

Göç Bağlamında Etkin İdari Gözetim Alternatiflerinin Hukuki ve Uygulama Boyutu



**İnsan Hakları Yürütme
Komitesi Analizi (CDDH)**

7 Aralık 2017'de Kabul Edilmiştir

Bu çeviri Avrupa Birliği ile
ortaklaşa finanse edilmiştir



COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

İNSAN HAKLARI VE GÖÇ

Göç Bağlamında Etkin İdari Gözetim Alternatiflerinin Hukuki ve Uygulama Boyutu

7 Aralık 2017’de Kabul Edilen
İnsan Hakları Yürütme Komitesi (CDDH) Analizi

Avrupa Konseyi

1 © 2020 Avrupa Konseyi. Tüm hakları saklıdır. Lisans sahibi belirli koşullar altında Avrupa Birliği'dir. Bu yayının hiçbir bölümü, İletişim Müdürlüğü'nden (F-67075 Strasbourg Cedex veya publishing@coe.int) önceden yazılı izin alınmadan çevrilemez, fotokopi, kayıt ya da herhangi bir bilgi depolama ya da geri erişim sistemi dahil olmak üzere, elektronik (CD-Rom, internet, vb.) ya da mekanik olarak, herhangi bir biçimde ya da araçla çoğaltılamaz ya da iletilemez.

2. Bu çeviri, Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi arasındaki ortak bir programın fonları kullanılarak hazırlanmıştır. Burada ifade edilen görüşler hiçbir şekilde Avrupa Birliği'nin resmi görüşünü yansıtmaz.

İÇİNDEKİLER

YÖNETİCİ ÖZETİ	7
I. GİRİŞ	13
1. BAĞLAM	13
2. GÖREV TANIMI	15
3. TANIMLAR VE KAPSAM	16
3.1. Tanımlar	16
3.1.1. Göçmenlerin idari gözetim altına alınması	16
3.1.2. Göç bağlamında idari gözetim alternatifleri	20
3.2. Analizin kapsamı, ilgili kişiler ve atıfta bulunulan kaynaklar	21
II. HUKUKİ YÖNLER: UYGULANABİLİR İNSAN HAKLARI STANDARTLARI	23
1. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE DİĞERAVRUPA KONSEYİ STANDARTLARI	23
1.1 Özgürlük hakkı: Sözleşmenin 5. Maddesi	23
1.1.1. Genel koşullar	23
1.1.2. Madde 5 paragraf 1(f) uyarınca idari gözetim	26
1.1.3. Madde 5 paragraf 1(b) uyarınca idari gözetim	30
1.2. Usule ilişkin	31
1.3. İdari gözetime yönelik alternatifleri göz önünde bulundurma yükümlülüğü(diğer Avrupa Konseyi organları)	34
1.4. Hassasiyet ile ilgili olumlu yükümlülükler	35
1.4.1. Mahkemenin yargı yetkisi	35
1.4.2. Diğer Avrupa Konseyi organları	39
1.4.3. Hassas durumdaki kişiler için özel hususlar	41
1.5. Topluma yerleştirilirken diğer temel haklara itibar ve saygının sağlanması	57
1.5.1. Hareket özgürlüğüne ilişkin kısıtlamalar	57
1.5.2. Yaşam koşulları	58

2. DİĞER ULUSLARARASI STANDARTLAR (BİRLEŞMİŞ MİLLETLER VE AVRUPA BİRLİĞİ)	60
2.1. Özgürlük hakkı	60
2.2. İdari gözetim alternatiflerini göz önünde bulundurma yükümlülüğü	66
2.3. Usule ilişkin tedbirler	68
2.4. Hassas durumdaki kişiler için idari gözetimden kaçınmak konusunda olumlu yükümlülük	71
2.5. Alternatifler her zaman mümkün olan en az kısıtlayıcı önleme dayanmalıdır	82
2.6. Alternatifler asla özgürlükten yoksun bırakılma veya hareket özgürlüğüne yönelik keyfi kısıtlamalar anlamına gelmemelidir	83
2.7. Alternatifler kanuna kapsamında ve yargı denetimine tabi olarak tesis edilmeli	84
2.8. Alternatifler insan onuruna ve diğer temel haklara saygı göstermelidir	85
III.PRATİK YÖNLER: GÖÇMENLERİN İDARİ GÖZETİME YÖNELİK ETKİLİ ALTERNATİFLER	89
1.ETKİLİLİĞİN TEMEL ÖĞELERİ	89
1.1. Tarama ve değerlendirme	91
1.2. Bilgiye erişim	93
1.3. Hukuki yardımın sağlanması	94
1.4. Sığınma ve göç prosedürlerine dair güven oluşturmak	95
1.5. Vaka yönetimi hizmetlerinin sağlanması	96
1.6. İtibarın ve temel hakların korunması	97
2. GÖÇMENLERİN İDARİ GÖZETİME YÖNELİK ALTERNATİF TÜRLERİ	98
2.1. Yetkili makamlara kayıt	100
2.2. Geçici ikamet izinleri	101
2.3. Vaka yönetimi veya vaka çalışanı desteği	102
2.4. Alternatif aile temelli konaklama	103
2.5. Konut temelli konaklama	104
2.6. Açık merkezler veya yarı açık merkezler	105
2.7. Düzenli raporlama	106

2.8. Belirlenmiş konut	107
2.9. Denetim	108
2.10. Geri dönüş danışmanlığı	109
2.11. Dönüş evleri / dönüş merkezleri	110
2.12. Kefalet, teminat, kefil veya güvence	111
2.13. Elektronik izleme	112
3. İDARİ GÖZETİME YÖNELİK ETKİLİ ALTERNATİFLERİN FAYDALARI	113
3.1. Bireylerin hak ve ihtiyaçlarına saygı duymak	113
3.2. Göç prosedürlerine uyum	115
3.3. Maliyet etkinliği	116
IV.GÖÇMENLERİN İDARİ GÖZETİME YÖNELİK ALTERNATİFLER KONUSUNDAKİ POLİTİKALARA VE UYGULAMALARA GENEL BAKIŞ	117
V. İLERLEME YOLU:CDDH TARAFINDAN GELECEK ÇALIŞMALARA DUYULAN İHTİYAÇ – KATMA DEĞER VE SONRAKİ ADIMLAR	127
1. GELECEK ÇALIŞMA İHTİYACI	127
2. OLASI SONRAKİ ADIMLAR	129

Göç Bağlamında Etkin İdari Gözetim Alternatiflerinin Hukuki ve Uygulama Boyutu

7 Aralık 2017 'de kabul edilen

İnsan Hakları Yürütme Komitesi (CDDH) Analizi

Yönetici Özeti

Bu Analiz, 2016 -2017 yılları için Bakanlar Kurulu tarafından İnsan Hakları Yürütme Komitesi'ne (CDDH) verilen yetki ışığında Avrupa Konseyi Göç ve İnsan Hakları Tasarı Grubu (CDDH - MIG) tarafından yürütülen çalışmanın bir sonucudur. Analizin amaçları, *diğerlerinin yanı sıra*:

- ▶ Göç bağlamında idari gözetime alternatif tedbirlerin hukuki ve uygulamaya yönelik boyutlarına ilişkin anlayışı geliştirmek;
- ▶ Avrupa Konseyi ("AK"), Birleşmiş Milletler ("BM") ve Avrupa Birliği'nin ("AB") çeşitli organları arasındaki benzerlikleri ve farklılıkları açıklığa kavuşturmak ve önemli hususları vurgulamak suretiyle bu alanda yürürlükte olan insan hakları standartlarına dair tutarlı ve net bir genel bakış sunmak;
- ▶ Çocuklar ve diğer hassas durumdaki diğer kişilerin durumu gibi hassas durumda olma ile ilgili hususları açıklığa kavuşturmak;
- ▶ Göç prosedürlerine uyum, insan haklarına saygı ve maliyet verimliliği gibi göç bağlamında idari gözetime alternatif tedbirleri etkin kılan temel unsurları belirlemek;
- ▶ Göç bağlamında çeşitli idari gözetime alternatif tedbirleri sınırlı olmayan şekilde sayan, bilgilendirici bir listenin sunulması, temel özelliklerinin yanı sıra söz konusu tedbirlere ilişkin potansiyel fayda ve dezavantajlarının açıklanması;

- Üye Devletlerin uygulamalarına katkıda bulunmak amacıyla Avrupa Konseyi tarafından yürütülebilecek devam niteliğindeki çalışmaların ne şekilde gerçekleştirilebileceğini değerlendirmek.

Analizde, göç bağlamında idari gözetim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ("Sözleşme") 5 § 1(f) ve belirli koşullar altında 5 § 1(b) Maddesi uyarınca özgürlüklerinden kanunun öngördüğü bir usule uygun şekilde yoksun bırakılabilecek kişilerin özgürlüğünden yoksun bırakılmasını ifade etmektedir. Herhangi bir özgürlükten yoksun bırakma, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ("Mahkeme") ilgili yargı yetkisi tarafından öngörüldüğü şekilde anlaşılmaktadır. Analizde çeşitli kısıtlayıcı ve kısıtlayıcı olmayan usuller çerçevesinde irdelenen göç bağlamında idari gözetime alternatif tedbirler Avrupa Konseyi Üye Devletleri'nin göç bağlamında idari gözetim uygulamalarına başvurmak yerine tercih edebileceği bir dizi seçenek sunmaktadır.

Hukuki boyut

İdari gözetim alternatiflerinin değerlendirilmesi, tüm temel uluslararası insan hakları sözleşmelerinde yer alan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile bağlantılıdır ve buna dayanır. Avrupa Konseyi düzeyinde, özgürlükten yoksun bırakmanın hukuka uygun sayılabilmesi için Sözleşmenin 5. Maddesi'nde sınırlayıcı olarak sayılmış izin verilen istisnalardan birinin kapsamında girmesi gerekmektedir. Mahkeme, ulusal mevzuatın bazı nitelikleri taşıması ve gözetimin keyfi olmaması gerektiğini de vurgulayarak idari gözetimin yasaya uygun olması gerektiğini vurgulamıştır. Genel olarak, Madde 5 § 1(f) uyarınca göç bağlamında idari gözetim, Mahkemenin içtihat ile ortaya konulan genel kriterlere uymalıdır. İdari gözetim ulusal hukukta öngörülmesi, iyi niyetle yürütülmesi ve güdülen amaç ile yakından bağlantılı olmalıdır. İdari gözetim yeri ve koşulları uygun olmalı, gözetim süresi tedbirin amacına ulaşması için ihtiyaç duyulan makul süreyi aşmamalıdır. Sınır dışı işlemleri gerekli özen gösterilerek yürütülmesi ve kişinin sınır dışı edilebileceğine dair gerçekçi bir olasılık bulunmalıdır. İdari gözetim kararlarının gerekçeli verilmesi, hukuki yardım ve temsile ve etkin başvuru erişim sağlanması gibi usule ilişkin güvenceler sağlanmalıdır.

İdari gözetim alternatiflerinin uygulanması da aynı şekilde Avrupa Konseyi, BM ve AB'nin farklı organları tarafından da vurgulandığı üzere orantılılık ilkesi ve ayrımcılık yasağı gibi önemli insan hakları standartlarına tabidir. İdari gözetim alternatifleri asla özgürlükten yoksun bırakılma anlamına gelmemelidir ve idari gözetime alternatif tedbirlerin bir idari gözetim *biçimi* olup olmadığı sorusu

hayati önem taşımaktadır. Bu, yürürlükteki belirli tedbirler veya tedbirlerin toplam etkisine, derecesine ve yoğunluğuna bağlıdır. Alternatifler yasa ile belirlenmeli, yargı denetimine tabi olmalıdır, ve tedbirlerin uygulanması sırasında diğer temel haklar gözetilmelidir. Bunun yanı sıra, alternatifler her zaman mümkün olan en az kısıtlayıcı tedbire dayanmalıdır.

Avrupa Konseyi, BM ve AB'nin çeşitli organları göçmenlerin idari gözetim altına alınmasının her zaman son çare olarak istisnai bir tedbir olması gerektiğinin altını çizmiştir. İdari gözetim tedbirinin haklı bir gerekçeye dayandığını söyleyebilmek için öncelikle her vakanın kendine has özel koşulları ayrıntılı ve münferit bir değerlendirmeye tabi tutulduktan sonra daha hafif tedbirlerin yetersiz kalacağı kanaatine varılmış olması gerekmektedir. Benzer şekilde bazı örnekler, Devletlerin idari gözetim kararı verilmeden genel bir ilke olarak önce idari gözetim alternatiflerini gözden geçirme yükümlülüğünü vurgulamıştır.

Özellikle çocuklar ile ilgili olarak, Mahkeme ek güvencelerin sağlanması çağrısında bulunmuş ve alternatiflerin gözden geçirilmesi ve uygulanmasının gerekliliğini vurgulamıştır. Mahkeme, çocukların aşırı hassas durumda oluşunun göç statülerinden önce geldiğini ve onlarla ilgili tüm eylemlerde çocukların üstün yararının öncelikli olması gerektiğini sürekli olarak vurgulamıştır. Güdülen amaç ışığında alternatifler aranmalı ve etkisiz bulunmalıdır. Diğer uluslararası kuruluşlar da göç bağlamında çocukların idari gözetim altına alınmasının her zaman çocuğun yüksek yararına aykırı olduğu sonucuna varmış ve bu durumdaki çocukların asla idari gözetim altına alınmaması gerektiğini savunmuşlardır.

Uygulamaya yönelik boyut

Göç bağlamında idari gözetim alternatiflerine duyulan ihtiyaç uluslararası kuruluşlar tarafından sürekli olarak vurgulanmaktadır, ancak bu alternatiflerin uygulamada etkin bir şekilde nasıl geliştirileceği ve uygulanacağı konusunda sınırlı bilgi bulunmaktadır. "Etkinliği" (a) insan haklarına saygı, (b) göç ve sığınma prosedürlerine uyum ve (c) maliyet verimliliği açısından tanımlayan Analiz, uygulamada alternatifleri neyin etkin kılabilceği sorusuna cevap aramaktadır. Hem sahada elde edilen deneyimler hem de küresel ve yerel çalışmaları irdeleyen Analiz, bazı temel etkenlerin etkin olmanın "temel unsurları" olduğu sonucuna varmıştır. Bu etkenler şunlardır:

- Hassas durumda olma ve riskler de dahil olmak üzere bireysel durumları tespit etmek için tarama ve değerlendirmenin kullanılması;

- ▶ Haklar, yükümlölükler ve göç prosedürlerine uyulmamasının sonuçları hakkında açık ve net bilginin sağlanması;
- ▶ Başlangıçtan itibaren ve süreç boyunca hukuki yardıma erişimin sağlanması;
- ▶ Sığınma ve göç prosedürlerine dair güven oluşturulması;
- ▶ Bireyselleştirilmiş vaka yönetimi hizmetlerinin sürdürölmesi;
- ▶ İlgili kişilerin onurunun ve temel haklarının korunması.

Analizde göç bağlamında farklı alternatifler sayılmış, alternatiflerin temel özellikleri, faydaları ve dezavantajları açıklanmıştır. Bunlar arasında yetkili mercilere kayıt; geçici ikamet izinleri; vaka yönetimi veya vaka çalışanı desteği; alternatif aile temelli konaklama; konuta yerleştirme; açık merkezler veya yarı açık merkezler; düzenli bildirimde bulunma; belirli bir yerde ikamet; denetim; geri dönüş danışmanlığı; geri dönüş evleri veya geri dönüş merkezleri; kefalet, teminat, kefil veya güvence ve elektronik izleme sayılabilir.

Belirtilen her alternatif, tüm Üye Devletler veya diğer tüm aktörler tarafından idari gözetime alternatif bir tedbir olarak kabul edilmeyebilir veya belirlenen avantajlar, dezavantajlar ve insan hakları etkileri belirli makamların görüşlerini yansıtmayabilir. Bununla birlikte, hangi alternatif tedbirin uygulandığındansa alternatiflerin uygulanma şekilleri ve alternatiflerin “temel unsurlarının” korunduğı veya ihmal edildiğı süreçler tedbirin etkin olup olmamasına ve sonuçlarına daha çok etki edebilmektedir.

Avrupa Konseyi Üyesi Ülkelerindeki politika ve uygulamaların incelenmesi sonucunda çok sayıda ülkenin mevzuatında göç bağlamında idari gözetim alternatiflerinin gözden geçirilmesine dair bir zorunluluk olduğı görölmüştür. Mevzuatta yer alan temel alternatif tedbirler şunlardır: (a) düzenli bildirim; (b) belirli yerde ikamet; (c) belgelerin teslimi; (d) kefalet veya teminat. Hassasiyet, çoğı Üye Devlette karar verme ve uygulama sürecinde dikkate alınan önemli bir husustur. Özellikle çocuklar söz konusu olduğunda, idari gözetim altına alınmaları ya yasaktır – bazen yaşlarına bağılı olarak – ya da ancak istisnai durumlarda gözetim altına alınabilirler. Birçok ülkede refakatsiz çocuklar ve çocuklu aileler için geri dönüş evleri, açık merkezler ve koruyucu bakım düzenlemeleri gibi belirli alternatifler geliştirilmiştir.

Genel olarak, devam eden hukuki ve uygulamaya yönelik zorluklar arasında alternatiflerin uygulanması konusunda net bir rehber olmaması; ilk karar verme sürecinin kalitesi, bireysel değerlendirme prosedürleri ile ilgili zorluklar; izleme mekanizmalarının eksikliği ve ayrıca yürürlükte olan tedbirlerin kullanımı, etkinliği ve insan haklarına etkileri ile ilgili sınırlı veri ve değerlendirmenin bulunması yer almaktadır. Bununla birlikte, tespit edilen en büyük boşluk, alternatiflerin uygulamada büyük ölçüde kullanılmadığı ve/veya çok sınırlı bir ölçekte uygulandığı gerçeğidir.

Sonraki adımlar

Avrupa Konseyi üyesi Devletler, ulusal bağlamda idari gözetime alternatif tedbirleri incelemek ve uygulamak için önemli adımlar atmışlardır. Bununla birlikte, bu Analizde belirtildiği gibi, Üye Devletler, özellikle alternatiflerin etkin bir şekilde uygulanmasına engel oluşturan zorlukların aşılması için desteklenebilirler. Avrupa Konseyi bu bağlamda çok önemli bir rol üstelenerek idari gözetime alternatif tedbirler alanında ilerleme kaydetmek amacıyla atacağı yeni adımlarda bu Analiz kapsamında sunulan bilgilerden faydalanabilir. Kısa vadede atılabilecek somut nitelikteki ilk adım olarak, idari gözetime alternatif tedbirleri etkili şekilde hayata geçirmek isteyen yetkililere yol göstermek amacıyla uygulamaya yönelik, kullanıcı dostu bir el kitabının hazırlanması önerilmektedir. Bu tür çalışmalarla birlikte, *Avrupa Konseyi, diğerlerinin yanı sıra*, gönüllü olarak ilgili Üye Devletlerle belirli iş birliği projeleri yürütme olasılıklarını araştırabilir. Buna ek olarak, akla gelebilecek *ikinci bir adım* olarak, özellikle çocuklara odaklanan göç bağlamından etkin idari gözetim alternatiflerine ilişkin kılavuzlar geliştirilebilir. Gelecekteki bu tür takip çalışmalarının mümkün olduğunca yararlı olabilmesi için, ilgili insan hakları standartları ve etkili alternatiflerin temel unsurları kullanıcı dostu, erişilebilir ve uygulamaya yönelik bir şekilde ortaya konulmalıdır.

I. GİRİŞ

1. Bağlam

1. Tahminler, daha önceden benzeri görülmemiş şekilde, 65,6 milyon insanın 2016 yılında, küresel olarak zorla yerlerinden edildiğini göstermektedir. Dünya genelinde mülteci nüfusu toplamda 22,5 milyon kişi ile rekor seviyeye ulaşmıştır ve bunların neredeyse yarısı çocuktur. 2016 yılında sığınmacı sayısının 2,8 milyon, vatansız veya vatansız kalma riskiyle karşı karşıya olan kişilerin sayısının ise yaklaşık 10 milyon olduğu tahmin edilmektedir¹ 2016 yılında Türkiye 2,9 milyon kişi ile dünyada en çok mülteci barındıran ülke olmuştur.²

2. 380.000 'den fazla göçmen, sığınmacı veya mülteci 2016 yılında Avrupa'ya gelmiştir. Gelenlerin neredeyse tamamı, 176.000 'den fazla kişiyle Yunanistan ve 181.000' den fazla kişiyle İtalya olmak üzere iki cephe ülkesinden geçmiştir.³ Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliğine ("UNHCR") göre, Almanya 722.400 başvuru ile 2016 yılında dünyada en çok iltica başvurusunun yapıldığı

1 Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (" BMMYK "), "Savaş, şiddet, zulüm, yerinden edilmeyi eşi benzeri görülmemiş yeni bir seviyeye taşıyor,"19 Haziran 2017; BMMYK, *Küresel Eğilimler: Zorla Yerinden Edilme 2016*, 19 Haziran 2017, s. 2. Burada atıfta bulunulan UNHCR'in korumakla yükümlü olduğu kişiler arasındaki ayrımlar için, yukarıda belirtilen raporun 56 -57. sayfalarına bakın.

Ayrıca, 2016 yılında 40,3 milyon kişinin ülke içinde yerlerinden edildiğine de dikkat edilmelidir. Avrupa Konseyi üyesi Devletlere bakıldığında, Ukrayna'nın 2016 yılında 1.653.000 ülke içinde yerinden edilmiş kişiye sahip olduğu tahmin edilirken, onu Türkiye (1.108.000); Azerbaycan (582.000); Kıbrıs (272.000); Gürcistan (208.000); Bosna - Hersek (98.000); ve Rusya Federasyonu (19.000) izledi. Söz konusu ülkeye özgü rakamlar çatışma nedeniyle ülke içinde yerinden edilmeye işaret etmektedir. Norveç Mülteci Konseyi/İç Yerinden Edilme İzleme Merkezi (NRC/IDMC), *Küresel İç Yerinden Edilme Raporu - 2017*, Mayıs 2017, s. 25 -26 ve 113 -116.

2 BMMYK, *Küresel Eğilimler: Zorla Yerinden Edilme 2016*, 19 Haziran 2017, s. 14-15. Pakistan en büyük ikinci mülteci nüfusuna (1,4 milyon) ev sahipliği yaparken, onu Lübnan (ulusal nüfusuna göre en büyük mülteci sayısına orantılı olarak 1 milyondan fazla ev sahipliği yapmaktadır) ve İran İslam Cumhuriyeti (979,400) takip etmiştir.

3 Uluslararası Göç Örgütü (" IOM "), *Akdeniz ve Ötesinde Karma Göç Akışları, Mevcut Veri ve Bilgilerin Derlenmesi*, Raporlama dönemi 2016, s. 1.

ülke , İtalya 123.000 başvuru ile en çok iltica başvurusunun yapıldığı ülke üçüncü ülke ve Türkiye 78.600 başvuru ile en çok iltica başvurusunun yapıldığı dördüncü ülke olmuştur.⁴ Yunanistan bu sıralamada 51.092 sığınma başvurusu olarak altıncı ülke olmuştur. ⁵ Kapsamlı kurtarma operasyonları ile çok sayıda insan boğulmaktan kurtarılırken, 2016 yılında 5.000’den fazla kişinin hayatını kaybettiği veya Akdeniz’de kaybolduğu tahmin edilmektedir.⁶

3.2015 ve 2016 yıllarında yaklaşık 800.000 çocuk Avrupa’da sığınma başvurusunda bulunmuş, bunların 170.000’i refakatsiz olarak değerlendirilmiştir.⁷ 2016 yılında Almanya’ya yapılan 261.000’ den fazla sığınma başvurusu yaklaşık 35.000 ‘i refakatsiz veya ailesinden ayrı düşmüş çocuklar tarafından yapılmıştır. 2016 yılında Yunanistan, İtalya, İspanya ve Bulgaristan’a 100.000 ‘den fazla çocuk gelmiş, bunların 33.000’ den fazlası refakatsiz veya ailesinden ayrı düşmüştür.⁸ 2016 yılında ve 2017 yılının ilk iki ayında İtalya’ya deniz yoluyla gelen çocukların yaklaşık % 92’ si refakatsiz veya ailesinden ayrı düşmüştür.⁹

4. Avrupa’da bu tarihi gelişmelere verilen genel tepki, basit bir açıklama veya çözüm olmaksızın karmaşık, çeşitli ve karışıktır. Ancak mültecilerin, sığınmacıların ve göçmenlerin gelişine tepki olarak göç bağlamında idari gözetimin yaygın olarak kullanılması, bu uygulamaların insan hakları standartlarına uyumu konusunda ciddi sorunları gündeme getirmiştir.¹⁰

4 Amerika Birleşik Devletleri 2016 yılında küresel olarak yeni sığınma başvurularının en büyük ikinci alıcısı olmuştur (262.000). BMMYK, *Küresel Eğilimler: Zorla Yerinden Edinme 2016*, 19 Haziran 2017, s. 39 -40. Diğer Avrupa Konseyi üyesi Devletlerle ilgili sayılar için lütfen yukarıda belirtilen raporun 41. sayfasına bakın.

5 Yunan Sığınma Servisinin resmi istatistik verilerine göre. BMMYK, *Küresel Eğilimler’de sunulan istatistiksel verilerde Yunanistan için ilgili rakam: Zorla Yerinden Edinme 2016*, 19 Haziran 2017, s. 41, 49.000’dir.

6 Uluslararası Göç Örgütü (" IOM "), Akdeniz ve Ötesinde Karma Göç Akışları, Mevcut Veri ve Bilgilerin Derlenmesi, Raporlama dönemi 2016, s. 12.

7 Raporda belirtildiği gibi, sayılar aşağıdakileri içeren 32 Avrupa ülkesi ile ilgilidir: Avrupa Birliği ülkeleri ve Avrupa Serbest Ticaret Birliği’nin dört ülkesi. Birleşmiş Milletler Uluslararası Çocuklar Acil Durum Fonu ("UNICEF"), Bir çocuk - Hareket halindeki çocukları şiddet, istismar ve sömürden korumak, UNICEF, Mayıs 2017, Şekil 5, s. 14.

8 BMMYK, UNICEF ve IOM, Mülteci ve Göçmen Çocuklar - Refakatsiz ve Ayrılmış Çocuklar Dahil - AB’de, Eğilimlere Genel Bakış 2016, Nisan 2017, s. 1.

9 UNICEF, Bir çocuk bir çocuktur - Hareket halindeki çocukları şiddet, istismar ve Sömürden korumak, UNICEF, Mayıs 2017, s. 11.

10 *Demokrasi Devleti, İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü, Popülizm – Avrupa’nın kontrolleri ve dengeleri ne kadar güçlü?* Avrupa Konsey Genel Sekreteri Raporu Avrupa, Nisan 2017, s. 109.

Çocuklar gibi hassas durumda olan kişilerin idari gözetim altına alınması,¹¹ yalnızca Avrupa'da değil, tüm kıtalarda ciddi bir endişe kaynağı olmaya devam etmektedir. İdari gözetim altına alınmanın özellikle çocuklar ve hassas durumdaki diğer kişiler üzerindeki olumsuz etkisi nedeniyle, çeşitli aktörler sürekli olarak idari gözetim alternatiflerinin daha iyi uygulanmasını talep etmiştir. Bu nedenle, mevcut bağlamda insani ve mali açıdan sağlam politikaların etkili bir şekilde uygulanabileceği yolları anlamak ve paylaşmak, aynı zamanda bireylerin göç prosedürlerine uymasını teşvik etmek ve kişilerin özgürlük hakkına saygı göstermek önem teşkil etmektedir. Avrupa'daki göç sorunlarına kolay cevaplar bulunmamaktadır, fakat Avrupa Konseyi üyesi Devletler bu konudaki uluslararası taahhütlerini yerine getirmek için daha fazla destekten yararlanabilirler. Bu tür bir destek, etkili bir göç yönetimi arayışında yalnızca bireysel Devletler için yararlı olmakla kalmayıp, aynı zamanda ıstırapları önemli ölçüde azaltabilir. Söz konusu önem ışığında göç bağlamında idari gözetime alternatif tedbirlere ilişkin söz konusu araştırma yürütülmüştür.

2. Görev tanımı

5. 24–26 Kasım 2015 tarihlerinde yapılan 1241 'inci toplantılarında, Bakanlar Komitesi İnsan Hakları Yürütme Komitesine ("CDDH") 2016- 2017 yılları için aşağıdaki çalışmaları yürütmesini emretmiştir: "Mahkemenin ilgili yargı kararları ve diğer Avrupa Konseyi araçları ışığında, göç bağlamında insan haklarına ilişkin hukuki ve uygulamaya yönelik konuların bir Analizini yürütmek – özellikle etkin idari gözetim alternatiflerini araştırmak, ve bu alanda CDDH tarafından yapılması gereken saha çalışması ihtiyacını araştırmak."¹²

6. Yukarıda belirtilen görev tanımları ışığında CDDH, 7–11 Aralık 2015 tarihlerinde 84 'üncü toplantısında Göç ve İnsan Hakları üzerine bir Tasarı Grubu ("CDDH - MIG")¹³ kurmuş ve bu faaliyet için Sayın Frank SCHÜRMANN (İsviçre) Raportörü'nü atamıştır.¹⁴

11 Bu Analizin amacı doğrultusunda, "çocuklar" CRC'nin 1. Maddesinde verilen tanıma uygun olarak anlaşılacaktır, yani" bir çocuk çocuk için geçerli yasa kapsamında çoğunluk daha erken elde edilmedikçe, on sekiz yaşın altında olan her insan anlamına gelir.

12 2016 - 2017 yılları için CDDH ve alt organlarının görev tanımları (24 -26 Kasım 2015 tarihlerinde yapılan 1241 'inci toplantılarında Bakanlar Komitesi tarafından kabul edildiği gibi).

13 Belge CDDH(2016)R85, § 39.

14 Belge CDDH(2015)R84, § 40 (iii).

7. 15–17 Haziran 2016 tarihlerinde CDDH'nin 85 'inci toplantısında, Komite Sayın Morten RUUD'U (Norveç) CDDH- MIG Başkanı olarak atanmıştır.¹⁵ Aynı toplantıda, CDDH - MIG Raportörü, Analizin potansiyel bir taslak çizelgesini sunmuştur. Yapılan tartışma sırasında CDDH, "savunmasızlığın (hassas durumda olmanın) sadece çocukları kapsamayıp çok daha geniş bir kapsama sahip olduğunu" vurgulamıştır ve Analize hassas durumdaki grupların ve bireylerin eklenmesini emretmiştir.¹⁶ CDDH ayrıca diğer Avrupa Konseyi organları, özellikle Göçmenlerin İdari gözetim altına alınması Uzmanlar Komitesi ("CJ - DAM") ve Geçici Çocuk Hakları Komitesi ("CAHENF") ile koordinasyonu tavsiye etmiştir.¹⁷

8. CDDH- MIG'nin 1. toplantısı 14 – 16 Eylül 2016 tarihlerinde yapıldı ve Grup Sayın Ota HLINOMAZ'ı (Çek Cumhuriyeti) Başkan Yardımcısı olarak seçti.¹⁸ Toplantıda Grup, Avrupa Konseyi üyesi Devletlerin ve gözlemcilerin katkılarına dayalı devam eden Analizi daha da zenginleştirmek için Sekreteryâ'dan göç bağlamında idari gözetime yönelik alternatifler hakkında bilgi talebi için bir metin hazırlamasını istedi.¹⁹ Böyle bir bilgi talebi 10 Ekim 2016 tarihinde CDDH ve CDDH - MIG'nin tüm üyelerine ve gözlemcilere gönderildi.²⁰

3. Tanımlar ve kapsam

3.1. Tanımlar

3.1.1. Göç bağlamında idari gözetim

9. Uluslararası hukuka göre, özgürlükten yoksun bırakılma "kişinin herhangi bir adli, idari veya başka bir makamın emriyle terk etmesine izin verilmeyen bir kamu veya özel gözetim ortamına yerleştirilmesi, burada tutulması veya gözetim altına alınması" olarak tanımlanabilmektedir.²¹ Göç bağlamında

¹⁵ Belge CDDH(2016)R85, § 63.

¹⁶ A.g.e., § 37.

¹⁷ A.g.e., § 38.

¹⁸ Belge CDDH-MIG(2016)R1, § 4

¹⁹ A.g.e., § 10.

²⁰ Bkz. Ek.

²¹ Birleşmiş Milletler (" BM "), İşkence ve diğer Zalim, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşmenin İsteğe Bağlı Protokolü ("OPCAT"), Madde 4 (2). Göçmenlerin insan haklarına ilişkin özel bir tematik raporda, göçmenlerin insan haklarından sorumlu Özel Raportör, göç kontrolü amacıyla idari gözetimin özgürlükten yoksun bırakma kapsamına dahil edildiğini ve "belgesiz veya düzensiz durumdaki göçmenler, sığınma başvurularının sonucunu bekleyen ve sınır dışı edilmeyi bekleyen ve başvurusu reddedilen sığınmacılar da dahil olmak üzere farklı göçmen kategorilerinin

özgürlükten yoksun bırakılma yaygın olarak “göç bağlamında idari gözetim” olarak adlandırılmakta ve Birleşmiş Milletler (“BM”) ve Avrupa Birliği’nde (“AB”) dahil olmak üzere bir dizi organ tarafından bu kavram için farklı tanımlar ortaya konulmuştur.²²

10. Avrupa Konseyi düzeyinde, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Sözleşmesi’nin (“Sözleşme”) 5. Maddesi ile güvence altına alınmıştır ve bu sözleşmenin temel amacı, kimsenin özgürlüğünden keyfi bir şekilde yoksun bırakılmamasını sağlamaktır. Sözleşme, idari gözetim altına almayı tanımlamamakla birlikte sözleşmede “özgürlükten yoksun bırakılma” ifadesi geçmektedir. dir. “Özgürlükten yoksun bırakılmanın istisnaların kapsamlı bir listesi Madde 5 § 1 ‘de, ((a) ila (f) fıkraları) yer almaktadır.

11. Madde 5 kapsamında bir kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılıp bırakılmadığını belirlemek için, başlangıç noktası kişinin somut durumu olmalıdır. Söz konusu tedbirin türü, süresi, etkileri ve uygulanma şekli gibi çok çeşitli kriterler dikkate alınmalıdır.²³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (“Mahkeme”) kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılıp bırakılmadığına karar verirken Üye Devletlerin mevzuatı veya mahkemeler de dahil olmak üzere ulusal makamların verdiği hukuki nitelikteki kararlar ile bağlı değildir; Mahkeme kişinin durumuna ilişkin özerk bir değerlendirme yaparak karar verir.²⁴

idari gözetim altına alınabileceğini "belirtmiştir. BM Göçmenlerin İnsan Hakları Özel Raportörü *Raporu*, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2 Nisan 2012, § 8.

- 22 Örneğin, BMMYK, BM düzeyinde göçmenlerin idari gözetim altına alınmasını “hapisaneler veya amaçlı olarak inşa edilmiş idari gözetim, kapalı kabul veya alıkoyma merkezleri veya tesisleri dahil ancak bunlarla sınırlı olmamak üzere bir sığınmacının terk etmesine izin verilmeyen kapalı bir yerde özgürlükten yoksun bırakılma veya hapsedilme” olarak tanımlanmıştır. BMMYK, *Sığınmacıların İdari gözetim Edilmesi ve İdari gözetim Alternatiflerine İlişkin Geçerli Kriterler ve Standartlar Hakkında Kurallar*, 2012, § 5. Avrupa Birliği (“EU”) düzeyinde, uluslararası koruma için başvuran kişilerin idari gözetime alınması, “başvuru sahibinin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin uluslararası koruma (yeniden düzenleme) başvuru sahiplerinin kabulü için standartları belirleyen 26 Haziran 2013 tarihli 2013/33/EU sayılı Direktifi (yeniden düzenleme), 29 Haziran 2013, L 180/96, Madde 2 (h) uyarınca hareket özgürlüğünden mahrum bırakıldığı bir Üye Devlet tarafından belirli bir yerde bir başvuru sahibinin hapsedilmesi” olarak tanımlanmaktadır.
- 23 *Guzzardi - İtalya*, No. 7367/76, 6 Kasım 1980, § 92; *Medvedyev ve Diğerleri - Fransa*, No. 3394/03, 29 Mart 2010 [GC], § 73; *Creangă - Romanya*, No. 29226/03, 23 Şubat 2012 [GC], § 91; *De Tommaso - İtalya*, No. 43395/09, 23 Şubat 2017 [GC], § 80.
- 24 *H.L. v. Birleşik Krallık*, No. 45508/99, 5 Ekim 2004, § 90; *H.M. - İsviçre*, No. 39187/98, 26 Şubat 2002, §§ 30 ve 48; *Creangă - Romanya* [GC], § 92.

12. Mahkemeye göre, Madde 5 § 1 kapsamında özgürlükten yoksun bırakma sayılabilecek kadar ciddi hareket serbestisini kısıtlayıcı tedbirler ile AİHS 4 No'lu Protokol'ün 2. Maddesi kapsamında değerlendirilebilecek özgürlük kısıtlamaları arasındaki fark, kısıtlamanın derecesi ve yoğunluğu ile ilgili olup kısıtlamanın niteliği ve içeriği ile ilgili değildir.²⁵ Dolayısıyla, hareket serbestisini kısıtlayan farklı tedbirler, birlikte değerlendirildiğinde, özgürlükten yoksun bırakılma anlamına gelebilir. Söz konusu değerlendirmede bir kişinin maruz kaldığı hareket serbestisini kısıtlayıcı önlem ve tedbirler ve bunların etkileri toplu olarak birlikte dikkate alınmalıdır.²⁶

13. Yukarıdaki hususlar ışığında, bir tedbirin idari gözetim alternatifinden ziyade bir idari gözetim *biçimi* olup olmadığı sorusu kritik önem taşımaktadır. "İdari gözetim alternatifleri" olarak adlandırılan tedbirler, alınan tedbirlerin derecesi, yoğunluğu ve sonuçları/etkisi bakımından kişinin özgürlüğüne ciddi kısıtlamalar getiriyorsa, aslında özgürlükten m bırakılma anlamına gelebilir. Bu, kısıtlamalar veya koşullara dayalı alternatifler bağlamında özellikle önemlidir, çünkü hareket özgürlüğüne yönelik bazı kısıtlamalar, kendi başlarına veya diğer tedbirlerle birlikte uygulandığında, ya hareket özgürlüğüne yönelik keyfi kısıtlama ya da özgürlükten keyfi yoksun bırakılma teşkil edebilir.²⁷

14. *Guzzardi – İtalya* davasında Mahkeme verdiği emsal kararda, özgürlükten yoksun bırakılmanın çeşitli biçimler alabileceğini kabul etmiştir. Ayrıca, bu biçimlerin sayının hukuki standartlardaki ve tutumlardaki gelişmelerle artmaya devam ettiğini kaydeden Mahkeme "Sözleşmenin, günümüzde demokratik Devletlerde geçerli olan kavramlar ışığında yorumlanması gerektiğini" de açıklığa kavuşturmuştur.²⁸ Mahkeme, başvuru sahibine uygulanan tedbirlerin, yani küçük bir adada belirli bir yerde hapsedilme, ikamet şartı, günde iki kez bildirimde bulunma yükümlülüğü ve sürekli denetime tabi tutulmanın, Madde 5 kapsamında özgürlükten yoksun bırakılma anlamına geldiğine hükmetmiştir. Mahkeme, kişiye uygulanan kısıtlayıcı tedbirlerin başvuru sahibinin sosyal iletişim kurmasını zorlaştırdığına dikkat çekmiştir. Mahkeme, alınan tedbirlerin ayrı ayrı değerlendirilmesi durumunda özgürlükten yoksun bırakılma anlamına gelmeyeceği, ancak kümülatif ve toplu olarak değerlendirildiğinde

25 *Guzzardi – İtalya*, § 93; *Rantsev – Kıbrıs ve Rusya*, No. 25965/04, 7 Ocak 2010

26 *Guzzardi – İtalya*, § 95.

27 Geçici Bölge Sığınma, Mülteci ve Vatansız Kişilerin Hukuki Yönleri Uzmanlar Komitesi ("CAHAR"), Eylül 2005, Bakanlar Komitesi Rehberinin 6 § 1 'e yorum, Zorla Dönüşe İlişkin Yirmi Yönerge, § 3.

28 *Guzzardi – İtalya*, § 95.

bu tedbirlerin fiili olarak idari gözetim anlamına geldiğini ve bu nedenle Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamına girdiği sonucuna varmıştır.²⁹

15. Ayrıca, Mahkeme belirli bir yerde hapsedilme/tutulma dışında kalan kısıtlamaların hangi bağlamda uygulandığına ve bu kısıtlamaya ilişkin koşulları inceleyebilir. Örneğin, sığınma başvurusunda bulunduktan sonra başvurusunun değerlendirilmesini transit alanda beklemek zorunda olan ve elindeki tek seçenek ayrılmış olduğu Devlete giriş yapmak olan bir kişinin durumunda görüleceği üzere, özgürlüğünden mahrum bırakılan kişiye sunulan tek seçeneğin ülkeyi terk etmek olması, özgürlüğünden mahrum bırakma olarak değerlendirilebilir.³⁰ *Amuur - Fransa* kararında Mahkeme, başvuru sahiplerinin havalimanının transit bölgesinde hareket özgürlüklerinin katı ve sürekli polis denetimi ile kısıtlanmış olması ve söz konusu yerde tutuldukları "sürenin aşırı derecede uzamış" olduğu gerekçesiyle, sadece hareket kısıtlaması şeklinde uygulanması gereken tedbirin özgürlükten yoksun bırakmaya dönüştüğünü ifade etmiştir.³¹ Mahkeme, uygun usuli güvencelerin bulunmamasını özellikle dikkate almıştır, yani, uygulanan kısıtlamaların hızlı bir şekilde gözden geçirilmemesi ve başvuru sahiplerinin özellikle sığınma başvurularına ilişkin işlemler ile ilgili olarak hukuki yardıma ve sosyal yardıma erişimleri bulunmaksızın "kendi başlarının çaresine bakmaya terk edilmiş" olduğuna dikkat çekmiştir.³² Mahkeme, kişilerin ülkelerine gönüllü olarak dönmeyi seçebildikleri için, idari gözetimlerini de sonlandırabilecekleri savını reddetmiştir, çünkü bu olasılık, başka herhangi bir ülkenin onları kabul etme isteği bulunmadığı için sadece teoriktir.³³ Dahası, bir transit bölgede tutulmak *fiili* idari gözetim olarak kabul edilebilir ve "eksiksiz şekilde gerekçelendirilmiş, hukuki niteliği bulunan resmi bir kararın bulunmaması" nedeniyle bu Madde 5 § 1(f) ile çelişmektedir.³⁴

29 *A.g.e.*; Bakınız, *Guzzardi* davasının aksine, Mahkemenin "mevcut davada, başvuru sahibinin [...], *Guzzardi* davasındaki başvuru sahibinin aksine, kısıtlı bir alanda yaşamaya zorlanmadığını ve sosyal iletişim kuramadığını" belirttiği karar için bkz. *De Tommaso - İtalya* davası, § 85.

30 *Amuur - Fransa*, No. 19776/92, 25 Haziran 1996, § 48; *Z.A. ve diğerleri - Rusya*, No. 61411/15 ve 3 diğerleri, 28 Mart 2017, § 89 (Büyük Mahkemeye Sevk).

31 *Amuur - France*, § 43.

32 *A.g.e.*, § 45.

33 *A.g.e.*, § 48.

34 *Ilias ve Ahmed - Macaristan*, No. 47287/15, 14 Mart 2017, § 67 -69 (Büyük Mahkemeye Sevk).

16. Bu Analizin amacına istinaden, göçmenlerin idari gözetimi Sözleşmenin 5 § 1(f) ve belirli koşullar altında 5 § 1(b) Maddesi uyarınca özgürlüklerinden yasalara uygun şekilde mahrum edilebilecek kişilerin özgürlüğünden yoksun bırakılmasını ifade etmektedir. Özgürlükten mahrum bırakma Mahkemenin ilgili kararları ışığında anlaşılmalıdır.

3.1.2. Göç bağlamında idari gözetime alternatif tedbirler

17. "İdari gözetim alternatifleri" veya "göç bağlamında idari gözetime alternatif tedbirler" kavramlarının evrensel bir tanımı bulunmamaktadır. "İdari gözetim alternatiflerine atıfta bulunurken "idari gözetim dışındaki tedbirler," "daha az kısıtlayıcı tedbirler," "daha az zorlayıcı tedbirler," "daha hafif tedbirler," "daha az müdahale içeren tedbirler," "daha az zahmetli tedbirler," "daha az müdahaleci tedbirler," "özel tedbirler," "daha hafif tedbirler" veya "alternatif tedbirler" gibi çeşitli terimler sıklıkla kullanılmaktadır.³⁵ Göç bağlamında idari gözetime alternatif tedbir veya göçmenlerin idari gözetimine alternatif tedbir hukuki bir terim değildir, daha ziyade bu kavram idari gözetimden kaçınmak için kullanılabilecek ve dolayısıyla gereklilik ve orantılılık ilkesine uyan bir dizi farklı uygulamayı ifade etmektedir.³⁶ Kullanılan kavram ne olursa olsun, idari gözetime alternatif tedbirlerin temel insan haklarına saygı gösteren, idari gözetim dışında münferit seçenekler sunan ve kişilerin alıkonmasını içermeyen tedbirlerden oluşması gerektiği konusunda fikir birliği mevcuttur.³⁷

35 Örneğin bkz. CDDH - MIG bilgi talebine verilen cevaplar; *Yoh - Ekale Mwanje v. Belçika*, No. 10486/10, 20 Aralık 2011, § 124; *A.B. ve Diğerleri - Fransa*, No. 11593/12, 12 Temmuz 2016, § 124; Bakanlar Komitesi, *Zorla Dönüşe İlişkin Yirmi Yönerge*, 925. Bakanlar Kurulu, 4 Mayıs 2005, Yönerge 6 § 1; BM İnsan Hakları Komitesi ("CCPR"), 35 Sayılı Genel Yorum Madde 9 (kişinin özgürlüğü ve güvenliği), CCPR/C/35, 16 Aralık 2014, § 18; *Zeyad Khalaf Hamadie - Gertani - Bosna - Hersek*, Bildiri No. 1955/2010, Görüşler 1 Kasım 2013'de kabul edilmiştir, § 10.4; BMMYK, *İdari gözetim Yönergeleri*, 2012, Yönerge 4.3, § 35; Yasadışı kalan üçüncü ülke vatandaşlarının iadesi için Üye Devletlerinin ortak standart ve prosedürleri hakkında 16 Aralık 2008 tarihli, Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2008/115/EC Direktifi, 24 Aralık 2008, L 348/98, Madde 15 § 1.

36 BMMYK, *İdari gözetim Kuralları*, 2012, § 8; Uluslararası İdari gözetim Koalisyonu ("IDC"), *There are Alternatives: A handbook for preventing unnecessary immigration detention (revised edition)*, (Alternatifler var: Göçmenlerin gereksiz idari gözetimin önlenmesi için bir el kılavuzu (revize baskı) 2015, s. 7; C. Costello ve E. Kaytaz, *Building Empirical Research into Alternatives to Detention: Perceptions of Asylum - Seekers and Refugees in Toronto and Geneva*, UNHCR Legal and Protection Policy Research Series, (İdari gözetime Alma Alternatiflerine Yönelik Ampirik Araştırma oluşumu): Toronto ve Cenevre'de Sığınmacı ve Mülteci Algıları, BMMYK Hukuki ve Koruma Tüzükleri Araştırma Serileri) PPLA/2013/02.REV.1, Haziran 2013, s. 10.

37 Örneğin bkz., *Zorla Dönüşe İlişkin Yirmi Yönerge*, Kılavuz 6, § 1; Direktif 2013/33/EU, Beyan (20); BMMYK, *İdari gözetim Kuralları*, 2012, § 8; BM Çocuk Hakları Komitesi ("CRC Komitesi),

18. Genel olarak bu terim “en az iki farklı anlamda” yorumlanmış ve kullanılmıştır. Dar anlamda terim, özellikle bireyin gözetim altına alınması için makul gerekçelerin mevcut olduğu, yani gözetim tedbirinin geçerli bir temele dayandırıldığı fakat Devlet’in daha az kısıtlayıcı tedbirlere başvurabileceği ve hatta başvurması gereken durumlarda alınan tedbirlere atıfta bulunulmak için kullanılmaktadır. Daha geniş anlamda, [idari gözetim alternatifleri] Devletlerin idari gözetim süresini yönetmek için kullandığı, ancak tipik olarak bazı kısıtlamalar içeren bir dizi politika ve uygulamaya atıfta bulunmaktadır.”³⁸

19. BMMYK göç bağlamında idari gözetime alternatif tedbir kavramını dar olarak şu şekilde yorumlamıştır: “sığınmacıların hareket özgürlüklerine ilişkin bir dizi koşul veya kısıtlamaya tabi olarak toplum içinde yaşayıp gözetim altına alınmamasına izin veren her tür yasa, politika veya uygulama”.³⁹ Daha geniş anlamda ise göç bağlamında idari gözetime alternatif tedbirler “Bireylerin göç statüsüne ilişkin gerekçelerle gözetim altına alınmamasını öngören her tür yasa, politika veya uygulama “olarak tanımlanabilir. Bunlar, Devletler için mevcut olan alternatif seçenekler dizisi çerçevesinde kişiye açık barınma imkânı sunulması gibi en az kısıtlayıcı tedbirden en kısıtlayıcı olana doğru ilerleyen uzun bir listeyi içermektedir.”⁴⁰

20. Bu Analizin amacına istinaden, göç bağlamında idari gözetime alternatif tedbirler, Avrupa Konseyi üyesi Devletlerin göç bağlamında idari gözetim yerine tercih edebilecekleri geniş bir seçenek dizisi olarak değerlendirilecektir.

3.2. Analizin Kapsamı, ilgili taraflar ve atıfta bulunulan kaynaklar

21. Bu çalışma, hassas duruma ilişkin hak, yükümlülük ve farkları dikkate almak kaydıyla, Sözleşmenin 5 § 1(f) ve belirli koşullar altında 5 § 1(b) Maddesi uyarınca özgürlüklerinden mahrum bırakılabilecek kişilerin idari gözetimine yönelik alternatiflerle ilgili Avrupa standartlarını ve uluslararası standartları belirler ve analiz eder.⁴⁰ Bakanlar Komitesi tarafından CDDH'ye verilen yetki ışığında, öncelikle Mahkemenin yargı yetkisine ve diğer Avrupa Konseyi standartları incelenmektedir. İdari gözetime etkin alternatif tedbirlerin

2012 Uluslararası Göç Bağlamında Tüm Çocukların Hakları Genel Tartışma Günü Raporu, 28 Eylül 2012, § 79.

38 C. Costello ve E. Kaytaz, *Building Empirical Research into Alternatives to Detention* (“İdari gözetim Alma Alternatiflerine Yönelik Ampirik Araştırma”), 2013, s. 10.

39 BMMYK, İdari gözetim Kuralları, 2012, § 8.

40 Hassasiyete atıfta bulunurken, bu Analizde hassas kişiler, hassas bireyler, hassas gruplar ve/veya hassas durumdaki kişiler gibi terimler birbirinin yerine kullanılır.

belirli temel unsurlarının yanı sıra bu tedbirler tek tek incelenerek her birinin avantajları, güçlükleri ve insan hakları bakımından neden olduğu etkilere ilişkin görüşler sunulmuştur. Eş zamanlı olarak, Üye Devletlerin göç bağlamında idari gözetime alternatif tedbirleri geliştirirken ve uygularken dikkate almaları gereken çeşitli hukuki ve uygulamaya yönelik boyutlar tartışılmaktadır. Kapanışta, makale CDDH'nin öngörebileceği gelecekteki olası çalışmaların ana hatlarını sunmaktadır.

22. Analizdeki temel kaynaklar Avrupa Konseyi, BM ve AB tarafından yayınlanan belgelerdir. Bu Analizde atıfta bulunulan insan hakları standartları, hukuken bağlayıcı belgelere (örn. Sözleşmeler, Şartlar, AB ikincil mevzuatı vb.) ve hukuken bağlayıcı olmayan yönergelere, tavsiyelere, kararlara, raporlara vb. dayanmaktadır. Açıklık ve hassasiyet adına, her organ, uygun olduğunda, metinde bahsedilir ve dipnotlarda atıfta bulunulur. Çalışmalar, raporlar ve akademik çalışmalar da dahil olmak üzere ek kaynaklara da danışılmakta ve bu kaynaklara başvurulmaktadır. Başvurulan birincil kaynaklar CDDH- MIG tarafından gönderilen idari gözetim alternatifleri hakkında bilgi talebine alınan cevapları oluşturmaktadır. Bu yanıtlar, Avrupa Konseyi üyesi Devletlerde idari gözetime yönelik politikalar, uygulamalar ve alternatiflerin uygulanması hakkında daha fazla bilgi verir. Son olarak, *"Göçmen Çocuklarının İdari gözetim altına alınması: Sona Eriyor mu?"* isimli, 25 -26 Eylül 2017 tarihlerinde Prag'da Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Çek Başkanlığı altında gerçekleştirilen Uluslararası Konferansın sonuçlarına, uygun olan durumlarda atıfta bulunmaktadır.⁴¹ Avrupa Konseyi ile işbirliği içinde düzenlenen Konferans, kısmen CDDH - MIG'nin devam eden çalışmalarından esinlenmiş ve alana daha fazla katkı ve ivme kazandırmak üzere tasarlanmıştır.

41 Bkz. <http://dmcp Prague2017.justice.cz/>

II. HUKUKİ BOYUT: UYGULANABİLİR İNSAN HAKLARI STANDARTLARI

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve diğer Avrupa Konseyi standartları

1.1. Özgürlük hakkı: Sözleşmenin 5. Maddesi

1.1.1. Genel koşullar

23. İdari gözetim alternatiflerinin değerlendirilmesi, tüm temel uluslararası ve bölgesel insan hakları sözleşmelerinde yer alan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile ilişkili olup bu haktan kaynaklanmaktadır.⁴²

24. Daha önce belirtildiği gibi, Avrupa Konseyi çerçevesinde, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı Sözleşmenin 5. Maddesinde belirtilmiştir. Mahkeme, bu hükmün “kişinin özgürlük hakkına Devlet tarafından keyfi gerekçelerle müdahale edilmesinin engellenmesine ilişkin temel insan hakkını koruduğunu” vurgulamıştır.⁴³ Özgürlük hakkı, Sözleşme⁴⁴ kapsamında demokratik bir toplumda en yüksek öneme sahip ve herkese uygulanan bir haktır.⁴⁵ Taraf Devletler söz konusu hakkın etkin şekilde ihlalinden imtina etmekle kalmamalı, aynı zamanda yetki alanları içerisinde kalan bireylerin bu hakkının hukuka aykırı şekilde ihlal edilmesini engellemek için gereken adımları atmalıdır.”⁴⁶

42 Örneğin bkz. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin ("UDHR") 3. Maddesi; Uluslararası Sivil ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin ("Sözleşme") 9. Maddesi; Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Sözleşmesi'nin ("Sözleşme") 5. Maddesi ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının ("AB Şartı") 6. Maddesi.

43 Örneğin bkz., *Saadi - Birleşik Krallık*, No. 13229/03, 29 Ocak 2008 [GC], § 63; *Khlaifia ve Diğerleri - İtalya*, No. 16483/12, 15 Aralık 2016 [GC], § 88; *Thimothawes - Belçika*, No. 39061/11, 4 Nisan 2017, § 56; *Suso Musa - Malta*, No. 42337/12, 23 Temmuz 2013, § 89.

44 *Medvedyev ve Diğerleri - Fransa* [GC], § 76; *Ladent - Polonya*, No. 11036/03, 18 Mart 2008, § 45.

45 *Medvedyev ve Diğerleri - Fransa* [GC], § 77; *Nada - İsviçre*, No. 10593/08, 12 Eylül 2012 [GC], § 224.

46 *El-Masri - "eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti"*, No. 39630/09, 13 Aralık 2012 [GC], § 239.

İstisnaların sınırlı listesi

25. Madde 5 § 1, (a) ila (f) fıkraları, kişinin yasal olarak özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği istisnai durumları sınırlı olarak sıralamaktadır. Bu istisnalar, “bu hükmün amacı ile tutarlı olarak yani kimsenin özgürlüğünden keyfi olarak yoksun bırakılmamasını sağlamak için” dar olarak yorumlanmalıdır.⁴⁷ Bu istisnalardan birine girmeyen herhangi bir özgürlükten mahrum bırakılma her zaman yasa dışı olacaktır.⁴⁸

Kanunilik/Ulusal prosedüre uygunluk (iç hukuka yapılan atıflar)

26. Sözleşmenin metni iki genel koşulu aramaktadır: idari gözetim kanuni olmalı/yasaya dayanmalı ve “kanunların öngördüğü bir usule uygun olarak” (ulusal hukuka atıflar) düzenlenmelidir. Bu nedenle, *Saadi - Birleşik Krallık*’ davasında Büyük Daire:⁴⁹

“Mahkeme içtihadında Madde 5 § 1 ‘in alt fıkraları uyarınca, özgürlükten yoksun bırakılmanın, (a) ila (f) fıkralarında belirtilen istisnalardan birine ek olarak, “kanuni” olması yani yasaya dayanması gerektiğini belirtmektedir. İdari gözetimin kanuniliğinin değerlendirilmesinde kanunlar tarafından öngörülen bir usulün izlenip izlenmediği sorusu da cevaplanmalıdır. Bu değerlendirmede Sözleşme esasen iç hukuka atıfta bulunur ve ulusal hukukun gerek maddi gerekse muhakeme hukukuna ilişkin hükümlerine uygun hareket edilmesini öngörmektedir.”

27. Mahkeme, bireyin özellikle bir sığınmacının özgürlüğünü kısıtlayan iç hukukun *niteliğine* önem atfetmiştir. Sonuç olarak, ilgili kanun hukukun üstünlüğü⁵⁰ ilkesine uygun olmalı ve keyfiliğin mutlak olarak önlenmesi için söz konusu yasal düzenleme yeterli derecede erişilebilir, kesin ve öngörülebilir olmalıdır.”⁵¹ Bu, “özellikle temel hakların korunmasının Devletlerin

47 *Vasileva - Danimarka*, No. 52792/99, 25 Aralık 2003, § 33; *Khlaifia ve Diğerleri - İtalya* [GC], § 88.

48 *Khlaifia ve Diğerleri - İtalya* [GC], § 88.

49 *Saadi - Birleşik Krallık* [GC], § 67.

50 Sözleşmenin Tüm Maddelerinin Doğasında Var Olan Bir Kavram. *Amuur - Fransa*, § 50; *Abdolkhani ve Karimnia - Türkiye*, No. 30471/08, 22 Eylül 2009, § 130; *Khlaifia ve Diğerleri - İtalya* [GC], § 91.

51 *Longa Yonkeu - Letonya*, No. 57229/09, 15 Kasım 2011, §§ 120, 133 -144 (özellikle § 140); *Shamsa - Polonya*, No. 45355/99 ve 45357/99, 27 Kasım 2003, § 49; *Baranowski - Polonya*, No. 28358/95, 28 Mart 2000, § 52; *Amuur - Fransa*, § 50; *Sadaykov- Bulgaristan*, No. 75157/01, 22 Mayıs 2008 § 23.

göç politikalarının gereklilikleri ile bağdaştırılması gereği göz önünde bulundurulduğunda, havalimanlarındaki sığınmacılar açısından büyük bir öneme sahiptir.”⁵²

28. Ulusal hukuka yapılan bu atıflara dayanarak, Mahkeme, eğer bir Devletin kendi yasaları idari gözetim gerekli olduğunun gösterilmesini arıyorsa bu durumda, idari gözetimin keyfi olmaması için ulusal kanunlarda yer alan gereklilik kuralına uyulması gerektiğini açıkça belirtmiştir.⁵³ Benzer şekilde, idari gözetim süresinin uzatılması durumunda, idari gözetimin keyfi sayılmaması için, Mahkeme ilgili iç hukuk kurallarına uyulması gerektiğine karar vermiştir (örneğin, yetkili makamların hakkında idari gözetim kararı alınan kişinin sınır dışı edilmesini kasıtlı şekilde engellediğinin tespit edilmesi, kişi hakkında daha az müdahale içeren alternatif tedbirlere hükmedilmesinin mümkün olmaması veya sınır dışı kararının uygulanabilir olup olmadığının tespiti gibi).⁵⁴

Keyfi Uygulamaların Önüne Geçilmesi

29. Yukarıda belirtilen *Saadi* davasında, Mahkeme, iç hukuka uygunluk gerekliliğinin altını çizdikten sonra, bununla ilgili aşağıdaki görüşünü ayrıca vurgulamıştır:⁵⁵

“...bununla birlikte, söz konusu uyum yeterli değildir: Madde 5 § 1 ayrıca, özgürlükten yoksun bırakılmanın, bireyi keyfilikten koruma amacına uygun olmasını gerektirir. [...] Keyfi olan hiçbir idari gözetimin Madde 5 § 1 ile uyumlu olamayacağı temel bir ilkedir ve Madde 5 § 1’deki “keyfilik” kavramı ulusal hukuka aykırılıktan daha geniş bir kavramı ifade eder ki özgürlükten yoksun bırakılma iç hukuk açısından kanuni ancak yine de keyfi ve dolayısıyla Sözleşme’ye aykırı olabilir. [...] Dahası, içtihat gereği, Madde 5 bağlamında keyfilik kavramının, ilgili idari gözetim türüne bağlı olarak belirli bir ölçüde farklılık gösterdiği açıktır.”Madde 5 paragraf 1(f) uyarınca idari gözetim

52 *Amuur - France*, § 50; *Rashed - Çek Cumhuriyeti*, No. 298/07, 27 Kasım 2008, § 73.

53 *Rusu - Avusturya*, No. 34082/02, 2 Ekim 2008, §§ 54 -58.

54 *Nabil ve Diğerleri - Macaristan*, No. 62116/12, 22 Eylül 2015, § 40 -43.

55 *Saadi - Birleşik Krallık [GC]*, § 67.

1.1.2. Madde 5 paragraf 1(f) uyarınca idari gözetim

Genel

30. Özellikle göç bağlamında, Sözleşme'nin 5 § 1(f) Maddesi uyarınca iki farklı durumda idari gözetime izin verdiği görülmektedir: bunlardan ilki "ülkeye izinsiz girişin önlenmesi", ikincisi ise "sınır dışı etme veya suçluların iadesi kapsamında hakkında işlem yapılmakta olan kişinin" gözetim altına alınmasıdır.

31. Mahkeme, Madde 5 § 1(f) kapsamındaki idari gözetimin makul bir şekilde gerekli olması gerektiğini karar vermiştir.⁵⁶ Bu nedenle, (f) bendinin sağladığı koruma ile (c) bendi başta olmak üzere diğer bendlerin sağladığı korumaya göre farklılık göstermektedir. *Rusu - Avusturya* davasında, sınır dışı ile ilgili olarak Mahkeme şunları belirtmiştir:⁵⁷

"Başvuru sahibinin idari gözetimi Sözleşmenin 5. § 1(f) Maddesi kapsamında kabul edilebilir. Mahkeme, bu hüküm bağlamında tek gerekliliğin "kişi hakkında sınır dışı etme amacıyla işlem yapılması" olduğunu bir kez daha dile getirmektedir. Madde 5 § 1(f) sınır dışı etme amacıyla hakkında işlem yapılan kişiye yönelik gözetim tedbirinin örneğin kişinin suç işlemesini veya kaçmasını önlemek amacıyla makul ölçüde gerekli olmasını zorunlu kılmamaktadır; bu bakımdan Madde 5 § 1(f)'de, Madde 5 § 1(c)'ye kıyasla farklı bir koruma düzeyi öngörülmektedir. (bkz. yukarıda belirtilen, *Çonka*, § 38 ve *Chahal - Birleşik Krallık*, 15 Kasım 1996 tarihli karar, *Raporlar* 1996 - V, s. 1862 -63, §§ 112 -13)."

32. Bu ayrıma bakılmaksızın, Madde 5 § 1(f) kapsamındaki idari gözetim Madde 5'in amacı, yani keyfililiğin önüne geçilmesi ile tutarlı olmalıdır.

33. İdari gözetimin keyfi olarak nitelendirilmemesi için, Madde 5 § 1(f) (her iki durumda da⁵⁸) idari gözetimin Mahkemenin içtihadında yer alan genel prensiplere uygun olmalıdır bu nedenle idari gözetim:⁵⁹

- i. İyi niyet ilkesi gözetilerek uygulanmalı;
- ii. İdari gözetimin güttüğü amaç ile yakından bağlantılı olmalı;

⁵⁶ *A.g.e.*, § 72; *Rusu - Avusturya*, § 52; *Çonka - Belçika*, No. 51564/99, 5 Şubat 2002, § 38; *Chahal - Birleşik Krallık*, No. 22414/93, 15 Kasım 1996 [GC], §§ 112 -113. ⁵⁸

⁵⁷ *Rusu - Avusturya*, § 52

⁵⁸ *Saadi - Birleşik Krallık* [GC], § 73.

⁵⁹ *A.g.e.*, § 74. Ayrıca bkz. *Suso Musa - Malta*, § 93; *Longa Yonkeu - Letonya*, § 134.

- iii. İdari gözetimin yeri ve koşulları uygun olmalı ve “tedbirin ceza hukuku bakımından suç işleyen kişiler için değil, çoğu zaman hayatları için endişe duyan ve ülkelerinden kaçan yabancılar için uygulandığı” unutulmamalıdır;⁶⁰
- iv. İdari gözetim süresi gözetimin amacına ulaşmak için gerekli olan makul süreyi aşmamalıdır;
- v. İşlemler özen gösterilerek yürütülmelidir;⁶¹
- vi. Sınır dışı etmeye ilişkin gerçek bir ihtimal bulunmalıdır (f bendi ikinci kısım).⁶²

Usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonulma amacıyla uygulanan idari gözetim

34. *Saadi* davasında Mahkeme, Devlet kişinin ülkeye girişine izin vermediği müddetçe her türlü girişin “izinsiz” addedileceğini açıkça ifade etmiştir. Mahkeme, sığınmacıların ve diğer göçmenlerin ülkeye yasal olarak girişlerinden önce idari gözetim altına alınmasının Madde 5 § 1(f)’nin birinci kısmına girdiğini ve Madde 5 § 1 (f) ile uyumlu olduğunu kabul etmiştir.⁶³ Gerekçe, *Suso Musa - Malta* davasında özetlenmiştir:⁶⁴

“*Saadi Davasında* (yukarıda atıfta bulunulan, § 64 -66) Büyük Daire ilk kez Madde 5 § 1(f) ‘nin ilk kısmının anlamını, yani “usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonulma amacını” yorumlamıştır. Bir Devlet ülkeye girişe izin verene kadar, herhangi bir girişin “usulüne aykırı surette” olduğunu belirtmiştir. Bunun yanı sıra, ülkeye giriş yapmak isteyen ve giriş yapmaya ihtiyacı olan ancak henüz giriş izni olmayan bir kişinin idari gözetim altına alınmasının “usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonulma” amacıyla olduğunu belirtmiştir. Bir sığınmacının göç makamlarına teslim olmasının ülkeye “usulüne uygun olarak” giriş yapmak niyetinde olduğunu göstermez ve sonuç olarak bu kişi hakkında uygulanacak gözetim

60 *Saadi - Birleşik Krallık* [GC], § 74, onay ile alıntıdır *Amuur - France*, § 43.

61 *Chahal - Birleşik Krallık* [GC], § 113. Ayrıca bkz. *Singh - Çek Cumhuriyeti*, No. 60538/00, 25 Ocak 2005, § 61 -68; *Raza - Bulgaristan*, No. 31465/08, 11 Şubat 2010, §§ 72 -75; *M. ve Diğerleri - Bulgaristan*, No. 41416/08, 26 Temmuz 2011, §§ 61 -77; *Auad - Bulgaristan*, No. 46390/10, 11 Ekim 2011, §§ 128-135.

62 *Louled Massoud - Malta*, No. 24340/08, 27 Temmuz 2010, § 69.

63 *Saadi - Birleşik Krallık* [GC], §§ 65-66.

64 *Suso Musa - Malta*, § 90.

tedbiri Madde 5 § 1(f)'nin birinci kısmı uyarınca sözleşmede izin verilen istisnalara girmeyecektir. (§ 65). Madde 5 § 1(f)'nin ilk kısmının, yalnızca ülkeye usulüne uygun giriş yapmaktan kaçan kişilerin idari gözetimi için uygulanması ilgili maddedeki kavramların ve Devletin ülkeye girişleri düzenlemeye ilişkin inkar edilemez hakkının çok dar olarak yorumlanması anlamına gelecektir. Ayrıca, böyle bir yorum, örneğin kimlik tespiti işlemleri devam ederken veya sığınma talebine esas unsurların belirlenmesini gerektiren durumlar gibi belirli hallerde sığınmacıların gözetim altında tutulmasına izin veren belgeler olan Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Programı Yönetim Kurulu'nun 44 sayılı Kararı, BMMYK Kılavuz İlkeleri ve Bakanlar Komitesi'nin Tavsiye Kararı (bkz. Saadi davası hükmü, §§ 34-35 ve § 37) ile bağdaşmayacaktır."

35. Madde 5 § 1(f)'nin ilk kısmının uygulanmasının sona erdirilip erdirilmemesi konusu, büyük ölçüde ulusal mevzuat uyarınca Devletin topraklarına usulüne uygun bir giriş veya ülkede kalma yetkisinin verilip verilmediğine bağlıdır. Böylece, Mahkeme, *Suso Musa - Malta* davasında şunları vurgulamıştır:⁶⁵

"Sözleşme'nin 53. Maddesi uyarınca yeni haklar ihdas etme veya daha olumlu bir durum yaratma konusunda ilgili yükümlülüklerini yerine getirme amacıyla adımlar atmış olan bir Devlet (kendi yasaları veya Avrupa Birliği hukukuna binaen) sığınma başvurusunun sonuçlanmasını bekleyen göçmenlerin ülkeye girişine veya ülkede kalmasına açık bir dille müsaade eden herhangi bir mevzuatı yürürlüğe koyduktan sonra [...], usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonulma amacıyla gözetim tedbirine başvurur ise bu Madde 5 § 1(f) kapsamında gözetim tedbirinin yasalara uygunluğu bakımından sorunlara yol açacaktır. Böyle bir durumda söz konusu tedbirin ulaşılmak istenen amaca hizmet ettiği ve durumun iç hukuka uygun olduğu yönünde bir değerlendirmede bulunmak güç olacaktır. Öyle ki, bu durumda açık ve net mevzuat hükümlerinin gerçek anlamlarına aykırı şekilde yorumlanması söz konusu olacak ve bu da söz konusu tedbirin keyfi olduğu ve Madde 5 § 1(f)'nin amacına ters düştüğü anlamına gelecektir."

36. Yukarıda bahsedilen hususlar göz önüne alındığında, Mahkemenin Madde 5 § 1(f)'nin ilk kısmına ilişkin kararları, ulusal mevzuatın sığınma başvurusunun

65 A.g.e., § 97.

sonuçlanmasına kadar ülkeye giriş ve kalışa izin verdiği durumlarda kişinin usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alınması amacıyla gözetim altına alınmasının gözetim tedbirinin kanuniliği (yasaya uygunluğu) bakımından sorun yaratabileceğini göstermektedir. ⁶⁶

Sınır dışı etme veya iade etme amacıyla idari gözetim

37. Sınır dışı edilmeyi veya iade edilmeyi bekleyen bir kişinin idari gözetimi Madde 5 § 1(f)'nin ikinci kısmı kapsamına girmektedir. ⁶⁷ Sığınma başvurusu hakkında bir karar verilen kadar bir kişinin sınır dışı edilmesi gerçekleştirilemez. ⁶⁸ Mahkeme, idari gözetim tedbirinin haklı bir gerekçeyle dayanıyor sayılması için karşılanması gereken tek koşulun "sınır dışı etme amacıyla kişi hakkında yapılan işlemlerin devam etmesi" olduğu kanaatine varmıştır. ⁶⁹ Ancak idari gözetim tedbirinin Madde 5 § 1(f) kapsamında değerlendirilmesi için sınır dışı etme işlemlerinin etkin şekilde ve "gereken özen" çerçevesinde yürütülüyor olması gerekmektedir. Kişinin ülkeden çıkarılması ihtimalinin kalmaması ⁷² veya "gereken özen" kıstasının karşılanmaması ⁷³ halinde, gözetim tedbirinin yasalara uygunluğundan söz edilemez. Bu anlamda, (f) bendi kapsamında yapılacak orantılılık değerlendirmesi, (b) bendi kapsamındaki değerlendirmeden farklı olacaktır. .

Bu nedenle, *Saadi kararında* Mahkeme: ⁷⁰

"bir kişinin Madde 5 § 1(f) kapsamında idari gözetim altına alındığı durumlarda, Büyük Daire, bu fıkranın ikinci kısmını yorumlayarak, herhangi bir kişinin "sınır dışı edilmesi" amacıyla gözetim altına alınması için bu tedbirin "sınır dışı etme amacıyla yürütülen işlemler devam ettiği" müddetçe uygulanmasının yeterli olduğunu söz konusu tedbirin uygulanmasında örneğin kişinin suç işlemesini veya kaçmasını önlemek maksadı gibi ek bir gerekçenin aranmasına gerek olmadığını belirtmiştir. (bkz. yukarıda atıfta bulunulan *Chahal* kararı § 112). Büyük Daire ayrıca *Chahal kararında* Madde 5 § 1(f) uyarınca orantılılık ilkesinin sadece idari gözetimin makul olmayan bir süre boyunca devam etmemesi gerektiği anlamına geldiğini

⁶⁶ Aynı; Ayrıca bkz. *O.M. - Macaristan*, No. 9912/15, 5 Temmuz 2016, § 47.

⁶⁷ *Chahal - Birleşik Krallık* [GC], § 112.

⁶⁸ *R.U. - Yunanistan*, No. 2237/08, 7 Haziran 2011, § 94; *S.D. - Yunanistan*, No. 53541/07, 11 Haziran 2009, § 62.

⁶⁹ *Chahal - Birleşik Krallık* [CG], § 112. *Rusu - Avusturya*, § 52.

⁷⁰ *Saadi - Birleşik Krallık* [GC], § 72.

belirtmiştir; bu nedenle, “Madde 5 § 1(f) kapsamındaki herhangi bir özgürlükten yoksun bırakma, yalnızca sınır dışı işlemleri devam ettiği sürece geçerli bir gerekçeye dayanacaktır. Söz konusu işlemlerin gereken özen çerçevesinde yürütülmemesi halinde de gözetim tedbiri makul kabul edilemeyecektir...” (a.g.e., § 113; ayrıca bkz. *Gebremedhin [Gaberamadhien] - Fransa*, no. 25389/05, § 74, AİHM 2007 - II).”

38. Keyifliliğin değerlendirilmesi ile ilgili olarak, Mahkeme, kişinin kısa süre içerisinde sınır dışı edilmesine dair bir ihtimalin bulunmadığı veya yetkili makam ve kişilerin sınır dışı işlemlerinin yürütülmesinde gerekli özeni göstermediği durumlarda uzun süreli idari gözetim tedbirinin yerine devletlerin uygulayabileceği idari gözetim dışında diğer tedbirlerin bulunup bulunmadığını dikkate almıştır.⁷¹ Böylece, Mahkeme, *Louled Massoud - Malta* davasında şu hususlara değinmiştir:⁷²

“... birinin hayatını tehlikeye atmadan denizden kaçmanın olanaksız olduğu ve hava yoluyla ülkeden çıkmanın sıkı bir kontrole tabi olduğu Malta gibi küçük bir adada, yetkililerin yakın bir tarihte sınır dışı edilme olasılığı bulunmayan başvuru hakkında uzun süreli gözetim tedbiri uygulamak dışında bir seçeneğin bulunmadığı kanaatine varmak oldukça güçtür.”

1.1.3. Madde 5 paragraf 1(b) uyarınca idari gözetim

39. “Yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak” amacıyla idari gözetim tedbiri uygulanmasına izin veren Madde 5 § 1(b) aynı zamanda göç bağlamı için de geçerli olabilir. Mahkemeye göre, idari gözetimin Madde

71 *Louled Massoud - Malta*, § 68; *Mikolenko - Estonya*, § 67. Ayrıca bkz. *Raza - Bulgaristan*, §§ 73 -75 (Başvuru sahibinin gerekli seyahat belgelerine sahip olmadığı için idari gözetime alınmasının engellendiği yer. Mahkeme, yetkililerin başvuru sahibinin uzun süreli idari gözetim süresi dışında herhangi bir önlem alması gerektiğine dikkat çekerken, davanın aktif ve özenle takip edilmediğine özellikle dikkat çekmiştir). Mahkeme tarafından ayrıca, Mahkeme Kurallarının 39. Kuralı uyarınca geçici bir tedbirin uygulanmasını takiben göçmenlerin idari gözetime alınmasına yönelik alternatiflerin incelenmesine de atıfta bulunulmuştur: Örneğin bkz. *Keshmiri - Türkiye* (No 2), No. 22426/10, 17 Ocak 2012, §§ 34 -35 (başvuru sahibi alternatif çözümler aranmazken uzun süreli idari gözetimde kaldı); *Azimov - Rusya*, No. 67474/11, 18 Nisan 2013, §§ 169 - 174 (başvuru sahibinin idari gözetim süresi “alternatif çözümler” dikkate alınmazken kendisi sürekli idari gözetimde kaldı); *Ermakov - Rusya*, No. 43165/10, 7 Kasım 2013, § 252 (başvuru sahibinin idari gözetim süresi zaman sınırlamalarına tabiydi ve daha az katı önleyici tedbirler dikkate alınmıştı).

72 *Louled Massoud - Malta*, § 68.

5 § 1(b) kapsamında yasalara uygun addedilebilmesi için şu kriterlerin karşılanması gerekmektedir:

- i. İlgili kişinin yükümlülüğünü yerine getirmediği tespit edilmiş olmalıdır;
- ii. Yakalama ve idari gözetim tedbiri, söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak amacıyla alınmış olmalıdır;
- iii. Yakalama ve idari gözetim tedbiri, cezalandırma amacı gütmemelidir;
- iv. Kişiye yüklenen yükümlülük belirli ve somut olmalıdır;
- v. Yakalama ve idari gözetim tedbiri yükümlülüklerin yerine getirilmesini güvence altına almak için gerçekten gerekli olmalıdır;⁷³
- vi. Yasaların öngördüğü yükümlülük daha hafif tedbirler ile yerine getirilebilir nitelikte olmamalıdır;
- vii. Orantılılık ilkesi uygulanmalıdır, yani “söz konusu yükümlülüğün derhal yerine getirilmesinin demokratik bir toplumdaki önemi ile özgürlük hakkının önemi arasında bir denge kurulmalıdır.”⁷⁴

40. Bir yakalama veya gözetim tedbirinin Madde 5 § 1(b) ile uyumluluğunu değerlendirirken, Mahkeme tarafından üç temel faktör dikkate alınır: “Hedef ve amacı da dahil olmak üzere ilgili mevzuattan doğan yükümlülüğün niteliği, idari gözetim altına alınan kişi ve idari gözetim altına alınmaya yol açan belirli koşullar ve idari gözetimin süresi.”⁷⁵ Söz konusu yükümlülük yerine getirilir getirilmez Madde 5 § 1(b) kapsamındaki idari gözetimin temeli ortadan kalkmaktadır.⁷⁶

41. (f) bendine kıyasla, (b) bendi her bir durumda gereklilik ve orantılılık değerlendirmesini içermektedir.⁷⁷

1.2. Usule ilişkin güvenceler

İdari gözetim gerekçelerine dair güvence

42. Gözetim altındaki bir kişinin gözetim altında tutulmasının yasalara aykırı

⁷³ O.M. - Macaristan, § 42.

⁷⁴ Ibid., § 43; Saadi - Birleşik Krallık [GC], § 70.

⁷⁵ O.M - Macaristan, § 44.

⁷⁶ A.g.e., § 42.

⁷⁷ Saadi - Birleşik Krallık [GC], § 70.

olduğunu iddia etme ve gözetim kararına itiraz etme kabiliyeti Madde 5 § 2'de yer alan şu hüküm ile doğrudan ilişkilidir: “yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesini zorunlu tutar”. Bu, gözetim altına alınan kişinin Madde 5 § 4 uyarınca idari gözetim kararına itiraz edebilmesini sağlamak içindir. Madde 5 § 2'de yer alan “yakalama/gözetim altına alma” Mahkeme tarafından “idari gözetim altına alınma” ile eş anlamlı olarak kullanılmaktadır.⁷⁸ Madde 5 § 1 kapsamına giren her türlü gözetim tedbirinin Madde 5 § 2'ye uygun olması zorunludur,⁸³ zira Madde 5 § 2 her bir vakanın ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulmasını öngörmektedir. İdari gözetim tedbirinin gerekçelerinin gösterilememesi Madde 5 § 1(f) kapsamında idari gözetimin yasaya aykırı sayılmasına neden olabilir.⁷⁹

43. İdari gözetimin gerekçesi gözaltına alınmayı gerektiren “temel hukuki ve fiili temellerini(nedenleri)” içermelidir.⁸⁰ Gerekçenin aktarılmasında kullanılan dil, “idari gözetim altına alınan kişinin anlayabileceği şekilde basit ve teknik olmayan bir dil” olmalıdır.⁸¹ Kişiye, yakalanması veya idari gözetim altına alınmasına dair nedenler derhal bildirilmelidir.⁸²

İdari gözetim kararlarının gözden geçirilmesi (Habeas Corpus)

44. Madde 5 § 4, özgürlüğünden yoksun bırakılan herkesin “tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve, eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahip” olduğunu öngörmektedir. Bu güvence mahkemeler tarafından verilmeyen idari gözetim kararları için geçerlidir.⁸³ Madde 5 § 4, bir idari gözetim kararının gözden geçirilmesi ile ilgili iki temel unsuru içerir: ilk olarak, idari gözetim kararının ivedilikle gözden geçirilmesi ve ikinci olarak, gözden geçirmeye ilişkin başvuru yolunun uygulamada erişilebilir ve etkili olması. Kişi, idari gözetim süresince idari gözetimin ivedi şekilde gözden geçirilmesi için

78 Shamayev ve Diperleri - Gürcistan ve Rusya, No. 36378/02, 12 Nisan 2005, §§ 413-414.

79 Lokpo ve Touré - Macaristan, No. 10816/10, 20 Eylül 2011, § 24.

80 Kerr - Birleşik Krallık; Abdolkhani - Karimnia - Türkiye, §§ 136-138; Rusu - Avusturya, § 36; Kaboulov - Ukrayna, No. 41015/04, 19 Kasım 2009, § 143.

81 Kerr - Birleşik Krallık; Çonka - Belçika, § 50.

82 Saadi - Birleşik Krallık [GC], §§ 81-85 (Madde 5'in ihlali için 76 saat gereklidir § 2); Murray - Birleşik Krallık [GC], §§ 77-80 (Tutuklamadan itibaren 1 saat 15 dakika Madde 5 § 2'yi ihlal etmektedir).

83 Shamsa - Polonya, § 59.

mahkemeye başvurabilmelidir.⁸⁴ İdari gözetim kararına itiraz etme hakkının erişilebilirliği ve etkinliği, gözetim altına tutulan kişinin avukata erişiminin engellenmesi veya bir avukata etkin erişiminin olmaması ile olumsuz etkilenir.⁸⁵ Mahkeme Sözleşmenin “teorik ya da hayali hakları değil gerçek ve etkili hakları” garanti altına aldığını belirtip idari gözetim altına alınan kişilerin idari gözetim kararına itiraz etmek de dahil olmak üzere etkin başvuru hakkını kullanabilmelerini⁸⁶ sağlamak için hukuki destek alabilmelerini önemini vurgulamıştır.⁸⁷ Mahkeme, avukat ile temsilin zorunlu olduğu veya “prosedürün veya davanın karmaşıklığı nedeniyle” avukat ile temsilin gerektiği durumlarda Sözleşme taraflarının kişilere avukata erişim sağlamasının gerekli olduğunu savunmuştur.⁸⁸ Avukata erişimin reddedilmesi veya avukata etkin erişim verilmemesi Madde 5 § 4 uyarınca gözetim kararına itiraz hakkının erişilebilir ve uygulamada etkili olmadığı anlamına gelebilecektir.⁸⁹

45. Bakanlar Komitesi, diğerlerinin yanı sıra, bireylerin idari gözetimin hukuka uygunluğunu itiraz konusu yapabilmeleri için kişinin anladığı bir dilde idari gözetim kararının hukuki ve fiili gerekçeleri hakkında ivedi şekilde bilgilendirilmesinin ve kişiye itiraz mekanizmaları hakkında bilgi verilmesinin önemini vurgulamıştır.⁹⁰ Avukatlara erişim ve adli yardıma erişim⁹¹ ve idari gözetim kararlarını re’sen ve talep üzerine gözden geçirme yükümlülüğü üzerinde de aynı şekilde durulmuştur.⁹²

84 *Abdolkhani ve Karimnia - Türkiye*, § 139.

85 *A.g.e.*, §§ 139 -142; *Rahimi - Yunanistan*, No. 8687/08, 5 Nisan 2011, § 120.

86 *Çonka - Belçika*, §§ 44-46.

87 *A.g.e.*, § 55.

88 *Airey - İrlanda*, No. 6289/73, 9 Ekim 1979, § 26.

89 *Abdolkhani - Karimnia - Türkiye*, §§ 139 -142; *Rahimi - Yunanistan*, § 120.

90 Bakanlar Komitesi, *Zorla Dönüşe İlişkin Yirmi Yönerge*, Yönerge 6 § 2; Bakanlar Komitesi, *Hızlandırılmış sığınma prosedürleri bağlamında insan haklarının korunmasına ilişkin Yönergeler*, Bakanlar Komitesi tarafından 1 Temmuz 2009 tarihinde Bakanlar Vekilleri 1062 'nci toplantısında kabul edilmiştir. § XI. 5.

91 Bakanlar Komitesi, *Zorla Dönüşe İlişkin Yirmi Yönerge*, Yönerge 6 § 2 ve 9 § 2; Bakanlar Komitesi, *Hızlandırılmış sığınma prosedürleri kapsamında İnsan haklarının korunmasına ilişkin Yönergeler* XI. § 5 ve 6; Bakanlar Komitesi, *Bakanlar Komitesinin sığınmacıların idari gözetime alınması önlemlerine ilişkin Üye Devletlere Tavsiyeleri (2003)5*, (Bakanlar Komitesi tarafından 16 Nisan 2003 tarihinde Bakanlar Vekilleri 837. toplantısında kabul edilmiştir), § 17. Ayrıca bkz. Avrupa İşkence ve İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezayı Önleme Komitesi ("CPT"), göç idari gözetim bilgi formu, Mart 2017.

92 Bakanlar Komitesi, *Zorla Dönüşe İlişkin Yirmi Yönerge*, Yönerge 8 § 2; Bakanlar Komitesi, *Tavsiye (2003)5*, § 5.

1.3. İdari gözetim alternatiflerini göz önünde bulundurma yükümlülüğü (diğer Avrupa Konseyi organları)

46. Mahkeme içtihadında idari gözetim alternatiflerini göz önünde bulundurma yükümlülüğü hassas kişiler bağlamında ele alınırken, diğer⁹³ Avrupa Konseyi organları her vakada idari gözetim alternatiflerini dikkate alma yükümlülüğünü açıkça vurgulamıştır. İdari gözetim tedbiri ancak yasaların öngördüğü usule uygun olarak ve kişiyi özgürlüğünden mahrum bırakmanın gerekliliğinin dikkatli ve münferit bir şekilde incelenmesinden sonra ve vakada daha hafif tedbirlerin uygulanmasının etkin bir sonuç vermeyeceğine dair bir tespit yapıldıktan sonra verilmelidir. İdari gözetim kararı verilmeden önce alternatif tedbirler her vakada münferit⁹⁴ olarak incelenmeli ve vakada bu alternatif tedbirlerin uygulanabilir olmadığına dair bir tespit her zaman yapılmalıdır.⁹⁵

47. Parlamenterler Meclisi, diğerlerinin yanı sıra, idari gözetim alternatiflerinin uygulanması konusunda rehberlik etmeye çalışmıştır. Meclis Üye Devletleri, ulusal mevzuatlarında özgürlük lehine bir yaklaşım benimsemeleri ve alternatif tedbirlerin idari gözetim kararından önce değerlendirilmesini zorunlu kılan bir yasal çerçeve kabul etmeleri için teşvik etmiştir.⁹⁶ Ayrıca, Üye Devletler bu tedbirlerin hayata geçirilmesine ilişkin net bir çerçeve tesis etmeye ve bu tedbirler kapsamındaki uygulamaların gereklilik, orantılılık ve ayrımcılık yasağı ilkeleri de dâhil olmak üzere insan haklarına ilişkin güvenceler esasında yürütülmesini sağlayacak adımlar atmaya davet edilmiştir.⁹⁷ İlgili kişilerin içinde bulunduğu münferit koşullar ve kendilerine has savunmasızlık durumları (hassasiyetleri) de dikkate alınarak idari gözetim alternatifleri bağımsız bir yargı organı veya bir diğer yetkili makam tarafından düzenli olarak incelemeye tabi tutulmalıdır.⁹⁸

48. Yukarıdaki tavsiyeler, *diğerlerinin yanı sıra*, İnsan Hakları Komiseri tarafından sürekli olarak desteklenmiş ve Üye Devletlerin dikkatine sunulmuştur.⁹⁹

93 Aşağıya bakınız, 1.4.1; 1.4.3.

94 Bakanlar Komitesi, *Hızlandırılmış sığınma prosedürleri bağlamında insan haklarının korunmasına ilişkin Yönergeler*, § XI. 4; Bakanlar Komitesi, *Tavsiye Rec (2003)5*, § 4 ve 6. Bakanlar Komitesi, *Zorla Dönüşe İlişkin Yirmi Yönerge*, Yönerge 6 § 1; Parlamenterler Meclisi, *Avrupa'da sığınmacıların ve düzensiz göçmenlerin idari gözetim altına alınmasına ilişkin Karar 1707 (2010)*, §§ 9.1.1 - 9.1.7.

95 Bakanlar Komitesi, *Tavsiyeler (2003)5*, § 6

96 Parlamenterler Meclisi, *Karar 1707 (2010)*, § 9.3.1- 9.3.2

97 A.g.e., §§ 9.3.2-9.3.3.

98 A.g.e., §§ 9.3.3

99 Örneğin bkz. İnsan Hakları Komiserliği Yorumu, Devletlerin göçmen idari gözetime alma alternatiflerine yatırım yapmaları için yüksek zaman, 31/01/2017; İnsan Hakları Komiserliği,

Komiser, yakın zamanda, Üye Devletlere idari gözetim alternatiflerine dair daha fazla yatırım yapmaları konusunda ve ulusal mevzuat ve uygulamada idari gözetim alternatiflerini uygulamanın zorunlu hale getirilmesine dair çağrıda bulunmuştur. Aynı şekilde, “farklı ihtiyaçlara ve koşullara hitap eden, uygulanabilir ve erişilebilir alternatiflerden oluşan kapsamlı programlar” oluşturulması için de çağrıda bulunmuştur.¹⁰⁰

1.4. Hassas durumda olma ile ilgili pozitif yükümlülükler

1.4.1. Mahkeme İçtihadı

Genel

49. Ayrı bir kavram olarak hassasiyet (hassas durumda olma), ilk kez 1981 yılında Divan tarafından ele alınmıştır.¹⁰¹ O tarihten bu yana, Mahkeme’nin içtihatlarında bu terime yapılan atıfların sayısı giderek artmıştır.¹⁰² Mahkeme, bazı bireylerin veya grupların diğerlerinden daha hassas olduğunu ve özel bakım ve koruma gerektirdiğini tekrar tekrar kaydetmiştir. Buna ek olarak, Mahkeme, belirli koşullar nedeniyle bir kişinin (özellikle) hassas bir durumda bulunabileceğini kabul etmiştir. Böylece, *diğerlerinin yanı sıra*, çocuklar, sığınmacılar, ciddi sağlık sorunları olan kişiler (ruh sağlığı da dahil olmak üzere), LGBTİ bireyler, vatansız kişiler, insan ticareti mağdurları, hamile kadınlar, işkence, kötü muamele ve aile içi şiddet mağdurları, yaşlılar ve engelliler ile ilgili olarak hassasiyet konusu gündeme gelmiştir.¹⁰³

İdari gözetimin özel bağlamı

50. Hassas durumda olma, ceza hukuku bağlamında gözetim altında tutulma (tutuklama) başta olmak üzere gözetim tedbirinin uygulandığı vakalarda Mahkeme’nin özellikle odaklandığı bir konudur ve Mahkeme gözetim tedbirinin başlı başına acı verici ve onur kırıcı bir uygulama olarak kabul

Belge CommDH(2016)31, 5 Ekim 2016, § 122; Belge CommDH(2011)17, 9 Haziran 2011, § 17.

100 İnsan Hakları Komiserliği Yorumu, Devletlerin göçmen idari gözetim altına alternatiflerine yatırım yapmaları için tam zamanı, 31/01/2017.

101 *Dudgeon - Birleşik Krallık*, No. 7525/76, 22 Ekim 1981.

102 Hassasiyet 20. yüzyılda Mahkeme tarafından çok az tartışıldı, ancak, 2012 yılında, bir örnek vermek gerekirse, terim 80’den fazla kararda ortaya çıktı.

103 Bu kapsamlı olmayan bir listedir ve yukarıda belirtilen bireyler, gruplar, durumlar her zaman göç ve/veya idari gözetim bağlamıyla ilgili olmayabilir. Bununla birlikte, bu bilgiler Mahkemenin hassasiyete ilişkin referansına genel bir bakış sağlamayı amaçlamaktadır.

etmiştir.¹⁰⁴ Bu nedenle, Mahkemenin 3. Madde bağlamındaki içtihadı hassas durumda olmanın özellikle idari gözetim ile ilgili olarak daha kapsamlı pozitif yükümlülükler getirdiğini belirtmektedir.¹⁰⁵

“Mahkumlar bağlamında, Mahkeme tarafından daha önce karara bağlanan davalarda da vurgulandığı üzere, gözetim altına alınan bir kişinin, kısıtlı bir alanda tutuluyor olması, bu kişinin Sözleşme’de güvence altına alınan haklarına ilişkin korumanın ortadan kalkacağı anlamına gelmez. Aksine, alıkonan kişiler hassas bir durumdadır ve yetkili makamlar bu kişileri korumakla görevlidir. Madde 3 uyarınca Devletler, kişinin insan onuruna yakışan koşullarda gözetim altında tutulmasını, söz konusu tedbirin infaz edilme şekli ve yönteminin gözetimin başlı başına ve kaçınılmaz olarak neden olduğu acı verme düzeyini aşan bir sıkıntı veya güçlük yaşamasına yol açmamasını ve kişiyi hapsedmenin uygulamaya ilişkin gereklilikleri dikkate alınarak, kişinin sağlığı ve esenliğinin yeterli ölçüde güvence altına alınmasını sağlamalıdır.”

51. Bu içtihat, gözetim tedbirin suç işlemiş olan kişiler için değil, çoğu zaman hayatlarından endişe duydukları için ülkelerinden kaçan yabancılar için evleviyetle göç bağlamında idari gözetim için de uygulanmaktadır.¹⁰⁶

52. Mahkemenin hassas durumda olmaya giderek daha fazla önem vermesinin Üye Devletler üzerinde etkileri olmuştur. Hassas durumdaki bireyler ve gruplar ve/veya hassas durumdaki kişiler, Devletin takdir yetkisini daraltan özel koruma gerektirir.¹⁰⁷

53. Mahkeme, aynı şekilde, Madde 3 kapsamında ortaya çıkan Devletlerin toplumdaki en hassas kişilere bakım ve koruma sağlamak için yeterli tedbir

104 S.D. - Yunanistan, § 47; *Riad ve Idiab - Belçika*, No. 29787/03 ve 29810/03, 24 Ocak 2008, § 99; *Mahmundi ve Diğerleri - Yunanistan*, No. 14902/10, 31 Temmuz 2012, § 62.

105 *Orchowski - Polonya* No. 17885/04, 22 Ekim 2009, § 120

106 *Saadi - Birleşik Krallık* [GC], § 74, onay ile alıntıdır *Amuur - France*, § 43. Aynı şekilde, Bakanlar Komitesi, Parlamenterler Meclisi ve CPT de, diğerlerinin yanı sıra, sığınmacıların ve göçmenlerin mahkumlarla birlikte barınmaması gerektiğinin altını çizmiştir. Maddi koşullar ve yasal durumlarına uygun bir rejim sağlanmalıdır. Bkz., Bakanlar Komitesi, *Tavsiyeler* (2003)5, § 10; Bakanlar Komitesi, *Zorla Dönüşe İlişkin Yirmi Yönerge*, Yönerge 10, § 1 ve 4; Parlamenterler Meclisi, *Karar 1707* (2010), §§ 9.2.2. ve 9.2.5-9.2.6; CPT, göç idari gözetime alma bilgi formu, Mart 2017, s. 1.

107 M.S.S. - Belçika ve Yunanistan, No. 30696/09, 21 Ocak 2011 [GC], § 251.

alma konusundaki pozitif yükümlülüklerini vurgulamıştır.¹⁰⁸ Sözleşme Madde 3'e ilişkin olarak özgürlüğünden mahrum edilmenin gözetimin zorunlu olarak içinde barındırdığı eza düzeyini aşan ölçüde ıstırap ve sıkıntıya neden olup olmadığı belirlerken Mahkeme tedbirin uygulandığı süre ve kişinin fiziki ve zihinsel durumu üzerindeki etkisi gibi vakaya ilişkin tüm koşulları dikkate almaktadır. Bir kişinin sağlık durumu, yaşı ve cinsiyeti, belirli durumlarda, Mahkemenin dikkate alacağı faktörler arasında yer almaktadır.¹⁰⁹

54. Madde 5 § 1 bağlamında, idari gözetimin yeri ve koşulları idari gözetimin hukuka uygunluğuna etki edebilmektedir,¹¹⁰ ve bir kişinin "aşırı hassas durumda olması" bu konuda dikkate alınması gereken önemli bir faktör olabilir.¹¹¹ Gerçekten de belirli hassasiyetler kişinin idari gözetim altına alınmamasını gerektirebilir. Bu şekilde Mahkeme, *Thimothawes - Belçika* davasına ilişkin kararda şunları kaydetmiştir:¹¹²

"...Sığınmacıların bireysel durum ve koşulları dikkate alınmadan doğrudan (otomatik olarak) idari gözetim altına alınmasına ilişkin uygulamalar Madde 5 § 1 f' in uygulanması bakımından sorun teşkil etmektedir. Benzer şekilde Mahkeme, yetkili makamların idari gözetime karar vermeden önce daha hafif tedbirlerin uygulanabilirliğini araştırması gerektiğini değerlendirmiştir. Bu gereklilik kişilerin idari gözetim altına alınmalarını engelleyen hassas bir durumunun olup olmadığını tespit etme amacını gütmektedir (bkz. ayrıca çocuklu ailelere ilişkin *Muskhadzhiyeva et autres, précité, Kanagaratnam, précité, § 94, Popov c. France, nos 39472/07 et 39474/07, § 119, 19 janvier 2012, ve A.B. et autres c. France, no 11593/12, § 123, 12 juillet 2016; ve yine refakatsiz çocuklara ilişkin, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique, no 13178/03, §§ 99-104, CEDH 2006-XI, Rahimi, précité, §§ 108-110, et Housein c. Grèce, no 71825/11, § 76, 24 octobre 2013, ciddi hastalığı olan bireylere ilişkin: *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique, no 10486/10, § 124,***

108 *Rahimi - Yunanistan*, §§ 87

109 *Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga - Belçika*, No. 13178/03, 12 Ekim 2006, § 48; *Tarakhel - İsviçre*, No. 29217/12, 4 Kasım 2014 [GC], § 118.

110 *Aerts - Belçika*, No. 61/2997/845/1051, 30 Temmuz 1998, § 46; *Bizzotto - Yunanistan*, No.22126/93, 15 Kasım 1996, § 31; *Ashingdane - Birleşik Krallık*, No. 8225/78, 28 Mayıs 1985, § 44; *Saadi - Birleşik Krallık* [GC], § 74.

111 *Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga - Belçika*, § 102 -105 onay ile atıfta bulunduğu *Muskhadzhiyeva ve Diğerleri - Belçika*, No. 41442/07, 19 Ocak 2010, §§ 73-75.

112 *Thimothawes - Belçika*, § 73.

20 décembre 2011). Bazı durumlarda Mahkeme göçmenlere ilişkin idari gözetim politikalarını değerlendirmiştir. (*Suso Musa c. Malte*, no 42337/12, § 100, 23 juillet 2013, et *Abdullahi Elmi et Aweys Abubakar c. Malte*, nos 25794/13 et 28151/13, § 146, 22 novembre 2016; ayrıca idari gözetim altına alınmanın ulusal mevzuat tarafından zorunlu tutulduğu durumlar için ayrıca bkz. *Rusu*, précité, §§ 57-58, et *Nabil et autres c. Hongrie*, no 62116/12, §§ 40-43, 22 septembre 2015).¹¹³

55. Bu bağlamda, Mahkemenin hassas durumdaki kişilere ilişkin içtihadı, özellikle hassas durumda olarak kabul edilmesi gereken sığınmacılar ve çocuklara ilişkin olarak, Devletlerin sınırlarından düzensiz şekilde geçiş yapan yabancıların idari gözetim altına almasına dair yetkisinin kapsamını daraltmaktadır. Mahkeme, idari gözetim ile güdülen amaca daha az zorlayıcı tedbirlerle ulaşılabilen durumlarda idari gözetimin hukuka aykırı olacağını belirtmektedir.¹¹⁴ İdari gözetim alternatifleri dikkatli şekilde gözden geçirilmeli ve idari gözetim prensip olarak uygulanmamalı ve ancak gözetim altına almaya ilişkin çok geçerli nedenlerin var olması durumunda yani son çare olarak uygulanmalıdır.

Hassas durumdaki kişilerin tespit edilmesi

56. Keyfi gerekçelere dayanan gözetim uygulamalarının önlenmesi ve idari gözetime alternatif tedbirlerin etkili şekilde uygulanabilmesi için hassas bireyler veya gruplar belirlenmelidir. *Thimothawes - Belçika* davasında, Mahkeme

113 Sekreteryadan Çeviri: "... ilgili kişilerin özel ihtiyaçlarının herhangi bir bireysel değerlendirmesi olmaksızın sığınmacıların yaygın veya otomatik idari gözetim kararlarının Madde 5 § 1 (f) kapsamında sorunlu olabileceğini zaten göz önünde bulundurmuştur. Sonuç olarak, Mahkeme, ilgili makamların bunu daha az radikal bir tedbirle değiştirmenin mümkün olup olmadığını düşünmeleri gerektiğini belirtmiştir. Bu gereklilik, ilgili kişilerin idari gözetim altına alınmasını engelleyen belirli bir güvenlik açığı durumunda olup olmadığını tespit etmeyi amaçlamaktadır (örneğin, refakatçi yabancı küçükler, *Muskhadzhiev ve yukarıda bahsedilen diğerleri* bağlamında, *Kanagaratnam*, § 94, *Popov - Fransa*, No. 39472/07 ve 39474/07, § 119, 19 Ocak 2012 ve *AB ve Diğerleri - Fransa*, No. 11593/12, § 123, 12 Temmuz 2016 ve refakatsiz küçükler, *Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga - Belçika*, § 13178/03, § 99 -104, *AIHM 2006 - XI*, *Rahimi*, yukarıda bahsedilen, § 108 -110 ve *Housein - Yunanistan*, No. 71825/11, § 76, 24 Ekim 2013 ve hasta yabancılar hakkında: *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, no 10486/10, § 124, 20 Aralık 2011). Bazı durumlarda Mahkeme, göçmenlerin idari gözetime alınmasına ilişkin yaygın politikayı (*Suso Musa - Malta*, 42337/12, § 100, 23 Temmuz 2013 ve *Abdullahi Elmi - Aweys Abubakar - Malta*, 25794/13) ve 28151/13, § 146, 22 Kasım 2016, ayrıca bkz. Ulusal yasalar, *Rusu*, yukarıda bahsedilen, § 57 -58, ve *Nabil ve Diğerleri - Macaristan*, No. 62116/12, § 40 -43, 22 Eylül 2015)."

114 *Rahimi - Yunanistan*, §§ 102-110; *Yoh - Ekale Mwanje - Belçika*, § 124; *Popov - Fransa*, §§119 ve 121.

herhangi bir ihlal tespit etmemiş olsa da, karara ilişkin ek gerekçelere yer veren hakim görüşleri incelendiğinde, Üye Devletlerin yetkili makamlarının ilgili kişilerin idari gözetim altına alınmalarını engelleyici nitelikte hassas durumlarının olup olmadıklarına dair tespit/inceleme yapma yükümlülüğü olduğu söylenebilmektedir.¹¹⁵ Buna göre, ilgili kişiler bu kadar hassas bir durumdaysa, Mahkeme içtihadı idari gözetim yerine daha az zorlayıcı bir tedbir kullanılmasını öngörmektedir. Bu korumadan yararlanabilmek için hassas durumun değerlendirilmesine ilişkin prosedürler (tarama prosedürleri) mevcut olmalıdır. Nitekim, *Abdi Mahamud - Malta* davasında, idari gözetim altındaki kişilere tarama prosedürlerin varlığına ilişkin bilgilendirmenin yapılmaması, yetkililerin bilgilendirmeye ilişkin hiçbir eylemde bulunmaması, hassas durumdaki kişilerin tespit edilmesine ilişkin prosedürün uygulanmasında oldukça geç kalınmasının davadaki Hükümetin iyi niyeti hakkında ciddi endişelere yol açtığı belirtilmiştir. Başvurucunun idari gözetim kararına itiraz edebilmesi için yeterli güvencenin bulunmadığı (Madde 5 § 4 'e aykırı olarak) ve uygun olmayan koşullarda tutulduğu (Madde 3'e aykırı olarak) göz önüne alındığında iyi niyet kriteri hassas durumdaki bir kişinin keyfi olarak idari gözetim altına alınıp alınmadığının tespit edilmesinde belirleyici bir rol oynamıştır.¹¹⁶

1.4.2. Diğer Avrupa Konseyi organları

57. Hassas durum konusu diğer Avrupa Konseyi organları tarafından da düzenli olarak ele alınmış ve belirli bireylerin veya grupların spesifik ihtiyaçlarının etkin bir şekilde korunmasını sağlamak için başka sözleşmeler de yapılmıştır.¹¹⁷ Hassas durumda olmaktan bahsedilirken ortak paydası "ilgili kişi veya grupların özel ihtiyaçlarının" dikkate alındığı bu kişi ve gruplara uygun koruma ve bakıma erişim sağlama şartı taşıyan sınırlı olmayan listeler oluşturulmuştur. Göç bağlamında, farklı organların çeşitli çalışmalarında hassasiyet olgusu düzenli olarak ele alınmıştır. Hassas duruma ilişkin tespitlerde, belirli kişilere, kategorilere, gruplara ve özel durumlara da tutarlı atıflar yapılmıştır.¹¹⁸

115 *Thimothawes - Belçika*, § 73.

116 *Abdi Mahamud - Malta*, No. 56796/13, 3 Mayıs 2016, §§ 134-135.

117 Bunlar arasında, *diğerlerinin yanı sıra*, İnsan Ticaretine Karşı Eylem Avrupa Konseyi Sözleşmesi ("İnsan Ticareti ile Mücadele Sözleşmesi") yer almaktadır; Kadına yönelik şiddet ve aile içi şiddetin önlenmesi ve bunlarla mücadele sözleşmesi ("İstanbul Sözleşmesi"); Çocukların Cinsel Sömürü ve Cinsel İstismara Karşı Korunması konulu Avrupa Konseyi Sözleşmesi ("Lanzarote Sözleşmesi").

118 Örneğin, Bakanlar Komitesi "özel ihtiyaçları olan kişilere" atıfta bulunmuş ve "reşit olmayanlar, hamile kadınlar, yaşlılar, fiziksel veya zihinsel engelli bireyler ve işkence mağdurları da dahil olmak üzere ciddi travma geçirmiş kişiler" de dahil olmak üzere bu

58. Bakanlar Komitesi ve Parlamenterler Meclisi, diğerlerinin yanı sıra, idari gözetimin özellikle sığınmacıların ve düzensiz göçmenlerin hassas durumunu artırabileceğini kabul etmiş ve hassasiyetleri hakkındaki endişelerini dile getirmiştir.¹¹⁹ Benzer şekilde CPT, idari gözetim altındaki göçmenlerin gözetimin çeşitli aşamalarında "işkence ve kötü muameleyle karşı oldukça savunmasız olduğunu" vurgulamıştır.¹²⁰

59. Gerek Parlamenterler Meclisi gerekse İnsan Hakları Komiserliği, hassas kişilerin idari gözetim altına alınmaması gerektiğinin altını çizmiştir.¹²¹ İdari gözetim yerine, kişilere idari gözetime alternatif tedbirler olarak özel koruma ve yeterli destek sağlanmalı¹²² ve kişisel özgürlüklerini sınırlama yönündeki herhangi bir kararda özel ihtiyaçları her zaman dikkate alınmalıdır.¹²³ Benzer şekilde CPT, hassas durumdaki belirli kişi ve gruplar için anlamlı alternatiflerin uygulanması için çağrıda bulunmuştur.¹²⁴

Hassas durumdaki kişilerin tespit edilmesi

60. Hassas durumu tespit etmenin önemi, çeşitli Avrupa Konseyi organları tarafından da ele alınmıştır. Bu bağlamda, Bakanlar Komitesi, kendilerine

kategorileri listelemiştir. Bakanlar Komitesi, *Tavsiye Kararı (2003)5* § 13; CPT "kırılgan insan kategorileri ve listeler, diğerlerinin yanı sıra "işkence mağdurları, insan ticareti mağdurları, hamile kadınlar ve emziren anneler, çocuklar, çocuklu aileler, yaşlılar ve engelliler" e atıfta bulunmuştur. CPT, göç idari gözetime alma bilgi formu, Mart 2017, s. 8; Parlamenterler Meclisi, *diğerlerinin yanı sıra*, "refakatsiz küçükler, hamile kadınlar, reşit olmayan aileler, tıbbi veya diğer özel ihtiyaçları olan kişiler, yaşlılar, işkence ve cinsel şiddet mağdurları ve insan ticareti mağdurları" dahil olmak üzere "savunmasız kişilere" atıfta bulunmuştur. Parlamenterler Meclisi, *Avrupa'nın tekne halkı hakkındaki Karar 1637 (2008): Güney Avrupa'ya deniz yoluyla karışık göç akımları*, § 9.6; İnsan Hakları Komiserliği, "çocuklar, engelliler" de dahil olmak üzere "savunmasız kişilere" atıfta bulunmuştur. İnsan Hakları Komiserliği, Belge CommDH(2014)4, 24 Mart 2014, § 72.

119 Bakanlar Komitesi, Parlamenterler Meclisi *Tavsiyesine yanıt 1900 (2010)*, § 2.

120 CPT, Özgürlüklerinden yoksun düzensiz göçmenler için önlemler, 2009 'da yayınlanan CPT'nin 19. Genel Raporundan Alıntı, § 75.

121 Bunlar arasında, diğerlerinin yanı sıra refakatsiz küçükler, çocuklu aileler, tıbbi veya diğer özel ihtiyaçları olan kişiler, hamile kadınlar, yaşlılar, işkence mağdurları ve cinsel şiddet ve insan ticareti mağdurları yer almaktadır. Parlamenter Meclisi, karar 1637 (2008); §9.6; İnsan Hakları Komiserliği, Belge CommDH(2014)4, § 72; Belge CommDH(2014)4 24 Mart 2014 § 72; Belge CommDH(2014)18, 14 Ekim 2014, § 101.

122 Parlamenterler Meclisi, *Karar 1637 (2008)*, § 9.6 Ayrıca bkz. İnsan Hakları Komisyonu, Belge CommDH(2016)16, 16 Mart 2016 § 72 ve 80; Belge CommDH(2014)21, 16 Aralık 2014, § 165.

123 Parlamenterler Meclisi, *İnsan haklarına uygun ve güvenlik ve haysiyete saygılı olarak uygulanan Sınır Dışı Bırakma prosedürlerine ilişkin Tavsiye 1547 (2002)*, § 13 (h).

124 CPT, göç idari gözetim bilgi formu, Mart 2017.

uygun bakım ve koşulların sağlanması için sığınmacıların idari gözetim sürecinin başlangıcında hassas durumda olup olmadığının tespit edilmesi çağrısında bulunmuştur.¹²⁵ CPT, hassas durumdaki kişilerin belirlenmesi ve bu kişilere uygun bakıma erişim sağlanması için belirli tarama prosedürlerinin uygulanması gerektiğini vurgulamıştır.¹²⁶ Ayrıca, İnsan Hakları Komiseri, hassas kişilerin idari gözetim altına alınmasını önlemek için hassas durumdaki bireylerin oldukça erken ve hızlı bir şekilde tespit edilmesi gerektiği üzerinde durmuş ve bu yönde davranmaları için ulusal yetkililere çağrıda bulunmuştur.¹²⁷

1.4.3. Hassas durumdaki kişilere ilişkin özel hususlar

61. Aşağıda hassas durumdaki bireylere ve gruplara ilişkin, sınırlayıcı olmayan bir liste sunulmaktadır. Bu liste; Mahkeme'ye ve/veya Avrupa Konseyi organlarına göre, hassas durumdaki kişiler için yerine getirilmesi gereken özel yükümlülükleri belirlemek amacıyla oluşturulmuştur.¹²⁸

Çocuklar

62. Çocuklar, Mahkemenin içtihadında en çok atıfta bulunulan en hassas gruplar arasındadır ve çocukların idari gözetim altına alınması konusu (refakatsiz veya aile üyeleriyle birlikte) özellikle Sözleşmenin 3, 5, 8 ve 13. Maddesi ile ilgili olarak ele alınmıştır.

63. Mahkeme, *diğerlerinin yanı sıra*, çocukların "aşırı derecede hassas olduğunu" ve yaşlarına, bağımsız olarak hareket edememelerine ve sığınmacı veya göç statüsüne dayalı özel ihtiyaçlarını vurgulamıştır.¹²⁹ Bir çocuğun "aşırı hassas durumda oluşu" yalnızca Sözleşmenin 3. Maddesi kapsamındaki Devletlerin pozitif yükümlülüklerini tetiklemele kalmaz, aynı zamanda bu hassasiyet "[çocuğun] yasadışı göç statüsünden daha öncelikli şekilde dikkate alınmalıdır.

¹²⁵ Bakanlar Komitesi, *Tavsiyeler* (2003)5, § 12

¹²⁶ CPT, göç idari gözetim alma bilgi formu, Mart 2017, s. 8.

¹²⁷ İnsan Hakları Komiserliği, Belge CommDH(2016)16, §§ 72 ve 80; Belge CommDH(2014)21, § 165; Belge CommDH(2016)1, 28 Ocak 2016, § 44.

¹²⁸ Aşağıdaki kategorilerin ve/veya durumların bazılarında, Mahkeme, Sözleşmeyi bir göç ve/veya idari gözetim bağlamı dışında yorumlarken belirli bireylerin veya grupların savunmasızlığını not etmiştir. Bununla birlikte, bu hususlar hem idari gözetim alma kararları hem de uygun bir destek düzeyiyle bireylerin topluma yerleştirilmesi bağlamında rehberlik sağlayabilir. Hassasiyet ve doğruluk adına, vaka göç ve/veya idari gözetim bağlamıyla ilgili olmadığında açıkça belirtilecektir.

¹²⁹ *Tarakhel - İsviçre* [GC], §99.

“¹³⁰ Devlet çocuğun yaşını ve kişisel durumunu dikkate almalı, özel ihtiyaçlarını karşılamak için yeterli tedbirler almalı ve bakım ve koruma sağlamalıdır.¹³¹ Kabul koşulları çocuğun yaşına göre uyarlanmalı ve Devletler “bu koşulların çocuklar açısından travmatik sonuçları olabilecek stres ve kaygı durumları... yaratmasını önlemelidir.” Bunun yapılmaması Madde 3’ün ihlaline neden olabilir.”¹³²

64. Çocukların aşırı hassas durumda olmasının yalnızca Madde 5 § 1(f) kapsamındaki keyfiliğin önlenmesi bağlamında değil, aynı zamanda Sözleşme Madde 3 uyarınca nelerin insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele olarak kabul edilmesi gerektiğine dair yorum bakımından sonuçları söz konusudur.¹³³ Bu nedenle Mahkeme, çocuğun yaşının küçüklüğünü, idari gözetim koşullarını ve idari gözetimin süresini dikkate alarak Madde 3’ün ihlal edildiğini tespit etmiştir.¹³⁴

130 *Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga - Belçika, § 55 -Muskhadzhiyeva ve Diğerleri v. Belçika, §§ 56-58; Popov - Fransa, § 91.*

131 *Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga - Belçika, § 55 -Rahimi - Yunanistan, §§ 86-87; Muskhadzhiyeva ve Diğerleri - Belçika, § 58; Popov - Fransa, § 91.*

132 *Tarakhel - İsviçre [GC], § 119.*

133 Son birkaç Fransız davasında, Mahkeme, genel yorumlama ilkelerini hatırlattıktan sonra, şunları anımsattı: “qu’elle a conclu à plusieurs reprises à la violation de l’article 3 de la Convention en raison du placement en rétention d’étrangers mineurs accompagnés (voir *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, no 41442/07, 19 janvier 2010; *Kanagaratnam c. Belgique*, no 15297/09, 13 décembre 2011; *Popov*, précité) ou non (voir *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, no 13178/03, CEDH 2006 XI; *Rahimi c. Grèce*, no 8687/08, 5 avril 2011). Dans les affaires concernant le placement en rétention d’enfants étrangers mineurs accompagnés, elle a notamment conclu à la violation de l’article 3 de la Convention en raison de la conjonction de trois facteurs: le bas âge des enfants, la durée de leur rétention et le caractère inadapté des locaux concernés à la présence d’enfants.” *R.M. and Others v. France*, No. 33201/11, 12 July 2016, § 70; *A.B. and Others v. France*, No. 11593/12, § 109; *A.M. and Others v. France*, No. 24587/12, § 46; *R.C. and V.C. v. France*, No. 76491/14, § 34; *R.K. and Others v. France*, No. 68264/14, § 66. (Sekretaryadan Çeviri: Son birkaç davada, Mahkeme, genel yorum ilkelerini tekrar teyit ettikten sonra, “refakatçisi bulunan göçmen çocukların idari gözetim altına alınması nedeniyle Sözleşmenin 3. Maddesini çeşitli durumlarda ihlal ettiğini” hatırlatmıştır (bkz. *Muskhadzhiyeva ve Diğerleri - Belçika*, No. 41442/07, 19 Ocak 2010; *Kanagaratnam - Belçika*, No. 15297/09, 13 Aralık 2011; *Popov* (yukarıda bahsedilen) veya değil (bkz. *Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga - Belçika*, No. 13178/03, AİHM 2006 XI, *Rahimi - Yunanistan*, No. 8687/08, 5 Nisan 2011). Refakatçisi bulunan, reşit olmayanların göçmen çocukların idari gözetim altına alınmasıyla ilgili vakalarda, diğerlerinin yanı sıra, üç faktörün kombinasyonu nedeniyle Sözleşmenin 3. Maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir: çocukların küçük yaşları, idari gözetim süreleri ve çocukların varlığıyla ilgili tesislerin uygunsuzluğu. *RM ve Diğerleri - Fransa* No. 33201/11, 12 Temmuz, 2016 § 70, *A.B. ve Diğerleri - Fransa*, No. 11593/12, § 109, *A.M. ve Diğerleri - Fransa*, No. 24587/12, § 46, *R.C. ve V.C. c. Fransa*, No. 76491/14, § 34, *R.K. ve diğerleri Fransa* No. 68264/14, § 66.)

134 *R.M ve Diğerleri - Fransa, § 71-76* Ayrıca aynı tarihte bakınız bkz. *A.B. ve Diğerleri - Fransa, §§ 110 -115; A.M. ve Diğerleri - Fransa, §§ 47 -53; R.C. ve V.C. - Fransa, §§ 35 -40; R.K. ve Diğerleri - Fransa, §§ 67 -72.*

*Diğerlerinin yanı sıra, Popov - Fransa davası şu üç unsur ele alınmıştır:*¹³⁵

“Çocukların yetişkinlerin yaşadığı bir ortamda, on beş gün boyunca güçlü bir polis varlığı ile karşı karşıya kaldıkları, onları meşgul edecek herhangi bir faaliyette bulunmadıkları, ebeveynlerin sıkıntısına eklenen koşulların yaşlarına göre açıkça uygun olmadığı yukarıdakilerden görülebilmektedir. Biri üç yaşında küçük bir kız ve biri bebek olmak üzere iki çocuk, gözetim altında tutulmanın yarattığı etkiyle özellikle hassas bir durumda kalmıştır. Bu yaşam koşulları kaçınılmaz olarak onlar için özellikle travmatik sonuçları olan bir stres ve endişe durumu yaratmıştır.

Buna göre, çocukların yaşlarının küçüklüğü, idari gözetim süreleri ve idari gözetim merkezlerindeki yaşam koşulları göz önünde bulundurulduğunda, Mahkeme, yetkililerin gözetimin çocuklar için kaçınılmaz olan zararlı sonuçlarını dikkate almadığı görüşündedir. Mahkeme yetkili makamların çocuklara yönelik söz konusu muamelesinin Sözleşme hükümleri ile uyuşmadığını ve Sözleşmenin 3. Maddesi için gereken asgari eşiği aştığını tespit etmiştir. Bu nedenle çocuklar bakımından bu Maddenin ihlali söz konusu olmuştur.

65. Daha yakın zamanlarda Mahkeme, yukarıda belirtilen unsurlara verilecek ağırlık konusunda bir ayrıma gitmiştir. Mahkeme bir yanda gözetim koşullarına ve çocuğun küçük yaşına ve diğer yanda gözetim süresinin uzunluğuna ilişkin şöyle bir yaklaşım benimsemiştir: ¹³⁶

“La Cour considère que de telles conditions [sc. mauvaises], bien que nécessairement sources importantes de stress et d'angoisse pour un enfant en bas âge, ne sont pas suffisantes, dans le cas d'un enfermement de brève durée et dans les circonstances de l'espèce, pour atteindre le seuil de gravité requis pour tomber sous le coup de l'article 3. Elle est convaincue, en revanche, qu'au-delà d'une brève période, la répétition et l'accumulation de ces agressions psychiques et émotionnelles ont nécessairement des conséquences néfastes sur un enfant en bas âge, dépassant le seuil de gravité précité. Dès lors, l'écoulement du temps revêt à cet égard une importance primordiale au regard de l'application de ce texte. La Cour estime que cette

¹³⁵ Popov - Fransa, § 102-103.

¹³⁶ R.M ve Diğerleri - Fransa, § 75.

brève période a été dépassée dans la présente espèce, s'agissant de la rétention d'un enfant de sept mois qui s'est prolongée pendant au moins sept jours dans les conditions exposées ci-dessus."¹³⁷

66. Göç bağlamında idari gözetim ile ilgili büyük önem taşıyan husus, Mahkeme'nin Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne ("CRC") açıkça atıfta bulunmasıdır. Mahkeme, çocuklarla ilgili tüm eylemlerde çocuğun yüksek yararının öncelikli olarak düzenli şekilde göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedir.¹³⁸ Ayrıca, mülteci ve sığınmacı çocukların CRC'nin 22. Maddesi uyarınca korunma ve insani yardımdan yararlanmalarını sağlamak için gerekli tedbirlerin alınması zorunluluğuna atıfta bulunmaktadır.¹³⁹ Bu da çocukların göç bağlamında idari gözetim altına alınmasına ilişkin daha sağlam güvencelerin söz konusu olmasını sağlamıştır. Örneğin, Mahkeme idari gözetim tedbirinin Madde 5 § 1(f) ile uygunluğunu incelediği *Rahimi-Yunanistan* davasında, çocuğun yüksek yararının veya bireysel durumunun dikkate alınmamış olduğunu ve çocuk hakkında idari gözetim alternatiflerinin uygulanabilirliğinin araştırılmadığını dikkate alarak yetkililerin iyi niyetle hareket edip etmediğinin şüpheli olduğunu belirtmiştir.¹⁴⁰

"Or, en l'occurrence, en ordonnant la mise en détention du requérant, les autorités nationales [...] n'ont pas recherché si le placement du requérant dans le centre de rétention de Pagani était une mesure de dernier ressort et si elles pouvaient lui substituer une autre mesure moins radicale afin de garantir son expulsion. Ces éléments suscitent des doutes aux yeux de la Cour, quant à la bonne foi des autorités lors de la mise en œuvre de la mesure de détention."¹⁴¹

137 Sekreteryadan Çeviri: "Mahkeme, bu tür koşulların [sc. yoksul] küçük bir çocuk için önemli stres ve kaygı kaynakları olmasına rağmen, kısa süreli hapsedme durumunda ve bu koşullarda, Madde 3 kapsamına girmek için gerekli ciddiyet eşliğine ulaşmak için yeterli olmadığını belirtmektedir. Ancak Mahkeme, kısa bir sürenin ötesinde, bu psikik ve duygusal saldırganlıkların tekrarlanması ve birikmesinin, söz konusu yer çekimi eşliğini aşarak, küçük bir çocuk için zararlı sonuçlar doğuracağına inanmaktadır. Bundan böyle, bu metnin uygulanması açısından zamanın geçişi öncelikli önem taşımaktadır. Mahkeme, yukarıda belirtilen koşullar altında en az yedi gün uzatılan yedi aylık bir çocuğun idari gözetime alınmasına ilişkin mevcut davada bu kısa sürenin aşıldığını belirtmektedir."

138 *Rahimi - Yunanistan*, § 108; *Popov - Fransa*, § 140.

139 *Muskhadzhiyeva ve Diğerleri - Belçika*, § 62; *Popov - Fransa*, § 91.

140 *Rahimi - Yunanistan*, § 109

141 Sekreteryadan Çeviri: "Ancak bu durumda, ulusal makamlar başvurunun idari gözetime alınmasını emrederek, başvurunun Pagani idari gözetim merkezine yerleştirilmesinin son çare olup olmadığını ve ihraç edilmesini sağlamak için daha az radikal bir tedbirin yerini alıp

67. Özellikle çocuklar bağlamında, Mahkeme birden fazla davada daha az kısıtlayıcı tedbirlerin mevcut ve yeterli olup olmadığının incelenmemesinin başlı başına Madde 5 § 1(f) ihlali teşkil edebileceğini belirtmiştir. *Popov - Fransa*, davasında Mahkeme şunları ifade etmiştir:¹⁴²

“[Çocuklara] ebeveynlerinin eşlik etmesine ve idari gözetim merkezinin ailelerin konaklaması için özel bir kanadı olmasına rağmen, yetkililer çocukların özel durumu incelememiş ve çocuklar hakkında verilen idari gözetim tedbirinin alternatifi olup olmadığını ve son çare olarak uygulanıp uygulandığını doğrulamamışlardır. Mahkeme bu nedenle Fransız sisteminin özgürlük hakkını yeterince korumadığına karar vermiştir.

68. Fransa ile ilgili son zamanlarda verilen kararlarda, Mahkeme idari gözetim konusunu küçük çocuklar ve ebeveynleri (veya anneleri) ile birlikte idari gözetim altına alınan çocuklar bakımından ele almıştır. Mahkeme, Madde 5 § 1(f) kapsamındaki aranan ‘gereklilik’ kriterinin çocuklar için de geçerli olduğunu vurgulamıştır.¹⁴³ Bir yandan çocukların idari gözetim altına alınmaması ve diğer yandan ebeveynlerinden ayrılmamaları gerektiği yönündeki ikilem göz önüne alındığında, tüm aile için alternatif tedbirlerin değerlendirilmesinin gerekliliği açıktır ve Mahkeme bu konuda katı kriterler ortaya koymaktadır:¹⁴⁴

“Ancak Mahkeme, çocukların durumunun özünde, mümkün olduğunca ayrılmamaları gereken ebeveynlerinin durumuyla bağlantılı olduğunu gözlemlemektedir. Çocukların yararına olan bu bağ, ebeveynlerin idari gözetim altına alındığı durumlarda çocuklarının da fiilen özgürlükten yoksun bırakılması sonucunu doğurmaktadır. Bu özgürlükten yoksun bırakılma, ebeveynlerin meşru kararlarından, çocukları üzerinde otoriteye sahip olmalarından, onları üçüncü bir şahsın bakımına emanet etmemelerinden kaynaklanmaktadır. Mahkeme, böyle bir durumun prensip olarak iç hukuka aykırı olmadığını kabul etmektedir. Yine de çocukların içinde bulundukları durum kendilerine ciddi zararlar verebilecek bir

alamayacağını sorgulamadılar. Bu unsurlar, idari gözetim tedbirinin uygulanması sırasında yetkililerin iyi niyetine ilişkin olarak Mahkemenin görüşünde şüphelere yol açmıştır.”

142 *Popov - Fransa*, § 119. Ayrıca bkz. *Rahimi - Yunanistan*, § 109; *Mohamad - Yunanistan*, No. 70586/11, 11 Aralık 2014, §§ 84 -86; *A.B. ve Diğerleri - Fransa*, § 124.

143 *R.M ve Diğerleri - Fransa*, § 83.

144 *A.g.e.*, §§ 85-86. Ayrıca bkz. *A.B. ve Diğerleri - Fransa*, §§ 122 -123; *A.M. ve Diğerleri - Fransa*, §§ 66 -67; *R.C. ve V.C. - Fransa*, §§ 54 -55; *R.K. ve Diğerleri - Fransa*, §§ 84 - 85.

kaygı ve gerilim kaynağı oluşturabilir. Bu koşullar altında, Mahkeme, ebeveynlerine eşlik eden bir çocuğun idari gözetim altına alınmasının ancak ulusal otoritelerin idari gözetim tedbirinin son çare olarak uygulandığını tespit edip özgürlüğü kısıtlayıcı daha hafif alternatif tedbirlerin vakada uygulanamaz olduğunu araştırıp doğrulamaları durumunda Madde 5 § 1 (f) ile uyumlu olacağına karar vermiştir.”

69. Çocuklu aileler söz konusu olduğunda alternatif tedbirlere ilişkin olarak Sözleşmenin 8. Maddesi de incelenmelidir. İdari gözetim tedbirinin alınmanın aile yaşamına saygı hakkına bir müdahale içerdiği göz önüne alındığında, bu hakka müdahale eden herhangi bir önlemin de Madde 8 § 2’de belirtilen koşullarla uyumlu olması gerekir. Sonuç olarak, yetkililer izlenen tedbirin amacına ulaşmada orantılı olup olmadığını değerlendirirken çocuğun yüksek yararını göz önünde bulundurmalıdır. Göçmen çocukların idari gözetim altına alınmasına ilişkin olarak Mahkemenin çocuğun yüksek yararının gözetilmesine ilişkin telkinleri ışığında çocuğun yüksek yararının gözetilmesi için hem ailelerin mümkün olduğunca bir arada tutulması hem de idari gözetim alternatiflerinin göz önünde bulundurularak çocukların idari gözetim altına alınmasının ancak ve ancak son çare olarak uygulanmasını gerektirmektedir.¹⁴⁵ Bu nedenle Mahkeme, gerçekten kaçma kaybolma riskinin olmadığı durumlarda idari gözetimi izlenen amaca yönelik orantısız bir tedbir olarak görmüştür.¹⁴⁶

70. Genel olarak, göç bağlamında çocukların idari gözetim altına alınmasına ilişkin kriterler oldukça katıdır ve bu kriterler yalnızca idari gözetim altına alınan çocukların karşı karşıya kaldıkları maddi koşulları değil, ki bu koşullar çocuklara uygun olabilir veya olmayabilir, aynı zamanda idari gözetimin her halükârda çocuklar üzerindeki etkilerine de ilişkindir. Böyle bir yaklaşım, Devletler bakımından idari gözetime alternatif tedbirlerin kapsamlı ve aktif şekilde değerlendirilip uygulanmasını daha da önemli hale getirmektedir.

71. Özetle, Mahkeme’nin göç bağlamında çocukların idari gözetim altına alınması ile ilgili kararlarından aşağıdaki ilkelerin çıkarılması mümkündür:

- Çocuğun aşırı derecede hassas oluşu göç statüsünden önce gelir;¹⁴⁷
- Çocuğun yüksek yararı her zaman öncelikli olarak gözetilmelidir;¹⁴⁸

¹⁴⁵ Popov - Fransa, § 141; A.B. ve Diğerleri - Fransa, §§ 152 -156; R.K. ve Diğerleri - Fransa, §§ 117.

¹⁴⁶ Popov - Fransa, §§ 145 -148; A.B. ve Diğerleri - Fransa, § 156; R.K. ve Diğerleri - Fransa, § 117.

¹⁴⁷ Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga - Belçika, § 55 Popov - Fransa, § 91

¹⁴⁸ Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga - Belçika, § 83 -Rahimi - Yunanistan, §§ 108; Popov - Fransa, § 140.

- Çocuklara ebeveynlerinin veya ebeveynlerinden birinin eşlik etse de, yetkililerin Madde 3 uyarınca çocukları korumaya ilişkin sahip oldukları pozitif yükümlülükleri bakidir;¹⁴⁹
- Bir idari gözetim yerinin ailelerin konaklamasına uygun olduğunun yetkililer tarafından belgelendirilmesi belirleyici değildir. Mahkeme, uygulamada var olan koşulları dikkate almaktadır;¹⁵⁰ Uygunsuz idari gözetim koşulları, kendi başına her zaman Madde 3 'ün ihlali getirmez ancak Madde 3 kapsamında değerlendirilmesi için gerekli olan asgari eşiğin aşılmaması için gözetimin yalnızca çok kısa bir süre devam gerekmektedir;¹⁵¹
- Yukarıdakinin aksine, idari gözetim koşulları o kadar kötü olabilir ki, idari gözetim süresine bakılmaksızın Madde 3 'ün ihlali söz konusu olabilir;¹⁵²
- Çocukların idari gözetim altına alınması, son çare olarak ve tüm uygun koşulların yerine getirilmesi halinde çok kısa bir süre için başka bir alternatifin uygulanabilir olmadığı somut bir şekilde belirlenmesi şartıyla istisnai olarak kabul edilebilir.¹⁵³

72. Diğer Avrupa Konseyi organları da göç bağlamında çocukların özel olarak hassas durumda olduklarını vurgulamıştır. *Diğerlerinin yanı sıra*, Bakanlar Komitesi mülteci, sığınmacı, göçmen ve refakatsiz çocukların “özel korunma ve yardıma” ihtiyaç duyan özellikle hassas bir çocuk grubu olduğunu kabul etmiştir.¹⁵⁴ Parlamenterler Meclisi de aynı şekilde düzensiz göçmen çocukların çocuk, göçmen ve düzensiz olmaları nedeniyle üç kat daha fazla hassas durumda olduğunu vurgulamıştır.¹⁵⁵

73. Çocuğun yüksek yararının her zaman çocukları ilgilendiren veya etkileyen tüm durumlarda öncelikli olarak gözetilmesi gerektiği konusunda geniş

149 R.M. - Fransa, § 71; *Muskhadzhiyeva ve Diğerleri - Belçika*, § 57-58; *Popov - Fransa*, § 91.

150 R.M. - Fransa, § 73-74.

151 R.M - Fransa, § 75 (7 gün çok uzun olarak kabul edildi).

152 *Rahimi - Yunanistan*, § 86 (idari gözetim 2 gün sürdü).

153 *Popov - Fransa*, § 119; *Rahimi - Yunanistan*, § 109; *Mohamad - Yunanistan*, §§ 84 -86; *A.B. ve Diğerleri - Fransa*, § 124.

154 Bakanlar Komitesi, *Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Çocuk Dostu Adalet Komitesi Yönergeleri*, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 17 Kasım 2010 'da kabul edilmiştir ve Açıklayıcı Muhtıra, Ekim 2011, III. Temel İlkeler, D. Ayrımcılıktan korunma, § 2, yanı sıra Açıklayıcı Mutabakat Zaptının § 43 ve 78. Maddeleri.

155 Parlamenterler Meclisi, *Düzensiz bir durumda olan belgesiz göçmen çocuklara ilişkin Tavsiye 1985 (2011): gerçek bir endişe nedeni*, § 2.

bir fikir birliği vardır.¹⁵⁶ Bu da çocuğun yüksek yararının doğru bir şekilde değerlendirilmesi için etkili ve multidisipliner prosedürlerin uygulanmasını gerektirir.¹⁵⁷

74. Bakanlar Komitesi, sığınmacı çocukların özellikle hassas durumuna dikkat çekerek sığınmacı olsun ya da olmasın, refakatsiz çocukların göç statülerine olursa olsun asla özgürlüklerinden mahrum bırakılmaması gerektiğini vurgulamıştır.¹⁵⁸ Bakanlar Komitesi bunun yerine, konutlar veya koruyucu yerleştirmeler gibi alternatif ve gözetim dışı bakım düzenlemelerinin benimsenmesi çağrısında bulunmuştur.¹⁵⁹ Genel olarak, Bakanlar Komitesi çocukların kural olarak idari gözetim altına alınmaması gerektiğini savunmuştur¹⁶⁰ ve Avrupa Konseyi'nin "göçmen çocukların idari gözetim altına alınmasının sona erdirilmesinde ve bu uygulamaya alternatiflerin belirlenmesinde rol oynadığını" kabul etmiştir.¹⁶¹

75. Benzer şekilde CPT, "refakatsiz ve ailesinden ayrı düşmüş çocuklar da dahil olmak üzere çocukların idari gözetim altına alınmasının nadiren doğru olduğunu ve [...] yalnızca ikamet izni yokluğu gibi nedenlerle çocuklar hakkında idari gözetim uygulanmamalıdır" savunmuştur.¹⁶² CPT'nin görüşüne göre, refakatsiz ve ailesinden ayrı düşmüş çocuklar, kural olarak,¹⁶³ idari gözetim altına alınmamalıdır ve "reşit olmayan düzensiz bir göçmenin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına başvurmaktan kaçınmak için her türlü çaba gösterilmelidir."¹⁶⁴

156 Avrupa Konseyi İnsan Ticareti ile Mücadele Sözleşmesi, Madde 28 paragraf 3 ve 127 Sözleşmeye Açıklayıcı Rapor; Bakanlar Komitesi, *Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Çocuk Dostu Adalet Komitesi Yönergeleri*, III. Temel İlkeler, B. Çocuğun yüksek yararı ve Açıklayıcı Muhtıranın § 36 'sı; Bakanlar Komitesi, *Hızlandırılmış sığınma prosedürleri bağlamında insan haklarının korunmasına ilişkin Yönergeler*, III.1; Bakanlar Komitesi, *Zorla Dönüş İlişkin Yirmi Yönerge*, Yönerge 11 § 5; Parlamenterler Meclisi, *Tavsiye 1985 (2011)*, § 1.

157 Bakanlar Komitesi, *Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Çocuk Dostu Adalet Komitesi Yönergeleri*, Çocuk için en iyi Çıkarlar ve Açıklayıcı Muhtıranın 36. paragrafı.

158 Bakanlar Komitesi, *Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu Çocuk Dostu Adalet Komitesi Yönergeleri*, IV. Adli işlemler öncesinde, sırasında ve sonrasında çocuk dostu adalet, § 22, yanı sıra Açıklayıcı Mutabakat Zaptının § 78. Maddeleri.

159 Bakanlar Komitesi, *Tavsiyeler (2003)5*, § 23

160 Bakanlar Komitesi, *Hızlandırılmış sığınma prosedürleri bağlamında insan haklarının korunmasına ilişkin Yönergeler*, § XI.2.

161 Bakanlar Komitesi, Parlamenterler Meclisi *Tavsiyesine 2056 (2014)*, çocukların göçmenlerin idari gözetime alınmasına yönelik alternatiflere ilişkin yanıt, § 2.

162 CPT, Özgürlüklerinden yoksun düzensiz göçmenler için önlemler, 2009 'da yayınlanan CPT'nin 19. Genel Raporundan Alıntı, § 97; CPT göçmenlerin idari gözetime alınmasına ilişkin Bilgi formu, Mart 2017.

163 A.g.e.

164 CPT, göç idari gözetim bilgi formu, Mart 2017.

Çocukların idari gözetim altına alındığı istisnai durumlarda idari gözetim mümkün olan en kısa süre için sonlandırılmalıdır. Çocuklar ve çocukların bakımını üstlenen kişiler , kendilerine özgü ihtiyaçlarını karşılayan bir tesiste birlikte konaklamalı, refakatsiz çocukların derhal serbest bırakılması ve uygun bakım imkanlarına erişimi için her türlü çaba gösterilmelidir.¹⁶⁵ Çocuklar istisnai olarak idari gözetim altına alındığında, onlar için uygun özel düzenlemeler yapılmalıdır. Çocuğun yüksek yararı gerektirmedikçe, çocuklar yetişkinlerden ayrılmalıdırlar.¹⁶⁶

76. Parlamenterler Meclisi, İnsan Hakları Komiseri, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği Göç ve Mülteciler Özel Temsilcisi ("SRSG") ve Avrupa Konseyi Uluslararası Sivil Toplum Kuruluşları Konferansı ("Konferans - STK'lar") gibi diğer Avrupa Konseyi organları, refakatsiz veya aileleri ile birlikte olup olmadığına bakılmaksızın, çocukların idari gözetime altına alınmasına karşı güçlü bir tavır sergilemiştir.

77. 2014 yılında Parlamenterler Meclisi şu tavsiyeyi kabul etmiştir:¹⁶⁷

"Göç bağlamında çocukları idari gözetim altına alan devletler çocuğun yüksek yararı ilkesine aykırı davranmakta ve çocuk haklarını ihlal etmektedir. Çocukları temel haklarından olan özgürlük hakkından mahrum bırakmakta ve onları yaşam boyu süren ciddi fiziksel, zihinsel ve gelişimsel zarara uğratma riski ile karşı karşıya bırakmaktadır. Böyle bir uygulama aile, sağlık, eğitim ve oyun hakları gibi diğer temel çocuk haklarını da ihlal etme kabiliyetine sahiptir.

78. Yukarıdakiler ışığında, Parlamenterler Meclisi, Avrupa Konseyi'nin çocuklara ilişkin idari gözetim alternatiflerinin yaygınlaştırılmasına rol oynadığını vurgulamıştır.¹⁶⁸ Ayrıca Üye Devletleri, *diğerlerinin yanı sıra*:¹⁶⁹

- Ebeveyninin göç statüsü temelinde idari gözetim altına alınmanın hiçbir zaman çocuğun yüksek yararına uygun olmadığını *kabul* etmek;

¹⁶⁵ A.g.e.

¹⁶⁶ Aynı

¹⁶⁷ Parlamenterler Meclisi, *Tavsiye 2056 (2014)*, § 2

¹⁶⁸ A.g.e.

¹⁶⁹ Parlamenterler Meclisi, *çocuk göçmenlerinin idari gözetime alınmasına yönelik alternatiflere ilişkin 2020 sayılı Karar (2014)*, §§ 9.1 -9.2 ve 9.7-9.9. 2015 yılında Parlamenterler Meclisi çocukların göçmenlerin idari gözetime alınmasına son vermek için bir kampanya başlattı.

- Kanunen göç bağlamında çocukların idari gözetim altına alınmasını *yasaklamak* ve bu yasağın uygulamada tam olarak gözetilmesini sağlamak;
- Çocuğun yüksek yararını gözeten ve idari gözetim yerine çocukların aile üyeleri, ya da toplum temelli bağlamlarda vasi veya diğer refakatçi kişiler ile birlikte kalmasına izin veren idari gözetim *alternatiflerini benimsemek*;
- Çocuklar ve aileleri için alıkonulmayı içermeyen, toplum temelli idari gözetim alternatifleri *geliştirmek* ve uygulamak konusunda teşvik etmiştir.

79. Aynı şekilde, İnsan Hakları Komiseri, ister tek başına ister ebeveynleriyle seyahat eden çocukların hiçbir zaman idari gözetim altına alınmaması gerektiğini idari gözetimin asla çocukların yüksek yararına olmayacağını sürekli olarak vurgulamıştır.¹⁷⁰ Komiser Devletleri, çocukların idari gözetimine hızla ve tamamen son vermeye; bu yasağa yasalarında yer vermeye;¹⁷¹ ve mevcut iyi uygulamalar ışığında idari gözetim alternatiflerini uygulamaya çağırıştır.¹⁷²

80. Benzer şekilde, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği Göç ve Mülteciler Özel Temsilcisi ("SRSG"), çocukların göçe ilişkin amaçlarla asla idari gözetim altına alınmaması gerektiğini savunmuştur.¹⁷³ Bu amaçla, SRSG ayrıca, Bakanlar

170 Örneğin bkz. İnsan Hakları Komiserliği Yorumu, Çocuk Haklarını Koruma: Avrupa daha fazlasını yapmalıdır, 18 Kasım 2014; Belge CommDH(2015)12, 22 Haziran 2015, § 141; Belge CommDH(2016)1, 28 Ocak 2016, §§ 48-49.

171 İnsan Hakları Komiserliği, İnsan Hakları Yorumu, Çocuk Haklarını Koruma: Avrupa daha fazlasını yapmalıdır, 18 Kasım 2014; Belge CommDH(2016)1, § 48 - 49.

172 İnsan Hakları Komiserliği, İnsan Hakları Yorumu, Çocuk Haklarını Koruma: Avrupa daha fazlasını yapmalıdır, 18 Kasım 2014; İnsan Hakları Komiserliği, İnsan Hakları Yorumu, Devletlerin göçmenlerin idari gözetime alınmasına yönelik alternatiflere yatırım yapmaları için tam zamanı 31/01/2017.

173 Göçmen ve mülteci çocuklara ilişkin Tematik Rapor, Özel Göç ve mülteciler Genel Sekreteri Temsilcisi tarafından hazırlanmıştır, Bilgi Belgeleri, SG/Inf(2017)13, 10 Mart 2017; Büyükelçi Tomáš Boček Göç ve mülteciler Genel Sekreteri Özel Temsilcisi, Konuşmalar/İfadeler, 24 Nisan 2017 'de göçte çocuklar için bir hak perspektifi sağlamak için Avrupa'nın zorluğu üzerine yapılan üst düzey toplantıda konuşma; Büyükelçi Tomáš Boček Göç ve mülteciler Genel Sekreteri Özel Temsilcisi, Discours lors de la rencontre d'Ombudsmans, Médiateurs et défenseurs des droits de l'enfant organisée par l'ENOC et le Défenseur des Droits, 28 Haziran 2016. Avrupa Konseyi Genel Sekreteri de benzer şekilde çocukların göç gerekçesiyle idari gözetime alınmaması gerektiğini vurgulamıştır. *Demokrasi Devleti, İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü, Popülizm – Avrupa'nın kontrolleri ve dengeleri ne kadar güçlü?*, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri Raporu, Nisan 2017, s. 108.

Komitesi tarafından kabul edilen, göç bağlamında çocukların idari gözetim altına alınmasından kaçınılmasını ve idari gözetim alternatifleri hakkında rehberlik sağlanmasını amaçlayan *Mülteci ve Göçmen Çocukları Koruma Eylem Planını* koordine etmiştir.¹⁷⁴

Sığınmacılar

81. *Büyük Daire'nin verdiği önemli kararlardan biri olan M.S.S. - Belçika ve Yunanistan davasına ilişkin kararda, Mahkeme sığınmacıların "özel korumaya ihtiyaç duyan özellikle imtiyazsız ve hassas grup" olduğuna karar vermiştir.*¹⁷⁵ Mahkeme, başvuru sahibinin idari gözetim koşullarının Madde 3 ile uyumluluğunu değerlendirirken, "sığınmacı olarak, [başvuru sahibi] göç sırasında yaşadığı her şey ve daha önce yaşamış olabileceği travmatik deneyimler nedeniyle özellikle hassas durumda olduğuna" dikkat çekmiştir.¹⁷⁶ Mahkeme aynı şekilde, başvuru sahibinin idari gözetim sırasında karşı karşıya kaldığı üzüntü verici durumun "sığınmacı olmanın verdiği hassasiyet ile arttığını" vurgulamıştır.¹⁷⁷ Mahkeme, 1951 Mültecilerin Statüsüne dair Sözleşme ("1951 Mülteci Sözleşmesi") ve 1967 Protokolü'nde, BMMYK faaliyetlerinin yanı sıra AB Kabul Koşulları Direktifinde belirtilen standartlarla da yer aldığı üzere şekilde, "bu özel koruma ihtiyacına ilişkin uluslararası ve Avrupa düzeyinde geniş bir uzlaşma olduğunu" vurgulamıştır.¹⁷⁸ Bu karar sonrasında sığınmacıların hassasiyetine birçok kararda atıfta bulunulmuştur.¹⁷⁹

82. Mahkeme, çocuklar ve akıl hastalığı olan kişiler gibi Devletin özel koruma ve bakım yükümlülüğü olan bireyler ve gruplar için hassas durumda olan yerine "özellikle hassas durumda olan" terimini kullanmaktadır. Bu gruplardan birden fazlasına ait olan kişiler için Devletin bu kişilere sağlaması gereken bakım yükümlülüğünü arttırmaktadır. Bu durum, geldikleri ülkede halihazırda hassas gruplara ait olan veya ait olduğunu iddia eden sığınmacıların durumlarında örneklenmiştir (bkz. Bölüm 85). Yakın zamanda Mahkeme, sığınmacıların hassas durumda olup olmadıklarına ilişkin bireysel bir değerlendirme

174 Avrupa Konseyi Avrupa'da Mülteci ve Göçmen Çocukları Koruma Eylem Planı, Bakanlar Komitesi, Bakanlar Komitesi 127. Oturumu (Lefkoşa, 19 Mayıs 2017).

175 *M.S.S. - Belçika* [GC], § 251 (idari gözetim kapsamı dışındaki Yunanistan'daki yaşam koşulları ile ilgili olarak).

176 *A.g.e.*, § 232.

177 *A.g.e.*, § 233.

178 *A.g.e.*, § 251.

179 Örneğin bkz. *Şerifi ve Diğerleri - İtalya ve Yunanistan*, No 16643/09, 21 Ekim 2014, § 172; *Tarakhel - İsviçre* [GC], § 97.

olmaksızın genel ve otomatik olarak idari gözetim altına alınmasının Madde 5 § 1(f) bakımından hukuka aykırılık bakımından problem yaratabileceğini kaydetmiştir.¹⁸⁰

83. Bakanlar Komitesi, sığınmacıların idari gözetim altına alınmasının istisna olması gerektiğini savunmuştur;¹⁸¹ idari gözetim ancak idari gözetimin gerekliliğine dair bireysel ve dikkatli bir değerlendirmeden sonra, bunun yerine idari gözetime alternatif tedbirlerin uygulanamayacağı sonucuna varılır ise uygulanmalıdır.¹⁸² İnsan Hakları Komiserine göre, sığınmacılar prensipte idari gözetim altına alınmamalı ve her zaman alternatif tedbirler her zaman araştırılmalıdır.¹⁸³

Ciddi sağlık sorunları olan kişiler

84. Madde 3 kapsamında değerlendirilmesi için gerekli olan asgari eşiğin aşılmasına katkıda bulunan faktörler bağlamında Mahkeme, düzensiz göç statüsü, geçmişi ve duygusal durumu ve kırılgan sağlığı birlikte dikkate alındığında başvurusunun hassas durumda olduğunu kabul etmiştir.¹⁸⁴ *Yoh - Ekale Mwanje - Belçika* davasında Mahkeme, HIV'nin ileri bir aşamasında olan bir Kamerun vatandaşının sınır dışı amacıyla idari gözetim altında tutulmasının Madde 5 § 1(f) uyarınca yasaya uygunluğunu incelemiştir. Yetkililerin kişinin hassas durumunu ve kimliği ile birlikte ve tam adresini bilmeleri, yetkililere düzenli olarak bildirimde bulunduğu ve ülkede yasal olarak kalmak için adımlar attığı gerçeğine dayanarak Mahkeme, idari gözetim yerine idari gözetim alternatiflerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir.¹⁸⁵

LGBTİ kişiler

85. Mahkemenin Madde 5 § 1(b) kapsamındaki idari gözetimin yasallığını incelediği *O.M.- Macaristan* davasına ilişkin kararda LGBT kişilerin hassas durumu vurgulanmıştır. Mahkeme, bu davada madde 5 § 1(b) kapsamında idari gözetimin yasalara uygunluğunu incelemiştir. Bu bağlamda, Mahkeme,

¹⁸⁰ *Thimothawes - Belçika*, § 73.

¹⁸¹ Bakanlar Komitesi, *Hızlandırılmış sığınma prosedürleri bağlamında insan haklarının korunmasına ilişkin Yönergeler*, § XI.1.

¹⁸² Bakanlar Komitesi, *Tavsiyeler (2003)5*, § 4 ve. 6; Bakanlar Kurulu, *Hızlandırılmış sığınma prosedürleri bağlamında insan haklarının korunmasına ilişkin Yönergeler*, § XI.4. Ayrıca bkz. Parlamenterler Meclisi, *Karar 1707 (2010)*, § 9.1.1

¹⁸³ İnsan Hakları Komiserliği, *Belge CommDH(2016)17*, § 55; *Belge CommDH(2014)18*, 18 Ekim 2014, § 101.

¹⁸⁴ *Aden Ahmed - Malta*, No. 55352/12, 23 Temmuz 2010, § 97.

¹⁸⁵ *Yoh - Ekale Mwanje - Belçika*, § 124.

başvuru sahibinin hem hassas durumdaki bir birey olduğunu hem de menşe ülkesinde cinsel bir azınlığa mensup olduğu için savunmasız bir grupta yer aldığını belirtmiştir. Mahkeme, bu davada Madde 5 § 1(b) kapsamında idari gözetimin yasalara uygunluğunu incelemiştir. Bu bağlamda, Mahkeme, başvuru sahibinin hem hassas durumdaki bir birey olduğunu hem de menşe ülkesinde cinsel bir azınlığa mensup olduğu için savunmasız bir grupta yer aldığını belirtmiştir.¹⁸⁶ Mahkeme, yetkililerin, başvuru sahibi gibi hassas durumdaki bir kişinin idari gözetim altına alınan diğer kişiler arasında güvende olup olmayacağını yeterince araştırmadığını ve “gözetim altındaki birçok kişinin bu bireylere karşı kültürel veya dini önyargısı yaygın olan ülkelerden geldiğini” dikkate almadıklarını - belirtmiştir.¹⁸⁷ Bu husus ışığında, Mahkeme sadece başvuru sahibinin LGBT bir kişi olarak hassasiyetini değil, aynı zamanda başvuru sahibinin idari gözetimine ilişkin bağlamı da gere vurgulamıştır.

Vatansız kişiler

86. Vatansız kişiler, vatansız oluşları ve statüleriyle bağlantılı zorluklar nedeniyle hassas durumda bulunabilirler. Kimlik/seyahat belgelerinin yokluğu, bu tür belgelerin temin edilmesinde yaşanan kapsamlı gecikmeler ve Devletlerin bu kişileri kabul etmedeki isteksizliği, vatansız bireylerin sınır dışı işlemlerinin gerçekleştirilememesine ve kişilerin süresiz ve tekrar tekrar idari gözetim altına alınmasına neden olabilmektedir.¹⁸⁸ Bu nedenle, Devletlerin sınır dışı etmenin gerçekçi bir olasılık olup olmadığını ve sınır dışı etme amacıyla idari gözetimin haklı olmaya devam edip etmediğini sürekli olarak değerlendirme yükümlülüğü mevcuttur ki bunlar usule ilişkin güvenceler bakımından büyük önem arz etmektedir.¹⁸⁹ Bu gibi durumlarda, sınır dışı işlemlerin yürütülmesinde özen gösterilmesi büyük önem arz etmektedir ve özen yükümlülüğüne uymama Madde 5’in ihlali ile sonuçlanmaktadır.¹⁹⁰

¹⁸⁶ O.M. - Fransa, § 53.

¹⁸⁷ A.g.e.

¹⁸⁸ Örneğin, Mahkeme, vatansız bir kişiye karşı bir ihraç kararının uygulanmasının “önemli zorluklar içerdiğini ve hatta imkansız olduğunu çünkü bunların kaldırılabileceği hazır bir ülke bulunmadığı” konusundaki farkındalığını belirtmiştir. *Amie ve Diğerleri - Bulgaristan*, No. 58149/08, 12 Şubat 2013, § 77. Başka bir kararda Mahkeme, Hükümetin, Sözleşmenin 3. Maddesi uyarınca kötü muamele riski yaratmadan gerçekçi bir ortadan kaldırma olasılığı olmadığı göz önüne alındığında, vatansız bir kişinin idari gözetime alınmasının sınır dışı edilmek için gerekçelendirildiği savından şüphe etmiştir. Başka hiçbir Devlet başvuru sahibini kabul etmek istemediği için bu özellikle doğrudur. *A. ve Diğerleri - Birleşik Krallık* [CG], § 167.

¹⁸⁹ *Kim - Rusya*, No. 44260/13, 17 Temmuz 2014, § 53.

¹⁹⁰ *Auad - Bulgaristan*, § 135; *Kim - Rusya*, § 56.

87. Mahkeme'nin sınır dışı edilmeyi bekleyen vatansız bir kişinin idari gözetim altında tutulmasının hukuka uygunluğunu incelediği *Kim - Rusya* davasında, "başvurucunun özellikle hassas durumu" hakkındaki endişesini ifade etmiş ve "gözetim altındaki bir bireyin normalde yararlandığı vatandaşı olduğu ülkenin diplomatik personeli tarafından genişletilecek konsolosluk yardımı ve tavsiyesinden vatansız bir kişi olarak başvurunun yararlanmadığını" vurgulamıştır. Mahkeme ayrıca, başvuru sahibinin idari gözetimin hukuka uygunluğa ve süresine itiraz etmek için herhangi bir mali yardıma, aile desteğine veya etkin başvuruya veya diğer güvencelere erişimi olmadığını da vurgulamıştır.¹⁹¹

88. Mahkeme, başvuru sahibinin vatansız statüsü ve kimlik belgeleri ve sabit bir ikametgâhı bulunmaması nedeniyle idari gözetim sonrasında serbest bırakılmasının ardından yeni bir kovuşturmayla maruz kalma ihtimali olduğunu vurgulamıştır. Bu nedenle Mahkeme, Sözleşmenin 46. Maddesine dayanarak, "başvurucunun vatansız oluşundan kaynaklanan suçlar nedeniyle yeniden tutuklanmasını ve idari gözetim altına alınmasını önlemek için" gerekli adımların atılması gerektiğini vurgulamıştır.¹⁹²

İnsan ticareti mağdurları

89. Her ne kadar Madde 5 § 1'de açıkça belirtilmemiş olsa da, Mahkeme "insan ticaretinin, mağdurların insan onurunu ve temel özgürlüklerini tehdit ettiğini"¹⁹³ ve insan ticareti mağdurlarının savunmasızlığına dikkat çekmektedir.¹⁹⁴ Sözleşmenin 4. Maddesine ve *diğerlerinin yanı sıra* Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi'nin ("İnsan Ticareti ile Mücadele Sözleşmesi") ilgili hükümlerine dayanarak Mahkeme, diğerlerinin yanı sıra, idari gözetim süresince de dahil olmak üzere insan ticareti mağdurlarını belirleme ve etkin bir şekilde korumak için uygun tedbirleri alma konusunda Devletlerin pozitif yükümlülüklerini vurgulamıştır.¹⁹⁵

¹⁹¹ *Kim - Rusya*, §§ 53 -54.

¹⁹² *A.g.e.*, §§ 73-74.

¹⁹³ *Rantsev - Kıbrıs ve Rusya*, No. 25965/04, 7 Ocak 2010, § 282.

¹⁹⁴ *Breukhoven - Çek Cumhuriyeti*, No. 44438/06, 21 Temmuz 2011, § 56.

¹⁹⁵ Mahkeme ayrıca BM Önleme, Bastırma ve İnsan Ticaretini, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretini Cezalandırma Protokolünün (" Palermo Protokolü ") hükümlerine atıfta bulunmuş ve Devletlerin insan ticaretini önleme, mağdurları veya potansiyel mağdurları koruma ve sorumluları kovuşturma ve cezalandırma yönündeki pozitif yükümlülüklerini vurgulamıştır. *Rantsev - Kıbrıs ve Rusya*, §§ 283 -309.

90. Bu bağlamda önemli olan, Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi'nin insan ticareti mağdurlarının, insan ticareti mağdurları olmalarının doğrudan bir sonucu olarak dahil oldukları yasa dışı faaliyetler nedeniyle cezalandırılmamalarını öngörmesidir.¹⁹⁶ Benzer şekilde, Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi'nin tarafları da, idari gözetim öncesinde ve sırasında insan ticareti mağdurlarının belirlenmesinde gerekli özeni gösterme konusunda pozitif yükümlülüğe sahiptir. İnsan ticareti mağduru olduğu belirlenen¹⁹⁷ kişiye en az 30 günlük bir iyileşme ve düşünme süresi teklif edilecektir ve bu süre boyunca kişilere uygun konaklama, psikolojik ve maddi yardım, acil tıbbi tedavi ve psikolojik danışmanlık sağlanacak ve sahip olduğu haklar ve imkanlar hakkında bilgi verilecektir.¹⁹⁸ İnsan ticareti mağdurlarına, Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi'nin ilgili hükümlerinde belirtilen özel durumlara dayanarak yenilenebilir bir ikamet izni verilmelidir.¹⁹⁹

Hamile kadınlar

91. Mahkeme, gebeliğin ileri bir aşamasındaki kadınların özellikle hassas bir durumda olduğunu kabul etmiştir.²⁰⁰ Mahkeme, sekiz aylık hamile bir kadının gebeliğine ilişkin hiçbir gözetim olmaksızın uygunsuz koşullarda göç bağlamında idari gözetim altında tutulmasının Madde 3 kapsamında değerlendirilmesi için gerekli olan asgari eşige ulaştığını kaydetmiştir.²⁰¹

92. İnsan Hakları Komiseri hamile kadınların idari gözetim altına alınmasına karşı net bir tavır almıştır.²⁰²

İşkence, kötü muamele ve/veya aile içi şiddet mağdurları

93. Göç bağlamında açıkça belirtilmemiş olsa da [Madde 5 §1], Mahkeme yetkililerin işkence ve kötü muamele mağdurlarının özel olarak hassas durumda olduğunu dikkate alma yükümlülüğü olduğunu vurgulamıştır.²⁰³ Ayrıca, Mahkeme aile içi şiddet mağdurlarının Devlet tarafından korunması

¹⁹⁶ Avrupa Konseyi İnsan Ticareti ile Mücadele Sözleşmesi, Madde 26.

¹⁹⁷ A.g.e., Avrupa Konseyi İnsan Ticareti ile Mücadele Sözleşmesine İlişkin Açıklayıcı Raporun 10. Maddesi, §§ 1 ve 2 ve § 127.

¹⁹⁸ Avrupa Konseyi İnsan Ticareti ile Mücadele Sözleşmesi, Madde 13 ve Madde 12, §§ 1 ve 2. ¹⁹⁹ A.g.e., Madde 14.

²⁰⁰ *Nechiporuk ve Yonkalo - Ukrayna*, No. 42310/04, 2011, § 156.

²⁰¹ *Mahmundi ve Diğerleri - Yunanistan*, § 70.

²⁰² İnsan Hakları Komiserliği, Belge CommDH(2016)17, § 55; Belge CommDH(2014)18, § 101.

²⁰³ *Gisayev - Rusya*, No.14811/04, 2011, § 116 (savunmasızlık Madde 3 'te belirtilmiştir).

gereken “hassas bireyler” grubu içinde yer aldığını belirtmiştir.²⁰⁴ Mahkeme, aile içi şiddet mağdurlarının hassas durumunu ve devletlerin onları korumak için tedbirler almasının gereğini vurgulayan birçok uluslararası sözleşme olduğunu belirtmiştir.²⁰⁵

94. Aile içi şiddet mağdurlarına özel koruma sağlama ihtiyacı, Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (“İstanbul Sözleşmesi”) tarafından da belirtilmiştir. İstanbul Sözleşmesi, kadına yönelik şiddetin önlenmesi ve kadına yönelik şiddetle mücadele edilmesine yönelik ortak bir çerçeveye ortaya koymaktadır. Taraf Devletlerin, göçmen, mülteci veya diğer statüleri de içeren herhangi bir temelde ayrımcılık yapmaksızın ve eşitlik temelinde mağdurların haklarını korumak için tedbirler alması gerekmektedir.²⁰⁶ Buna ek olarak, alınan herhangi bir tedbir, “belirli koşullar tarafından savunmasız hale getirilen kişilerin özel ihtiyaçlarını” usulüne uygun olarak dikkate almalı ve ele almalıdır.²⁰⁷ İstanbul Sözleşmesi’ndeki özel hükümler, mülteci, göçmen ve sığınmacı kadınların özel durumunu da ele almaktadır.²⁰⁸ Sözleşme’deki özel hükümler arasında, *diğerlerinin yanı sıra*, göçmen mağdurlara mağdur statüleri nedeniyle oturma izni verilme olasılığı; kadına yönelik cinsiyete dayalı şiddetin 1951 Mülteci Sözleşmesi kapsamında bir zulüm biçimi olarak tanınmasının sağlanması; toplumsal cinsiyete duyarlı kabul ve sığınma prosedürlerinin geliştirilmesi ve sığınma sürecinde toplumsal cinsiyet kılavuzları hazırlanması ve destek hizmetlerinin sağlanması da dahildir.²⁰⁹ Buna ek olarak, Sözleşme önleme, koruma ve uzmanlaşmış destek hizmetleri de dahil olmak üzere bir dizi genel tedbir öngörmektedir.²¹⁰

204 *Opuz - Türkiye*, No. 33401/02, 9 Haziran 2009, § 160 (savunmasızlık Madde 3’te belirtilmiştir).

205 *E.M. - Romanya*, No. 43994/05, 30 Ekim 2012, § 58.

206 Avrupa Konseyi, İstanbul Sözleşmesi Madde 4, §§ 3 ve 4.

207 *A.g.e.*, Madde 12§ 3.

208 Özellikle bkz. Bölüm VII – Göç ve sığınma, Avrupa Konseyi İstanbul Sözleşmesi Madde 59-61.

209 İstanbul Sözleşmesi, Madde 59-60.

210 Bunlar, örneğin, kişinin anladığı bir dildeki mevcut destek hizmetleri ve yasal önlemler hakkında zamanında bilgi verilmesini içermektedir ve gerektiğinde hukuki ve psikolojik danışmanlık, mali yardım, konut, eğitim, sağlık ve sosyal hizmetler; barınma vb. dahil olmak üzere şiddetten kurtulmayı kolaylaştıran hizmetlere erişim. Avrupa Konseyi, İstanbul Sözleşmesi, Madde 19-23.

1.5. Topluma yerleştirilirken diğer temel haklara itibar ve saygının sağlanması

95. İdari gözetim alternatiflerinin uygulanması, Sözleşmenin diğer Maddelerini de ilgilendirebilir. Bazı alternatif tedbir çeşitleri, kendi başına veya diğer tedbirlerle birlikte, hareket özgürlüğünü kısıtlayabilir ve kişinin ikamet ettiği yeri seçme, fiziksel veya psikolojik bütünlük hakkı ve/veya özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkına kısıtlama getirebilmektedir.²¹¹

1.5.1. Hareket özgürlüğüne ilişkin kısıtlamalar

96. Hareket özgürlüğü hakkı, 4 No'lu Protokol'ün 2. Maddesinde yer almaktadır ve bu hak yasal olarak ülke içinde bulunanlar herkese uygulanır. Hüküm, herhangi bir özgürlük kısıtlaması için geçerli olması açısından Sözleşmenin 5. Maddesi ile öngörülen korumayı tamamlayıcı niteliktedir. Bu bağlamda, belirli koşullar altında hareket özgürlüğü kısıtlamaları birleşerek özgürlükten yoksun bırakılma anlamına gelebilmektedir. Böyle bir durumda Sözleşme'nin 5. maddesi uygulanır.²¹²

97. Hareket özgürlüğüne ilişkin herhangi bir kısıtlamanın 4 No'lu Protokolün 2. maddesine uygun olması için bu kısıtlamanın demokratik bir toplumda 2. maddenin 3. paragrafından yer alan meşru amaçlara ulaşmak açısından gerekli olması gerekmektedir. Madde 2, bir kişiye ülkeye giriş hakkı verilmesi veya ülkede sığınma başvurusu sonuçlanana kadar kalış hakkı verildiği durumlarda da ilgili olabilir. *De Tommaso - İtalya* davasında, Mahkeme şunları yinelemiştir:²¹³

“... 4 No'lu Protokolün 2. Maddesi, herkesin kendi ülkesi de dahil olmak üzere herhangi bir ülkeyi terk etmekte serbest oluşunu garanti altına alır, bu da kişinin kendi seçtiği bir ülkeye seyahat etme hakkını ima eder (bkz. *Khlyustov - Rusya*, no. 28975/05, § 64, 11 Temmuz 2013 ve *Baumann - Fransa*, no. 33592/96, § 61, AİHM 2001 - V). Mahkeme'nin içtihadına göre, hareket özgürlüğünü kısıtlayan herhangi bir tedbir yasaya uygun olmalıdır, 4. No'lu Protokolün 2. Maddesi'nin üçüncü fıkrasında belirtilen meşru amaçlardan birini gütmeli ve kamu yararı ile bireyin hakları arasında adil bir denge

211 CAHAR, Bakanlar Komitesinin Kılavuz 6 § 1'e yorum, *Zorla Dönüşe İlişkin Yirmi Yönerge*, § 3. 212 Bkz. Kısım. I, 3.1.1, Göçmenlerin idari gözetime alınması.

213 *De Tommaso*, § 104. Bu durumda Mahkeme, kısıtlamaların yasalarda yeterince öngörülebilir olmadığı sonucuna varmıştır. § 124.

sağlamalıdır (bkz. *Battista - İtalya*, no. 43978/09, § 37, AİHM 2014; *Khlyustov*, yukarıda bahsedilen, § 64; *Raimondo*, yukarıda bahsedilen, § 39; ve *Labita*, yukarıda bahsedilen, §§ 194 -195).”

1.5.2. Yaşam koşulları

98. İdari gözetim altına alınmayan kişilerin temel ihtiyaçlarının karşılanmasını sağlamak suretiyle insan onurunun korunması, Sözleşmenin 3. Maddesi’nin ihlalini önlemek için de esastır. Madde 3, göç statüsüne bakılmaksızın Üye Devletlerin yargı yetkisi altındaki tüm kişiler için geçerlidir. Mahkeme’nin M.S.S.- Belçika ve Yunanistan davasına ilişkin olarak verdiği önemli kararda da belirtildiği üzere Mahkeme, sığınmacı olan başvuru sahibi toplumda serbestken, Yunanistan’daki yaşam koşullarının asgari eşiğe ulaşması nedeniyle Madde 3 ’ün ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu amaçla, Mahkeme:²¹⁴

“... yetkili makamların başvuru sahibinin sığınmacı olarak hassas durumda olduğunu dikkate almaması ve bu konuda hiçbir eylemde bulunmamaları nedeniyle sığınmacı olan başvurucunun yemek ve temizlik ihtiyacı gibi temel ihtiyaçlarını giderecek yaşayacak bir yeri olmadan aylarca parklarda yaşayıp aşırı yoksulluğa düştüğünü belirtmiş ve bundan yetkili makamları sorumlu tutmuştur. Mahkeme, başvuru sahibinin onuruna saygı göstermeyen aşağılayıcı bir muameleye maruz kaldığını ve bu durumun şüphesiz başvurucuda çaresizliğe neden olabilecek korku, ıstırap veya aşağılık hissi yarattığını değerlendirmiştir. Bu tür yaşam koşulları, içinde kaldığı uzun süreli belirsizlik ve durumunun iyileşme olasılığının bulunmaması birlikte ele alındığında, sığınmacının içinde bulunduğu durum Madde 3 kapsamında değerlendirilmesi için gerekli olan asgari eşiğe ulaşmıştır.”

99. Çocuklu aileler söz konusu olduğunda yaşam koşulları özel bir öneme sahiptir. Çocukların “özel ihtiyaçları bulunması ve aşırı hassas durumda olmaları” nedeniyle Mahkeme çocuklara ilişkin olarak 3. Madde kapsamında özel korumanın söz konusu olmasını aramaktadır.²¹⁵ Ayrıca, özellikle gözetim altına alınmayıp toplum içinde serbest kalan çocuklar özellikle refekatsiz çocuklar bakımından yetkililerin koruma ve bakıma ilişkin eylemde bulunmamaları

²¹⁴ M.S.S. - Belçika [GC], § 263.

²¹⁵ *Tarakhel - İsviçre* [CG], §119. Mahkeme, iki ebeveynli bir ailenin ve altı çocuklarının İsviçre’den İtalya’ya transfer edilmesi durumunda Sözleşmenin 3. Maddesi uyarınca ulaşılacak minimum ciddiyet seviyesini dikkate almıştır.

veya uygun tedbirleri almamaları aşağılayıcı bir muameleye yol açabilir.²¹⁶ Gerçekten de, Mahkeme, yetkililerin kayıtsızlığının, özellikle kendisine yasal bir vasi atamak için atılan herhangi bir adımın yokluğunda, refakatsiz bir çocuğu kendi başına bırakarak onda derin bir kaygı ve endişe durumu yarattığını belirtmiştir.²¹⁷ Genel olarak, Mahkeme, özellikle travmatik sonuçları olan bir stres ve endişe durumu oluşturmaması için kabul koşullarının çocuğun yaşına göre uyarlanması gerektiğini düşünmektedir. Bunu yapmamak, Madde 3'ün²¹⁸ ihlaline neden olmaktadır ve aileler çocukları ile bir arada tutulmalıdır.²¹⁹

100. Bu bağlamda Avrupa Sosyal Şartı ("Şart") ve Avrupa Sosyal Haklar Komitesi ("ECSR") tarafından yorumlanması kayda değerdir. ECSR, göç veya ikamet durumlarına bakılmaksızın, bir Taraf Devletin topraklarındaki tüm kişilerin yaşam hakkı ve insan onuru ile bağlantılı bazı temel haklardan yararlanması gerektiği sonucuna varmıştır.²²⁰ Bu hükümler sosyal ve tıbbi yardıma erişim hakkı,²²¹ çocukların ve gençlerin sosyal, hukuki ve ekonomik korumaya erişim hakkı²²² ve barınma hakkını içerir.²²³

101. ECSR, Şart kapsamında güvence altına alınan hakları ile ilgili olarak, Taraf Devletlerin "kendi sınırları içerisinde kalan herkese ayırım yapmaksızın insan onuruna yakışır şekilde davranılmasını sağlama" yükümlülüğünü vurgulamıştır. Buna göre, bu yükümlülük medeni haklara saygı gösterilmesini sağlamakla sınırlı olmayıp aynı zamanda "fiziksel ve zihinsel bütünlüğün" desteklenmesini ve "toplumun ve aidiyetin temel insani ihtiyaçlarının" tanınmasını gerektirmektedir.²²⁴ "Şart ile güvence altına alınan hakların mümkün olan en kapsamlı düzeyde mültecilere de tanınması gerekmektedir."²²⁵

216 Rahimi - Yunanistan, §§ 87-94.

217 A.g.e., §§ 88-94.

218 Tarakhel - İsviçre [CG], §119.

219 A.g.e., § 122.

220 Avrupa Sosyal Haklar Komitesi (" ECSR "), *Uluslararası İnsan Hakları Federasyonu (FIDH) v. Fransa*, Şikayet No. 14/2003, 3 Kasım 2004, §§ 30 ve 32.

221 Şartın 13. Maddesi. Bkz., ECSR, *Avrupa Kiliseleri Konferansı (CEC) - Hollanda*, Şikayet No. 90/2013, 1 Temmuz 2014.

222 Şartın 17. Maddesi. Bkz., ECSR, *Uluslararası Çocuklar için Savunma (DCI) - Belçika*, Şikayet No. 69/2011, 23 Ekim 2012.

223 Şartın 31. Maddesi. Bkz., ECSR, *Avrupa Ulusal Örgütler Federasyonu Evsizlerle Çalışma (FEANTSA) - Hollanda*, Şikayet No. 86/2012, 2 Temmuz 2014.

224 ECSR, Avrupa Sosyal Şartı kapsamındaki mültecilerin haklarına ilişkin yorum beyanı, (Strazburg'daki Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin 280. oturumunda detaylandırılmıştır, 7 -11 Eylül 2015), § 3.

225 A.g.e., § 4.

102. İnsan onuruna saygı gösterilmesinin temel insan haklarının bir gereği olduğunu kabul eden²²⁶ Bakanlar Komitesi, “temel insan ihtiyaçlarını karşılama hakkının asgari olarak gıda, giyim, barınma ve temel tıbbi imkanlara erişim hakkını içermesi gerektiğini” savunurken, bu hakkın ulusal makamlar tarafından belirlenen kurallar ışığında tüm vatandaşlar ve yabancılar tarafından, yabancılar hukukunu düzenleyen ulusal kurallara bakılmaksızın, kullanılabilmesi gerektiğini belirtmiştir.²²⁷ Çocuklarla ilgili olarak, Bakanlar Komitesi, devletlerin *diğerlerinin yanı sıra*, yasal statülerine bakılmaksızın çocuklara özel olarak özen gösterilmesi gerektiği ve çocukların refahını, fiziksel ve psikolojik bütünlüğünün dair özel ihtiyaçlarının ve kişisel durumunun göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir.²²⁸

103. İnsan Hakları Komiseri, hakkında idari gözetime alternatif tedbirler uygulanan kişilerin onurlarına saygı gösterilmesi ve göç prosedürlerine katılımlarını sağlamak için temel ihtiyaçlarının karşılanması gerektiğini vurgulamıştır.²²⁹

2. Diğer uluslararası standartlar (Birleşmiş Milletler ve Avrupa Birliği)

2.1. Özgürlük hakkı

104. BM sisteminde, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (“Sözleşme”) mülteciler, sığınmacılar, vatansız kişiler ve düzensiz göçmenler de dahil olmak üzere hukuki statü, vatandaşlık veya vatansızlık da dahil olmak üzere hiçbir ayırım gözetmeksizin herkesin özgürlük ve güvenlik hakkını garanti etmektedir.²³⁰ Sözleşme, idari gözetimin uygulanabileceği durumları açık

226 Bakanlar Komitesi, *Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu Çocuk Dostu Adalet Komitesi Yönergeleri*, III. Temel İlkeler, C. İtibar, § 1, yanı sıra Açıklayıcı Mutabakat Zaptının 39. paragrafı

227 Bakanlar Komitesi, *Bakanlar Komitesinin, Aşırı Zorluk Durumlarında Kişilerin Temel Maddi İhtiyaçlarını Karşılama Hakkına İlişkin Üye Devletlere Tavsiyesi No. R (2000) 3*, (Bakanlar Komitesi tarafından 19 Ocak 2000 tarihinde Bakanlar Komitesi, *Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu Çocuk Dostu Adalet Komitesi Yönergeleri*, III. Temel İlkeler, C. İtibar, § 1 Bakanlar Vekilleri 694. toplantısında kabul edilmiştir), § 2 ve 4.

228 Bakanlar Komitesi, *Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu Çocuk Dostu Adalet Komitesi Yönergeleri*, III. Temel İlkeler, C. İtibar, § 1

229 İnsan Hakları Komiserliği Yorumu, Devletlerin göçmen idari gözetime alma alternatiflerine yatırım yapmaları için tam zamanı, 31/01/2017.

230 Mutabakat, Madde 9. Bkz. ayrıca, CCPR, *Genel yorum No. 35*, § 3; CCPR, *Genel yorum No. 31 [80]*. 29 Mart 2004’te kabul edilen *Mutabakata taraf olan Devletlere dayatılan Genel Hukuki Yükümlülüğün Türü* (2187. toplantı), CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, § 10; *Göçmenlerin transit halindeki durumu - Birleşmiş Milletler İnsan Yüksek Komiserliği Ofisi Raporu*, A/HRC/31/35, 27 Ocak 2016, § 42.

bir şekilde saymamaktadır.²³¹ Herhangi bir keyfi tutuklama veya alıkoymayı açıkça yasaklamaktadır. Benzer şekilde, yasaya uygun olmayan herhangi bir özgürlükten yoksun bırakma da açıkça yasaktır.²³²

105. Yasaya uygunluk/kanunilik kavramı, idari gözetim gerekçelerinin ve usulünün ulusal hukuka uygun olmasını gerektirir.²³³ Bu kriter, aşırı geniş ve keyfi bir yorum ve uygulamanın önüne geçilmesi için mevzuatta idari gözetime ilişkin gerekçelerinin ve prosedürlerin açık ve net olarak belirlenmesini²³⁴ ve idari gözetimin uygulanabileceği durumların sınırlı sayıda sayılmasını öngörmektedir.²³⁵ Ulusal hukukta söz konusu gerekçe ve prosedürler açık ve sınırlı olarak sayılmazsa, idari gözetim hukuka aykırı hale gelir.

106. “Keyiflilik” kavramı ile ilgili olarak, BM İnsan Hakları Komitesi (“CCPR”) şu sonuca varmıştır:²³⁶

Sadece yasaya aykırılık olarak anlaşılmamalı, uygunsuzluk, adaletsizlik ve öngörülebilirlik eksikliğini içerecek şekilde daha geniş bir şekilde yorumlanmalıdır. Bu, yasaya uygun tutuklama sonrasındaki gözetimin sadece yasaya uygun olmasını değil aynı zamanda her koşulda makul olması gerektiği anlamına gelmektedir. Ayrıca, örneğin, kaçma kaybolma, delil karartma veya suçun tekrarlanmasını önleme gibi durumlarda görüldüğü üzere gözetimin her zaman gerekli olması zorunludur.”

107. İnsan Hakları Komitesi ayrıca Sözleşmenin 9 § 1 Maddesi uyarınca orantılılığın önemini de belirtmiştir:²³⁷

“... vakanın tüm koşulları dikkate alındığında gözetim örneğin kaçma kaybolmayı önleme veya delil karartmayı önleme için gerekli değilse, bu durumda keyfi olarak kabul edilebilir: böyle bir durumda orantılılık unsuru da değerlendirmede göz önünde bulundurulmalıdır.”

²³¹ 238 CCPR, *Genel yorum No. 35*, § 14.

²³² Mutabakat, Madde 9, paragraf 1

²³³ CCPR, *Genel yorum No. 35*, § 11.

²³⁴ *Keyfi İdari gözetim Çalışma Grubu Raporu*, A/HRC/13/30, 18 Ocak 2010, § 59; CCPR, *Genel yorum No. 35*, § 11 ve 23.

²³⁵ CCPR, *Genel yorum No. 35*, § 22.

²³⁶ CCPR, *Van Alphen -Hollanda*, Muhaberat No. 305/1988, CCPR/C/39/D/305/1988, 23 Temmuz 1990, § 5.8.

²³⁷ CCPR, *A - Avustralya*, Muhaberat No. 560/1993, CCPR/C/59/D/560/1993, 30 Nisan 1997, § 9.2. Ayrıca bkz. CCPR, *Genel yorum No. 35*, § 12.

108. Göç bağlamında, idari gözetim Sözleşmenin 9. Maddesinin birinci fıkrası uyarınca doğrudan keyfi olarak kabul edilmemektedir.²³⁸ ve İnsan Hakları Komitesi ülkeye izinsiz girişlerin “soruşturma ihtiyacını işaret edebileceğini ve kaçma kaybolma olasılığı ve otoriterle işbirliği yapmama gibi idari gözetim altına alınmayı haklı çıkarabilecek bireylere özel bazı faktörlerin olabileceğini” belirtmiştir.²³⁹ Bununla birlikte, bireye özgü bu tür belirli faktörlerin bulunmaması, ülkeye giriş düzensiz (ülkenin kanunlarına aykırı) bile olsa idari gözetimi keyfi hale getirebilir.²⁴⁰ Sonuç olarak, göç bağlamında idari gözetimin ancak istisnai durumlarda son çare olarak uygulanması gerektiği ve gözetim tedbirinin bireyin ruhsal ve fiziksel sağlığı üzerinde yaratabileceği etkiler de dahil olmak üzere her durumda bireysel değerlendirme sonrasında uygulanması ve makul, gerekli ve orantılı olması gerektiği vurgulanmıştır.²⁴¹

109. Bu hususlar BM Keyfi İdari Gözetime İlişkin Çalışma Grubu (“WGAD”) ve BM Göçmenlerin İnsan Hakları Özel Raportörü tarafından da vurgulanmış ve orantılılık ilkesi doğrultusunda göçmenlerin idari gözetim altına alınmasının her zaman son çare olması gerektiğini yinelenmiştir.²⁴² İnsan Hakları Komitesi’ne göre, Devlet her bireyin kişisel durumunu inceleyerek “idari gözetim altına alma nedeninin” var olup olmadığını değerlendirmeli ve idari gözetim tedbiri gözetim altına alınan kişinin oluşturduğu risk ile orantılı olmalı ve her hâlükârda son çare olarak uygulanmalıdır.²⁴³

110. Özellikle mültecilerin ve sığınmacıların keyfi şekilde idari gözetim altına alınmasının önlenmesinde 1951 Mülteci Sözleşmesi büyük önem arz etmektedir. “Sözleşme’nin Madde 1 kapsamında hayatlarının veya özgürlüklerinin tehdit edildiği bir yerden doğrudan gelen” ve “gecikmeksizin kendilerini yetkililere tanıtan ve yasadışı girişleri veya varlıkları için iyi bir neden gösteren” sığınmacı ve mültecilerin sözleşme taraflarına yasa dışı yollarla girişlerinden dolayı

238 CCPR, Genel yorum No. 35, § 18.

239 A - Avustralya, § 9,4

240 A.g.e.

241 CCPR, Genel yorum No. 35, § 18.

242 Keyfi İdari gözetim Çalışma Grubu Raporu, A/HRC/13/30, 18 Ocak 2010, § 59; İnsan Hakları Konseyi Yedinci Oturumuna Rapor - Keyfi İdari gözetim Çalışma Grubu Raporu, A/HRC/7/4, 10 Ocak 2008, § 80 (b); BM Göçmenlerin İnsan Hakları Özel Raportörü Raporu, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2 Nisan 2012, § 68.

243 Danyal Şafiq - Avustralya, Muhaberat No. 1324/2004, CCPR/C/88/D/1324/2004, 31 Ekim 2006’da kabul edilen görüşler, § 7.3; C. - Avustralya, Muhaberat No. 900/1999, CCPR/C/76/D/900/1999, 28 Ekim 2002’de kabul edilen görüşler, §§ 8.2 ve 8.4.

cezalandırılmamaları öngörülmüştür.²⁴⁴ 1951 Mülteci Sözleşmesi ayrıca söz konusu şartları sağlayan bireylerin hareket özgürlüğüne yönelik kısıtlamanın gerekli olması gerektiğini ve kısıtlamanın ancak ve ancak “ülkedeki kalışlarının yasal hale getirilinceye veya başka bir ülkeye kabul edilene kadar uygulanması gerektiğini” ortaya koymaktadır.²⁴⁵ Dahası, taraf devletlerde yasal olarak ikamet eden mülteciler hareket özgürlüğü ve ikametgahını seçme hakkına sahiptir.²⁴⁶ Mülteci statüsünün devletlerce tanınmasının kurucu bir unsur olmadığı göz önünde bulundurulduğunda,²⁴⁷ sığınmacıların “ülkede yasal olarak bulundukları ve bu hükümden yararlanması gerektiği kabul edilmektedir”.²⁴⁸

111. Benzer şekilde, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 12 § 1 Maddesi de ülkede yasal olarak ikamet eden kişilerin hareket özgürlüğünü ve serbestçe yerleşim yerini seçme hakkını güvence altına almaktadır. Bu hak ancak yasalar tarafından öngörülmesi durumunda ve ulusal güvenliği, kamu düzenini, halk sağlığını veya ahlakını veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak için ve Sözleşmede tanınan diğer haklara uygun olarak sınırlandırılabilir.²⁴⁹ İnsan H, “bir Devlete yasadışı olarak giren ancak ülkede kalışı yasal hale gelen bir yabancının, Madde 12 bakımından ülkede yasal olarak ikamet eden kişi olarak kabul edilmesi gerektiğini” belirtmiştir.²⁵⁰

112. BMMYK *İdari Gözetim Kılavuzu*, sığınmacıların idari gözetim altına alınmasından kaçınılması gerektiğini ve yalnızca gözetimin “bireysel vakada

244 1951 Mülteci Sözleşmesi, Madde 31, paragraf 1. Ayrıca, BM Sınırşan Örgütlü Suçlarla Mücadele Sözleşmesi’ni destekleyen kara, deniz ve hava yoluyla göçmen kaçakçılığına karşı BM Protokolü’nün 5. Maddesi uyarınca, kaçakçılığa konu olan göçmenlerin cezai kovuşturmayaya tabi tutulamayacağı unutulmamalıdır.

1951 Mülteci Sözleşmesi’nin 31 (1) Maddesi hakkında daha kapsamlı bir tartışma için bkz. 1951 Mülteci Sözleşmesi Yorumu, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Uluslararası Koruma Bölümü tarafından yayınlanan Madde 2 -11, 13 -37, 1997, s. 97 -104; Dr C. Costello (Y. Ioffe ve T. Büchsel ile birlikte), *Mültecilerin Statüsüne İlişkin 1951 Sözleşmesi’nin 31. Maddesi, Hukuk ve Koruma Politikası Araştırma Serisi*, PPLA/2017/01, Temmuz 2017, s. 10 -43; Guy S. Goodwin - Gill, *1951 Mültecilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme’nin 31. Maddesi: BMMYK Küresel İstisnaları için Uluslararası Koruma Dairesi’nin talebi üzerine hazırlanan bir makale olan Etkisizleştirme, İdari gözetim ve Koruma*, Ekim 2001.

245 Mülteci Sözleşmesi, Madde 31, paragraf 2

246 A.g.e., Madde 26.

247 BMMYK, *1951 Sözleşmesi ve 1967 Mültecilerin Statüsüne İlişkin Protokol*, CR/1P/4/ENG/REV, Aralık 2011, s. 9 kapsamında Mülteci Statüsünü Belirleme Usul ve Kriterlerine İlişkin El Kitabı ve Kılavuz.

248 BMMYK, *İdari gözetim Kuralları*, Kural 2012, § 13.

249 Mutabakat, Madde 12, paragraf 3

250 CCPR, *Genel Yorum No. 27, Hareket Özgürlüğü (Madde 12)*, 2 Kasım 1999, § 4. Ayrıca bkz. *Celepli - İsvç*, Muhaberat No. 456/1991, 18 Temmuz 1994 ‘te kabul edilen görüşler, § 9.2.

gerekli, her koşulda makul ve meşru bir amaçla orantılı” olduğu durumlarda son çare olarak kullanılması gerektiğini yinelemektedir.²⁵¹ “Sığınmacıların idari gözetim altına alınmasının ilk çare olmaktan ziyade son çare olmasını” sağlamak için “idari gözetim alternatiflerinin kullanılabilirliği, etkinliği ve uygunluğu” her bir vakada münferit olarak usulüne uygun şekilde incelenmelidir.²⁵² Alternatiflerin dikkate alınmaması da idari gözetimi keyfi hale getirebilir.²⁵³

113. Kaçma kaybolma riskini değerlendirirken sığınmacıların haksız yere idari gözetim altına alınmasını önlemek için uygun tarama ve değerlendirme prosedürleri oluşturulmalıdır.²⁵⁴ İdari gözetim, sığınmacıları caydırmak veya zaten halihazırda sığınma talebinde bulunanları bu talepten vazgeçirmek için kullanılmamalıdır.²⁵⁵ BMMYK, mülteciler ve sığınmacılar ile uluslararası korumaya ihtiyaç duyan diğer kişilere uygulanacak alternatif tedbirlere ilişkin rehberlik sağlamıştır.²⁵⁶

114. AB düzeyinde, özgürlük ve güvenlik hakkı, AB Temel Haklar Şartı’nın (“AB Şartı”) 6. Maddesi kapsamında güvence altına alınmıştır ve Sözleşmenin 5 § 1. Maddesine karşılık gelmektedir.²⁵⁷ Avrupa Birliği Adalet Divanı (“ABAD”), AB Şartının 6 § 1. Maddesinde yer alan özgürlük hakkının önemini vurgulamıştır ve “bu hakka idari gözetiminin neden olduğu müdahalenin ağırlığı” hakkın kullanımına ilişkin sınırlamaların yalnızca kesinlikle gerekli olduğu süreçte geçerli olması gerektiğini vurgulamıştır.²⁵⁸ Genel olarak, AB hukukuna göre bir kişi sadece göç statüsü nedeniyle idari gözetim altına alınmamalıdır, çünkü ilgili yasal düzenlemeler idari gözetim gerekçelerini sınırlı ve katı şekilde sıralamıştır ve çocuklar için birçok güvence mevcuttur sağlanmıştır.

115. 1951 Mülteci Sözleşmesi’nin 31. Maddesi’ne paralel olarak AB hukuku kişilerin sadece uluslararası koruma talebinde bulunmaları nedeniyle idari gözetim altına alınmasını yasaklamaktadır.²⁵⁹ Benzer şekilde, 604/2013 sayılı

251 BMMYK, *İdari gözetim Kuralları*, 2012 Giriş, paragraf 2 ve Kural 4 § 18.

252 A.g.e., Kural 4.3§ 35.

253 A.g.e., Kural 4§ 18.

254 A.g.e., § 22. Ayrıca bkz. UNHCR, UNHCR ve IDC (2016), Güvenlik Açığı Tarama Aracı - Güvenlik açığının belirlenmesi ve ele alınması: sığınma ve göç sistemleri için bir araç, 2016

255 A.g.e., Kural 4§ 32.

256 BMMYK, *İdari gözetim Kuralları*,. Ayrıca bkz. UNHCR, *Seçenekler Yazısı 1: Hükümetler için bakım düzenlemeleri ve çocuklar ve aileler için idari gözetime alma alternatifleri* 2015; BMMYK, *Seçenekler Yazısı 2: Hükümetler için açık kabul ve idari gözetime alma alternatifleri*, 2015.

257 AB Şartı, Madde 52 §§ 2 ve 3 ve Madde 53.

258 15 Şubat 2016 tarihli Karar, N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, § 56.

259 Direktif 2013/32/EU, Madde 26 § 1; Direktif 2013/33/EU, Beyan (15) ve Madde 8 § 1.

Yönerge (AB) kişilerin yalnızca uluslararası koruma prosedürüne tabi olmaları nedeniyle idari gözetim altına alınmasını yasaklamaktadır.²⁶⁰

116. Sığınmacıların ve Dublin prosedürleri kapsamındaki kişilerin idari gözetimi mümkün olan en kısa süre için olmalı ve hem usul hem de amaç bakımından gereklilik ve orantılılık ilkelerini gözetmelidir. İdari gözetim tedbiri ancak ve ancak, münferit bir değerlendirme sonrasında alternatiflerin söz konusu vakada etkili bir şekilde uygulanamayacağının tespit edilmesi durumunda uygulanmalıdır.²⁶¹ 2013/32/EU sayılı Direktife göre, sığınmacılara iltica başvurularına dair karar verilene kadar ve karara süresinde yapılmış bir itiraz söz konusuysa bu itiraz sonuçlanıncaya kadar Üye Devletlerin topraklarında kalma hakkı verilir.²⁶²

117. Sığınmacılar, ev sahibi Üye Devletin topraklarında veya bu Üye Devlet tarafından kendileri için belirlenmiş bir alan içinde serbestçe hareket etme hakkına sahiptir.²⁶³ Sığınmacılar onlar için belirlenmiş bir alan içindeyse, “özel yaşam alanları” etkilenmemeli ve 2013/33/AB Sayılı Direktifte öngörülen tüm güvencelere erişimleri olmalıdır.²⁶⁴

118. İkincil AB mevzuatına göre, sınır dışı amaçlı idari gözetim gereklilik ve orantılılık ilkelerine tabidir. Alternatifler, herhangi bir idari gözetim kararı alınmadan önce her bir vakada incelenmeli ve etkisiz bulunmalıdır.²⁶⁵ İdari gözetim mümkün olan en kısa süre devam etmeli ve yalnızca “sınır dışı prosedürleri devam ettiği ve gerekli özen gösterilerek yürütüldüğü sürece” muhafaza edilmelidir. Bir kişi, yalnızca geri dönüş ve/veya geri gönderme sürecini hazırlamak ve/veya gerçekleştirmek için, özellikle de kaçma kaybolma riski olduğunda veya ilgili kişinin geri dönüş veya geri gönderme sürecinden kaçındığı veya prosedürleri kasıtlı olarak engellediği zaman idari gözetim altında tutulabilir. Hukuki veya diğer nedenler ile sınır dışı olasılığının gerçekleşmesi idari gözetimi temelden yoksun bırakmaktadır.²⁶⁶

260 Yönetmelik (AB) No 604/2013, Beyan (20) ve Madde 28 § 1.

261 Direktif 2013/33/EU, Beyanlar (15) ve (16) ve Madde 8 §2; Yönetmelik (EU) No 604/2013, Beyan (20) ve Madde 28 § 2 ve 3.

262 Yönetmelik 2013/32/AB, Madde 9 § 1 ve Madde 46 § 5.

263 Yönetmelik 2013/33/EU, Madde 7 § 1.

264 A.g.e.

265 Yönetmelik 2008/115/AB, Atıf (16) ve Madde 15 § 1.

266 Yönetmelik 2008/115/EC, Madde 15 § 4. Ayrıca bkz. 30 Kasım 2009 tarihli Karar, Grand Chamber, *Kadzoev*, C -357/09 PPU, EU:C:2009:741, § 64.

119. Yakın zamanda verilen *Al Chodor* kararında, ABAD, birlikte okunduğunda Dublin prosedürü kapsamında ciddi bir kaçma kaybolma riski olan kişinin idari gözetim altına alınmasına izin veren 604/2013 sayılı Yönerge'nin (EU) 2. Maddesinin (n) fıkrası ile 28. Maddesinin 2. fıkrasını yorumlamıştır.²⁶⁷ Mahkeme önceki kararlarında açık, öngörülebilir, erişilebilir ve keyfiyeti engelleme özelliği taşıyan bir yasayı 'kaliteli/nitelikli' yasa olarak tanımlanmıştır. Mahkeme bu içtihatına atıfta bulunarak kaçma kaybolma riskini ölçmek için objektif kriterlerin genel uygulaması olan hukuken bağlayıcı düzenlemeler ile ortaya konulması gerektiğini belirtmiştir.²⁶⁸ Eğer bu tür kriterleri içeren bir düzenleme iç hukukta öngörülmemişse, 604/2013 sayılı Yönergenin (EU) 2. Maddesinin (n) fıkrası ile birlikte alınan Madde 28 § 2 kapsamında idari gözetim yasa dışı olacaktır.²⁶⁹

2.2. İdari gözetim alternatiflerini göz önünde bulundurma yükümlülüğü

120. İdari gözetimin son çare olarak uygulanması gereken istisnai bir tedbir olduğu göz önüne alındığında, Devletlerin öncelikle gereklilik ve orantılılık ilkeleri doğrultusunda, dikkatlice alternatif tedbirleri değerlendirmek ve ikinci olarak, idari gözetime ancak ve ancak alternatiflerin gözetim tedbiri ile güdülen amaca ulaşmak için yeterli olmadığı tespit edilirse başvurmak gibi yasal bir yükümlülüğü vardır.²⁷⁰

121. İnsan Hakları Komitesi, Devletlerin "bireylerin özel durumlarını dikkate alarak aynı sonuca ulaşmayı sağlayacak, daha az müdahale içeren hiçbir yol olmadığını" kanıtlayamadığı hallerde Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 9. Maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiğini tespit ederek görüşlerinde söz konusu yükümlülüğü doğrulamıştır.²⁷¹ Benzer şekilde, WGAD "alternatif ve gözetim

267 604/2013 sayılı Yönetmeliğin (EU) 2 (n) Maddesine göre, kaçma riski "bir başvuru sahibinin veya bir transfer prosedürüne tabi olan üçüncü ülke vatandaşının veya vatansız bir kişinin kaçabileceğine inanmak için yasalarca tanımlanan nesnel kriterlere dayanan bireysel bir davada nedenlerin varlığı" olarak tanımlanmıştır. 2008/115/EC sayılı Direktifin 3 § 7 'sinde de neredeyse benzer bir tanım verilmiştir.

268 15 Mart 2017 tarihli Karar, *Salah Al Chodor ve Diğerleri*, C -528/15, EU:C:2017:213, § 45.

269 A.g.e., § 46.

270 AB Üye Devletleri için idari gözetim alma alternatiflerini göz önünde bulundurma yükümlülüğü aşağıda belirtilmiştir: Yönetmelik 2013/33/AB, Beyan (20) ve Madde 8 § 2. Yönetmelik 2008/115/EU, Beyan (16) ve Madde 15 §1; Yönetmelik (EU) No 604/2013, Beyan (20) ve § 28 ve 2.

271 C. v. *Avustralya*, § 8.2; *Saed Shams ve Diğerleri - Avustralya*, Muhaberat No. 1255,1256,1259, 1260,1266,1268,1270,1288/2004, 20 Temmuz 2007 'de kabul edilen görüşler, § 7.2; *Zeyad Khalaf Hamadie Al - Getani - Bosna - Hersek*, § 10.4; *F.K.A.G. ve ark. - Avustralya*, Muhaberat No. 2094/2011, CCPR/C/108/D/2094/2011, 26 Temmuz 2013'de kabul edilen görüşler, § 9.4.

dışı tedbirlerin [. . .] idari gözetim kararı alınmadan önce her zaman dikkate alınması gerektiğini” belirtmiştir.²⁷² Sınır dışı bağlamında ele alındığında, “sınır dışı etme imkanının makul bir gecikmeyle de olsa mümkün olmadığı (uzak olduğu) durumlarda, Hükümetin idari gözetim alternatiflerini göz önünde bulundurma yükümlülüğü daha da önemli hale gelmektedir.”²⁷³ Genel olarak, göç bağlamında idari gözetim alternatiflerini inceleme yükümlülüğü çeşitli BM insan hakları organları tarafından doğrulanmıştır.²⁷⁴

122. AB hukuku bakımından, alternatifleri göz önünde bulundurma yükümlülüğü, birincil hukuktaki orantılılık ilkesi ile ilişkilidir ve AB ikincil hukukunun belirli hükümlerinde açıkça belirlenmiştir. Bu nedenle, Dublin prosedürlerindeki de dahil olmak üzere sığınmacılar ve hakkında sınır dışı karar verilmiş olan kişilerin idari gözetim altına alınmasına, ancak diğer daha az zorlayıcı alternatiflerin etkili bir şekilde uygulanamayacağının her vakada bireysel bir değerlendirmeye dayanarak tespit edilmesi durumunda izin verilir.²⁷⁵

123. ABAD *El Dridi* davasında sınır dışı işlemlerinin yürütülmesinde bireysel değerlendirme sonrasında mümkün olan en az zorlayıcı tedbirden, yani gönüllü geri dönüşten başlayarak ancak bu tedbirlerin işe yaramaması durumunda kişi hakkında kademe kademe daha zorlayıcı tedbirler alınması gerektiğini öngörmüştür.²⁷⁶ Mahkeme ayrıca idari gözetimin bu tedbirler arasında en çok güç içeren ve en zorlayıcı tedbir olduğunu belirterek, şu değerlendirmede bulunmuştur:²⁷⁷

“Bir üçüncü ülke vatandaşının idari gözetim süresinin uzatılmasına ilişkin alebi değerlendiren yargı makamı, ilgili üçüncü ülke vatandaşının idari gözetim süresinin uzatılıp uzatılmayacağına, idari gözetim yerine alternatif tedbirler uygulanıp uygulanmayacağına veya ilgili kişinin serbest bırakılıp

272 Keyfi İdari gözetim Çalışma Grubu Raporu: zeyilname: Çalışma Grubunun göçmenler ve mülteciler konusunda Birleşik Krallık'a ziyaretine ilişkin rapor E/CN.4/1999/63/Add.3, 18 Aralık 1998, § 33.

273 WGAD, *Görüş No. 45/2006*, A/HRC/7/4/Add.1, 16 Ocak 2008, § 25.

274 Bunlar arasında WGAD, UNHCR, Irksal Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, BM Göçmenlerin İnsan Hakları Özel Raportörü ve İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi bulunmaktadır.

275 Yönetmelik 2013/33/AB, Beyan (15) ve (20) ve aynı zamanda Madde 8 § 2. Yönetmelik 2008/115/EU, Beyan (16) ve Madde 15 §1; Yönetmelik (EU) No 604/2013, Beyan (20) ve § 28 ve 2.

276 28 Nisan 2011 tarihli Karar, *El Dridi*, C -61/11 PPU, EU:C:2011:268, §§ 39 ve 41.

277 5 Haziran 2014 tarihli Karar, *Mahdi*, C-146/14 PPU, EU:C:2014:1320, § 64.

birakılmamasına karar verme yetkisine sahip olmalıdır. Yargı makamı başvuruya ilişkin incelemede esasa girmeli ve hem idare hem de kişi tarafından kendisine sunulan delil, kanıt ve iddiaları dikkate alıp münferit bir değerlendirmeden sonra karar vermelidir. ”

2.3. Usule ilişkin güvenceler

İdari gözetimin gerekçeleri

124. Tutulma ve idari gözetim nedenleri hakkında bilgilendirilme hakkı Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 9 § 2 Maddesine dayanır. Söz konusu gerekçelerin, “[gözetim altına alınan kişinin] gösterilen gerekçelerin geçersiz veya temelsiz olduğuna inanması halinde serbest bırakılmasını sağlamak için hemen adım atmasını sağlamaya” yönelik olarak spesifik olması gerekmektedir.²⁷⁸ Benzer şekilde, idari gözetim kararının gerekçeleriyle birlikte derhal tebliğ edilmesi zorunluluğu, Herhangi Bir Şekilde Gözetim Altında Tutulan veya Tutuklu Kişilerin Korunması İçin BM İlkeler Bütününde (“UNBOP”) de bulunmaktadır.²⁷⁹ İdari gözetim alınan kişiye anlayacağı bir dilde hakları ve bu hakları nasıl kullanacağı hakkında bilgi verilmelidir.²⁸⁰ Benzer şekilde, WGAD uyarınca, gözetim altına alma kararı, söz konusu kararın gerekçeleriyle birlikte, ilgili kişiye yazılı olarak bildirilmelidir.²⁸¹ Kişiye iletilen bilgilerin aynı zamanda, gözetime itiraza ilişkin kararın derhal verilmesini ve uygun olduğu hallerde kişinin serbest bırakılmasını sağlayacak nitelikte olması gerekmektedir.²⁸² BMMYK, sığınmacıların idari gözetim altına alınma gerekçeleri, gözetim kararına ilişkin hakları (gözden geçirme prosedürleri dâhil) konusunda “anladıkları bir dilde ve şekilde” bilgilendirilmesini öngörmüştür.²⁸³

125. AB ikincil mevzuatı uyarınca, uluslararası koruma başvurusunda bulunan kişilerin gözetim altına alınmasına ilişkin karar, adli veya idari mercilerce, kararın dayandığı fiili ve hukuki gerekçeleri de içerecek şekilde yazılı olarak verilir.²⁸⁴ İdari gözetim altına alınan uluslararası koruma başvuru sahipleri, idari gözetim gerekçeleri hakkında anladıkları bir dilde derhal yazılı olarak

278 Adolfo Drescher Caldas - Uruguay, Muhaberat No. 43/1979, CCPR/C/OP/2, 1990, § 13.2.

279 İlke 11 § 2.

280 UNBOP, İlkeler 13 ve 14.

281 WGAD, Göçmenler ve sığınmacılar ile ilgili duruma ilişkin 5 No’lu Müzakere, İlke 8.

282 A.g.e.

283 BMMYK, *İdari gözetim Kuralları*, 2012 Kural 7, § 47 (i).

284 Yönetmelik 2013/33/EU, Madde 9 § 2.

bilgilendirilmelidir.²⁸⁵ Ayrıca, idari gözetim kararına itiraz etmek için ulusal hukukta yer alan prosedürler hakkında bilgilendirilmelidirler.²⁸⁶ Bu garantiler Dublin prosedürleri kapsamına giren başvuru sahipleri için geçerlidir.²⁸⁷

126. Hakkında sınır dışı kararı bulunduğu için gözetim altında tutulan kişilere ilişkin olarak AB ikincil mevzuatı, gözetim kararının fiili ve hukuki gerekçelerini de içerecek şekilde yazılı olarak verilmesini öngörmektedir.²⁸⁸ Üye Devletlerin, idari gözetim altına alınan kişiye idari gözetim kararına mahkeme önünde itiraz etme hakkı ile ilgili bilgi vermeleri esastır.²⁸⁹

Hukuki destek

127. Avukatlara hızlı ve düzenli olarak erişim sağlanması Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 7. maddesi uyarınca insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleden korunma için büyük önem arz eder.²⁹⁰ UNBOP, idari gözetim altına alınan bir kişinin öncelikle avukata erişim ve hukuki yardımdan yararlanma hakkına sahip olmasını; ikinci olarak, gözetim altına alınmasından hemen sonra bu hakka ilişkin olarak bilgilendirilmesini; ve üçüncü olarak, avukata erişim hakkını kullanmak için "makul olanaklar" sağlanmasını açıkça öngörmektedir.²⁹¹ Kişinin avukatı olmaması durumunda, "adaletin gerektirdiği durumlarda ve kişinin avukat tutmak için yeterli mali kaynağı olmaması durumunda" kişinin mahkeme veya başka bir yargı organı tarafından avukat atanmasını isteme hakkı vardır.

128. BMMYK, vatandaşlara adli yardım sağlandığı durumlarda sığınmacılara da adli erişim verilmesini ve bu konuda bilgilendirilmelerini öngörmektedir. Hukuki desteğe erişim, "gözetim altındaki kişinin haklarını anlamasına yardımcı olmak için tutuklandıktan veya idari gözetim altına alındıktan sonra mümkün olan en kısa sürede" sağlanmalıdır.²⁹²

129. AB ikincil mevzuatına göre, idari gözetim altına alınan uluslararası koruma başvuru sahipleri adli yardıma başvuru olasılığı hakkında bilgilendirilmelidir.²⁹³

²⁸⁵ A.g.e., Madde 9§ 4.

²⁸⁶ A.g.e.

²⁸⁷ Yönetmelik (AB) No 604/2013, Madde 28 § 4.

²⁸⁸ Direktif 2008/115/EC, Madde 15 § 2 ikinci paragraf.

²⁸⁹ A.g.e., Madde 15§ 2 (b).

²⁹⁰ CCPR, Genel yorum No. 20 Madde 7 (İşkence veya Diğer Zalim, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Ceza Yasağı), 10 Mart 1992, § 11.

²⁹¹ UNBOP, İlkeler 17§ 1.

²⁹² BMMYK, *İdari gözetim Kuralları*, 2012 Kural 7, § 47 (ii).

²⁹³ Yönetmelik 2013/33/EU, Madde 9 § 4.

Hukuki desteğe erişim prosedürleri ulusal hukukta belirtilmelidir.²⁹⁴ Üye Devletlerin, idari gözetim altına alınan kişilere, idare tarafından verilen gözetim kararlarının adli makamlarca yapılan itiraz incelemesi sırasında ücretsiz hukuki yardım ve temsil sağlamaları gerekmektedir,²⁹⁵ fakat Üye Devletin başvuru sahibinin sahip olduğu kaynaklar, parasal konular ve süre³⁰⁰ ile ilgili sınırlama getirmeye dair takdir yetkisi vardır.²⁹⁶ Bu hukuki desteğin kapsamı, “en azından başvuru sahibi adına adli makamlar önünde itiraza ilişkin belgelerinin hazırlanması ve duruşmaya katılmayı” içermektedir.²⁹⁷ Bu güvenceler Dublin prosedürleri kapsamındaki sığınmacılar için de geçerlidir.²⁹⁸

130. Hakkında sınır dışı kararı verilmiş olan idari gözetim altındaki kişiler, yasal temsilcileri ile “talep üzerine” ve “zamanında” görüşme hakkına sahiptirler.²⁹⁹

Yargı Denetimi

131. Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 9. maddesinin 4. fıkrası, özgürlükten yoksun bırakılmanın hukuka uygunluğunun yargı tarafından “gecikmeksizin” incelenmesini ve idari gözetimin hukuka aykırı olması halinde kişinin serbest bırakılmasını öngörmektedir. İnsan Hakları Komitesi, idari gözetimin hukuka uygunluğuna ilişkin hukuki denetimin idari gözetimin sadece ulusal yasalara göre değil Sözleşme’ye göre de hukuka uygunluğunun incelenmesini ve mahkemenin serbest bırakılma emri verebilmesini kapsadığını belirtmiştir.³⁰⁰

132. BMMYK, idari gözetim kararının gözden geçirilebilmesi için idari gözetim altına alınan sığınmacıların adli veya diğer bağımsız makam önüne getirilmesi gerektiğini belirtmiştir; gözden geçirme ideal olarak otomatik olup, idari gözetim kararının alınmasından sonraki 24 -48 saat içinde gerçekleştirilmelidir.³⁰¹ İdari gözetimin gerekli olduğunun düzenli ve periyodik incelemesini mahkeme veya bağımsız bir kurul gerçekleştirilmelidir.³⁰² BMMYK ayrıca, idari gözetim altına alınan kişinin (veya bir temsilci aracılığıyla) “idari gözetimin hukuka aykırılığına dair bir itirazı mahkeme önüne getirebilme hakkına – ilk veya periyodik gözden

²⁹⁴ A.g.e., Madde 9§ 10.

²⁹⁵ A.g.e., Madde 9§§ 6 ve 3.

²⁹⁶ A.g.e., Madde 9§§ 7, 8 ve 9.

²⁹⁷ A.g.e., Madde 9§ 6.

²⁹⁸ Yönetmelik (AB) No 604/2013, Madde 28 § 4.

²⁹⁹ Yönetmelik 2008/115/EC, Madde 16 § 2.

³⁰⁰ A - Avustralya, § 9.5; C - Avustralya, § 7.4; Ömer Şerif Baban - Avustralya, Muhaberat No. 1014/2001, CCPR/C/78/D/1014/2001, 6 Ağustos 2003’de kabul edilen görüşler, § 7.2.

³⁰¹ BMMYK, *İdari gözetim Kuralları*, 2012 Kural 7, § 47 (iii).

³⁰² A.g.e., § 47 (iv).

geçirmenin yapıp yapılmadığına bakılmaksızın- saygı gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir.³⁰³

133. AB ikincil mevzuatına göre, idari gözetim kararının idari makamlar tarafından verildiği durumlarda, uluslararası koruma başvurusu sahiplerinin idari gözetiminin *hukuka uygunluğunun* re'sen veya talep üzerine hızlı bir şekilde incelenmesi hakkına sahiptir. Re'sen inceleme idari gözetimin başlamasından sonra mümkün olduğunca hızlı bir şekilde yapılacaktır. Üye Devletler, ulusal hukuklarında "başvuru sahibinin talebi üzerine veya *re'sen idari gözetimin gözden geçirilmesinin hangi sürede yapılması gerektiğini*" belirtmelidir. Eğer incelemede idari gözetimin hukuka aykırı olduğu tespit edilirse, kişi derhal serbest bırakılmalıdır.³⁰⁴

134. Uluslararası koruma başvurusu sahiplerinin idari gözetiminin itiraz incelemesi, "makul aralıklarla, *resen* ve/veya ilgili başvuru sahibinin talebi üzerine, özellikle idari gözetim uzun bir süredir devam ediyorsa veya idari gözetimin hukuka uygunluğunu etkileyebilecek ilgili durumlar veya yeni bilgiler ortaya çıktığında yapılmalıdır."³⁰⁵ Yukarıdaki garantiler Dublin prosedürü kapsamında da geçerlidir.³⁰⁶

135. Hakkında sınır dışı kararı olan ve idare tarafından gözetim kararı verilen kişiler için, Üye Devletlerin bu kişilere ya "kararın hukuka uygunluğuna dair itirazı idari gözetimin başından itibaren hızlı şekilde karara kavuşturacak yargı denetimine erişim verilmesi",³⁰⁷ ya da alternatif olarak bu başvurudan mümkün olan en hızlı şekilde sonuç almak şartıyla yargı denetimine başvuru yapma hakkı verilmesi gerekir."³⁰⁸ Her durumda idari gözetim kararı makul aralıklar ile re'sen ve/veya talep üzerine gözden geçirilmeli ve uzun süren idari gözetim uygulamaları hukuk denetimine tabi tutulmalıdır."³⁰⁹

2.4. Hassas durumdaki kişilerin idari gözetimden kaçınılmasına dair pozitif yükümlülük

136. İdari gözetim ve idari gözetime alternatif tedbirlere ilişkin uygulamalar Devletlerin kişisel hakları ihlal *etmeme* yükümlülüklerine uygun olmalı aynı

303 A.g.e., § 47 (v).

304 Yönetmelik 2013/33/EU, Madde 9 § 3.

305 A.g.e., Madde 9§ 5.

306 Yönetmelik (AB) No 604/2013, Madde 28 § 4.

307 Yönetmelik 2008/115/EC, Madde 15 § 2 (a).

308 A.g.e., Madde 15§ 2 (b).

309 A.g.e., Madde 15§ 3.

zamanda idari gözetim sırasında özellikle hak ihlallerine karşı hassas durumda olduğu bilinen bireyleri veya grupları *da korumalıdır*.

137. AB hukukuna göre, Üye Devletler uluslararası koruma arayan veya hakkında sınır dışı kararı olan hassas kişilerin özel durumlarını ve ihtiyaçlarını dikkate almalıdır.³¹⁰ Özellikle uluslararası koruma başvurusu sahiplerine ilişkin olarak AB Üye Devletlerinin bireylerin özel kabul koşullarına ihtiyaç duyup duymadığını makul bir süre içinde değerlendirme yükümlülüğü mevcuttur.³¹¹ Üye Devletlerin özel ihtiyaçların neden ileri geldiğinin tespit etme, sığınma prosedürü boyunca bu ihtiyaçları dikkate alma ve kişilere yeterli destek sağlama ve durumlarını uygun şekilde izleme yükümlülüğü söz konusudur.³¹² 2013/33/AB sayılı Direktif ayrıca, idari gözetim altında tutulan hassas durumdaki uluslararası başvurusu sahiplerinin ruh sağlığı da dahil olmak üzere sağlık durumunun ulusal makamların önceliği olması gerektiğini belirtmektedir.³¹³ İşkenceye, tecavüze veya diğer ciddi şiddet eylemlerine maruz kalanlar, bu tür eylemlerin neden olduğu zarar için, özellikle uygun tıbbi ve psikolojik tedaviye veya bakıma erişim için gerekli tedaviye erişmelidir.³¹⁴ Buna ek olarak, AB mevzuatı, Üye Devletlerin uluslararası koruma talebinde bulunan hassas kişiler için uygun yaşam ve kabul koşulları sağlamasını ve bu kişilerin özel durumlarını dikkate alarak bazı ek tedbirler almasını öngörmektedir.³¹⁵

138. Aşağıda, özellikle hassas durumda olan birey ve gruplar hakkında idari gözetime alternatif tedbirlerin uygulanmasının hukuki boyutlarına dair bir analiz sunulmuştur.

Çocuklar

139. İnsan Hakları Komitesi'ne göre, çocukların idari gözetimi ancak son çare olarak uygulanan istisnai bir tedbir olmalı, en kısa sürede sonlandırılmalı ve

310 Yönetmelik 2013/33/EU, Madde 21 ve Madde 22 § 1 üçüncü paragraf; Yönetmelik 2008/115/EC, Madde 14 § 1 (d). Yönetmelik 2013/33/EU Madde 21'de, "Reşit olmayanlar, refakatsiz küçükler, engelliler, yaşlılar, hamile kadınlar, küçük çocuklu bekar ebeveynler, insan kaçakçılığı mağdurları, ciddi hastalıkları olan kişiler, zihinsel bozuklukları olan kişiler ve kadın genital sakatlığı mağdurları gibi işkence, tecavüz veya diğer ciddi psikolojik, fiziksel veya cinsel şiddet türlerine maruz kalan kişiler gibi savunmasız kişilerin kapsamlı olmayan bir listesi yer almaktadır." 2008/115/EC sayılı Direktifin 3 § 9 'unda da neredeyse buna benzer savunmasız kişilerin kapsamlı olmayan bir listesi verilmiştir.

311 Yönetmelik 2013/33/EU, Madde 22.

312 A.g.e.

313 A.g.e., Madde 11 § 1.

314 A.g.e., Madde 25 § 1

315 A.g.e., Madde 17 § 2.

“idari gözetimin süresi ve koşulları açısından” çocuğun yüksek yararı öncelikli olarak dikkate alınmalıdır. Refakatsiz çocukların aşırı hassasiyetine ve bakım ihtiyacına özellikle dikkat edilmelidir.³¹⁶

140. CRC’nin 37(b) Maddesi çocukların özgürlüğünden mahrum bırakılmalarının son çare olarak öngörse de bu hüküm ayrımcılık yasağı, çocuğun yüksek yararı ve aile birliğinin korunması gibi ebeveynlerinin göç statüsü nedeniyle çocukların özgürlüklerinden mahrum kalabilecekleri durumları azaltan önemli ilke ve koşullara tabidir.

Ayrımcılık yapmama

141. CRC’de güvence altına alınan haklar Taraf Devletlerin yargı yetkisi dahilindeki tüm çocuklara ayırım yapılmadan uygulanacaktır.³¹⁷ Buna göre, CRC Komitesi şunları belirtmiştir:³¹⁸

“Sözleşmede öngörülen haklardan yararlanma bir Taraf Devletin vatandaşı olan çocuklarla sınırlı değildir ve bu nedenle, Sözleşmede aksi açıkça belirtilmedikçe, uyrukları, göç statüleri veya vatansız oluşlarına bakılmaksızın, sığınmacı, mülteci ve göçmen çocuklar da dahil olmak üzere tüm çocuklar için mevcut olmalıdır.”

*Öncelikli olarak çocuğun yüksek yararı*³¹⁹

142. CRC’de haklar hiyerarşisinin olmadığını vurgulamakla birlikte, CRC Komitesi çocuğun yüksek yararı ilkesini CRC’nin dört genel ilkesinden biri olarak

316 CCPR, *Genel yorum No. 35*, § 18.

317 CRC., Madde 2.

318 CRC Komitesi, *Genel yorum No. 6*, (2005): *Refakatsiz ve Ayrılmış Çocukların Menşé Ülkeleri Dışında Tedavisi*, CRC/GC/2005/6, 17 Mayıs -3 Haziran 2005, § 12.

319 CRC Komitesi, “birincil değerlendirme” ifadesinin çocuğun yararına olan şeyin diğer tüm hususlarla aynı düzeyde düşünülmemeyeceği anlamına geldiğini açıklığa kavuşturmuştur. Bu güçlü konum, çocuğun özel durumuyla gerekçelendirilmiştir: bağımlılık, olgunluk, yasal statü ve sıklıkla, sessizlik [...].CRC Komitesi, “çocuğun yüksek yararının birincil bir husus olarak alınması hakkının” yüksek önceliğe sahip olduğunu ve [] birkaç husustan sadece biri olmadığını vurgulamaya devam etmiştir. Bu nedenle, çocuğa en iyi hizmet veren şeye daha büyük bir ağırlık verilmelidir. CRC Komitesi, *Genel yorum No. 14* (2013), *çocuğun yüksek yararının öncelikli olarak dikkate alınması hakkı üzerine (mad. 3, para. 1)*, altmış ikinci oturumunda Komite tarafından kabul edilmiştir (14 Ocak -1 Şubat 2013), § 37 ve 39.

tanımlamıştır³²⁰ ve bu ilkenin üç boyutu olduğunu belirtmiştir:³²¹ çocuğun yüksek yararı *ilk* olarak, “maddi bir hak”,³²² *ikinci* olarak, “temel, yorumlayıcı bir hukuk ilkesi”,³²³ *üçüncü* olarak ise bir “usul kuralıdır.”³²⁴

143. Yukarıdakiler ışığında, Taraf Devletler çocuğun yüksek yararına ilişkin bireysel bir değerlendirme yapmalıdır ve çocukları etkileyen herhangi bir göç sürecine ilişkin tüm aşamalarda ve kararlarda³²⁵ ve alınan herhangi bir kararda bu ilkenin nasıl dikkate alındığını gerekçelendirmelidir. Bu değerlendirme, her çocuğun özel koşullarını dikkate almalıdır, buna “özel durumda farklı çeşit ve derecede hassas durumda olmaya ilişkin inceleme” de dahildir.³²⁶

144. Çocukların idari gözetim yerlerinde kötü muameleye karşı özel hassasiyeti göz önüne alındığında, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Ceza Özel Raportörü şu sonuca varmıştır:³²⁷

“İdari göç işlemleri bağlamında, ebeveynlerinin göç statüsü nedeniyle çocukların özgürlüğünden mahrum bırakılmasının hiçbir zaman çocuğun yüksek yararına olmadığı, gereklilik koşulunu sağlamadığı, büyük ölçüde orantısız olduğu ve göçmen çocuklar bakımından zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele oluşturabileceği artık açıktır.”

320 Diğer üç genel ilke arasında, ayrımcılık yapmama ile ilgili Madde 2; Özgürlük, hayatta kalma ve gelişme hakkı ile ilgili Madde 6; ve çocuğun kendi görüşlerini özgürce ifade etme hakları ile ilgili Madde 12. CRC Komitesi, *Genel yorum No. 12*, (2009): *Çocuğun dinlenme hakkı*, 20 Temmuz 2009, CRC/C/GC/12, § 2; CRC Komitesi, *Genel yorum No. 5* (2003): *Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin uygulanmasına ilişkin genel önlemler*, 27 Kasım 2003, CRC/GC/2003/5, § 12.

321 CRC Komitesi, *Genel yorum No. 14* (6)

322 Her çocuğun kendi menfaatinin değerlendirilmesi gerektiği ve farklı menfaatler dikkate alındığında, bu hakkın öncelikli olarak dikkate alınması gerektiği anlamına gelir. Ve bu da “eylemsizlik veya eyleme geçmeme” de dahil olmak üzere çocuklarla ilgili tüm kararlarda ve eylemlerde uygulanır.”

323 Bununla birlikte, yasal bir hükmün birden fazla yoruma açık olması durumunda, çocuğun yararına en etkili şekilde hizmet eden yorumlama seçimi seçilmelidir.

324 Bir çocuğu bireysel olarak veya belirli bir grup çocuğu etkileyecek herhangi bir kararın çocuk veya ilgili çocuk grubu üzerinde yaratacağı (olumlu veya olumsuz) etkinin bir değerlendirmesini içermesi gerektiği anlamına gelir.

325 CRC Komitesi, Çocuk Hakları Komitesi 2012 Uluslararası Göç Bağlamında Tüm Çocukların Hakları Genel Tartışma Günü Raporu, 28 Eylül 2012, § 72.

326 Bir çocuğun kırılganlık durumu, *diğerlerinin yanı sıra*, “engellilik, azınlık grubuna ait olma, mülteci veya sığınmacı olma, istismar mağduru olma, sokakta yaşama durumu, vb. CRC Komitesi, *Genel yorum No. 14*, § 75’i içerir.

327 *İşkence ve diğer zalim, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza Özel Raportörü Raporu*, Juan E. Méndez, A/HRC/28/68, 5 Mart 2015, § 80.

145. Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi 2014 yılında verdiği tavsiye kararında “münhasıran göçe ilişkin nedenlerle çocukların özgürlüğünden yoksun bırakılmasının gereklilik koşulunu sağlamayacağını [...] [ve] çocuğun yüksek yararına uygun bir tedbir olarak anlaşılamayacağını” kaydetmiştir.³²⁸ Bu karara benzer şekilde Özel Raportör şu sonuca varmıştır:³²⁹

“Çocuk ceza adaleti için geçerli olan *ultima ratio* (son çare) ilkesi çocuk göçmenlere ilişkin davalar için geçerli değildir. Yalnızca göçe ilişkin nedenlere dayalı olarak çocukların özgürlüğünden mahrum bırakılması gereklilik şartını sağlamamaktadır, çünkü bu tedbir, çocukların göç işlemleri kapsamında bildirimde bulunmasını sağlamak veya bir sınır dışı kararını uygulamak için kesinlikle elzem değildir. Bu bağlamda özgürlükten yoksun bırakma çocuğun yüksek yararına en iyi şekilde uyan bir önlem olarak asla kabul edilemez. Dünyada göçmenlere yönelik idari gözetim uygulamaları *gerek hukuki gerekse fiili* olarak çocukları zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza riski ile karşı karşıya bırakmaktadır. [...]”

146. Bu bağlamda önemli bir hüküm ayrıca, mülteci ve sığınmacı çocukların CRC’de belirtilen haklardan en iyi şekilde yararlanmalarını ve Devletlerin Taraf olduğu diğer uluslararası sözleşmeler kapsamında kendilerine sağlanan ek korumadan yararlanmalarını sağlamak için Devletlerin uygun tedbirleri almasını gerektiren 22. Maddedir. Bunun yanı sıra, 20. Madde, refakatiz ve ailesinden ayrı düşmüş çocuklar için de uygulanmakta ve alternatif bakıma yerleştirme de dahil olmak üzere bu gruba özel koruma ve yardım sağlanmasını gerektirmektedir.

147. Çocukların göç bağlamında korunmasına ilişkin daha fazla rehberlik, CRC tarafından çeşitli Genel Yorumlar ve Genel Tartışma Günlerinde sağlanmıştır. Bu nedenle, 2005 yılında CRC *refakatsiz ve ailesinden ayrı düşmüş çocuklara* yapılan muameleyi incelemiş ve onları özellikle hassas durumda olan çocuk grubu olarak tanımlamıştır.³³⁰ Çocuğun yüksek yararına atıfta bulunarak,

328 Amerika Ülkeleri İnsan Hakları Mahkemesi, 19 Ağustos 2014 tarihli OC -21/14 Danışma Görüşü, § 154.

329 *İşkence ve diğer zalim, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza Özel Raportörü Raporu*, Juan E. Méndez, A/HRC/28/68, 5 Mart 2015, § 80.

330 CRC Komitesi, *Genel yorum No. 6* (4) CRC Komitesinin, Taraf Devletleri, yukarıda belirtilen yorumda yer alan standartları uygularken "evrimsel özelliklerinin farkında olmaları ve bu nedenle yükümlülüklerinin burada belirtilen standartların ötesinde gelişebileceğini kabul etmeleri gerektiği konusunda uyardığı dikkate alınmalıdır.

CRC Komitesi refakatsiz ve ailesinden ayrı düşmüş çocukların genel bir kural olarak idari gözetim altına alınmaması gerektiğini vurgulamış ve ayrıca şunları savunmuştur:³³¹

“İdari gözetim, yalnızca çocuğun refakatsiz veya ailesinden ayrı düşmüş olması veya göç veya ikamet statüsü veya yokluğu temelinde gerekçelendirilemez.”

148. 2012 yılında “*Uluslararası göç bağlamında tüm çocukların hakları*” konusuna adanan Genel Tartışma Günü, ailesi ile birlikte olanlar da dahil olmak üzere çocukların idari gözetim altına alınmasına ilişkin bir dönüm noktası olarak sayılabilir. CRC Komitesi şu sonuca varmıştır:³³²

“Çocuklar ebeveynlerinin göç statüsü nedeniyle cezalandırılmamalı veya cezai tedbirlere tabi tutulmamalıdır. Ebeveyninin veya kendisinin göç statüsü nedeniyle bir çocuğun idari gözetim altına alınması çocuk hakları ihlali teşkil eder ve her zaman çocuğun yüksek yararı ilkesine aykırıdır. Bu kapsamda, Devletler, çocukların göç statüsü temelinde idari gözetim altına alınmalarına süratle ve tamamen son vermelidir.”

149. O tarihten bu yana göç bağlamında çocukların idari gözetim altına alınmasına karşı olan bu tutum düzenli olarak yinelenmektedir. Örneğin, yakın zamanda, refakatsiz ve ailesinden ayrı düşmüş gençlere atıfta bulunurken, CRC Komitesi, Taraf Devletlerin gençlerin hassas durumunu ele almak ve göç bağlamında idari gözetimi yasaklamak için “gençlerin koruma ihtiyacına dair yapacakları değerlendirmenin göç statüsüne göre yapılacak değerlendirilmeden önce gelmesi gerektiğini” kaydetmiştir.³³³

150. Göç bağlamında çocukların idari gözetim altına alınmasına karşı açık bir tutum, çocukların göç uygulamaları veya göç kontrolü amacıyla idari gözetim altına alınmaması gerektiğini sürekli olarak savunan çeşitli uluslararası ve bölgesel insan hakları organları tarafından yinelenmiştir.³³⁴ BMMYK’nin en son tutumu, çocukların yasal veya göç statülerine veya ebeveynlerine

³³¹ A.g.e., § 61.

³³² CRC Komitesi, Çocuk Hakları Komitesi 2012 Uluslararası Göç Bağlamında Tüm Çocukların Hakları Genel Tartışma Günü Raporu § 78.

³³³ CRC Komitesi, Genel yorum No. 20 (2016), ergenlik döneminde çocuğun haklarının uygulanmasına ilişkin, CRC/C/GC/20, 6 Aralık 2016, § 77.

³³⁴ Bkz., Kurumlar Arası Çalışma Grubu (IAWG) Çocuk Göçmen İdari gözetime Almayı Sonlandırmak, *Normatif standartların özeti ve çocuk göçmenlerin idari gözetime alınmasına son verilmesine ilişkin tavsiyeler*, Ağustos 2016.

bakılmaksızın göçe ilişkin amaçlarla idari gözetim altına alınmaması gerektiği ve idari gözetimin hiçbir zaman çocukların olmadığı yönündedir.³³⁵ Bunun yerine, çocuklara ve ailelere uygun kabul koşulları sağlamak için uygun bakım düzenlemeleri ve idari gözetim alternatiflerinin mevcut olması gerekmektedir.³³⁶ Çocuklarla ilgili her kararda çocuğun yüksek yararı öncelikli olmalıdır.

151. Devletler son zamanlarda göçe ilişkin nedenlerle çocukların idari gözetim altına alınmasını sonlandırmak için çalışmayı taahhüt etmiştir.³³⁷

Aile birliğinin korunması

152. CRC, çocuğun yüksek yararına uygun ve yürürlükteki yasa ve prosedürlere uygun olmadıkça bir çocuğun ebeveynlerinden asla kendi iradesi dışında ayrılmasını öngörmektedir.³³⁸ Buna göre, çocuğun yüksek yararı aile birliğinin korunmasını gerektirdiğinde, özgürlük hakkı o çocuğun ebeveynleri için de geçerlidir.³³⁹ Çocukların idari gözetim altına alınması yerine, CRC Komitesi, diğer organlarla birlikte Devletleri, Çocukların Alternatif Bakımı BM Kılavuzu'nda öngörülenler gibi tüm aile için idari gözetim dışı, toplum temelli alternatifleri uygulamaya çağırmıştır.³⁴⁰

“Mümkün olan en geniş kapsamda ve her zaman en az kısıtlayıcı tedbirleri kullanarak Devletler, çocukların var ise transit ve/veya hedef ülkelerdeki aile bireyleri ve/veya vasileri kalmalarına izin veren

335 UNHCR, *UNHCR'in göç bağlamında mülteci ve göçmen çocukların idari gözetim altına alınmasına ilişkin tutumu*, Ocak 2017.

336 UNHCR'in *Seçenekler Yazısı 1* 'de derlenen örneklerle bakınız: ...

Hükümetler için bakım düzenlemeleri ve çocuklar ve aileler için idari gözetime alma alternatifleri ve hükümetler ve açık kabul ve idari gözetime alma alternatifleri üzerine Seçenekler Belgesi 2. UNHCR/UNICEF Güvenli ve Sağlam ortak raporunda UNHCR, "idari gözetimin olumsuz kalıcı etkileri vardır. Bireylerin insan onurunu zedeler ve gereksiz acılara neden olabilir ve sağlık ve refah için potansiyel olarak ciddi sonuçlar doğurabilir. Çocukların idari gözetime alınması, fiziksel, duygusal ve psikolojik gelişimleri üzerinde yıkıcı etkisi olabileceği için özellikle ciddidir. Çocuklar prensip olarak idari gözetime alınmamalıdır. UNHCR, *Safe & Sound (Güvenli ve Sağlam): Avrupa'da refakatsiz ve ayrılmış çocukların çıkarlarına saygıyı sağlamak için Devletler neler yapabilir*, Ekim 2014

337 Genel Kurul, *New York Mülteciler ve Göçmenler Bildirgesi*, § 33.

338 CRC Madde 9§ 1. CRC Komitesi, Taraf Devletlere "ebeveynlerin" "biyolojik, evlat edinen veya koruyucu ebeveynler veya uygulanabilir olduğunda, yerel gelenekler tarafından öngörülen geniş aile veya topluluk üyelerine benzer" olduğunu hatırlatmıştır. CRC Komitesi, *Genel Yorum No. 14* (59)

339 *İşkence ve diğer zalim, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza Özel Raporörü Raporu*, Juan E. Méndez, A/HRC/28/68, 5 Mart 2015, § 80.

340 Genel Kurul, *Çocukların Alternatif Bakımına İlişkin Esaslar: Genel Kurul tarafından kabul edilen karar*, A/RES/64/142, 24 Şubat 2010.

ve toplum temelli bağlamlarda göç statülerine ilişkin bir karar alınan kadar bir aile olarak barınmaları ve yaşamalarına izin veren mevzuat, politika ve uygulamalar yoluyla çocuğun yüksek yararını, aile hayatını ve özgürlük hakkını en iyi şekilde koruyan idari gözetime alternatif tedbirleri benimsemelidir.”³⁴¹

153. AB Temel Haklar Bildirgesi ve ilgili AB ikincil mevzuatına göre, aile birliği ve aile hayatı hakkının yanı sıra çocuklarla ilgili tüm eylemlerde çocuğun yüksek yararına öncelik verilmelidir³⁴² AB hukukuna göre, çocukların göç bağlamında idari gözetimi son çare olarak, en kısa süre için ve ancak alternatif tedbirlerin etkili bir şekilde uygulanamayacağının belirlenmesinden sonra uygulanmalı³⁴³ ve refakatsiz çocuklar “yalnızca istisnai durumlarda” idari gözetim altına alınmalıdır.³⁴⁴ AB hukuku, göç bağlamında çocukların yüksek yararının *öncelikli* olarak tespit edilmesi zorunluluğu gibi katı güvenceleri öngörmektedir. Çocuklarla ilgili tüm eylemlerde çocuğun yüksek yararı öncelikli olmalıdır. Bu nedenle, AB hukukuna göre çocuğun yüksek yararı ile çatıştığı durumlarda çocuklar idari gözetim altına alınamaz. Sığınma talebinde bulunan idari gözetimdeki çocukların serbest bırakılması ve reşit olmayanların uygun bir barınma yerine yerleştirilmesi için gerekli çaba gösterilmelidir.³⁴⁵ Benzer şekilde, refakatsiz çocuk sığınmacılar için de “mümkün olan en kısa sürede” serbest bırakılmaları ve “yaşıtlarının ihtiyaçlarını dikkate alan personel

341 CRC Komitesi, *Çocuk Hakları Komitesi 2012 Uluslararası Göç Bağlamında Tüm Çocukların Hakları Genel Tartışma Günü*, 28 Eylül 2012, § 79.

342 AB Tüzüğü, Madde 7 ve 24 § 2; Yönetmelik (EU) No 604/2013, Beyan (13) ve (16), Madde 6 § 1 ve 3 'ün yanı sıra Yönetmelik 2013/33/EU, Beyan (9) ve Madde 23 § 1 ve 2; Yönetmelik 2008/115/EC, Beyan (22) ve Madde 5 (a) ve (b). Ayrıca, üçüncü ülke vatandaşlarının veya vatansız kişilerin uluslararası korumanın yararlanıcıları olarak nitelendirilmesi, mülteciler veya ikincil koruma için uygun kişiler için tek tip statü ve verilen korumanın içeriği (yeniden düzenleme), 29 Aralık 2011, L337/9, Beyan (18), Madde 20 § 5 ve Madde 23 ile ilgili standartlara ilişkin 13 Aralık 2011 tarihli 2011/95/EU sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifine bakın. Çocuğun iyiliği için ayrıca bkz. Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin uluslararası koruma sağlama ve geri çekme (yeniden düzenleme), 29 Haziran 2013, L 180/60, Beyan (33) ve Madde 25 § 6 ile ilgili ortak prosedürler hakkındaki 26 Haziran 2013 tarihli 2013/32/EU Direktifi.

343 Yönetmelik (EU) No 604/2013, Beyan (20) ve Yönetmelik 2013/33/EU, Beyan (15) ve Madde 8 § 2 ve 11 § 2; Yönetmelik 2008/115/EC, Beyan (16), Madde 15 § 1 Madde 28, § 2.

344 Yönetmelik 2013/33/EU, Madde 11 § 3. Son zamanlarda Avrupa Komisyonu, AB Üye Devletlerini "refakatsiz çocuklar için bir dizi alternatif bakım seçeneğinin koruyucu aile/ aile temelli bakım da dahil olmak üzere sağlandığını" garantilemek amacıyla teşvik etmiştir. Avrupa Komisyonu, *Komisyon'dan Avrupa Parlamentosu ve Konseyine İletişim, Göçte çocukların korunması*, COM(2017) 211 final, 12 Nisan 2017, s. 9.

345 A.g.e., Beyan (15) ve 8 § 2 ve 11 § 2 Maddeleri.

ve özelliklere sahip tesislerle konaklamalarının sağlanması için tüm tedbirlerin alınmasına dair bir zorunluluk mevcuttur.”³⁴⁶

154. Avrupa Parlamentosu, CRC Komitesinin tavsiyesini yineleyerek, Üye Devletleri “çocukların göç statüsü temelinde idari gözetim altına alınmalarına mümkün olan en hızlı şekilde son vermeye, çocukları göç politikaları ve prosedürlerinin bir parçası olarak ihlallerden korumaya ve çocukların aile üyeleri ve/veya vasileri ile kalmasına izin veren idari gözetim alternatiflerini benimsemeye” çağırıştır.³⁴⁷

Vatansız kişiler

155. Kimlik ve seyahat belgelerinin bulunmayışı da dahil olmak üzere statüleriyle bağlantılı zorluklar nedeniyle herhangi bir ülkede yasal olarak ikamet edemeyen vatansız kişiler, özellikle uzun süreli ve tekrarlanan idari gözetim riski altındadır.³⁴⁸ Gerekli göç izinlerinin veya belgelerinin olmaması vatansız kişilerin idari gözetim altına alınması için genel bir gerekçe olarak kullanılamaz.³⁴⁹ Benzer şekilde, uluslararası koruma arayan vatansız kişilerin rutin olarak idari gözetim altına alınması keyfidir. Bu bağlamda özellikle önemli olan, vatansız kişilerin düzgün bir şekilde tespit edilmelerini sağlayan uygun vatansızlık belirleme prosedürleridir.³⁵⁰ BMMYK’ye göre, “vatansızlığın belirlenmesi, diğer hassasiyetlerin tespit edilmesinin bir parçası olarak düşünülmelidir.”³⁵¹ BMMYK ayrıca, 1954 tarihli Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme’de vatansız kişilerin bu şekilde tespiti için herhangi bir mekanizma öngörülmesi de, söz konusu Sözleşme’de “Devletlerin, kendi Sözleşme taahhütlerine uymaları için onlara uygun muameleyi sağlamak amacıyla, kendi yargı yetkileri içinde kalan vatansız kişileri tespit etmelerinin gerektiği” belirtilmektedir.³⁵² Toplumdaki vatansız kişilerin serbest bırakılması veya bu kişiler hakkında idari gözetim alternatiflerinin uygulanması öncelikli olmalıdır.³⁵³

346 A.g.e., Madde 11 § 3.

347 Avrupa Parlamentosu’nun Avrupa Birliği’ndeki belgesiz kadın göçmenlere ilişkin 4 Şubat 2014 tarihli kararı (2013/2115(INI)), 4 Şubat 2014, § 29. Ayrıca bkz. Avrupa Parlamentosu’nun AB’deki refakatsiz küçüklerin durumuyla ilgili 12 Eylül 2013 tarihli kararı (2012/2263(INI)), § 13.

348 BMMYK, *Vatansız Kişilerin Korunması El Kitabı*, 30 Haziran 2014, § 112.

349 A.g.e.

350 BMMYK, *İdari gözetimdeki Vatansız Kişiler: Tanımlama ve geliştirilmiş koruma için bir araç*, Haziran 2017, s. 7.

351 A.g.e., s. 4.

352 BMMYK, *Vatansız Kişilerin Korunması El Kitabı*, 30 Haziran 2014, § 8.

353 BMMYK, *İdari gözetimdeki Vatansız Kişiler: Tanımlama ve geliştirilmiş koruma için bir araç*, Haziran 2017, s. 4.

İşkence veya travma mağdurları

156. Travma, işkence ve diğer ciddi fiziksel, psikolojik veya cinsel şiddet mağdurları için özel ilgi gereklidir ve ilke olarak bu kişiler idari gözetim altına alınmamalıdır. Bu kişilerin idari gözetim altına alınmasının gerekliliği değerlendirilirken, depresyon, kaygı, saldırganlık, fiziksel, psikolojik veya diğer duygusal sonuçlar gibi faktörler göz önünde tutulmalıdır.³⁵⁴ İdari gözetimin ciddi etkisi nedeniyle idari gözetimdeki kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığının ilk ve periyodik değerlendirmeleri yapılmalıdır.³⁵⁵ Uygun koruma ve destek sağlanmalı³⁵⁶ ve mağdurun kültürünü, kişiliğini, tarihini ve geçmişini dikkate alan etkili rehabilitasyon hizmetleri ve programlarına, *diğerlerinin yanı sıra*, kimlik veya statüsüne bakılmaksızın erişim sağlanmalıdır.³⁵⁷

İnsan ticareti mağdurları veya olası mağdurları

157. İnsan ticareti mağdurları veya olası mağdurları, hiçbir koşulda, giriş veya ikametgâhlarının yasa dışı olması veya insan ticareti mağdurları olarak durumlarının doğrudan bir sonucu olarak yasa dışı faaliyetlerde bulundukları için cezalandırılmamalı veya yargılanmamalıdır.³⁵⁸ Güvenli evler ve özellikle çocuklar için diğer bakım düzenlemeleri gibi idari gözetim alternatifleri de dahil olmak üzere,³⁵⁹ onlara uygun koruma ve destek sağlanmalıdır.³⁶⁰

158. AB hukukuna göre, insan ticareti mağdurları hassas kişilere yönelik özel garantilere ilişkin hükümlere tabi olarak idari gözetim altına alınabilir, ancak Üye Devletler bu kişileri insan kaçakçılığına maruz kalmanın doğrudan bir sonucu olarak işlemek zorunda kaldıkları cezai fiillere ilişkin kovuşturma veya cezalardan korumalıdır.³⁶¹ Üye Devletler ayrıca, mağdurların erken tespitini

354 BMMYK, *İdari gözetim Kuralları*, 2012, Kural 9. 1, § 49.

355 A.g.e., § 50.

356 A.g.e.

357 İşkenceye Karşı Komite ("CAT"), *Genel Yorum No. 3 (2012) - Taraf Devletler tarafından Madde 14'ün uygulanması*, CAT/C/GC/3, 13 Aralık 2012, § 15.

358 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi ("OHCHR"), İnsan Hakları ve İnsan Kaçakçılığı ile İlgili Önerilen İlke ve Kılavuzlar, E/2002/68/Ek.1, 20 Mayıs 2002, Kural 2 § 6 ve Kural 4 § 5. Ayrıca bkz. *İnsan kaçakçılığına ilişkin Özel Raportör Raporu, özellikle kadınlar ve çocuklar*, A/HRC/32/41, 3 Mayıs 2016, §§ 64 (h) ve 66 (d)(e); *Göçmenlerin insan haklarına ilişkin Özel Raportör Raporu*, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2 Nisan 2012, § 72 (i).

359 Örneğin bkz. Palermo Protokolü Madde 6; OHCHR, İnsan Hakları ve İnsan Kaçakçılığı ile İlgili Önerilen İlke ve Kılavuzlar, E/2002/68/Ek.1, Kılavuz 6.

360 BMMYK, *İdari gözetim Kuralları*, 2012, Kural 9. 5, § 62.

361 Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin insan kaçakçılığının önlenmesi ve bunlarla mücadele edilmesi ve mağdurlarının korunması ile Konsey Çerçeve Kararı 2002/629/JHA, 15 Nisan

sağlamak için uygun mekanizmalar oluşturmakla yükümlüdürler.³⁶² Bu kişilere, güvenli ve uygun barınma, maddi destek, psikolojik destek dâhil olmak üzere gerekli tıbbi tedavi, danışmanlık ve bilgilendirme, sözlü ve yazılı çeviri gibi özel destek ve yardımlar sağlanmalıdır.³⁶³ İnsan ticareti mağdurlarına veya yasadışı göçü kolaylaştırmak için bir eyleme konu olan, yetkili makamlarla işbirliği yapan kişilere ikamet izni verilebilir.³⁶⁴

Engelli veya diğer özel ihtiyaç sahibi kişiler

159. Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme ("CRPD") engelli bir kişinin hukuka aykırı veya keyfi olarak idari gözetim altına alınmasını yasaklar ve "engelliliğin, hiçbir koşulda özgürlüğü kısıtlama gerekçesi olarak gösterilmemesi" gerektiğini vurgular.³⁶⁵ Ayrıca, Engelli Hakları Komitesi ("CRPD"), sığınma talebinde bulunan engellilerin ve engelli göçmenlerin idari gözetim altına alınmasının CPRD'ye uygun olmadığını vurgulamış ve AB'nin bu konuda kendi kurumları ve Üye Devletleri için kılavuzlar yayınlamasını tavsiye etmiştir.³⁶⁶ Benzer şekilde, BMMYK uzun vadeli fiziksel, ruhsal, zihinsel ve duysal engellere sahip sığınmacıların kural olarak idari gözetim altına alınmaması gerektiğini savunmuştur.³⁶⁷ Bu kişilerin keyfi olarak gözetim altına alınmasını engellemek için bu kişilerin hızlı ve sistematik şekilde tespit edilmesi ve kaydedilmesi gereklidir ve telefonla bildirim gibi bu kişilerin özel ihtiyaçlarına göre ayarlanmış alternatifler sunulmalıdır.³⁶⁸

Hamile kadınlar ve emziren anneler

160. Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi ("CEDAW") ve BMMYK, *diğerlerinin yanı sıra*, hamile kadınların ve emziren annelerin genel bir kural olarak idari gözetim altına alınmaması gerektiğini vurgulamıştır.³⁶⁹ Bunun

2011, L 101/1, Beyan (14) ve Madde 8 'in değiştirilmesine ilişkin 5 Nisan 2011 tarihli 2011/36/EU Direktifi.

362 Yönetmelik 2011/36/EU, Madde 11 § 4.

363 A.g.e., Madde 11§§ 1 2 ve 5.

364 İnsan ticareti mağdurları veya yasadışı göçü kolaylaştırmak için bir eylemin konusu olan, yetkili makamlarla işbirliği yapan üçüncü ülke vatandaşlarına verilen ikamet iznine ilişkin 29 Nisan 2004 tarihli 2004/81/EC sayılı Konsey Direktifi, 6 Ağustos 2004, L 261/19.

365 CRPD Madde 14§ 1 (b).

366 CRPD, Avrupa Birliği, CRPD /C/EU/CO/1, 2 Ekim 2015,§ 35.

367 BMMYK, *Idari gözetim Kuralları*, Kural 2012, 9.5 § 63.

368 A.g.e. Ayrıca bkz. UNHCR, UNHCR ve IDC (2016), *Güvenlik Açığı Tarama Aracı - Güvenlik açığının belirlenmesi ve ele alınması: sığınma ve göç sistemleri için bir araç*, 2016

369 CEDAW, *Mülteci statüsü, sığınma, milliyet ve kadınların vatansızlığının cinsiyetle ilgili*

yerine, cinsel ve cinsiyet temelli şiddet ve sömürüye karşı koruma dâhil olmak üzere bu kişilerin özel ihtiyaçlarını göz önüne alan alternatif tedbirler uygulanmalıdır.³⁷⁰

Yaşlı kişiler

161. Yaşlıların fiziksel ve zihinsel refahları da dahil olmak üzere özel koşullarını dikkate alan alternatif tedbirler uygulanmalıdır.³⁷¹

LGBTİ

162. LGBTİ bireylerin güvenliği gözetim altındayken garanti altına alınamıyorsa, bu kişiler salıverilmeli ve bu kişiler hakkında alternatif tedbirler uygulanmalıdır.³⁷²

2.5. Alternatifler arasında her zaman mümkün olan en az kısıtlayıcı tedbir seçilmelidir

163. BM düzeyinde, CRC Komitesi, BMMYK ve BM Göçmenlerin İnsan Hakları Özel Raportörü, *diğerlerinin yanı sıra*, idari gözetime alternatif tedbirlerin ilgili kişinin özel ihtiyaçlarını, hassas durumunu ve içinde bulunduğu durumu dikkate alan bireyselleştirilmiş bir değerlendirme sonrasında asgari müdahale ilkesine uygun şekilde mümkün olan en az zorlayıcı önlemin seçilmesi ile uygulanması gerektiğini vurgulamıştır.³⁷³

164. Benzer şekilde, Özel Raportöre göre, kişi özgürlüğüne ilişkin kısıtlamalar kaçınılmaz ise, göçmenlerin insan haklarına ilişkin makullük, gereklilik ve orantılılık ilkeleriyle tutarlı olarak, bunlar, “her bir tedbir için orantılılığın ve gerekliliğin incelenmesine olanak sağlayan, en az kısıtlayıcı olandan en fazla kısıtlayıcı olana doğru giden bir tedbir ölçeğiyle” birlikte değerlendirilmelidir.³⁷⁴

boyutlarına ilişkin 32 Sayılı Genel Tavsiye, 14 Kasım 2014, CEDAW/C/GC/32 § 34; BMMYK, *İdari gözetim Kuralları*, 2012, Kural 9.3 § 58. Bkz ayrıca, BM Göçmenlerin İnsan Hakları Özel Raportörü *Raporu*, François Crépeau, A/HRC/20/24, § 72 (g).

370 BMMYK, *İdari gözetim Kuralları*, 2012, Kural 9. 3, § 58.

371 A.g.e., Kural 9.6§ 64.

372 A.g.e., Kural 9.7§ 65.

373 *Göçmenlerin insan haklarına ilişkin Özel Raportör Raporu*, Jorge Bustamante, A/65/222, 4 Ağustos 2010,§§ 92 (a) ve 95; CRC Komitesi 2012 Uluslararası Göç Bağlamında Tüm Çocukların Hakları Genel Tartışma Günü, § 79; BMMYK, *İdari gözetim Kuralları*, Kural 2012, 4.3 § 39.

374 *Göçmenlerin insan haklarına ilişkin Özel Raportör Raporu*, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2 Nisan 2012, §§ 53 ve 73.

165. AB bağlamında, ABAD büyük önemi haiz *El Dridi* kararında, 2008/115/EC sayılı Direktifin, sınır dışı prosedürünün “çeşitli, ardışık aşamalarının” gerçekleşeceği bir düzen oluşturduğunu da doğrulamıştır.³⁷⁵ Bu düzen, “ilgili kişiye en fazla özgürlük tanıyan tedbirden [...] bu özgürlüğü en çok kısıtlayan tedbire kadar giden bir derecelendirme” ile uyumludur.³⁷⁶ Bu nedenle, Üye Devletlerin her durumda bireysel bir değerlendirmeye dayanarak “mümkün olan en az zorlayıcı tedbiri” kullanmaları gerekmektedir. Sınır dışı prosedürünün her aşamasında orantılılık ilkesine uyulması esastır.³⁷⁷

BMMYK ayrıca, bir idari gözetim alternatifi olarak topluma yerleştirme tedbirinin uygunluğu belirlenirken “bireyin durumunun kişinin topluma yönelik teşkil edebileceği risk ile dengelemesi” gerektiğini belirtmiştir.³⁷⁸ Ayrıca, idari gözetim alternatiflerinin ve gereken destek hizmetlerinin değerlendirilmesinin bir parçası olarak kişi ve/veya ailesinin yerleştirileceği uygun bir topluluk belirlenmelidir. ³⁷⁹ Son olarak, idari gözetim alternatifleri bağlamında kişi özgürlüğüne getirilen kısıtlamalara tabi olan kişiler, yükümlülükleri ve hakları ve tedbirlere ilişkin kural ihlallerinin sonuçları da dahil olmak üzere bu alternatiflerin uygulanmasını düzenleyen kurallar hakkında bilgi almalıdır.³⁸⁰ Alternatif bir tedbire uyulmamasının sonucu doğrudan idari gözetim altına alınma olmamalıdır.³⁸¹

2.6. Alternatifler asla özgürlükten yoksun bırakma veya hareket özgürlüğüne yönelik keyfi kısıtlamalar anlamına gelmemelidir

166. Hem BMMYK hem de BM Göçmenlerin İnsan Hakları Özel Raportörü, idari gözetim alternatiflerin asla idari gözetim veya şartsız salıverilme tedbiri olarak algılanmaması gerektiğini vurgulamıştır.³⁸² Bu kısıtlama veya koşullara tabi

³⁷⁵ 28 Nisan 2011 tarihli Karar, C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, § 34.

³⁷⁶ A.g.e., § 41.

³⁷⁷ A.g.e., §§ 41-43.

³⁷⁸ BMMYK, *İdari gözetim Kuralları*, Kural 2012, 4 § 20.

³⁷⁹ A.g.e.

³⁸⁰ *Göçmenlerin insan haklarına ilişkin Özel Raportör Raporu*, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2 Nisan 2012, § 66.

³⁸¹ A.g.e., § 55. Benzerlik açısından bakınız, BM Resmi Olmayan Tedbirler Üzerine Standart Minimum Kurallar (“Tokyo Kuralları”), kural 14.3.

³⁸² BMMYK, *İdari gözetim Kuralları*, 2012, Kural 4.3 § 38 *Göçmenlerin insan haklarına ilişkin Özel Raportör Raporu*, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2 Nisan 2012 § 73; *Keyfi İdari gözetim Çalışma Grubu Raporu*, A/HRC/13/30, 18 Ocak 2010, § 65. Bkz. Ayrıca, O. Field ve A. Edwards, *Alternatives to Detention of Asylum - Seekers and Refugees*, UNHCR Legal and Protection Policy Research Series, POLAS/2006/03, Nisan 2006, §13.

alternatifler tedbirler bağlamında özellikle önem arz etmektedir, çünkü hareket özgürlüğüne yönelik bazı kısıtlamalar, kendi başlarına veya diğer tedbirlerle birlikte, ya hareket özgürlüğüne yönelik keyfi kısıtlama ya da özgürlükten keyfi yoksun bırakma anlamına gelebilir.

2.7. Alternatifler tedbirler kanunlar ile belirlenmeli ve yargı denetimine tabi olmalıdır

167. BMMYK, sığınmacılar için alternatiflerin hem uygulamada mevcut olması hem de özgürlük hakkı veya hareket serbestisine keyfi kısıtlamaları önlemek için yasa ve yönetmeliklere uygun şekilde uygulanması gerektiğini vurgulamıştır.³⁸³ Yasal düzenlemeler mevcut alternatiflerin türlerini, kullanımlarına ilişkin kriterleri ve bunların uygulanmasından sorumlu makamları belirtmelidir.³⁸⁴ BM Göçmenlerin İnsan Hakları Özel Raportörü de benzer şekilde, Devletlerin ulusal mevzuatta³⁸⁵ özgürlük lehine bir karine sağlamaları gerektiğini³⁸⁶ belirtip insan haklarına dayalı³⁸⁷, kapsamlı ve çeşitli alternatif tedbirlerinin mevzuatta yer alması gerektiğini vurgulamıştır.

168. Hem BMMYK hem de BM Göçmenlerin İnsan Hakları Özel Raportörü, bireysel durumlarda kişi özgürlüğü veya hareket serbestisine kısıtlama getiren alternatiflerin, gerekli ve orantılı olup olmadıklarının bağımsız bir organ veya diğer yetkili makam tarafından düzenli olarak gözden geçirilmesi gerektiğini savunmuştur.³⁸⁸ Ayrıca, kişi özgürlüğü veya hareket serbestisine kısıtlama getiren alternatiflere tabi olan bireylerin etkin başvuruya erişimi olmalı ve söz konusu bireyler mahkeme veya diğer yetkili ve bağımsız makamlar önünde tedbirlere ve hak kısıtlamalarına itiraz edebilmelidir.³⁸⁹

169. 2013/33/EU sayılı Direktif uyarınca, AB Üye Devletleri, sığınmacılar için ulusal hukukta idari gözetim alternatiflerine ilişkin düzenleme yapmakla

383 BMMYK, *İdari gözetim Kuralları*, Kural 2012, 4.3 § 36.

384 A.g.e.; ayrıca bkz. benzetme ile Tokyo Kuralları, kural 10.2.

385 *Göçmenlerin insan haklarına ilişkin Özel Raportör Raporu*, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2 Nisan 2012, § 68.

386 *Göçmenlerin insan haklarına ilişkin Özel Raportör Raporu*, François Crépeau, A//65/222, 4 Ağustos 2010, §94.

387 A.g.e *Göçmenlerin insan haklarına ilişkin Özel Raportör Raporu*, François Crépeau, A/ HRC/20/24, 2 Nisan 2012, § 73.

388 BMMYK, *İdari gözetim Kuralları*, 2012, Kural 4.3 § 37 *Göçmenlerin insan haklarına ilişkin Özel Raportör Raporu*, Jorge Bustamante, A/65/222, 4 Ağustos 2010, § 92 (b).

389 BMMYK, *İdari gözetim Kuralları*, 2012, Kural 4.3 § 37 *Göçmenlerin insan haklarına ilişkin Özel Raportör Raporu*, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2 Nisan 2012, § 55.

yükümlüdür.³⁹⁰ Sınır dışı kapsamındaki kişilerle ilgili olarak, Direktif 2008/115/ EC Madde 15 § 1 ve Giriş (para 16) birlikte okunduğunda her Üye Devletin ulusal mevzuatında idari gözetim alternatiflerine yer vermesi gerektiği söylenebilir.³⁹¹

2.8. Alternatifler insan onuruna ve diğer temel haklara saygı gösterilmesini temin etmelidir

170. Kişiler idari gözetim altına alındıklarında veya idari gözetim alternatiflerine tabi tutulduklarında, diğer insan haklarına sahip olmaya devam ederler. İdari gözetim alternatiflerinin uygulanması, insan haklarının ihlal edilme riskini azaltmada önemli bir adımdır. Bununla birlikte, BMMYK ve Göçmenlerin İnsan Hakları Özel Raportörü Raporu ve diğerlerinin yanı sıra sivil toplum örgütleri, idari gözetim alternatifleri bağlamında yeterli maddi destek ve barınma da dahil olmak üzere temel haklara etkin erişim eksikliğinin marjinalleşmeye veya yoksulluğa yol açabileceğini ve alternatif tedbirlerin etkinliğini baltalayabileceğini kabul etmiştir.³⁹²

171. Yakın zamanda Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi ("CESCR"), vatandaşlık veya yasal statüye bakılmaksızın, tüm kişilerin "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'de ("ICESCR") belirtilen her bir hakkın özünden" yararlanması gerektiğini yinelemiştir.³⁹³ Bunlar arasında gıda, su, giyim ve barınma gibi yeterli bir yaşam standardına sahip olma hakkının yanı sıra önleyici, iyileştirici ve palyatif sağlık hizmetlerine,³⁹⁴ temel ilaç ve eğitime erişim de dahil olmak üzere ulaşılabilir en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardından yararlanma hakkı da bulunmaktadır.³⁹⁵ Yukarıda belirtilenler, BM Göçmenlerin İnsan Hakları Özel Raportörü tarafından da desteklenmiştir (ancak bunlarla sınırlı değildir).³⁹⁶

390 Yönetmelik 2013/33/EU, Madde 8 § 4.

391 Avrupa Komisyonu, *Üye Devletlerin iade ile ilgili görevleri yerine getirirken kullanacağı ortak bir "Sınır dışı El Kitabı" oluşturan Komisyon Tavsiyesinin Eki*, C(2017) 6505, Brüksel, 27 Eylül 2017, s. 67.

392 BMMYK, *İdari gözetim Kuralları*, 2012, Kural 4.3 § 41; *Göçmenlerin insan haklarına ilişkin Özel Raportör Raporu*, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2 Nisan 2012, § 66; Cizvit Mülteci Hizmeti ("JRS"), Sığınmacıların İdari gözetime Alınmasına Alternatifler, Çalışma Kağıdı, Ekim 2008, s. 7.

393 Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi ("CESCR"), *Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi kapsamında mülteci ve göçmenlere karşı Devletlerin Görevleri*, E/C.12/2017/1, 13 Mart 2017, § 9.

394 A.g.e., §9 ve §12.

395 A.g.e., §§ 6 ve 9.

396 *Göçmenlerin insan haklarına ilişkin Özel Raportör Raporu*, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2 April Nisan, § 66.

172. AB bağlamında, AB Temel Haklar Şartı'nın 1. Maddesi, AB ikincil mevzuatında öngörülen insan onurunun ihlal edilemezliğini garanti etmektedir.³⁹⁷ Madde 3, kişinin fiziksel ve zihinsel bütünlüğüne saygı gösterilmesi hakkını güvence altına alır. Madde 4 ise işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayı yasaklar.

173. M.S.S.- Belçika ve Yunanistan davasında olduğu gibi, Üye Devletlerin AB hukukunu uygularken kabul koşullarının insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele eşiğine ulaşmadığına emin olması gerektiğine dair yükümlülüğü, ABAD tarafından NS Kararında da vurgulanmıştır. ABAD, Dublin kapsamındaki bir uluslararası koruma başvuru sahibinin şu durumlarda başka bir Üye Devlete gönderilemeyeceğini belirtmiştir.³⁹⁸

“Sığınma prosedüründeki ve bu Üye Devletteki sığınmacıların kabul koşullarındaki sistemik eksikliklerin, sığınmacının Şartın 4. Maddesi kapsamında insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleyle maruz kalma riskiyle karşı karşıya kalacağına inanmak için önemli gerekçeler olan ve bu gerekçelerin göz ardı edilmeyeceği durumlarda.”

174. Sığınmacılar ile ilgili olarak, AB mevzuatı, uluslararası koruma başvuru sahiplerine kabul koşullarına ilişkin hak ve yükümlülükleri, kabul koşulları ile ilgili uymaları gereken kurallar ve sağlık hizmetleri de dahil olmak üzere mevcut kabul koşulları ilgili olarak kendilerine bilgi veya hukuki yardım sunabilecek herhangi bir kuruluş veya kişi grubu ile ilgili Üye Devletler tarafından bilgi verilmesini öngörmektedir.³⁹⁹ Ayrıca, AB mevzuatı Üye Devletleri sığınmacılara ve uluslararası korumaya ihtiyaç duyan diğer kişilere “maddi kabul koşulları” sağlamaya ve geçimlerini garanti eden ve fiziksel ve zihinsel sağlıklarını koruyan “yeterli bir yaşam standardı [...] sağlamaya zorlamaktadır.”⁴⁰⁰

175. *Saciri kararında*, ABAD, öncelikle, AB Temel Haklar Şartı'nın 1. Maddesi ışığında, Dublin kapsamında olan sığınmacılar da dahil olmak üzere tüm sığınmacılara başvuru yaptıkları andan başlayarak ivedilikle maddi kabul

397 Yönetmelik 2013/33/EU, Beyan (35); Yönetmelik 2013/32/EU, Beyan (60); Yönetmelik 2011/95/EU, Beyan (16); Yönetmelik 2008/115/EC, Beyan (24).

398 21 Aralık 2011 tarihli Karar, Adalet Divanı C -411/110 ve C -493/10 Birleşik Davaları *N.S. Ve Diğerleri*, EU:C:2011:865, § 94.

399 Yönetmelik 2013/33/EU, Madde 5 § 1. Bkz. verilen bilgilerin yetersizliğine ilişkin olarak ve bu bilgilerin yetersizliği ışığında, durumunu iyileştirmek başvuru sahibinin görevi değildir: *M.S.S. - Belçika ve Yunanistan* [GC], § 257.

400 Yönetmelik 2013/33/EU, Madde 17 § 2.

koşullarının sağlanmasının gerektiğini belirtmiştir.⁴⁰¹ Divan ikinci olarak, sığınmacıya maddi kabul koşullarının maddi yardım biçiminde sağlandığı durumlarda, bu yardımın insan onuruna yaraşır ve sağlık için elverişli bir yaşam standardı sağlama ve barınma ihtiyacını giderebilmek için konut kiralama ve aile birliğini korumak için yeterli olmasını aramıştır.⁴⁰² Divan üçüncü olarak, kabul koşullarının sosyal hizmetler kurumları aracılığıyla sağlandığı durumlarda, bunun 2013/33/EU sayılı Direktifte belirtilen standartları sağlanmasının gerektiğini ve kabul merkezlerinin aşırı kalabalık olmasının bu yükümlülüğün yerine getirilmemesine gerekçe olarak gösterilemeyeceğini belirtmiştir.⁴⁰³ Yeterli kabul koşullarına erişim hakkı Dublin kapsamındaki kişiler için de geçerlidir.⁴⁰⁴

176. Sığınmacılar için,⁴⁰⁵ maddi kabul koşullarında özel usuller öngörülmüş olup, buna başvurularının incelenmesi sırasında konakladıkları konutlar ve yeterli bir yaşam standardını garanti altına alan konaklama merkezleri dâhildir.⁴⁰⁶ Diğer yükümlülüklerin yanı sıra, Üye Devletler, saldırı ve toplumsal cinsiyete dayalı şiddeti (cinsel saldırı ve taciz dahil) önlemek için uygun tedbirleri almakla ve cinsiyete ve yaşa özgü endişeleri ve hassas kişilerin durumunu dikkate almakla yükümlüdür. Çocukların okula ve eğitime erişimi,⁴⁰⁷ ve başvuru sahiplerinin mesleki eğitime erişimine ilişkin gerekli düzenleme yapılmalıdır.⁴⁰⁸

177. 2008/115/EC sayılı Direktif uyarınca, sınır dışı işlemleri sırasında kişiler acil sağlık ve temel sağlık hizmetine erişim hakkına sahiptir.⁴⁰⁹ Üye Devletler, eş zamanlı olarak, AB Temel Haklar Şartı'nın 1. Maddesi kapsamındaki yükümlülüklerine uygun olarak kişilerin onuruna saygı gösterecektir.⁴¹⁰

401 27 Şubat 2014 tarihli Karar, *Saciri ve Diğerleri*, C-79/13, EU:C:2014:103, § 35. Yönetmelik 2013/33/EU uygulamasına ilişkin olarak Dublin durumundakiler için daha fazla bilgi edinil: 27 Eylül 2012 tarihli Karar, *Cimade ve GISTI*, C -179/11, EU:C:2012:594.

402 *Saciri ve Diğerleri*, § 46.

403 A.g.e., §§ 49-51.

404 *Cimade ve GISTI*.

405 Yönetmelik 2013/33/EU, Madde 18.

406 A.g.e., Madde 18§ 1. Madde 18 §3 ve § 4 bağlamında bkz..

407 A.g.e., Madde 14.

408 A.g.e., Madde 16.

409 Yönetmelik 2008/115/EC, Madde 14 § 1 (b)

410 A.g.e., Beyan (24).

III. UYGULAMA BOYUTU: GÖÇ BAĞLAMINDA ETKİN İDARİ GÖZETİME ALTERNATİF TEDBİRLER

1. Etkin Alternatiflerin Temel Unsurları

179. Göç bağlamında idari gözetim alternatiflerine duyulan ihtiyaç Avrupa Konseyi, AB ve BM uzmanları ve anlaşma organları tarafından sürekli olarak vurgulanmasına rağmen, bu alternatiflerin *etkin* bir şekilde nasıl geliştirileceği ve uygulanacağı konusunda sınırlı bilgi bulunmaktadır.

180. Bununla birlikte, idari gözetime etkin alternatiflerinin maliyet, uyum ve bireysel haklara ve esenliğe saygı bakımından temel unsurlarını küresel boyutta ele alan en az dört önemli çalışma yapılmıştır.⁴¹¹ Karşılaştırmalı olarak küresel boyutu inceleyen bu çalışmalara ek olarak, çoğunlukla Avrupa Üye Devletlerinde kullanılmakta olan çeşitli alternatif uygulamaları belgelemeye

411 a) 2002 yılında BMMYK, sığınmacılar ve mülteciler için idari gözetime alma alternatiflerinin kullanımına yönelik küresel bir araştırma başlatmıştır. Bkz. O. Field ve A. Edwards, *Alternatives to Detention of Asylum - Seekers and Refugees*, 2006.

Daha sonra, IDC ve BMMYK, her ikisi de 2011 yılında yayınlanan göçmenlerin idari gözetime alınmasına yönelik alternatifler üzerine ek küresel karşılaştırmalı araştırmalar gerçekleştirmiştir. Bkz., IDC, *There are Alternatives: A handbook for preventing unnecessary immigration detention*, 13 May 2011; ve A. Edwards, *Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and Alternatives to Detention of Refugees*, *Asylum - Seekers, Stateless Persons and Other Migrants*, UNHCR Legal and Protection Policy Research Series, PPLA/2011/01.Rev.1, Nisan 2011. Bu araştırmalar ilk Küresel İdari gözetim Alternatifleri Yuvarlak Masasına katkıda bulunmuştur.

2013 yılında, Kanada ve İsviçre'deki programları inceleyen karşılaştırmalı bir çalışma da BMMYK tarafından yaptırılmıştır. Bkz C. Costello ve E. Kaytaz, *Building Empirical Research into Alternatives to Detention*, 2013

2011 'den 2015' e kadar IDC, göçmenlerin idari gözetime alınmasına yönelik çeşitli alternatiflerin modellerini daha iyi tanımlamak ve tanımlamak için ek bir küresel araştırma programı gerçekleştirmiştir. Bkz., IDC, *There are Alternatives*, 2015

çalışan bir dizi bölgesel Avrupa çalışması da yapılmıştır.⁴¹² Genel olarak, idari gözetim alternatiflerinin etkinliğini değerlendirmede aşağıdaki üç kriterin kullanılması gerektiğine dair bir görüş birliği mevcuttur.⁴¹³

- i. Aşağıdakiler de dahil olmak üzere göç prosedürlerine uyumun sağlanması:
 - ▶ Hızlı ve adil vaka çözümü
 - ▶ Gönüllü ve zorunlu geri göndermenin kolaylaştırmak
 - ▶ Kaçma kaybolmanın azaltmak
 - ▶ Göç süreçleri sırasında suç işleme risklerinin en aza indirmek;
- ii. İnsan haklarına saygı duymak ve temel ihtiyaçların karşılamak;
- iii. Etkin maliyet kontrolü sağlamak.

181. Bu kriterler birbirinden bağımsız olarak değil, birbirlerini tamamlayan/destekleyen etkenler olarak düşünülmelidir. Devletlerin göç prosedürlerine uyumu sağlamaya ilişkin için meşru amacı etkin alternatiflerin temel bir parçasıdır. Bu önemli unsur olmadan, alternatifler etkili kabul edilemez.

412 Bkz. Örneğin, A. Bloomfield, E. Tsourdi ve J. Pétin, *Alternatives to Immigration ve AB'de Sığınma İdari gözetim* Alma, Odesa Ağı, Ocak 2015; Avrupa Temel Haklar Ajansı ("FRA"), "Karşılıklı prosedürlerinde sığınmacılar ve insanlar için idari gözetim alma alternatifleri," Ekim 2015; Avrupa Göç Ağı ("EMN"), *Sentez Raporu – Göç Politikaları Bağlamında İdari ve İdari Gözetim Alternatiflerinin Kullanımı*, Kasım 2014; JRS, *Yoksunluktan Özgürlüğe: Belçika, Almanya ve Birleşik Krallık'ta idari gözetim alma alternatifleri*, Aralık 2011; FRA, *Dönüş prosedürlerinde üçüncü ülke vatandaşlarının idari gözetim alınması*, 30 Kasım 2010; Avrupa Mülteciler ve Sürgünler Konseyi ("ECRE"), *İdari gözetim Alma Alternatifleri Araştırma Belgesi; Sığınmacıların ve Reddedilen Sığınmacıların İdari İdari gözetim Alınmasına Uygulamaya yönelik Alternatifler*, Eylül 1997.

413 Bu formülasyon, etkililiği "(i) uluslararası koruma başvurularının yanı sıra geri dönüş tabi kişilerin göçmenlik statüsü hakkında hızlı ve adil kararlara varmak (ii) maliyet etkinliğinin en üst düzeye çıkarılması; (iii) temel haklara saygı gösterilmesinin sağlanması; ve (iv) kaçma riskinin azaltılması" olarak tanımlayan EMN çalışmasına uyarlanmıştır; EMN, *Sentez Raporu*, Kasım 2014, s. 36; IDC, etkinliği "idari gözetim kullanımının azaltılması... maliyetler, uyum oranları, etkili ve zamanında vaka çözümü... sağlık, refah ve insan haklarının sürdürülmesi...", sağlığın, refahın ve insan haklarının sürdürülmesi olarak tanımlamıştır IDC, *Alternatifler mevcuttur*, 2015, s. 9. BMMYK tarafından yaptırılan 2006 küresel araştırması, münhasıran "sığınma prosedürlerine uyumun önlenmesi ve/veya iyileştirilmesi" konusundaki Devlet öncelikleri açısından etkililiği atıfta bulunmaktadır. O. Field ve A. Edwards, *Alternatives to Detention of Asylum - Seekers and Refugees*, 2006, s. 45. BMMYK tarafından yaptırılan 2011 tarihli çalışma, insan hakları endişelerini vurgularken, hükümetlerin öncelikleri olarak kaçma ve geri dönme oranlarını ve insan hakları grupları için idari gözetimden çıkış oranlarını belirleyen kavrama ilişkin farklı perspektifleri vurgulamaktadır. A. Edwards, *Back to Basics*, 2011, dipnot 323, s. 52.

Benzer şekilde, Devletlerin meşru hedeflerine uygun maliyetli bir şekilde ulaşabilecekleri gösterildiğinde, alternatifleri uygulama olasılıkları da yükselmektedir. Bu bölümde, araştırma ile kanıtlandığı üzere, idari gözetim alternatifleri aracılığıyla göç prosedürlerine uyum hedefinin karşılanabileceği bazı temel süreçler, yaklaşımlar ve prosedürler incelenecektir.

182. Göç bağlamında etkin alternatiflerin temel unsurlarına ilişkin araştırmanın sonuçları mevcut çalışmalara dikkate değer ölçüde benzeşmektedir ve ülkeye giriş, göç veya sığınma taleplerinin değerlendirilmesi veya güvenli ve insan haysiyetine uygun geri dönüşü kolaylaştırmak için alternatifler bağlamında tutarlı görünmektedir. Bu kayda değer benzerlik nedeniyle, temel unsurların her biri aşağıda daha ayrıntılı, ancak kısaca, etkin alternatif programlar olarak ele alınacaktır.⁴¹⁴

- ▶ Bireysel durumları anlar ve yönetim ve yerleştirme seçenekleri hakkında bilinçli karar vermek için tarama ve değerlendirme prosedürlerini kullanır;
- ▶ Bireylerin iyi bilgilendirilmesini sağlar ve haklarına, görevlerine ve kurallara uymamanın sonuçları hakkında ve açık, öz ve erişilebilir bilgi temin eder;
- ▶ Başlangıçtan itibaren ve ilgili sığınma veya göç prosedürleri boyunca devam eden hukuki danışmanlık ve yardıma anlamlı erişim sağlar;
- ▶ Kontrol veya ceza odaklı politikalar yerine adalet ve iş birliği ruhu aracılığıyla güven ve saygı inşa eder;
- ▶ Bireyselleştirilmiş vaka yönetimi hizmetleri aracılığıyla bireyleri destekler;
- ▶ Temel ihtiyaçların karşılanmasını sağlayarak bireylerin itibarının ve temel haklarının korunmasını sağlar.

1.1. Tarama ve değerlendirme

183. Tarama ve değerlendirme prosedürleri göçmenlerin etkin idari gözetim alternatiflerin “temel” unsurlarından biri olarak kabul edilmektedir⁴¹⁵ çünkü

⁴¹⁴ Atıfta bulunulan bölgesel ve küresel karşılaştırmalı çalışmaların birçoğu kendi başarılı alternatiflerin “temel unsurları” listeleriyle ortaya çıkarken, burada sağlanan liste, bu çalışmaların her birinden elde edilen temel unsurları birleştirmeyi ve sentezlemeyi amaçlamaktadır.

⁴¹⁵ BMMYK, İkinci Küresel Alım ve İdari gözetim Alternatifleri Yuvarlak Masası, Toronto, Kanada, 20 -22 Nisan 2015, Müzakerelerin Özeti, § 5; Yüksek Komiserlik Programının Yürütme Komitesi, İdari gözetim Alternatifleri, 3 Haziran 2015, § 3.

bu prosedürler uygulayıcıların hakkında tedbire hükmedilen kişilerin bireysel durumlarını anlayıp bu yönde karar vermelerine yardımcı olmaktadır. Böylece, yetkililerin en uygun vaka yönetimi ve yerleştirme seçenekleri hakkında bilinçli kararlar almalarına yardımcı olur.

184. Tarama ve değerlendirme farklı ancak birbirini tamamlayan iki prosedürden oluşur. Tarama, bireyin kimliği, uyruğu, sığınma veya göçe ilişkin durumu, sağlık durumu veya hassas durumda olduğuna dair herhangi bir belirti olup olmadığı gibi temel bilgilerin elde edilmesi sürecidir.⁴¹⁶ Değerlendirme, tarama sırasında tespit edilen riskler, ihtiyaçlar veya hassasiyet göstergeleri de kapsayacak şekilde kişinin durumuna ilişkin daha detaylı bir değerlendirmeyi içerir. Değerlendirme ihtiyaçlara cevap vermek için uygun çözümleri değerlendirmek için de önem arz eder.⁴¹⁷

185. Taramanın çok erken bir aşamada ve özellikle idari gözetim kararı verilmeden önce, sınırda veya ülke içinde kişinin kimliği tespit edildikten sonra gerçekleşmesi önem arz etmektedir.⁴¹⁸ Değerlendirme tarama ile aynı anda veya daha sonraki bir aşamada gerçekleşebilir ve idari gözetim sırasında veya sığınma veya göç süreci boyunca düzenli aralıklarla devam etmelidir.⁴¹⁹ Ayrıca, olası uluslararası koruma ihtiyaçlarının ve idari gözetim tesisleri içinden de dahil olmak üzere sığınma prosedürlerine sevk mekanizmalarının etkili bir şekilde belirlenmesi sağlanmalıdır. Tarama ve değerlendirme prosedürleri, keyfi idari gözetim uygulamalarını veya hareket özgürlüğüne yönelik keyfi kısıtlamalar riskini azaltmak için mümkün olduğunca şeffaf ve bütüncül olmalı ve uygun şekilde izlenmelidir.⁴²⁰

186. Başarılı tarama ve değerlendirme sistemleri, göçmenlere farklı ihtiyaç ve motivasyonlara sahip, bireyselleştirilmiş uygulamalara ihtiyacı olan çok çeşitli bir nüfus gözüyle yaklaşmaktadır. Bu durum, bireysel profillere ve belirli koşullara bağlı olarak farklı bir dizi yerleştirme ve destek seçeneklerinin oluşturulmasını gerektirir.⁴²¹

416 IDC, *There are Alternatives*, 2015, s. 36.

417 A.g.e.

418 BMMYK, İkinci Küresel Alım ve İdari gözetim Alternatifleri Yuvarlak Masası, Toronto, Kanada, 20 -22 Nisan 2015, Müzakerelerin Özeti, § 6.

419 A.g.e., § 10.

420 A.g.e., § 11.

421 A. Bloomfield, E. Tsourdi ve J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU AB'de Göçmenlerin ve Sığınmacıların İdari gözetime Alınmasına Yönelik Alternatifler*, 2015, s. 120.

1.2. Bilgiye erişim

187. Göç bağlamında etkili idari gözetim alternatiflerinin sağlanmasına yönelik temel unsurlardan biri, tedbire uymamanın sonuçları da dâhil olmak üzere, bireyin hak ve yükümlülüklerine ilişkin net, özlü ve erişilebilir bilgilerin sağlanmasıdır. Bunu yapmak sadece sisteme⁴²² olan güveni artırmakla kalmaz, aynı zamanda hem ilgili kişinin hem de yetkili makamın göç ve sığınma süreçleri ile ilgili anlayışını arttırarak, alınan kararların kalitesini yükseltmekte, itiraz aşamasında daha az kararın iptal edilmesine neden olmaktadır.⁴²³

188. Doğru bilgi sağlama, kaçma kaybolma oranını azaltır ve geri dönüş sürecinde otoritelerle daha fazla işbirliği yapmalarını kolaylaştırır.⁴²⁴ Bireyler, yasal konumlarını, içinde bulundukları yargı ve bürokratik prosedürleri ve olası seçeneklerini anladıkları takdirde doğal olarak göç makamlarının talimatlarına uymak için daha iyi bir konumda olurlar.⁴²⁵ Göç yetkilileri, bunun, yetkililerin önüne çıkma oranlarının artmasına katkıda bulunduğunu ve göçmen kaçakçıları veya diğer kötü niyetli kişilerin göç sırasında vermiş olabileceği yanlış bilgilerle mücadeleye yardımcı olduğunu belirtmişlerdir.⁴²⁶

189. Bireylerin gerçekten iyi bilgilendirilmesi için, bilgiler *birden fazla formatta ve kolayca erişilebilir bir şekilde* sağlanmalıdır. Bu, bilginin bireyin anladığı bir dilde hem yazılı hem de sözlü olarak sağlanmasını ve yetkililerin bilginin anlaşıldığından emin olmasını içerir.⁴²⁷ Gerektiğinde *çevirmen veya tercümanlara* ücretsiz erişim sağlanmalıdır. Tercüme edilmiş yazılı materyaller ve nitelikli tercümanların sağlanması sadece sığınma veya göç prosedürlerine tabi olan kişiler ile iletişimi iyileştirmek için değil, aynı zamanda vaka üzerinde çalışan avukatlar, sosyal görevliler ve göç memurları arasındaki iletişimi iyileştirmek için önem arz etmektedir.⁴²⁸

190. Göç ve sığınma sürecinin başından itibaren kişilere hakları, yükümlülükleri ve tedbirlere uymamanın sonuçları hakkında bilgi verilmeli, sürece erken *katılımları* sağlanmalı ve bu gerekli görüldüğünde göç veya sığınma

422 A.g.e., s. 111.

423 A.g.e., s. 99.

424 A.g.e.

425 IDC, *There are Alternatives*, 2015, s. 31.

426 Bkz. O. Field ve A. Edwards, *Alternatives to Detention of Asylum - Seekers and Refugees*, 2006, s. 232

427 A.g.e.

428 IDC, *There are Alternatives*, 2015, s. 32.

süreci boyunca devam etmelidir. Örneğin, bireyler, prosedürün başlangıç aşamalarında sığınma veya göç sürecini ve aynı zamanda belirli bir alternatifin seçilme nedenlerini, tedbire uymama durumunda herhangi bir kısıtlamanın veya sonucun neden gerekli görüldüğünün nedenlerini veya koşullar sürece boyunca değiştiğinde diğer ilgili bilgileri net bir şekilde anlamalıdır. Bu tür bilgilerin, idari gözetim alternatiflerinin⁴²⁹ etkinliğinin artırılmasında ve sığınma veya göç taleplerinin başarısız olması durumunda bireyleri gönüllü geri dönüşe daha iyi hazırlamada önemli bir faktör olduğu belirtilmiştir, bu da gönüllü geri dönüş oranlarının artmasına yol açmaktadır.⁴³⁰

1.3. Hukuki yardımın sağlanması

191. Göç bağlamında etkin idari gözetim alternatiflerinin ikinci temel unsuru, sığınma veya göç süreci boyunca hukuki yardım ve desteğin sağlanmasıdır. Hukuki yardıma erişim, göç bağlamında idari gözetim alternatiflerinin etkili işleyişine yönelik kritik bir bileşendir ve geri dönüş de dahil olmak üzere sığınma ve göç prosedürlerine uyumun sağlanmasına yardımcı olur. Hukuki danışmanlığın sağlanması, bazı uygulayıcılar⁴³¹ ve bazı ülkelerdeki idari gözetim alternatiflerinin düzgün işleyişi için “son derece önemli” olarak adlandırılmıştır. Ücretsiz hukuki destek (adli yardım) sağlanmasının “kişi hakkında hükmedilen tedbirlerle uyma ve otoritelerin önüne çıkma oranlarını önemli ölçüde artırdığı” bulunmuştur.⁴³² Hukuki destek bireylerin *kendileri için mevcut tüm hukuki yolları değerlendirerek* bu yolları kullanmalarına yardımcı olmaktadır ve bu suretle, bireyler neden ülkede yasal olarak kalmalarının mümkün olmadığını daha iyi anlamakta bu da gönüllü geri dönüş oranlarını arttırmaktadır.⁴³³

192. İdeal olarak, hukuki destek *ücretsiz olmalı ve otomatik* olarak sağlanmalı ancak idari göç işlemlerinde adli yardım bir hak olarak mevcut olmadığında, bazı idari gözetim alternatifleri programlarında sığınma veya göç prosedürleri kapsamındaki kişilere hukuki destek sivil toplum kuruluşları, adli yardım kliniklerine, hukuk firmalarına veya yerel toplulukları aracılığı ile sağlanmaktadır.⁴³⁴

429 A. Bloomfield, E. Tsourdi ve J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, s. 109.

430 A. Edwards, *Back to Basics*, dipnot 323, s. 83.

431 Bkz. O. Field ve A. Edwards, *Alternatives to Detention of Asylum - Seekers and Refugees*, 2006, s. 232.

432 *A.g.e.*, § 156.

433 A. Edwards, *Back to Basics*, 2011, s. 83.

434 IDC, *There are Alternatives*, 2015, s. 32.

1.4. Sığınma ve göç işlemlerinde güven inşası

193. Göç bağlamında etkin idari gözetim alternatiflerinin temel unsurlarının kalbinde- ve diğer temel unsurların her biri arasında kesişen bir tema- *adalet ve karşılıklı işbirliği ruhu aracılığıyla* sığınma veya göç sürecinde *güven ve saygı inşa* etme ihtiyacıdır. Sığınma ve göç süreçlerini adil olarak algılayan bireylerin yetkililerle iş birliği yapma olasılığının çok daha yüksek olduğu bulunmuştur.⁴³⁵ Nitekim, bu durum, “bireylerin diğer alanlarda ne zaman ve neden yasalara uyduklarını anlamaya çalışan geniş sosyal bilimsel literatürü” ile tutarlıdır ve “göç prosedürlerine uymanın, güç kullanmak suretiyle değil, ikna ve işbirliğini teşvik etmeye yönelik tedbirler yoluyla gerçekleştirme olasılığının daha yüksek olduğunu” göstermektedir.⁴³⁶

194. Geri dönüş bağlamında bile göç bağlamında idari gözetim alternatifleri ile ilgili küresel karşılaştırmalı araştırmalar, bireylerin “adil bir süreçten geçtiklerine inandıkları, bu süreçte bilgilendirildiklerini ve desteklendiklerini ve yasal olarak ülkede kalmak için tüm seçenekleri araştırdıklarını düşündükleri takdirde vize başvuruları, sığınma başvuruları veya diğer göç süreçlerine ilişkin olumsuz bir kararı kabul etme ve bunlara uyma olasılıklarının daha yüksek olduğunu” ortaya koymuştur.⁴³⁷

195. Sığınma veya göç sürecine güven ve saygı oluşturma önemli bir unsur da *usul adaletini* sağlamaktır, bu da “sadece hükümetin önceden belirlenmiş kurallara ve prosedürlere uyması değil, aynı zamanda bireyler tarafından adil olarak algılanan bir şekilde hareket etmesi” anlamına gelmektedir.”⁴³⁸ Bu nedenle usul adaleti, sığınma ve göç sürecinin ilgili kişilerin gözünde *algılanan meşruiyetine* dayanmaktadır.⁴³⁹ Bireylerin adalet ve meşruiyet algılarını etkileyen ilgili göstergeler arasında prosedürlerde dikkate alınıp alınmadıklarını hissetmeleri, kendilerine gösterilen muamelenin tutarsızlığını, karar almadaki gecikmeler ve hukuki desteğin mevcudiyeti veya erişilebilirliği yer almaktadır.⁴⁴⁰ Bireyler iddialarının dikkate alınmadığına veya sürecin adaletsiz olduğuna inandıklarında, olumsuz bir karara itiraz etme, kaçma kaybolma ve ülkede kalmak için başka yollar arama olasılıkları daha yüksektir.⁴⁴¹

435 C. Costello ve E. Kaytaz, *Building Empirical Research into Alternatives to Detention*, 2013, s. 15.

436 A.g.e., s. 8.

437 IDC, *There are Alternatives*, 2015, s. 44.

438 C. Costello ve E. Kaytaz, *Building Empirical Research into Alternatives to Detention*, 2013, s. 8.

439 A.g.e.

440 A.g.e., s 22-24.

441 IDC, *There are Alternatives*, 2015, s. 44.

196. Yetkililer, göçmenlerin idari gözetim altına alınmasına yönelik etkili alternatiflerin diğer önemli unsurlarının çoğuna saygı duyulmasını ve uygulamada gözetilmesini sağlayarak, açık ve erişilebilir bilgilerin erken sağlanması, hukuki tavsiye ve desteğe ücretsiz erişim ve vaka yönetimi desteğinin sağlanması ile usul adaleti ve meşruiyet duygusunu teşvik edebilir.⁴⁴²

197. Bu arada, idari gözetimin yaygın veya keyfi kullanımının göç prosedürlerine olan güveni ve bireylerin tedbirlere uyma eğilimini azalttığı gözlemlenmiştir.⁴⁴³ Ayrıca, destek ve bireyle aktif katılım yoluyla *uyumu teşvik* etmek yerine ağırlıklı olarak tedbirlere uymamanın sonucu bakımından kontrol veya cezaya odaklanan idari gözetim alternatiflerinin de göç prosedürlerine olan güveni ve bireylerin tedbirlere uyma eğilimini azalttığı belirtilmiştir.⁴⁴⁴

1.5. Vaka yönetimi hizmetlerinin sağlanması

198. Bireyselleştirilmiş vaka yönetimi desteğinin sağlanması geniş ölçüde göç bağlamında etkin idari gözetim alternatifleri arasında temel bir unsur olarak yer almaktadır.⁴⁴⁵

Vaka yöneticilerinin veya koçlarının rolü, olabildiğince erken safhalarda sığınma ve göç prosedürleri ile, bilgiye ve hukuki desteğe erişimi sağlamak dâhil olmak üzere, yapıcı ilişki kurmak ve güven tesis etmektir. Bu uygulamanın bireylerin göç süreçlerine katılma veya katılmama kararlarını doğrudan etkileyen anahtar bir etken olduğu kanıtlanmıştır.⁴⁴⁶

199. Geri dönüş bağlamında kişiye özel bireysel destek de, geri dönenlerin güvenli ve insan onuruna yakışır bir şekilde ayrılmalarını sağlamak için önemli bir strateji olarak vurgulanmıştır. Bu, hem sığınma hem de göç sürecindeki tüm bireylere uygulanmalı, ülkede yasal kalış imkanları ve gönüllü geri dönüş

⁴⁴² A.g.e., s. 45.

⁴⁴³ C. Costello and E. Kayta, *Building Empirical Research into Alternatives to Detention*, 2013, s. 22.

⁴⁴⁴ J. Phelps, "İngiltere'de idari gözetim alması alternatifleri: uygulamadan angajmana," *Zorlu Göçmenlik İncelemesi*, 44, Eylül 2013.

⁴⁴⁵ BMMYK, *İdari gözetim Kuralları*, 2012 § 41; IDC, *There are Alternatives*, 2015, s. 47; O. Field ve A. Edwards, *Alternatives to Detention of Asylum - Seekers and Refugees*, 2006 s 59; A. Edwards, *Back to Basics*, 2011, p v.; A. Bloomfield, A. Bloomfield, E. Tsourdi ve J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, s. 99.

⁴⁴⁶ C. Costello ve E. Kayta, *Building Empirical Research into Alternatives to Detention*, 2013, s. 7. ve 28, A. Edwards, *Back to Basics*, 2011, s. 86.

hakkında tavsiyeleri kapsamalıdır.⁴⁴⁷ Özellikle, vaka yönetimi hizmetlerinin erken bir aşamada sistematik olarak sağlanması ve yalnızca hakkında sınır dışı kararı alınan kişiler için uygulanmaması oldukça önemli bir unsurdur.⁴⁴⁸ Vaka yönetiminin yalnızca sınır dışı sürecinin sonunda, yalnızca geri dönüş odaklanarak uygulanması durumunda göç prosedürlerine uyma oranının oldukça düştüğü gözlemlenmiştir.⁴⁴⁹

200. Vaka yöneticisi, bireyin hassas durumunu, güçlü yönlerini ve risklerini ve idari gözetim alternatifleri de dahil olmak üzere ne tür bir desteğe ihtiyaç duyabileceğini belirlemeye yardımcı olmak için göç otoriteleri, sağlık profesyonelleri, hukukçular ve aile üyeleri de dahil olmak üzere tüm kilit paydaşlarla ve bireyle irtibat halinde olmalıdır.⁴⁵⁰

1.6. İnsan onurunun ve temel hakların korunması

201. Son olarak, göç bağlamında etkin idari gözetim alternatiflerinin önemli bir unsuru, yeterli bir yaşam standardı ve sağlık, eğitim ve aile gibi diğer temel haklara erişimi de içerecek şekilde bireylerin onuruna saygı gösterilmesidir. Temel geçim sadece temel bir hak olarak değil, aynı zamanda bireyin geri dönüş hazırlıkları da dahil olmak üzere göç prosedürlerine uyma oranını arttıran uygulamaya yönelik bir tedbir olarak da önem taşır.⁴⁵¹ Temel yaşam, eğitim ve sağlık ihtiyaçlarını karşılayabilen ve istikrarlı şekilde barınacak bir yeri olan kişiler yetkililerle daha iyi iletişim kurar ve sınır dışı sürecinde daha iyi işbirliği yapar.

202. Buna karşın, bu temel haklara erişimin kısıtlanması, bağımsız sınır dışı oranlarını arttırmamakta veya caydırıcı olarak işe yaramamaktadır ⁴⁵² ve bu temel haklar kişilere sağlanmadığında kişilerdeki meşruiyet ve güven algısı zayıflayacak ve bu da kaçma kaybolma oranlarında artışa neden olabilecektir.⁴⁵³

447 İade El Kitabı, s. 68.

448 A.g.e.

449 Örneğin Birleşik Krallık'taki Glasgow 'Aile İadesi Projesi'nde olduğu gibi. Bkz A. Edwards, *Back to Basics*, 2011, s. 76.

450 IDC, *There are Alternatives*, 2015, s. 50.

451 2011 A. Edwards, *Back to Basics*, 2011, s. 84.

452 IDC, *There are Alternatives*, 2015, s. 28. Bkz ayrıca A. Edwards, *Back to Basics*, 2011, s. 54.

453 A. Bloomfield, E. Tsourdi ve J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, s. 73.

2. Göç bağlamında idari gözetim alternatiflerinin türleri

203. Göç bağlamında idari gözetim alternatiflerinin tanımındaki farklılıklar ve çeşitli ulusal bağlamlar ve uygulamalar göz önüne alındığında, göç bağlamında kesin veya sınırlayıcı bir alternatif listesi bulunmamaktadır. Araştırma sırasında yürürlükte olan çok çeşitli uygulamalar tespit edilmiştir⁴⁵⁴ ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi⁴⁵⁵ ve Parlamenterler Meclisi,⁴⁵⁶ AB,⁴⁵⁷ ve özellikle BMMYK⁴⁵⁸ ve BM Göçmenlerin İnsan Hakları Özel Raportörü dahil olmak üzere bir dizi organ tarafından sınırlayıcı olmayan listeler oluşturulmuştur.⁴⁵⁹

204. Alternatiflerin “değişken bir ölçek” yaklaşımı ile ele alınmasına hem kısıtlayıcı hem de kısıtlayıcı olmayan, etkin alternatiflerin temel unsurlarını mevcut mukayeseli araştırmalara dâhil eden, daha geniş yelpazede seçeneklerin irdelenmesine yönelik bir ihtiyaç mevcuttur. Ayrıca, uyumun teşkil edilebilmesi için ilgili ulusal/bölgesel bağlamın yanı sıra, söz konusu kişinin bireysel olarak güçlü yönleri, ihtiyaçları ve savunmasızlıkları için özel olarak tasarlanmış olan çeşitli yaklaşımların faydalarının ve dezavantajlarının daha iyi anlaşılmasına ihtiyaç vardır.

205. Yararlı bir genel bakış sağlamak amacıyla, aşağıdaki bölüm, farklı uygulamalarda söz konusu olabilen alternatif tedbirlerin bazı temel yönlerini vurgulamaktadır. Tedbirler yaklaşık olarak en az kısıtlayıcı tedbirden en kısıtlayıcı tedbire doğru olarak sıralanmıştır. Göç bağlamından idari gözetim alternatiflerine ilişkin birtipolojisi oluşturma girişiminde bulunulmamış olup, her bir vaka ile ilişkili ihtiyaç ve risklere bağlı olarak çoklu veya örtüşen modellerden yararlanmanın genellikle uygun ve önemli olduğu düşünülmektedir.⁴⁶⁰ Ek

454 Bkz dipnotlar, 418 ve 419.

455 Bakanlar Komitesi, *Zorla Dönüşe İlişkin Yirmi Kural*, Kural 6Ş 1.

456 Parlamenterler Meclisi, *Karar 1707 (2010)*, ŞŞ 9.3.4.1 - 9.3.4.6.

457 Yönetmelik 2013/33/EU, Madde 8 Ş 4.

458 BMMYK, *İdari gözetim Kuralları*, 2012, Ş 40.

459 *Göçmenlerin insan haklarına ilişkin Özel Raportör Raporu*, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2 Nisan, Ş 56.

460 "İdari gözetime alınmama" veya "koşulsuz salınma" olarak da bilinen kişinin kendi kefaleti üzerine serbat bırakılması, idari gözetime alınmaya yönelik alternatiflerin değerlendirilmesi için "nihai" alternatif ve başlangıç noktası olarak alandaki bazı aktörler tarafından karakterize edildiğini bilmekte fayda vardır. Edwards, *Back to Basics*, 2011, s. 53. Kişinin kendi rızasıyla serbest bırakılması, uyumsuzluğun sonuçları da dahil olmak üzere, bireyin ilgili sığınma veya göç prosedüründen haberdar edilmesini ve daha sonra ilgili sığınma veya göç sürecine aktif katılımını sağlamasını gerektirir. Bu, göçmenlik duruşmalarında veya mülakatlarda yer almak ve normal vize veya ikamet şartlarına uymak gibi taahhütleri içerebilir. Ancak FRA, idari gözetime alma alternatiflerinin koşulsuz

olarak her bir alternatif uygulamanın avantajları, zorlukları ve insan hakları üzerindeki etkilerine ilişkin bilgilerin temelinde öncelikli olarak muhtelif ikincil kaynakların, ilgili alandaki mevcut araştırmaların ve CDDH-MIG'nin bilgi talebine verilen cevapların bulunduğu belirtilmelidir.⁴⁶¹

Listelenen belirli türler, tüm Üye Devletler veya uluslararası örnekler tarafından idari gözetim alternatifleri olarak kabul edilmeyebilir veya listelenen avantajlar ve zorluklar belirli makamların görüşlerini yansıtmayabilir. Geniş çaplı araştırmalar ve kaynaklar bazı önemli bulguları ortaya koyabilmek amacı ile kısa bir biçimde bir araya getirilmiştir.

206. Bu bağlamda, alternatiflerin uygulama şeklinin seçilen alternatif tedbirler kadar önemli olabileceğini vurgulamak gerekmektedir. Her bir alternatif çeşidinin belirli avantajları ve zorluklarını tespit etmek mümkün olsa da,

salıverilmeden ayırt edilmesi gerektiğini savunuyor. FRA, "Karşılık prosedürlerinde sığınmacılar ve insanlar için idari gözetim alma alternatifleri, s. 1.

- 461 Bu Analizde listelenen göçmenlerin idari gözetim alınmasına yönelik alternatif türlerinin avantajları, zorlukları ve insan hakları etkileri hakkındaki bilgiler esas olarak aşağıdaki kaynaklara dayalıdır: Bilgi için CDDH - MIG isteğine yanıt; BMMYK, *Temel Rapor - 2013 sonu itibarıyla idari gözetim durumu. İdari gözetim Ötesi: Sığınmacı ve mültecilerin idari gözetim alınmasını sona erdirmek için hükümetleri desteklemeye yönelik Küresel Bir Strateji*, 2014 -2019, Ağustos 2016, s. 24 -28; BMMYK, *Seçenekler Yazısı 1: Hükümetler için bakım düzenlemeleri ve çocuklar ve aileler için idari gözetim alma alternatifleri*, 2015, s. 10 -15; BMMYK, *Seçenekler Yazısı 2: Hükümetler için açık kabul ve idari gözetim alma alternatifleri*, 2015, s. 6 -10; BMMYK, *İdari gözetim Kuralları*, 2012, Ek A, s. 41 -44; BMMYK, *Sığınmacılar, Mülteciler, Göçmenler ve Vatansızların İdari gözetim Edilmesinin Alternatifleri üzerine Küresel Yuvarlak Masa: Özet Sonuçlar*, Temmuz 2011, § 29 -37; *Göçmenlerin insan haklarına ilişkin Özel Raportör Raporu*, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2 Nisan 2012, §§ 57 -65; BM Genel Kurulu, *Çocukların Alternatif Bakımına İlişkin Kurallar*, A/RES/64/142, 18 Aralık 2009; FRA, "Karşılık prosedürlerinde sığınmacılar ve insanlar için idari gözetim alma alternatifleri," 2015, s. 1 -2; IOM, *Göç İdari gözetim ve Gayri Resmi Önlemlere İlişkin Uluslararası Standartlara İlişkin Uluslararası Göç Kanunu Bilgi Notu*, IOM'nin Keyfi İdari gözetim Çalışma Grubuna Sunumu, Kasım 2016, s. 7 -8; A. Bloomfield, E. Tsourdi ve J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, s. 89 -103; IDC, *There are Alternatives*, 2015, s. 65 -91; A. Edwards, *Back to Basics*, 2011, s. 53 -81; JRS, *From Deprivation to Liberty: Belçika, Almanya ve Birleşik Krallık'ta idari gözetim alma alternatifleri*, 2011; Heaven Crawley, *Çocukların idari gözetim alınmasına son verme: aile dönüşlerine alternatif bir yaklaşım geliştirme*, Göç Politikası Araştırmaları Merkezi (CMPR), Haziran 2010, s. 5 -12; Uluslararası Af Örgütü, *Düzensiz göçmenler ve sığınmacılar: Göçmen idari gözetim alma alternatifleri*, 2009, s. 11 -15; IDC, "Göçmen idari gözetim almaya alternatif olarak vaka yönetimi: Avustralya Deneyimi," Haziran 2009; JRS, "Sığınmacıların İdari gözetim Alınmasına Alternatifler," Çalışma Kağıdı, Ekim 2008, s. 6 -11; Van der Vennet, Laetitia, *Détention des enfants en famille en Belçika: analyse de la théorie et de la pratique, Plate -forme Mineurs en Exil*, 2015, s. 95 -96.

tedbirin ne şekilde uygulandığı ve çeşitli aktörlerin bu süreçte katılımı, nihai olarak, sonucu belirlemede tedbirin temel unsurlarından daha fazla önem arz edebilir. Burada da etkin olmaya ilişkin temel unsurları uygulama sürecine etki etmektedir. Benzer şekilde, sahada “herkese uyan tek bir koşulun” olmadığını kabul etmek önemlidir. Alternatiflerin tasarımı ve uygulanması, ilgili bireylerin çeşitliliğinin yanı sıra belirli ulusal ve/veya bölgesel bağlama dayanmalıdır.⁴⁶²

2.1. Yetkili makamlara kayıt

207. Bireyler uygun seyahat belgesi veya vize olmadan bir ülkeye giriş yaptıklarında, yetkililere kayıt yaptırmaları istenebilir ve daha sonra bireylere “yabancı kayıt kartı” gibi geçici belge bir belge verilebilir.” Bu tür belgeler, bireyin fotoğrafını ve kişinin neden Devlet topraklarına geçici olarak kabul edildiğine dair bir açıklama içerebilir. Kayıt, ülkeye varışta veya daha sonra, örneğin ikamet yerlerindeki belediyede yapılabilir. Bu tür programlar uzun zamandır birçok ülkede mevcuttur ve modern biyometrik gelişmeler, bu tür geçici kayıt belgelerinin taklit edilebilirliğini önemli ölçüde azaltmıştır.

208. Gerekli görüldüğü takdirde, bireylerden mevcut seyahat veya kimlik belgelerini tescil makamlarına teslim etmeleri istenebilir.

Avantajları

- ▶ Özgürlük hakkına tamamen saygı duyar;
- ▶ Kimlik ve seyahat belgesi olmadan gelen çoğu kişi için uygulamaya yönelik ve kolayca ulaşılabilir bir alternatiftir;
- ▶ Yetkililerin kayıtlı vakaların bilgilerini içeren merkezi bir veri tabanı oluşturmaya izin verir;
- ▶ Geçerli kimlik ve seyahat belgelerinin sığınma veya göç sürecinde kaybolmasını veya yok edilmesini önler.

Zorluklar ve insan haklarına etkileri

- ▶ Belgelerin diğer alanlardaki yetkililer tarafından tanınmaması halinde eğitim, barınma ve sağlık hizmetleri gibi temel insan haklarına erişimi engelleyebilir;

⁴⁶² Bkz örneğin A. Edwards, *Back to Basics*, 2011, s. 52; A. Bloomfield, A. Bloomfield, E. Tsourdi ve J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, s. 119.

- ▶ Sahte belgelerle ilgili endişeler;
- ▶ Tüm devlet makamlarının kayıt ve kimlik belgelerini tanınamaması durumunda tutuklama ve idari gözetim altına alınmaya yol açabilir;
- ▶ İlgili kişiler için daha da tehlikeli durumlara yol açabileceğinden kimlik belgelerine el konulmamalıdır.

2.2. Geçici ikamet izinleri

209. Geçici ikamet izinleri, Devlet tarafından verilen ve ülkede yasal kalış imkânı veren herhangi bir statü veya izni kapsayan geniş kapsamı olan bir terimdir. Bu, diğerlerinin yanı sıra “geçiş vizeleri”, uzun dönem vizeleri, geçici insani vizeler veya hala geçerli bir uluslararası koruma statüsüne dayanan süresi dolmuş oturma izinlerini içerebilir.⁴⁶³ Bu tür belgeler, bireyin devam eden bir sığınma veya göç sürecine girdiği süre boyunca veya geri dönüş hazırlığı sırasında verilebilir. Belirli aralıklarla yenilenebilirler. Geçici ikamet izinlerinin verilmesi, bir kişinin ikamet yeri gösterebilmesine bağlı olabilir ve çalışma veya sağlık, eğitim veya sosyal hizmetlere erişim konusunda kısıtlamalar ile birlikte uygulanabilir veya uygulanmayabilir.

Avantajları

- ▶ Özgürlük hakkına mutlak olarak saygı duyar;
- ▶ Yetkili makamlara basit bir kayıttan ziyade tutuklama ve idari gözetim altına alınmaya karşı daha kapsamlı bir koruma sağlar;
- ▶ Çalışma haklarına ve geçici ikametgâhla ilişkili sağlık, eğitim ve diğer temel haklara daha iyi erişim sağlayabilir.

Zorluklar ve insan haklarına etkileri

- ▶ Karşılaştırılabilir çalışma hakları veya sosyal destek öngörülmezse, bireyleri sefaletle maruz bırakabilir.⁴⁶⁴

⁴⁶³ İade El Kitabı, 2015 s. 26.

⁴⁶⁴ Avustralya’da, Bridging Vizesine sahip insanlar çalışma, tazminat talep etme veya ücretsiz sağlık hizmetlerine erişim hakkı olmadan yoksullukla karşı karşıya kalmışlardır ve toplum örgütleri ve göçmen ailelerinin sağlık masraflarını karşılamak için yüksek düzeyde borçlara maruz kaldıkları bilinmektedir. Örneğin bkz. IDC, “Göçmen idari gözetime almaya alternatif olarak vaka yönetimi: Avustralya Deneyimi,” 2009, s. 4.

2.3. Vaka yönetimi veya vaka çalışanı desteği

210. Vaka yönetimi veya vaka çalışanı desteği, vakayı çözüme ulaştırabilmek için göç prosedürlerine tabi olan bireylere sunulan bireyselleştirilmiş kapsamlı bir destek mekanizmasıdır.⁴⁶⁵ Bu tedbirin ortak bir özelliği, ilk başvurudan statünün verilmesine veya sınır dışı edilmeye kadar geçen süre boyunca bireye (veya ailelere) yardımcı olmaktan sorumlu bir vaka yöneticisinin varlığıdır. Bir kamu görevlisi veya sivil toplum temsilcisi olabilen vaka yöneticisinin rolü, göç prosedürleri ile ilgili bilgiye, adli yardıma ve temsile erişimi sağlamaktır. Bu aynı zamanda sosyal yardım hizmetlerine erişimi kolaylaştırma, sağlık, iş veya eğitim gibi temel yaşam ihtiyaçlarına erişimi de kapsayabilir.⁴⁶⁶

211. Vaka yönetimi genellikle üç temel bileşenden oluşur: a) kişinin ihtiyaçlarını ve risklerini belirlemek için bireysel *değerlendirme*; b) bu ihtiyaçları etkili bir şekilde ele almak için *vaka planlarının* geliştirilmesi ve c) herhangi bir değişikliğin detaylı bir şekilde ele alınmasını sağlamak için sürekli izleme içeren *yönlendirme*.⁴⁶⁷

Avantajları

- ▶ İdari gözetime alternatif teşkil eden birçok modeller veya yaklaşım ile birlikte kullanılabilir;
- ▶ Karar alma sürecine duyulan güveni ve uyumu artırabilir;
- ▶ Vaka çözülürse topluma entegrasyonu teşvik eder ve vaka reddedilirse geri dönüşü kolaylaştırır;
- ▶ Yetkililer ve birey arasında bilgi alışverişini kolaylaştırır ve hem yetkililer hem de birey için daha yerinde kararlar alınmasına neden olur;
- ▶ Yüksek riskli olarak tanımlanabilecek bireyleri yönetmek için etkili bir şekilde kullanılabilir, özellikle de sığınma veya göç prosedürlerine katılmama veya kaçma kaybolma geçmişi olan kişiler söz konusuysa;
- ▶ Özellikle hassas bireyler ve daha fazla destek ihtiyacı olan gruplar için uygundur.

⁴⁶⁵ IDC, *There are Alternatives*, 2015, s. 12 -13, bölüm 2.5, 2.5.3 ve s. 47ff, bölüm 7, özellikle s. 52, bölüm 7.2.

⁴⁶⁶ İade El Kitabı, 2015 s. 68.

⁴⁶⁷ IDC, "Göçmenlerin idari gözetime alınmasına alternatifler olarak vaka yönetimi: Avustralya Deneyimi," s. 5.

Zorluklar ve insan haklarına etkileri

- ▶ Diğer alternatiflere kıyasla nispeten maliyetli olmasına rağmen idari gözetimden daha ucuzdur;
- ▶ Nitelikli vaka yönetimi profesyonellerinin katılımını ve/veya eğitimi gerektirir;
- ▶ Vaka yöneticisinin rolü ve mesleki etiği, rolleri ve polis arasında herhangi bir karışıklığı önlemek için açıkça tanımlanmamışsa sığınma veya göç sürecine olan güveni azaltabilir;
- ▶ Sadece sığınma başvurusunun reddedilmesi durumunda veya göçe ilişkin verilen olumsuz bir karar sonrasında geç bir şekilde uygulanırsa vaka yönetimi kişinin hakkındaki tedbirlere daha az uymasına neden olabilir.

2.4. Alternatif bir tedbir olarak aile yanında barınma

212. Alternatif bir uygulama olarak aile yanında barınma, refakatsiz veya ebeveynlerinden ayrılmış çocuklar için akrabalık bakımı, koruyucu aile bakımı ve diğer aile bazlı veya aile benzeri ortamlar gibi resmi ya da resmi olmayan bir dizi alternatif bakım seçeneği için genel bir isimdir.⁴⁶⁸ Söz konusu uygulamalar çocukların yasal vasi, diğer tanınmış mesul yetişkin veya yetkin kamu makamı tarafından desteklenmelerini ve koruma altına alınmalarını sağlamayı amaçlamaktadır.⁴⁶⁹

213. **Akraba bakımı**, “çocuğun geniş ailesi içinde veya çocuğun tanıdığı yakın aile dostları ile resmi veya gayri resmi olarak aile temelli bakım” olarak tanımlanmaktadır.⁴⁷⁰ Akraba bakımı ilgili bireyin kan bağı olduğu kişiler, yasal veya sözde akrabaları tarafından sağlanır. Kan bağı, çocuk ile bakım sağlayan akraba arasındaki, çocuğun anneannesi tarafından bakıma alınması örneğinde olduğu gibi, genetik bağ anlamına gelmektedir. Yasal akraba, üvey büyük anne gibi, çocukla genetik veya biyolojik bağı olmamasına karşın çocuğun ailesine evlenme yoluyla dâhil olmuş kişileri ifade etmektedir. Sözde akrabaların ilgili

⁴⁶⁸ Genel olarak bakınız, Better Care Network ve ark. Müzakere Dökümanı: Çocuklar için Resmi Alternatif Bakım Ayarlarının Temel Özelliklerinin Belirlenmesi, Mart 2013.

⁴⁶⁹ Örneğin bkz. UNICEF, UNHCR (BMMYK) ve Save the Children, Avrupa Programındaki Ailesinden Ayrılmış Çocuklar, *SCEP İyi Uygulamalar Beyanı*, 4. Revize Edilen Edisyon, Mart 2010.

⁴⁷⁰ Genel Kurul, *Çocukların Alternatif Bakımına İlişkin Esaslar A/RES/64/142*, 18 Aralık 2009, S 29 (c)(i).

çocukla ne doğum ne de evlilik yolu ile bağı bulunmamasına karşın duygusal anlamda ailevi bir ilişkinin özelliklerini taşıyan önemli bir bağı olan kişileri ifade etmektedir (Ör. Bir etnik topluluğun üyeleri gibi).⁴⁷¹

214. **Koruyucu aile**, “çocukların kendi ailesi dışında bu bakımı sağlamak üzere seçilmiş, nitelikli, onaylanmış ve denetlenmiş bir ailenin aile ortamında alternatif bakım amacıyla yetkili bir kurum tarafından yerleştirildiği durumlar” olarak tanımlanmaktadır.”⁴⁷²

215. Diğer **aile benzeri bakım ortamları**, bir çocuğun akraba bakımı veya koruyucu aile bakımı dışında herhangi bir kısa veya uzun süreli bakım uygulamasını içermekte olup, çocuğun bu amaçla seçilen ve hazırlanan ailenin yanına yerleştirilmesini ve söz konusu ailenin finansal ve benzeri destek ya da tazminat almasını kapsamaktadır.⁴⁷³

Avantajları

- ▶ Özgürlük hakkını hiçbir şekilde kısıtlamaz;
- ▶ Çocuklara her zaman bakım ve destek verilmesini ve onların idari gözetim altına alınmamasını sağlar;
- ▶ Çocuğun yüksek yararı ilkesine uyar.

Zorluklar ve insan haklarına etkileri

- ▶ Aile üyelerinin bulunduğu yerlerde, çocuklar ebeveynlerinden/ailelerinden asla ayrılmamalı ve çocuğun yüksek yararı için uygun görülmedikçe alternatif aile bakımına yerleştirilmemelidir – aksi takdirde, bu çocuğun ve ebeveynlerin aile hayatı hakkını ihlal edebilir.

2.5. Kuruma/konuta yerleştirme

216. Kuruma/konuta yerleştirme veya konutta bakım tedbiri, küçük grupların yaşayabileceği, mümkün olduğunca bir aile veya küçük grup ortamı yaratacak şekilde özel olarak düzenlenmiş yaşam alanları sunmaktadır. Kurumların genellikle geçici bir bakım rolü üstlenmesi beklenirken, daha istikrarlı bir

⁴⁷¹ Better Care Network ve ark, Müzakere Dokümanı, Mart 2013, s. 7 -8.

⁴⁷² Genel Kurul, *Çocukların Alternatif Bakımına İlişkin Esaslar A/RES/64/142*, 18 Aralık 2009, § 29 (c)(ii).

⁴⁷³ Better Care Network ve ark, Tartışma Kağıdı, Mart 2013, s. 9.

toplum temelli ya da aile temelli düzenlemenin belirlenmesi için çaba sarf edilmektedir.

217. Kurumlarda barınma, “acil bakım için güvenlik yerleri, acil durumlarda **transit merkezler** ve **grup evleri** de dahil olmak üzere diğer tüm kısa ve uzun süreli bakım tesisleri gibi aile temelli olmayan grup ortamlarını” içerebilir.”⁴⁷⁴

218. **Sığınma evleri**, sakinlerin emniyeti ve/veya güvenliğine dair bir ihtiyaca cevaben özel bir kuruma/konuta yerleştirmesini kapsar. Örneğin, insan ticareti mağdurları veya istismar eden işverenlerden kaçan işçiler durumunda sığınma evleri kullanılabilir. Bunlar uzun vadeli çözümler olarak tasarlanmamıştır, ancak bireysel vakada daha kalıcı bir çözüm bulunana kadar uygun olabilir.

Avantajları

- ▶ Artırılmış koruma, destek ve bakım sağlar;
- ▶ Özellikle hassas durumdaki bireylerin idari gözetim altına alınmamasını sağlar.

Zorluklar ve insan haklarına etkileri

- ▶ Özellikle hassas durumda olan veya ihtiyaç sahibi olan bireylerle sınırlı nispeten pahalı, özelleşmiş ortamlardan oluşur;
- ▶ İlgili kişi için uygun, gerekli ve yapıcı olduğu ve dahil olan tüm çocukların yüksek yararına uygun olduğu durumlar ile sınırlandırılmalıdır;
- ▶ Kişilerin barındırıldığı tesislerin kapalı idari gözetim yerlerine veya düzenlemelerin alternatif idari gözetim *biçimlerine* dönüşmesini önlemek için güvenceler sağlanmalıdır.

2.6. Açık merkezler veya yarı açık merkezler

219. Sığınma kabul merkezleri de dahil olmak üzere açık veya yarı açık merkezler⁴⁷⁵ her ne kadar göçmenler için kullanılabilse de esas olarak

474 Genel Kurul, *Çocukların Alternatif Bakımına İlişkin Esaslar* A/RES/64/142, 18 Aralık 2009, § 29 (c)(iv).

475 Bu bağlamda, sığınmacılar için bu tür merkezlerin idari gözetime alma alternatifleri olarak değil, bir kabul düzenlemesi biçimi olarak anlaşılabilceğini belirtmek önemlidir.

hem sığınmacı ve mülteci bireyler hem de aileleri için geçici konaklama sağlamaktadır. Bireylerin, sığınma talepleri sonuçlanıncaya kadar bu tesislerde kalmaları gerekebilir, bu da söz konusu tesisleri kişilerin yönlendirildiği bir ikamet yeri kılmaktadır. Mülteci statüsü tanınan kişiler çoğunlukla daha kalıcı konaklama bulana kadar geçiş döneminde bu merkezlerde kalabilirler. Kabul merkezleri sakinler için konut, gıda ve temel sağlık hizmetleri sunmaktadır, ancak bu hizmetlerin düzeyi ve kalitesi genellikle hem ülke içinde hem de tesisler arasında farklılık göstermektedir.

Avantajları

- Özellikle kitlesel akın durumlarında acil konut, destek ve kayıt işlemleri sağlar;
- Çok sayıda sığınma başvurusunun nispeten verimli bir şekilde karara bağlanmasına olanak tanır.

Zorluklar ve insan haklarına etkileri

- Kabul merkezleri bazen alternatif idari gözetim *biçimlerine* dönüşebilir ve uygulamada keyfi olarak *filili* idari gözetim anlamına gelebilirler;
- Kabul merkezlerinde çok sayıda kişiye ev sahipliği yapıldığında maliyet çok artabilir ve kabul koşulları minimum standartların altına düşebilir.

2.7. Bildirimde bulunma

220. Bildirimde bulunma tedbiri, Avrupa'da göç bağlamında en çok uygulanan idari gözetim alternatifleri arasındadır⁴⁷⁶ ve polis, göç memurları veya çocuk koruma veya sosyal yardım kurumları gibi diğer anlaşmalı kurumlar da dahil olmak üzere yetkili makamlara düzenli olarak kendini gösterme ve bildirimde bulunma yükümlülüğünden oluşur.⁴⁷⁷ Bildirimde bulunma uzun veya pahalı seyahatlerden kaçınmak için telefonla ("telefonla bildirimde bulunma") da yapılabilir. Bildirimde bulunma sıklığı günde ve ayda (veya daha az) belirli

Bkz. BMMYK'nin göçmenlerin idari gözetime alınmasına yönelik alternatiflerin tanımı, § 19 yukarıda.

476 EMN, *Sentez Raporu*, 2014, s. 34; *Komisyon dan Konsey e ve Avrupa Parlamentosuna AB Dönüş Politikası İletişimi*, COM(2014) 199 final, 28.3.2014, s. 15.

477 A. Bloomfield, E. Tsourdi ve J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, s. 89-90

sayıda olarak belirlenebilir ve sığınma veya göç prosedürlerine katılanlar üzerindeki raporlama yükünü azaltmak için diğer resmi göç randevuları ile çıkışacak şekilde ayarlanabilir.

Avantajları

- ▶ Uygulaması basittir;
- ▶ Kapsamlı bir altyapı gerektirmez;
- ▶ Yetkililer ve birey arasında düzenli teması sağlar;
- ▶ Görüşmeler ve diğer ilgili prosedürler için ilgili kişinin mevcudiyetini sağlar.

Zorluklar ve insan haklarına etkileri

- ▶ Raporlama sıklığı veya kriterleri aşırı derecede zahmetli ise – örneğin, uzun mesafeli seyahat gerektiren veya ulaşım masrafları için geri ödeme yapılmayan – bireylerin bu tedbire uymamasına neden olabilir;
- ▶ Hareket özgürlüğü veya özel hayatı ve aile hayatına saygı hakkı gibi diğer haklara kısıtlama getirebilir;⁴⁷⁸
- ▶ Özellikle bildirim yükümlülüğünün polis karakolları gibi yerlerde yerine getirilmesi öngörüldüğünde bu bireylerde kaygı ve idari gözetim altına alınma korkusu yaratabilir.

2.8. Belirli adreste ikamet etme

221. Belirli adreste ikamet etme Avrupa'da da yaygın olarak kullanılmaktadır⁴⁷⁹ ve yetkililerin bireyin yaşaması gereken belirli bir bölgeyi veya yer belirlemesini içermektedir. Bu tedbir çeşitli şekillerde uygulanabilir: kişinin ülkedeki belirli bir bölgede, kişinin veya garantörün özel adresinde, açık veya yarı açık bir kabul veya sığınma merkezinde veya Devlet tarafından finanse edilen veya Devlet tarafından işletilen bir tesiste ikamet etmesi istenebilir. Bazı durumlarda belirlenen ikametgâhta gecelik olarak bulunmamaya yalnızca göç makamının önceden müsaadesi ile izin verilmekte iken, diğer düzenler daha fazla esneklik sağlamakta ve bireyin ikamet edeceği adresi kendisinin belirleyebilmesine olanak sağlamaktadır.⁴⁸⁰

478 Müdahaleler, *diğerlerinin yanı sıra*, diğer göçmenlik randevularına katılım, bağımlı kişilere bakım verme yeteneği, istihdam vb. içerebilir.

479 EMN Sentez Raporu, 2014, s. 34.

480 A. Bloomfield, E. Tsourdi ve J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, s. 96.

222. Belirlenen ikamet yeri, ilgili sığınma veya göç prosedürü ile iyi durumda kaldıkları sürece, bireyin Devlet sınırları içinde nerede ikamet edebileceğine dair herhangi bir kısıtlama getirmeyen, yetkililere tescil ve/veya kişinin kendi rızasıyla serbest bırakılmasından ayırt edilmelidir. Belirlenen konut, bireylerin ikamet etmesi gerekmeyen ancak kendi iradeleriyle ikamet etmeyi seçebilecekleri açık veya yarı açık merkezlerden de ayırt edilmelidir.

223. Belirli yerde ikamet etme tedbiri, tahsis edilecek ikametgâhın yerinin aynı olması durumunda destekli barınma, bakım evleri ve açık merkezler gibi pek çok farklı yerleştirme alternatifi ile birlikte kullanılabilir.

Avantajları

- ▶ Nispeten düşük maliyetli bir alternatif olabilir;
- ▶ Kişilerin aile ve diğer destek ağlarının yakınında toplum içinde yaşamasına izin verebilir;
- ▶ Toplum içinde mevcut barınma ve alternatif yerleştirme seçeneklerini kullanabilir;
- ▶ Belirli bir bölgede ikamet sınırlaması getirilmesi, ülkedeki farklı bölgeler arasında külfet paylaşımını ve kaynakların adil tahsisini kolaylaştırabilir.

Zorluklar ve insan haklarına etkileri

- ▶ Sokağa çıkma yasakları veya hareket özgürlüğüne ilişkin diğer kısıtlamalar ile birleştirildiğinde veya ikamet zorunluluğu fiziksel olarak uzak veya izole edilmiş yerlerde getirildiğinde, belirli bir yerde ikamet etme tedbiri alternatif bir idari gözetim *biçimi* haline gelebilir veya diğer haklara müdahale getirebilir;
- ▶ Bireyler yaşamlarını sürdürmek için kendilerini destekleyecek bir yolları olmadığında, çalışamadıklarında veya devletin sağladığı mali veya diğer yardımlara erişemediklerinde yoksulluk ve/veya ciddi psikolojik ve sosyal sorunlarla karşılaşabilmektedir.

2.9. Denetim

224. Topluluk temelli denetim düzenlemeleri, bireyin Devlet veya bir sivil toplum kuruluşu, topluluk veya dini bir kurum gibi belirlenmiş bir temsilci tarafından denetime tabi olarak toplumda serbestçe ikamet etmesine izin

verilmesini içerir. Denetim, Devlet makamları veya atanmış temsilcileri tarafından periyodik ev ziyaretleri veya kontrol yoluyla gerçekleştirilebilir ve ayrıca iş imkanları erişim, konaklama, eğitim, hukuki yardım ve/veya diğer hizmetler veya aynı destek sağlanmasını da içerebilir.

225. Denetim, bir Devlet kurumuna bildirimde bulunmayı içeren ve bildirimde bulunmanın kişinin sorumluluğunda olduğu bildirimde bulunma tedbirinden ayırt edilmelidir. Ayrıca, tarafsız kişilerin yürüttüğü vaka yönetiminden de ayırt edilmelidir, denetim genellikle Devletin kendisi veya devletin belirlediği, icra fonksiyonu olan bir kurum veya temsilci tarafından yürütülmektedir.

Avantajları

- ▶ Bireyin yerinin ve faaliyetlerinin doğrudan gözlemlenmesine izin verir;
- ▶ Sığınma veya göç prosedürlerinden geçen yetkililer ve bireyler arasındaki iletişim ve temas seviyesini önemli ölçüde artırır;
- ▶ Sosyal ve hukuki desteğe erişimi kolaylaştırabilir.

Zorluklar ve insan haklarına etkileri

- ▶ Devlet veya belirlenmiş denetleyici kurum için azımsanmayacak bir kaynak ayrılmasını içeren bir tedbir;
- ▶ Uyum sağlamak için müdahale içeren bir tedbir olabilir.⁴⁸¹

2.10. Geri dönüş danışmanlığı

226. Gönüllü geri dönüş danışmanlığı, bireylere ve ailelere idari gözetimden salıverilme ve idari gözetim altına alınmama imkânı tanımadır. Bu bağlamda mali teşvikler⁴⁸² içeren, devlet kurumları veya sivil toplum örgütleri tarafından sağlanacak, genellikle yoğun destek programlarıyla, gönüllü geri dönüş imkânının kişilere sağlanması söz konusu olmaktadır.⁴⁸³ Bu, örneğin, Uluslararası Göç Örgütü ("IOM") tarafından veya diğer uluslararası veya ulusal programlar⁴⁸⁴ kapsamında yürütülen gönüllü geri dönüş programlarında

⁴⁸¹ Örneğin, ilgili kişinin ikamet ettiği yere habersiz ve/veya sık sık ziyaretler içerebilir.

⁴⁸² IDC, *There are Alternatives*, 2015, s. 53.

⁴⁸³ Bilgi için CDDH - MiG isteğine yanıt; EMN, *Sentez Raporu*, 2014, s. 36.

⁴⁸⁴ Bilgi için CDDH - MiG isteğine yanıtlar.

olduğu üzere dönüş öncesi destek, transit yardım ve dönüş sonrası yardımı da dahil olmak üzere ülkeye dönüş ve entegrasyon için çeşitli tavsiye ve desteği içerir. Bu tür tavsiyeler göçmenlerin ülkeye varış sonrasında yoksulluk ile yüz yüze kalma veya gelecekte yasal olarak geri dönmek için vize başvurusunda bulunmalarının engellenmesine ilişkin korkularının giderilmesinde rol oynayabilir.⁴⁸⁵

Avantajları

- ▶ İdari gözetime ve sınır dışı etme için insancıl bir alternatif;
- ▶ İnsan onuruna yakışır ve kalıcı bir geri dönüş sağlar ve menşe ülkede yeniden entegrasyonu kolaylaştırır;
- ▶ Devletler için maliyet etkinliği olabilen bir tedbirdir;
- ▶ Zorunlu geri dönüş ve idari gözetimden daha az hassas ve sorunludur.

Zorluklar ve insan haklarına etkileri

- ▶ Daha etkin olabilmesi için tedbirin kapsamlı bir daha erken müdahalenin bir parçası olarak vaka yönetimi ve hukuki destek ile birlikte uygulanmalıdır;
- ▶ Sadece geri dönüşle odaklanırsa yetkililere ve prosedürlere olan güveni azaltır ve kaçma kaybolma riskini artırabilir.⁴⁸⁶

2.11. Dönüş evleri / dönüş merkezleri

227. Geri dönüş evleri, göçmenlerin idari gözetimine alternatif bir uygulamadır. Bu uygulamada, gönüllü veya zorla dönüş sürecine hazırlık için vaka yönetimi desteği belirli yerde ikamet etme gerekliliği ile bir arada uygulanır. Başvurusu reddedilmiş sığınmacılar veya sınır dışı işlemlerine tabi kişiler açık tesislere yerleştirilir geri dönüşle hazırlanmaları amacıyla bireysel koçlar veya danışmanlar tarafından geri dönüş seçenekleri hakkında bilgilendirilir ve çeşitli tavsiyelerde bulunulur.⁴⁸⁷

⁴⁸⁵ IDC, *There are Alternatives*, 2015, s. 53.

⁴⁸⁶ Belçika'da, 'geri dönüş evleri' ile ilgili barınan ailelerin sayısının artması sağlanan bireyselleştirilmiş desteği azalttıkça hızla artan bir kaçma oranı görülmüştür. Van der Vennet, Laetitia, *Détention des enfants en famille en Belgique: analyse de la théorie et de la pratique, Plate - forme Mineurs en Exil*, 2015, s. 95 -96.

⁴⁸⁷ FRA, "Dönüş prosedürlerinde sığınmacılar ve insanlar için idari gözetime alma alternatifleri", s. 2015.

Avantajları

- ▶ Güven oluşturmaya teşvik edebilir ve gönüllü geri dönüşü kolaylaştırmaya yardımcı olabilir;
- ▶ Açık konaklama imkanları, STK'lar, hukuki ve diğer hizmet sağlayıcılarla etkileşimi kolaylaştırır.

Zorluklar ve insan haklarına etkileri

- ▶ Vaka yönetimi yalnızca bir sınır dışı kararı verildikten sonra uygulanır ise bu durumda erken müdahale söz konusu olmaz bu da başarısızlık olma ihtimalini artırır.

2.12. Kefalet, teminat, kefil veya güvence

228. Kefalet, teminat, garantör veya güvence, aşağıdaki durumlarda kişilerin idari gözetimden serbest bırakılmalarına izin verir: a) kendileri veya garantörleri tarafından teminat bedelinin ödenmesi; b) yetkililer ve birey arasında, genellikle teminat ile birlikte yazılı bir anlaşma; c) bireyin prosedüre uyacağına dair üçüncü bir kişi, STK veya diğer dini kuruluşlar tarafından verilen bir garanti. Sağlanan her türlü teminata, bireyin kaçıp kaybolması veya hakkındaki tedbirlere uymaması durumunda el konulur.

Avantajları

- ▶ Yerleşik topluluk bağları veya yeterli mali kaynakların var olma olasılığı daha yüksek olacağından, büyük göçmen topluluklarına sahip ülkelerde veya ülkede uzun süreler yaşamış bireyler için uygulanması daha kolaydır;
- ▶ Garantörler genellikle kişinin masraflarını karşılama yükümlülüğüne sahip olduğu için bu durum Devletler için maliyetten tasarruf sağlayabilir

Zorluklar ve insan haklarına etkileri

- ▶ Maddi kaynakları veya toplumda tanındıkları olmayan kişilere karşı ayrımcılık yapma ihtimali ve hassas durumdaki kişilerin kötü duruma düşmesi söz konusu olabilir;
- ▶ Teminat bedelinin sabit ve tutarlı olarak belirlenmesi gerekmektedir aksi takdirde yüksek belirlenen teminat bedelleri kişilerin gözetim altına alınmasına veya diğer salıverilme koşullarına uyulmamasına neden olabilir.

2.13. Elektronik izleme

229. Elektronik izleme veya "kelepçe" Avrupa'da⁴⁸⁸ nadiren kullanılır ve GPS özellikli el veya ayak bileğine takılan aletler gibi teknolojilerle bir kişinin hareketlerini izlemek veya kısıtlamak için kullanılan bir gözetim tedbirini ifade eder. Elektronik izleme esas olarak ceza hukuku bağlamında kullanılmaktadır⁴⁸⁹ ve bu nedenle bazıları bunun özellikle göç bağlamında kullanımının uygun olmadığını iddia etmektedir. Bazı örnekler de elektronik izleme *fiili* bir idari gözetim biçimi olarak görülmekte ve idari gözetime alternatif bir tedbir olarak kabul edilmemektedir. BMMYK,⁴⁹⁰ Göçmenlerin İnsan Haklarına ilişkin Özel Raportör Avrupa Birliği⁴⁹¹ Temel Haklar Ajansı ("FRA"),⁴⁹² ve alandaki çeşitli araştırmacılar,⁴⁹³ özellikle yarattığı suçlu damgası göz önüne alındığında, elektronik izlemenin alternatif tedbirler arasında en sert ve zorlayıcı tedbir olduğunu düşünmekte ve kullanılmaması gerektiğini belirtmektedir.

230. En az bir çalışmada, elektronik kelepçenin tedbirlere uymayı sağlama oranının, daha az müdahaleci bir tedbir olan telefonla bildirim tedbiri ile eşit olduğu ortaya koyulmuştur.⁴⁹⁴ Elektronik kelepçe özellikle zorlayıcı bir tedbir olarak kabul edilmekle birlikte, telefon ve modern teknolojilerin kullanımı ile izleme özellikle hareketi kısıtlı olan bireyler için iyi bir uygulama olarak görülmüştür (yukarıya bakınız, Düzenli raporlama).⁴⁹⁵

488 EMN, *Sentez Raporu*, 2014, s. 34; Komisyondan Konseye ve Avrupa Parlamentosuna AB Dönüş Politikası İletişimi, COM(2014) 199 son, 28.3.2014, s. 16. EMN, *Sentez Raporu*, 2014, s. 36.

489 FRA, "Dönüş prosedürlerinde sığınmacılar ve insanlar için idari gözetime alma alternatifleri, 2015 s. 2

490 BMMYK, *İdari gözetim Kuralları*, 2012, § 40. Ayrıca bkz. BMMYK, Sığınmacılar, Mülteciler, Göçmenler ve Vatansızların İdari gözetime Alınmasına Alternatiflerine ilişkin Küresel Yuvarlak Masa: Özet Sonuçlar, Temmuz 2011, § 21.

491 *Göçmenlerin insan haklarına ilişkin Özel Raportör Raporu*, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2 Nisan 2012, § 63.

492 FRA, "Dönüş prosedürlerinde sığınmacılar ve insanlar için idari gözetime alma alternatifleri, 2015 s. 2

493 Bkz. Diğerlerin yanı sıra, A. Bloomfield, E. Tsourdi ve J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, s. 102 -103; JRS, "Alternatives to Detention of Asylum Seekers," Çalışma Belgesi, Ekim 2008, s. 9; IDC, *There are Alternatives*, 2015, s. 73.

494 A. Bloomfield, E. Tsourdi ve J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, s. 154.

495 Özet Sonuçlar, Sığınmacılar, Mülteciler, Göçmenler ve Vatansızların İdari gözetim Edilmesinin Alternatifleri üzerine Küresel Yuvarlak Masa, Mayıs 2011, § 21.

Avantajları

- ▶ Yetkililerin ilgili kişilerin herhangi bir zamanda nerede olduklarını bilmelerini sağlar ve yetkililerle görüşmelerini zorunlu kılabilir;
- ▶ Bildirim yükümlülüğün yerine getirip getirilmediği izlenebilir.

Zorluklar ve insan haklarına etkileri

- ▶ Bu, kişi özgürlüğünü ciddi şekilde kısıtlar, sürece bir şekilde dahil olan çocukları olumsuz etkiler, özel hayat ve aile yaşamına saygı hakkına müdahale eder; Sözleşme’de güvence altına alınan haklara uygunluk bakımından bazı sorunlar yaratabilir,
- ▶ Karar verme sürecine olan güveni azaltabilir ve sınır dışı kararlarına uymayı olumsuz etkileyebilir;
- ▶ Damgalayıcı özelliği nedeniyle olumsuz psikolojik etkiler yaratabilir, potansiyel olarak kişilerin itibarını zedeleyebilir ve sosyal dışlanmaya neden olabilir;
- ▶ İzleme cihazının pahalı olması ve izleme sistemin yönetim maliyetlerinin oldukça yüksek olması göz önüne alındığında elektronik izleme tam olarak etkin olarak nitelendirilemez buna rağmen izleme cihazı nispeten kolayca çıkarılabilir.

3. Etkin idari gözetim alternatiflerinin faydaları

231. Alternatifler etkin bir şekilde uygulandığında, bunun göç prosedürlerine uyum, maliyet-etkililik ve insan hakları ve yaşam ihtiyaçlarına saygı gösterilmesi bakımından bir dizi fayda sağlayabileceği ortaya konulmuştur. Alandaki çalışmalar ve aktörler, aşağıdakiler de dahil olmak üzere alternatif tedbirlerin olumlu yönlerini şu şekilde vurgulamıştır:

3.1. Bireylerin hak ve ihtiyaçlarına saygı duymak

232. Göç bağlamında idari gözetim alternatiflerinin kullanımı özellikle Avrupa ve uluslararası insan hakları hukuku ve AIHM, ABAD ve İnsan Hakları Komitesi’nin kararlarında vurgulanan insan hakları standartlarını sağlamak için gereklidir. Bu standartlar hassas durumdaki bireylere ve özellikle çocuklara özel itina gösterilmesini gerektirir.

233. Alternatifler, idari gözetimin göçmenlerin ve sığınmacıların fiziksel ve psikolojik sağlığı üzerinde yaratabileceği ciddi sorunları önleyebilir.⁴⁹⁶ Araştırmalar, bir çalışmada idari gözetim sonrası göçmenlerde travma sonrası stres bozukluğu görülme oranının %50'ye yakın olduğunu ortaya koymuştur.⁴⁹⁷ Hassas durumdaki bireylerin, özellikle de çocukların idari gözetim altına alınması, haklar ve çocuğun yararı bakımından özellikle sorunludur. Ayrıca, idari gözetim alternatiflerinin daha sistematik bir şekilde uygulanması sadece göç bağlamında idari gözetimin özünde cezalandırıcı olmadığını hatırlamakla kalmaz aynı zamanda halkın ayrımcılık ve olumsuz algılarını da azaltır.⁴⁹⁸

234. İdari gözetimin çocukların bilişsel ve duygusal gelişimleri üzerindeki hayat boyu süren olumsuz etkileri göz önünde bulundurulduğunda bu etki oldukça olumsuz olarak nitelendirilebilir. ⁴⁹⁹ Bu olumsuz etki, diğerlerinin yanı sıra, Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalim, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Ceza Özel Raportörü tarafından vurgulanmıştır.⁵⁰⁰ Özel Raportör, "çocukların çok kısa bir süre için bile olsa idari gözetim altına alınmasının [...], çocukların refahını baltalayabileceği ve bilişsel gelişiminden ödün verebileceği, depresyon, anksiyete, travma sonrası stres bozukluğu, intihar ve kendine zarar verme, zihinsel bozukluk ve gelişimsel sorunlara maruz kalma riskinin arttırdığını" belirtmiştir. Raportör ayrıca idari gözetimin çocukları özellikle hassas bir durumda bıraktığı ve birçok riski beraberinde getirdiğini kaydedip bu nedenle idari gözetimin çocuklara kötü muamelede bulunulması ile doğrudan bağlantılı olduğu" sonucuna varmıştır.⁵⁰¹

496 A. Bloomfield, E. Tsourdi ve J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, s. 23-25

497 Örneğin bkz. Z. Steel, D. Silove, R. Brooks, S. Momartin, B. Alzuhairi ve I.

Susljik, "Göç idari gözetim ve geçici korumanın mültecilerin ruh sağlığı üzerindeki etkisi" (2008) 188, İngiliz psikiyatri dergisi 58; İşkenceden kurtulanlar için İnsan Hakları Hekimleri ve Bellevue/NYU programı, "Zulümden cezaevine: sığınmacılar için idari gözetimin sağlık sonuçları," Haziran 2003. İdari gözetime alınmanın neden olduğu olumsuz etkiler hakkında daha fazla bilgi, JRS - Avrupa, *İdari gözetime Alınırken Savunmasız Olmak gibi diğer çalışmalarda vurgulanmıştır: Sivil Toplum Avrupa Birliği'nde Savunmasız Sığınmacıların ve Düzensiz Göçmenlerin İdari gözetime Alınması Raporu* (DEVAS Projesi), Haziran 2010; Dr. Graham Durcan, Jessica Stubbs ve Dr. Jed Boardman, *Rapor, İngiltere'deki Göç Uzaklaştırma Merkezleri: Bir ruh sağlığı gereksinimleri analizi*, Ruh sağlığı merkezi, Ocak 2017.

498 Bkz. ENNHRI'nin CDDH - MiG Analizine yazılı katkısı.

499 IDC, *There are Alternatives*, 2015, s. 5.

500 İşkence ve diğer zalim, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza Özel Raportörü Raporu, Juan E. Méndez, A/HRC/28/69, 5 Mart 2015, § 16.

501 A.g.e., § 69.

3.2. Göç prosedürlerine uyum

235. Çalışmalar ayrıca, etkin bir şekilde uygulandığında idari gözetim alternatiflerinin göç prosedürlerine uyumu teşvik ederek göç yönetimini iyileştirebileceğini ileri sürmektedir. Örneğin, on üç idari gözetim alternatifleri programlarına yönelik araştırma söz konusu programlarda uyum oranlarının %84 ila %99,9 arasında olduğunu ve on üç programın onunda uyum oranının %94 veya daha yüksek oranlara ulaştığını ortaya koymuştur.⁵⁰² AB'de göç bağlamında idari gözetim alternatiflerine odaklanan başka bir çalışma, Belçika, İsveç ve Birleşik Krallık'taki alternatiflerin %77 ile %96 arasında değişen uyum oranlarına sahip olduğunu tespit etmiştir.⁵⁰³

236. Buna ek olarak, alternatiflerin hem sığınmacı hem de göçmenlerin yer aldığı karma göç akınları ve transit göç bağlamlarında da uyumu teşvik ettiği ortaya konmuştur.⁵⁰⁴ Alternatifler, doğası gereği hassas durumdaki bireylerin istikrara kavuşturulmasına yardımcı olabileceğinden, araştırmalar, tavsiyelere ve desteğe erişerek ve göçmenlerin idari gözetim altına alınma tehdidinden korkmadan toplum temelli alternatiflerdeki temel ihtiyaçlarını karşılayabilirlerse, göç prosedürlerine uyma olasılıklarının daha yüksek olduğunu göstermektedir.⁵⁰⁵ Avrupa Komisyonu, göç bağlamında idari gözetim alternatiflerinin faydaları arasında "daha yüksek geri dönüş oranlarını (gönüllü geri dönüş dahil), gerekli belgelerin elde edilmesinde geri dönenlerle işbirliğinin geliştirilmesini, mali faydaların (Devlet için daha az maliyet) ve daha az insan gücü israfı (idari gözetime ilişkin zorlukların önlenmesini) yer almaktadır."⁵⁰⁶

502 Anket, *diğerlerinin yanı sıra*, uyumun sağlanmasında çeşitli faktörleri tanımlamıştır,

- a) bireye haysiyet, insanlık ile muamele etmek;
- b) yeterli bir yaşama ve destek standardın sağlanması
- c) hak ve görevlerin yanı sıra uyumsuzluğun sonuçları hakkında erken bir aşamada açık ve öz bilgi sağlanması;
- d) yasal tavsiyeye erişim;
- e) bireyselleştirilmiş vaka yönetimi hizmetleri. A. Edwards, *Back to Basics*, 2011, s.82 -83.

503 A. Bloomfield, E. Tsourdi ve J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, s. 114.

504 Avustralya'daki bir projede, reddedilen başvuru sahiplerinin % 60 'ı bağımsız bir ayrılma oranı görüldü Hollanda'daki gönüllü bir geri dönüş projesinde ise göçmenlerin yarısından fazlası geri döndü. IDC, *There are Alternatives*, 2015, s. 52-54.

505 A. Bloomfield, E. Tsourdi ve J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, s. 114.

506 İade El Kitabı, 2015 s. 79.

3.3. Maliyet etkinliği

237. Bilgiler Devletler tarafından nadiren kamuya açık hale getirilir, bu da kesin maliyetlerin hesaplanmasını zorlaştırır.⁵⁰⁷ Bununla birlikte, erişilebilen bilgiler alternatiflerin maliyet-etkin olduğuna işaret eder.

238. Mevcut istatistiklere göre, Belçika'daki "bir ailenin barındırılma masrafları" sınır dışı amacıyla idari gözetime ilişkin masrafların yarısı kadardır.⁵⁰⁸ Kanada'da idari gözetim mevcut alternatiflerden on yedi kat daha pahalıya mal olabilir,⁵⁰⁹ Avusturya'da ise alternatiflerin kişi başına maliyeti günlük 17€' ile 24 € kadar ilen idari gözetimin günlük maliyeti ise €120'dur.⁵¹⁰ Birleşik Krallık'taki bir araştırma, nihai olarak serbest bırakılan göçmenlerin uzun vadeli idari gözetiminin önlenmesi ile yılda 76 milyon sterlin tasarruf edilebileceğini, tüm bu göçmenlere alternatif sunmanın ise toplam maliyetin yalnızca idari gözetimin maliyetinin % 44 'üne mal olacağını ortaya koymuştur.⁵¹¹

239. İdari gözetim alternatiflerine daha sık başvurmanın maliyet- faydalarının ancak idari gözetim *yerine* alternatifler kullanıldığında ve nihayetinde idari gözetime için ayrılan genel kaynakların azaltılması durumunda netleşeceği unutulmamalıdır. Aslına bakıldığında, yukarıda bahsi geçen faydaların birçoğu idari gözetim tedbirlerinin genel kullanımındaki gerçekleştirilecek bir azalma ile ayrılmaz derecede iç içedir. Diğer taraftan bakıldığında, göçmenlerin idari gözetimine alternatif uygulamalar, yalnızca devletlerin mevcut idari gözetim kapasitelerinin sürdürülmesine *ek olarak* uygulandıkları veya bu kapasiteyi genişletmek için kullanıldıkları durumlarda aksine genel masrafları arttıracak ve idari gözetimin zararlarını veya etkilerini hiçbir şekilde azaltmayacaktır. Söz konusu "net genişleme", örneğin, ceza hukuku alanında kabaca eleştirilmektedir ve alternatif tedbirlerin en temel amacına, yani gereksiz gözetim tedbirlerinin kullanımında sistematik bir azalma elde etme amacına aykırı düşmektedir.⁵¹²

507 Parlamenterler Meclisi, Avrupa'da sığınmacıların ve düzensiz göçmenlerin idari gözetime alınması hakkında rapor, Göç, Mülteciler ve Nüfus Komitesi, Raportör: Bayan Ana Catarina MENDONÇA, 11 Ocak 2010, § 58.

508 Kişi başına günlük € 90, 180 -190 € ile karşılaştırıldığında. Bkz. EMN, *Sentez Raporu*, Kasım 2014, s. 38.

509 Kişi başına günlük CA\$179, CA\$10-12. ile karşılaştırıldığında. Bkz. IDC, *There are Alternatives*, 2015, s. 11.

510 A.g.e.

511 Matris Kanıtı, *Uzun süreli idari gözetim alma alternatiflerinin ekonomik analizi*, 2012, s. 4 -5.

512 Örneğin bkz. Resmi BM içindeki "net genişleme" ile ilgili bazı tartışmalar Tokyo Kurallarının kabulüne yorum. Viyana'daki BM Ofisi, Birleşmiş Milletler Resmi Olmayan Tedbirler için Standart Minimum Kurallar Üzerine Yorum (1993).

IV. GÖÇ BAĞLAMINDA İDARİ GÖZETİM ALTERNATİFLERİNE İLİŞKİN POLİTİKA VE UYGULAMALARA GENEL BAKIŞ

240. Bu Bölüm, Avrupa Konseyi üyesi Devletlerde idari gözetim alternatiflerine ilişkin politikalara ve uygulamalara genel bir bakış sunmaktadır. Temel olarak göç bağlamında idari gözetim alternatifleri hakkında bilgi için CDDH – MiG bilgi talebine binaen alınan cevaplara dayanmaktadır ve bu Analiz ile ilgili diğer mevcut raporlar ve çalışmalar ile daha da zenginleştirilmiştir.

İdari gözetim alternatiflerini göz önünde bulundurma yükümlülüğü ve yasal çerçeve

241. Çok sayıda Avrupa Konseyi üyesi Devletin ulusal hukukunda göçmenlerin idari gözetimine başvurmadan önce alternatif tedbirleri değerlendirme yükümlülüğü yer almaktadır. Bununla birlikte, ülkelerin küçük bir kısmında ise bu yükümlülük yalnızca belirli grupları, yani çocukları ve çocuklu aileleri kapsamakta veya yasalarda böyle bir yükümlülük yer almamaktadır. Yanıtların büyük çoğunluğunda belirtildiği gibi, mevcut alternatifler ilgili ulusal göç ve sığınma yasalarıyla düzenlenmekte, çok az sayıda devlet söz konusu uygulamalara ayrıca ikincil mevzuatında yer vermiştir.⁵¹³

242. Buna rağmen, alana ilişkin araştırmalarda idari gözetime alternatif tedbir uygulamaların bazı Üye Devletlerde belirsizliğini koruduğu ve/veya

⁵¹³ CDDH - MiG isteğine yanıtlar. Bkz örneğin A. Edwards, *Back to Basics*, 2014, p v.; A. Bloomfield, A. Bloomfield, E. Tsourdi ve J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, s. 87.

yetersiz bir şekilde düzenlendiği tespit edilmiştir.⁵¹⁴ Bazı ülkelerin kanun ve ikincil düzenlemeleri yeterli rehberlik sağlamamakta ve alternatif tedbirlerin tespiti ve/veya uygulamaya ilişkin ayrıntıları (örn. koşullar, kriterler, vb.) karar alma organlarına veya hâkimlere bırakmaktadır.⁵¹⁵ Bu alternatif tedbirlerin uygulamada kullanımına ilişkin net rehber ilkelerin yokluğu, buna karşılık, bazı Üye Devletlerde uygulama süreciyle alakalı bazı soruları gündeme getirmekte⁵¹⁶ ve zaman zaman bazı Üye Devletlerde uygulama sürecinin şeffaflığına ilişkin soruları akla getirmektedir.

Mevcut alternatiflerin çeşitleri ve ilgili kişiler

243. Alternatif tedbir çeşitleri, Üye Devletlerin çoğunda iç hukukta belirtilmiştir ve bunların bazıları alternatif tedbirleri sınır olarak saymamakta ve böylece ilgili makamların takdir yetkisi yoluyla her durumda diğer tedbirleri dikkate almasına olanak sağlamaktadır. Üye Devletlerin çoğunluğu tarafından listelenen başlıca mevcut alternatif türleri şunlardır: a) düzenli bildirimde bulunma; b) belirli adreste ikamet; c) belgelerin teslimi ve d) teminat. Geri dönüş danışmanlığı, geri dönüş evleri ve/veya gönüllü geri dönüş programları- alternatif bir tedbir olarak veya bir geri dönüş programının ek bir bileşeni olarak- gibi diğer tedbirler de bazı ülkelerde yürürlükte. Birkaç Üye Devlet son zamanlarda yasal düzenlemelerinde yeni alternatiflere yer vermekte veya böyle bir düzenlemeye gitmeyi planlamaktadır.⁵¹⁷

244. Alınan cevaplara göre bazı Üye Devletler alternatif tedbirleri Dublin prosedürü kapsamındaki kişiler ve hakkında sınır dışı işlemlerinin devam ettiği kişiler için uygularken bazı devletlerin ise alternatifleri sığınmacılar ve hakkında geri kabul işlemleri yürütülen kişiler için uyguladığı görülmüştür.⁵¹⁸ Mevcut alternatif uygulama çeşitleri, bireye ilişkin özel şartlara bağlı olarak, ayrı ayrı veya birlikte kullanılabilir. Üye Devletlerin birçoğu tarafından ayrıca

514 Göçmenlerin İdari gözetime Alınmasını Sonlandırmak için Parlamento Kampanyası, *göçmenlerin idari gözetime alınma uygulamalarının incelenmesi ve çocuk göçmenlerin idari gözetime alınmasına yönelik alternatiflerin kullanılması* Çalışması, 2017 s19: A. Bloomfield, E. Tsourdi ve J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, s. 118.

515 A. Bloomfield, E. Tsourdi ve J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, s. 87.

516 Parlamenterler Meclisi, Avrupa'da sığınmacıların ve düzensiz göçmenlerin idari gözetime alınması hakkında rapor, Göç, Mülteciler ve Nüfus Komitesi, Raportör: Bayan Ana Catarina MENDONÇA, 11 Ocak 2010, § 38.

517 Bilgi için CDDH - MIG isteğine yanıt.

518 A.g.e.

belirtildiği üzere, mevcut alternatifler, ilgili programların faydalanıcıları arasında çoğunluğu oluşturmalarına rağmen, özellikle hassas durumdaki bireyler ve gruplar için tasarlanmamıştır. Bunun yanı sıra küçük çocuğu olan ailelere yönelik geri dönüş evleri, aile konaklama merkezleri ve diğer alternatif tedbirler sağlanmış, bazı Üye Devletlerde ise refakatsiz küçükler için açık kabul merkezleri veya bakım uygulamaları geliştirilmiştir.⁵¹⁹

Alternatiflerin uygulanıp uygulanmayacağına karar vermekle yetkili makamlar ve tedbirlerin uygulanmasına ilişkin ölçütler ve usul

245. Alternatif tedbirleri uygulama kararı genellikle yetkili Bakanlıklar, polis makamları, sınır muhafızları veya bir yargı makamı tarafından alınır ve her durumda bireysel bir değerlendirmeye dayanır.⁵²⁰ Bireysel değerlendirme prosedüründe dikkate alınan kriterler arasında, *diğerlerinin yanı sıra*:⁵²¹

- i. Gereklilik ve orantılılık ilkeleri;
- ii. Hassas durumda olma (örn. yaş, sağlık durumu, bireyin özel durumu vb.);
- iii. Amaca ulaşmada tedbirin uygulanabilir ve/veya yeterli olup olmayacağı;
- iv. Kaçma kaybolma olasılığı ve göçe ilişkin tedbirlere uyma;
- v. Maliyet, belirli bir uygulamanın mevcudiyeti, sosyal ve aile bağları, seyahat belgelerinin var olup olmaması, konaklama, finansal hususlar ve benzeri uygulamaya yönelik hususlar

246. Ancak araştırmalar, orantılılık testinin gerektiği gibi uygulanmadığını ve idari gözetim yerine alternatiflerin uygulanıp uygulanamayacağına dair değerlendirme de dahil olmak üzere idari gözetim alternatiflerine ilişkin karar verme sürecinin kalitesine dair problemler olduğunu saptamıştır.⁵²² Kararların zaman zaman basmakalıp ve esasa ilişkin bir değerlendirmeden yoksun olarak

⁵¹⁹ Aynı

⁵²⁰ Bununla birlikte, sorumlu makamların kişinin sığınma veya uzaklaştırma prosedürlerinden geçip geçmediğine bağlı olarak farklılık gösterebileceği unutulmamalıdır. Aynı Ayrıca bkz. EMN, *Sentez Raporu*, 2014, s. 24.

⁵²¹ Bilgi için CDDH - MIG isteğine yanıtlar. Ayrıca bkz. EMN, *Sentez Raporu*, 2014, s. 22 -24.

⁵²² A. Bloomfield, E. Tsourdi ve J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, s. 73-74

verildiği bunun da karar almada keyfilik riskini arttırdığı gözlemlenmiştir.⁵²³ Buna ek olarak, hassas durumdaki kişilerin belirlenmesi gibi bireysel tarama ve değerlendirme prosedürlerinin geliştirilmesi gereği, Avrupa Konseyi organları tarafından da defalarca vurgulanmıştır.⁵²⁴

Hassas durumdaki kişiler

247. Hassasiyet, değerlendirme prosedürleri sırasında göz önünde bulundurulması gereken önemli bir husustur ve birkaç Üye Devlet, hassas durumdaki kişilerin belirlenmesine ilişkin ek bilgilerin sunulduğunu göstermektedir.⁵²⁵ Genel olarak, ulusal mevzuat, hassas durumdaki bireylerin ve grupların yalnızca çok istisnai durumlarda idari gözetim altına alınmasına izin vermektedir.⁵²⁶ Özellikle çocuklar ile ilgili olarak, Üye Devletler arasında farklı uygulamalar mevcuttur. Bazı ülkeler belirli bir yaştan altındaki çocukların idari gözetim altına alınmasına izin vermezken, diğerleri çok istisnai durumlarda idari gözetim altına alınmasına izin vermektedir. Genel olarak refakatsiz veya belirli bir yaştan altındaki çocuklar ya ulusal mevzuat veya uygulamalara göre idari gözetimden muaftır ya da sadece bazı Üye Devletlerde olağanüstü durumlarda idari gözetim altına alınırlar.⁵²⁷

Örneğin, FRA'nın yakın tarihli bir raporunda, AB Üye Devletlerinin yarısının sığınma ve/veya sınır dışı prosedürlerine tabi refakatsiz çocukları idari gözetim altına almadığını ortaya konmuştur.⁵²⁸ Çocuklu ailelerin idari gözetim altına alınması, belirli istisnalar dışında (bazıları bu tür idari gözetim altına almayı tamamen yasaklamaktadır) çoğu Üye Devlette son çare olarak istisnai bir tedbir olarak mümkündür.⁵²⁹

523 A.g.e., s. 117.

524 İnsan Ticaretine Karşı Eylem Uzmanları Grubu (" GRETA "), 5. 1 Ekim 2014 - 31 Aralık 2015, Şubat 2016, § 99 ve 103 arasındaki dönemi kapsayan GRETA'nın faaliyetlerine ilişkin Genel Rapor. Bkz. Ayrıca, EMN, *Sentez Raporu*, 2014, s. 27; FRA, *AB'deki mevcut göç durumuna ilişkin aylık veri toplama: Tematik odak: Yetkisizlik*, Ağustos 2016 aylık rapor s. 8-10: A. Bloomfield, E. Tsourdi ve J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, s. 117.

525 Bilgi için CDDH - MIG isteğine yanıt.

526 EMN Sentez Raporu, 2014, s. 20.

527 Bilgi için CDDH - MIG isteğine yanıt. Ayrıca bkz. EMN, *Sentez Raporu*, 2014, s. 20.

528 FRA, *çocuk göçmenlerin idari gözetime alınmasına ilişkin Avrupa yasal ve politika çerçevesi*, 2017, s. 36.

529 Bilgi için CDDH - MIG isteğine yanıt. Ayrıca bakınız, FRA, *çocuk göçmenlerin idari gözetime alınmasına ilişkin Avrupa yasal ve politika çerçevesi*, 2017, s. 55.

248. Refakatsiz çocuklar ile ilgili olarak, sahadaki diğer aktörler tarafından bir dizi koruma boşluğu tespit edilmiştir. Özellikle, bu boşluklar etkisiz vasilelik sistemleri, yaş değerlendirme prosedürleri, çocuğun yüksek yararını sağlamaya yönelik mekanizmalar ve çocuklar için özel tesislerde sınırlı yer olması veya hiç yer olmaması ile ilişkilidir.⁵³⁰ Çocuk koruma sistemlerindeki bu tür boşluklar, çocukların hızlı bir şekilde tespit edilmesini ve idari gözetim altına alınmasını önleyen ek güvencelere erişimlerini engellemektedir. Bu durum refakatsiz çocukların uygun bakım düzenlemeleri ve alternatifleri yerine yetersiz koşullarda uzun süre idari gözetim altına alınmalarına neden olabilmektedir.⁵³¹

Yasal başvuru yolları ve izleme mekanizmaları

249. Yasal başvuru yollarının mevcudiyetine ilişkin olarak, bazı Üye Devletler alternatiflerin uygulanmasına ilişkin kararın ilgili mahkemeler önünde temyiz edilebileceğini belirtmektedir. Birkaç ülkede karara itiraz ancak başka bir itirazın parçası olarak sunulabilir.⁵³² Buna ek olarak, bazı durumlarda değerlendirmeler ilgili makamlar veya STK'lar tarafından gerçekleştirilmesine rağmen, idari gözetime alternatif tedbirlerin iyi bir şekilde uygulanmasına ilişkin izleme mekanizmaları ve/veya yargı denetimi bazı Üye Devletlerde mevcut değildir.⁵³³

250. Diğer aktörler tarafından sahada yapılan araştırmalar da bir alternatiflere dair izleme mekanizmalarının bulunmadığını ve/veya alternatiflerin düzenli olarak değerlendirilmediği yönündedir.⁵³⁴ Bazı Üye Devletlerde, idari gözetim altına alınmanın uygunluğuna ilişkin düzenli veya sistematik bir gözden geçirmenin eksikliği de buna dahildir⁵³⁵ ve bu da bazı üye ülkede halihazırda belgelenmiş keyfi veya uzun süreli idari gözetim vakalarına ve alternatif tedbirlerin uygulanmasına ilişkin bir üst zaman sınırlamasının yer almamasına yol açabilir niteliktedir.⁵³⁶

530 GRETA, 1 Ocak - 31 Aralık 2016 arasındaki dönemi kapsayan GRETA'nın Faaliyetlerine İlişkin 6. Genel Rapor §§ 109 -113; UNICEF, *Bir çocuk bir çocuktur - Hareket halindeki çocukları şiddet, istismar ve sömürden korumak*, UNICEF, Mayıs 2017, s. 30; FRA, "Temel göç sorunları: ilk raporlamadan itibaren bir yıl, Ekim 2016, s. 4 -5.

531 FRA, "Temel göç sorunları: ilk raporlamadan itibaren bir yıl, Ekim 2016, s. 8.

532 Bilgi için CDDH - MIG isteğine yanıt. Ayrıca bkz. A. Bloomfield, E. Tsourdi ve J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, s. 117.

533 Bilgi için CDDH - MIG isteğine yanıt.

534 A. Bloomfield, E. Tsourdi ve J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, s. 118.

535 EMN Sentez Raporu, 2014, s. 27.

536 Bilgi için CDDH - MIG isteğine yanıt. ⁵⁶⁶ Ayrıca bkz. A. Bloomfield, E. Tsourdi ve J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, s. 118.

251. Üye Devletlerin çoğunluğunun eğilimi alternatiflerin uygulamada büyük ölçüde kullanılmadığı veya yalnızca ilgili az sayıda kişi için mevcut olduğu yönündedir.⁵³⁷ Avrupa Konseyi,⁵³⁸ BM⁵³⁹ ve AB⁵⁴⁰ dahil olmak üzere alandaki çeşitli aktörlerin bulgularının yanı sıra akademik ve uzman araştırmalarının⁵⁴¹ bu eğilimi doğruladığı görülmektedir.

252. Bunun farklı nedenleri vardır, ancak diğerlerinin yanı sıra Üye Devletlerin bu tedbirlerin göç prosedürlerine uyumu sağlamadaki etkinliği konusunda ikna olmadıkları ve kaçma kaybolma riski hakkındaki endişelerini dile getirdikleri görülmektedir. Bu, cevapların çoğu Üye Devletlerin çoğunluğu tarafından kaydedilse de özellikle söz konusu cevaplar “transit ülkeler” olarak karakterize edilen Üye Devletler tarafından kaydedilmiştir ki transit ülkeler göçmen nüfusunun büyük bir bölümünü diğer Üye Devletlere yönelebileceğini belirten ülkelerdir.⁵⁴²

253. Bir kişinin idari gözetim altına alınması veya alternatif bir tedbirin uygulanması konusunda karar verilirken kaçma kaybolma riski çok önemli olarak kabul edilir. Bireysel vakada belirli bir alternatif tedbirin seçimi de kaçma kaybolma riskiyle yakından bağlantılıdır. Bu nedenle, kaçma kaybolma riskini değerlendirmek için detaylı ve belirli araçlara sahip olmak, bu bağlamda en iyi karara varmak için kritik öneme sahiptir. Bu bağlamda, kaçma kaybolma riskini değerlendirmek için açık değerlendirme göstergelerinin ve/veya kriterlerinin Üye Devletlerde daha da güçlendirilebileceği ve desteklenebileceği görülmektedir. Ulusal düzeyde var olan kriterler, *diğerlerinin yanı sıra*, daha fazla

⁵³⁷ Bilgi için CDDH - MIG isteğine yanıt.

⁵³⁸ İnsan Hakları Komiserliği, İnsan Hakları Yorumu, Devletler için göçmenlerin idari gözetime alınmasına yönelik alternatiflere yatırım yapmanın tam zamanı, 31/01/2017; Parlamenterler Meclisi, *Karar 2020 (2014)*, § 8 Çocuklar için idari gözetim alternatiflerinin eksikliği ile ilgili olarak bkz. Göç ve mülteciler Genel Sekreteri Özel Temsilcisi tarafından hazırlanan göçmen ve mülteci çocuklara ilişkin Tematik Rapor, Bilgi Belgeleri, SG/Inf(2017)13, 10 Mart 2017.

⁵³⁹ *Göçmenlerin insan haklarına ilişkin Özel Raportör Raporu*, François Crépeau, *Bölgesel çalışma: Avrupa Birliği'nin dış sınırlarının yönetimi ve göçmenlerin insan haklarına etkisi*, A/HRC/23/46, 24 Nisan 2013, § 48.

⁵⁴⁰ Avrupa Komisyonu, *Komisyon'dan Konsey'e ve Avrupa Parlamentosuna AB Dönüş Politikasına ilişkin Mühabere*, com(2014) 199 son, Brüksel, 28.3.2014, s. 15.

⁵⁴¹ A. Bloomfield, E. Tsourdi ve J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, s. 116.

⁵⁴² Bilgi için CDDH - MIG isteğine yanıt.

yasal belirlilik ve tarafsızlık yoluyla iyileştirilebilir.⁵⁴³ Kaçma kaybolma riskini ve/veya dikkate alınması gereken faktörleri etkili bir şekilde değerlendirmek, yetkili makamlar için zorluk oluşturabilir. Bu nedenle, değerlendirme prosedürlerinin genel kalitesini arttırmak, uygun bir alternatifte karar vermek için en önemli adımlardan birini teşkil eder.⁵⁴⁴

254. Bahsedilen bir diğer husus, kapsamı sınırlı olduğu veya ilgili kişilerin şartları sağlayamadığı için bazı alternatif türlerinin uygulamada kullanılmadığı gerçeğidir.⁵⁴⁵ Bu durum, teminat gibi tedbirlerin kişilerin mali gücünün bu tedbirin uygulanmaması için yeterli olmaması ile ilgili olarak vurgulanmaktadır. Konaklama ve dokümantasyon eksikliğinin de uygulamada alternatif tedbirlerin uygulanmasında zorluklar yarattığı düşünülmektedir.⁵⁴⁶

255. Ancak, bir alternatif tedbir olarak teminat örneğinde görüldüğü üzere, garantör veya teminat gösterme gibi uygulamaya yönelik hususların bazıları özellikle ülkede arkadaşları, ailesi olmayan veya yeterli mali kaynağa ve/veya sivil toplum kuruluşlarına erişimi olmayan birçok göçmen için söz konusu tedbiri uygulamada ayrımcı veya etkisiz kılmaktadır.⁵⁴⁷ Benzer şekilde, belirli bir yerde ikamet etme tedbiri uygulamada yeterli ikamet seçenekleri mevcut değilse, tamamen etkisiz olabilir. Düzenli bildirimde bulunmaya ilişkin olarak, bildirim yerinin kişinin ikamet ettiği yere uzak olduğu durumlarda, söz konusu alternatif kişilere göç yetkilileri ile düzenli toplantıların yapıldığı yerlere ücretsiz ulaşım sağlanmadığı sürece genellikle etkisiz olabilir.⁵⁴⁸

256. Birkaç Üye Devlette, göç bağlamında idari gözetim alternatifleri kavramının farklı yorumlandığı diğer çalışmalar tarafından tespit edilmiştir. Bazı *fiili* idari gözetim uygulamalarının (alternatif idari gözetim *biçimleri*) Devlet makamları tarafından idari gözetim alternatifleri olarak kabul edildiği veya teşvik edildiği

543 M. Moraru, G. Renaudiere, *İade Direktifinin IV. Bölümünün Yargısal Uygulanmasına İlişkin Avrupa Sentez Raporu – Geri Alım Öncesi İdari Gözetim*, RR 2016/05, Robert Schuman İleri Araştırmalar Merkezi, San Domenico di Fiesole (FI): Avrupa Üniversitesi Enstitüsü, 2016: EMN Sentez Raporu, 2014, s. 27.; A. Bloomfield, E. Tsourdi ve J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, s. 117.

544 EMN Sentez Raporu, 2014, s. 23 ve 27

545 Bilgi için CDDH - MIG isteğine yanıt. İnsan Hakları Komisierliği Yorumu, Devletlerin göçmen idari gözetime alma alternatiflerine yatırım yapmaları için tam zamanı, 31/01/2017.

546 Bilgi için CDDH - MIG isteğine yanıt.

547 A. Bloomfield, E. Tsourdi ve J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU (AB'de Göçmenlik ve İltica Tutukluluğuna yönelik Alternatifler)*, 2015, s. 94-95

548 A.g.e., s 68-69.

görülmüştür.⁵⁴⁹ Her ne kadar istatistikler birçok alternatifi idari gözetimden daha az masraflı olduğunu gösterse de, devletlerin mali kaynaklarının eksikliği bazı alternatif tedbirlerin uygulanmasını zorlaştırabilir. Göç bağlamında idari gözetim alternatiflerinin uygulanma süresine dair tek ve ortak bir uygulama olmaması da aynı şekilde endişelere yol açmaktadır.⁵⁵⁰

257. Son olarak, bazı Üye Devletlerde bilgiye etkin erişimi sağlamak için çaba gösterilmiş olsa bile, mesleki yorum, iletişim kanallarının çeşitliliği ve destekleyici belgelerin erişilebilirliği, kalitesi ve dili ile ilgili engeller hala devam etmektedir. Hassas durumdaki kişileri tespit etmek amacıyla idari gözetim ve kabul merkezlerindeki personele yatırım yapılmaması da aynı şekilde endişeye yol açabilir.⁵⁵¹

Alternatiflerin kullanımına yönelik deneyimler ve görüşler

258. Alternatif tedbirlerin genel veya spesifik programlar ile ulusal politikaya dahil edilmesi, bazı Üye Devletler tarafından olumlu bir adım olarak rapor edilmiştir. Bunun nedeni, alternatiflerin orantılılık ilkesinin doğru bir şekilde uygulanmasını veya idari gözetimden salıverilen kişilerin hala yetkililerle işbirliği yapmasını sağlayabilmesidir.⁵⁵² Kullanılan belli başlı alternatifler ile ilgili olarak, bazı Üye Devletler a) belirli bir yerde ikamet etme; b) raporlama yükümlülüğü; ve c) destekli geri dönüş programları veya geri dönüş danışmanlığı ile ilgili deneyimlerinin olum olduğunu belirtmiştir.⁵⁵³ Bunlara rağmen, bazı Üye Devletlerin olumlu uygulamaların bildiriminde yeterli deneyime sahip olmadığına ve alternatiflerin uygulamada çok sınırlı kullanıldığına da ayrıca dikkat çekilmiştir.⁵⁵⁴

İstatistiksel bilgiler ve etkinliğin değerlendirilmesi

259. Alternatiflerin uygulandığı kişiler, insan hakları üzerindeki etkileri, göç prosedürlerine ilişkin istatistiksel bilginin ölçeği oldukça sınırlı olabilmekte ve/veya mevcut olmayabilmektedir.⁵⁵⁵ Genel olarak, sadece bazı Üye Devletler bu

549 A.g.e., s. 116.

550 A.g.e., s. 117-118.

551 Bkz. ENNHRI'nin CDDH - MiG Analizine yazılı katkısı.

552 Bilgi için CDDH - MiG isteğine yanıt.

553 Desteklenen gönüllü programların veya geri dönüş danışmanlığının her zaman terimin katı anlamı dahilinde idari gözetim alması alternatif olarak değil, daha ziyade bir geri dönüş programının bir parçası olarak kabul edilebileceği unutulmamalıdır.

554 A.g.e.

555 Bilgi için CDDH - MiG isteğine yanıt; İnsan Hakları Komiserliği, İnsan Hakları Yorumu,

tür bilgileri sağlamaktadır ve genellikle bu bilgi alternatif tedbirlere tabi olan veya idari gözetim altına alınanların sayısı, idari gözetim veya alternatifler ile ilgili maliyetler ile sınırlıdır. Bu nedenle, sınırlı istatistiksel bilgi genel sonuçlar çıkarmaya ve/veya açık karşılaştırmalar yapmaya izin vermez.

260. Bununla birlikte, mevcut alternatif tedbirlerin düzenli olarak değerlendirilmesi, devam eden zorlukların ele alınması ve uygulamada alternatif tedbirlerin işleyişinin ve etkinliğinin iyileştirilmesi açısından önemli kabul edilmektedir.⁵⁵⁶ Bu bağlamda, Parlamenterler Meclisi, diğerlerinin yanı sıra, kullanım, etkinlik ve en iyi uygulamalar da dahil olmak üzere idari gözetim alternatifleri üzerinde ampirik araştırma ve analiz yapma gereğini vurgularken, hareket özgürlüğüne saygı gösteren tedbirler ve bu özgürlüğü kısıtlayanlar arasında bir ayırım yapma gereğini vurgulamıştır.⁵⁵⁷ Bu nedenle, alternatiflerin farklı ortamlarda etkili işleyişini değerlendirmek için daha kapsamlı yöntemler bu konuda yararlı olacaktır. Buna ek olarak, uyumun sağlanması, maliyetlerin azaltılması ve göçmenlerin haklarının ve refahının korunmasında belirli modellerin veya yaklaşımların etkinliği hakkında tutarlı ve kamuya açık bilgiler kesinlikle sahadaki ilerlemeyi artıracaktır. Önemli bir şekilde, sivil toplumun uygulama sürecine daha fazla katılımının, etkinliğin sağlanmasından somut fayda yaratabileceği görülmektedir.⁵⁵⁸

261. Genel olarak Üye Devletlere, devam eden hukuki ve uygulamaya yönelik zorlukları aşmaları ve idari gözetim alternatiflerinden daha fazla yararlanabilmeleri için daha fazla destek sağlanabilir. Üye Devletlerin çoğunluğunun iç hukuklarında alternatifleri değerlendirmeye ilişkin yasal bir yükümlülük getirdiği ve bu konuda adımlar attığı göz önüne alındığında, bu özellikle önem arz etmektedir. Bununla birlikte, bu tedbirlerin uygulamada etkin bir şekilde nasıl uygulanacağına ilişkin kapsamlı bilgiler, Üye Devletleri çabalarında daha fazla destekleyecektir.

Devletler için, göçmenlerin idari gözetime alınması alternatiflerine yatırım yapmanın tam zamanı, 31/01/2017; EMN, *Synthesis Report*, 2014, s. 41; A. Bloomfield, E. Tsourdi ve J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, s. 118.

556 Göçmenlerin insan haklarına ilişkin Özel Raportör Raporu, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2 Nisan 2012, § 74; O. Field ve A. Edwards, *Alternatives to Detention of Asylum - Seekers and Refugees*, 2006, § 175

557 Parlamenterler Meclisi, *Karar 1707 (2010)*, § 9.3.4

558 A. Bloomfield, E. Tsourdi ve J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, s. 119.

V. İZLENECEK YOL: CDDH’NİN YÜRÜTECEĞİ YENİ ÇALIŞMALARA YÖNELİK İHTİYACIN DEĞERLENDİRİLMESİ – SAĞLANACAK KATMA DEĞER VE ATILACAK ADIMLAR

1. Gelecekte yapılacak çalışmalara yönelik ihtiyaç

262. Bu Analizin başında gösterildiği gibi, Avrupa ve uluslararası düzeyde göç bağlamında idari gözetim alternatiflerinin gözden geçirilmesi ve uygulanmasına ilişkin bir yükümlülük bulunmaktadır. Bu yükümlülük, Üye Devletlerin alternatif tedbirlere öncelik vermesinin vurgulandığı uluslararası insan hakları standartları, beyanlar, tavsiyeler ve ülkeye özgü çalışmalarda sürekli olarak vurgulanmıştır.

263. Bazı Üye Devletler, özellikle hassas durumdaki kişiler için göç bağlamında idari gözetimin kullanımını sınırlamak ve ulusal mevzuatlarında göç bağlamında idari gözetim alternatifleri sunmak için yasal veya politik reformlar gerçekleştirmiştir. Buna ek olarak, ulusal bağlamlarına ve/veya belirli bir göç nüfusuna yönelik özel alternatif tedbirlerinin aktif olarak keşfedilmesi için adımlar atılmıştır. Bazı Avrupa Konseyi üyesi Devletler de BMMYK’nın *Küresel Strateji: Gözaltının Ötesinde*,⁵⁵⁹ ve ulusal düzeyde diğer ilgili faaliyet ve projelere katılmıştır.⁵⁶⁰

⁵⁵⁹ BMMYK *Küresel Stratejiyi başlattı: diğerlerinin yanı sıra, idari gözetim altına alternatiflerinin yasalarda mevcut olmasını ve uygulamada uygulanmasını ve çocukların göçmen idari gözetim alınmasına son vermeyi amaçlayan Haziran 2014’ de, İdari gözetimin ötesinde 2014 -19. Daha fazla bilgi için bkz. BMMYK, 2014 -2019 İdari gözetim Ötesi: Sığınmacı ve mültecilerin idari gözetim altına alınmasını sona erdirmek için hükümetleri desteklemeye yönelik Küresel Bir Strateji*, 2014. Aşağıdaki Avrupa Konseyi üyesi Devletler Haziran 2014 ’te Stratejiye katıldılar: Macaristan, Litvanya, Malta ve Birleşik Krallık. Aralık 2016 ’da, diğer dört Avrupa Konseyi üyesinin, yani Belçika, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti ve "Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti" Stratejisine katılacağı duyuruldu. "Bkz. BMMYK, *Uluslararası Göç Üzerine On Beşinci Koordinasyon Toplantısına Katkı*, BM/POP/MIG -15CM/2017/14, 10 Şubat 2017,§ 22 -24. ⁵⁶⁰ Çeşitli Avrupa Konseyi üyesi Devletlerde idari gözetim altına alınmaya yönelik alternatiflere ilişkin çeşitli faaliyetler ve pilot projeler gerçekleşiyor.

264. Eylül 2016 'da BM Yüksek Düzey Zirvesi'nde kabul edilen *Göçmenler ve Mülteciler İçin New York Deklarasyonu*'nda göç bağlamında idari gözetim alternatiflerine yer verilmiş ve bu Deklarasyon ile alternatiflerin uygulanmasına dair bir ivme ve kararlılık ortaya çıkmıştır. Burada, devletler, *diğerlerinin yanı sıra*, idari gözetim alternatiflerini uygulamayı ve göçe ilişkin nedenler ile çocukların idari gözetim altına alınmasını sonlandırmak için çalışmayı taahhüt etmiştir.⁵⁶¹

265. Bu taahhütlere ve olumlu gelişmelere rağmen, devam eden hukuki ve uygulamaya yönelik zorlukların göç bağlamında idari gözetim alternatiflerinin sistematik olarak uygulanmasını ciddi şekilde sınırlandırdığı görülmektedir. Alternatiflerin gerçekten etkili olabilmesi için ele alınması gereken pek çok önemli boşluk hala mevcuttur.

266. Bu analiz, farklı alternatif tedbirlerinin güçlü ve zayıf yönlerini belirterek mevcut alternatifleri ortaya koymuştur. İdari gözetim alternatiflerinin uygulanmasına ilişkin küresel karşılaştırmalı araştırmada ise hiçbir modelin, etkinlik için önemli hususlara gereken ağırlık verilmediği sürece, tek başına veya bir "seçenekler menüsü" olarak sürdürülebilir çözümler sağlayamayacağını göstermektedir. Genel olarak, mevcut kanıtlardan elde edilen kritik sonuçlardan biri, uyumluluk, insan hakları faydaları ve maliyetler açısından herhangi bir alternatifin etkili olabilmesi için yürürlükte olması gereken bazı temel unsurların dikkate alınması gerektiğine işaret etmektedir. Bu temel unsurları doğru bir şekilde sağlamak, kullanıldığı alternatifin türü veya modelinden veya bir Üye Devletin belirli bir modele harcadığı mali kaynakların miktarından bile daha önemli olabilir.

267. Bu, kolay çözümlerin olmadığı anlamına gelse de söz konusu temel unsurları çok çeşitli uygulama ve yaklaşımlara dahil etmek mümkündür. Ayrıca, neyin mümkün olduğuna dair mevcut fikirleri genişletirken "etkinliği" güçlendiren yenilikçi yaklaşımlar geliştirmek için bir fırsat olabileceği anlamına da gelir. Bu anlamda hem göç bağlamında idari gözetim uygulamalarının hem de bu idari gözetim alternatiflerinin tarihsel açıdan nispeten yeni olduğunu kabul etmek önemlidir. Başka bir deyişle, göç bağlamında idari gözetim alternatiflerinin aslında nasıl en iyi şekilde işlediğinin ve gerçekten etkili hale geldiğinin anlaşılması, çoğu paydaş için hala devam eden bir öğrenme süreci olacaktır. Bununla birlikte, bu deneme yanılma yöntemi ile Devletlerin yalnızca yasal yükümlülüklerini kabul etmelerini değil, aynı zamanda

561 Genel Kurul, *New York Mülteciler ve Göçmenler Bildirgesi*, § 33.

sahadaki uygulamaya yönelik teknik bilgileri ve somut yöntemleri paylaşma kapasitelerini güçlendirmelerini desteklemek kritik öneme sahiptir.

268. Avrupa'daki mevcut alternatif tedbirlerin listesi sahada uygulamadan ziyade katılıma odaklanmak için bir fırsat olabileceğini göstermektedir. Uyum, fayda ve yürütme bakımından alternatiflerin en başından itibaren ilgili kişileri etkin *bir şekilde* sürece dahil ettiği durumlarda daha başarılı sonuçlar elde edilebilir. Başka bir deyişle, başarılı *katılımı* temel alan uygulamalar, nihayetinde, göç yönetimi politikalarının daha iyi *uygulanmasına* yol açabilir ve insan haklarının korunmasına son derece katkıda bulunabilir.

269. Sonuç olarak, birincisi, idari gözetim alternatiflerinin büyük ölçüde kanunlarla tesis edilmesine rağmen, ulusal düzeyde sistematik bir uygulama geliştirilebilir; ikincisi, ulusal düzeyde alternatiflerin uygulandığı yerlerde, seçenekler yeterince geniş veya çeşitli bir yelpazede önemli ölçüde genişletilebilir; üçüncüsü, idari gözetim alternatiflerinin uygulanması ve geliştirilmesi ve başarılarının sağlanması sırasında etkinliğin belirli temel unsurlarına çok daha fazla önem verilebilir.

2. Olası sonraki adımlar

270. Yukarıdakiler ışığında, Devletler kendi ulusal bağlamlarında gerçekten etkin alternatiflerin geliştirilmesi ve uygulanmasında daha fazla destekten yararlanabilirler. Mevcut yasal (hukuki) ve uygulamaya yönelik zorlukların üstesinden gelmek için bu temel unsurların nasıl kullanılacağına ilişkin rehberlik de dahil olmak üzere göç bağlamında etkin idari gözetim alternatiflerinin temel unsurları konusunda genel bilgiler verilmesi oldukça faydalı olabilir. Etkinliğin temel unsurlarının belirli bir göçmen nüfusa veya bir Devlet bakımından yürürlükte olan alternatif tedbire nasıl uygulanacağına ilişkin özel rehberlik de yararlı olabilir. Bu, Avrupa Konseyi Üyesi Devletlerin arasında başarılı alternatiflerin temel unsurlarının daha geniş ve kapsamlı bir şekilde teşvik edilmesini içerebilir.

271. Göç bağlamında etkin idari gözetim alternatiflerinin araştırılması ve geliştirilmesine yönelik Ulusal İnsan Hakları Kurumları (NHRI) ve sivil toplum örgütleri gibi önemli aktörlerin, üretken bir biçimde çalışmalara dâhil edilmesinde, özellikle söz konusu aktörlerin "etkinlik" hedeflerinin yakalanması açısından kesin başarı gösterdikleri durumlarda, ekstra desteğe ihtiyaç duyulabilir.

Ceza adaleti bağlamında, Hapis Dışı Tedbirlere İlişkin Birleşmiş Milletler Minimum Standart Kuralları ("Tokyo Kuralları"), ilk planlama, uygulama, yasal tedbirler, eğitim, değerlendirme ve araştırma gibi konuları da kapsayacak şekilde alternatif tedbirlerle ilgili geniş bir yelpazede rehberlik sağlamaktadır. Göç bağlamında böyle kapsamlı bir kılavuz kurallar hala mevcut değildir.

272. Açıkçası, Tokyo Kuralları'nın bir kısmı göç (idari hukuk) bağlamında da uygulanabilmektedir ve kapsamlı kurallar geliştirmek için yararlı bir başlangıç noktası sağlayabilir. Bununla birlikte, ceza hukuku bağlamında uygulanan asgari standartlar ile göç yönetimine uygulanan standartlar arasında bir ayırım yapılmalıdır. Bu konuyu ele almak büyük önem arz etmektedir. Avrupa Konseyi Göç Bağlamında İdari Gözetime İlişkin Uzmanlar Komitesi ("CJ - DAM") şu anda göç bağlamında idari gözetime ilişkin koşullar ile ilgili kuralları kodifiye etmektedir.

273. Genel olarak, Sözleşmenin 5 § 1(f) ve belirli koşullar altında 5 § 1(b) Maddesi kapsamında ilgili tüm kişileri kapsayan göç bağlamında etkin idari gözetim alternatifleri konusunda Avrupa düzeyinde açık veya kapsamlı bir hukuki çerçeve bulunmamaktadır. İnsan haklarına uygunluğun yanı sıra etkinliği ve göç prosedürlerine uyumu da garanti altına alacak göç bağlamında idari gözetim alternatiflerinin açık ve kapsamlı güvenceleri kapsayacak şekilde yasal bir çerçeveye oturtulması gerekmektedir.

274. Avrupa Konseyi, alternatiflerin etkili bir şekilde nasıl düzenlenebileceği konusunda rehberlik sağlamak için uzmanlığını ve özellikle insan hakları perspektifini dahil edebilir. Üye Devletler, etkinlik ve katılım temelli yaklaşımların temel unsurları üzerine inşa edilen kapsamlı ve çeşitli alternatif modelleri geliştirilmeleri ve uygulamaları için desteklenebilirler. Bu, Üye Devletlerin devam eden çabalarına katkıda bulunabilir ve aynı zamanda sahadaki diğer Avrupalı ve uluslararası paydaşlar tarafından yürütülen çalışmaları tamamlayabilir.

275. Gelecekteki çalışmalara yönelik somut bir öneri olarak, CDDH'nin önümüzdeki iki yıl boyunca sürecektir olan öncülüğü ışığında, başarı için yakın gelecekte adım adım yönergeler sunan bir stratejinin en iyi tercih olacağı söylenebilir. İlk aşamada sağlanan katma değer, yetkililer için göç bağlamında idari gözetim alternatiflerinin etkili bir şekilde uygulanabilmesi için uygulamaya yönelik ve kullanıcı dostu bir el kitabının geliştirilmesi olabilir. Bu tür bir el kitabı sadece hukuki boyutu ele almamalı, aynı zamanda alternatiflerin ve alınan

derslerin başarılı bir şekilde uygulanmasına rehberlik etmek için etkinlik ve iyi uygulamanın temel unsurlarından yararlanmalıdır. Bu tür çalışmalarla birlikte, *Avrupa Konseyi, diğerlerinin yanı sıra*, gönüllü olarak ilgili Üye Devletlerle alanda belirli iş birliği projeleri yürütme olasılıklarını araştırabilir. Mevcut çalışmaya yönelik takip sürecinde akla gelebilecek ikinci bir adım, örneğin, özellikle çocuklara odaklanan göç bağlamında etkin idari gözetim alternatiflerine ilişkin bir kılavuzun hazırlanması olabilir. Uygulamada olan tedbirlerin etkisi hakkında bilgi alışverişi, sonraki çalışmalar için büyük önem arz etmektedir. Gelecekte yapılacak çalışmaların mümkün olduğunca yararlı olabilmesi için, alternatif tedbirlere ilişkin insan hakları standartlarının ve etkin alternatiflerin temel unsurlarının kullanıcı dostu, erişilebilir ve uygulamaya yönelik bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir.

* * *

Bu Analiz, özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yargı yetkisine ve diğer Avrupa Konseyi standartlarına odaklanarak, göç bağlamında idari gözetime alternatif tedbirlere ilişkin uluslararası insan hakları standartlarına kapsamlı bir genel bakış sunmaktadır. Uygulamaya yönelik açıdan, Analiz göç prosedürlerine uyum, insan haklarına saygı ve maliyet verimliliği açısından göç bağlamında idari gözetim alternatiflerini etkin kılan temel unsurları ortaya koymaktadır. Benzer şekwilde göç bağlamında idari gözetime alternatif tedbirlerin sınırlı olmayan bir şekilde ortaya koyan bu çalışma tedbirlerin temel özelliklerinin yanı sıra potansiyel fayda ve dezavantajlarını da incelemektedir.

Bu çeviri, Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi arasındaki ortak bir programın fonları kullanılarak hazırlanmıştır. Burada ifade edilen görüşler hiçbir şekilde Avrupa Birliği'nin resmi görüşünü yansıtmaz.

TUR

Avrupa Birliği üye ülkeleri bilgi, kaynak ve geleceklerini birleştirmeye karar vermiştir. Bu ülkeler, birlikte, kültürel çeşitlilik, hoşgörü ve bireysel özgürlükleri korurken, istikrar, demokrasi ve sürdürülebilir kalkınma bölgesi oluşturmuşlardır. Avrupa Birliği, bu kazanımlarını ve değerlerini sınırları ötesindeki ülkeler ve insanlarla da paylaşmaya karardır.

www.europa.eu

Avrupa Konseyi Avrupa kıtasının önde gelen insan hakları kuruluşudur. Kuruluş, Avrupa Birliği'ne üye tüm ülkeler dahil olmak üzere 47 üye ülkeden oluşmaktadır. Tüm Avrupa Konseyi üyeleri insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğünü korumaya yönelik Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini imzalamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmenin üye ülkelerdeki uygulamasını denetler.

www.coe.int

Bu çeviri Avrupa Birliği ile ortaklaşa finanse edilmiştir



COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE