

ULUSLARARASI HUKUKUN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜK NORMLARI BAĞLAMINDA AVRUPA İDARİ ALIKOYMA NORMLARI VE UYGULAMALARI

Yard. Doç. Dr. İbrahim Erdoğan*

Soğuk Savaş döneminin sona erip küreselleşme olgusunun hızlanmasıyla artan sınıraşan göç hareketleri, uluslararası hukuk literatüründe “*idari alıkoyma*” denilen yeni bir kavramın doğmasına, bununla ilintili olarak da İtalyanların ‘*centri di identificazione ed espulsione*’, Fransızların ‘*centres de rétention administrative*’, İspanyolların ‘*centros de internamiento*’, İngilizlerin de ‘*removal centres*’ ismini verdikleri yasadışı göçmenlerin, iltica ve sığınma talebinde bulunanların alıkonulduğu merkezlerin ortaya çıkışına neden olmuştur. Çoğu göçmen alan ülkelerde ortaya çıkan bu “kapalı” merkezlerin varlığı, “misafir” edildikleri iddia edilen insanların hukuki durumları, “idari alıkoyma” işleminin uygulanması sürecinde ortaya çıkan olumsuzluklar, zaman zaman insan haklarını düzenleyen uluslararası hukuk metinlerine aykırılıkları nedeniyle dikkati çekmiştir.

En başta her hangi bir ülkenin topraklarında yasal olarak bulunma hakkı olmayanlar ya da bu haklarını yitirenler olarak kısaca tanımlanabilecek düzensiz göçmenlerin “suçlu” pozisyonunda olmamalarına rağmen bireysel özgürlüklerinin bir parçası olan hareket serbestliğinden mahrum bırakılmaları uluslararası insan hakları normları bakımından sorunlu bir durum ortaya çıkarmaktadır. Zira idari alıkoyma işleminin sınır dışı etme ya da göçmenlerin kendi ülkelerine geri gönderilmesi sürecinde ele alınması gereken zorlayıcı bir idari tedbir olarak uygulanması yerine, düzensiz göçmenlere buldukları yasa dışı durum nedeniyle caydırıcı bir yaptırım ya da cezalandırma yöntemi olarak kullanılması doğru olmayacaktır.

Benzer bir durum mültecilerin idari alıkonulması işlemi için de söz konusudur, çünkü Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1951 Cenevre Sözleşmesi’nin 31. maddesi, bir ülkeye sığınma maksadıyla girme fiilinin yasa dışı bir eylem olarak değerlendirilmesini engellemektedir. Dolayısıyla, taraf devletlerin gerekli olanların dışında mültecileri alıkoyması ya da hareket özgürlüklerini kısıtlaması bir cezalandırma olarak algılanabilecek, böylece aynı maddenin 2. fıkrasına aykırı düşebilecektir. Ayrıca, her bir farklı vaka için ayrı değerlendirme yaparak esasında istisnai olarak uygulanması gereken alıkoyma işleminin, düzensiz göçmenlere ya da sığınmacı durumunda olanlara karşı “yasa dışı” göçmenlikle mücadelenin bir aracı olarak kullanılması, hukukilik ya da yerinde sorgulamasının yapılmasına neden olmaktadır.

Diğer taraftan, Avrupa Konseyi ve Avrupa parlamentosu Haziran 2008’de üye ülkelerde uygulanması gereken minimum standartları belirlemek üzere

* Balıkesir Üniversitesi

“Yasadışı Üçüncü Ülke Yurttaşlarının Geri Dönüşü Direktifi”ni kabul etmiştir. Belirtilen direktif ise üye devletlere 18 aya kadar idari alıkoyma yetkisi vererek, bu tür uygulamaların Avrupa genelinde bir hukuk normuna dönüşmesinin önünü açmıştır. Hatta iç hukuk düzenlemelerinde 18 ay’ın altında kalan üye devletlere, süre bakımından daha uzun standartlar belirlemek üzere meşru bir zemin hazırlamıştır.

İfade edilen nedenlerle bu çalışmanın amacı ilgili kavramları tanımladıktan sonra, idari alıkoyma işleminin Avrupa Hukuku içerisindeki yasal zeminini belirlemek, idari alıkoyma işlemini Uluslararası Hukuk’un temel haklar ve özgürlükler normları bakımından çerçevesini çizmek, en son olarak da Avrupa Hukuku’nu ve AB ülkelerindeki uygulamaları eleştirel olarak değerlendirmektir.

I. KAVRAMSAL TANIMLAMALAR

Düzensiz göçmenler, herhangi bir şekilde yasal olarak bir ülkeye girme hakkı olmadan o ülkede bulunan kişileri ifade etmek için kullanılır¹.

Sığınmacılar, bir ülkeye kabul edilerek mülteci statüsü için başvuru yapmış kişileri ifade eder. Bunların başvuruları uluslararası hukuka ve ilgili ulusal hukuka göre değerlendirilir ve karara bağlanır².

Mülteciler, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri nedeniyle, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu devletin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen” kişilerdir³.

Özgürlük, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217 A(III) sayılı Kararıyla ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Beyanname’sinin 3. maddesinde “Yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği herkesin hakkıdır” ifadesiyle tanımlanmıştır. Genel Kurulun 13 Aralık 1985 tarihli 40/144 sayılı kararıyla kabul edilen Yaşadığı Ülkenin Uyrugunda Olmayan Kişilerin İnsan Hakları Bildirisi 5. maddesinin ilk fıkrasında “*yabancı keyfi olarak gözaltına alınamaz veya tutulamaz; hiçbir yabancı hukukun öngördüğü sebeplere dayanmadıkça ve hukukun öngördüğü usule uyulmadıkça, özgürlüğünden yoksun bırakılamaz*” ifadesiyle özgürlüğün sınırları çizilmiştir.

¹ “International Migration Law: Glossary on Migration”, International Organization for Migration, Geneva: Switzerland, 2004, s. s. 19.20, (http://publications.iom.int/bookstore/free/IML_1_EN.pdf), 11.08.2010.

² Yücel Acer, İbrahim Kaya ve Mahir Gümüş, “Uluslararası Hukuk ve Avrupa Birliği Ekseninde Türkiye’nin Mülteci-Sığınmacı Stratejisi: Türkiye’de Mültecilerin ve Sığınmacıların Nitelikleri Temelinde Analizler”, Ağustos 2008, Tübitak Proje No: 106K139, s. 8.

³ (a.g.e.), s. 8.

İdari alıkoyma, genelde “suç isnadı ya da yargılama olmadan” alıkoyma şeklinde tarif edilmektedir⁴. Bu yönüyle idari alıkoyma kavramı ceza hukukunun öngördüğü uygulamadan farklı bir durumu ifade etmektedir. Zira idari olarak alıkonan bireyler mahkûmların tersine işledikleri bir suç ya da bir suç isnadı nedeniyle alıkonulmamaktadır. Bu kişiler genelde düzensiz göçmenler ya da iltica talebinde bulunanlardır.

Tutulan kimse, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 9 Aralık 1988 tarihli ve 43/173 sayılı Kararıyla kabul edilen Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü 1. maddesinde “*bir suç nedeniyle mahkûm edilme durumu hariç, kişi özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kimse*” şeklinde tarif edilmiştir⁵.

Hukuka uygun tutma, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü kararının 2. maddesinde “*gözümlüne alma, tutma veya hapsedme, sadece kanunun hükümlerine kesinlikle uygun olarak yetkili memurlarca veya bu iş için yetkilendirilmiş kişilerce yerine getirilir*” ifadesiyle tanımlanmıştır⁶.

II. AVRUPA HUKUKUNDA İDARİ ALIKOYMA

A. Avrupa Hukukunda Kişi Özgürlüğü ve İdari Alıkoyma tanımlamaları

Avrupa Hukukunda idari alıkoyma’nın tarifinden önce, bu işlemin sınırlama getirdiği “kişi özgürlüğünün” ne anlama geldiği açıklanmalıdır.

1. Kişi özgürlüğü ve özgürlüğün kısıtlanması kavramları

3 Eylül 1953 yürürlüğe giren İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’nin (AİHS) 5. Maddesi “*Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır*” ifadesine yer vermekte, bu özgürlüğün ancak “*belirli haller ve yasada belirlenen yollar(la)*” kısıtlanabileceğini öngörmektedir. Bu koşulların içersinde de idari alıkoyma işlemiyle ilişkili olabilecek;

- “*Bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için bir kimsenin usulüne uygun olarak*”

- “*Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkolik, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserin usulüne uygun olarak yakalanabileceği veya tutulabileceği*” belirtilmiştir⁷.

⁴ “Memorandum on International Legal Framework on Administrative Detention and Counter-Terrorism”, *International Commission of Jurists*, Mart 2006, s. 4, (<http://icj.concepto.ch/dwn/database/ICJMemoAdministrativeDetention&CT-2006.pdf>), 16.04.2010.

⁵ “1988 BM Herhangi Bir Biçimde Tutulan Veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü”, (<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/255-265.pdf>), 19.05.2010.

⁶ (a.g.e.).

⁷ “İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)”, 11. Protokol ile Değiştirilen ve Yeniden Düzenlenen Sözleşme Metni, (http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/aihs_01.html), 15.04.2010.

Özgürlükten yoksun bırakma ise BM Genel Kurul'u 14 Aralık 1990 tarih ve 45/113 sayılı kararıyla kabul edilen, Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Kuralları'nda (Havana Kuralları);

“bir kimsenin yargısal, idarî veya başka bir kamu makamının kararıyla tutulması, hapsedilmesi veya bu kimsenin kendi iradesiyle çıkamadığı resmî veya özel bir nezaret yerine konulması” olarak tarif edilir⁸.

2. İdari alıkoyma işlemi

2003 yılında kabul edilen Üye Devletlerde Sığınma Talebinde Bulunanların Kabulünde Minimum Standartları Düzenlemek Üzere AB Konseyi Direktifi (2. madde) *“idari alıkoyma kavramını, sığınma talebinde bulunanların bir üye devlet tarafından hareket özgürlüğünün kısıtlanması bakımından belirli bir yerde tutulmasıdır”* şeklinde tarif etmiştir⁹.

B. Avrupa Hukukunda Haklı İdari Alıkoyma Nedenleri

1. Yasal olmayan girişleri önleme

AİHS 5. madde de (1/f) taraf devletlerin *“bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonması”* bakımından idari alıkoymaya tabi tutabileceğini düzenlemiştir¹⁰. AİHM Ocak 2008 Saadi v. the United Kingdom kararında AİHS 5.1(f) bendinin, 5.1 madde de düzenlenen kişi özgürlükleri ve güvenliği genel hükmüne bir sınırlama olarak anlaşılması gerektiğine hükmetmiştir. Bu bakımdan ülkeye girişin ne zaman yasal sayılmaması gerektiği ile ilgili olarak da *“ilgili devletin girişi onaylamadığı sürece”* yasal olamayacağını belirtmiştir¹¹. Ayrıca bir kişinin giriş sınırlamalarından kaçınmaya çalıştığını gösteren durumlar dışında alıkonulmaması gerektiğinin aynı maddenin dar yorumlanması olacağını, *“kimlik kontrolü ya da sığınma talebinde bulunan kişinin talebine esas teşkil eden unsurların kontrol edilmesi”* gibi durumlarda alıkoyma işleminin hukuki olarak değerlendirilebileceğini öngörmüştür¹².

Sığınmacıların kabulü çerçevesinde idari alıkoyma (Administrative Detention in the Context of the Reception of Asylum Seekers):

⁸ “Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Kuralları”, Bölüm II, Madde 11, 2. Fıkra, (<http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=10269>), 11.05.2010.

⁹ “Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 On Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status”, (<http://www.statewatch.org/news/2006/jun/eu-asylum-procedures-directive-2005.pdf>), 24.04.2010.

¹⁰ “İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (ile Ek Protokol ve Protokol no. 4, 6, 7 12 ve 13)”, (<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3BAA147F-29C9-48CE-AF64-FB85A86B2433/0/TurkishTurc.pdf>), 13.04.2010.

¹¹ “Saadi v. The United Kingdom, 13229/03, Council of Europe: European Court of Human Rights”, 27 September 2005, 64. Paragraf.

¹² Saadi v. The United Kingdom, 13229/03, 65. Paragraf.

2001 yılında Avrupa Birliği Komisyonu'nun "üye devletlerde sığınma talebinde bulunanların kabulünde minimum standartları düzenlemek üzere AB Konseyi Direktifi" teklifinde "AB üye devletlerinin sığınma talebinde bulunanları sadece müracaatlarının incelenmesi bakımından idari alıkoyma işlemine tabi tutmaması gerektiği düzenlenmişti. Aynı teklifte üye devletlerin sığınma talebinde bulunanları yalnızca mülteci statüsünün tanınması ya da geri alınmasıyla ilgili karar alma sürecinde idari alıkoymaya tabi tutabileceği belirtilmişti¹³. 2003 yılında kabul edilen "üye devletlerde sığınma talebinde bulunanların kabulünde minimum standartları düzenlemek üzere AB Konseyi Direktifi" içeriğinde ise Komisyonun "idari alıkoyma işlemine tabi tutmama" teklifine yer verilmemiştir¹⁴.

2005 yılında kabul edilen "üye devletlerde mülteci statüsünün tanınması ya da geri alınmasıyla ilgili işlemlerde minimum standartlar AB Konseyi Direktifi (Kabul Direktifi-Reception Directive)" (7. madde, 3. paragraf) "üye devletler sığınma talebinde bulunanları ulusal hukuka uygun olarak yasal ya da kamu düzeni gerekçeleriyle belirli bir yerde sınırlandırabilir" ifadesini kullanmaktadır. Aynı maddenin 2. paragrafında da "üye devletlerin bir sığınmacının yerleşkesi hususunda kamusal çıkar, kamusal düzen nedenleriyle ya da gerekli olduğunda iltica talebinde bulunan birinin müracaatının hızlı bir şekilde değerlendirilmesi ve etkili gözetimi çerçevesinde karar verebileceği" belirtilmiştir¹⁵.

Sığınma talebiyle ilgili işlemler çerçevesinde idari alıkoyma (Detention in the context of asylum procedures):

İltica talebinde bulunan kişileri transit bir bölgede ya da bir havalimanının uluslararası bölümünde tutmak konusunda AİHM 25 Haziran 1996 tarihli Amuur-Fransa davası ile ilgili kararında; yabancıların uluslararası bölgede alıkonulmasını, söz konusu kişilere yönelik uygun güvenceler sağlandığı süreçte ve başta 1951 tarihli Mültecilerin Statüsüne Dair Cenevre Sözleşmesi ve AİHS olmak üzere uluslararası yükümlülüklerine uymaları kaydıyla, yalnızca devletlerin'in yasadışı göçü önleyebilmeleri çerçevesinde kabul edilebilir olduğunu belirtmiştir¹⁶.

¹³ "ECRE Information Note on the Council Directive 2003/9/EC of 27 January 2003: Laying down Minimum Standards for the Reception of Asylum Seekers", (<http://www.ulb.ac.be/assoc/odysseus/CEAS/ECRE%28%20JUNE%202003%20%29.pdf>) 16.05.2010.

¹⁴ "Council Directive 2003/9/EC of 27 January 2003: Laying Down Minimum Standards for The Reception of Asylum Seekers", (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:031:0018:0025:EN:PDF>), 08.04.2010.

¹⁵ Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005, On Minimum Standards on Procedures In Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status, (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:031:0018:0025:EN:PDF>), 04.04.2010.

¹⁶ Amuur v. Fransa davası, 25 Haziran 1996 tarihli karar, *Hükümler ve Kararlara İlişkin Reports*, 1996-III, No. 11, s. 847-848, paragraf 41 ve 43.

Benzer şekilde, AİHM 6 Kasım 1980 tarihli Guzzardi v. İtalya davası ile ilgili olarak, sözleşmeciler devletlerin, yabancıların kendi topraklarına girişleri ve yerleşmelerini kontrol etmenin egemenlik hakkı gereği olduğunu, ancak bu hakkın 5. Madde dahil olmak üzere AİHS hükümleri çerçevesinde kullanılması gerektiğini ifade etmiştir¹⁷.

2005 Kabul Direktifi 18. Maddesinde; hastalık kontrolü ya da kimlik tespiti gibi ilave nedenlerin varlığı dışında, üye devletlerin salt sığınmacı olduğu için bir kimseyi alıkoymayacağını ifade etmiştir. Direktifin uygulama alanı bakımından ise 3. madde “*bu direktif üye Devletlerin sınırları ya da sınırlararası geçiş bölgeleri de dâhil olmak üzere tüm (Avrupa Birliği) topraklarında yapılan sığınma talepleri için uygulanır*” demektedir¹⁸.

2. Sınırdışı etme işlemleri çerçevesinde idari alıkoyma (Detention for Deportation):

AİHM Chahal v. Birleşik Krallık davası ile ilgili verdiği kararda, bir kişinin özgürlüğünden “sınırdışı etme işlemlerinin yürütülmesi” bakımından mahrum edilebileceğini kabul ederek, sınırdışı etme ya da geri gönderme çerçevesinde idari alıkoyma kararına hukukilik kazandırmıştır¹⁹. Ancak, alıkoyma tedbirinin “hukuka uygun”luğunun incelendiği hallerde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Avrupa Sözleşmesi’nin, “(ulusal) yasada belirlenen yol”a uygun davranılıp davranılmadığı da dahil olmak üzere aslen ulusal hukukun maddi ve usul kurallarına uygunluğunu esas aldığı; buna ilâveten, özgürlükten mahrumiyet tedbirinin 5. madde hükümleri doğrultusunda, kişinin keyfi muamelelere karşı korunması amacına uygun olması gerektiği de belirtilmiştir²⁰.

3. Düzensiz göçmenlerin zorla geri gönderilmesi çerçevesinde idari alıkoyma (Detention in the context of forcible return of irregular migrants)

2008/115/AB Parlamentosu ve Konseyi Üye Devletlerde Bulunmaları Yasadışı Olan Üçüncü Ülke Yurttaşlarının Geri Dönüşü ile ilgili Ortak Standartlar ve İşlemler Direktifi (Geri Dönüş Direktifi) içeriğinde;

- (7. madde) *üye devletlerce (topraklarında) yasadışı olarak bulunan üçüncü ülke yurttaşlarına 7 ile 30 gün arasında gönüllü geri dönüş süresi tanınmasını;*
- (11. madde) *yasadışı olarak bulunan üçüncü ülke yurttaşlarının gönüllü olarak geri dönmemesi durumunda, üye devletlerin 5 yıla kadar AB giriş yasağı uygulamasını;*

¹⁷ Guzzardi v. İtalya davası, 6 Kasım 1980 tarihli karar, Seri A No. 39, s. 33, paragraf 92.

¹⁸ Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005, On Minimum Standards on Procedures In Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status, (a.g.e.).

¹⁹ AİHM, Chahal v. Birleşik Krallık davası, 15 Kasım 1996, Başvuru No. 22414/93, Reports 1996-V, 5. madde 1. fıkra f bendi.

²⁰ Gilles Dutertre, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler”, Avrupa Konseyi Yayınları, Strasbourg, 2003, s. 102, (http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/aihm_kararlarindan_ornekler.pdf)

- (13. madde) üye devletlerin yasadışı olarak bulunan üçüncü ülke yurttaşlarına geri gönderme öncesi idari alıkoyma sürecinde ulusal kanuni düzenlemelere uygun olarak yasal yardımda bulunulmasını;
- (15. madde) üye devletlere, topraklarında bulunmaları yasadışı olan üçüncü ülke yurttaşları bakımından, 6 ay'a kadar geri gönderme öncesi idari alıkoyma süresi (özel durumlarda ilave 12 ay) öngörülmüştür²¹.

4. Toplumun Sağlığı ve düzeni açısından idari alıkoyma

AİHS 5(1), “Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin usulüne uygun olarak” yakalanabileceği veya tutulabileceğini belirtmiştir²².

C. Avrupa Hukukunda İdari Alıkoyma Sürecinde Temel Haklar ve Uyulması Gereken Kurallar

Avrupa Hukuku'nda idari alıkoyma sürecinde sığınmacıların temel hakları ve uyulması gereken kurallar ile ilgili aşağıda verilen ilkelerin bir çoğu aslında 2003 tarihli Minimum Standartlar ve 2005 tarihli Kabul Direktifi'nde düzenlenmiştir. Ancak ülkeler arasında 2005 Direktifi'nin idari alıkoyma işlemine muhatap olan kişiler ya da idari alıkoyma için kullanılan merkezler bakımından uygulanıp uygulanmayacağı hakkında hala tartışmalar sürmektedir²³.

Direktiflerin içeriğinde düzenlenen temel haklar ve uyulması gereken kurallar bakımından esas alınan sığınmacıların ve mültecilerin, idari alıkoyma işlemi sürecinde direktiflerin konu alanından çıkıp çıkmadığı ile ilgili açık ifadeler olmadığı için, bu alanda ciddi bir belirsizlik ortaya çıkmıştır. Öyle ki, üye devletlerin 2005 Kabul Direktifi'ni ulusal hukuklarına nasıl aktardıklarını değerlendirmek üzere 2007 yılında yayınlanan bir AB Komisyonu raporu, 4 üye devletin ilgili direktifi belirlenen 6 Şubat 2005 tarihine kadar kendi ulusal hukuklarına aktarmadığını belirlemiştir. Yine aynı rapor, 7 üye devletin (İngiltere, Belçika, İtalya, Hollanda, Polonya, Lüksemburg, Çekoslovakya) direktifi sığınmacıların tutulduğu alıkoyma merkezlerinde uygulamadığını tespit etmiştir²⁴.

Özellikle ortak bir iltica ve göç politikası oluşturma iddiasındaki Avrupa'da, ülkeler arasında uygulamada ortaya çıkan bu tür farklılıklar, ifade edilen belirsizliğin acilen giderilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. İlgili Di-

²¹ “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”, (<http://www.detention-in-europe.org/images/stories/return%20directive.pdf>), 11.04.2010.

²² “İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)”, 11. Protokol ile Değiştirilen ve Yeniden Düzenlenen Sözleşme Metni, (http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/aihs_01.html), 15.04.2010.

²³ “Detention in The Context of The Reception of Asylum Seekers”, *Jesuit Refugee Service (JRS) Europe*, (http://www.detention-in-europe.org/index.php?option=com_content&task=view&id=101&Itemid=130), 16.04.2010.

²⁴ “Report From the Commission to the Council and to the European Parliament on The Application of Directive 2003/9/EC of 27 January 2003, Laying Down Minimum Standards For The Reception Of Asylum Seekers”, (<http://www.detention-in-europe.org/images/stories/commission%20evaluation%20reception.pdf>), 15.05.2010.

rektiflerin idari alıkoyma sürecine uygulanabilirliği konusunda soru işaretlerinin devam ettiği bir durumda, takip eden bölümde ele alınan birçok ilkenin, esasen Avrupa ülkelerinin çoğunun taraf olduğu uluslararası sözleşmelere ve AİHM'nin bağlayıcı kararlarına dayandırıldığı görülecektir.

1. Temel Kurallar

a. İhraç, sınırışı veya iade etme yasağı (non refoulement)

28 Eylül 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi II. Bölüm, 19. madde 1. fıkra da, toplu sınır dışı etme yasağını, 2. fıkra da hiç kimsenin, ölüm cezası, işkence veya başka insanlık dışı veya alçaltıcı muamele veya cezaya tabi tutulması konusunda ciddi bir tehlikenin bulunduğu bir devlete geri gönderilemeyeceği, sınırışı edilemeyeceği veya iade edilemeyeceğini düzenlemiştir²⁵.

b. Salt sığınma talebi nedeniyle alıkonulmama

Üye Devletlerde Mülteci Statüsünün Verilmesi ve Geri Alınmasına Dair Asgari Standartlara İlişkin 01 Aralık 2005 Tarih ve 2005/85/AT Sayılı Konsey Direktifi 18. madde, 1. fıkrası “*üye devletlerin bir kişiyi salt sığınma talebinde bulunması nedeniyle alıkoymayacağını*” ifade etmiştir²⁶.

c. Özgürlükten mahrumiyet tedbirleriyle ilgili AİHS'nin dar yorumlanması

AİHM Ciulla v. İtalya davası kararında, İtalya'nın örgütlü suçlarla mücadelesinin öneminin göz ardı edilmediğini, fakat AİHS 5. madde 1. fıkra da yer alan sınırlı sayıdaki özgürlükten mahrumiyet tedbirlerinin dar anlamda yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir²⁷.

d. AİHS'nde yer alan alıkoyma olasılıklarının suiniyetle kullanılması gerektiği

AİHM 24 Kasım 1994 Kemmache v. Fransa davası kararında, AİHS'si 5. madde hükümlerinde yer alan alıkoyma olasılıklarının yetkili makamlar tarafından “*suiniyetle kullanılıp kullanılmadığını da dikkate alı*” ifadesini kullanmıştır²⁸.

²⁵ “Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi”, 28 Eylül 2000,

(http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/ab_thb.html), 12.05.2010.

²⁶ “Minimum Standards for Procedures for Granting and Withdrawing Refugee Status”,

(http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/l33140_en.htm), 16.05.2010.

²⁷ Ciulla v. İtalya Davası, (22 Şubat 1989 tarihli karar, Seri A, No. 148, s. 18, paragraf 41).

²⁸ Kemmache v. Fransa Davası, (24 Kasım 1994 tarihli karar, Seri A No. 296-C, s. 89, paragraf 45).

2. İdari Alıkoymada Süreçle İlgili Uyulması Gereken Kurallar

a. Bütün tutukluların derhal, anlayabilecekleri basit, teknik olmayan dilde gözaltı için gerekli hukuki ve fiili nedenler, hakları ve alıkoyma durumunda uygulanması gereken kurallar ve şikayet prosedürü hakkında bilgilendirilmeleri

AİHM “Tutuklanan herkesin anladığı bir dilde, hemen tutuklanma nedenleri ve aleyhine ileri sürülen suçlamalar hakkında bilgilendirilmelidir” ifadesine yer veren AİHS 5. madde 2. fıkrasını “anlayabileceği teknik olmayan basit bir dilde tutuklanmasıyla ilgili gerekli yasal ve fiili nedenler hakkında bilgilendirilmelidir ki böylece (tutuklama kararının) hukukiliğine gerekli olduğunda bir mahkeme karşısında itiraz edebilsin” şeklinde yorumlamıştır²⁹. Mahkeme ayrıca bu konuda ki bilginin sözel ve yazılı olarak ilgili tarafa iletilmesini, tutuklunun kendisine sunulan bilginin yazılı bir versiyonuna sahip olmasına izin verilmesi gerektiğini öngörmüştür³⁰. Bilgilendirme ile ilgili sorumluluklar akademisyenler tarafından, iltica ile ilgili ulusal düzenlemelere ve süreçlere erişim hakkını da içerdiği şeklinde yorumlanmıştır³¹. Bu kuralların alıkoyma işlemine maruz kalan kişilere de uygulanması gerektiği sığınmacıların ve düzensiz göçmenlerin Avrupa’da idari alıkonulması ile ilgili Konsey kararının raporunda da belirtilmiştir³².

b. “Bir hâkim huzuruna çıkartılma”, “makul bir süre içinde yargılanma ya da adli kovuşturma sırasında serbest bırakılma”.

AİHM çeşitli vesilelerle, yakalanan bir kişinin “hemen bir yargıç önüne çıkarılması” ve “...makul bir süre içinde yargılanması ya da adli kovuşturma sırasında serbest bırakılması” hakkının temel özelliklerini vurgulamıştır³³. Örneğin terör eylemi şüphesiyle şahısların alıkonulduğu Brogan ve Diğerleri v. Birleşik Krallık davasında AİHM;

“AİHS’nin 5. maddesinde devlet’in bireyin özgürlük hakkına keyfi bir şekilde müdahale etmesine karşı korunması şeklinde temel bir insan hakkına ilişkin hükümler bulunduğunu, ...idarenin bireyin özgürlük hakkına müdahalesinin yargı denetimine tâbi olmasının, keyfi muamele riskini asgari seviyeye çekmeye yönelik olarak 5. madde 3. fıkrada getirilmiş olan güvencenin temel bir özelliği” olduğunu ifade etmiştir³⁴.

Jong, Baljet ve Van den Brink v. Hollanda davası kararında ise AİHM;

²⁹ Saadi v. the United Kingdom, Application No. 13229/03, Judgment [GC] 29 January 2008, Shamayev and Others v. Georgia and Russia, Application No. 36378/02, Judgment 12 April 2005.

³⁰ (a.g.e.).

³¹ Pieter Boeles ve Ashley Terlouw, “Minimum Guarantees for Asylum Procedures”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 9, No. 3, 1997, s. 472-491.

³² (a.g.e.).

³³ Brogan ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Davası, (29 Kasım 1988 tarihli karar, Seri A No. 145-B, s. 32, paragraf 58).

³⁴ (a.g.e.).

“AİHS’nin 5. madde 1. fıkrası c bendi ile bir bütün oluşturan 5. madde 3. fıkrada temel olarak, alıkoyma tedbiri makul olmaktan çıktığı anda geçici olarak kişinin serbest bırakılması şartı getirildiğini, yakalanan bir kişinin adli bir makama erişebilmesinin, 5. madde 3. fıkranın giriş bölümünde getirilen şartlara uygunluk teşkil etmek bakımından yeterli olmadığını, bu fıkra hükümlerine göre, yakalanan kişinin huzuruna çıkartıldığı adli merciin, kişinin alıkonulmasının lehinde ve aleyhindeki koşulları incelemesi, yasal kriterler uyarınca alıkoyma tedbirinin haklı olup olmadığını belirlemesi ve bu tür bir gerekçe bulunmadığı hallerde de söz konusu kişiyi serbest bırakmasına ilişkin bir yükümlülüğü bulunduğunu” belirtmiştir³⁵.

Bir başka deyişle, AİHS’nin 5. madde 3. fıkrası, adli merciin, alıkoyma şartlarını dikkate almasını gerektirmektedir.

AİHM herhangi bir gecikme olmadan hâkim huzuruna çıkarılma hakkının kapsamını Brogan davasıyla ilgili verdiği kararda, alıkonulan bir kişinin, alıkonulma hâli devam ettiği ve en kısa süre içinde serbest bırakılmadığı sürece bu haktan yararlanabileceği bakımından “yakalanan kişinin en kısa süre içinde salverilmediği hallerde, bu kişinin hâkim ya da adli bir yetkili önüne çıkarılma hakkı vardır” ifadesiyle ortaya koymuştur³⁶.

Yargıç huzuruna çıkarılmanın özellikleri bakımından ise AİHM yakalanan bir kişinin “en kısa sürede (derhal) serbest bırakılmazsa, hemen bir yargıç huzuruna çıkarılması” gerektiğini belirtmiştir³⁷. Mahkeme öncelikle Brogan davası kararında başvuru sahiplerinden hiçbirinin yakalanmalarını takiben “hemen” bir adli merci huzuruna getirilmemiş veya “hemen” salverilmemiş oldukları sonucuna vararak, AİHS 3. madde de geçen “hemen” (İngilizce: “promptly”, Fransızca: “aussitôt”) kelimesini 5. Madde 3. fıkrayı yorumlamak üzere kullanmıştır³⁸. Aynı kararda “hemen” (promptness) ifadesinin, her davanın özel şartları dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği, ancak:

“davanın özel şartlarına atfedilen önem derecesinin hiçbir zaman, devlet’in alıkonulan kişiyi hemen salvermek ya da hemen adli bir merci huzuruna çıkartmak şeklindeki yükümlülüğünü ortadan kaldıracak şekilde, güvence altına alınan hakkın özüne hâlel getirecek biçimde olamayacağını” ifade etmiştir³⁹.

Dolayısıyla, başvuru sahiplerinin yakalanma ve alıkonulmalarının bir bütün olarak toplumun teröre karşı korunması şeklinde meşru bir amaç doğrultusunda gerçekleştirilmiş olduğundan şüphe duyulmamasına rağmen, tek başına, AİHS 5. madde 3. fıkrada belirtilen özel şartların yerine getirilmesini sağlamada yeterli olmadığını belirtmiştir⁴⁰.

³⁵ Jong, Baljet ve Van den Brink v. Hollanda davası, (22 Mayıs 1984 tarihli karar, Seri A No. 77, s. 21-24, paragraf 44, 47 ve 51).

³⁶ Brogan ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Davası, (29 Kasım 1988 tarihli karar, Seri A No. 145-B, s. 32, paragraf 58).

³⁷ (a.g.e.).

³⁸ (a.g.e.).

³⁹ (a.g.e.).

⁴⁰ Gilles Dutertre, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler”, Avrupa Konseyi Yayınları, Strasbourg, Kasım 2003, (http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/aihm_kararlarindan_ornekler.pdf, s. 107-108).

Ayrıca kişinin “hemen” yargıç huzuruna çıkartılması yeterli değildir; bu usulün kendiliğinden devreye girmesi de gerekir⁴¹.

c. Herhangi bir yakalama ya da alıkoymanın iç hukukta yasal dayanağının olması

Alıkoyma işlemiyle ilgili mevcut bir davada asıl tespit edilmesi gereken husus, şikâyet edilen alıkoyma uygulamasının “*yasada belirlenen yollar*”a uygunluğu da dâhil olmak üzere, “*hukuka uygunluk*” tur. AİHS bu konuda temel olarak iç hukuku esas almakta ve bu çerçevede maddi hukuk ve usul hukuku kurallarına uyma yükümlülüğü getirmektedir. Ancak, alıkoyma uygulamasının ulusal kanunlara göre “*hukuka uygunluğu*” ne kadar önemli olsa da her zaman belirleyici değildir, çünkü herhangi bir alıkoymanın 5. madde hükümlerine uygun olması, yani bireylerin keyfi uygulamalardan korunması şartını yerine getirmesi de gerekir⁴². Bu konuda mahkemelerin incelenen süre boyunca uygulanan alıkoyma tedbirinin amacına da uygun olduğuna ikna olması gerekir⁴³. Diğer bir ifadeyle alıkoyma işleminin iç hukuk açısından yasalara uygun olması, AİHS 5. madde 3. fıkrada getirilen yükümlülüklerin askıya alınması için gerekçe teşkil edemez⁴⁴.

Bireylerin keyfi uygulamalardan korunması şartı bakımından AİHM, mahkemelerin açıkça ya da zımnen belirtilen genel ilkeler de dâhil olmak üzere, ulusal kanunun da AİHS’ye uygun olup olmadığına bakması gerektiğini, bu bağlamda özellikle özgürlükten mahrumiyet tedbiri alındığında, yasal belirlilik şartına ilişkin genel ilkenin gözetilmesinin özellikle önemli olduğunu vurgulamıştır⁴⁵. Dolayısıyla, ulusal kanunlarda özgürlükten mahrumiyete ilişkin şartların açıkça tanımlanmış olması ve kanunun uygulanmasının öngörülebilir olması, bu şekilde AİHS’nin ortaya koyduğu “*hukuka uygunluk*” standardının yerine getirilmesi esastır. Bu standart, tüm kanunların kişinin – gerekirse yasal yardım alarak – belli şartlarda makul ölçüde, herhangi bir fiilin sonuçlarını öngörmesini sağlayacak şekilde sarih olmasını gerektirir⁴⁶.

AİHM Benham v. Birleşik Krallık davasında alıkoyma uygulamasının, bir mahkeme kararını takiben gerçekleşmesi durumunda hukuka uygun olacağını belirtmiş, ulusal mahkemenin bu tür bir karar alırken ulusal kanunlara uyma-

⁴¹ Aquilina v. Malta Davası (29 Nisan 1999, Başvuru. No. 25642/94, Reports 1999-III, paragraf 49)

⁴² Benham v. Birleşik Krallık Davası (10 Haziran 1996 tarihli karar, s. 765, paragraf 40).

⁴³ Kawka v. Polonya Davası, (9 Ocak 2001 tarihli karar, Başvuru No. 25874/94, paragraf 48).

⁴⁴ Van der Leer Davası kararı (21 Şubat 1990, Seri A No. 170, s. 12, paragraf 22).

⁴⁵ Winterwerp v. Hollanda davası, (24 Ekim 1979 tarihli karar, Seri A No. 33, s. 19-20, paragraf 45); Erkalo-Hollanda davası, (2 Eylül 1998 tarihli karar, Reports of Judgments and Decisions, 1998-VI, s. 2477, paragraf 52).

⁴⁶ Birleşik Krallık Davası, (22 Kasım 1995 tarihli karar, Seri A No. 335-B, s. 41-42, paragraf 35-36); Sunday Times v. Birleşik Krallık (No. 1) davası, (26 Nisan 1979 tarihli karar, Seri A No. 30, s. 31).

dığının bilahare tespit edilmesinin, bu arada gerçekleşen alıkoyma uygulamasını geriye dönük olarak geçersiz kılamayacağı sonucuna varmıştır⁴⁷.

d. Alıkoyma kararının uygulanması sürecinde hukuki gerekçelere uygunluk

15 Kasım 1996 tarihli Chahal v. Birleşik Krallık davası kararında AİHM sınır dışı etme ile ilgili olarak AİHS 5. madde 1. fıkrada *f* bendi (madde 5-1-f) uyarınca “*bir kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesinin yalnızca sınır dışı etme işlemleri yürütüldüğü sürece haklı bulunacağına işaret etmiş, bu tür işlemlerin gerekli titizlikle yürütülmediği hallerde, alıkoyma tedbirinin sözleşme hükümlerine uygun olmayacağına*” karar vermiştir⁴⁸. Buradan, sınır dışı etme işlemine ilişkin işlemlerin süresinin aşırı uzun olup olmadığına bakılabileceği sonucu ortaya çıkmıştır.

e. İdari alıkoyma kararının hukukiliğine karşı belirli sürelerle mahkemeye başvurma hakkı

AİHM 2002 tarihli Benjamin & Wilson v. The United Kingdom davası kararında hem özgürlüğün ilk kısıtlandığı anda, hem de hukukilik ile ilgili yeni konuların ortaya çıktığı durumlarda, alıkonulan kişilerin yasal durumlarının bir mahkeme tarafından gözden geçirilmesini talep hakkı olduğunu belirtmiştir⁴⁹.

Üye Devletlerde mülteci statüsünün verilmesi ve geri alınmasına dair asgari standartlara ilişkin 01 Aralık 2005 tarih ve 2005/85/AT sayılı Konsey Direktifi” (18. madde, 2. fıkrada), “sığınma talebinde bulunan bir kimsenin idari alıkoymaya tabi tutulduğu durumlarda hızlı bir yargısal denetim imkanını sağlar” ifadesine yer vermiştir⁵⁰.

f. Yasal danışman ya da avukat hakkı

Üye Devletlerde Mülteci Statüsünün Verilmesi ve Geri Alınmasına Dair Asgari Standartlara İlişkin 01 Aralık 2005 Tarih ve 2005/85/AT Sayılı Konsey Direktifi 16. madde, 2. fıkrası; üye devletlere “*sığınma talebinde bulunan birini temsil eden ya da ona yardım eden yasal danışman veya avukata, bu kimseyle görüşebilmesi için alıkoyma tesisleri ve transit bölgeler gibi kapalı alanlara erişimini temin eder. Üye devletler talepte bulunanlara yapılacak ziyaretleri ancak, ulusal yasaların gerekli gördüğü durumlarda, belirtilen alanların güvenliği, düzeni ya da idari yönetimi bakımından objektif anlamda gerekli olduğu durum-*

⁴⁷ Benham v. Birleşik Krallık Davası (10 Haziran 1996 tarihli karar, s. 765, paragraf 42; Bozano v. Fransa Davası, (18 Aralık 1986 tarihli karar, Seri A No. 111, s. 23, paragraph 55); Komisyon’un Başvuru No. 7629/76, Krzycki v. Almanya Davası ile ilgili 9 Mart 1978 tarihli raporu, *Decisions and Reports* 13, s. 60-61.

⁴⁸ Chahal v. Birleşik Krallık Davası, (15 Kasım 1996 tarihli karar, Başvuru No. 22414/93, *Reports* 1996-V, paragraf 112 ve 117-123).

⁴⁹ Case Of Benjamin & Wilson v. The United Kingdom Davası, (26 Eylül 2002 tarihli karar, Application no. 28212/95, paragraf 33).

⁵⁰ “Minimum Standards for Procedures for Granting and Withdrawing Refugee Status”, (http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/133140_en.htm), 16.05.2010.

larda, yasal danışman ya da avukatın erişimi ciddi bir şekilde kısıtlanmadan ya da imkânsız hale getirilmeden sınırlandırabilir” ifadesini içermektedir⁵¹.

g. Serbest bırakma ya da alıkonmaya karar verirken ulusal mercilerin, mahkemede hazır bulunmayı sağlamak üzere alternatif tedbirleri dikkate alması

AİHM 21 Aralık 2001 tarihli Jablonski v. Polonya kararında AİHS 5. madde 3. fıkra uyarınca, bir kişinin serbest bırakılmasına ya da alıkonulmasına karar verirken ulusal mercilerin, bu kişinin mahkemede hazır bulunmasını sağlamak için alternatif tedbirleri de dikkate alması gerektiğini müşahede etmiştir⁵². Hatta bu madde hükümlerinde yalnızca “makul bir süre içine yargılanma ve adli kovuşturma esnasında serbest bırakılma” hakkına değil, aynı zamanda “salıverilmenin ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilecek” olduğuna da değinmiştir⁵³. Daha basit bir ifadeyle bu karar kaçma olasılığı yoksa sanığın serbest bırakılması anlamına gelmektedir.

h. İdari alıkoyma işleminin aşırı şekilde uzatılmaması

AİHM 25 Haziran 1996 tarihli Amuur v. France kararında sığınmacıların idari alıkonulmasının “aşırı bir şekilde uzatılmaması gerektiğini, diğer türlü özgürlüğün kısıtlanmasının, özgürlükten yoksun bırakmaya dönüşme riskini beraberinde getireceğini” ifade etmiştir⁵⁴. Bu bağlamda alıkoyma tedbirinin suç işleyenlere karşı değil, genelde hayatlarından endişe duyan, kendi ülkelerinden kaçmış kişilere uygulandığı gerçeğinin göz önünde bulundurulması gerektiği kanaatine varmıştır⁵⁵.

AB Parlamentosu ve Konseyi Geri Dönüş Direktifi (15. madde) ise, üye devletlere topraklarında bulunmaları yasadışı olan üçüncü ülke yurttaşları bakımından 6 ay’a kadar geri gönderme öncesi idari alıkoyma süresi (özel durumlarda ilave 12 ay) öngörmüştür.

i. Gönüllü geri dönüş süresi tanıma

Sığınmacılarla ilgili olmamakla beraber, AB Parlamentosu ve Konseyi Geri Dönüş Direktifi 7. Madde, üye devletlerce (topraklarında) yasadışı olarak bulunan üçüncü ülke yurttaşlarına 7 ile 30 gün arasında gönüllü geri dönüş süresi tanınması öngörülmüştür⁵⁶.

⁵¹ (a.g.e.)

⁵² Jablonski v. Poland - 33492/96 [2000] ECHR 685 (21 December 2000).

⁵³ (a.g.e.)

⁵⁴ AİHM Amuur v France Davası, (25 Haziran 1996 tarihli karar, Application no.17/1995/523/609).

⁵⁵ (a.g.e.)

⁵⁶ “Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council”, *Official Journal of the European Union*, 16 December 2008, (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0098:0107:EN:pdf>), 15.11.2010.

j. AİHS hükümlerine aykırı yakalama veya tutulu kalma işleminin mağduru olanlara tazminat hakkı

AİHM Wassink v. Hollanda davası kararında “AİHS’nin 1., 2., 3. ya da 4. fıkraya hükümlerine aykırı bir şekilde özgürlükten mahrumiyet söz konusu olması hâlinde tazminat isteminde bulunma imkânı bulunduğu sürece, 5. Madde 5. fıkraya hükümlerine uygunluk sağlanmış olacağını; bu fıkraya hükümlerine göre Sözleşme Devletlerin, ödenecek tazminatı ilgili kişinin ihlâl sebebiyle uğradığı zararı kanıtlayabilmesine dayandırmasının mümkün olduğunu; 5. Madde 5. fıkraya çerçevesinde, 25. Madde bağlamında da olduğu, herhangi bir zarar ortaya çıkmış olmasa da ‘mağdur’ statüsü söz konusu olabileceğini; ancak tazmin edilecek herhangi bir maddî ya da manevî zarar olmadığı sürece ‘tazminat’ söz konusu olmayacağını” ifade etmiştir⁵⁷.

3. İdari Alıkoyma İşlemine bağlı olarak tutulanlarla ilgili Koruyucu Kurallar

a. Hürriyetinden yoksun bırakılan kişilerin bulunduğu yerlere ziyarete izin verilmesi

1 Şubat 1989 yılında yürürlüğe giren İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi 2. maddesinde, “Herbir taraf, bu sözleşmeye uygun olarak, yetkili olduğu ve bir kamu makamu tarafından hürriyetinden yoksun bırakılan kişilerin bulunduğu herhangi bir yere ziyaretler yapılmasına izin verecektir” ifadesi kullanılmaktadır⁵⁸.

b. Sığınma talebinde bulunanların yaşam koşulları-özel hayat

Sığınma isteyenlerin kabul edilmesi için asgari standartların belirlendiği 27 Ocak 2003 tarihli 2003/9/EC (AT) sayılı Konsey Yönergesi, 10. madde de, “idari olarak alıkonma işlemine tabii tutulmuş sığınma talebinde bulunan kişilerin kabulü, içinde buldukları koşullara uygun olarak belirlenir” ifadesine yer verilmiştir. Yine kabul için maddi ve sağlıkla ilgili genel şartları düzenleyen 13. madde, 2. fıkraya da, “üye devletlerin yaşam koşullarını... alıkonan kişilerin durumuyla bağlantılı olarak sağlaması” gerektiği; 7. madde de alıkoyma işlemine tabii kişilerin tutuldukları yerlerin “özel hayatın devredilemez alanını etkilemeyeceği... direktifte belirtilen diğer hakların kullanımına müdahale edemeyeceği” belirtilmiştir⁵⁹.

c. Küçüklere okul ve eğitim imkanı tanınması

Sığınma isteyenlerin kabul edilmesi için asgari standartların belirlendiği 27 Ocak 2003 tarihli 2003/9/EC (AT) sayılı Konsey Yönergesi (10. madde, 1. Fıkra), “üye devletler, sığınmacıların küçük çocuklarına ve sığınma talebinde

⁵⁷ Wassink v. Hollanda Davası, (27 Eylül 1990 tarihli karar, Seri A No. 185-A, s. 14, paragraf 38).

⁵⁸ “İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi”, (<http://www.cpt.coe.int/lang/tur/tur-convention.pdf>), 18.04.2010.

⁵⁹ “Council Directive 2003/9/EC of 27 January 2003, Laying down Minimum Standards for the Reception of Asylum Seekers”, (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003L0009:EN:HTML>), 16.05.2010.

bulunan küçüklere, aileleri ya da kendileri hakkında sınırdışı tedbiri uygulanmadığı sürece, ev sahibi devletin yurttaşlarına benzer koşullarda eğitim sisteminde erişim imkanı sağlar... Bu tür eğitim konaklama merkezlerinde sağlanabilir” ifadesine yer vermiştir⁶⁰. Benzer bir hakkın idari alıkoyma durumundaki sığınmacılara da verilmesi gerektiği metnin lafzından çıkarılabilir.

d. Gerekli sağlık hizmetlerinin sağlanması

Sığınma isteyenlerin kabul edilmesi için asgari standartların belirlendiği 27 Ocak 2003 tarihli 2003/9/EC (AT) sayılı Konsey Yönergesi (15. madde, 1. fıkra), “üye devletlerin, sığınma talebinde bulunanların, acil bakım ve hastalığın temel tedavisini içerecek şekilde, gerekli sağlık hizmeti almasını temin ederler”, ve (2. fıkra) “üye devletler, özel gereksinimleri olan sığınmacılara gerekli tıbbi ya da diğer yardımları sağlar” ifadeleriyle idari alıkoyma işlemine tabi olanların talep edebileceği sağlık hizmetlerinin çerçevesini çizmiştir⁶¹.

III. ULUSLARARASI HUKUK NORMLARI VE İDARİ ALIKOYMA İŞLEMİ

1. Temel Haklar ve Özgürlükler Bakımından İdari Alıkoyma

Mültecilerin durumuyla ilgili temel belge olma konumunu koruyan Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Cenevre Sözleşmesi, 1951) içeriğinde, idari alıkoyma kavramı ve bu işlemin ne anlama geldiğine dair bir ibare yer almasa da, 31. maddenin alıkoyma işlemine hangi koşullarda, ne zaman ve nasıl başvurulabileceği hakkında önemli ipuçları verdiği gözlemlenebilir. Buna göre;

Madde 1, “Taraf devletler ...mültecilere, gecikmeden yetkili makamlara başvurarak yasadışı girişlerinin veya bulunuşlarının geçerli nedenlerini göstermeleri koşuluyla, yasadışı yollardan girişleri veya bulunuşlarından dolayı ceza vermeyeceklerdir”.

Madde 2, “Taraf Devletler, mültecilerin hareketlerine gerekli olanların dışında kısıtlama uygulamayacaklardır ve bu kısıtlamalar ancak, ülkedeki statüleri belirleninceye veya bir başka ülkeye kabulleri sağlanıncaya kadar uygulanacaktır. Taraf Devletler, bu mültecilerin diğer bir ülkeye kabullerini sağlamak için makul bir süre ve gerekli bütün kolaylıkları sağlarlar”⁶².

Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin (BMMYK) Şubat 1999 yılında yayınladığı Mültecilerin İdari Alıkonulması Hakkında Uygulanması Gereken Kriterler ve Standartlar Raporu (Kriterler ve Standartlar Raporu) devletler bakımından bağlayıcı bir nitelik taşımasa da, bu raporun BM Cenevre Sözleşmesi'nin nasıl yorumlanması gerektiği ile ilgili önemli bir kılavuz olduğu bazı uzmanlarca kabul edilmektedir⁶³. Belirtilen çerçevede BMMYK 1999 Kriterler ve Standartlar Raporu “genel prensip” olarak mültecilerin “idari alıko-

⁶⁰ (a.g.e.).

⁶¹ (a.g.e.).

⁶² 1951 Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, (<http://www.unhcr.org/tr/MEP/FTPRoot/Dosyalar/Anasayfa/sozlesme.pdf>), 16.05.2010.

⁶³ Andre Olivie, “International Law and the Detention of Refugees (Asylum Seekers)”, (<http://olivielaw.wordpress.com/2010/02/12/hello-world/>), 18.05.2010.

nulmaması” gerektiğini, bu uygulamaya ancak yetkili mercilere bildirim ya da kefalet gibi alıkoymaya alternatif diğer gözetleme mekanizmalarının uygulanamayacağı hakkında delillerin varlığı durumlarında “*istisnai*” olarak başvurulmasının lüzumunu ifade etmiştir⁶⁴. Yine raporda idari “*istisnai olarak uygulanma*” kavramının;

- iltica talebinde bulunan kişinin kimliğini tespit etme;
- mülteci statüsü için yapılan başvurunun üzerine kurulduğu unsurları belirleme;
- sığınmacıların kendi seyahat ve / veya kimlik belgelerini yok etmesi ya da iltica etme niyetinde oldukları devletin yetkili mercilerini yanıltmak istemesi;
- iltica edilen devletin ulusal güvenliğinin ve kamu düzeninin korunmak istenmesi koşullarına bağlandığı belirtilmiştir⁶⁵.

Dolayısıyla alıkoyma işleminin her hangi bir ülkeye düzensiz bir şekilde gelen sığınmacılara karşı “*otomatik*” ve “*lüzumsuz uzunlukta*” uygulanamayacağı, her bir vakanın “*bireysel olarak ve kendi özel koşulları içerisinde*” değerlendirilmesinin doğru olacağı öne sürülmüştür⁶⁶.

BMMYK 1999 Kriterler ve Standartlar Raporu idari alıkoymaya karşı;

- yasal danışma hakkı,
- imkân olduğunda ücretsiz yasal yardım alma hakkı,
- alıkoyma işleminin otomatik olarak (alıkoyan yetkililerin dışında) bir yasal ya da idari makamca bağımsız denetimini isteme hakkı,
- alıkoymanın gerekliliğine itiraz hakkı,
- BMMYK başta olmak üzere, mültecilerle ilgili mevcut ulusal organlar ya da başka acentelerle ve mülteci hakları savunucusuyla irtibata geçme ve bunlar tarafından irtibata geçilebilme; ifade edilenlerin temsilcileriyle özel iletişim de bulunabilme ve irtibatın kurulabilmesi için gerekli imkânların sağlanmasını isteme hakkı gibi prosedüre ilişkin güvencelere de yer vermiştir⁶⁷.

BMMYK Hong Kong’da mülteci statüsünün belirlenmesi süreciyle ilgili yayınladığı bir notta ise “*yabancı bir çevrede bulunmalarından kaynaklanan tesire açık durumları nedeniyle, sığınmacıların iltica müracaatının nasıl yapılabileceği konusunda lüzumlu bilgileri edinmelerinin sağlanması*” gerektiğine dikkat çekmiştir⁶⁸.

⁶⁴ “, UNHCR’s Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers: Guideline 2-General Principle, February 1999, (<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3c2b3f844.pdf>), s. 17.05.2010.

⁶⁵ “, UNHCR’s Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers: Guideline 3-Exceptional Grounds for Detention”, February 1999, (<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3c2b3f844.pdf>), 17.05.2010.

⁶⁶ “Detention of Refugees and Asylum-Seekers”, UNHCR Executive Committee Conclusions, Document symbol: No. 44 (XXXVII), 13 Oct 1986, (<http://www.globaldetentionproject.org/fileadmin/docs/UNHCR-Executive-Committee-1986-Conclusion-No44.pdf>), 13.09.2010.

⁶⁷ (a.g.e).

⁶⁸ Michael Alexander, “Refugee Status Determination Conducted by UNHCR, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 11, No. 251, 1999, s. 19.

1965 tarihli BM Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmesi çerçevesinde oluşturulan Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi (CERD) yurttaş olmayan kişilere karşı ayrımcılığın önlenmesi hakkındaki yorumunda devletlerin kendi vatandaşı olmayan kişilerin “keyfi alıkoymaya” karşı güvenliğini koruması gerektiğini ifade etmiştir⁶⁹.

İnsan Hakları Genel Bildirgesi’ndeki genel hakların bazılarını detaylandırıp, genişleten 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (ICCPR) 9. maddesinde “Herkes kişi özgürlüğü ve kişi güvenliği hakkına sahiptir. Hiç kimse keyfi olarak gözaltına alınamaz veya tutulamaz. Hiç kimse hukukun öngördüğü sebepler ve usuller dışında özgürlüğünden yoksun bırakılamaz” ifadesine yer vermiştir⁷⁰. Aynı maddeye göre gözaltına alınan veya tutularak özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kimse;

- “...gözaltına alınma sebepleri hakkında gözaltına alındığı sırada ve kendisine isnat edilen suçlar konusunda derhal bilgilendirilir”;

- “derhal bir yargıç veya hukuken yargılama yetkisine sahip diğer bir görevli önüne çıkarılır ve bu kimse makul bir sürede yargılanma veya salıverilme hakkına sahiptir. Yargılanan bir kimsenin tutuklanması genel bir kural olamaz, yargılamanın her aşamasında tutuklunun salıverilmesine karar verilebilir; salıverilme bu kimsenin duruşmaya gelmesini sağlamak ve mahkum edilmesi halinde hükmün infazını temin etmek için teminata bağlanabilir;

- tutulmasının hukukiliği hakkında hemen karar verebilecek ve ulusal güvenliğin zorlayıcı şartları hariç, sınır dışı etme kararına karşı itiraz etmesine ve bu itirazının önünde temsil edilebileceği yetkili bir makam veya yetkili makamın görevlendirdiği bir kişi ve kişiler tarafından denetlenmesi imkânı verilir” ifadelelerine yer vermektedir⁷¹.

Belirtilen ifadelerle ilgili olarak BM İnsan Hakları Komitesi 9. maddenin iltica talep edenlerin keyfi olarak alıkonulabileceği iddiasına bir temel oluşturamayacağı sonucuna varmıştır⁷². Komite ayrıca alıkoyma kararının “gereklilik” bakımından “periyodik gözden geçirmeye” tabi tutulması gerektiğini, bu kararın süre bakımından devletlerin meşru nedenler sunabileceklerinin ötesinde “uzatılmayacağını” öne sürmüştür⁷³. Yine Komite yasal olmayan giriş eyleminin, kaçma riski ya da işbirliğinde bulunmama gibi unsurlarla birleştiği durumlarda alıkoyma işleminin belirli sürelerle uygulanmasına yasal zemin oluşturabilece-

⁶⁹ “Discrimination Against Non Citizens, Office of the High commissioner for Human Rights”, General Recommendation No.30, 01.10.2004, paragraph 19, ([http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/e3980a673769e229c1256f8d0057cd3d?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/e3980a673769e229c1256f8d0057cd3d?Opendocument)), 11.08.2010.

⁷⁰ “Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi”, 16 Aralık 1966 tarih ve 2200 A. (XXI) sayılı BM Genel Kurulu Kararı, (<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf>), 14.04.2010.

⁷¹ (a.g.e.).

⁷² Shafiq v. Australia 2006, para. 7.2; A. v. Australia, 1997, para. 9.4; Bakhtiyari v. Australia 2003, para. 9.2.

⁷³ (a.g.e.).

ğini, bu faktörlerin yokluğunda ise ülkeye girişin yasal olmadığı durumlarda bile alıkoyma kararının keyfi olacağını belirtmiştir⁷⁴.

Diğer taraftan, ICCPR 10. madde de “Özgürlüğünden yoksun bırakılan herkes, insani muamele ve insanın doğuştan sahip olduğu insanlık onuruna saygı görme hakkına sahiptir” ifadesine yer verilmiştir. Burada yer alan “insani muamele” ve “insan onuruna saygı” ifadelerinin, devletlerin alıkoyma işlemini kendileriyle ilgili göçmenlik sorunlarıyla mücadele, ülkeye göç hareketlerinin kısıtlanması bakımından belirli bir idari yaptırım çerçevesinde uygulanmasının önüne geçtiği düşünülebilir.

1990 tarihli Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme (ICRMW), haklı idari alıkoyma nedenleri, alıkoyma sürecinde uyulması gereken kurallar ve alıkonan bireylere tanınması gereken haklar konusunda ipuçları vermektedir⁷⁵. İlgili sözleşmede (16. madde);

- Göçmen işçiler ve aile fertlerinin kanunla belirlenen usullere uygun durumlar ve nedenler dışında, “bireysel ya da toplu olarak keyfi tutuklamaya veya gözaltına almaya maruz bırakılmayacağı”
- Göçmen işçiler ve aile fertlerine tutuklandıkları zaman imkânlar ölçüsünde “anladıkları bir lisanla, tutuklanma sebepleri hakkında bilgilendirilecekleri, anladıkları bir lisanla kendilerine yöneltilen suçlamalar hakkında gecikmesizin kendilerine bilgi verileceği”;
- Gözaltına alınan veya tutuklananların göçmen işçilerin ve aile fertlerinin “yetkili hâkim veya kanunla yargılama yetkisi verilmiş bir görevlinin önüne çıkarılacakları”, “makul bir süre içerisinde yargılanacak ya da serbest bırakılacakları”, “yargılanmayı bekleme süresi boyunca tutukluluğun genel bir kural olmaması gerektiği”, “serbest bırakılmanın”, yargı sürecinin herhangi bir aşamasında ve gerekirse, kararın ifası için, tekrar yargı önünde ispat-ı vücut edilmesini güvenceye almak koşuluna bağlı kılınabileceği;
- Tutuklanan, yargılanmak üzere cezaevine konulan ya da başka herhangi bir şekilde gözaltına alınan göçmen işçilerin ve aile fertlerinin talep etmesi durumunda, vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu Orijin Devletin veya o Devletin menfaatlerini temsil eden bir Devletin diplomatik veya konsolosluk makamlarının, “tutuklanma veya gözaltına alınma durumu ve sebepleri hakkında gecikmeksizin bilgilendirilmesi” gerektiği, belirtilen kişilerin “anılan makamlarla haberleşme hakkına haiz olacağı”;
- Hürriyetlerinden mahrum kalan göçmen işçilerin ve aile fertlerinin “tutukluluk durumlarının kanuna uygun olup olmadığının gecikmeksizin karara bağlanabilmesi ve gözaltına alınma hali yasal değilse serbest bırakılmaları amacıyla yetkili bir mahkemeye başvurma hakkına sahip oldukları”, mahkemeye başvurduklarında, şayet kullanılan lisanı konuşamıyorlar veya anlayamıyorlarsa, kendilerine, gerekirse malî yük getirmeyecek şekilde, “ücretsiz tercüman

⁷⁴ C v Australia 2002, para. 8.2; Shams and others v Australia 2007, para. 7.2.

⁷⁵ “Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme”, 18 Aralık 1990 tarih ve 45/158 sayılı BM Genel Kurulu Kararı, (http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/gocmen.pdf), 14.05.2010.

hizmetleri sağlanması” gerektiği, yasalara aykırı şekilde tutuklanan veya gözaltına alınanların “tazminata yasal hakları olacağı”;

- (17. madde), sanık durumundakileri istisnai şartlar dışında, “hüküm giymiş kişilerden ayrı tutulacakları ve haklarında henüz hüküm verilmemiş kişi olarak durumlarına uygun muamele görecekleri”;

- Sanık gençlerin “yetişkinlerden ayrı tutulacakları”, “yaş ve hukuki statülerine uygun muamele görecekleri”;

- Göç ile ilgili yasaların ihlali sebebiyle gözaltına alınma halinde, imkânlar ölçüsünde, “hüküm giymiş veya yargılanmak üzere gözaltında bulunan kişilerden ayrı bir yerde bulundurulacağı”;

- Gözaltı veya tutukluluk süresince, aile fertlerinin ziyaretleri bakımından bulunulan ülkenin vatandaşlarına sağlanan haklardan aynen yararlandırılması gerektiği

- Bir göçmen işçinin hürriyetinden mahrum bırakılması halinde, ilgili devletin yetkili organlarınca, “eş ve küçük çocuklar başta olmak üzere, işçinin aile fertleri bakımından ortaya çıkabilecek sorunların” dikkate alınacağı;

- Bir göçmen işçi veya aile ferdinin, göç ile ilgili yasaların herhangi bir şekilde ihlal edilip edilmediğinin tespiti amacıyla gözaltına alınması durumunda “yapılan işlemlere ilişkin masrafları ödemeyeceği” ifade edilmiştir⁷⁶.

Benzer düzlemde BM Genel Kurulu’nun 9 Aralık 1988 tarihli ve 43/173 sayılı kararıyla kabul edilen Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması için Prensipler Bütünü;

- (4. madde) her türlü tutma veya hapsedme kararı ve tutulan veya hapsedilen bir kimsenin insan haklarını her hangi bir biçimde etkileyen bütün tedbirlere yargısal veya diğer bir makam tarafından karar verileceği veya bu tedbirlerin bu makamların etkili denetimine tabi tutulacağı;

- (11. madde) yargılanma veya diğer bir makam tarafından hemen dinlenmesi için kendisine etkili bir imkân verilmeyen bir kimsenin gözaltında tutulu bırakılmayacağı, tutulan bir kimsenin, kendini bizzat savunma veya hukukten öngörülen usule göre avukattan yardım alma hakkına sahip olduğu;

- tutulan veya hapsedilen kişilere ya da varsa avukatına tutma gerekçelerinin yer aldığı bir tutma kararının hemen tebliğini;

- yargısal veya diğer bir makama, tutmanın devamına gerek olup olmadığını inceleme yetkisinin verilmesini;

- (15. madde) tutulan veya hapsedilen bir kimsenin dış dünyayla ve özellikle ailesi ve avukatı ile iletişim kurmasının yaklaşık bir-iki günden daha uzun bir süre engellenemeyeceği;

- (16. madde) tutulan veya hapsedilen bir kimsenin durumunu aile üyelerine veya kendisinin tercih ettiği başka uygun kişilere, vatandaşı olduğu devletin konsolosluğu veya diplomatik temsilciliğine, koruması altında olduğu uluslararası örgütün temsilcisine bildirme veya yetkili makamların bildirmesini isteme hakkına sahip olduğunu;

⁷⁶ 1990 Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme,

(http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/gocmen.pdf), 14.05.2010.

- (32. madde) tutulan bir kimsenin veya avukatının iç hukuka göre her zaman tutmanın hukukiliğine karşı itirazda bulunmak ve tutulması hukuki değilse hemen salıverilmesini sağlamak için yargısal veya diğer bir makama başvurma hakkına sahip olduğu;

- Hukuki süreçler için yeterli mali imkânı bulunmayanlardan masraf alınmayacağı belirtilmiştir⁷⁷.

Diğer taraftan 1987 tarihli Avrupa İşkencenin ve İnsanlık dışı veya Onur kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Anlaşması (CPT) çerçevesinde oluşturulan ve Avrupa ülkeleri için de bağlayıcı olan CPT Standartları “*özgürlüklerinden mahrum bırakılmış kişilere sunulan sağlık ve bakım hizmetlerinin doğrudan CPT'nin görev alanı ile ilgili olduğunu... ‘yetersiz sağlık hizmetlerinin’, ‘insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele’ teriminin kapsamına giren koşulların hızla ortaya çıkmasına neden olabileceğine*” değinmiştir.⁷⁸

2000 tarihli Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol (OHCHR) hükümleri de idari alıkoyma işleminin uygulanması bakımından durumları itibarıyla bazı kişilere özel koşullar sağlanması gerektiği hakkında ipuçları vermektedir⁷⁹. Buna göre 6. madde sözleşmeye taraf devletlerin uygun durumlarda, sivil toplum örgütleriyle, diğer ilgili kuruluşlarla ve sivil toplumun diğer unsurlarıyla işbirliği içinde “*uygun barınma olanağı, anlaşılabilir bir dilde özellikle yasal haklara ilişkin danışmanlık hizmeti ve bilgi verilmesi, tıbbi, psikolojik ve maddi yardım yapılması, çalışma, öğrenim ve eğitim olanakları*” hususlarında insan ticareti mağdurlarının “*fiziksel, psikolojik ve sosyal yönden iyileşmelerini sağlamak için önlemler alınıp uygulanmasını değerlendirecektir*” ifadesine yer vermektedir. Yine her taraf devletin bu madde hükümlerini uygularken, “*insan ticareti mağdurlarının yaşını, cinsiyetini ve uygun barınma, eğitim ve bakım dâhil, özel ihtiyaçlarını ve özellikle çocukların özel ihtiyaçlarını dikkate alacağı*” belirtilmiştir⁸⁰.

1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ise idari alıkoyma durumunda çocuklara uygulanması gereken kurallara ilişkin düzenlemeler içermektedir⁸¹. Buna göre (37. madde) taraf devletlerin;

⁷⁷ “Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü”, 9 Aralık 1988 tarih ve 43/173 sayılı BM Genel Kurulu Kararı, (<http://www.tbmm.gov.tr/komision/insanhaklari/pdf01/255-265.pdf>), 19.05.2010.

⁷⁸ “Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Anlaşması”, 10 Aralık 1984 tarih ve 39/46 sayılı BM Genel Kurulu Kararı, IV. Bölüm, C fıkrası, (<http://www.cpt.coe.int/lang/tur/tur-standards.pdf>), 21.04.2010

⁷⁹ “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol”, 12-13 Aralık 2000, Palermo, (<http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4804.html>), 17.05.2010.

⁸⁰ (a.g.e.).

⁸¹ “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”, Birleşmiş Milletler, 1989, (<http://www.tbmm.gov.tr/komision/insanhaklari/pdf01/137-160.pdf>), 11.05.2010.

- “hiç bir çocuğun işkence veya diğer zalimce, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ve cezaya tabi tutulmamasını;
- hiç bir çocuğun yasa dışı ya da keyfi biçimde özgürlüğünden yoksun bırakılmamasını,
- bir çocuğun tutuklanması, alıkonulması veya hapsinin yasa gereği olacak ve ancak en son baş vurulacak bir önlem olarak düşünülüp, uygun olabilecek en kısa süre ile sınırlı tutulmasını;
- insancıl biçimde ve insan kişiliğinin özünde bulunan saygınlık ve kendi yaşındaki kişilerin gereksinimleri göz önünde tutularak davranılmasını;
- özgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuğa insancıl biçimde ve insan kişiliğinin özünde bulunan saygınlık ve kendi yaşındaki kişilerin gereksinimleri göz önünde tutularak davranılmasını;
- özgürlüğünden yoksun olan her çocuğun, kendi yüksek yararı aksini gerektirmedikçe, özellikle yetişkinlerden ayrı tutulmasını, olağanüstü durumlar dışında ailesi ile yazışma ve görüşme yoluyla ilişki kurabilmesini sağlamak zorunda olduğunu” ifade etmiştir.

Aynı Sözleşmenin 22. maddesinde ise taraf devletler;

- “ister tek başına olsun isterse anne-babası veya herhangi bir başka kimse ile birlikte bulunsun, mülteci statüsü kazanmaya çalışan ya da uluslararası iç hukuk kural ve usulleri uyarınca mülteci sayılan bir çocuğun, bu Sözleşmede ve insan haklarına veya insani konulara ilişkin ve söz konusu devletlerin taraf oldukları diğer uluslararası sözleşmelerde tanınan ve bu duruma uygulanabilir nitelikte bulunan hakları kullanması amacıyla koruma ve insani yardımdan yararlanması için gerekli bütün önlemleri alır”;
- “uygun gördükleri ölçüde, BM teşkilatı ve onunla işbirliği yapan hükümetler arası ve hükümet dışı yetkili başka kuruluşlarla bu durumda olan bir çocuğu korumak, ona yardım etmek, herhangi bir mülteci çocuğun ailesiyle yeniden bir araya gelebilmesi için anne-babası veya ailesinin başka üyeleri hakkında bilgi toplamak amacıyla işbirliğinde bulunur”.
- “herhangi bir nedenle kendi aile çevresinden sürekli ya da geçici olarak ayrı düşmüş bir çocuğa bu sözleşmeye göre tanınan koruma, aynı esaslar içinde, anne-babası ya da ailesini başkaca üyelerinden hiç birisi bulunamayan çocuğa da tanınır” denmektedir⁸².

Çocuk Hakları Komitesi de bu prensiplerin ne anlama geldiği ile ilgili olarak yaptığı yorumda, çocukların idari alıkonulmasının “en son çare” olarak ve “mümkün olan en kısa süre için” uygulanması gerektiği kanaatine varmıştır⁸³. Komisyon yine ilgili (hukuki) süreçlerin hızlandırılarak, çocukların idari alı-

⁸² (a.g.e.).

⁸³ “Treatment of Unaccompanied and Separated Children outside Their Country of Origin (Menşe Ülkesi Sınırları Dışında Refakatsiz Kalan ve Ailelerinden Ayrı Düşen Çocuklara Karşı Muamele)”, General Comment No. 6 (2005), (<http://www.globaldetentionproject.org/fileadmin/docs/Committee-on-the-Rights-of-the-Child-2005a.pdf>), 12.05.2010.

koyma kapsamından çıkarılıp, alıkoymaya alternatif başka barınma yerlerine (bu yerlerle ilgili bir detay vermeden) alınması gerektiğini belirtmiştir⁸⁴.

Yine çocuklar ve ailelerin idari alıkonulması ile ilgili olarak 1999 BMMYK Kriterler ve Standartlar Raporu, “*çocukların ailelerinden ayrılmamasını; iltica talebinde bulunmuş ya da mülteci pozisyonları kabul edilmemiş, refakat edilen veya edilmeyen çocukların gerekli koruma ve yardımdan faydalandırılmasını; alınan her türlü karar ve uygulamada çocukların temel çıkarlarının esas olarak dikkate alınmasını; çocukların ve ailelerinin alıkonulmasının en son çare olarak, en kısa süre için değerlendirilmesi gerektiğini, çocukların ve ailelerin alıkonulma durumundan çıkartılıp, alternatif yerleşke imkanı sunulmasını*” düzenlemiştir⁸⁵.

Aynı rapor refakat edilmeyen yaşlılar, işkence ya da travma mağdurları fiziki ya da mental engelli kişilerin alıkonulması gerektiğinde devletlerin, alıkoyma işleminin psikolojik etkileri göz önünde bulundurularak, alternatif tutma yöntemleri aranması gerektiğini de belirtmiştir. Kadınların ve vatansızların idari alıkonulmasıyla ilgili kılavuz olma niteliğindeki bu rapor ayrıca, alıkoyma şartlarına ilişkin bölümde ilgili merkezlerin nasıl olması gerektiğine dair;

- İltica talebinde bulunanlar için ayrı tesislerin sağlanması, buna imkân olmadığında iltica talebinde bulunanların mahkûmlardan ayrılması, hapisanelerin mümkün olduğunca kullanılmamasını, alıkoyma merkezlerinde cinsiyet ve aile ayrımının yapılması gerektiğini;
- Alıkoyma merkezlerinde düzenli ziyaret edilme, tıbbi yardım ve psikolojik destek, eğitim, fiziki egzersiz, dini yaşayış, insana yakışan şekilde temel ihtiyaçların giderilebilmesi ve son olarak şikâyet olanaklarının sağlanmasını öngörmüştür⁸⁶.

BM Genel Kurulu'nun 14 Aralık 1990 tarih ve 45/113 sayılı kararıyla kabul edilen, Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına İlişkin BM Kuralları da 18 yaşından küçük çocukların idari alıkonulması durumunda uygulanması gereken minimum standartlar hakkında dikkate değer düzenlemeler içermektedir. Belirtilen minimum standartlar arasında çocukların tutulduğu merkezler, yerleşke ve çevresel şartlar, tutulmayla ilgili esas koşullar bulunmaktadır. Özellikle 2. madde de “*özgürlükten yoksun bırakmanın başvurulabilecek en son tedbir olduğu, bu tedbirin istisnai hallerde ve zorunlu asgari bir süre için kullanılabileceği, özgürlükten yoksun bırakma süresinin uzunluğuna yetkili yargı makamlarının karar vereceği, bunda çocuğun daha erken salıverilmesi ihtimalini ortadan kaldırmayacağı*” ifade edilmiştir⁸⁷.

1984 tarihli İşkence ve Diğer Zalimane Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, idari alıkoyma işlemi-

⁸⁴ (a.g.e.)

⁸⁵ “UNHCR’s Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers February 1999”, (<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3c2b3f84.pdf>), 17.05.2010.

⁸⁶ Guideline 8 ve 10, (a.g.e.).

⁸⁷ “Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Kuralları”, Bölüm II, Madde 11, 2. Fıkra, (<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/269-286.pdf>), 11.05.2010.

nin uygulanması, işlemin parçası olan kişilerin ve personelin eğitimi, mevcut yöntemlerin ve düzenlemelerin sistematik gözden geçirilmesi gibi konulara ışık tutmaktadır⁸⁸. Buna göre Sözleşmenin;

• 10. maddesinde “Her taraf devlet, işkencenin yasaklanmasına dair eğitim ve bilginin kanun uygulayıcı personel, sivil veya askeri, tıbbi personel, kamu görevlileri ve herhangi bir şekilde tutaklanan, nezarete alınan veya hapsedilen (cezaevine konulan) herhangi bir şahsın tutuklanması, sorgulanması veya muamelesiyle ilgilenebilecek diğer şahısların eğitim programına dahil edilmesini sağlayacaktır”;

• 11. maddesinde “Her taraf devlet, işkence olaylarını önlemek amacıyla, yetkisi altındaki ülkelerde herhangi bir şekilde tutuklanan, nezarete alınan veya hapsedilen kişilerin tutuklanması ve tabi tutulacağı muamele ile ilgili düzenlemeleri ve bunlara ait sorgulama kurallarını, talimatları, yöntemleri ve uygulamaları sistematik şekilde gözden geçirecektir” ifadelerine yer verilmiştir⁸⁹.

2. Avrupa Ülkelerinde İdari Alıkoyma Uygulamaları ve Eleştirisi

Son yıllarda Avrupa ülkeleri artan göç hareketlerine karşı bir tepki, bir caydırıcılık aracı olarak idari alıkoyma mekanizmasını kullanmaya başlamışlardır. Bununla elde edilmek istenen sonuç bir yönüyle kendilerine yönelmiş yasadışı göçü önlemek, diğer yönüyle de kendi toplumlarına iltica ya da düzensiz göç konularında tavizsiz davranıldığını göstermek olmuştur. Ancak varılan sonuç sadece kendi topraklarında kimlerin bulunup bulunamayacağını belirlemeye dayanan egemenlik hakkının kullanılması, bu hakka dayanarak yasadışı göçmenlerin ülkelere geri gönderilmesi, sınır dışı etme ya da geri göndermeyle ilgili süreç yürütülürken kaçma ihtimaline karşı ya da kamu güvenliği/düzeni gerekçeleriyle belirli bir yerde misafir etmenin ötesine geçmiştir.

Sürecin başında iddia edilen aksine, alıkoyma uygulamaları sığınma talebinde bulunanlar ya da henüz mülteci statüsü belirlenmemiş kişiler başta olmak üzere, devletlerin ülkelerinde bulunmasını istemedikleri insanları, yani düzensiz göçmenleri bir çeşit cezalandırma aracı haline gelmiştir. Aynı uygulamalar zaman zaman ülkeden henüz çıkmamış olanlara “ya gidin, ya da siz de aynı duruma düşersiniz” mesajı vermek, gelecekte ortaya çıkması muhtemel insan hareketlerini caydırmak üzere bir ibret vesilesi durumuna getirilmiştir. Bazı durumlarda cezalandırma ya da ibret olma unsuru o kadar abartılmıştır ki, alıkonulan kişilerin insan olmaktan kaynaklanan haklarının sınırlarının zorlandığı gözlemlenebilmiştir.

a. İdari alıkoyma süreciyle ilgili belirsiz alan

Avrupa Hukuku’nda idari alıkoyma sürecinde temel haklar ve uyulması gereken kurallar ile ilgili bölümde, özellikle 2005 Kabul Direktifi’nde yer alan düzenlemelerin idari alıkoyma işlemine muhatap olan kişilere ya da idari alıkoyma için kullanılan merkezlere de uygulanıp uygulanamayacağı hakkında bir

⁸⁸ “İşkence ve Diğer Zalimane Gayriinsani veya Küçültücü Muamele Veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, (<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/269-286.pdf>), 16.05.2010.

⁸⁹ (a.g.e.).

belirsizliğin olduğu belirtilmişti. Belirsizliğin varlığının Avrupa Komisyonu tarafından da kabul edildiği, Aralık 2008’de yayınlanan 2005 Kabul Direktifinin Yeniden Düzenlenmesi teklifinin içeriğinden anlaşılmaktadır⁹⁰. Belirsizliği ortadan kaldırmak adına önemli bir adım kabul edilebilecek bu teklifte, Komisyon öncelikle idari alıkoyma işleminin “*keyfi*” olarak uygulanamayacağını, temel haklara da “*her koşulda*” saygı gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir⁹¹. Keyfililiğin çerçevesini çizme bakımından ise, bir kişinin salt uluslararası koruma arayışı nedeniyle idari olarak alıkonulamayacağını, bu işlemin ancak “*istisnai*” durumlarda uygulanabileceğini ifade etmiştir. İstisnai durum kavramının anlaşılması bakımından da, Şubat 1999 BMMYK Kriterler ve Standartlar Raporu’nu ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin sığınmacıların idari alıkonulması hakkında önlemler kararının esas alınabileceğini işaret etmiştir⁹².

Aslında şu ana kadar AİHM’nin verdiği çoğu karar idari alıkoyma sürecinde sağlanması gereken haklar ve uyulması gereken kurallar bakımından Komisyonun teklifinde yer verilen, fakat ilgili Direktif’lerde açıkça belirtilmeyen hususları içermektedir. Alıkoymada “*gereklilik*” ve “*orantılılık*”, her vakanın kendi özel koşullarında tek tek değerlendirilmesi, çocuklar başta olmak üzere kadınlar, yaşlılar, engelliler ve diğer koruması gereken kişiler kesinlikle alıkonulmaması gibi hususlara bu teklifte açıkça yer verilmektedir⁹³.

Komisyonun yaptığı yeniden düzenleme teklifi bu alandaki boşluğu özellikle de BMMYK raporu ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Kararına atıfla ortaya koysa da, ilgili boşluğun doldurulması için henüz bir Direktif’in düzenlenmemiş olması, idari alıkoyma işleminde sağlanması gereken haklar ve uyulması gereken kurallar bakımından inisiyatifin hala ilgili devletlerde olduğu anlamına gelmektedir. Zira devletler yukarıda Avrupa merkezli ya da uluslararası nitelikli değişik sözleşmelerde yer alan prensiplere göre iç hukuklarını düzenleyip düzenlememekte serbest kalmaktadırlar ki bu durum ortak göç ve iltica politikası kurma hedefiyle bağdaşmamaktadır. Bu alanda Direktif boyutunda yapılacak bir düzenleme ise idari alıkoyma uygulamaları ile ilgili Avrupa ülkelerinde ortaya çıkan farklılıkları ortadan kaldıracaktır.

b. İdari alıkoyma işleminin hukukiliği: “otomatik” ve “lüzumsuz uzunlukta” uygulama

İdari alıkoyma işlemi ile ilgili Avrupa ülkelerindeki uygulamalara getirilen en başta eleştiriler sürecin otomatik ve lüzumsuz uzunlukta olmasından kaynaklanmaktadır⁹⁴. Almanya, Belçika, Fransa, İtalya, İngiltere, İrlanda başta

⁹⁰ “Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council: Laying down Minimum Standards for the Reception of Asylum Seekers (Recast)”, Brussels, SEC(2008) 2944-2945, (http://www.detention-in-europe.org/images/stories/03dec08_commission%20amendments_recep%20conditions.pdf), 17.05.2010.

⁹¹ (a.g.e.), Legal Elements of the Proposal, Paragraph 4: Detention, s. 5-6.

⁹² (a.g.e.), Legal Elements of the Proposal, Paragraph 4: Detention, s. 6.

⁹³ (a.g.e.), Legal Elements of the Proposal, Paragraph 4: Detention, s. 6.

⁹⁴ Patricia Coelho, “The Return of Asylum Seekers whose Applications have been Rejected in Europe, European Council on Refugees and Exiles”, June 2005, (http://www.ecre.org/files/exsum%20ECRE%20WF%20Return_Jun05.pdf), s. 30, 11.05.2010.

olmak üzere birçok ülke, genelde yabancıları ya da sığınmacıları geçerli seyahat-kimlik belgeleri olmadığı, sahte belgelerle ülkeye girmeye çalıştıkları ya da yetkili otoriteleri yanıltma, bu otoritelerden kaçınma girişiminde bulduklarını düşündürecek durumlarda alıkoymaktadırlar⁹⁵. Alıkoyma ile ilgili diğer gerekçeler de, yabancıların ya da sığınmacıların ülkede bulunma veya iltica taleplerinin kabul edilmediği, bu nedenle haklarında sınır dışı etme ya da ülkeden çıkarılma kararı alındığı, ülkede bulunmalarının kamu düzenine ya da ulusal güvenliğe tehdit oluşturduğu düşünüldüğü durumlar olabilmektedir. Alıkoyma ülkelere giriş noktalarında olabileceği gibi, ülke içersinde yapılan kontroller sırasında yakalama şeklinde de ortaya çıkabilmektedir⁹⁶. Üye devletlerde ortaya çıkan küçükleri de içeren otomatik idari alıkoyma uygulamalarının yaygınlığı karşısında, AB Komisyonu 2007 yılında yayınladığı bir raporda, bu tür uygulamaların 2005 Kabul Direktifi'ne aykırı olduğunu ifade etmek zorunda kalmıştır⁹⁷.

Alıkoyma süreleri bakımından İtalya'da 20 ila 60 gün, Fransa'da 20 ila 32 gün, Yunanistan'da 3 ay'a kadar, Belçika'da 2 ila 8 ay, Avusturya'da 2 ay ila 2 yıl, İngiltere sınırsız olmak üzere farklı uygulamalarla karşılaşılmaktadır⁹⁸. Almanya'da kural olarak sığınmacıların alıkonulması söz konusu değilken, başta hava alanları olmak üzere giriş noktalarında sığınma talebinde bulunanlardan, özellikle taleplerinin "*haklı zemine dayanmadığı açık olduğu*" kabul edilenlerin ülkelerine geri dönemedikleri durumlarda, hava alanlarındaki alıkoyma noktalarını aylarca terk edemedikleri de rapor edilmiştir⁹⁹. Diğer taraftan 2008/115 Geri Dönüş Direktifi içeriğinde (15. madde) üye devletlere, topraklarında bulunmaları yasadışı olan üçüncü ülke yurttaşları bakımından, 6 ay'a kadar geri gönderme öncesi idari alıkoyma süresi (özel durumlarda ilave 12 ay) öngörmesi, birçok ülkedeki mevcut uygulamaya meşruluk kazandırdığı söylenebilir¹⁰⁰. Yine aynı direktifin gelecekte süre uzatımına yönelik üye ülke girişimlerine zemin hazırlayacağı da düşünülebilir.

⁹⁵ "Seeking Asylum is not a Crime: Detention of People who have Sought Asylum", *Amnesty International*, 20 June 2005, (<http://www.amnesty.org/en/library/asset/EUR45/015/2005/en/0f333954-d4e4-11dd-8a23-d58a49c0d652/eur450152005en.pdf>), 13.05.2010.

"Removals: Thematic Briefing prepared for the Independent Asylum Commission Information Centre about Asylum and Refugees (ICAR)", 2007, (http://www.icar.org.uk/Removals_June_2007.pdf), 13.05.2010.

⁹⁶ Patricia Coelho, (a.g.e.).

⁹⁷ "Report From the Commission to the Council and to the European Parliament on The Application of Directive 2003/9/EC of 27 Ocak 2003: Laying Down Minimum Standards For The Reception Of Asylum Seekers", (<http://www.detention-in-europe.org/images/stories/commission%20evaluation%20reception.pdf>), 15.05.2010.

⁹⁸ Natasa Chmelickova (Der.), "Survey on Alternatives to Detention of Asylum Seekers in EU Member States", 2006, (http://www.detention-in-europe.org/index.php?option=com_content&task=view&id=90&Itemid=212), 14.05.2010.

⁹⁹ (a.g.e.).

¹⁰⁰ "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

Yukarıda verilen uluslararası hukuk prensiplerinin;

- henüz iltica talebinde bulunamamış;
- iltica talebinde bulunmuş ancak hakkında karar verilmemiş;
- haklarında karar verilmiş ancak bir üst yasal merciye müracaat etmek isteyen;
- bir üst yasal merciye müracaat etmiş ancak müracaatının sonucu kesinleşmemiş;
- en son olarak da haklarında sınır dışı ya da gönderilme kararı verilmiş

kişilerin idari alıkonulmasının istisnai olarak ve mümkün olan en kısa süre bakımından uygulanması gerektiği belirtilmiştir¹⁰¹.

Aynı düzlemde, idari alıkoyma tedbiri uygulanırken, sığınmacıların çoğu zaman hayatlarından endişe duyarak, içinde buldukları korku, acil durum ve zorlayıcı koşullar nedeniyle, kendilerini ve durumlarını ispat eden yeterli delillere sahip olmadan kendi ülkelerinden kaçtıkları göz önünde tutulmalıdır. AİHM Amuur v. France kararı'nda belirttiği gibi aksi halde özgürlüğün kısıtlanmasının, özgürlükten yoksun bırakmaya dönüşmesi ihtimali ortaya çıkabilecektir¹⁰².

Sığınmacıların ya da mültecilerin dışında kalan, düzensiz göçmenlerin de sınır dışı edilmeleri ya da ülke dışına çıkarılmaları konusunda ise insan haklarının korunması noktasında etkin kurumların başında gelen Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 2005 yılında kabul ettiği Zorla İfadeye İlişkin Yirmi İlke Kılavuzu'nda geri dönüşün gönüllülük esası üzerine kurulmasını benimsediği hatırlatılmalıdır¹⁰³. Ülkeye giriş koşullarını sağlamadıkları halde çoğu zaman daha iyi bir hayat ümidiyle Avrupa sınırlarını zorlayan bu insanların, gerekli koşulları sağlayıp ülkede buldukları sırada şu ya da bu gerekçeyle vize sürelerinin ötesine geçenlerin suçlu, işlenen fiillerin de kamusal vicdanın anladığı koşullarda bir suç olduğu konusunda en azından Statewatch gibi NGO'lar ve akademisyenler arasında tartışmalar sürmektedir¹⁰⁴. Aslında bu nokta idari alıkoyma işleminin amacıyla ulaştığı sonuç arasında bir orantılılık olması gerektiği konusunu gündeme getirmektedir.

Returning Illegally Staying Third-Country Nationals”, (<http://www.detention-in-europe.org/images/stories/return%20directive.pdf>), 11.04.2010.

¹⁰¹ (a.g.e.).

¹⁰² AİHM Amuur v. France Davası, (25 Haziran 1996 tarihli karar, Application no.17/1995/523/609).

¹⁰³ “Twenty Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Forced Return”, Council of Europe Publishing, 2005, (http://books.google.com.tr/books?id=FwkMwSWkO2sC&printsec=frontcover&hl=tr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false), 15.05.2010.

¹⁰⁴ Frances Webber, “Crimes of Arrival: Immigrants and Asylum-Seekers in The New Europe”, (<http://www.statewatch.org/news/2005/aug/crimes-of-arrival.pdf>), 19.05.2010. Common Principles on Removal of Irregular Migrants and Rejected Asylum Seekers, (<http://www.unhcr.org/refworld/docid/437dd5304.html>), 13.05.2010.

c. İdari alıkoyma uygulamalarının uzantısı olarak tutma merkezleri

İtalyanların '*centri di identificazione ed espulsione*', Fransızların '*centres de rétention administrative*', İspanyolların '*centros de internamiento*', İngilizlerin de '*removal centres*' ismini verdikleri alıkoyma merkezleriyle ilgili yaşam koşulları bakımından yakın zamanlarda ortaya çıkan bilgiler genelde olumsuz bir durumu ortaya koymaktadır. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 2010 yılında kabul ettiği bir kararında belirtilen merkezlerle ilgili temel sorunların başında fazla kalabalık olmalarının geldiğini, suç işlememiş göçmen tutuklulara sağlanan koşulların ve standartların ise çoğu zaman suçlular için öngörülenden daha kötü olduğunu belirtmiştir¹⁰⁵. Aynı kararda, kirlilik, yeterli yatak sayısının olmaması, giyim ve yiyecek sıkıntısı, yetersiz sağlık koşulları başta olmak üzere birçok merkezin sorunları olduğu da eklenmiştir¹⁰⁶. 'Sınır Tanımayan Doktorlar' Malta adasındaki merkezlerle ilgili olarak 2009 yılında yayınladığı bir raporda da erkekler, kadınlar ve çocukların bir arada, kalabalık ortamlarda tutulduğunu, salgın hastalık geçirenlerle hasta olmayanların birlikte kaldığını, çoğu yerleşkenin havalandırma sisteminin, camlarının olmadığını, tuvalet ve banyoların yetersiz kaldığını, görevlilerin keyfi kararlarına göre birçok kişinin açık havaya bile çıkamadığını tespit etmiştir¹⁰⁷.

Başta Yunanistan olmak üzere bir çok ülkede bu merkezler tel örgülü, demir çubuklu, kameralı, küçük pencereci binalar olarak ortaya çıkmakta, eski hapisaneler, kamplar, gemiler ve inşaat işlerinde yaygın konteynırlar da dahil olmak üzere hızla üretilen yapılar da kullanılabilir. Bu yönleriyle de merkezler, özellikle insan hakları örgütlerinin eleştiri hedefinde olmuştur¹⁰⁸.

Merkezlerde iltica başvurusunda bulunma hakkı olsa da, bir çok kişinin bu konuda bilgilendirilmediği, ilgili prosedürlerin genelinden haberdar edilmediği, özellikle ülkelere giriş noktalarında bulunan yerlerde yetkililerin artan baskılar nedeniyle başvuruları kabul etmedikleri, tercümana ya da yasal danışmana erişimin oldukça zorlaştığı durumlar ortaya çıkabilmektedir¹⁰⁹. Spor gibi, açık hava programları gibi yararlı faaliyetlerin genellikle yapılamadığı, umumi telefonlarla konuşmanın oldukça pahalı ve sayılarının az olduğu, tutulanların herhangi bir mahremiyete sahip olmadığı, STK'lar, avukatlar ve ziya-

¹⁰⁵ "The Detention of Asylum Seekers and Irregular Migrants in Europe", Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Resolution 1707, 2010, (<http://www.statewatch.org/news/2010/feb/coe-detention-resolution.pdf>), 18.05.2010.

¹⁰⁶ (a.g.e.).

¹⁰⁷ "Not Criminals", Médecins Sans Frontières, (http://www.msf.org.uk/UploadedFiles/not_criminals_report_Malta_200904160055.pdf), 08.05.2010.

¹⁰⁸ "Human Rights Watch Releases New Report on Appalling Detention Centres in Greece", The International Detention Coalition, (<http://idcoalition.org/human-rights-watch-releases-new-report-on-appalling-detention-centres-in-greece/>), 06.07.2010.

"The EU's Dirty Hands Frontex Involvement in Ill-Treatment of Migrant Detainees in Greece", Human Rights Watch, (http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/greece0911webwcover_0.pdf), 16.07.2010.

¹⁰⁹ Anafé, Zone d'attente: 10 ans après, les difficultés persistent (Paris: Anafé March 2003).

retçilerin engellenebildiği, bu nedenlerle dış dünya ile iletişimin son derece kısıtlı olduğu da görülebilmektedir¹¹⁰. İnsan ticareti mağdurları, kadınlar, çocuklar yaşlılar ve engelliler gibi korunmaya muhtaç grupları barındırma imkanlarının çoğu zaman sağlanamadığı, Belçika, İngiltere, Çekoslovakya gibi ülkelerde çocukların da aileleriyle birlikte ya da yalnız olarak tutulabildiği, eğitim ve sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı olan çocukların uygulamada bu hizmetlere erişimde engellerle karşılaştıkları artık bilinmektedir¹¹¹.

İngiltere gibi bazı ülkelerde alıkoyma merkezlerinin yönetiminde ve işletilmesinde özel firmaların devreye girmesiyle birlikte, tutulan insanların ırkçı davranışlara, orantısız güç kullanımına, fiziki şiddete, cinsel tacize muhatap olmaları söz konusu olabilmektedir¹¹². Merkezlerde yaşamın ve yaşananların psikolojik rahatsızlıklara neden olduğu artık bilimsel olarak da ortaya konmuştur. Avustralya Ulusal Üniversitesi'nin yaptığı bir araştırma, idari alıkoyma sürecinde kişilerde ortaya çıkan psikolojik bozuklukları tutuklu kalınan merkezler ve tutuklu kalınan süreyle ilişkilendirmiştir¹¹³. Danimarka merkezli Sığınmacılar Danışma Bürosunun 2001-2006 yıllarını kapsayan dönemle ilgili yaptığı bir araştırmaya göre de, idari alıkoyma merkezlerinde tutulan insanlar arasındaki intihar vakalarının oranının, Danimarka halkının geneline göre 6 kat daha fazla olduğu tespit edilmiştir¹¹⁴.

SONUÇ

Sınırların geçişkenliğinin arttığı, seyahat engellerinin azaldığı, gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler arasında zenginlik farklılıklarının iyice hissedildiği küreselleşme döneminde, dünya genelinde göç hareketlerinde önemli artışların kaydedildiği artık herkesin malumudur. Göç olgusunun günümüz dünyasının hayıflandığı, fakat herkesin yüzleşmek zorunda olduğu bir gerçek olduğunu da artık çoğu kimse kabul etmektedir. İnsanlar açlık, şiddet, savaş ya da daha iyi bir hayat kurabilme gibi birçok nedenle doğdukları yerleri terk edip, kendilerini ve ailelerini başka ülkelerin göçü düzenleyen ulusal sistemlerinin merhametine bırakmaktadırlar. Dünya genelinde, yanında hiçbir belge ya da kaydı olmayan 20-30 milyon insan da dahil olmak üzere, 200 milyon kişinin hareket ettiği bir

¹¹⁰ Liza Schuster, "A Sledgehammer to Crack a Nut: Deportation, Detention and Dispersal in Europe", *Social Policy & Administration*, Vol. 39, No. 6, December 2005, ss. 612-615.

¹¹¹ Liza Schuster, "The Exclusion of Asylum Seekers in Europe", *Centre on Migration, Policy and Society Working Paper No. 1*, University of Oxford, 2004, s. 10-11.

¹¹² "Britain: BBC Documentary Exposes Abuse of Asylum Seekers", (<http://www.wsws.org/articles/2005/mar2005/bbc-m16.shtml>), 26.04.2010.

¹¹³ Danny Rose, "Detention Harms Asylum Seekers: Research", *The Sydney Morning Herald*, 19 January 2010, (<http://news.smh.com.au/breaking-news-national/detention-harms-asylum-seekers-research-20100120-mjdk.html>), 01.05.2010.

¹¹⁴ Caroline Brothers, "Obscurity and Confinement for Migrants in Europe", *New York Times*, 30 Aralık 2007, (<http://www.nytimes.com/2007/12/30/world/europe/30iht-greece.html?pagewanted=all&r=0>), 26.10.2010.

ortamda, başta Avrupa ülkeleri olmak üzere gelişmiş toplumlar, sınırlarını kapatmaya başlamış, gittikçe daha yeni ve daha sınırlayıcı düzenlemelere başvurmak durumunda kalmışlardır¹¹⁵. Uluslararası alanda göç olgusunun temelinde yatan sorunlara eğilmek yerine, bu ülkeler son zamanlarda gelen adına kimi zaman misafirhane, kimi zaman tutma, kimi zaman da alıkoyma merkezleri dense de gelen insanların tutulduğu bir sistem geliştirmişlerdir.

Kendileri ve aileleri hakkında haklı bir tehdit ya da korkuyla kaçanları barındırıp, korumak üzere 2. Dünya Savaşı'ndan sonra geliştirilen iltica olgusu, önce yasal olmayan, sahte, kaçak kavramlarıyla ilintilendirilmiş ve böylece sığınmacılara ya da mültecilere bir suçlu penceresinden bakılmasının önünü açmıştır. 11 Eylül olayları ve takip eden Londra bombalamaları ile esas olarak yabancıların, özelde de kaçarak gelenlerin bir güvenlik tehdidi olarak sunulması sığınmacı, mülteci kavramları etrafındaki suçlu olma halkasını genişletmiştir. Dolayısıyla düzensiz göçmen olarak gelenlerin, sığınmacıların ülkeye giriş yaptıkları anda, ülkeye kaçak girmeleri durumunda yakalandıkları anda, toplumdan uzak ve etkisiz tutulabilecekleri bir yere kapatılmaları, gelişmiş ülkelerin toplumları bakımından çok da olumsuz bir durum olamazdı. Ancak, Avrupa hukukunun da dikkate alınması gereken Uluslararası hukukun temel haklar ve özgürlükler çizgisindeki gelişim süreci buna izin veremezdi.

Avrupa Hukuku'ndan başlarsak, 2003 Minimum Kriterler, 2005 Kabul, 2008 Geri Gönderme Direktifleri, AİHS ve AİHM kararları düzensiz göçmenlerin, sığınmacıların ve mültecilerin, yasal olmayan girişleri önleme, sınır dışı etme, zorla geri gönderme, toplum sağlığı ve düzeni açısından idari alıkoyma işlemine konu edilebileceğini düzenlemiştir. Belirtilen direktiflerin içeriğinde idari olarak alıkonanlara süreçle ilgili bilgilendirmeden başlamak üzere, muhakeme ve temsil edilme, hükümlerin dar yorumlanması, istisnai olarak alıkoyma, işlemin suiniyetle kullanılması, sürenin uzatılmaması, ziyaret, okul, tercüman, yaşam koşulları gibi yukarıda ifade edilen birçok hüküm esasen yer almaktadır. Fakat belirtilen hükümlerin idari alıkoyma işlemine muhatap olan kişilere ya da idari alıkoyma için kullanılan merkezlere de uygulanıp uygulanmayacağı hakkında var olan belirsizlik, bu belirsizliğin bir direktif yoluyla giderilmemiş olması, AB üyesi ülkelerde farklı uygulamaların varlığına neden olmuştur.

İfade edilen temel hakların ve uygulanması gereken kuralların, aslında Avrupa ülkelerinin de taraf olduğu birçok sözleşme metninin içeriğinde düzenlenmiş olması, AİHM'nin bu sözleşmelere dayanarak aldığı kararlar dahi Avrupa'da keyfi uygulamaların önüne geçememiştir. Uluslararası hukukun temel haklar ve özgürlüklerle ilgili düzenlemeleri bile esasen bu ülkeler açısından bağlayıcıdır ve bu düzenlemeler Avrupa'da kabul edilenlerin oldukça fevkinde-dir. Avrupa Komisyonu tarafından Aralık 2008'de Uluslararası Hukuk normla-

¹¹⁵ "Facts & Figures: Global Estimates and Trends", International Organization for Migration, (<http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/facts-and-figures/global-estimates-and-trends>), 14.08.2010

rına uygun olarak 2005 Kabul Direktifinin yeniden düzenlenmesi yönünde attığı adım da, aslında Avrupa Hukuku'nda bir belirsizliğin kabulü ve üye ülkelerde mevcut uygulamaların yanlışlığının tespiti olarak görülebilir.

Son olarak, üye devletlerin aksine, AB kurumlarının tek suçu belki de habersiz gelmek olan göçmenlere, başta insan olmaktan kaynaklanan saygınlık, temel hak ve özgürlükler çerçevesinde yeni bir düzenleme yapma arifesinde olduğuna inancın kaybedilmemesi gerekmektedir.