage. In this judgment, the Constitutional Court decided first time that LFIP does not provide any remedy related to supervise the material conditions of detention.

But the Constitutional Court has changed its decision with B.T. Application. The applicant claimed that his mental health has damaged because of material conditions of removal center and there is no remedy provided related to condition of detention and there has been violated Art.17 and Art.20 of Constitution.

The Constitutional Court pointed out that because of the end of the violations compensation for damage is the only effective remedy for who have been released from removal center. The Court stated that the decision related to held is administrative decision so full remedy action which regulated in section 2(1) (b) of the Administrative Procedure Act is an effective remedy to compensate damages. In addition, administrative courts have an advantage in considering the situation. The Court also emphasized that the lack of administrative courts' decisions related to the compensation of damages caused by conditions of removal centers does not mean that full remedy action is not an effective remedy. Based on these reasons, the Court ruled by a majority of votes that full remedy action is an effective remedy and due to the non-exhaustion of this remedy the application is inadmissible.

Judge Serruh Kaleli emphasized in his dissenting opinion that to be stated that the violation is end because detention is end is against the case law of ECtHR and to justify the inhumane treatment. In addition that, to decide whether a remedy is effective or not, it should be searched a set of precented decisions that determined the violations in similar cases.

The Court has examined the application only in the scope of compensation of damages in its B.T. Judgment. It can be said that the reason of this approach is that the violation has end. However, it's unacceptable to examine in the scope of only compensation of damages such an application which changes the case law of the Court. Moreover, as stated in dissenting opinion, there is no evidence that this remedy is capable of compensating of damages. Since, Government has already submitted this remedy both before ECtHR and Constitutional Court but not submitted any court decision which is related to compensate damages caused by material conditions at removal centers. At the time of B.T. judgment, while this situation continued Court has ruled based on an assumption.

Furthermore, as stated before, in the case of violation of Art.3 of ECHR, ECtHR emphasizes that the remedy must be in particular capable of preventing ongoing violation. Nevertheless, the Constitutional Court has not examined how this remedy prevents ongoing violation.

For these reasons it's not possible to agree with this decision and despite this decision there is no effective remedy in Turkish legal system to complain about material conditions of removal centers.

Geri Gönderme Merkezlerindeki Fiziki Koşullara Karşı Başvuru Yolları

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK)¹'ndan önceki dönemde, idari gözetim altına alınan yabancıların nerede tutulacaklarına yönelik bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu eksiklik, söz konusu yabancılar bakımından belirsizliğe sebep olduğu için eleştirilmekteydi. Bu eleştiriler üzerine kanun koyucu, YUKK ile geri gönderme merkezlerini (GGM) düzenlemiş; geri gönderme merkezlerindeki faaliyetlerin yürütülmesi için yönetmelik ve yönerge çıkarmıştır.

Tüm bu gelişmelere rağmen, YUKK'da, geri gönderme merkezlerindeki fiziki koşullara karşı başvurulacak bir yargı yolu düzenlenmemiştir. Bu durum defaatle Anayasa Mahkemesi (AYM) önüne gelmiş; AYM, uzunca bir süre durumu, “*tutulma koşullarına karşı etkili bir iç hukuk yolu düzenlenmediği*” şeklinde değerlendirmiş ve fakat daha sonra içtihat değişikliğine giderek, idari yargı alanında öngörülmuş tam yargı davasının etkili bir iç hukuk yolu olduğuna karar vermiştir.

Çalışmamız, YUKK öncesi ve YUKK sonrası dönemde, gerek kanuni düzenlemelerle gerekse AYM'nin içtihadıyla öngörülen, GGM'lerdeki fiziki koşullardan kaynaklı ihlallere yönelik olarak, yabancıların başvurduğu yargı yollarının incelenmesini amaçlamaktadır. Zira başvuru yollarının öngörülmesi tek başına yeterli olmamakta, öngörülen yolların “*etkili bir hukuk yolu olması*” şartı aranmaktadır.

Bu amaç doğrultusunda, birinci bölümde kişinin geri gönderme merkezlerine konulmasına sebebiyet veren idari gözetim uygulaması ve sebepleri açıklanacak; ikinci bölümde geri gönderme merkezleri ve bu merkezlerde verilecek hizmetlere değinilecek ve son bölümde de, bu merkezlerdeki fiziki koşullardan ötürü başvurulacak yargı yolları, mahkeme kararları doğrultusunda, etkili bir hukuk yolu olma bakımından incelenecektir.

I. YUKK Kapsamında İdari Gözetim Sebepleri

A. Genel Bilgi

İdari gözetimin kabul görmüş ortak bir tanımı bulunmamaktadır. Kişinin, nerede ve ne kadar sürede tutulursa idari gözetim altında tutulmuş sayılacağı konusunda yeknesak bir uygulama da yoktur. Bununla birlikte, bazı uluslararası düzenlemelerde idari gözetim tanımlanmıştır. Örneğin, İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi²'ne

¹ Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi: 4.4.2013, RG 11.4.2013/28615.

² Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1984 tarih ve 39/46 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Onayı Uygun Bulma Kanunu için bkz. RG.10.8.1988/19895. Sözleşme Türkiye bakımından 1.9.1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Ek İhtiyari Protokol³’ün 4.maddesinin 2.fıkrasına göre gözetim, “*herhangi bir adli, idari veya diğer bir makamın emri üzerine kişinin kendi iradesiyle ayrılmasına izin verilmeyen kamusal veya özel gözaltı yerlerinde tutulması, hapsedilmesi veya yerleştirilmesi*” ni ifade etmektedir.

Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK)⁴ tarafından Sığınmacıların Gözaltına Alınmasına ve Gözaltı Alternatiflerine İlişkin Geçerli Kriterler ve Standartlar Hakkında Kılavuz İlkeleri⁵’nde idari gözetim, “*Sığınmacının, haphışaneler yahut gözetim amacıyla inşa edilmiş yerler; kapalı kabul veya alıkoyma merkezleri yahut tesisleri dâhil ve fakat bu sayılanlarla sınırlı olmamak üzere, kendi rızasıyla ayrılmasına müsaade edilmeyen bir yerde hürriyetinden yoksun bırakılması veya hapsedilmesi*” olarak tanımlanmıştır.

YUKK düzenlemesinde dikkate alınan Sığınmacıların Kabulüne Dair Standartların Belirlenmesine İlişkin 2003/9/EC Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi⁶’nin 2.maddesinde ise idari gözetim, “*başvurucunun hareket özgürlüğünden yoksun bırakıldığı bir yerde tutulması*” olarak tanımlanmıştır.

Türk hukukunda, idari gözetime ilişkin usul ve esaslar YUKK kapsamında düzenlenmiştir. Fakat idari gözetimden ne anlaşılması gerektiği açıklanmamıştır⁷. Bununla birlikte, kimlerin hangi koşullar altında idari gözetim altına alınacağı ve kişilerin nerede tutulacağı hüküm altına alınmıştır.

YUKK, iki aşamada yabancıların idari gözetim altına alınmasını öngörmektedir: Uluslararası koruma başvurusu aşaması ve sınır dışı aşaması⁸. Aşağıdaki başlıklarda kısaca bu aşamalardaki idari gözetim uygulamasından bahsedilecektir.

3 Protokol Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 18 Aralık 2002 tarih ve A/RES/57/199 sayılı kararıyla kabul edilmiştir. Ek İhtiyari Protokole ilişkin 23.2.2011 tarih ve 6167 sayılı Onayı Uygun Bulma Kanunu ve onaya ilişkin 15.6.2011 tarih ve 2011/1962 sayılı Bakanlar Kurulu kararı 5.7.2011 tarihli ve 27985 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Protokol Türkiye için 27.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

4 The Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR). Yaygın kullanımıyla BM Mülteci Örgütü, II. Dünya Savaşı sonrasında yaşadıkları yerleri terk etmek zorunda kalan Avrupalılar yardım etmek amacıyla, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 14 Aralık 1950 tarihli ve 428 sayılı kararıyla kurulmuş ve 1 Ocak 1951 yılında çalışmalarına başlamıştır. Kurulduğu tarihte görev süresinin üç yıl olduğu kararlaştırılmışsa da daha sonra ortaya çıkan yeni mülteci krizleri sebebiyle görev süresi sürekli uzatılmış ve en nihayetinde Genel Kurul 2003 yılında, Komiserliğin “*mülteci sorunu çözülene kadar*” görevine devam etmesini kararlaştırmıştır. < <https://www.unhcr.org/509a836e9.pdf>> accessed 23 April 2019.

5 UNHCR, ‘Detention Guidelines: Guidelines on the Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention’ (2012) 9 < <https://www.refworld.org/docid/503489533b8.html>> accessed 23 April 2019.

6 Council Directive 2003/9/EC of 23 January 2003 laying down minimum standards for the reception of asylum seekers, Official Journal of the European Union [2003] OJ L31/18. Yönerge için bkz. < <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:031:0018:0025:En:PDF>> accessed 23 April 2019.

7 Neva Övünç Öztürk, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi* (Seçkin 2015) 460.

8 Nuray Ekşi, *6548 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda İdari Gözetim* (Beta 2014) 3.

B. Uluslararası Koruma Başvurusu Aşamasında İdari Gözetim

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki; YUKK kapsamında uluslararası korumadan anlaşılması gereken, mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüleridir. Dolayısıyla, bu kapsamda idari gözetime başvurulması, ancak bu statüler söz konusu olduğunda mümkün olacaktır.

Başvuru sahiplerinin idari gözetimi, YUKK m.68⁹ hükmü ile düzenlenmiştir. Bu düzenleme, BMMYK Gözaltı Kılavuz İlkeleri¹⁰ ile uyumludur¹¹. Ayrıca bu hüküm, Sığınma Başvurularının Kabulüne Yönelik Asgari Standartlara Dair Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi (Kabul Yönergesi'nin 2013'te revize edilmiş haliyle¹² de paralellik göstermektedir.

Hükme göre, başvuru sahibinin kimlik veya vatandaşlık bilgilerinin doğruluğuna ilişkin ciddi şüphenin varlığı, başvurucunun usulüne aykırı şekilde ülke sınırlarına girmesinin önlenmesi, idari gözetim altına alınmaması durumunda başvuruya temel oluşturan unsurların belirlenemeyecek olması ve başvuru sahibinin kamu düzeni ve kamu güvenliği bakımından ciddi tehlike oluşturması hallerinde, başvuru sahibi idari gözetim altına alınabilecektir.

9 Madde 68: (1) Başvuru sahipleri, sadece uluslararası koruma başvurusunda bulunmalarından dolayı idari gözetim altına alınmaz. (2) Başvuru sahiplerinin idari gözetim altına alınması istisnai bir işlemdir. Başvuru sahibi sadece aşağıdaki hâllerde idari gözetim altına alınabilir: a) Kimlik veya vatandaşlık bilgilerinin doğruluğuyla ilgili ciddi şüphe varsa, bu bilgilerinin tespiti amacıyla b) Sınır kapılarında usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonulması amacıyla c) İdari gözetim altına alınmaması durumunda başvurusuna temel oluşturan unsurların belirlenemeyecek olması hâlinde ç) Kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından ciddi tehlike oluşturması hâlinde (3) İdari gözetimin gerekip gerekmediği bireysel olarak değerlendirilir. İkinci fıkrada belirtilen hâllerde; idari gözetim altına alınmadan önce, 71 inci maddede belirtilen ikamet zorunluluğu ve bildirim yükümlülüğünün yeterli olup olmayacağı öncelikle değerlendirilir. Valilik, idari gözetim yerine başka usuller belirleyebilir. Bu tedbirler yeterli olmadıkça, idari gözetim uygulanır. (4) İdari gözetim kararı, idari gözetim altına alınma gerekçelerini ve gözetimin süresini içerecek şekilde idari gözetim altına alınan kişiye veya yasal temsilcisine ya da avukatına yazılı olarak tebliğ edilir. İdari gözetim altına alınan kişi bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa kararın sonucu ve itiraz usulleri hakkında kendisi veya yasal temsilcisi bilgilendirilir. (5) Başvuru sahibinin idari gözetim süresi otuz günü geçemez. İdari gözetim altına alınan kişilerin işlemleri en kısa sürede tamamlanır. İdari gözetim, şartları ortadan kalktığı takdirde derhâl sonlandırılır. (6) İdari gözetimin her aşamasında, kararı alan makam tarafından, idari gözetim sonlandırılarak, 71 inci maddede belirtilen yükümlülüklerin veya başka tedbirlerin yerine getirilmesi istenebilir. (7) İdari gözetim altına alınan kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatı, idari gözetime karşı sülh ceza hâkimine başvurabilir. Başvuru idari gözetimi durdurmaz. Dilekçenin idareye verilmesi hâlinde, dilekçe yetkili sülh ceza hâkimine derhâl ulaştırılır. Sülh ceza hâkimi incelemeyi beş gün içinde sonuçlandırır. Sülh ceza hâkiminin kararı kesindir. İdari gözetim altına alınan kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatı, idari gözetim şartlarının ortadan kalktığı veya değiştiği iddiasıyla yeniden sülh ceza hâkimine başvurabilir. (8) İkinci fıkraya uyarınca idari gözetim altına alınan kişi, usul ve esasları yönetmelikle belirlenmek üzere ziyaretçi kabul edebilir. İdari gözetim altına alınan kişiye yasal temsilcisi, avukat, noter ve Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği görevlileriyle görüşme imkânı sağlanır."

10 UNHCR (n 5) 16 vd.

11 Ekşi (n 8) 119.

12 Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast) (Uluslararası Koruma Başvurusu Sahiplerinin Kabulüne Yönelik Asgari Standartlara Dair Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi), [2013] OJ L180/96. Yönerge için bkz. < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0033&from=EN>> accessed 23 April 2019.

C. Sınır Dışı Aşamasında İdari Gözetim

Sınır dışı edilecek yabancılar YUKK m.54¹³ hükmüyle, bu yabancıların idari gözetimine ilişkin esaslar ise YUKK m.57¹⁴ ile düzenlenmiştir.

Bu hüküm düzenlenirken AB müktesebatı dikkate alınmıştır¹⁵. Bu sebeple hüküm, Üye Devletlerde Yasadışı Olarak İkamet Eden Üçüncü Ülke Vatandaşlarının Geri Gönderilmelerine İlişkin Ortak Standartlar ve Usuller Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi (Geri Dönüş Yönergesi/ GDY)¹⁶ ile benzer düzenlemeler içermektedir¹⁷.

13 Madde 54 – (1) Aşağıda sayılan yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınır: a) 5237 sayılı Kanunun 59 uncu maddesi kapsamında sınır dışı edilmesi gerektiği değerlendirilenler b) Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar c) Türkiye'ye giriş, vize ve ikamet izinleri için yapılan işlemlerde gerçek dışı bilgi ve sahte belge kullananlar ç) Türkiye'de bulunduğu süre zarfında geçimini meşru olmayan yollardan sağlayanlar d) Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar e) Vize veya vize muafiyeti süresini on günden fazla aşanlar veya vizesi iptal edilenler f) İkamet izinleri iptal edilenler g) İkamet izni bulunup da süresinin sona ermesinden itibaren kabul edilebilir gerekçesi olmadan ikamet izni süresini on günden fazla ihlal edenler ğ) Çalışma izni olmadan çalıştığı tespit edilenler h) Türkiye'ye yasal giriş veya Türkiye'den yasal çıkış hükümlerini ihlal edenler ı) Hakkında Türkiye'ye giriş yasağı bulunmasına rağmen Türkiye'ye geldiği tespit edilenler i) Uluslararası koruma başvurusu reddedilen, uluslararası korumadan hariçte tutulan, başvurusu kabul edilemez olarak değerlendirilen, başvurusunu geri çeken, başvurusu geri çekilmiş sayılan, uluslararası koruma statüleri sona eren veya iptal edilenlerden haklarında verilen son karardan sonra bu Kanunun diğer hükümlerine göre Türkiye'de kalma hakkı bulunmayanlar j) İkamet izni uzatma başvurusu reddedilenlerden, on gün içinde Türkiye'den çıkış yapmayanlar k) (Ek: 3/10/2016-KHK-676/36 md. ; Aynen kabul: 1/2/2018-7070/31 md.) Uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler. (2) (Değişik: 3/10/2016-KHK-676/36 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7070/31 md.) Bu maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri kapsamında oldukları değerlendirilen uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında uluslararası koruma işlemlerinin her aşamasında sınır dışı etme kararı alınabilir.

14 Madde 57 – (1) 54 üncü madde kapsamındaki yabancılar, kolluk tarafından yakalanmaları hâlinde, haklarında karar verilme üzere derhâl valiliğe bildirilir. Bu kişilerden, sınır dışı etme kararı alınması gerektiği değerlendirilenler hakkında, sınır dışı etme kararı valilik tarafından alınır. Değerlendirme ve karar süresi kırk sekiz saati geçemez. (2) Hakkında sınır dışı etme kararı alınanlardan; 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 oluşturanlar hakkında valilik tarafından idari gözetim kararı alınır. Hakkında idari gözetim kararı alınan yabancılar, yakalamayı yapan kolluk birimince geri gönderme merkezlerine kırk sekiz saat içinde götürülür. (3) Geri gönderme merkezlerindeki idari gözetim süresi altı ayı geçemez. Ancak bu süre, sınır dışı etme işlemlerinin yabancının iş birliği yapmaması veya ülkesiyle ilgili doğru bilgi ya da belgeleri vermemesi nedeniyle tamamlanamaması hâlinde, en fazla altı ay daha uzatılabilir. (4) İdari gözetimin devamında zaruret olup olmadığı, valilik tarafından her ay düzenli olarak değerlendirilir. Gerek görüldüğünde, otuz günlük süre beklenilmez. İdari gözetimin devamında zaruret görülmeyen yabancılar için idari gözetim derhâl sonlandırılır. Bu yabancılarla, belli bir adreste ikamet etme, belirlenecek şekil ve sürelerde bildirimde bulunma gibi idari yükümlülükler getirilebilir. (5) İdari gözetim kararı, idari gözetim süresinin uzatılması ve her ay düzenli olarak yapılan değerlendirmelerin sonuçları, gerekçesiyle birlikte yabancılara veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilir. Aynı zamanda, idari gözetim altına alınan kişi bir avukat tarafından temsil edilmeyorsa, kendisi veya yasal temsilcisi kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında bilgilendirilir. (6) İdari gözetim altına alınan kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatı, idari gözetim kararına karşı sülh ceza hâkimine başvurabilir. Başvuru idari gözetimi durdurmaz. Dilekçenin idareye verilmesi hâlinde, dilekçe yetkili sülh ceza hâkimine derhâl ulaştırılır. Sülh ceza hâkimi incelemeyi beş gün içinde sonuçlandırır. Sülh ceza hâkiminin kararı kesindir. İdari gözetim altına alınan kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatı, idari gözetim şartlarının ortadan kalktığı veya değiştiği iddiasıyla yeniden sülh ceza hâkimine başvurabilir. (7) İdari gözetim işlemine karşı yargı yoluna başvuranlardan, avukatlık ücretlerini karşılama imkânı bulunmayanlara, talepleri hâlinde 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükümlerine göre avukatlık hizmeti sağlanır.

15 Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı* (Beta 2012) 107.

16 Directive 2008/115/EC Of The European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals, [2008] OJ L348/98. Yönergenin 15,16 ve 17.maddeleri idari gözetime ilişkindir. Yönerge için bkz. < <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0098:0107:en:PDF> > accessed 23 April 2019.

17 Esra Dardağan Kibar 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi' (2012) 11 Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi 54, 71.

YUKK m.57 hükmüne göre, yabancı hakkında sınır dışı kararı ile birlikte idari gözetim kararı alınmasını da gerektiren haller, yabancının kaçma ve kaybolma riskinin bulunması, Türkiye'ye giriş veya çıkış kurallarının ihlal edilmesi, sahte yahut asılsız belge kullanılması, kabul edilebilir bir mazeret olmaksızın Türkiye'den çıkılması için verilen sürede ülkeden çıkılmaması ve kamu düzeni, kamu güvenliği yahut kamu sağlığı açısından tehdit oluşturulmasıdır.

Gerek YUKK m.68 hükmü çerçevesinde gerekse YUKK m.57 çerçevesinde idari gözetim altına alınan yabancı, idari gözetim altında tutulmak üzere geri gönderme merkezine götürülecektir. Aşağıdaki bölümde geri gönderme merkezleri anlatılacak ve bu merkezlerde sağlanacak hizmetlere kısaca değinilecektir.

II. Geri Gönderme Merkezleri

A. Genel Bilgi

YUKK öncesi dönemde, idari gözetim altına alınan yabancıların nerede tutulacaklarına yönelik bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu kişiler, yakalamayı yapan birime göre polis ya da jandarma karakollarında tutulmaktaydı¹⁸. Bu konuda bir düzenleme olmayışı ve bu durumun yabancılar için hukuki belirsizliğe sebep olduğu, Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (ECRI)¹⁹ 'nun raporlarında da dile getirilmiştir²⁰.

Bu dönemde konuya ilişkin düzenlemeler, genelgelerle ve yönetmeliklerle yapılmıştır. ECRI'nin dördüncü izleme raporuna cevapta Türk hükümeti, 7.10.2005 tarihli "İçişleri Bakanlığı'nın Sınır dışı Edilecek Yabancılar İçin Misafirhanelerin Kurulması" na ilişkin oluruyla 19.3.2010 tarihli ve 2010/18 sayılı Genelge'nin yayımlandığını ve sınır dışı edilecek yabancıların geri gönderme merkezlerine yerleştirileceklerini belirtmiştir²¹.

Yine aynı dönemde yürürlükte bulunan Mülteci Misafirhaneleri Yönetmeliği ile düzenlenen misafirhaneler ise değişik ülkelerden kaçak veya pasaportla ülkeye gelerek yabancı ülkelere birine gönderilmek veya ülkede kalmak isteği ile iltica hakkı talebinde bulunan yabancı kişilerin, haklarında yapılan işlem sonuçlanıncaya kadar geçecek süre içerisinde barındırıldıkları yerlerdi. Sınır dışı edilecek yabancılar da bu misafirhanelerde gözetim altına alınmaktaydı²².

18 Ekşi (n 8) 13.

19 European Commission against Racism and Intolerance. 1993 yılında kurulan Komisyon ırkçılık, yabancı düşmanlığı, hoşgörüsüzlük gibi konularda Avrupa Konseyi üyesi devletlerin durumlarını değerlendirir ve değerlendirmelere ilişkin çözüm önerilerini sunmaktadır. 4-5 yıllık dönemlerde raporlarını yayımlamaktadır.

20 Üçüncü Türkiye Raporu (Ocak 2003- 24 Haziran 2014) 15.2.2005 (CRI(2005)5), Strazburg, para.43, 15; Dördüncü İzleme Dönemi (Ocak 2008- 10.12.2010),8.2.2011 (CRI(2011)5), para.133-136, 44-45. Raporlar için bkz. < <https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/turkey>> accessed 23 April 2019.

21 Government Comments On The Report On Turkey, 3.12.2010, para. 15-16, 10 < <https://rm.coe.int/government-comments-on-the-fourth-report-on-turkey/16808b5c8d>> accessed 23 April 2019.

22 Nimet Özbek, 'AİHM Kararları Işığında YUKK'nda İdari Gözetimin Uygulandığı Mekânlar Hakkında Ortak Sorunlar' (2015) 118 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 15, 18.

YUKK yürürlüğe girdikten sonra ise önceki dönemde bulunan yasal boşluk doldurulmuş ve geri gönderme merkezleri düzenlenmiştir. YUKK'a göre geri gönderme merkezi, idari gözetim altına alınan yabancıların geçici bir süre için tutulduğu ve bu süre içinde temel insani ihtiyaçlarının karşılandığı merkezdir (YUKKY m.3/1-h). Dolayısıyla bir yabancı ister uluslararası koruma başvurusu prosedürüne ilişkin olarak isterse sınır dışı prosedürüne ilişkin olarak idari gözetim altına alınsın, geri gönderme merkezine götürülecektir (YUKK m.58/1).

Göç İdaresi Genel Müdürlüğü (GİGM)²³'nün yayınladığı verilere göre, 2017 yılı itibariyle 8276 kişi, toplam 18 geri gönderme merkezinde barınmaktadır²⁴. Ayrıca tutulma koşullarının yetersizliği sürekli dile getirilen ve bu sebeple gerek AYM gerekse Avrupa İnsan Hakları mahkemesi (AİHM)²⁵ nezdinde verilen birçok ihlal kararına konu olmuş İstanbul Kumkapı GGM ve Gaziantep ve Kırklareli GGM'leri 2016 yılında kapatılmış, yerine yeni geri gönderme merkezleri açılmıştır. Bununla birlikte, İzmir-Işıkent GGM ve Bursa GGM de mevcut fiziki şartların yetersizliğinden dolayı Temmuz 2017'de kapatılmıştır²⁶.

Bu merkezlerin işletilmesi, devredilmesi, sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altına alınacak yabancıların bu merkezlere nakli gibi hususların, çıkarılacak bir yönetmelikle düzenleneceği de hüküm altına alınmıştır (YUKK m.58/3). Bu hükmün gereğinin yerine getirilmesi amacıyla, Kabul ve Barınma Merkezleri İle Geri Gönderme Merkezlerinin Kurulması, Yönetimi, İşletilmesi, İşlettirilmesi ve Denetimi Hakkında Yönetmelik (GGM Yönetmeliği)²⁷ çıkarılmıştır. GGM Yönetmeliği'ne dayalı olarak da Geri Gönderme Merkezleri Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönerge (GGM Yönergesi) çıkarılmıştır.

Bu genel açıklamalardan sonra, aşağıdaki başlıkta, geri gönderme merkezlerinde sağlanan hizmetlerden kısaca bahsedilecektir.

23 İçişleri Bakanlığı'na bağlı Genel Müdürlük YUKK m.103 hükmü ile "göç alanına ilişkin politika ve stratejileri uygulamak, bu konularla ilgili kurum ve kuruluşlar arasında koordinasyonu sağlamak, yabancıların Türkiye'ye giriş ve Türkiye'de kalışları, Türkiye'den çıkışları ve sınır dışı edilmeleri, uluslararası koruma, geçici koruma ve insan ticareti mağdurlarının korunmasıyla ilgili iş ve işlemleri yürütmek üzere" kurulmuştur.

24 GİGM, 'İdari Faaliyet Raporu 2017' (2018) <http://www.goc.gov.tr/files/files/Goc_idaresi_2017_.pdf>. accessed 18 June 2019.

25 European Court of Human Rights. Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hakların ihlallerine ilişkin denetim yapmak üzere 1959 yılında kurulmuştur.

26 Dış İşleri Bakanlığı'nın 321 No'lu, "17 Ekim 2017, Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi'nin 16-23 Haziran 2015 Tarihlerinde Ülkemizi Ad Hoc Ziyaretine Dair Raporun Yayınlanması Hk." adlı açıklaması < http://www.mfa.gov.tr/no_-321_-avrupa-iskencenin-onlenmesi-komitesinin-16-23-haziran-2015-tarihlerinde-ulkemizi-adhoc-ziyaretine-dair-raporun-yayinlanmasi-hk.tr.mfa> accessed 23 April 2019.

27 RG 22.4.2014/28980.

B. Geri Gönderme Merkezlerinde Sağlanacak Hizmetler

1. Genel Bilgi. Geri gönderme merkezinde sağlanacak hizmetler YUKK m.59²⁸ ve GGM Yönetmeliği m.14²⁹ hükümleriyle düzenlenmiştir. Bu hizmetler sağlanırken GGM Yönetmeliği m.4 hükmünde³⁰ sayılan esaslar gözetilecektir.

Yabancıların geri gönderme merkezlerindeki tutulma koşullarının, sağlanacak hizmetlerin kalitesinin sadece YUKK'a yahut GGM Yönetmeliği'ne uygun olması yeterli değildir. Bu merkezlerde sağlanacak hizmetlerin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (AY)³¹ m.17, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)³² m.3, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MSHS)³³ m.7 hükümlerine de uygun olması gerekmektedir. Zira burada sağlanacak hizmetler, "aşağılayıcı muamele yasağı" kapsamında incelenmektedir.

Ayrıca gerek AYM gerekse AİHM bu merkezlerdeki tutulma koşullarının CPT³⁴ Standartları³⁵'na uygunluğunu da denetlemektedir. Dolayısıyla, burada sağlanacak hizmetler, hizmetin kalitesi, merkezlerin fiziki durumu gibi hususların CPT Standartlarına da uygun olması gerekmektedir.

Bunun yanında, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 9 Aralık 1988 tarihli ve 43/173 sayılı Kararıyla kabul edilmiş olan "Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler (BM Prensipleri)" ve BMMYK Yürütme Komitesi'nin Mültecilerin ve Sığınmacıların Alıkonulmasına ilişkin 44

- 28 Madde 59/1: Geri gönderme merkezlerinde; a) Yabancı tarafından bedeli karşılanamayan acil ve temel sağlık hizmetleri ücretsiz verilir, b) Yabancıya; yakınlarına, notere, yasal temsilciye ve avukata erişme ve bunlarla görüşme yapabilmek, ayrıca telefon hizmetlerine erişme imkânı sağlanır, c) Yabancıya; ziyaretçileri, vatandaşı olduğu ülke konsolosluk yetkilisi, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği görevlisiyle görüşebilme imkânı sağlanır, ç) Çocukların yüksek yararları gözetilir, aileler ve refakatsiz çocuklar ayrı yerlerde barındırılır, d) Çocukların eğitim ve öğretimden yararlandırılmaları hususunda, Millî Eğitim Bakanlığınca gerekli tedbirler alınır. (2) Göç alanında uzmanlığı bulunan ilgili sivil toplum kuruluşu temsilcileri, Genel Müdürlüğün izniyle geri gönderme merkezlerini ziyaret edebilirler.
- 29 Madde 14/1: Merkezlerde verilecek hizmetler şunlardır: a) Barınma ve beslenme. b) İç ve dış güvenlik. c) Yabancı tarafından bedeli karşılanamayan acil ve temel sağlık hizmetleri. ç) Psikolojik ve sosyal destek faaliyetleri. d) Özel ihtiyaç sahiplerine uygun alanların tahsis edilmesi. e) Barınanların kıymetli eşyalarının emanete alınması. f) Merkezler arası nakil ve sınır dışı nakil işlemleri. g) Genel Müdürlükçe uygun görülen diğer hizmetler. (2) Birinci fıkrada belirtilen hizmetlerin sağlanması ile buna ilişkin standartlar Genel Müdürlük tarafından belirlenir.
- 30 Madde 4/1: Merkezlerin kurulması, işletilmesi ve işlettilmesinde ve bu Yönetmelik kapsamında verilecek hizmetlerin yerine getirilmesinde aşağıdaki usul ve esaslara göre hareket edilir: a) Yaşam hakkının korunması. b) İnsan odaklı yaklaşım. c) Refakatsiz çocuğun yüksek yararının gözetilmesi. ç) Özel ihtiyaç sahiplerine öncelik tanınması. d) Kişisel bilgilerin gizli tutulması. e) Yapılacak işlemlerde ilgililerin bilgilendirilmesi. f) Barınanların sosyal ve psikolojik açıdan güçlendirilmesi. g) Barınanların inanç ve ibadet özgürlüklerine saygı gösterilmesi. ğ) Barınanlara dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin hizmet verilmesi.
- 31 Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 7.11.1982, RG 18.10.1982/17863 (Mükerrer).
- 32 RG 19.3.1954/8662.
- 33 RG 21.7.2003/25715. Türkiye Sözleşmeyi, "Sözleşme'nin hükümlerinin yalnızca Türkiye'nin diplomatik ilişkisi bulunan taraf devletlere karşı uygulanacağını" şeklinde bir beyanla kabul etmiştir.
- 34 Avrupa İşkencenin ve İnsanlık dışı veya Onur kırıcı Ceza veya Muamelelerin Önlenmesi Komitesi. European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT). İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelelerin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi'ne taraf olan Devletler Komite'ye üyedir. Komite, Sözleşme'ye üye devletlere ziyarette bulunarak rapor hazırlar. Sözleşme'nin ihlallerini inceleyen bir yargı organı vasfını haiz değildir.
- 35 CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2010 < <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4d78827e2>> accessed 23 April 2019.

Nolu Kararı (BMMYK 44 Nolu Karar) ve BM Genel Kurulu'nun 45/113 Nolu ve 14.12.1990 tarihli kararı ile kabul edilmiş Özgürlüğünden Yoksun Bırakılan Çocukların Korunmasına İlişkin Kurallar (Havana Kuralları) da sağlanacak hizmetler konusunda dikkate alınması gereken ilkeleri ihtiva etmektedir. Bu sebeple bu belgeler de geri gönderme merkezlerinde sağlanan hizmetler bakımından göz önünde bulundurulmalıdır³⁶.

2. Barınma ve Beslenme Hizmetleri. GGM'de sağlanacak hizmetlerden ilki kuşkusuz barınma ve beslenme hizmetidir. Bu hizmet kapsamında, yabancıya düşen alanın 3 m²'den az olmaması, barınana açık havaya çıkma izni verilmesi, barınanların mahremiyetine mümkün olduğunca önem verilmesi, merkezlerdeki hijyenin sağlanması, verilen yemeklerin ortalama kalori ihtiyacını karşılayacak kalitede olması gerekmektedir. GGM Yönergesi'nde bu hizmetler m.38, m.39, m.41 ve m.44 hükümlerinde düzenlenmiştir.

3. Sağlık Hizmetleri. Geri gönderme merkezinde geçirilecek sürenin on iki ayı bulabileceği gerçeği göz önünde bulundurulduğunda, barınanların nitelikli sağlık hizmetlerinden yararlandırılmalarının önemi daha iyi anlaşılmaktadır³⁷. GGM Yönetmeliği incelendiğinde, geri gönderme merkezlerinde, yabancı tarafından bedeli karşılanamayan acil ve temel sağlık hizmetleri verileceğinin düzenlendiği görülmektedir.

GGM Yönergesi m.40 hükmüne göre, her yabancı için hem merkeze kabulde hem de merkezden çıkışta hekim raporu düzenlenecektir. Yabancıların kronik hastalığının bulunması, sürekli kullanması gereken bir ilacının bulunması durumunda bunlar da kayıt altına alınacak ve yabancıya, gereken kolaylık sağlanacaktır. İlaçların temini il müdürlüğünce sağlanacaktır. Yönergeye göre, merkezde devamlı doktor ve sağlık personelinin bulunması esas olsa da, bunun mümkün olmaması halinde, Valilik tarafından belirli periyotlarla doktor görevlendirilecektir. Barınanların hastalanması durumunda, merkezde doktor bulunmuyorsa, barınan, devlet hastanesine götürülecektir.

Ayrıca Yönerge, merkezde bir psikolog, bir sosyolog ve bir sosyal çalışmacı bulunacağını, psikoloğun ruhsal problemi olduğu düşünülen barınanlarla görüşme yapacağını ve barınanın hastaneye sevk edilebilmesi için psikolojik değerlendirme raporu hazırlayacağını, hakkında psikolojik desteğe ihtiyacı olduğunu değerlendirdiği barınana gerekli desteği vereceğini ve durumdan merkez müdürünü haberdar edeceğini düzenlemektedir (m.7). Aynı maddeye göre, sosyal çalışmacı ise refakatsiz çocukların, LGBT bireylerinin yaşam koşulları ve uyum süreciyle ilgili çalışma yapacaktır.

³⁶ Özbek (n 23) 21.

³⁷ Bahar Konuk Sommer and Bengü Kavlak, 'Mültecilerin Sağlık Hakkının Uluslararası Belgeler ve Türk Hukukundaki Düzenlemeler Işığında Değerlendirilmesi' (2017) 15 Legal Hukuk Dergisi 4281, 4304.

4. Haberleşme ve Ziyaret. YUKK'a göre geri gönderme merkezlerindeki yabancıların yakınlarına, notere, yasal temsilciye ve avukata erişme ve bunlarla görüşme yapabilme, ayrıca telefon hizmetlerine erişme ve ziyaretçileriyle, vatandaş olduğu ülke konsolosluk yetkilisiyle ve BMMYK görevlisiyle görüşebilme imkânı sağlanır (YUKK m.59/1-b,c).

Yönerge, barınma merkezlerine, merkezin kapasitesine uygun sayıda ankesörlü telefon konulacağını ve güvenlik endişesi haricinde bu telefonların kullanım dışı bırakılmayacağını düzenlemiştir (m.49).

Yönerge'nin 51.maddesi, barınanın ziyaretçileri ile ilgili düzenlemeler içermektedir. Hükme göre barınan, eşi, vasisi, üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile merkezde görüşmeler için ayrılmış odada görüşebilir.

Ziyarete giderken ve ziyaretten dönüşte makul şüphenin varlığı halinde genel kolluğun denetim ve gözetiminde özel güvenlik görevlilerince barınanın üst ve eşya araması yapılabilir. Bu arama esnasında, kişinin onurunu incitecek ve aramanın amacıyla bağdaşmayan tutum ve davranışlardan kaçınılacaktır (m.51/7).

Ziyaretçilerin, barınanların sağlığı ve güvenliği için tehdit teşkil edecek eşyalarla ve iletişim araçlarıyla merkeze girmesi yasaktır (m.51/4). Bu eşyalar, girişte emanete alınacaktır. Ayrıca ziyaretçinin doğrudan barınana eşya ve para vermesi yasaktır. Para ve eşya tutanak ile teslim alınır ve barınanın isteği, merkez müdürünün ihtiyaç ile orantılı olarak uygun görmesi durumunda barınana verilir (m.51/6).

5. Avukat, Noter ve Diğer Yetkililerle Görüşme İmkânı. YUKK düzenlemesine baktığımızda, m.57/7 hükmü idari gözetim kararına karşı itiraz etmek isteyen yabancıların avukat tutacak maddi imkâna sahip olmaması halinde kendisine hukuki yardımın sağlanacağını; m.81 ise uluslararası koruma statüsü yahut başvuru sahibi kişilerden maddi imkânı bulunmayanlara hukuki yardım sağlanacağını düzenlemiştir. Ayrıca gözetim altında tutulan kimselerin, yasal temsilcisi, avukatı, noter, konsolosluk yetkilisi ve BMMYK yetkilisi ile görüşebileceği hüküm altına alınmıştır (YUKK m.59/1-b,c). GGM Yönetmeliği'nde ise konuya ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

GGM Yönergesi'nde ise bu husus m.52 hükmüyle düzenlenmiştir. Yönerge'nin 52.maddesine göre barınan, mesai saatleri içinde, konuşulanların duyulmayacağı ve fakat güvenlik sebebiyle görülebilecekleri bir yerde avukatıyla görüşebilecekler (m.52/1-a). Avukatların savunmaya ilişkin belgeleri, dosyaları ve müvekkilleri ile yaptıkları konuşmalar incelemeye tâbi tutulamayacaktır (m.52/1-b). Avukat, idarenin iş ve işlemlerini aksatmamak kaydıyla, gizlilik niteliği olmayan belgeleri inceleyebilecektir(m.52/1-c). Vekâlet sunmaları halinde ise bu belgelerden örnek alabileceklerdir (m.52/1-d). Yabancı, vekâlet sunamayan avukatı ile ancak üç kez görüşebilecektir.

6. Güvenlik Hizmetleri. Yönerge'ye göre merkezin dış güvenliği genel kolluk iç güvenliği ise özel güvenlik görevlileri tarafından sağlanacaktır (m.55). Merkezde meydana gelen olaylara ilk müdahale özel güvenlik görevlileri tarafından yapılacaktır. Vardiyada olay gerçekleşmesi halinde, bu olay tutanak altına alınacak ve vardiya değişim defterine işlenecektir (m.56). Ayrıca merkez, barınanların odaları hariç, yirmi dört saat boyunca güvenlik kameraları ile izlenecektir.

Yönerge'de, firar girişimlerini engellemek adına, sabah ve akşam sayım yapılacağı ve bu sayımlar sırasında kapı, pencere gibi odanın muhtelif yerlerinin kontrol edileceği düzenlenmiştir (m.58). Bunun yanında en geç bir aylık oda ve eklentilerde periyodik arama yapılacağı, her ayın son haftası da barınanların üstleri, eşyaları ve odaları başta olmak üzere merkezde detaylı arama yapılacağı düzenlenmiştir (m.59).

Ayrıca merkezde çıkabilecek büyük kavga, doğal afet yahut yangın gibi olaylara yönelik müdahale planı hazırlanması ve bu planın altı ayda bir kontrol edilerek güncel tutulması öngörülmüştür (m.60).

GGM'de sağlanan başlıca hizmetler bunlardır. Bu hizmetlerin yerine getirilmesinden, dolayısıyla GGM'lerin fiziki koşullarından dolayı bir zarar meydana geldiğinde, bu zararların tazminine ilişkin öngörülen başvuru yollarının incelenmesi gerekmektedir. Aşağıdaki bölümde bu başvuru yolları, YUKK öncesi dönem de dikkate alınarak, ayrıntılı biçimde incelenecektir.

III. Geri Gönderme Merkezlerindeki Fiziki Koşulların Denetime Yönelik Öngörülen Başvuru Yolları

A. Genel Bilgi

İdari gözetimde keyfililiğin önüne geçilmesi için öngörülecek güvenceler, sadece gözetimin hukukiliğinin denetlenmesine yönelik değil aynı zamanda tutulma koşullarının denetlenmesine de yönelik olmalıdır. Bu hususa CPT tarafından da dikkat çekilmiş ve CPT, gözetim yerlerinin bağımsız kuruluşlar tarafından denetlenmesine müsaade edilmesi ve kişinin tutulma koşullarına karşı başvurabileceği şikâyet mekanizmalarının öngörülmesi gerektiğini belirtmiştir³⁸.

AİHM de Sözleşme'den doğan hak ve özgürlüklerden yararlanılmasını sağlamak amacıyla, AİHS m.13 gereği, bu hak ve özgürlüklerin ihlali halinde başvurulabilecek ve ihlalden kaynaklanan zararın tazminine karar verebilecek bir iç hukuk yolu öngörülmesi gerektiğini belirtmektedir³⁹. Ayrıca öngörülecek hukuk yolu, m.3 hükmünün ihlaline ilişkin iddiaları inceleyeceğinden, ihlali önleyecek yetkiyi de kendisinde bulundurmalıdır⁴⁰.

38 CPT, Immigration Detention Fact Sheet (CPT/Inf(2017)3) (2017) 7.

39 Osman Doğru and Atilla Nalbant, *İnsan Haklar Avrupa Sözleşmesi Açıklamalar ve Önemli Kararlar (IHAS 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, Ek Protokol 1-1, 1-2, 1-3 Maddeler)*, Vol. II (Şen Matbaa 2012) 566.

40 Ananyev and Others v Russia App no 42525/07 (ECHR, 10 January 2012), para.96.

AİHM'e göre, etkili iç hukuk yolunun varlığına dair inceleme yapılması için aşağılayıcı muamele yasağının ihlal edilmiş olması da gerekmez. Mahkeme, m.3 hükmüne yönelik ihlale hükmetmese bile, ihlal olması halinde, başvurulacak bir tazminat yolu öngörülmemişse m.13 hükmünün ihlal edildiğine karar verebilir⁴¹.

AİHM, tutma koşullarını, büyük ölçüde, AİHS m.3 nezdinde düzenlenen "aşağılayıcı muamele yasağı" çerçevesinde ve koşulları olduğu müddetçe m.8 nezdinde düzenlenen "aile hayatına saygı ve özel hayata saygı hakları" çerçevesinde değerlendirmektedir. AİHM'in tutma koşullarını m.3 kapsamında değerlendirmesinin nedeni, devletin özgürlüğünden yoksun bıraktığı kişinin beden ve ruh sağlığından sorumlu olmasıdır⁴².

Barınma, beslenme ve sağlık hizmetlerine ilişkin uygulamalar, aşağılayıcı muamele yasağının ve mahremiyeti ihlal ettiği ölçüde, özel hayata saygı hakkının ihlaline sebep olabilmektedir. Haberleşme ve ziyarete ilişkin uygulamalar da AİHS m.8 kapsamında düzenlenen aile hayatına saygı hakkının ihlali sonucunu doğurabilmektedir. Ayrıca güvenlik hizmetleri de, kişinin dış dünyayla bağlantısını kestiği ve tecrit uygulamasına dönüştüğü ölçüde, aşağılayıcı muamele yasağını ve aile hayatına saygı hakkını ihlal edebilecektir.

AYM içtihatlarına baktığımızda, uygulamanın AİHM uygulaması ile paralel gittiğini görmekteyiz. AYM de, aşağıda incelenecek kararlarda görüleceği üzere, AİHM ile aynı gerekçelere dayanarak tutma koşullarına yönelik bir iç hukuk yolu öngörülmesi gerektiğini ve bu yolun hem ihlali önlemeye hem de ihlalden doğan zararının tazminini gidermeye uygun bir yol olması gerektiğini belirtmekte ve AİHS m.13'ün karşılığı sayılabilecek AY m.40 hükmü çerçevesinde değerlendirme yapmaktadır. Ayrıca AYM de, m.40'ın ihlaline karar vermek için m.17'nin ihlal edilmesini şart koşmamaktadır⁴³.

AYM önüne gelen başvurularda, insanlıkla bağdaşmayan muamele yasağının düzenlendiği AY m.17, özel hayatın gizliliği esasının düzenlendiği AY m.20 ve aile hayatının korunmasına ilişkin düzenleme içeren AY m.41 hükümlerinin ihlaline ilişkin iddiaların gündeme getirildiği görülmektedir. Fakat AYM, başvuruolarının olaya ilişkin nitelendirmesiyle bağlı olmadığını belirterek, kendi takdir ettiği maddeler çerçevesinde değerlendirme yapmaktadır. Bu maddeler ise m.17 ve m.40 hükümleridir.

41 Doğru and Nalbant (n 40) 567.

42 Osman Doğru and Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklamalar ve Önemli Kararlar (IHAS 2, 3, 4, 5, 6 ve 7. Maddeler)*, Vol. I (Şen Matbaa 2012) 160.

43 bkz. Anayasa Mahkemesi, 2014/15824, 22.9.2016, para.94-100. AYM, Yalova Emniyet Müdürlüğü Nezarethanesindeki tutuma koşullarının kötü olmasından ötürü AY m.17 hükmünün ihlal edildiğini iddia eden I.S.'nin iddialarını somut açıklamalara dayanmadığı gerekçesiyle reddetmiş olmasına rağmen AY m.17 hükmüne ilişkin etkili bir iç hukuk yolu olmadığı ve bu sebeple AY m.40 hükmünün ihlal edildiği iddiasını değerlendirmiş ve AY m.40 hükmünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

Bu genel açıklamalardan sonra aşağıdaki başlıklarda YUKK öncesi dönemde ve YUKK sonrası dönemde düzenlenen başvuru yolları incelenecektir.

B. YUKK Öncesi Dönem

YUKK öncesi dönemde, tutma koşullarına yönelik bir hukuk yolu öngörülmuş değildi. Bu sebeple Türkiye, AIHM tarafından defalarca tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir. Belirtmek gerekir ki çalışmanın yapıldığı tarihte, AIHM tarafından verilmiş olan tüm ihlal kararları YUKK öncesi döneme ilişkindir.

AIHM önüne gelen Türkiye'ye ilişkin uyuşmazlıklarda, idari gözetimdeki tutma koşullarına ilişkin tazminat taleplerine yönelik bir iç hukuk yolu bulunmaması sebebiyle, m.3 ile birlikte m.13 hükmünün ihlaline hükmedilen ilk karar Yarashonen-Türkiye⁴⁴ kararıdır.

Kumkapı GGM'de tutulan Zalim Yarashonen, tutulma şartlarına yönelik başvurulabilecek etkili bir hukuk yolu olmadığını belirtmiş, Türk Hükümeti ise bu iddiaya karşı AY m.36 ve AY m.125⁴⁵ hükümleri gereğince, İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK)⁴⁶ m.2/1-b'de düzenlenen yargı yoluna başvurulabileceğini belirtmiş ve iç hukuk yollarının tüketilmemesi sebebiyle başvurunun reddedilmesini talep etmiştir⁴⁷.

AIHM, aşağılayıcı muamele söz konusu olduğundan, öngörülen yolun zararı tazmin etmenin yanında ihlali önleyici niteliğinin de olması gerektiğini belirtmiştir. Aksi durumda, sadece ihlal tamamlandıktan sonra zarar tazmin edilecek böylece aşağılayıcı muamele yasallaşmış olacaktır⁴⁸. Mahkeme, Hükümetin, önerdiği bu yolun hem aşağılayıcı muameleyi önleyici hem de muamele sonucunda oluşan zararı tazmin edici nitelikte olduğunu, konuya ilişkin verilen yargı kararlarıyla kanıtlanmasını gerektiğini ve fakat bu iddiasını kanıtlayacak kararlar sunmadığını belirtmiştir. Bu sebeple, AIHS m.3 kapsamında tutulma koşullarına yönelik etkili bir iç hukuk yolu olmadığından m.13 hükmünün ihlaline karar vermiştir⁴⁹.

44 *Yarashonen v Turkey* App no 72710/11 (ECHR, 24 December 2014).

45 Madde 125: (1) İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır... (son fıkrada) İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.

46 Kanun Numarası: 2577, Kabul Tarihi: 6.1.1982, RG 20.1.1982/17580.

47 *Yarashonen v Turkey*, para.52.

48 ibid para.61.

49 ibid para. 66.

Daha sonra AİHM, sırasıyla Aliev-Türkiye⁵⁰, Musaev- Türkiye⁵¹, T.A., A.- Türkiye⁵², S.A.- Türkiye⁵³, Alimov- Türkiye⁵⁴, Amerkhanov- Türkiye⁵⁵ ve Batyrkhairov- Türkiye⁵⁶ kararlarında Yarashonen Kararında ulaştığı sonuçtan farklı bir sonuca ulaşmasını gerektirecek yeni bulgular olmaması sebebiyle tutulma koşulları bağlamında m.13 hükmünün ihlaline hükmetmiştir.

YUKK öncesi döneme ilişkin olarak, AYM önüne gelen, tutulma koşulları ve buna yönelik etkili iç hukuk yolunun bulunmadığı iddiasına dair ilk başvuru ise Rıza Boudraa Başvurusudur⁵⁷. Rıza Boudraa, başvurusunda, altmış sekiz gün boyunca tutulduğu Yalova Emniyet Müdürlüğü Yabancılar Şube Müdürlüğü Nezarethanesindeki tutulma koşullarına yönelik bir iç hukuk yolu bulunmadığını belirterek AY m.17 çerçevesinde AY m.40 hükmünün ihlal edildiğini iddia etmiştir⁵⁸. Mahkeme ise incelemeyi sadece AY m.17 çerçevesinde yapmış, m.40 bağlamında etkili iç hukuk yollarının varlığını değerlendirmemiştir⁵⁹.

AYM'nin bu konuda karar verdiği ikinci başvuru ise F.A. ve M.A. Başvurusudur⁶⁰. Başvurucular Kumkapı GGM'de tutuldukları süre boyunca içinde buldukları koşullara yönelik başvurabilecekleri bir iç hukuk yolunun bulunmadığını iddia etmişlerdir⁶¹. Bakanlık AİHM başvurularında olduğu gibi AYM başvurusunda da, kişilerin AY m.125 gereği idari yargı yoluna başvurabileceklerini, bu sebeple, iç hukuk yollarını tüketmediklerinden başvurunun reddedilmesi gerektiğini savunmuştur.

AYM, bu başvuruyla ilk defa, AY m.17 hükmü ile ilişkili olarak AY m.40'a yönelik değerlendirme yapmıştır. AYM bu kararında, insanlık haysiyetiyle bağdaşmayan muamele söz konusu olduğunda öngörülmesi gereken yolun özelliklerine ilişkin olarak AİHM'in Yarashonen Kararında belirttiği ilkeleri aynen kabul etmiştir. Yani

50 *Aliev v Turkey* App no 30518/11 (ECHR, 21 October 2014). para.92.

51 *Musaev v Turkey* App no 72754/11 (ECHR, 21 October 2014). para.54-55.

52 *T.A., A. v Turkey* App no 47146/11 (ECHR, 21 October 2014). para.86.

53 *S.A. v Turkey* App no 74535/10 (ECHR, 15 December 2015). para.42.

54 *Alimov v Turkey* App no 14344/13 (ECHR, 6 September 2016). para.66.

55 *Amerkhanov v Turkey* App no 16026/12 (ECHR, 5 June 2018). para.83.

56 *Batyrkhairov v Turkey* App no 69929/12 (ECHR, 5 June 2018). para.78

57 Anayasa Mahkemesi, 2013/9673, 21.1.2015.

58 ibid para.33.

59 Belirtmek gerekir ki başvuran, kaldığı yerin havasız, gürültülü, doğrudan gün ışığı almayan, sigara içilen bir mekân olduğunu; açık havaya çıkartılmadığını, astım hastalığının kötüleştiğini, sağlıklı tedavi hizmetinin sunulmadığını iddia etse de AYM, başvurana gerekli tıbbi bakımın yapıldığını dolayısıyla fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması gerekliliğine uygun hareket edildiğini bu sebeple başvuranın içinde bulunduğu durumun insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele olarak nitelendirilmesi için gereken asgari ağırlık eşliğine ulaşmadığını belirterek başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir (para.63-64). Bunun üzerine Rıza Boudraa AİHM'e başvurmuş ve fakat etkili iç hukuk yollarının bulunmadığına ilişkin iddiasını AİHM önünde yinelenmemiştir. Bu sebeple AİHM sadece AİHS m.3 çerçevesinde bir değerlendirme yapmış ve AYM'nin sadece tıbbi uygulama bakımından değerlendirme yaptığını oysa başvurunun belirtiği diğer hususlarda haklı olduğunu değerlendirmiş ve AİHS m.3'ün ihlal edildiğine hükmetmiştir Boudraa v Turkey App no 1009/16 (ECHR, 28 November 2017), para.35.).

60 Anayasa Mahkemesi, 2013/655, 20.1.2016.

61 ibid para.39-40.

öngörülecek yol, tutulmaya ilişkin zararın tazminini mümkün kılmakla beraber, tutulma koşullarına ilişkin ihlali önleyebilecek nitelikte olmalıdır⁶².

AYM bu değerlendirmeye dayanarak, Bakanlığın bu özelliklere sahip somut bir yargı yoluna atıf yapmadığını, atıf yaptığı AY m.125 hükmünde belirtilen yolun m.17 kapsamında düzenlenen hakka yönelik ihlalleri önleyici yahut ihlalden kaynaklı zararın tazmin edici nitelikte bir yol olduğunu gösteren herhangi bir karar da sunmadığını belirtmiş ve etkili bir iç hukuk yolu bulunmadığını bu sebeple de AY m.40 hükmünün ihlal edildiğini hüküm altına almıştır⁶³.

AYM, daha sonra verdiği kararlarında da aynı gerekçeyle m.40 hükmünün ihlal edildiğine hükmetmiştir⁶⁴.

C. YUKK Sonrası Dönem

YUKK öncesi dönemde AİHM tarafından verilen kararlar, yasa koyucuyu idari gözetim uygulaması için kanuni düzenlemeler yapmaya yöneltmişse de aynı etki, tutulma koşullarına yönelik yargı yolu öngörülmesi hususunda görülmemektedir.

YUKK'da idari gözetim altına alınacak kişilerin geri gönderme merkezlerine götürüleceği ve bu merkezde sağlanacak hizmetler düzenlenmiş olsa da; merkezlerdeki tutulma koşullarına yönelik bir iç hukuk yolu düzenlenmemiştir. Dolayısıyla, YUKK'un yürürlüğe girmesi, tek başına, önceki dönemde mevcut olan duruma etki etmemiştir.

YUKK'un yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde, tutulma koşullarına ve koşulların denetimine ilişkin AYM'nin karara bağladığı ilk başvuru, K.A. başvurusudur⁶⁵. Başvurucu, Kumkapı GGM'de tutulma koşullarının çok kötü olduğunu, kalması için tahsis edilen odada uyuşturucu bağımlılarının olduğunu ve bu sebeple burada değil, on iki kişiyle beraber televizyon odasında yere sünger sererek yattığını, kaldığı süre boyunca intihar eden, ağızlarını diken kimselerin olduğunu, doktora götürülmediklerini, polisin belli aralıklarla ilaç dağıttığını, ilk başlarda açık havaya çıkarılsa da son zamanlarda hiçbir surette açık havaya çıkarılmadığını, yaşadığı bu koşulların insan onuruyla bağdaşmadığını ve ayrıca bu koşulların iyileştirilmesine yahut koşullardan kaynaklanan zararının tazminine yönelik bir iç hukuk yolu da bulunmadığını belirterek AY m.17 ve m.40 hükümlerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir⁶⁶.

62 ibid para.59.

63 (n 61) para.62,68.

64 Anayasa Mahkemesi, 2013/1649, 20.1.2016, para.56,62; Anayasa Mahkemesi, 2014/2841, 9.6.2016, para.49-50; Anayasa Mahkemesi, 2013/8810, 18.2.2016, para.47.

65 Anayasa Mahkemesi, 2014/13044, 11.11.2015. MHM, Acil Bir İhtiyaç: Türkiye'de İdari Gözetim Altına Alınan Yabancıların Ahkonulma Koşullarının Denetimi Görüş Notu (2017) 5 < <https://www.mhd.org.tr/images/yayinlar/MHM-44.pdf>> accessed 23 April 2019.

66 Anayasa Mahkemesi, 2014/13044, 11.11.2015, para.47.

AYM, kişi başına düşen alanın AİHM içtihatlarıyla öngörülen 3 m²'nin altında olmasının ve başvuranın açık havaya çıkarılmamasının tek başına insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele teşkil edeceğini ve bu nedenle diğer iddiaların incelenmesine gerek olmadığını belirterek m.17 hükmünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

Başvurucunun iç hukuk yolu bulunmadığı iddiasına ilişkin olarak Bakanlık, AİHM kararlarıyla uyumlu yeni bir düzenleme yapıldığını ve geri gönderme merkezlerinin YUKK ile düzenlendiğini, başvurucunun gerekli idari makamlara başvuru yapmadığını belirtmiştir. AYM bu iddiaya ilişkin olarak, YUKK m.57 hükmünde sadece sulh ceza hâkimliğine başvuru yolunun öngörüldüğünü ve bu yolun AY m.17/3 hükmüne uygun olarak tutulma koşullarını denetleyecek, gerektiğinde koşulların düzeltilmesine ya da tutmanın sonlandırılmasına karar verecek ve nihayetinde ihlalden doğan bir zarar olması durumunda bu zararı giderecek nitelikte bir yol olmadığını belirtmiştir.

AYM ayrıca, YUKK'ta öngörülen ve idari gözetimin devamına ilişkin olarak Valilik tarafından aylık periyotlarda yapılan denetimlerin ve sulh ceza hâkimliklerine yapılan başvuruların genelde olumsuz sonuçlanmasından dolayı bu yolların pratikte uygulanmadığı iddiasını gerçekçi bulmuştur⁶⁷. Bu sebeplerden dolayı da, AY m.17 hükmünün ihlal edildiği iddiasına yönelik olarak teoride ve pratikte etkili bir iç hukuk yolu bulunmadığını ve m.40 hükmünün ihlal edildiğini karara bağlamıştır.

AYM, K.A. başvurusuna ilişkin kararıyla YUKK'un tutulma koşullarının denetimine ilişkin bir hukuk yolu öngörmediğini ilk kez hüküm altına almıştır. B.T. Başvurusunun⁶⁸ karara bağlandığı tarihe kadar olan dönemde ise aynı gerekçelere dayanarak içtihadını sürdürmüştür⁶⁹.

AYM B.T. başvurusu ile tutulmanın maddi koşullarına ilişkin etkili bir iç hukuk yolu bulunmadığına ilişkin içtihadını değiştirmiştir. Başvuruya konu olayda, B.T., Kumkapı GGM'de tutulduğu süre boyunca merkezde kalan kişi sayısının zaman zaman 500 kişiyi bulduğunu, sağlık ve temizlik koşullarının oldukça kötü olduğunu, bulaşıcı hastalık taşıyan insanlarla bir arada kalmak zorunda olduğunu, haftada sadece on dakika açık havaya çıkabildiğini, bu koşullardan ötürü ruhsal dengesinin bozulduğunu ayrıca koşullara ilişkin başvurabileceği etkili bir iç hukuk yolunun da bulunmadığını belirtmiş AY m.17 ve m.40 hükümlerinin ihlaline karar verilmesini talep etmiştir⁷⁰.

AYM kararında, tutuldukları yerden salıverilen kişiler için ihlal sona erdiğinden etkili hukuk mekanizmasının tazminat yolu olduğunu belirtmiştir⁷¹. Mahkeme'ye

67 (n 67) para.77-78.

68 Anayasa Mahkemesi, 2014/15769, 30.11.2017.

69 (n 44) para.94-95.

70 (n 69) para.40.

71 ibid para.49.

göre, yapılan başvurularda, kişilerin tutulduklarının tespit edildiği nezarethaneler ve geri gönderme merkezlerinin denetimi, burada sağlanan hizmetler İçişleri Bakanlığı'nın sorumluluğundadır ve bu işleme dayanak idari gözetim kararı idari bir karardır⁷².

İYUK m.2/1-b hükmünde öngörülen tam yargı davasıyla, idarenin işlemlerinden doğan zararın tazmin edilmesi mümkündür. Mahkeme ayrıca, tutulma koşullarını inceleme bakımından idare mahkemelerinin AYM'ye göre avantajlı konumda olduğunu, idare mahkemesinin bilirkişi, keşif gibi delillerle koşulların değerlendirmesini daha iyi şekilde yapabileceğini ve bu durumun, gözetim altında tutulan kişinin lehine olacağını belirtmiştir⁷³.

Mahkeme bu bulgulara dayanarak, tam yargı davası başvuru yolunun tutulma koşullarından doğan zararların tazminini gidermek açısından başarı şansı sunan bir hukuk yolu olduğunu, bu yol tüketilmeden AMY'ye bireysel başvuru yapılmasının bireysel başvuru yolunun ikincil niteliğiyle bağdaşmayacağını belirtmiş başvurunun "*başvuru yollarının tüketilmemesi sebebiyle*" kabul edilemez olduğuna karar vermiştir⁷⁴.

Mahkeme üyelerinden Serruh Kaleli ise Mahkeme'nin bu görüşüne katılmamıştır. Kaleli'ye göre, tutma eylemi sona erdiği için ihlalin devam etmediği ve bu sebeple zararı giderecek yegâne yolun tazminat yolu olduğunu belirtmek, gerek AİHM içtihatlarıyla gerekse AYM'nin önceki içtihatlarıyla ortaya konan, aşağılayıcı muameleye maruz kalan kişiye yapılanları meşrulaştırmaktan kaçınma esasına aykırılık teşkil etmektedir⁷⁵.

Bunun yanında, ihlali önleyici eylemin toplumdaki herkesin istifade edeceği bir alanı kuşatması gerekirken, tazminat bireysel bir etki alanını haizdir⁷⁶. Ayrıca, tazminat davalarında ispat külfeti zarar gördüğünü iddia edene aittir. Bu durum da aşağılayıcı muameleye maruz kalan kişinin aleyhinedir. Üstelik etkili yol belirlenirken, benzer ihtilaflarda istikrarlı bir şekilde ihlalin varlığını tespit etmiş ve hukuk sisteminde emsal olmuş kararlar dizisinin varlığı aranmalıdır⁷⁷. Bu sebeplerden ötürü, Serruh Kaleli'ye göre, AYM'nin bu içtihat değişikliği yerinde değildir.

AYM, B.T. Başvurusuna ilişkin kararında, olayı sadece tazminat hususu bağlamında incelemiştir. Olayda ihlal sona erdiği için bu şekilde bir değerlendirme yapıldığı söylenebilir. Fakat, AYM'nin tutma koşullarına ilişkin içtihat değişikliğine

72 ibid para.53

73 ibid para.54-56.

74 ibid para.58.

75 Anayasa Mahkemesi, 2014/15769, 30.11.2017, Karşı Oy, para.55.

76 ibid para.59.

77 ibid para.60.

gittiği kararında sadece bu açıdan değerlendirme yapması kabul edilemez. Kaldı ki, karşı oy yazısında da belirtildiği üzere, bu yolun zararı tazmin edeceğine ilişkin somut bir veri de yoktur. Zira, AYM'nin çözüm olarak sunduğu bu yol, hem AİHM önündeki davalarda hem de AYM nezdindeki başvurularda Hükümet tarafından halihazırda sunulmuş ve fakat buna rağmen yolun etkinliğine dair, doğrudan geri gönderme merkezleriyle alakalı tek bir karar dahi mahkemelere sunulmamıştır. B.T. başvurusunda da bu durum devam ederken, Mahkeme varsayımdan hareket etmiştir.

Bunun yanında, önceden de belirtildiği gibi, aşağılayıcı muamele yasağına, dolayısıyla AİHS m.3 hükmüne yönelik bir ihlal söz konusu olduğunda, AİHM, öngörülen yolun “*ihlali önleyici*” niteliğe haiz olması gerektiğini özellikle vurgulamaktadır. Oysa AYM, B.T. kararında, tam yargı davası ile ihlalin ne şekilde önlenebileceğine dair bir değerlendirme yapmamış; bu kısmı adeta es geçmiştir.

Bu sebeplerden dolayı, AYM'nin oy çokluğuyla verdiği bu karara katılmanın mümkün olmadığı ve bu karara rağmen Türk hukukunda hala etkili iç hukuk yolunun bulunmadığı kanaatindeyiz.

AYM B.T. kararından sonra yapılan başvuruları ise “başvuru yollarının tüketilmemesi” nedeniyle kabul edilemez başvuru olarak değerlendirip reddetmiştir⁷⁸.

Dolayısıyla, B.T. Başvurusundan sonra, geri gönderme merkezlerindeki fiziki koşullara yönelik olarak, öncelikle idare mahkemelerinde tam yargı davası açılacaktır. Buna yönelik olarak, aşağıdaki başlıkta tam yargı davasına ilişkin genel bir değerlendirme yapılacaktır.

1. Tam Yargı Davası. İdarenin kamu gücüne dayalı olarak tesis ettiği idari işlemleri yahut gerçekleştirdiği idari eylemleri dolayısıyla hakları ihlal edilen kişilerin bu ihlalden dolayı oluşan zararlarının tazmini için tam yargı davası düzenlenmiştir⁷⁹.

İYUK m.13 hükmüne göre, idari eylemlerden dolayı hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, eylemleri yazılı yahut başka şekilde öğrenmelerini takiben bir yıl her hâlükârda eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirmesini istemek zorundadır. Bu başvurunun kısmen ya da tamamen reddedilmesi halinde işlemin tebliğini izleyen günden itibaren; idare hiç

78 Anayasa Mahkemesi, 2014/18827, 20.12.2017; Anayasa Mahkemesi, 2014/1369, 20.12.2017; Anayasa Mahkemesi, 2014/16413, 20.12.2017; Anayasa Mahkemesi, 2014/3955, 10.1.2018; 2015/15764, 4.4.2018; Anayasa Mahkemesi, 2014/2841, 9.6.2016; Anayasa Mahkemesi, 2014/2427, 9.5.2018; Anayasa Mahkemesi, 2015/9776, 28.6.2018; Anayasa Mahkemesi, 2014/19481, 4.5.2018; Anayasa Mahkemesi, 2015/15273, 17.7.2018; Anayasa Mahkemesi, 2015/6543, 11.6.2018; Anayasa Mahkemesi, 2014/688, 19.12.2017; Anayasa Mahkemesi, 2014/16575, 11.6.2018; Anayasa Mahkemesi, 2015/8465, 13.9.2018; Anayasa Mahkemesi, 2015/7305, 11.6.2018; Anayasa Mahkemesi, 2015/1474, 28.1.2015; Anayasa Mahkemesi, 2014/2114, 19.12.2017; Anayasa Mahkemesi, 2014/6493, 25.12.2018; Anayasa Mahkemesi, 2014/16577, 26.12.2018; Anayasa Mahkemesi, 2014/19436, 26.12.2018; Anayasa Mahkemesi, 2017/31040, 9.1.2019; Anayasa Mahkemesi, 2014/17572, 7.2.2019; Anayasa Mahkemesi, 2015/516, 20.3.2019.

79 Yakup Gönen, ‘Hak Arama Özgürlüğü Bağlamında Tam Yargı Davasındaki Usul ve Sürelerin Haksız Fiilden Kaynaklanan Tazminat Davası İle Karşılaştırılması’ (2016) 7 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 451, 453.

cevap vermemişse altmış günlük cevap verme süresinin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir. Dava açma süresi ise altmış gündür (İYUK m.7/1).

Görülmektedir ki eğer ihlal idarenin eyleminden kaynaklanıyorsa kişi tam yargı davası açmadan önce bir ön karar almak zorundadır⁸⁰. Bu durumda idari gözetim açısından idari işlem ve idari eylem ayırımına değinmek gerekmektedir.

İdari işlem kamu gücü ayrıcalığına dayanan hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklaması olarak tanımlanmaktadır⁸¹. Valilik makamı tarafından alınan idari gözetim kararı bu anlamda idari işlemdir.

İdari eylem ise, kamu hukuku rejimine tâbi kamu hizmetleri alanında, idarenin kamu görevlileri aracılığı ile gerçekleştirdiği fiziksel eylem ve davranışlardır⁸². Anayasa Mahkemesinin B.T. kararında kişilerin geri gönderme merkezlerinde tutulmasının bir idari eylem olduğu⁸³ ve bu eylemin idari nitelik taşıyan bir karara dayandığı ifade edilmektedir⁸⁴.

AYM'nin bu tanımına karşılık doktrinde idari eylem konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe⁸⁵ göre idari eylem, idari bir işleme dayanmayan ve idari bir işlemin icra aşamasını oluşturmeyen fiili hareket yahut maddi olayken, diğer bir görüşe göre⁸⁶, ise idari bir işlemin uygulaması olan yahut hiçbir işleme dayanmayan fiili hareketlerdir.

Danıştay Büyük Genel Kurulu ise, 1972/2 E., 1973/10 K. sayılı ve 14.4.1973 tarihli içtihadı birleştirme kararında idari eylemi, “*temelinde idari bir işlem veya karar olmayan idari faaliyet*” olarak tanımlamıştır⁸⁷.

80 ibid 458.

81 Kemal Gözler, *İdare Hukuku Vol. I* (Ekin 2003) 553.

82 Ahmet Emrah Akyazan, ‘Maddî Açından İdari İşlemler’ (2009) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 220, 238.

83 (n 69) para.54.

84 ibid para.53.

85 Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu* (7th edn, Yetkin 2017) 286; Kazım Yenice and Yüksel Esin, *Açıklamalı - İçtihatlı - Notlu İdari Yargılama Usulü*, (1983) 398.

86 A Şeref Gözübüyük and Turgut Tan, *İdare Hukuku V.1 Genel Esaslar* (12th edn, Turhan Kitapevi 2018) 393; Taner Ayanoğlu, *İdari Eylemin Tanımlanması (Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre)* (Legal Yayınevi 2004) 48; Selami Demirkol, ‘İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu’ (2001) 12 Sayıştay Dergisi 1, 2 <<https://jurix.com.tr/article/9316>> accessed 18 June 2019.

87 ‘...İdari işlem kısaca, idare makamlarının idare fonksiyonu ile ilgili konularda aldığı tek taraflı icrai karar olarak nitelenir; idari fiil ise, idarenin fonksiyonu sırasındaki bir hareketini, bir olayı, bir tutumu anlatır. Bir idari karar ve işleme ilgisi olmayan idari fiilin, salt maddi tasarruflun zarara yol açması, dava konusu edilebileceği gibi; bir idari işlemin uygulanması için yapılan idari eylemden doğan zarar da dava edilebilir. İdari eylemden söz eden 521 sayılı Danıştay Kanununun 72 nci maddesi; öncesinde, temelinde bir idari karar veya işlem olmayan, bütünüyle, salt idari eylem olarak ortada olan idari faaliyet için getirilmiş bir hükümdür. Maddeye ilişkin Hükümet gerekçesinde ve doktrinde bu gibi eylemler özel hukuktaki haksız fiile benzetilmektedir (Millet Meclisi Tutanak Dergisi Dönüm: 1, Cilt: 23, Toplantı: 2, S. Sayısı: 369, Sayfa: 8)... Hukuki ve maddi tasarruflun karışması, tasarrufu 72 nci maddede kastolunan anlamda idari fiil olarak nitelemek için yeterli değildir; idari zabta faaliyetlerinde bile, ön planda idari fiil görünmesine rağmen (ses ve müziğin belli saattan sonra zabıtaca menî gibi) ortada idari zabta talimatnamesine ve sözlü idari karara dayalı bir işlem, bir hukuki tasarruf vardır...’

Bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere, AYM'nin yaptığı nitelendirmenin aksine ikili bir ayrıma gitmek gerekmektedir. Zira yabancılar uygulamada, idari gözetim kararı alınmadan da nezarethanede yahut havalimanındaki alıkonma yerlerinde tutulabilmektedir. Bu durumda, tutma işleminin ve dolayısıyla tutulan yerde maruz kalınan koşulların idari bir karara dayanmadığı açıktır. Dolayısıyla, bu ihtimalde idari eylemden söz edilecektir. Bu sebeple, kişi idare mahkemesinde tam yargı davası açmadan önce ön karar almak zorunda kalacak; ön kararı almaması halinde idari merci tecavüzü söz konusu olacağından, dava dilekçesi, İYUK m.15/1-e hükmü gereğince zarardan sorumlu idareye gönderilecektir⁸⁸.

İdari gözetim kararı verilmesinden sonra kişinin geri gönderme merkezine götürülmesi ve burada barındırılması ise idari işlem niteliğinde olan idari gözetim kararının icrasından ibarettir. Kişiye geri gönderme merkezinde sunulan hizmetler de idari gözetim kararının gereğinin yerine getirilmesinden ibarettir. Bu sebeple, burada salt bir idari eylemden bahsedilemez. Dolayısıyla, ön karar alınmadan doğrudan tam yargı davası açılabilir.

AYM, bu davaların açılmasındaki süreye ilişkin değerlendirmelerin ise idare mahkemelerince yapılacağını hüküm altına almıştır. Bunun yanında AYM, idare mahkemelerinin, B.T. başvurusu sırasında AYM'de derdest olan ve fakat reddedilecek olaylara ilişkin dava açma sürelerini hesaplarkeken, kişilerin mahkemeye erişim hakkını engellemeyecek şekilde bir değerlendirme yapması gerektiğini hüküm altına almıştır⁸⁹.

Bu kapsamda değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise idari gözetimin yürütmesinin durdurulmasının istenip istenemeyeceğidir.

İYUK m.27/2 hükmüne göre, mahkeme ancak telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde yürütmeyi durdurma kararı verebilecektir. Kanun düzenlemesine bakıldığında, ancak bir "*idari işlemin varlığı halinde*" yürütmenin durdurulması talep edilebilecektir.

Bununla beraber, idari işlemin yürütmesinin durdurulması ancak iptal davası açılması halinde mümkündür. Zira yürütmenin durdurulması, idari yargılama usulünde öngörülmüş ve iptal davasıyla sıkı ilişki içinde olan bir kurumdur⁹⁰. İptal davası ise, idari işlemde dolayı menfaati zarar gören kişinin, işlemin hukuka aykırı olduğunu ileri sürdüğü ve işlemin, tesis edildiği tarihten itibaren hukuki varlığının sonlandırılmasını talep ettiği davadır⁹¹.

88 Yasin Sezer and Hüseyin Bilgin, 'Danıştay Kararlarında İdari Başvurular' (2008) 57 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 337, 356.

89 (n 69) para.59.

90 Yenice and Esin (n 86) 575.

91 ibid 11.

Bu açıklamalara bakıldığında, yabancı, bir idari gözetim kararına binaen yahut bir karar olmaksızın özgürlüğünden yoksun bırakıldığında idari gözetimin yürütmesinin durdurulmasını talep edemeyecektir. Zira idari gözetim kararının varlığı halinde, bu kararın hukukilik denetimini yapma yetkisi YUKK ile münhasıran sulh ceza hâkimliklerine verilmiştir. Sulh ceza hâkimliklerince yapılan yargılamada idari yargılama usulüne özgü yürütmenin durdurulması kararının verilmesi mümkün değildir. Hâkimlik, ya idari gözetim kararını hukuka uygun bulacak ve gözetimin devamına karar verecek ya da kararın hukuka aykırı olduğundan bahisle idari gözetimin sonlandırılmasına hükmedecektir. Dolayısıyla, gerek haksız tutulmadan gerekse idari gözetim kararının icrası niteliğinde olan tutulma koşulları bakımından idari gözetim kararının yürütmesinin durdurulmasının istenmesi mümkün değildir.

İdari gözetim kararının yokluğunda ise ortada bir idari işlem değil ve fakat idari eylem söz konusu olduğundan iptal davası açılmayacak ve dolayısıyla yürütmenin durdurulması talep edilemeyecektir.

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi'nin B.T. kararında öngördüğü tam yargı davası yolu sadece tutulma koşullarından yahut haksız tutulmadan dolayı ortaya çıkan zararın tazminine yönelik bir yoldur; ihlalin önlenmesine yönelik bir etkisi bulunmamaktadır. Bu sebeple, AİHS m.3 ve AY m.17 hükümlerinde düzenlenen aşağılayıcı muamele yasağına ilişkin öngörülen yargı yolunun, etkili bir iç hukuk yolu olabilmesi için “*ihlali önleyici niteliğinin de bulunması*” şartı, tam yargı davası açısından söz konusu değildir. Bu durum da, AYM'nin kararına rağmen, mevzuatımızda tutulma koşullarına yönelik etkili bir iç hukuk yolu olmadığına dair kanaatimizi güçlendirmektedir.

Yabancı, tam yargı davasından istediği sonucu alamaması halinde başvurabileceği bir diğer yol, Anayasa Mahkemesine yapılacak bireysel başvurudur. Aşağıdaki başlıkta bireysel başvuru yolu incelenecektir.

2. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru. Bireysel başvuruya ilişkin düzenlemeler öncelikle AY m.148, m.149 ve geçici m.18 ile yapılmıştır. Bu maddelerle bireysel başvuruların Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirileceği ve bireysel başvuruya ilişkin esasların da çıkarılacak bir kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu hükme binaen 30.3.2011 tarihinde 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun⁹² kabul edilmiş ve Kanun'un 4. Bölümünde bireysel başvuruya ilişkin esaslar açıklığa kavuşturulmuştur. Bu Kanun'un yanında, 12.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü⁹³ ile de, bireysel başvuru uygulamasına ilişkin usul ve esaslar Anayasa ve ilgili Kanun çerçevesinde düzenlemiştir.

92 Kanun Numarası: 6216, Kabul Tarihi: 30.3.2011, RG.3.4.2011/27894.

93 Dayandığı Kanun ve Tarihi : 6216 30.03.2011, RG.12.7.2012/28351.

Kanun'un m.45/1 hükmüne göre, herkes, Anayasa'da tanınan temel hak ve özgürlüklerin yanı sıra, AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerindeki haklardan birinin ya da bir kaçının kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Kanun hükmünde "herkes" ifadesi kullanıldığı için bireysel başvuru hakkı bağlamında yabancı yahut Türk vatandaşı ayrımı yapılmamıştır. Yine aynı Kanun'un m.46/1 hükmüne göre, bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilecektir. Bunun yanında, m.46/3 hükmüne göre, yalnızca Türk vatandaşlarına tanınmış haklara ilişkin olarak, yabancılar ihlal iddiasında bulunamayacaktır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, merkezlerdeki tutulma koşulları aşağılayıcı muamele yasağının düzenlendiği AY m.17 çerçevesinde incelenmektedir. Dolayısıyla, bu koşulların denetimi bireysel başvurunun kapsamına girmektedir⁹⁴. Aşağılayıcı muamele yasağı herkes için geçerli olduğundan 6216 sayılı Kanun'un m.46/3 hükmündeki sınırlamaya da tâbi olmayacaktır.

Bireysel başvuruda bulunmak için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir (AY m.148/3). Yani, ihlale neden olduğu iddia edilen işlem yahut eylem için öngörülen tüm idari ve yargısal yollar tüketilmiş olmak zorundadır. Zira bireysel başvuru yolu ikincil niteliktedir⁹⁵.

GGM'lerdeki fiziki koşullar açısından olaya bakıldığında, tam yargı davasında karar alınmasıyla olağan kanun yolu tüketilmiş olacaktır. Olağan kanun yolunun tüketilmesinden itibaren otuz gün içerisinde bireysel başvuru yapılması gerekmektedir. Bu süre, tam yargı davasında verilen kararın kesinleşmesiyle başlayacaktır. Haklı bir mazeret sebebiyle, süresinde başvuramamış olanlar mazeretin ortadan kalktığı tarihten itibaren on beş gün içinde mazeretlerine ilişkin delillerle birlikte başvuru yapabilirler. Fakat bu durumda, Anayasa Mahkemesi öncelikle mazeretin kabul edilebilir olup olmadığını inceleyecektir (6216 sayılı Kanun m.47/5).

a. Anayasa Mahkemesi İç Tüzüğü Gereğince Tedbir Talep Edilmesi. Bireysel başvuru aşamasında tedbir kararlarına da hükmedilebilmektedir. Tedbire ilişkin Anayasa'da açık bir hüküm olmamakla beraber 6216 Sayılı Kanun'da tedbir kararı verilebileceği düzenlenmiş ve Anayasa Mahkemesi İç tüzüğü m.73 ile bu konuda ayrıntılı düzenleme yapılmıştır. 6216 sayılı Kanun'un m.49/5⁹⁶ hükmüne göre, Anayasa Mahkemesi, başvurunun "*temel haklarının korunması için zorunlu gördüğü tedbirlere*" karar verebilir. Bu düzenleme, tedbir uygulamasının istisnai

94 Melek Acu, 'Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar' (2014) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 403.

95 Ekşi (n 8) 114.

96 Madde 49/5: Bölümler, esas inceleme aşamasında, başvurunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere re'sen veya başvurunun talebi üzerine karar verebilir. Tedbire karar verilmesi hâlinde, esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Aksi takdirde tedbir kararı kendiliğinden kalkar.

nitelik taşıdığını göstermektedir⁹⁷. Hangi hallerde tedbir uygulamanın zorunlu görülebileceği sorusuna da Anayasa Mahkemesi İç Tüzüğü'nün m.73/1⁹⁸ hükmü cevap vermektedir⁹⁹. Bu hükmeye göre, başvurucaunun “yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğunun anlaşılması üzerine” başvurucaunun talebi üzerine ya da resen, Anayasa Mahkemesi Bölümlerince tedbir kararı verilebilecektir.

Doktrinde, m.73/1 hükmünün, 6216 Sayılı Kanun'un m.49/5 hükmüne aykırı bir düzenleme içerdiği savunulmaktadır¹⁰⁰. Zira Kanun, temel haklardan bahsederek genel bir çerçeve çizerken İç Tüzük hükmü, “başvurucaunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğunun anlaşılması üzerine” ifadesini kullanarak tedbir kararı alınabilecek hakları sınırlamıştır¹⁰¹. Fakat GGM'lerdeki fiziki koşullar AY m.17 kapsamında incelendiğinden ve AY m.17 tedbir talebine dayanak oluşturacak hükümlerden olduğundan, tutulma koşullarına yönelik olarak tedbir talep edilebilecektir.

Bu bağlamda, AY m.17 hükmüyle bağlantılı olarak tedbir talebinde bulunulabilmesi için tüketilmesi gereken başvuru yolu, sulh ceza hâkimliğinde idari gözetim kararına karşı itiraz edilmiş olmasıdır. İtirazın reddedilmesi halinde, kararın yabancıya yahut yasal temsilcisine veya varsa avukatına tebliğ edildiği tarihten itibaren otuz gün içinde tedbir talep edilmelidir.

Geri gönderme merkezindeki tutulma koşulları nedeniyle, AY m.17'ye dayanılarak tedbir talebinde bulunulan ilk başvuru G.B. ve Diğerleri Başvurusudur. Başvuruya konu olayda, başvurucauların sulh ceza hâkimliğine yaptıkları itirazlar reddedilmiş; bunun üzerine başvurucaular Kumkapı GGM'de temel ihtiyaçlarının dahi karşılanmadığını, insan onuruna yakışmayan koşullar altında tutulduklarını, AY m.17'de düzenlenen haklarının ihlal edilmesi sebebiyle ruh ve beden sağlıklarının bozulduğunu iddia etmiş ve tedbir talebinde bulunmuşlardır¹⁰².

AYM, kararında, m.17'de düzenlenen hakkın ihlalinin önlenmesine ilişkin tedbir kararının verilebilmesi için başvurucaunun yaşamına ve maddi ve manevi vücut bütünlüğüne yönelik ciddi ve güncel bir tehlikenin varlığının arandığını belirtmiştir. Bunun yanında, m.17'de düzenlenen hakkın ihlaline neden olduğu iddia edilen muamelenin, aşağılayıcı muamele teşkil edebilmesi için, meşru bir muamele ya

97 Gonca Erol, ‘Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda ‘Tedbir’ (2017) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 55.

98 Madde 73/1: Başvurucaunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğunun anlaşılması üzerine, Bölümlerce esas inceleme aşamasında gerekli tedbirlere re'sen veya başvurucaunun talebi üzerine karar verilebilir.

99 Erol (n 98).

100 Muharrem İlhan Koç, ‘Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün Kapsamı ve Bireysel Başvuru’ (2014) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 28.

101 ibid.

102 Anayasa Mahkemesi, 2015/15273, 17.7.2018 (n 79) para.1.

da cezanın barındırdığı rencide olma duygusu ve ıstırapın ötesine geçmiş olması gerekmektedir¹⁰³.

Bu sebeplerden ötürü Mahkeme, Kumkapı GGM'nin, küçük çocukların sağlığını tehdit edecek seviyede kirli olmasının, temiz hava alma imkânının bulunmamasının, yeterli gıda sağlanmamasının insan onurunu kırıcı seviyede olumsuz koşulların mevcut olduğu anlamına gelmeyeceğine ve bu durumun başvuruculara yönelik güncel ve kişisel bir risk oluşturduğunun ileri sürülmesinin, tedbir kararı verilebilmesi yönünden yeterli bir gerekçe olarak kabul edilemeyeceğine, dolayısıyla tedbir talebinin reddine karar vermiştir¹⁰⁴.

AYM bu bulgularıyla beraber kararında, devletin AY m.17 kapsamında, yetki alanında bulunan tüm bireylerin maddi ve manevi varlığını her türlü riske karşı korumaya yönelik pozitif yükümlülüğünün bulunduğunu ve bu sebeple YUKK m. 59 hükmünde belirtildiği üzere GGM'de tutulan yabancıya acil ve temel sağlık hizmetlerinin ücretsiz olarak verilmesinin ve gerektiğinde yabancının, fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması amacıyla sağlık kurumuna sevkinin devletin sorumluluğu dâhilinde olduğunu belirtmiştir¹⁰⁵.

Kumkapı GGM'ye ilişkin aynı iddiaların dile getirildiği diğer tedbir talepleri de Mahkeme tarafından yine aynı gerekçelerle reddedilmiştir¹⁰⁶.

Mahkeme'nin verdiği kararları değerlendirmek için Kumkapı GGM'nin başvurucuların tutuldukları süreçteki koşullarına değinmek gerekmektedir. Bahsedilen kararların başvurucuları, Aralık 2014 ile Ocak 2015 tarihleri arasında çeşitli tarihlerde Kumkapı GGM'ye gönderilmiş ve karar tarihinde hala GGM'de bulunan kişilerdir. Söz konusu tarihlerde Kumkapı GGM'nin koşullarına yönelik olarak CPT'nin 16-23 Haziran 2015 tarihindeki ziyaretlere ilişkin olarak hazırladığı rapor¹⁰⁷ esas alınabilir.

Rapor'da Kumkapı GGM'de tutulan yabancıların çocuklar da dahil olmak üzere, en iyi ihtimalle haftada bir kere 20 ila 30 dakikalık süreyle açık havaya çıkarıldığını ve bu durumun kesinlikle kabul edilemez olduğu¹⁰⁸; içeride de aktivite için yeterli

103 Anayasa Mahkemesi, 2015/15273, 17.7.2018 (n 79) para.19.

104 ibid para.20.

105 ibid para.21

106 Anayasa Mahkemesi, 2015/508, 16.1.2015, para.24; Anayasa Mahkemesi, 2015/509, 19.1.2015, para.24; Anayasa Mahkemesi, 2015/615, 28.1.2015, para.20; Anayasa Mahkemesi, 2015/1474, 28.1.2015, para.20; Anayasa Mahkemesi, 2015/1476, 2.2.2015, para.20; Anayasa Mahkemesi, 2015/1471, 19.2.2015, para.11; Anayasa Mahkemesi, 2015/6724, 20.5.2015, para.18; Anayasa Mahkemesi, 2015/17332, 19.11.2015, para.16.

107 CPT, 'Report to the Turkish Government on the Visit to Turkey Carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 16 to 23 June 2015 (CPT/Inf (2017) 32)' (2017) <<https://hudoc.cpt.coe.int/eng#%7B%22sort%22:%5B%22CPTDocumentDate%20Descending,CPTDocumentID%20Ascending,CPTSectionNumber%20Ascending%22%5D,%22tabview%22:%5B%22document%22%5D,%22CPT-SectionID%22:%5B%22p-tur-20150616-en-2%22%5D%7D>> accessed 18 June 2019.

108 ibid para.28.

imkanların bulunmadığı, bu sebeple yabancıların koridorlarda dolaşarak yahut odalarında oturarak vakit geçirdikleri¹⁰⁹; kişi başına düşen alanın 3 m²'nin altında olduğu; hijyen koşullarının oldukça kötü olduğu belirtilmiştir¹¹⁰. Bunların yanında Rapor'da, Türk yetkililerin Kumkapı GGM'ye ilişkin olarak CPT tarafından daha önce dile getirilen endişeleri dikkate almadığı ve gerekli iyileştirmeleri yapmadığı da ifade edilmiştir¹¹¹.

Görülmektedir ki AYM, başvuruların esasında CPT tarafından daha önceki dönemlere ilişkin olarak hazırlanmış raporları dikkate almışken, tedbir kararlarında bunu yapmamayı tercih etmiştir. Üstelik AYM içtihatları ve AİHM içtihatları gereği, kişi başına düşen alanın 3m² olması başlı başına aşağılayıcı muamele yasağı teşkil ederken; bunun yanında yabancıların günde en az bir saatliğine açık havaya çıkarılması gerektiği CPT, AİHM ve AYM tarafından defalarca belirtilmişken ve bu durumda da aşağılayıcı muamele yasağının ihlaline karar veriliyorken, AYM'nin, bu raporu göz ardı ederek yahut koşulların araştırılmasına gerek duymaksızın, aşağılayıcı muamele bakımından güncel ve kişisel riskin bulunmadığına hükmetmesi ve tedbir taleplerinin reddine karar vermesi kanaatimizce uygun değildir.

AYM'den tedbir talep edilen bir başka başvuruya¹¹² konu olayda başvuru, 11 aylık bir bebeği olan hamile bir kadındır. Başvuru hakkında İstanbul Valiliği tarafından idari gözetim kararı verilmiş başvuru önce Kumkapı GGM'ye sonra Erzurum'da bulunan Aşkale GGM'ye son olarak da Bursa GGM'ye getirilmiştir. Başvuru, sulh ceza hâkimliğinden Bursa GGM'nin koşullarının bir yaşındaki bebeği ve kendi sağlığı açısından kötü olduğunu belirtmiş ve idari gözetiminin sonlandırılmasını talep etmiş ve fakat itirazı reddedilmiştir. Bunun üzerine başvuru, AYM'ye tedbir talepli olarak bireysel başvuruda bulunmuş ve tutulma koşullarının AY m.17'de düzenlenen hakkını ihlal ettiğinden bahisle tedbir talep etmiştir¹¹³.

AYM başvuruyu incelerken, sadece başvurucuya sağlanan sağlık hizmetleri açısından değerlendirme yapmıştır. Başvurucunun devlet hastanesinde kontrollerinin yapılmasını, çocuğu için her gün bir litrelik süt temin edilmesini, maddi imkânları ihtiyaçlarını karşılayamadığı zaman Kaymakamlık'tan kendisi için yardım talep edilmesini başvurucunun içeride kaldığı süreçte aşağılayıcı muameleye maruz kalmadığı yönünde delil kabul etmiş ve tedbir talebini reddetmiştir¹¹⁴.

AYM'nin, B.T. kararından sonra kendisine yapılan tedbir talepli bireysel başvuru kararlarında, tedbir talepleri açısından ne gibi bir karar vereceği henüz belli değildir.

109 ibid para.31.

110 ibid para.21.

111 ibid dn.15.

112 Anayasa Mahkemesi, 2016/4754, 16.3.2016.

113 ibid para.9-12.

114 Anayasa Mahkemesi, 2016/4754, 16.3.2016 (n 113) para.22.

Yukarıda yaptığımız açıklamalar neticesinde, tutulma koşullarından ötürü idari gözetimin yürütmesinin durdurulmasının istenmesinin mümkün olmadığı açıktır. Bu sebeple, kanaatimizce, AYM'nin kendisine yapılan tedbir talepleri hakkında, “*bireysel başvurunun ikincil nitelikte olduğundan*” bahisle başvuru yollarının tüketilmemesi nedenine dayalı olarak “*kabul edilemezlik*” kararı vermemesi gerekmektedir.

Tüm bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere, tam yargı davasında verilen karardan sonra Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluna gitmek mümkündür. Başvurunun esastan incelenmesi sonucunda, başvuru hakkının ihlal edildiğine yahut edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi halinde, ihlal sonucunu ortadan kaldırmak için yapılması gerekenlere de hükmedilir. İhlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa yeniden yargılama yapılmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir ve mümkünse inceleme dosya üzerinden yapılır. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmazsa, örneğin bu süre içerisinde idari gözetim sonlanmışsa, tazminata hükmedilebileceği gibi genel mahkemelerde dava açılması yolu da gösterilebilir (6216 Sayılı Kanun m.50).

GGM’de tutulan yabancı, bireysel başvuru yolundan da istediği sonucu alamazsa AİHM’e başvuru yapma ihtimali gündeme gelebilecektir. Aşağıdaki başlıkta AİHM’e başvuru yolu anlatılacaktır.

3. AİHM’e Başvuru Yapılması. AİHM’ne bireysel başvuru yolu, AİHS m.34 hükmüyle düzenlenmiştir. Bu hükme göre, AİHS ve ek protokollerinde düzenlenen haklardan birinin yahut bir kaçının Sözleşme’ye taraf Devlet tarafından ihlal edildiğini iddia eden her gerçek kişi AİHM’e başvurabilir. Başvurucunun, dava edilen taraf Devletin vatandaşı olması gerekmektedir¹¹⁵. Dolayısıyla, idari gözetim altında tutulan yabancı da Türkiye aleyhine AİHM’e başvurabilir. Başvuru bizzat yapılabileceği gibi avukat yahut temsilci tarafından da yapılabilir.

Başvurunun kabul edilebilirlik koşullarına ilişkin düzenleme ise AİHS m.35 hükmü ile düzenlenmiştir. Bu madde kapsamında aranan iki önemli şart; iç hukuk yollarının tüketilmiş olması ve başvurunun iç hukuk yollarının tüketildiği tarihten itibaren altı ay içinde yapılmış olmasıdır. Fakat başvuru, iddiasını kanıtlamak suretiyle öngörülen iç hukuk yolunun etkin olmadığı, yani ihlalin ortadan kalkması yönünde makul bir başarı şansı sunmadığı iddiasıyla iç hukuk yollarını tüketmeden doğrudan AİHM’e başvurabilir¹¹⁶.

GGM’lerdeki fiziki koşullar ele alındığında, iç hukuk yolları Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurunun sonuçlanması ile tüketilmiş olacaktır¹¹⁷. Başvurucu,

115 Ankara Barosu, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı ve Mevzuat’ (2008).

116 ibid.

117 Ekşi (n 8) 116.

bu yolun etkin bir iç hukuk yolu olmadığını kanıtlayarak bu yola başvurmadan da AİHM'e başvurabilir.

Tutulma koşulları bakımından, koşullar aşağılayıcı muamele yasağına aykırılık oluşturduğu takdirde AİHS m.3, kişinin mahremiyetini ihlal edecek nitelikte olduğu zaman m.8 ve tam yargı davasının etkin bir iç hukuk yolu olmadığı iddiası bakımından m.13 çerçevesinde AİHM'e başvuru yapılabilir.

Başvuru, Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruya dair kararın başvurucuya tebliğ edildiği tarihten itibaren altı ay içinde yapılmak zorundadır. Aksi halde AİHM, sürenin aşılması sebebiyle kabul edilemezlik kararı verecektir.

AİHM'in ihlalin varlığına yönelik karar vermesine rağmen, Devletin iç hukuk yolları bu ihlalin sonuçlarını tamamen gideremeyecekse, Mahkeme tazminata hükmeder (AİHS m.41). AİHM kararları taraf Devletler için bağlayıcı niteliktedir; kararların infaz edilip edilmediği ise Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından denetlenecektir (AİHS m. 46).

Sonuç

Çalışmamızda geri gönderme merkezlerindeki fiziki koşullardan kaynaklı ihlallere karşı öngörülen başvuru yolları incelenmiştir. Bu inceleme sonucunda görülmektedir ki, YUKK, geri gönderme merkezlerine ilişkin düzenleme içerse de, bu merkezlerde yaşanan ihlallere karşı bir başvuru yolu öngörme konusunda oldukça eksik kalmıştır. Öyle ki, bu bakımdan YUKK öncesi dönemle YUKK sonrası dönemde bir fark bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin başvuru yollarına yönelik içtihat değişikliğine ayrıca değinmek gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi B.T. kararında daha önce, K.A. kararıyla oluşturduğu "*tutma koşullarına yönelik etkili bir iç hukuk yolunun olmayışı*" yönündeki içtihadını, tam yargı davasının bu koşullardan doğan zararı tazmin etmek yönünde etkili bir yol olduğu; bugüne kadar ilgili yola başvurulmamış olmasının bu yolun etkili bir yol olduğu hususuna halel getirmeyeceği ve idare mahkemelerinin inceleme yapma konusunda Anayasa Mahkemesi'nden daha avantajlı olduğu gerekçeleriyle değiştirmiştir.

Mahkeme, kararında, olayı sadece tazminat hususu bağlamında incelemiştir. Mahkeme'nin, tutma koşullarına ilişkin içtihat değişikliğine gittiği kararında, sadece bu açıdan değerlendirme yapması kabul edilemez. Zira tutma koşulları söz konusu olduğunda, ihlale konu yasak, insan onurunu korumanın önemli bir aracı olan "*aşağılayıcı muamele yasağı*"dır.

Mahkeme'nin çözüm olarak sunduğu tam yargı davası yolu, hem AİHM önündeki davalarda hem de Mahkeme nezdindeki başvurularda Hükümet tarafından

hâlihazırda sunulmuş ve fakat buna rağmen yolun etkinliğine dair doğrudan geri gönderme merkezleriyle alakalı tek bir karar dahi mahkemelere sunulmamıştır. B.T. başvurusunda da bu durum devam ederken, Mahkeme varsayımdan hareket etmiştir.

Bunun yanında, aşağılayıcı muamele yasağına, dolayısıyla AİHS m.3 hükmüne yönelik bir ihlal söz konusu olduğunda, AİHM öngörülen yolun “*ihlali önleyici*” niteliğe haiz olması gerektiğini özellikle vurgulamaktadır. Oysa AYM, B.T. kararında tam yargı davası ile ihlalin ne şekilde önlenebileceğine dair bir değerlendirme yapmamış bu kısmı adeta es geçmiştir. Bu sebeplerden ötürü Anayasa Mahkemesinin bu kararı kanaatimizce yerinde değildir. Ayrıca bu karara rağmen hala etkili bir iç hukuk yolu bulunmamaktadır.

Çalışmamızda tam yargı davasına yönelik yapılan incelemeden de görülmektedir ki tam yargı davası, geri gönderme merkezlerindeki fiziki koşullardan kaynaklı ihlali önleyecek nitelikte bir yol değildir. Bu başvuru yolunda, sadece, ihlalden kaynaklı zararın tazmini söz konusu olabilecektir. Bu yolun gerçekleşmiş zararı ne derece tazmin edeceği de henüz belli değildir.

AYM’den tedbir talep edilmesi de aşağılayıcı muamele yasağının ihlalinin önleyecek bir başvuru yolu değildir. Zira çalışmada incelenen kararlardan da anlaşıldığı üzere, Mahkeme, talepleri “*başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunmadığı*” gerekçesiyle reddetmektedir.

Tüm bu açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, Türk hukukunda geri gönderme merkezlerindeki tutulma koşullarına yönelik özel bir yol öngörülmemiştir. AYM’nin B.T. kararıyla öngörülen tam yargı davası da etkili bir iç hukuk yolu olmaktan oldukça uzaktır. Bu sebeple, geri gönderme merkezlerindeki fiziki koşullardan kaynaklı ihlallere yönelik etkili bir iç hukuk yolu bulunmadığı kanaatinizdir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kaynakça / References

- Ayanoğlu T, *İdari Eylemin Tanımlanması (Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre)* (Legal Yayınevi 2004).
- Acu M, ‘Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar’ (2014) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 403-434.
- Akyazan AE, ‘Maddî Açından İdari İşlemler’ (2009) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 220-240.
- Ankara Barosu, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı ve Mevzuat’ (2008).
- Candan T, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu* (7th edn, Yetkin 2017).
- CPT, ‘Report to the Turkish Government on the Visit to Turkey Carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 16 to 23 June 2015 (CPT/Inf (2017) 32)’ (2017).

- Demirkol S, 'İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu' (2001) 12 Sayıştay Dergisi 1-17 <<https://jurix.com.tr/article/9316>>
- Doğru O and Nalbant A, *İnsan Haklar Avrupa Sözleşmesi Açıklamalar ve Önemli Kararlar (İHAS 2, 3, 4, 5, 6 ve 7. Maddeler) Volume I* (Şen Matbaa 2012).
- , *İnsan Haklar Avrupa Sözleşmesi Açıklamalar ve Önemli Kararlar (İHAS 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, Ek Protokol 1-1, 1-2, 1-3 Maddeler) Volume II* (Şen Matbaa 2012).
- Ekşi N, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı* (Beta 2012).
- , *6548 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim* (Beta 2014).
- Erol G, 'Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda 'Tedbir' (2017) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 55-88.
- GİGM, 'İdari Faaliyet Raporu 2017' (2018) <http://www.goc.gov.tr/files/files/Goc_idaresi_2017_.pdf>
- Gönen Y, 'Hak Arama Özgürlüğü Bağlamında Tam Yargı Davasındaki Usul ve Sürelerin Haksız Fiilden Kaynaklanan Tazminat Davası İle Karşılaştırılması' (2016) 7 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 451-478.
- Gözler K, *İdare Hukuku Volume I* (Ekin 2003).
- Gözübüyük AŞ and Tan T, *İdare Hukuku V.1 Genel Esaslar* (12th edn, Turhan Kitapevi 2018)
- Koç Mİ, 'Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün Kapsamı ve Bireysel Başvuru' (2014) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 28-32.
- Konuk Sommer B and Kavlak B, 'Mültecilerin Sağlık Hakkının Uluslararası Belgeler ve Türk Hukukundaki Düzenlemeler Işığında Değerlendirilmesi' (2017) 15 Legal Hukuk Dergisi 4281-4316.
- Özbek N, 'AİHM Kararları Işığında YUKK'nda İdari Gözetimin Uygulandığı Mekânlar Hakkında Ortak Sorunlar' (2015) 118 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 15-49.
- Öztürk NÖ, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi* (Seçkin 2015).
- Sezer Y and Bilgin H, 'Danıştay Kararlarında İdari Başvurular' (2008) 57 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 337-366.
- UNHCR, 'Detention Guidelines: 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>>
- Yenice K and Esin Y, *Açıklamalı - İçtihatlı - Notlu İdari Yargılama Usulü*.