

**TÜRKİYE'DE İDARİ GÖZETİM  
DÜZENLEME VE  
UYGULAMALARINA İLİŞKİN  
GENEL BİR HUKUKİ  
DEĞERLENDİRME**



Bu çalışma Avrupa Birliğinin maddi desteği ile gerçekleşmiştir. İçerik tamamıyla Mültecilerle Dayanışma Derneği sorumluluğu altındadır ve Avrupa Birliği'nin görüşlerini yansıtmak zorunda değildir.

Bu hukuki değerlendirme, Mültecilerle Dayanışma Derneği (Mülteci-Der) tarafından Avrupa Birliği Demokrasi ve İnsan Hakları Avrupa Aracı-Türkiye Programı kapsamında Avrupa Birliği'nin finansal desteğiyle yürütülen "İdari Gözetimde Haklar" başlıklı proje kapsamında, Dr. Neva Övünç Öztürk ve Doç.Dr. K. Burak Öztürk tarafından hazırlanmıştır.

Mültecilerle Dayanışma Derneği, 2008 yılından bu yana, zorunlu göçe maruz kalan sığınmacılar, mülteciler ve göçmenlerin insan onuruna yakışır biçimde, evrensel insan hakları ve uluslararası ve ulusal hukuktan doğan haklarına ve hizmetlere erişebilmeleri için hak-temelli çalışmalar yürüten bir sivil toplum örgütüdür.

İdari gözetim, haklarında sınır dışı kararı alınan yabancıların, sınır dışı işlemi gerçekleşene kadar alıkonulmasıdır. Fiili olarak kişinin "özgürlüğünden mahrum bırakılması" anlamına gelen idari gözetim altına alınan yabancılar açısından ulusal ve uluslararası hukukta usuli güvenceler olsa da, keyfi uygulamalar ve ihlaller yaygın biçimde gözlemlenmektedir. Hak sahipleri, karar vericiler, uygulayıcılar, savunucular ve araştırmacılar için yararlı olacağını umduğumuz bu eser, uygulamaların ulusal ve uluslararası hukuk çerçevesinde bir değerlendirmesi niteliğindedir.

Bu eseri kaleme alan Dr. Neva Övünç Öztürk ve Doç.Dr. K. Burak Öztürk başta olmak üzere, paylaştıkları deneyimlerle ışık tutan iltica-göç alanında çalışan avukatlar ve sivil toplum çalışanlarına, tüm emeği geçenlere ve finansal desteği ile bu çalışmayı mümkün kılan Avrupa Birliği Delegasyonu'na teşekkür ediyoruz.

---

## İçindekiler

<b>I.</b>	<b>Değerlendirmenin Kapsamı ve Yöntemine İlişkin Genel Bilgiler.....</b>	<b>4</b>
<b>II.</b>	<b>Türk Yabancılar Hukukunda Özgürlükten Yoksun Bırakılma Sonucunu Doğurabilecek Tedbirler ve Uygulamalara Genel Bakış.....</b>	<b>5</b>
<b>III.</b>	<b>Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Açısından Uygulamaların Hukuka Uygunluğunun Değerlendirilmesi.....</b>	<b>12</b>
	<b>A- Yasallık ve Keyfi Olmama Açısından.....</b>	<b>13</b>
	<b>B- Usul Güvenceleri Açısından.....</b>	<b>34</b>
<b>IV.</b>	<b>Diğer Temel Hak ve Özgürlükler Açısından Hukuka Uygunluğun Değerlendirilmesi.....</b>	<b>37</b>
	<b>A- İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Açısından.....</b>	<b>37</b>
	<b>B- Özel Hayat ve Aile Hayatının Korunması Açısından.....</b>	<b>43</b>
	<b>C- Etkili Başvuru Hakkı Açısından.....</b>	<b>45</b>
<b>V.</b>	<b>Uluslararası Korumaya Erişim ve Uluslararası Korumaya İlişkin Hususların Hukuka Uygunluğunun Değerlendirilmesi.....</b>	<b>47</b>

---

# TÜRKİYE’DE İDARİ GÖZETİM DÜZENLEME VE UYGULAMALARINA İLİŞKİN GENEL BİR HUKUKİ DEĞERLENDİRME

## I. Değerlendirmenin Kapsamı ve Yöntemine İlişkin Genel Bilgiler

Bu çalışma ile, Avrupa Birliği’nin finansal desteğiyle Mülteci-Der tarafından yürütülen “İdari Gözetimde Haklar” projesi (Proje) kapsamında, mevzuat ve uygulamaya yönelik olarak idari gözetim müessesesinin hukuki bir değerlendirmesinin yapılması amaçlanmıştır. Türk yabancılar hukuku mevzuatına, 2014 yılında tüm hükümleri ile yürürlüğe giren Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK) ile yerleşmiş bulunan idari gözetim müessesesi, yabancının özgürlükten yoksun bırakılması sonucunu doğuran bir tedbir olarak nitelendirileceğinden, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile doğrudan ilişkilidir. Bu nedenle, bu değerlendirmenin ana konusu idari gözetim müessesesine yönelik olmakla birlikte, yabancıyı özgürlüğünden yoksun bırakma sonucu doğurabilecek olmasına rağmen aynı adla anılmayan diğer bazı uygulamaların hukuka uygunluğu konusuna da yeri geldiğinde değinilmiştir. Bu bağlamda, kabul edilemez yolculara yönelik muamele, düzensiz durumda bulunduğu şüphelenilen yabancıların yetkili makamca haklarında karar verilmek üzere tutulması ve nakledilmesi süreci ile Geçici Koruma Yönetmeliği’nin (GKY) 8.maddesi çerçevesinde geçici barınma merkezlerinin (GBM’ler) özel yerlerinde tutulan kişilere ilişkin uygulama da değerlendirme kapsamına alınmıştır. Değerlendirmede ayrıca, idari gözetimin yasal çerçeveden kaynaklanan uygulama alanının ağırlıklı olarak sınır dışı etme kararına dayanarak gerçekleştirilmesi göz önüne alınarak, doğrudan ve etkili şekilde bağlantılı olan hususlarla kısıtlı olmak üzere sınır dışı etme kararlarına yönelik bazı meselelere de yer verilmiştir. Değerlendirmenin kapsamına dahil edilen bir diğer husus ise, idari gözetim ve uluslararası koruma arasındaki ilişkidir.

Değerlendirmede, anılan kapsamdaki uygulamaların hukuka uygunluğu analiz edilmiştir. Bu analizin gerçekleştirilmesinde, genel olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve bağlantılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadı ile ulusal hukuk mevzuatı temel alınmıştır. Ayrıca, Proje kapsamında gerçekleştirilen faaliyetlerde (toplantılar, çalıştay ve saha gözlemleri) özellikle uygulamaya yönelik olarak ortaya konulan bilgilerden de faydalanılmıştır. Değerlendirmede, ağırlıklı olarak masa-başı çalışması yöntemi kullanılmış olmakla birlikte, Mülteci-Der’in organizasyonu ile, sahada konu ile ilgili deneyimi olan bir grup avukatla, bir odak grubu toplantısı yapılmış ve bu toplantıda uygulamaya yönelik olarak elde edilen

---

bilgilerden de yararlanılmıştır. Değerlendirmede gerçekleştirilen analize yönelik yöntem bakımından ise, idari işlemler eksenindeki usul ve esas açısından yapılan tespitlerle birlikte yargısal denetime yönelik çıkarımlara da yer verildiği belirtilmelidir.

## **II. Türk Yabancılar Hukukunda Özgürlükten Yoksun Bırakılma Sonucunu Doğurabilecek Tedbirler ve Uygulamalara Genel Bakış**

Bir yabancıyı özgürlüğünden yoksun bırakma sonucunu doğurabilecek uygulamalar başta kişi özgürlüğü ve güvenliği olmak üzere tutulma amacı ve tutulma koşullarına bağlı olarak kimi temel haklarla ilişkilendirilebilir. Ancak, tutma halinin özgürlükten yoksun bırakma olarak nitelendirilip nitelendirilmediği yönündeki bir değerlendirmenin özgürlük ve güvenlik hakkı çerçevesinde yapılması gerekmektedir. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ise hem AİHS'in 5.maddesinde hem de Anayasa'nın 19.maddesinde vatandaş ya da yabancı ayrımı yapılmaksızın güvence altına alınmıştır. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 'bireysel başvuru hakkı' başlığını taşıyan 45.maddesi ekseninde, Anayasa Mahkemesine (AYM) yapılan bireysel başvurularda bağlı kalınan ortak koruma alanı nedeniyle anılan hak açısından özgürlükten yoksun bırakmanın hangi çerçevede değerlendirilmesi gerektiği ve özgürlükten yoksun bırakma sonucunu doğuran uygulamaların hukuka uygunluğunun tartışılması bakımından AİHS'in 5.maddesi ile, ilgili AİHM içtihadı eksenindeki içeriği öne çıkmaktadır. Dolayısıyla bu içerik, kişi özgürlüğü üzerinde gerçekleştirilen göç kontrolü amaçlı uygulamaların irdelenmesinde de başat bir öneme sahip olmaktadır. Anayasanın 19.maddesi ile uyumlu bir şekilde AİHS'in 5. maddesinde, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının meşru sınırları ekseninde özgürlükten yoksun bırakma sonucunu doğurabilecek durumlar arasında özel olarak göç kontrolüne yönelik bir hüküm yer almaktadır. İlgili düzenleme [AİHS, madde 5(1)(f)], *"kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması"* hâlini bu kapsama almıştır. AİHM, 'usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonulma'yı geniş yorumlamakta, taraf devletlerin ulusal hukuktaki düzenlemelerine ağırlık vermekte ve bu çerçevede, hükmü sadece ülkeye düzensiz giriş teşebbüsü bağlamında değil,

---

halihazırda ülkeye düzensiz şekilde giriş yapmış olan kişileri de kapsayacak biçimde yorumlayabilmektedir<sup>1</sup>.

AİHM, genel olarak AİHS'in 5.maddesi kapsamında özgürlükten yoksun bırakma hâlinin oluşup oluşmadığını belirlerken başlangıç noktası olarak, somut duruma özgü bazı durumlara odaklanmaktadır. Bunlar, kişiye uygulanan tedbirin türü, süresi, etkileri ve uygulama şekli olabilmektedir<sup>2</sup>. Burada belirleyici olan tutma uygulamasının sadece hareket özgürlüğünün sınırlandırılmasından ziyade bunu aşan ve özgürlükten yoksun bırakma seviyesine ulaşan bir nitelik göstermesidir. AİHM içtihadı ekseninde, AİHS'in ilgili hükmünün (md. 5/1) bir nesnel ve bir öznel unsur olduğu belirtilebilir<sup>3</sup>. Nesnel unsur, kişinin belirli ve sınırlı bir alanda belirli bir süre boyunca tutulmasına işaret eder; bu bağlamda kişinin tutulduğu sınırlı alandan ayrılma olasılığı, yetkililerin bireyin hareketleri üzerindeki denetim ve kontrol derecesi ile izolasyonun derecesi ve sosyal iletişim imkanlarının bulunup bulunmaması gibi hususlar belirleyici olur<sup>4</sup>. Öznel unsur ise kişinin bu şekilde tutulma konusunda rızasının bulunmamasıdır<sup>5</sup>. Mahkeme, bir tutma hâlinin özgürlükten yoksun bırakma olarak değerlendirilmesi noktasında bu hususun ulusal hukuktaki düzenlemede hangi adla veya hangi amaçla düzenlenmiş olduğundan bağımsız bir değerlendirme yapmaktadır. Bir tedbirin ulusal hukukta nasıl nitelendirildiği bu açıdan önem taşımamaktadır; bir başka ifade ile ulusal hukukta özgürlükten yoksun bırakma sonucu doğurmadığı yönünde yapılan bir nitelendirme, gerçekte tedbirin böyle bir nitelik taşıyıp taşımadığı bakımından belirleyici değildir<sup>6</sup>. Hatta, kişiyi koruma niyetiyle yahut kişinin menfaatini temel alarak gerçekleştirilen kimi tedbirler de özgürlükten yoksun bırakma sonucunu doğurabilir<sup>7</sup>.

Bu çerçevede, Türk yabancılar hukukunda göç kontrolüne ilişkin olup, tutma hâli içeren ve bu nedenle özgürlükten yoksun bırakma sonucunu doğurup doğurmadığının değerlendirilmesi icap

---

<sup>1</sup> “Bir devlet, ülkesinin topraklarına girişe ‘izin vermedikçe’, giriş ‘usulüne aykırı’dır”: *Saadi v. The United Kingdom* [GC], 2008, para. 65.

<sup>2</sup> Bkz., *De Tommaso v. Italy* [GC], 2017, para. 80; *Guzzardi v. Italy*, 1980, para. 92; *Medvedyev and Others v. France* [GC], 2010, para. 73; *Creangă v. Romania* [GC], 2012, para. 91.

<sup>3</sup> *Storck v. Germany*, 2005, para. 74; *Stanev v. Bulgaria* [GC], 2012, para. 117

<sup>4</sup> *Guzzardi v. Italy*, 1980, para. 95; *H.M. v. Switzerland*, 2002, para. 45; *H.L. v. the United Kingdom*, 2004, para. 91; *Storck v. Germany*, para. 73.

<sup>5</sup> *Storck v. Germany*, para. 74; *Stanev v. Bulgaria*, para. 117.

<sup>6</sup> Bkz., *Khlaifia and Others v. Italy* [GC], 2016, para. 71; *H.L. v. the United Kingdom*, 2004, para. 90; *H.M. v. Switzerland*, 2002, paras. 30 and 48; *Creangă v. Romania* [GC], 2012, para. 92.

<sup>7</sup> *Khlaifia and Others v. Italy* [GC], 2016, para. 71.

---

eden uygulamaları genel olarak üç başlık altında toplayabilmek mümkündür. Bunlar: (1) mevzuatta idari gözetim adı altında düzenlenmiş olan tutulma hâlleri, (2) sınırda kapsamlı kontrol ve (kabul edilemeyen yolcular bakımından) sınırdan geri çevirme işlemleri sırasında meydana gelen tutulma hâlleri, (3) uygulamada fiilen gerçekleştirilen tutulma hâlleri (yabancının hakkında karar verilmesi amacıyla yetkili makama nakli sırasında gerçekleşen tutulma durumları ve GKY'nin 8.maddesi kapsamında gerçekleştirilen tutulma hâlleri)dir.

Türk yabancılar hukuku mevzuatında göç kontrolüne yönelik olarak düzenlenmiş olan ve idarenin özgürlükten yoksun bırakma sonucunu doğurabilecek uygulamalarının başında idari gözetim tedbiri gelmektedir. Bu tedbir, dayanağını YUKK md. 57 ve 68'den almaktadır. Kanunun 57.maddesindeki düzenleme, hakkında sınır dışı etme kararı alınmış olan bir kişinin bu maddede belirtilen çerçevede idari gözetim altına alınmasına ilişkin iken 68. maddedeki düzenleme ise uluslararası koruma başvurusunda bulunan ve ilgili hükümde yer alan gerekçeler nedeniyle idari gözetim altına alınması icap eden kişilere yöneliktir. Bu haliyle düzenlemelerin amaçları itibarıyla AİHS'in 5(1)(f) hükmü ile uyumlu olduğu belirtilebilir. Anılan düzenlemelerin içeriğinden ve uygulamanın işleyişinden, bu tutma hâllerinin özgürlükten yoksun bırakma sonucu doğurduğu yönünde herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu nedenle bu iki hükme dayanan uygulamalar bakımından özgürlükten yoksun bırakma açısından ayrıntılı bir değerlendirme yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bu uygulamaların birer idari işlem teşkil etmesi nedeniyle, idarenin kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamayacağını düzenleyen Anayasa'nın 38.maddesi uyarınca cezalandırıcı bir amaca yönelemeyeceğinin ancak bir tedbir olarak uygulanabileceğinin altını çizmek gerekir.

Mevzuatta 'idari gözetim' adıyla düzenlenmiş olan bu uygulamalarla karşılaştırıldığında, bunlar gibi özgürlükten yoksun bırakma sonucunu doğurduğu (göreceli olarak)<sup>8</sup> bu denli açık olmayan, bu nedenle daha detaylı olarak değerlendirilmesi gereken uygulamaların ilki, sınırda kapsamlı kontrol ve (kabul edilemeyen yolculara yönelik olarak) sınırdan geri çevirme işlemleri sırasında meydana gelen tutulma hâlleridir. Her iki uygulama açısından da mevzuatta düzenlemeler mevcuttur. Kapsamlı kontrol bakımından YUKK, belge kontrolü başlıklı 6.maddesinde (md. 6/5) sınır geçiş işlemleri sırasında yapılan belge kontrolü esnasında, kapsamlı kontrole tâbi tutulması

---

<sup>8</sup> İdari gözetime yönelik mevzuattaki düzenlemelerde bu tedbirin özgürlükten yoksun bırakma sonucunu doğurduğuna yönelik açık bir tanım veya ifade bulunmaması yönünde bkz. aşa.III/A "İdari Gözetim Uygulamalarına Yönelik Değerlendirme" başlığı.

---

gerekenlerin en fazla dört saat bekletilebileceğini; yabancıların, bu süre içerisinde her an ülkesine dönebileceği gibi dört saatlik süreyle sınırlı kalmaksızın ülkeye kabul ile ilgili işlemlerin sonuçlanmasını da bekleyebileceğini düzenlemiştir. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulama Yönetmeliğinde (YUKKUY) ise kapsamlı kontrol işleminin bir idari gözetim işlemi olmadığı; bu kontrol sırasında dört saatlik sürenin aşılması durumunda kişinin rızasının alınması suretiyle bekletilmesinin söz konusu olabileceğine yer verilmiş ve ilgilinin dilerse işlemlerin sonuçlanmasını beklemeksizin ülkesine geri dönmesinin mümkün olacağı tekrar edilmekle (YUKKUY md. 6/2), işlem sırasında yabancıların güvenliği ve kişisel mahremiyetinin gözetileceği ve işlemin süresi boyunca temel ihtiyaçlarına erişiminin sağlanarak, kontrolün amacı ve usulü hakkında bilgilendirileceği de belirtilmiştir. Yönetmelikte ayrıca kapsamlı kontrol işleminin içeriğine de yer verilmiştir<sup>9</sup>. Buradan, bu işlemin ülkeye düzensiz girişin önlenmesi amacıyla hizmet ettiği açıkça anlaşılmaktadır. Aynı amaca hizmet ettiği anlaşılan<sup>10</sup> ve sınırda gerçekleştirilen bir diğer işlem ise kabul edilemeyen yolculara yöneliktir. Bu yabancılar YUKK'da (YUKK, md. 3/1/z) *ülkeye giriş yapabilmek veya ülkeden transit geçebilmek için sınır kapılarına gelen ancak mevzuatta aranan koşulları taşımadığından*<sup>11</sup> *ülkeye girişine veya ülkeden transit geçişine izin verilmeyen kişiyi* niteleyecek şekilde tanımlanmıştır. Bu kişilerin sınırdan geri çevrilme işlemine tâbi kılındığı ve işlemleri tamamlanana kadar sınır kapılarında kendileri için belirlenen alanlarda bekletileceği anlaşılmaktadır (YUKK, md. 7/1 ve 7/3). Ayrıca, bu kapsamda yapılan işlemlerin, anılan kişilere tebliğ edileceği; tebligatta, bu yabancıların karara karşı itiraz haklarını etkin şekilde nasıl kullanabilecekleri ve bu süreçteki diğer yasal hak ve yükümlülüklerinin de yer alacağı hüküm altına alınmıştır (YUKK, md. 7/2). Havaalanı transit bölgelerinde ya da uluslararası alan olarak nitelendirilen bölgelerde göç kontrolü amacıyla düzensiz girişin engellenmesi açısından yabancıların hareket özgürlüğünün sınırlandırılması ile özgürlükten mahrum bırakılması ayrımını belirlemede, AİHM tarafından

---

<sup>9</sup> Yönetmeliğin ilgili hükmü (YUKKUY, md. 6/4) uyarınca kapsamlı kontrol genel olarak; ilgilinin seyahat belgelerinin kontrolü ve incelenmesi, ülkeye giriş kayıtlarıyla ilgili sınırlamaların gözden geçirilmesi, adli ve idari makamlar tarafından işleme konu olup olmadığının belirlenmesi, uluslararası seviyede aranıp aranmadığının belirlenmesi, ülkeye geliş amacının tespit edilmesi, Türkiye'de geçimini ne şekilde sağlayacağını açıklığa kavuşturulması, Türkiye'ye girişlerine izin verilmeyecek yabancılar ile vize verilmeyecek yabancılardan olup olmadığının araştırılması, kamu güvenliği açısından gerekli görülen diğer hususları kapsar.

<sup>10</sup> Bkz. YUKK md. 7.

<sup>11</sup> Bu koşullar için bkz. Ibid.



---

özetle şu faktörler ele alınmaktadır<sup>12</sup>: i) kişilerin bireysel durumu ve tercihleri, ii) ilgili ülkenin yürürlükteki yasal rejimi ve amacı, iii) süre ve iv) bireyler üzerinde uygulanan veya bu kişilerin deneyimlediği gerçek (fili) kısıtlamaların niteliği ve derecesi. Bu çerçevede ilk olarak, YUKK'da ve YUKKUY'da düzenlenen kapsamlı kontrol uygulaması değerlendirildiğinde, bu uygulamanın kural olarak ve ilk bakışta bir özgürlükten yoksun bırakma niteliği taşımadığı sonucuna varılabilir. Zira kapsamlı kontrol uygulaması sırasında her ne kadar kişi sınırlı bir alanda tutulsa ve yetkililerin kontrolü altında olsa da; öznel unsur açısından, bireyin kendi rızası ile işlemlerin tamamlanmasını beklemeden ayrılma imkânı olduğu için, rızasının bulunmadığından söz edilebilmesinin zor olduğu düşünülebilir. Bununla birlikte AİHM içtihadı gereği, bu imkânın teoride değil, pratikte uygulanabilir ve makul bir ihtimal olması gerekmektedir<sup>13</sup>. Eğer kişi sığınmacıysa veya kendi rızası ile dönmesinin beklenebileceği (güvenli) bir ülkenin kısa bir süre içerisinde tespit edilmesi mümkün değilse, kişinin bulunduğu yerden iradesi doğrultusunda ayrılabilmesi olasılığı pratikte değil, sadece teoride gerçekleştiğinden dolayı kişinin rızası dışında tutulduğundan söz edilebilecektir<sup>14</sup>. YUKKUY'da kapsamlı kontrol uygulamasının bir idari gözetim uygulaması olmadığı belirtilse de, buradan yola çıkılarak kapsamlı kontrol işlemlerinin özgürlükten yoksun bırakma sonucunu hiçbir şekilde doğurmayacağı sonucuna varılabilmesi mümkün değildir; nitekim yukarıda da vurgulandığı üzere, somut durumun şartlarına bağlı olarak bu uygulamaların da özgürlükten yoksun bırakma sonucu doğurabileceği düşünülebilir<sup>15</sup>. Benzer bir çıkarımın kabul edilemeyen yolcular bakımından da söz konusu olabileceği belirtilmelidir. AİHM, *Amuur v. Fransa* kararında, yabancıların (özellikle havaalanlarının) kimi zaman 'uluslararası alan' (ya da transit alan) olarak nitelendirilen kısımlarında bekletilmesi ya da tutulmasının özgürlüğe bir sınırlama getirdiğini ancak bu sınırlamanın, hakkında sınır dışı etme kararı verilmiş olan kişilerin tutulduğu gözetim merkezlerinden farklı bir nitelik taşıması gerektiğini belirtmektedir<sup>16</sup>. Mahkeme, uygun tedbirlerin alınması durumunda ve uluslararası yükümlülüklerle uymak kaydıyla, devletlerin

---

<sup>12</sup> Council of Europe, Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights (Right to liberty and security) (Guide on Art. 5), [https://www.echr.coe.int/documents/guide\\_art\\_5\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_5_eng.pdf), p.9, para. 7; ayrıca bkz., *Z.A. and Others v. Russia* [GC], 2019, para. 138; *Ilias and Ahmed v. Hungary* [GC], 2019, para. 217; *R.R. and Others v. Hungary*, 2021, para. 74).

<sup>13</sup> *Amuur v. France*, 1996, para. 48; *Ilias and Ahmed v. Hungary*, paras. 240, 248.

<sup>14</sup> Bkz. *Amuur v. France*, para. 48.

<sup>15</sup> Bkz. *Z.A. and Others v. Russia*, 2017, para. 89.

<sup>16</sup> *Amuur v. France*, para. 43.

---

düzensiz göçün önlenmesine yönelik olarak aldıkları bu tür tedbirlerin meşru kabul edilebileceğini ancak, bu tür uygulamaların uzun süreli olması, sığınmacılara yönelik uluslararası hukuktan kaynaklanan korumayı zedelemesi gibi hallerde sadece bir özgürlük kısıtlaması olmaktan çıkıp özgürlükten yoksun bırakmaya dönüşebileceğine işaret etmektedir<sup>17</sup>. AİHM, bir yolcunun sınırların kontrolü sırasında durdurulması halinde, ilgili resmi işlemlerin yerine getirilmesi için kesinlikle gerekli olan süre aşılmadığında kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bakımından bir sorun oluşmayacağını belirtmektedir<sup>18</sup>. Mahkeme bu yaklaşımında, özellikle havayolu ulaşımı bakımından belirli kontrollerin yapılmasının bu yolculuğun doğasından kaynaklanmasını ve yolcuların bu farkındalığa sahip olmasını temel almaktadır. Buradan hareketle, ulusal hukukta bu işlemleri karşılayan kapsamlı kontrol uygulamasının gerektireceği kesin sürenin dört saat olarak belirlendiği anlaşılmaktadır. O halde AİHM'in de yorumundan yola çıkarak, kapsamlı kontrol sürecinde hakkında inceleme yürütülen kişilerin bu süre ile sınırlı olarak bekletilmesi tek başına kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı üzerinde bir tartışmaya yol açmayabilecektir. Bununla birlikte kapsamlı kontrole veya kabul edilemeyen yolcu olarak transit/uluslararası alanda tutulmaya ilişkin en öne çıkan hususlar, süreye ve tutulma şartlarına ilişkindir. Nitekim AİHM'in süreye ilişkin yorumunun tersinden değerlendirilmesi noktasında, sürenin işlemlerin yapılması için gereken makul süreyi aşması durumunda kişinin kontrol altında bekletilmesinin uygulamayı özgürlükten yoksun bırakmaya dönüştürebileceği ifade edilebilir. Burada sürenin aşılma kısmının ne kadar uzun olduğu, ihlal bakımından önem de taşımamaktadır<sup>19</sup>. Buna ek olarak, süre ile birlikte tutulma şartlarının da; yetkililerin kontrolünün ağırlığı, tutulma koşullarının kısıtlayıcılığı dikkate alınarak tutma hâlini özgürlükten yoksun bırakmaya dönüştürebileceği belirtilebilir. Bu nedenle her iki durumun da uygulamanın somut şartlarına göre, özgürlükten yoksun bırakma sonucunu doğurabileceği kanaatine varılabilecektir.

Mevzuatta idari gözetim kapsamında düzenlenmeyen ancak uygulamada özgürlükten yoksun bırakma sonucunu doğurup doğurmayacağını değerlendirilmesi icap eden bir diğer durum ise kişilerin haklarında sınır dışı etme ve idari gözetim altına alma kararı alınmak üzere geri gönderme merkezlerine ya da İl Göç Müdürlüklerine sevk edildikleri nakil aşamasıdır (YUKK

---

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> Bkz. *Gahramanov v. Azerbaijan*, 2013, para. 41.

<sup>19</sup> Örneğin, bkz. *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*, 2010, para. 57; *Shimovolos v. Russia*, 2011, paras. 48-50.

---

md. 57/1; YUKKUY md. 53 ve 54). Bu aşamanın şartlarına ve uygulanmasına ilişkin ayrıntılı hükümlerin mevzuatta bulunmadığı görülmektedir. Bununla birlikte, uygulamadan<sup>20</sup> bu süreçte yabancıların kolluğun etkin kontrolü altında bulunduğu; özgürlükten yoksun bırakmaya ilişkin nesnel ve öznel faktörlerin gerçekleşme hâlinin söz konusu olabileceği anlaşılmaktadır. Bu nedenle bu uygulamanın özgürlükten yoksun bırakma ile sonuçlanabileceği ifade edilebilir. Benzer bir durum, ülkede düzensiz şekilde bulunduğu tespit edilerek kolluk tarafından gerekli kontrollerin yapılması amacıyla nakledilen/sevkedilen Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşları, Suriye’den gelmiş olan mülteciler ve vatansızlar açısından da geçerli olabilir. Bu kişilerin de haklarında geçici koruma kapsamına alınıp alınmayacakları konusunda karar verilmesi amacıyla nakledilmeleri sırasında uygulanacak muameleye ve süreye ilişkin ayrıntılı hükümler mevzuatta bulunmamaktadır. Ancak bu süreçte de anılan kişilerin kolluğun etkin kontrolü altında bulunması, kontrol alanını terk etmelerinin mümkün olmaması ve tutulma konusunda rızalarının bulunmaması gibi hususlar göz önüne alındığında özgürlükten yoksun bırakma sonucunun doğabileceği belirtilebilir. Nitekim AİHM’in *Akkad v. Türkiye* kararında da söz konusu uygulamanın özgürlükten yoksun bırakma olarak değerlendirildiği görülmektedir<sup>21</sup>. Özgürlükten yoksun bırakma sonucunu doğurabilecek bir diğer uygulama ise, Geçici Koruma Yönetmeliği’nin (GKY) 8.maddesi kapsamında geçici koruma altına alınmayacak yabancılara ilişkindir. GKY’nin ilgili maddesinin birinci fıkrasında geçici koruma kapsamına alınmayacak yabancılar sayılmıştır. Aynı maddenin dördüncü fıkrasında ise, *“birinci fıkra kapsamında olanlar, ülkelerine dönüşleri sağlanıncaya kadar, insani nedenlerle mevcut geçici barınma merkezlerinin özel bir bölümünde veya ayrı geçici barınma merkezinde ya da valiliklerce belirlenen yerlerde, Kanunda belirtilen idari gözetim kararı alınmaksızın da barındırılabilir. Bu yabancıların aile üyeleri, talep etmeleri halinde, aile üyelerinin geçici koruma durumlarına bakılmaksızın aynı yerde de barındırılabilir”* ifadelerine yer verilmiştir. Bu düzenlemeden yola çıkılarak, ilk bakışta, uygulamanın sadece ‘barınma sağlama’ amacıyla gerçekleştirildiği ve özgürlükten yoksun bırakma amacı taşımadığı düşünülebilir. Bununla birlikte aynı maddenin beşinci fıkrasından, uygulamanın özgürlükten yoksun bırakma niteliği taşıdığı sonucuna varmak mümkündür. İlgili düzenleme uyarınca (GKY, md.8/5) *“geçici barınma merkezi yönetimi, acil*

---

<sup>20</sup> Bkz. 15.06.2023 tarihli odak grubu toplantısı (Odak Grubu Toplantısı) ve 17-18. 12.2022 tarihli İdari Gözetimde Haklara Erişim Çalıştayı Özet Raporu (Çalıştay Özet Raporu).

<sup>21</sup> *Akkad v. Turkey*, 2022, paras. 101-103.

---

*ihyaç durumlarında ya da kamu kurum ve kuruluşlarının talebi üzerine birinci fıkra kapsamındaki yabancıların geçici barınma merkezinden kısa süreli olarak ayrılmasına izin verebilir. Geçici barınma merkezi yönetimi tarafından gerekli görülen durumlarda, geçici barınma merkezinden kısa süreli olarak ayrılacak bu kişilere kolluk görevlilerinin eşlik etmesi talep edilebilir. Bu yabancıların geçici barınma merkezinden kısa süreli ayrılmasına ilişkin hususlar, geçici barınma merkezlerinin kuruluş ve yönetimi ile ilgili düzenlemeler kapsamında belirlenir”.* Nitekim, uygulamada da anılan kişilerin giriş-çıkışının serbest olmadığı, yetkililerin etkin kontrolü altında buldukları yerlerde tutuldukları, dolayısıyla ‘fiili bir gözetim’ uygulamasına tâbi kılındıkları aktarılmaktadır<sup>22</sup>. Belirtilen nedenlerle, GKY’nin 8. maddesi kapsamında geçici barınma merkezlerinin özel yerlerinde tutulan kişiler açısından da bir özgürlükten yoksun bırakma hâlinin söz konusu olduğu sonucuna varılabilecektir.

Özgürlükten yoksun bırakmaya dayanan tedbirlerin göç kontrolü amacıyla, ülkeye düzensiz girişin engellenmesi ve sınır dışı etme kararının icrası hedeflenerek gerçekleştirilmesi AİHM içtihadı çerçevesinde meşru birer gerekçe olarak kabul edilmekle birlikte bu yöndeki uygulamaların hukuka uygunluk bakımından belirli şartları taşıması gerekmektedir. Bu nedenle yukarıda yer verilen özgürlükten yoksun bırakma ile sonuçlanabilecek durumlarda, mevzuat ve uygulamanın AİHM’in hukuka uygunluk açısından aradığı kriterler yönünden değerlendirilmesi gerekmektedir.

### **III. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Açısından Uygulamaların Hukuka Uygunluğunun Değerlendirilmesi**

AİHS’in göç kontrolü amaçlı özgürlükten yoksun bırakma uygulamalarına yönelik olan 5(1)(f) hükmü, bu tür bir tutma hâlinin yasaya uygun olması gerektiğini düzenlemiştir. Metnin orijinal hâlinde kullanılan ‘*lawful*’ ifadesi Türkçe’ye ‘yasaya uygun’ şeklinde çevrilmiş olmakla beraber, uygulamanın yasal bir dayanaktan kaynak alması gerekliliği yanında (aynı çerçevede de değerlendirilebilecek biçimde) keyfi olmaması zorunluluğuna da işaret etmektedir. Nitekim AİHM de bir özgürlükten yoksun bırakma hâlinin hukuka uygun olarak gerçekleşmesi için öncelikle (birbirleriyle bağlantılı şekilde) yasallık ve keyfi olmama kriterlerini değerlendirmektedir. Bunun yanında, Sözleşmenin 5.maddesinin ikinci fıkrasında, “*yakalanan*

---

<sup>22</sup> Bkz. Odak Grubu Toplantısı ve Çalıştay Özet Raporu.

---

*her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur*” ifadesine yer verilmiştir. AİHM içtihadı bu hükmü 5(1)(f) düzenlemesi kapsamına giren (göç kontrolü amaçlı) özgürlükten yoksun bırakma uygulamalarının hukuka uygunluğu bakımından da uygulamaktadır. Aynı maddenin dördüncü fıkrası uyarınca ise, *“yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir”*. Tıpkı 5.maddenin ikinci fıkrasında olduğu gibi dördüncü fıkra da AİHM içtihadı ekseninde göç kontrolü amacıyla gerçekleştirilen özgürlükten yoksun bırakma hâllerinin hukuka uygunluğu açısından etki doğurmaktadır. Bu çerçevede, yasallık ve keyfi olmama kriterlerinin yanında anılan usul güvencelerinin sağlanmış olması da uygulamanın hukuka uygun olup olmadığı noktasında belirleyici bir özellik arz etmektedir. Dolayısıyla, bu başlık altındaki hukuka uygunluk değerlendirmesi (1) yasallık ve keyfi olmama ile (2) usul güvenceleri açısından, iki temel başlık altında yapılacaktır.

#### **A. Yasallık ve Keyfi Olmama Açısından**

AİHM, yasallık ekseninde yaptığı değerlendirmede, uygulamanın yasal bir dayanağının bulunmasını, ulusal hukuka usul ve esas bakımından uygun olmasını ve yasal dayanağın ‘kanun kalitesi’ anlamında uygulamayı keyfilikten yoksun kılacak belirli niteliklere sahip olmasını aramaktadır. Bu noktada, ilk olarak belirtmek gerekir ki, Mahkeme belirtilen kriterlerin sağlanması noktasında, yasal dayanağın erişilebilir, detaylı<sup>23</sup>, net ve öngörülebilir olması gerekliliğine işaret etmektedir<sup>24</sup>. Bu husus, özellikle ulusal hukuk sistemini çok iyi bilemeyen veya bilmesi beklenemeyen göçmen veya sığınmacılar gibi yabancılar söz konusu olduğunda ayrı bir önem kazanmaktadır<sup>25</sup>. Dolayısıyla özellikle bu kişilere yönelik özgürlükten yoksun bırakma düzenlemelerinin ulusal hukukta anılan nitelikleri taşıması, uygulamanın hukuka uygunluğu bakımından temel bir etkendir. AİHM, yasal dayanak açısından dayanağın şekline yönelik bir kriter getirmemiştir. Bununla birlikte Mahkeme, yasallık/keyfi olmama ve bunlarla

---

<sup>23</sup> Bkz., *Abdoulkhani v. Turkey*, para. 135.

<sup>24</sup> *Medvedyev and Others v. France*, para. 80; *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, para. 97; *Amuur v. France*, para. 50.

<sup>25</sup> *Amuur v. France*, para. 50.

---

birlikte kanun kalitesi açısından ulusal hukuka uygunluğu da dikkate almaktadır. Bir başka ifade ile ulusal hukukta özgürlükten yoksun bırakma uygulamasının sadece maddi anlamda değil şekli (ve dar anlamda) kanunla düzenlenmesi öngörülmüş ise bu husus da hukuka uygunluk açısından ele alınması gereken bir özellik arz etmektedir. Nitekim Anayasanın 13. ve 16.maddeleri bakımından, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ancak kanunla yapılabileceğinden hareketle, Türk yabancılar hukukundaki özgürlükten yoksun bırakma uygulamalarının yasal dayanağının dar anlamıyla kanun olması gerekliliği, iç hukuka uygunluğun yanında AİHM içtihadına uygunluk bakımından da elzemdir.

Öte yandan AİHM içtihadı bağlamında, yasallık ve keyfi olmama açısından, düzenlemenin açıkça (idari) gözetim altına almayı nitelmesi, gözetimin süresi ve gözetim kararına karşı başvurulacak hukuki yolları içermesi gerekmektedir<sup>26</sup>. Hatta Mahkeme, *Amuur v. Fransa* kararında, yasal düzenlemenin; tutulma koşullarının incelenmesini güvence altına alan, tutulma açısından zamansal sınır koyan ve tutulanlara yasal, insani ve sosyal destek imkânı sağlanmasını içeren hükümler de ihtiva etmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>27</sup>.

AİHM, hiçbir özgürlükten yoksun bırakma hâlinin, AİHS'in 5(1) hükmünün (a) ila (f) bentlerinde belirtilen gerekçelerden birine girmediği sürece hukuka uygun olmayacağını ifade etmektedir<sup>28</sup>. Bu çerçevede, yasal dayanak bulunsa dahi anılan gerekçelere hizmet etmeyen bir özgürlükten yoksun bırakma hâli de keyfi olarak nitelendirilebilecek ve yasal dayanağın da hukuka uygunluğunu sorgulatabilecektir. Bu değerlendirmenin konusu bakımından ele alındığında, yasal dayanakla temellendirilmiş olan özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin ya sınır dışı etme ya da düzensiz girişin engellenmesi amacına yönelik olması gerekmektedir. Sınır dışı etme açısından AİHM, üç koşulun birlikte gerçekleşmiş olmasını aramaktadır<sup>29</sup>. Bunlar: (1) derdest bir sınır dışı etme kararının bulunması<sup>30</sup> (2) kişinin ülkeden gönderilmesinin

---

<sup>26</sup> Bkz., *Abdoulkhani and Karimnia v. Turkey*, paras. 125-135; *Z.N.S. v. Turkey*, 2010, para. 56; *Charahili v. Turkey*, 2010, para. 66.

<sup>27</sup> *Amuur v. France*, paras. 53, 54.

<sup>28</sup> *Khlaifia and Others v Italy* [GC], 2016, para. 88; *Aftanache v. Romania*, 2020, paras. 92-100; *I.S. v. Switzerland*, 2020, paras. 46-60.

<sup>29</sup> Bu hususta ayrıntılı açıklamalar ve çeşitli AİHM kararları için ayrıca bkz. ÇAVUŞOĞLU, M.: , Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İdari Gözetim İchtihadı: Gereklik İncelemesinin Yokluğuna Dair Eleştirel ve Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022, ss. 71-81.

<sup>30</sup> *Chahal v. The United Kingdom* [GC], 1996, para. 113; *Akkad v. Turkey*, para. 103.

---

gerçekleşebilecek bir durum arz etmesi (kişinin gönderilmesinin gerçekçi bir ihtimal olması)<sup>31</sup> ve (3) gereken özenin gösterilmesidir (işlemlerin gereken özenle yürütülmesi)<sup>32</sup>. AİHM bu noktada, sınır dışı etme kararının icrasının belirsizlik arz ettiği ve gerçekleştirilemediği durumlarda kişilerin özgürlükten yoksun bırakılmasını gerekli özenin gösterilmemesi olarak ele almaktadır. Mahkeme, kişinin ülkeden sınır dışı edilmesi gerçekçi bir ihtimal olmaktan çıktığında, devletlerin alternatif tedbirleri uygulama yükümlülüğünün olması gerektiğine hükmetmektedir<sup>33</sup>. Keyfi olmama bakımından değerlendirilmesi gereken bir diğer husus da ölçülülüğe ilişkindir. AİHM kural olarak AİHS'in 5(1)(f) hükmüne giren bir durum söz konusu olduğunda (sınır dışı etme veya düzensiz girişin engellenmesi) özgürlükten yoksun bırakma sonucunu doğuran bir tedbirden daha hafif bir tedbirin uygulanma olasılığı bulunup bulunmadığını, bir başka ifade ile uygulamanın ölçülü olup olmadığını, kırılgan (hassas) gruplar müstesna olmak kaydıyla, değerlendirmemektedir<sup>34</sup>. Bununla birlikte, 'ulusal hukuka uygunluk' kriterini de yasallık ve keyfi olmama kapsamında ele aldığı için Mahkeme, eğer iç hukukta ölçülülüğe yönelik bir şart düzenlenmişse ya da özgürlükten yoksun bırakma sonucunu doğuran idari gözetim gibi bir tedbirin yanında, daha hafif sonuçlar doğurabilecek alternatif yükümlülüklerle yer verilmişse, o zaman ölçülülük değerlendirmesi yapmaktadır<sup>35</sup>.

### ***İdari Gözetim Uygulamalarına Yönelik Değerlendirme***

Bu açıklamalar ışığında, özgürlükten yoksun bırakma sonucunu doğuran uygulamalardan ilki olan idari gözetim uygulaması değerlendirildiğinde, bu uygulamanın yasal dayanağının YUKK'da (57. ve 68.maddelerde) yer aldığı ve anılan uygulamaların sınır dışı etme (YUKK, md. 57) ve ülkeye düzensiz girişin engellenmesi (YUKK md. 68) amaçları ile uyumlu olduğu anlaşılmaktadır. Her iki düzenleme de kanunla yapılmış ve tutma nedenleri ile tutma süreleri belirtilmiştir. Bununla birlikte, idari gözetimin Kanunda tanımlanmadığı, dolayısıyla bu tedbir ile

---

<sup>31</sup> *L.M. and Others v. Russia*, 2015, para. 148; *Al Husin v. Bosnia and Herzegovina*, 2012, paras. 107, 108.

<sup>32</sup> *Gallardo Sanchez v. Italy*, 2015, para. 41; *Saadi v. The United Kingdom*, para. 74; *J.N. v. The United Kingdom*, 2016, para. 146.

<sup>33</sup> Bkz., *S.K. v. Russia*, para. 115; *Azimov v. Russia*, para. 173.

<sup>34</sup> Bu husus doktrinde 'gereklilik' kapsamında da değerlendirilebilmektedir. AİHM'in anılan uygulamasına yönelik ayrıntılı ve eleştirel bir çalışma için Bkz. ÇAVUŞOĞLU, a.g.e. Konu ile ilgili AİHM kararlarından örnekler için bkz., *Saadi v. The United Kingdom*, para. 72; *Feilazoo v. Malta*, 2021, para. 102; *K.F. v. Cyprus*, 2015, para. 130; *Mikolenko v. Estonia*, 2010, para. 59; *Conka v. Belgium*, 2002, para. 38; *Aden Ahmed v. Malta*, 2013, para. 139; *Shikaitov v. Slovakia*, 2020, para. 53; *Chahal v. The United Kingdom*, para. 112.

<sup>35</sup> Örneğin, bkz. *Rusu v. Austria*, 2008, paras. 54-58.



---

özgürlükten yoksun bırakma hâli arasındaki bağlantının net bir şekilde Kanunda yer almadığı görülmektedir. Her ne kadar mevzuatta 57.madde kapsamında idari gözetim altına alınan kişilerin geri gönderme merkezlerinde tutulacağı belirtildiğinden ve idari gözetime ilişkin diğer düzenlemelerin niteliğinden bu uygulamanın özgürlükten yoksun bırakma amacını taşıdığı anlaşılabilir, bağlantının açık bir şekilde kurulmasının AİHM'in de dikkate aldığı 'öngörülebilirlik' kriteri açısından önemli olduğu belirtilebilir.

İdari gözetimin hangi durumlarda uygulanabileceği YUKK'da belirtilmiştir (YUKK md. 57 ve 68). Bu bağlamda hakkında sınır dışı etme kararı alınan ya da uluslararası korumaya başvuran her yabancı bakımından idari gözetim tedbirinin uygulanması söz konusu olmayacaktır. Ayrıca, YUKK'a 06.12.2019 tarih ve 7196 sayılı Kanun'la eklenen 57/A maddesinde, idari gözetime alternatif yükümlülükler düzenlenmektedir. Anılan maddenin son fıkrası uyarınca, bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılan ve 14.09.2022 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan İdari Gözetime Alternatif Yükümlülüklerle İlişkin Yönetmelik'te (AYY) öngörülmektedir.

Bu düzenlemelerin incelenmesinden, hakkında sınır dışı etme kararı alınan bir yabancıya idari gözetimi gerektiren koşulların varlığı halinde idari gözetim yerine alternatif yükümlülüklerle tâbi tutulabileceği anlaşılmaktadır. Ayrıca, yabancı hakkındaki idari gözetimin sonlandırılması durumunda da, alternatif yükümlülüklerin uygulanması mümkündür.

Bu noktada, idari gözetimi gerektiren koşulların mevcudiyetine rağmen idari gözetim altına alınmayan yabancıya alternatif yükümlülüklerle tâbi tutulması zorunluluğu üzerinde durulmalıdır. YUKK'un 57. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, "*(h)akkında sınır dışı etme kararı alınanlardan; kaçma ve kaybolma riski bulunan, Türkiye'ye giriş veya çıkış kurallarını ihlal eden, sahte ya da asılsız belge kullanan, kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın Türkiye'den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayan, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar hakkında valilik tarafından idari gözetim kararı alınır ya da 57/A maddesi uyarınca idari gözetime alternatif yükümlülükler getirilir*". Bu hükümde, idari gözetim kararı alınmasını ya da alternatif yükümlülük uygulanmasını gerektiren koşullar/nedenler belirlenmekte; hükmün kaleme alınış biçiminden, bu kapsamdaki yabancılar hakkında idari gözetim kararı alınmadığı takdirde alternatif yükümlülüklerle başvurulmasının zorunlu olduğu anlamı çıkmaktadır. 57/A maddesinin üçüncü fıkrası da bunu doğrular niteliktedir: "*57 nci maddenin ikinci fıkrası kapsamında olup da idari gözetim altına alınmayan*



---

*yabancılara bu maddenin birinci fıkrasında sayılan yükümlülüklerden birinin ya da birkaçının getirilmesi zorunludur”.*

57. maddenin, idari gözetimin devamında zaruret olup olmadığı, valilik tarafından her ay düzenli olarak değerlendirileceğini ve idari gözetimin devamında zaruret görülmeyen yabancılar için idari gözetimin derhâl sonlandırılacağını öngören dördüncü fıkrasında yer alan, “*bu yabancılara, 57/A maddesi uyarınca idari gözetime alternatif yükümlülükler getiril*”eceği hükmü uyarınca da, idari gözetimin sonlandırıldığı durumlarda alternatif yükümlülük uygulanmasının zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Ancak burada idari gözetimin hangi gerekçeyle sonlandırıldığı önem kazanmaktadır: Şayet idari gözetimin sonlandırılması kararının gerekçesi 57. maddenin ikinci fıkrasında sayılan nedenlerin/koşulların ortadan kalkması ise<sup>36</sup>, alternatif yükümlülük getirilmesi de mümkün olmamak gerekir; zira alternatif yükümlülükler de ancak bu koşulların varlığı halinde uygulanabilir. Bununla birlikte, YUKK md. 57/2’deki koşullar halen mevcut olmasına rağmen artık idari gözetimin gerekli olmadığı değerlendiriliyorsa ya da idari gözetim süresi dolduğu için sonlandırılmışsa, o takdirde alternatif yükümlülükler uygulanabilir. AYY’nin 6. maddesinin birinci fıkrası da bunu doğrulamaktadır. Bu düzenlemede, 57. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen nedenler/koşullar belirtildikten sonra, bu kapsamda olup da idari gözetim süresi dolanlar ya da idari gözetimi sonlandırılanlara alternatif yükümlülük uygulanabileceği açıkça düzenlenmektedir. Dolayısıyla idari gözetimin sonlandırılması gerekçesi, örneğin yabancının kaçma ve kaybolma riskinin ortadan kalkması ise, artık YUKK md. 57/2’deki koşullar geçerli olmayacağı için, bu madde kapsamının dışında kalan yabancıya alternatif yükümlülük uygulanması da mümkün olmayacaktır.

Kanun ve ilgili düzenlemelerin sistematiği, idari gözetim ile alternatif yükümlülükler arasında kurulan ilişkinin ölçülülük ilkesinin bir yansıması olduğunu göstermektedir. Şöyle ki, YUKK

---

<sup>36</sup> Bu koşullardan bazılarının sonradan ortadan kalkması mümkün değildir; zira bunlar geçmişte gerçekleşmiş fiil ya da olguları işaret eder. Türkiye’ye giriş veya çıkış kurallarını ihlal eden, sahte ya da asılsız belge kullanan, kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın Türkiye’den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayan yabancıların durumu buna örnek verilebilir. Ancak özellikle yabancının kaçma ve kaybolma riskinin bulunması, sonradan ortadan kalkması mümkün olan bir idari gözetim/alternatif yükümlülük nedenidir. Aynı zamanda YUKK md. 54 uyarınca sınır dışı etme kararı alınmasına da dayanak oluşturabilecek olan, yabancının kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturması da, sonradan ortadan kalkabilecek bir nedendir; ancak yabancı hakkında bu nedenle sınır dışı etme kararı alınmış olması ve bu nedenin sonradan ortadan kalkmış olması durumunda, sınır dışı etme kararı da dayanaksız hale geleceğinden, idari gözetimin sonlandırılması gerektiği gibi, alternatif yükümlülük uygulanması da mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte, yabancı hakkında sınır dışı etme kararı alınmasını haklı kılan bir başka neden de mevcutken kişi aynı zamanda kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturuyorsa, ancak bu tehdit artık mevcut değilse, sınır dışı etme kararı geçerliliğini korusa da, yabancının idari gözetim altına alınması ya da alternatif yükümlülüğe tâbi tutulmasına olanak bulunmamaktadır.

---

md. 57/2 kapsamına giren bir yabancı hakkında idari gözetim kararı alınabilmesi için, bu kararın idari gözetimin amacını gerçekleştirmek bakımından gerekli ve – yabancının temel hak ve özgürlüklerini sınırlayan boyutu dikkate alındığında – orantılı olmasına bağlıdır. Şayet alternatif yükümlülükler amacı gerçekleştirmek bakımından yeterli olacaksa, idari gözetime gerek olmadığı ve yabancının temel hak ve özgürlükleri yönünden idari gözetime göre daha az kısıtlayıcı olan alternatif yükümlülüklerin tercih edilmesi gerektiği söylenebilir. İdari gözetim ile alternatif yükümlülükler arasındaki bu ilişki, AYY md. 7/1'in son cümlesinde de ifadesini bulmaktadır: “Ancak, alternatif yükümlülük/yükümlülüklerin uygulanmasının mümkün olmaması veya söz konusu yükümlülük/yükümlülüklerin yeterli olmaması durumunda idari gözetime başvurulabilir”.

Mevzuatta bu ilişkinin doğru kurulmasını sağlayan ve sözü edilen ölçülülük testinin yapılmasına olanak tanıyan kimi hükümler bulunmaktadır. Alternatif yükümlülüklerin uygulanıp uygulanamayacağı hususunun yabancı idari gözetim altına alınmadan önce değerlendirilmesinin esas olduğunu öngören AYY, bu değerlendirmenin bireysel yapılacağını ve kişinin özel ihtiyaç sahibi veya hassas durumda olan bir birey olup olmadığı, yaşı, sağlık durumu, cinsiyeti, ailevi durumu gibi özelliklerinin dikkate alınacağını hükme bağlamaktadır (md. 7/1). Ayrıca, idari gözetime alternatif yükümlülüklere tabi tutulup tutulmayacağına ilişkin değerlendirme yapılırken yabancının özgürlük ve güvenlik hakkı, aile bütünlüğü, çocuğun yüksek yararı ve kamu düzeni, kamu sağlığı ve kamu güvenliği dengesinin gözetilmesi gerekmektedir (AYY, md. 5/4). Aslında bu hükümlerde dikkate alınması gerektiği belirtilen hususlar, idari gözetim ile alternatif yükümlülükler arasında yapılacak seçimin, alınacak tedbirin kişi üzerindeki etkisinin orantılı olup olmadığının – yabancının bireysel özelliklerini de göz önünde tutmak suretiyle – değerlendirilmesini içerdiğini ve son tahlilde ölçülülük ilkesinden kaynaklanan bir dengeleme faaliyetini gerektirdiğini göstermektedir. Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki, AYY hassas durumda olan kişilerin kapsamına YUKK'da belirtilen özel ihtiyaç sahibi kişilerin dışında başka kişileri de almaktadır. Bu kişilerin arasında alkol veya madde bağımlısı olan, fiziksel veya psikolojik hastalığı, kendisine veya başkasına zarar verme eğilimi bulunan, bulaşıcı hastalığı olan, insan ticareti mağduru olduğu ya da olabileceği yönünde kuvvetli şüphe duyulan, risk altında çocuk veya Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) tarafından kırılgan grup olarak tanımlanan kişiler de bulunmaktadır. Bilhassa BMMYK'nın kırılganlık

---

kategorilerine<sup>37</sup> dikkat edilmesi ve bu kapsamdaki kişilerin AYY'de açıkça listelenmemiş olmaları nedeniyle hassas durumlarının uygulamada gözden kaçırılmaması önem arz etmektedir. Yönetmelikte ayrıca, idari gözetim kararının alındığı durumlarda da, bu kararın gözden geçirilmesi bakımından, alternatif yükümlülükler açısından uygulanacak bir ölçülülük testinin önemini ortaya koyan düzenlemeler bulunmaktadır. Buna göre, “(y)abancı hakkında idari gözetime alternatif yükümlülüklerle ilişkin değerlendirmenin idari gözetim altına alınmadan yapılmasının mümkün olmadığı hallerde, yabancı öncelikle idari gözetim altına alınır ve geri gönderme merkezine teslim alınması akabinde yabancıyla mülakat yapılarak idari gözetime alternatif yükümlülük/yükümlülüklerle tabi tutulup tutulmayacağı öncelikli olarak değerlendirilir” (AYY, md. 7/2)<sup>38</sup>. Bunun dışında, idari gözetim kararının devamına ya da uzatılmasına ilişkin olarak yapılacak değerlendirmelerin alternatif yükümlülüklerin uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin değerlendirmeyi de içereceği hükme bağlanmakta (AYY, md. 7/3); ayrıca alternatif yükümlülüklerle ilişkin değerlendirmenin yabancı hakkındaki işlemlerin her aşamasında ve herhangi bir süre beklenmeksizin yapılabileceği öngörülmektedir (AYY, md. 7/5).

YUKK md. 57/4 ve YUKKUY md. 61/1'de, idari gözetimin devamında zorunluluk olup olmadığının Valilikçe her ay düzenli olarak değerlendirileceği hükme bağlanmakta ve yukarıda sözü edilen AYY md. 7/3 uyarınca bu değerlendirmenin alternatif yükümlülüklerin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin bir değerlendirmeyi de içermesi gerekmektedir. Bununla birlikte, YUKKUY md. 61/2 uyarınca,

*Aşağıdaki hallerde idari gözetimin devamında zaruret görülmeyebilir:*

- a) *Sınır dışı etme kararının, yabancıнын idari gözetime alınmasından itibaren altı ay içinde yerine getirilemeyeceğinin öngörülmesi.*
- b) *İdari gözetim altında bulunan yabancıнын, sınır dışı etme kararı alınmayacaklar kapsamına girdiğiyle ilgili ciddi emarelerin ortaya çıkması.*

---

<sup>37</sup> Bu hususta bkz. UNHCR: Vulnerability Screening Tool, 2016, <https://www.unhcr.org/media/unhcr-icd-vulnerability-screening-tool-identifying-and-addressing-vulnerability-tool-asylum>.

<sup>38</sup> Hatta AYY md. 7/4'te, hakkında sınır dışı etme ve idari gözetim kararı alınan yabancı geri gönderme merkezine götürülmeden önce alternatif yükümlülüklerle tâbi tutulması gerektiği tespit edilirse, idari gözetim kararının sonlandırılması gerektiği de açıkça düzenlenmektedir.

---

c) *Yabancı hakkında idari gözetim kararı alınmasına esas teşkil eden kaçma ve kaybolma riskinin ortadan kalkması.*

ç) *Yabancının gönüllü geri dönüş desteğine başvurması.*

Bu düzenlemenin, idari gözetim kararının zaruret bulunmadığı için sonlandırılmasını gerektiren halleri tüketici biçimde öngördüğü söylenemez; bu maddedeki durumların örnek kabilinden sayıldığı sonucuna varmak gerekir. Özellikle AYY md. 7/3 karşısında, YUKKUY md. 61/2’de öngörülen bu haller arasında yer almamakla birlikte, Valilik tarafından, alternatif bir yükümlülük getirilmesinin yeterli olacağı değerlendirilerek de idari gözetimin sonlandırılmasına karar verilebilir<sup>39</sup>.

Alternatif yükümlülükler ile bu yükümlülüklerin birincil dayanağı olan sınır dışı etme kararı arasındaki ilişkinin irdelenmesi, idari gözetim ile alternatif yükümlülükler arasındaki ilişkinin farklı bir boyutuna ışık tutmaktadır. Bilindiği gibi, YUKK md. 57’de düzenlenen idari gözetim tümüyle sınır dışı etme kararına bağlı olduğundan, sınır dışı etme kararının akıbeti idari gözetim bakımından önem arz etmektedir. Her ne kadar sınır dışı etme kararına karşı idari yargı yoluna başvurulması idari gözetimi durdurmasa da (YUKKUY, md. 59/4), sınır dışı etme kararının yargı yerince iptali halinde idari gözetim kararının da sonlandırılması gerekir (YUKKUY, md. 57/3). İdari gözetime dayanak olan sınır dışı etme işleminin iptali halinde alternatif yükümlülük getirilmesi de mümkün değildir; AYY md. 6/3, varsa yabancının tâbi tutulduğu yükümlülüklerin de sonlandırılması gerektiğini öngörmektedir. Yine idari gözetim için öngörülen (ve gerektiğinde altı ay daha uzatılabilen) altı aylık sürede sınır dışı etme işlemleri gerçekleştirilemeyen yabancıların da idari gözetiminin belli idari yükümlülükler getirilerek derhal sonlandırılacağı hükme bağlanmaktadır (YUKKUY, md. 59/7). Ayrıca, YUKKUY’un yukarıda sözü edilen 61’inci maddesi ikinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri, sınır dışı etme kararı iptal edilmese ve idari gözetim süresi henüz dolmasa bile, sınır dışı etme kararının uygulanmasının olanaksız hale gelmesi durumunda da idari gözetimin sonlandırılabilceğini göstermektedir.

---

<sup>39</sup> YUKKUY md. 61/3’te, “İkinci fıkradaki işlemlerin yerine getirilmesinde Kanununun 54 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) ve (d) bentleri hükümleri saklıdır” hükmü yer almaktadır. Bu hükümlerle, anılan bentlerin kapsamına giren yabancılar bakımından idari gözetimin devamında zaruret olmadığı yönünde bir değerlendirme yapılamayacağı kast ediliyorsa, YUKK düzenlemeleri ile idari gözetimin kişi özgürlüğü ve güvenliğini sınırlayan boyutu dikkate alındığında, böyle bir yorumun mümkün olmadığını belirtmek gerekir.

---

Hakkında sınır dışı etme kararı bulunan bir yabancının sonradan YUKK md. 55 (hakkında sınır dışı etme kararı alınamayacak olan yabancılar) kapsamına girdiğinin anlaşılmasının idari gözetim ve alternatif yükümlülükler üzerindeki etkisi nedir? Bu durumdaki bir yabancı hakkındaki sınır dışı etme kararı iptal edilmese (ya da idare tarafından geri alınmasa) dahi, idari gözetim altında tutulmasına ya da YUKK md. 57/A anlamında alternatif yükümlülük uygulanmasına olanak bulunmamaktadır. Her ne kadar YUKK ya da YUKKUY'da, bu durumdaki bir yabancı hakkındaki idari gözetimin sonlandırılması gerektiğine dair açık bir düzenleme bulunmasa da YUKK md. 55'te, madde kapsamındaki “*kişilerden, belli bir adreste ikamet etmeleri, istenilen şekil ve sürelerde bildirimde bulunmaları istenebilir*”eceğinin öngörülmesi, bu yabancıların idari gözetim altında tutulamayacağını ve varsa idari gözetimin sonlandırılması gerektiğini göstermektedir. YUKKUY'un 61/2-b maddesinde, idari gözetimin devamında zaruret görülmeyebilecek haller arasında, “*(i)dari gözetim altında bulunan yabancının, sınır dışı etme kararı alınmayacaklar kapsamına girdiğiyle ilgili ciddi emarelerin ortaya çıkması*”nın da sayılması, yabancının sınır dışı etme kararı alınmayacaklar kapsamına girdiğinin belirlenmesi durumunda idari gözetimin devamında zaruret görülmeyeceğini evleviyetle ortaya koymaktadır. AYY md. 6/2 ise, YUKK md. 55 kapsamında olan yabancıların alternatif yükümlülüklerle tâbi tutulamayacağını açıkça öngörmektedir.

Bununla birlikte mevzuatta, YUKKUY'un anılan 61'inci maddesi ikinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri uyarınca, sınır dışı etme kararının, yabancının idari gözetime alınmasından itibaren altı ay içinde yerine getirilemeyeceğinin öngörülmesi veya idari gözetim altında bulunan yabancının, sınır dışı etme kararı alınmayacaklar kapsamına girdiğiyle ilgili ciddi emarelerin ortaya çıkması nedeniyle hakkındaki idari gözetim kararı sonlandırılan bir yabancıya alternatif yükümlülük uygulanmasının mümkün olup olmadığı sorusunun açık bir yanıtı bulunmasa da, alternatif yükümlülüklerin sınır dışı etme kararı ile ilişkisinin idari gözetimden farkı olmadığı dikkate alındığında, sınır dışı etme kararının uygulanmasının olanaksız hale gelmesi durumunda, alternatif yükümlülüklerin de birincil dayanağı ortadan kalkmış olacaktır.

İdari gözetim ile alternatif yükümlülükler arasındaki ilişki bağlamında üzerinde durulması gereken son bir nokta, yabancının “*öncelikli olarak idari gözetim altına alınması(nın) esas*” olduğu durumları öngören AYY md. 6/4 hükmüdür. Buna göre,

---

*Hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancılardan; kaçma ve kaybolma riski bulunan, Türkiye'ye giriş veya çıkış kurallarını ihlal eden, sahte ya da asılsız belge kullanan, kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın Türkiye'den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayan, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanların, aşağıdaki durumlardan birinin ya da birkaçının varlığı halinde, öncelikli olarak idari gözetim altına alınması esastır:*

- a) İdari gözetim altına alınmaması durumunda ülkesiyle ilgili doğru bilgi ve belgelere ulaşamayacak olması.*
- b) Kimlik ve uyruğunun tespit edilmesi amacıyla idari gözetim altına alınması gerekmesi.*
- c) Yabancıнын idare ile iş birliği yapmaması.*
- ç) Yabancıнын idari gözetim altına alınmaması durumunda ülkesine geri gönderilemeyecek olması.*

Bu düzenlemenin bir tür “gereklilik karinesi” getirdiği söylenebilir; bir başka anlatımla, sözü edilen durumlarda yabancıнын idari gözetim altına alınmasının gerekli olduğu, bu durumlarda alternatif yükümlülüklerin yeterli olmayacağı karine olarak kabul edilmiştir. Ancak buradan bir idari gözetim zorunluluğu çıkarmaya olanak bulunmamaktadır. Bireysel olarak yapılacak değerlendirmede alternatif yükümlülüklerin de yeterli olacağı sonucuna varılırsa bunların uygulanması gerekir; bu hükmün varlığı idareyi ölçülülük değerlendirmesi yapmaktan kurtarmaz.

Alternatif yükümlülüklerle yönelik değerlendirilmesi icap eden bir diğer husus ise bu uygulamaların hukuki rejimidir. Yukarıda da belirtildiği gibi, idari gözetim alternatif yükümlülükler YUKK'a 7196 sayılı Kanun'la eklenen 57/A maddesinde düzenlenmekte; bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar ise, anılan maddenin son fıkrası uyarınca. İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılan AYY'de öngörülmektedir. Alternatif yükümlülüklerle ilişkin yasal düzenleme 2019 yılında getirilmekle birlikte, AYY bu tarihten neredeyse üç yıl sonra çıkarılmış; bu süre zarfında alternatif yükümlülüklerin uygulanması mümkün olmamıştır.

YUKK md. 57/A'da, alternatif yükümlülüklerin nelerden ibaret olduğu sayılmak suretiyle belirlenmekte; bunların hukuki rejimine ilişkin temel ve ortak birkaç kural öngörülmektedir. AYY ise, bu yükümlülüklerin nasıl uygulanacağı konusunda daha ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Buna rağmen, AYY'nin geç çıkarılmasından kaynaklanan uygulama sorununun bir

---

yönüyle halen devam ettiği söylenebilir; zira AYY’de yer verilen ayrıntılı kurallara rağmen pek çok hususta uygulamaya dönük alt düzenlemeler yapılması öngörülmekte; bu düzenlemeler henüz yapılmadığı için, alternatif yükümlülükler tam olarak uygulanamamaktadır.

Bu nedenle, her bir alternatif yükümlülük hakkında ayrıntılı ve kapsamlı bir değerlendirme yapmak güç olsa da, hukuki rejime ilişkin genel ve ortak bazı hususlar üzerinde durulmasında yarar bulunmaktadır. Öncelikle, YUKK md. 57/2 kapsamındaki yabancılar yönünden idari gözetim uygulanmadığı/uygulanmadığı durumda alternatif yükümlülük getirilmesi zorunlu olduğundan, bu durumda seçilecek alternatif yükümlülük(ler) açısından da (kendi aralarında) bir ölçülülük değerlendirmesi yapılması gerektiği belirtilmelidir. Bu bakımdan, amacı gerçekleştirmeye elverişli ve yeterli, ilgilinin hak ve özgürlüklerini en az sınırlayan yükümlülük(ler) uygulanmalıdır.

Alternatif yükümlülükler arasındaki gereklilik ilişkisinin nasıl kurgulandığı Kanun’da veya Yönetmelik’te açıkça belirtilmese de, AYY md. 21/4’te yer alan “*İdari gözetime alternatif yükümlülük/yükümlülüklerin mahkeme kararı sonucunda sonlandırılması veya mahkemece yürütmenin durdurulması kararı verilmesi halinde, mahkeme kararının gerekçesi göz önünde bulundurularak mümkün olması halinde yabancıya yeni bir alternatif yükümlülük getirilebilir. Ancak, her halükarda yabancının tabi tutulacağı yeni alternatif yükümlülük, mahkemenin sonlandırılmasına karar verdiği yükümlülükten **daha kısıtlayıcı** olamaz*” hükmü, bu tür bir ilişkinin varlığını göstermektedir. En kısıtlayıcı yükümlülüğün “*elektronik kelepçe*”, en az kısıtlayıcı olanın “*belirli adreste ikamet etme*” olduğu düşünüldüğünde, Kanun ve Yönetmelik’te yükümlülüklerin hafıftan ağıra sıralandığı söylenebilir. Alternatif yükümlülüklerin seçimine ilişkin değerlendirmede, ilgili yükümlülüğün özel hayata saygı hakkı, haberleşmenin gizliliği gibi özgürlükler üzerindeki kısıtlayıcı etkisi de dikkate alınmalıdır. Ayrıca, ölçülülük ilişkisinin yalnızca soyut ve genel olarak kurulmaması, ilgilinin bireysel durumu dikkate alınarak somut durumda yabancıya getirdiği kısıtlama/yükün de göz önünde bulundurulması gerektiği savunulabilir.

Bununla birlikte, AYY’de, bazı durumlarda belirli alternatif yükümlülüklerin tek başına uygulanmasına izin vermeyen ya da birlikte uygulanmasını zorunlu kılan, bazı yükümlülüklerin uygulanmasını belirli durumlara özgüleyen veya ilgilinin isteğine bağlayan düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin, sınır dışı etme nedenleri bakımından YUKK md. 54/I’in (b), (d) ve (k) bentleri kapsamına giren yabancıların yalnızca belirli adreste ikamet etme veya yalnızca



---

bildirimde bulunma yükümlülüğüne tâbi tutulması mümkün değildir; bunlara kaybolmalarını engellemek amacıyla ilave yükümlülük/yükümlülükler de getirilmelidir (AYY, md. 8/8, 9/6). Buna karşılık, elektronik kelepçe yükümlülüğü sadece bu kapsamdaki (YUKK, md. 54/I-b,d,k) yabancılara uygulanabilmekte; diğer yabancılar bu yükümlülüğe tâbi tutulamamaktadır (AYY, md. 17/1). Bunun dışında, aile temelli geri dönüş ve kamu yararına hizmetlerde görev alma yükümlülüklerinin uygulanabilmesi için, ilgilinin isteği aranmaktadır (AYY, md. 11 ve 13). Kuşkusuz, alternatif yükümlülüklerin hangisinin uygulanacağına ilişkin değerlendirme yapılırken, Yönetmeliğin bu ve buna benzer hükümlerinin de dikkate alınması zorunludur.

YUKK md. 57/A'nın altıncı fıkrasında, yabancının alternatif yükümlülüklerin gereğini yerine getirmemesi halinde idari gözetim altına alınabileceği hükme bağlanmaktadır. Sınır dışı etme kararının alınması aşamasında yapılan değerlendirmede, YUKK md. 57/2 kapsamına girdiği gerekçesiyle idari gözetim altına alınması değerlendirilen, ancak ölçülülük ilkesi uyarınca alternatif yükümlülüklere tâbi tutulan bir yabancının, bu yükümlülüklerin gereğini yerine getirmediği takdirde idari gözetim altına alınması olağan karşılanabilir; zira yükümlülüklerin ihlali, bunların amacı gerçekleştirmek bakımından yeterli olmadığını ve idari gözetimin gerekli hâle geldiğini gösteren bir olgu olarak görülebilir. Bununla birlikte, başlangıçta idari gözetim altına alınan ancak süresi dolduğu için gözetim sonlandırılarak alternatif yükümlülüklere tâbi tutulan bir yabancının, bu yükümlülükleri ihlal etmesi durumunda tekrar idari gözetim altına alınması mümkün olacak mıdır? Bu soruya olumsuz yanıt verildiği takdirde, bu durumdaki yabancılar yönünden alternatif yükümlülüklerin ihlalinin hiçbir sonucu olmamakta ve bunların uygulanmasından beklenen yarar sağlanamamakta; buna karşılık, bu durumda da idari gözetimin mümkün olduğu düşünülürse, idari gözetimi altı ayla sınırlayan yasal düzenleme anlamını yitirmekte; kişi hürriyeti ve güvenliği açısından güvencesiz bir alan yaratılmış olmaktadır. Bu sorunun açık yanıtını mevzuatta bulmak mümkün değildir; ancak önemi dolayısıyla konunun açıkça düzenlenmesinde yarar bulunduğu belirtilmelidir.

### ***Kapsamlı Kontrol ve Kabul Edilemeyen Yolculara Yönelik Uygulamalara İlişkin Değerlendirme***

Yukarıda da belirtildiği üzere kapsamlı kontrol ve kabul edilemeyen yolculara yönelik uygulamalar kural olarak mevzuatta belirtildiği şekilde, işlemin amacına hizmet eden sürede ve koşullarda gerçekleştirildiği takdirde yasal dayanağa sahip ve hukuka uygun uygulamalar olarak



---

nitelendirilebilir. Bununla birlikte, anılan uygulamaların, somut şartlara bağılı olmak üzere, özgürlükten yoksun bırakma sonucunu doğurabilme ihtimali de bulunmaktadır. Ancak, bu uygulamaların özgürlükten yoksun bırakma sonucunu doğurabileceğı durumlara ilişkin olarak mevzuatta açık bir düzenlemenin bulunmadığı, ya da bu uygulamaları mevcut idari gözetim uygulamaları ile bağlantılandırarak yasal dayanağı kavuşturan bir düzenlemenin yer almadığı görülmektedir. Eğer kişinin kendi iradesiyle ülkesine dönmesini makul kılacak şartlar bulunmuyorsa (kişinin uluslararası koruma ihtiyacı içerisinde olması veya geri gönderme yasağına giren bir husus konusunda iddiasının bulunması gibi)<sup>40</sup> özellikle dört saati aşan kapsamlı kontrolün özgürlükten yoksun kılan bir gözetim uygulamasına dönüşmüş olmasından hareketle, bu uygulamanın hangi şartlarda, hangi ek süre içerisinde ve hangi usul güvenceleri ile gerçekleştirileceğine ilişkin net bir düzenlemenin oluşturulması uygun olacaktır. Uluslararası koruma başvuru sahipleri açısından, kural olarak, süreyi aşan bu tür uygulamalar bakımından ilgilinin şartlarını taşıdığı durumda YUKK'un 68.maddesi ekseninde idari gözetim kararı ile tutulması ise, mevzuatta herhangi bir değişiklik yapılmaksızın yasallık ve keyfi olmama kriterlerine uyum konusunda nispeten olumlu bir uygulama teşkil edebilir. Ancak sınırda uluslararası koruma başvurusunda bulunduğu hâlde hakkında herhangi bir idari gözetim kararı alınmaksızın dört saati aşan süre tutulan kişiler bakımından, yasal dayanağın bulunmaması nedeniyle bu tutma hâlinin keyfi bir nitelik arz edebileceğinin altını çizmek gerekir.

Uluslararası koruma başvurusunda bulunmamış ve geldiğı ülkeye dönme konusunda herhangi bir risk taşımayan kişiler bakımından ise dört saatlik kontrol süresinin aşılması durumunda bu kişilerin işlemlerin sonuçlanmasını beklemeksizin geri dönme tercihini özgürce yapabilecek olmalarından ötürü yasallık ve keyfi olmama kriterleri bakımından herhangi bir sorun oluşmayacağı kural olarak belirtilebilir. Ancak bu tür durumlarda, AİHM'in sınır kontrollerinde bekletilme süresinin kontrol amacına hizmet eden ve bu amacın gerektirdiğı kesin süre boyunca gerçekleştirilmesi yönündeki içtihadı ile yetkililerin iyi niyetle ve özen yükümlülükleri doğrultusunda hareket etmeleri gerekliliğı birlikte değerlendirildiğinde, bu gerekliliğı karşılamayan tutma hâllerinin hukuka aykırılık oluşturacağı ifade edilebilir. Bir başka ifade ile,

---

<sup>40</sup> Bu noktada, kişinin uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş olması ya da sınırdan geri çevrilerek menşe ülkesine gönderilmesinin geri gönderme yasağına aykırılık teşkil edeceği iddiasında bulunmasının kontrol için aranan dört saatlik süre aşıldığında kişinin iradesine bağılı olarak geri dönme opsiyonunu ortadan kaldırarak, bekleme hâlini irade dışı bir niteliğe büründürebilecek olmasından ötürü özellik arz ettiği yinelenmelidir.

---

işlemlerin gereği gibi gerçekleştirilmemesi (gerekli özenin gösterilmemesi) nedeniyle uzaması ve/veya ilgiliyi daha uzun süre bekletme kastıyla hareket edilmesi gibi durumlarda kişinin dört saatten fazla tutulması keyfi ve fiili bir özgürlükten yoksun bırakma hâline dönüşebilecektir.

Benzer durum, kabul edilemeyen yolcular bakımından da söz konusu olabilecektir. Mevzuat uyarınca, ülkeye giriş şartlarını taşımadığı için sınırdan geri çevrilme işlemine tâbi tutulan bu kişilerin geldikleri ya da kesin olarak kabul edilecekleri ülkeye (geri) götürülmeleri ve götürülene kadar (tutuldukları süre boyunca) beslenme, konaklama ve acil sağlık giderlerinin karşılanması taşıyıcılar tarafından gerçekleştirilecektir (YUKK, md. 98). Ayrıca, Hava Yolu Taşıyıcılarının Yükümlülüklerine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (HTY) uyarınca, yolcuyu getiren taşıyıcı, yolcunun geldiği ülkeye veya yolcunun rızası doğrultusunda kabul edilebileceği üçüncü bir ülkeye gönderilmesiyle ilgili işlemleri derhal başlatır ve en geç üç gün içinde sonuçlandırır (HTY, md. 5/1/a). İlgili Yönetmelik, taşıyıcının, yolcunun götürüleceği yere kendisinin veya başka bir taşıyıcının seferinin bulunmadığını veya hava muhalefeti, rötat, iptal ya da herhangi bir nedenle o ülkenin hava sahasının uçuşlara kapalı olduğunu belgelemesi halinde, havalimanı mülki idare amirinin, yolcunun transferine ilişkin gerekli kolaylığı sağlayacağını da hüküm altına almıştır (HTY, md. 5/1/c). Bu çerçevede, taşıyıcının sorumluluğunun kişinin gönderileceği yere transferi ve bu süre içerisindeki masrafların karşılanmasından ibaret olduğu anlaşılmaktadır. Kişinin tutulması ise, idarenin kolluk yetkileri kapsamında olduğundan, tutma süresi ve koşulları ile tutma amacıyla bu koşullar arasındaki ilişkinin gerekliliğine bağlı olarak bu tutma hâlinin özgürlükten yoksun bırakma sonucunu doğurması durumunda, sorumluluk idareye ait olacaktır. Bu noktada, somut durumun özelliğine göre, kişinin transfer için gereken makul bir süreden daha fazla tutulması hâlinde keyfi bir özgürlükten yoksun bırakma halinin doğacağı ifade edilebilir.

### ***Uygulamada Fiilen Gerçekleştirilen Diğer Tutulma Uygulamalarına Yönelik Değerlendirme*** *Nakil/Sevk ve İdari Gözetim Kararı Alınana Kadar Uygulanan Tutma Durumlarına İlişkin Olarak*

YUKKUY md. 53/1'de, "(s)ınır dışı etme, Türkiye'yi terke davet ve idari gözetim kararı(nın) en geç kırk sekiz saat içinde alın"acağı hükme bağlanmaktadır. Bu düzenleme YUKK'un 57. maddesinin birinci fıkrasının uygulaması niteliğinde olup anılan Kanun hükmü uyarınca, "54 üncü madde kapsamındaki (hakkında sınır dışı etme kararı alınacak) yabancılar, kolluk

---

*tarafından yakalanmaları hâlinde, haklarında karar verilmek üzere derhâl valiliğe bildirilir. Bu kişilerden, sınır dışı etme kararı alınması gerektiği değerlendirilenler hakkında, sınır dışı etme kararı valilik tarafından alınır. Değerlendirme ve karar süresi kırk sekiz saati geçemez”.* Bu düzenlemeden, kolluk tarafından yakalanan yabancıların durumunun valiliğe bildirilmesinden itibaren kırk sekiz saat içinde karar alınacağı anlaşılacakla birlikte, Yönetmeliğin 53. maddesinin iki ve üçüncü fıkralarında sürenin başlangıcı ayrıca düzenlenmektedir. Buna göre, kolluk tarafından yakalanan yabancılarla sürenin başlangıcı, geri gönderme merkezi bulunan illerde yabancıların geri gönderme merkezine teslim edildiği; yabancıların yakalandığı ilde geri gönderme merkezi yoksa veya geri gönderme merkezi doluyorsa kolluğun yabancı ile ilgili derlediği belgeleri tutanakla il müdürlüğüne ilettiği andır. İl müdürlüğü tarafından tespit edilen yabancılarla ise kırk sekiz saatlik süre, yabancıların il müdürlüğünde hazır bulunmasından itibaren başlamaktadır.

YUKK’da, il müdürlüğü tarafından tespit edilen yabancılarla karar alma süresinin başlangıcına ilişkin bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte, kolluk tarafından yakalanan yabancılarla sürenin başlangıcı yabancıların durumunun valiliğe bildirildiği an olarak belirlenmekte ve bu bildirim derhal yapılacağı hükme bağlanmaktadır. Yönetmeliğin süreyi yabancıların geri gönderme merkezine teslim edildiği andan başlatan düzenlemesinin Kanun’a aykırı olduğu görülmektedir; zira YUKK’da kırk sekiz saatlik karar alma süresinin yabancıların geri gönderme merkezine teslim edilmesinden başlatılmasına izin veren bir düzenleme bulunmamasıyla, aksine yabancıların idari gözetim kararının alınmasından itibaren ikinci bir kırk sekiz saatlik süre içinde geri gönderme merkezine teslim edileceği düzenlenmektedir. Yabancı, hakkında idari gözetim kararı alınmadan önce geri gönderme merkezine teslim edilecek olsa dahi, YUKK uyarınca, teslimi beklemeden durumun derhal valiliğe bildirilmesi ve kırk sekiz saatlik sürenin de bu andan başlaması gerektiği açıktır.

Geri gönderme merkezinin bulunmadığı ya da dolu olduğu illerde de, sürenin başlangıcı için kolluğun yabancı ile ilgili derlediği belgeleri tutanakla il müdürlüğüne bildirdiği an esas alınmaktadır. Yönetmelikteki düzenlemeler, her durumda, kırk sekiz saatlik karar alma süresinin başladığı ana kadar geçen süre zarfında yabancıların kolluk tarafından tutulabileceğini göstermekte; ancak bu tutmanın herhangi bir yasal dayanağı ve azami süre güvencesi bulunmamaktadır. YUKK düzenlemesinden, yabancıların durumunun derhal Valiliğe bildirilmesi ile başlayan kırk sekiz saatlik değerlendirme ve karar süresi boyunca (idari gözetim kararı alınana kadar) yabancıların kolluk tarafından tutulabileceği sonucunu çıkarmak mümkündür;

---

ancak Yönetmelik kırk sekiz saatlik sürenin başlangıcını geri gönderme merkezine teslim ya da yabancı ile ilgili belgelerin iletilmesi anına ötediği için, yakalama ile teslim/iletim anı arasında geçen sürede yabancının tutulmasının hiçbir yasal dayanağı bulunmadığını söylemek mümkündür.

Bu hususta YUKK'un 97.maddesinde düzenlenen 'davete uyma yükümlülüğü' başlıklı hükmün yasal bir dayanak olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışma konusu olabilir. İlgili hüküm şu şekilde düzenlenmiştir: "*Yabancılar, başvuru sahipleri ve uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler; a) Türkiye'ye girişi veya Türkiye'de kalışı hakkında inceleme ihtiyacının doğması, b) Hakkında sınır dışı etme kararı alınma ihtimalinin bulunması, c) Bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili işlemlerin bildirim, nedenleriyle ilgili valiliğe veya Genel Müdürlüğe<sup>41</sup> davet edilebilirler. Davete uyulmadığında veya uyulmayacağına ilişkin ciddi şüphe olması durumunda yabancılar davet edilmeksizin kolluk tarafından getirilebilirler. Bu işlem, idari gözetim olarak uygulanamaz ve bilgi alma süresi dört saati geçemez*".

Düzenlemenin lafzından, bu hükmün anılan uygulamalar sırasında gerçekleştirilecek bir özgürlükten yoksun bırakma hâline dayanak teşkil edemeyeceği belirtilebilir. Şöyle ki; ilgili hüküm, sınır dışı etme ve idari gözetim kararı alınmasına ilişkin bir nakil işleminden ziyade, yabancı hakkında kişinin kendisinden bilgi alınması amacına hizmet etmektedir. Bir başka ifadeyle bu düzenleme, ancak kişi hakkında sınır dışı etme ve idari gözetim kararı verilmesine yönelik bir değerlendirme yapıp yapılmayacağına belirlenmesine ilişkin bir ön aşama olarak kabul edilebilir. Ayrıca, bir an için bu hüküm kişi hakkında karar verilmesine ilişkin nakil/sevk sürecinin yasal dayanağı olarak görülse dahi, kanun kalitesi bakımından AİHM'in öngördüğü şartları taşımamaktadır. Düzenlemede kişinin kolluk kontrolünde nakil/sevk edilmesini gerektiren iki durum söz konusudur. Bunlardan ilki açısından öncelikle kişiye bir davet yapılması ve kişinin bu davete uymamış olması gereklidir. İkincisi için ise kişinin davet yapılsaydı dahi bu davete uymayacağına yönelik ciddi şüphe bulunması gerekmektedir. Bu

---

<sup>41</sup> Kanunun ilgili hükmünde Genel Müdürlük (Göç İdaresi Genel Müdürlüğü) ifadesi geçmektedir. Bununla birlikte, 85 sayılı 'Bazı Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 18.maddesi ile 4 Sayılı 'Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne ilişkin Onüçüncü Bölümünün başlığı 'Göç İdaresi Başkanlığı' şeklinde değiştirilmiştir. Ayrıca 85 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 31.maddesi ile 4 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Onüçüncü Bölümüne eklenen 'geçiş hükümleri' başlığını taşıyan geçici madde ile mevzuatta Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne yapılan atıfların Göç İdaresi Başkanlığına yapılmış sayılacağı düzenlenmiştir.

---

durumda ikinci hâl açısından davet yapılmasına gerek olmadan kişinin kolluk tarafından ilgili makama getirileceği anlaşılmaktadır. Bu noktada öncelikle düzenlemede geçen, davete uyulmadığını belirlemeye ve “davete uyulmayacağı yönünde ciddi şüphe olması” durumunu değerlendirmeye yetkili olan makamın belirli olmadığı görülmektedir. Ek olarak, hüküm nakil/sevk aşamasındaki tutma hâlinin şartlarını (süre de dahil olmak üzere) belirlememektedir. Düzenlemede yer alan dört saatlik süre, ilgilinin kendisinden bilgi alınmak üzere yetkili makama getirilmesinden sonra başlayan bilgi alma süresini nitelemektedir. Hükümde geçen “bu işlem idari gözetim olarak uygulanmaz” ifadesinin sadece bilgi almayı değil, nakil/sevk aşamasını da kapsadığı düşünülse dahi<sup>42</sup>, AİHM’in ulusal hukuktaki nitelendirmenin, uygulamanın özgürlükten yoksun bırakma sonucu doğurması bakımından belirleyiciliği bulunmadığı yönündeki içtihadı<sup>43</sup> nedeniyle fiilen özgürlükten yoksun bırakma hâlinin doğması mümkün olabileceğinden; nakil/sevk sırasındaki tutma şartlarının, kişiye yönelik bilgilendirmenin keyfi uygulamayı engellemek için açıkça düzenlenmiş olması hukuka uygunluk bakımından gereklidir. Yakalama ile teslim/iletim anı arasında kişinin kolluk kontrolünde geçirdiği sürede (nakil/sevk süresinde) yabancının tespiti ve yakalanmasını da kapsayacak şekilde, tutulmasının keyfi olmasını engelleyebilecek yasal dayanağın YUKK ve YUKKUY dışındaki mevzuatta bulunabileceği de değerlendirilebilir. Bu hususta Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) incelendiğinde, Kanunun iki hükmü bu değerlendirmeye konu teşkil edebilir. Bunlardan ilki kişinin yakalanmasına dayanak teşkil eden, ‘durdurma ve kimlik sorma’ başlığını taşıyan 4/A hükmüdür. Bu hükümde yer alan “*kimliği tespit edilemeyen kişinin yabancı olduğunun anlaşılması halinde, 5682 sayılı Pasaport Kanunu ve 5683 sayılı Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun hükümlerine göre işlem yapılır*” ifadesi uyarınca, ilgilinin yakalanmasından sonraki işlemlerin (hakkında karar verilmek üzere nakil/sevk) YUKK hükümleri uyarınca yapılacağı anlaşılmaktadır<sup>44</sup>. Ancak yukarıda da aktarıldığı üzere, YUKK bu hususta, AİHM’in aradığı kanun kalitesi standartlarına uyan bir içeriğe sahip değildir. Her ne kadar PVSK, kişinin tespitinden sonraki aşamalar için açıkça YUKK’a gönderme yapmış olsa

---

<sup>42</sup> Sürenin nakil/sevk aşamasını kapsadığı yönünde bir çıkarımın pratikte uygulanabilirliğinin mümkün olmayabileceği düşünülebilir. Zira, ilgili düzenlemede kişinin ilgili valiliğin yanında Genel Başkanlığa getirilmesinin de söz konusu olabileceği belirtilmektedir. Bu noktada, kişinin Ankara’ya erişimin dört saatten fazla süren bir yolculukla mümkün olabileceği başka bir ilden getirilme ihtimali her halükarda bulunmaktadır.

<sup>43</sup> Bkz. yuk. dn. 6.

<sup>44</sup> YUKK md. 122 uyarınca mevzuatta mülga Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun’a (YİSHK) yapılan atıflar YUKK’a yapılmış olarak kabul edilecektir.

---

da, bu göndermenin YUKK'da uygulanabilir hüküm bulunması çerçevesinde etkili olabileceği, PVSK ve diğer mevzuatta, sonraki aşamalar açısından (yakalama, nakil/sevk) uygulanabilir hükümler bulunduğu bunların etki doğurabileceği düşünülebilir. Bu bakış açısıyla PVSK'da konu ile ilgili olabilecek ikinci düzenleme olan, 13.maddenin (D) bendi incelenebilir. Bu hüküm uyarınca, kolluğa usulüne aykırı şekilde ülkeye giren ya da haklarında sınır dışı etme veya geri verme kararı alınanları yakalama yetkisi verilmiştir. Bununla birlikte bu kişilere yönelik yakalama sonrasında yapılacak işlemlere (nakil/sevk bakımından) yer verilmediği görülmektedir. Bu husustaki düzenlemeler Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinde (YGİY) yer almaktadır. Her ne kadar bu Yönetmelikte yakalamaya ilişkin ayrıntılı hükümler yer alsada, nakle/sevke ilişkin olanlar da dahil olmak üzere bu hükümlerin adli soruşturmaya yönelik olduğu görülmektedir. Nitekim, Yönetmeliğin amacı da bu yöndedir: *“bu Yönetmeliğin amacı, bütün adli kolluk görevlileri ile gerektiğinde veya Cumhuriyet savcısının talebi üzerine adli kolluk görevini ifa eden diğer kolluk görevlilerinin, Cumhuriyet savcılarının bilgi ve emirleri doğrultusunda yürütecekleri adli soruşturma sırasında kolluk tarafından gerçekleştirilen yakalama, gözaltına alma, muhafaza altına alma ve ifade alma işlemlerinin yürütülmesinde uyulacak usul ve esasları düzenlemektir”* (YGİY, md. 1)<sup>45</sup>. Kaldı ki, Yönetmeliğin dayanak olarak aldığı mevzuat arasında YUKK yer almamaktadır<sup>46</sup>.

Buradan yola çıkarak, ülkede düzensiz şekilde bulunan yabancıların yakalanması noktasında kolluk yetkisinin hem PVSK (ve YGİY) hem de YUKK'dan kaynağını alan bir yasal dayanağa sahip olduğu kabul edilse dahi, PVSK'nın YUKK'a yaptığı göndermeden de yola çıkarak bu kişiler bakımından yakalamadan sonraki aşamaların anılan mevzuat uyarınca (PVSK, YGİY) değil, YUKK gibi yabancıların ülkede bulunuşlarına ilişkin idari işlemlerin yürütülmesine has bir düzenleme ekseninde uygulanmasının amaçlandığı; nitekim PVSK ve YGİY'nin yakalama şartları ve nakil/sevk şartları konusunda adli soruşturmaya odaklandığı; bu nedenle anılan mevzuatta düzensiz durumdaki yabancılar bakımından sadece yakalama yetkisine ilişkin hususların nispeten net bir şekilde düzenlenmesine rağmen, yakalama şartları ve nakil/sevk şartları konusundaki düzenlemelerin bu yabancılar için uygulanabilirliği hususunda netlik bulunmadığı; YUKK'da ise yakalama şartları ve nakil/sevk şartlarına ilişkin hükümlerin yer almadığı; dolayısıyla anılan yabancıların yakalanma şartları ve nakil şartlarına ilişkin hususlarda

---

<sup>45</sup> Vurgu tarafımızca eklenmiştir.

<sup>46</sup> Bkz. PVSK'nın 'Dayanak' başlıklı 3. maddesi. Anılan hükümde mülga YİSHK'e de gönderme yapılmamıştır.

---

AİHM'in aradığı; detaylılık, netlik ve öngörülebilirlik kriterlerini sağlayarak kanun kalitesi standardına uygun olan yasal dayanağın mevzuatımızda bulunmadığı; bu yasal dayanağın yokluğunda gerçekleştirilen özgürlükten yoksun bırakma uygulamalarının ise hukuka uygun olmadığı sonuçlarına varabilmek mümkündür.

### ***Geçici Koruma Yönetmeliğinin 8.maddesine Yönelik Uygulamalara İlişkin Olarak***

GKY md. 8(1) kapsamındaki kişilerin aynı maddenin (3) ve (5). fıkraları bağlamında GBM'lerin belirli yerlerinde veya başka yerlerde tutulma durumlarının özgürlükten yoksun bırakma ile sonuçlandığı daha önce belirtilmişti. Bununla birlikte bu tutma hâlinin hukuka uygunluğu açısından yapılan incelemede, tutmaya dayanak teşkil eden düzenlemenin (GKY md. 8) yasallık ve keyfi olmama bakımından gereken şartları taşımadığı görülmektedir. Öncelikle, söz konusu düzenleme, AİHM içtihadının kanun kalitesi bağlamında aradığı şartlar ekseninde kişinin gözetim altına alınmasına ilişkin bir açıklama içermemekte; detaylı ve öngörülebilir bir biçimde tutma hâlinin süresine, koşullarına, bu uygulamaya yönelik yargısal başvuru ve itiraz yollarına yer vermemektedir. Bu tür bir tutma hâlinin YUKK'dan kaynağını alan bir temeli bulunmadığı da anlaşılmaktadır. GKY kapsamındaki kişilerin, anılan Yönetmeliğin 16.maddesi uyarınca, uluslararası koruma başvurularının işleme alınmayacağı, dolayısıyla uluslararası koruma usulüne dahil edilmeyecekleri açıktır. Bu nedenlerle, bu kişilerin, idari gözetim için mutlaka bir sınır dışı etme kararı olması gerekliliğini şart koşan YUKK md. 57 ve sadece uluslararası koruma başvuru sahiplerinin belirli şartlarda idari gözetime alınabileceğini düzenleyen YUKK md. 68 kapsamına girmedikleri hâlde özgürlüklerinden yoksun bırakıldıkları sonucuna varılmaktadır. Kanunda bu husustaki uygulamaya kaynak teşkil edecek bir düzenleme bulunmadığı hâlde Yönetmelikteki düzenlemenin, öngörülebilirlik, detaylılık gibi şartları taşımaması bir yana, uygulamaya kaynak teşkil edebilmesi, ulusal hukuka uygunluk şartını da taşımamaktadır. Zira, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını sınırlandıran GKY md. 8(3) ve (5) kapsamındaki bu uygulamanın maddi ve şekli anlamda Kanunla düzenlenmiş olması Anayasa'nın 13. ve 16.maddelerinin gereği olarak ortaya çıkmaktadır.

Öte yandan, bir an için bu kişiler hakkında sınır dışı etme kararı alınmış olduğu varsayıлып, YUKK md. 57 kapsamında tutuldukları kabul edilse dahi, bu kez de AİHM'in uygulamanın hukuka uygunluğu bakımından aradığı "gerekli özenin gösterilmesi" ve uygulamanın "iyi



---

niyetle” gerçekleştirilmesi şartlarının oluşmadığı da iddia edilebilecektir. Şöyle ki; YUKK uyarınca bir yabancı hakkında sınır dışı etme kararı alınabilmesi için, yabancının durumunun bir taraftan, YUKK md. 54’de yer alan sınır dışı etme nedenlerinden birine giriyor olması, diğer yandan ise “sınır dışı etme kararı alınmayacaklar” başlıklı YUKK md. 55’de sayılan hâllere girmiyor olması gerekmektedir. YUKK md. 55(1)(a) hükmü, 54 üncü madde kapsamında olsalar dahi, sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı konusunda ciddi emare bulunan yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınmayacağını düzenlemektedir. Buradan çıkarılacak sonuç, GKY kapsamında olanlar hakkında (kişisel durumlar saklı kalmak kaydıyla) çeşitli menşe ülke raporları da göz önünde bulundurulduğunda, menşe ülkelerine yönelik olarak bir sınır dışı etme kararı alınamayacağıdır. Bu kişiler bakımından alınabilecek bir sınır dışı etme kararı ancak güvenli bir üçüncü ülkeye yönelik olabilecektir. Bu çerçevede, böyle bir ülkenin yokluğunda baştan alınmaması gereken sınır dışı etme kararının idare tarafından alınmış olduğu varsayılsa dahi, kararın icrasının, kişinin gönderileceği güvenli bir ülkenin bulunmasına bağlı olması nedeniyle uzun bir zaman alabileceği açıktır. AİHM bu noktada, sınır dışı etme kararının icrasının belirsizlik arz ettiği ve gerçekleştirilemediği durumlarda kişilerin özgürlükten yoksun bırakılmasını gerekli özenin gösterilmemesi olarak ele almaktadır. Mahkeme, kişinin ülkeden sınır dışı edilmesi gerçekçi bir ihtimal olmaktan çıktığında, devletlerin alternatif tedbirleri uygulama yükümlülüğünün olması gerektiğine hükmetmektedir<sup>47</sup>. Bu doğrultuda, gerek sınır dışı etme kararı alınmadığı için, gerekse alınmış olan bir sınır dışı etme kararı icra edilemediği için, kişilerin belirsiz bir süre ve belirsiz koşullarda, itiraz yolları gösterilmeksizin ve bilgilendirme yapılmaksızın tutulmakta olması hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Bu tür bir tutma hâli sadece AİHM içtihadına değil, ulusal hukuka da aykırılık teşkil etmektedir. Bu tür bir uygulama ancak Kanunla; şartları, süresi, koşulları, başvuru yolları detaylı bir şekilde düzenlenmek koşuluyla ve keyfi uygulamayı engelleyecek usul güvencelerinin getirilmiş olması hâlinde hukuka uygun kabul edilebilecektir. Dolayısıyla buradaki sorun, sadece uygulamaya yönelik olmayıp yapısal bir nitelik taşımakta, ulusal hukuktaki düzenlemelerin yeniden gözden geçirilerek şekillendirilmesini gerekli kılmaktadır.

---

<sup>47</sup> Bkz., *S.K. v. Russia*, para. 115; *Azimov v. Russia*, para. 173.



---

Son olarak, anılan kişilerin GKY md. 8(1) kapsamında geçici koruma altına alınamayacak kişilerden olduğu ancak aynı zamanda da sınır dışı edilemeyecek hâlde buldukları tespit edildiği durumda, ulusal hukuk gereği, insani ikamet iznine tâbi kılınmaları hususu değerlendirmeye alınmaksızın, statüleri belirsiz bırakılarak yine belirsiz bir süre boyunca özgürlükten yoksun bırakılmaları hem ulusal hukuka uygunluk hem de gerekli özen ve iyi niyet şartları açısından hukuka aykırılık doğurabilecektir. YUKK md. 46’da düzenlenmiş olan insani ikamet izninin verilmesi bakımından idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır. İlgili hüküm, bu hususta, ilgili hükümde yer verilen hâllerde, diğer ikamet izinlerinin verilmesindeki şartlar aranmadan, GİB’in onayı alınarak valiliklerce insani ikamet izni verilebileceğini düzenlemektedir. YUKK md. 46 ekseninde söz konusu ikamet izninin verilebileceği hâller arasında, haklarında sınır dışı etme kararı alındığı hâlde bu kararın icrasının gerçekleştirilememesi ve YUKK md. 55 uyarınca ilgili kişi hakkında sınır dışı etme kararı alınamıyor olması da sayılmaktadır. Hatta YUKKUY md. 57 uyarınca insani ikamet izni verilmesindeki takdir yetkisi, kişi hakkında alınmış olan bir sınır dışı etme kararının uygulanamaması durumunda bağlı yetkiye dönüşmektedir. Zira ilgili hüküm şu şekilde düzenlenmiştir: *“sınır dışı etme kararı alındıktan sonra, Kanununun 55 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında olduğu anlaşılan yabancı hakkında öncelikle üçüncü bir ülkeye sınır dışı edilmesi ihtimali değerlendirilir. Yabancıнын üçüncü bir ülkeye sınır dışı edilmesi mümkün olmadığında sınır dışı etme kararı uygulanmaz ve yabancıya insani ikamet izni verilir. İnsani ikamet izni süresince yabancıнын ülkesine veya gidebileceği üçüncü bir ülkeye sınır dışı edilme olanakları araştırılmaya devam edilir. Sınır dışı etme engelinin ortadan kalkması halinde insani ikamet izni iptal edilir ve yeni bir karar alınmaksızın sınır dışı etme işlemi tamamlanır.”*

Görüldüğü üzere, GKY md. 8 kapsamında GBM’lerde kalan kişilerin haklarında alınan sınır dışı etme kararının icra edilememekte olması ya da YUKK md. 55(1)(a) bağlamında sınır dışı etme kararı alınamıyor olması durumunda mevzuat gereği yapılacak uygulama, kişilerin insani ikamet izni altına alınmalarıdır.

---

## B. Usul Güvenceleri Açısından

AİHS md. 5(2) ve 5(4) hükümleri, özgürlükten yoksun bırakma hâlleri bakımından uygulanması ve güvence altına alınması gereken usuli hususları düzenlemektedir. AİHS md. 5(2) hükmü, yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesini zorunlu kılmaktadır. AİHS md. 5(4) uyarınca ise tutulan her kişinin, hakkında yürütülen işlemin usulden ve esastan hukuka uygun olup olmadığının denetlenebilmesi için mahkemeye başvurma hakkı güvence altına alınmış olmalıdır. Tutulan herkesin anlayacağı bir dilde, yalın bir şekilde özgürlükten alıkonulmasının hukuki ve olgusal nedenleri konusunda bilgilendirilmesi [AİHS, md. 5(2)]; kişilerin bu bilgilendirme ile tutulma halinin hukuka uygunluğuna md. 5(4)'ün gereği olarak yetkili bir mahkemede itiraz etme imkânı sağladığı için AİHS'in md. 5(2) ve 5(4). maddelerindeki güvencelerin birlikte sağlanmış olması gerekmektedir. Bu nedenle aşağıdaki değerlendirmelerde her iki hüküm birlikte ele alınmıştır. Ek olarak bu başlık altında, alternatif yükümlülüklerle ilişkin yargı yoluna yönelik açıklamalara da yer verilmiştir. Alternatif yükümlülük uygulanması doğrudan doğruya kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını ilgilendirmeyip, özgürlükten yoksun bırakma sonucu doğurmasa da mevzuatımıza nispeten yeni girmiş olan bu uygulamaya yönelik özellikle yargı yoluna ilişkin açıklamaların hukuka uygun bir göç kontrolü sisteminin işletilmesi bakımından önem taşıdığı düşünülmektedir.

### *İdari Gözetim Uygulamalarına Yönelik Değerlendirme*

YUKK'un 57.maddesi çerçevesinde uygulanan idari gözetim tedbiri bakımından bilgilendirmeye yönelik güvencelerin Kanunda zikredildiği görülmektedir. YUKK'un 57(5). maddesi uyarınca, *“idari gözetim kararı, idari gözetim süresinin uzatılması ve her ay düzenli olarak yapılan değerlendirmelerin sonuçları, gerekçesiyle birlikte yabancıya veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilir. Aynı zamanda, idari gözetim altına alınan kişi bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa, kendisi veya yasal temsilcisi kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında bilgilendirilir”*. Anılan hüküm AİHS md. 5(2) bağlamında aranan bildirimle yönelik güvenceleri sağlamakla birlikte, uygulamada idari gözetim kararlarının gerekçesinde ilgilinin alternatif yükümlülüklerle tâbi kılınma yerine neden idari gözetim altına alındığına yönelik somut

---

nedenlere açık şekilde yer verilmediği aktarılmıştır<sup>48</sup>. Gerekçedeki bu eksikliğin AİHS md. 5(2) bağlamında yeterli bir bilgilendirme içermemesinin yanında; ölçülülük kriterinin gereği gibi dikkate alınmadığı/uygulanmadığı noktasında yapılacak bir itiraz açısından AİHS md. 5(4) uyarınca mahkemeye erişim hakkının etkin şekilde kullanılması üzerinde de olumsuz bir etkiye sahip olacağıın altını çizmek gerekmektedir<sup>49</sup>. Ayrıca yine uygulamaya yönelik aktarılan bilgiler ekseninde, tercüme/tercüman hizmetlerindeki aksaklıkların (kişinin anladığı bir dilde bilgilendirilemiyor olması)<sup>50</sup> da aynı sonucu doğuracağı belirtilmelidir.

İdari gözetim tedbirine karşı mahkemeye erişim özelinde bir değerlendirme yapıldığında ise bu husustaki düzenlemeden; idari gözetim kararı, merkezi idare içinde yer alan valilik tarafından tesis edilen bir idari işlem olmakla birlikte, kanun koyucunun bu karara karşı özel bir yargısal başvuru yolu öngördüğü anlaşılmaktadır. YUKK md. 57/6'da, idari gözetim kararına karşı sulh ceza hakimine başvurulabileceği, başvurunun idari gözetimi durdurmayacağı, sulh ceza hakiminin kararının kesin olduğu, ancak idari gözetim şartlarının ortadan kalktığı veya değiştiği iddiasıyla yeniden sulh ceza hâkimine başvurulabileceği hükme bağlanmaktadır. İdari gözetim kararına karşı yargı yolu herhangi bir süreyle sınırlanmadığından, idari gözetimin devam ettiği süre boyunca sulh ceza hakimine başvurulması mümkün olup idari gözetim şartlarının değiştiği iddiasıyla birden çok kez de başvurulabilir.

Sulh ceza hakimine, idari gözetim koşullarının mevcut olmadığı, değiştiği ya da ortadan kalktığı gerekçesiyle başvurulabilir. İdari gözetimin gerekli olmadığı, ölçülülük testinin hiç ya da doğru biçimde yapılmadığı, alternatif yükümlülük getirilmesi mümkün ve yeterliyen bunun uygulanmadığı iddiası da idari gözetim koşullarının mevcut olmadığı anlamına geldiğinden, bu kapsamda sulh ceza hakimine başvurulması mümkündür. Bu iddianın haklı olması durumunda, sulh ceza hakiminin idari gözetimin sonlandırılmasına karar vermesi gerekir. Bununla birlikte, sulh ceza hakiminin alternatif yükümlülük uygulanmasına karar vermesi mümkün değildir; özellikle hangi alternatif yükümlülüklerin uygulanacağı hususu idarenin takdir yetkisi içindedir.

---

<sup>48</sup> Bkz. Odak Grubu Toplantısı.

<sup>49</sup> Bu hususta örneğin bkz. *Khalifa and Others v. Italy*, para. 115.

<sup>50</sup> Bkz., *Rahimi v. Greece*, 2011, para. 120; *Akkad v. Turkey*, para. 108

---

Uygulamaya yönelik aktarılan bilgiler ışığında<sup>51</sup>, mahkemeye erişim hususunda belirtilmesi icap eden bir husus da, uygulamada ilgilinin avukata erişim noktasında yaşadığı aksaklıkların usul açısından hukuka aykırılık sonucu doğurabilecek olmasıdır<sup>52</sup>.

### ***Kapsamlı Kontrol ve Kabul Edilemeyen Yolculara ve Diğer Fiili Tutulma Durumlarına Yönelik Uygulamalara İlişkin Değerlendirme***

Kapsamlı kontrol ve kabul edilemeyen yolcular bakımından mevzuatta özgürlükten yoksun bırakma bağlamında bir düzenleme bulunmadığından özel olarak özgürlükten yoksun bırakmaya ilişkin bir tedbire yönelik bilgilendirme güvencesi de yer almamaktadır. Mevzuatta bu hususlardaki bilgilendirmeye ilişkin güvenceler, kapsamlı kontrolün niteliği ile sınırdan geri çevirmeye ilişkindir. Bu nedenlerle özgürlükten yoksun bırakma özelindeki bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmesine ilişkin yasal güvenceler açısından yapısal bir eksiklik bulunduğu sonucuna varılabilmeye mümkündür. Aynı durum, diğer fiili tutma hallerinden olan nakil/sevk aşaması ile GKY md. 8 kapsamında bulunan kişiler açısından da geçerlidir. Yasal dayanaktan yoksun olarak uygulanan bu tür özgürlükten yoksun bırakma hâlleri bakımından bilgilendirme yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmemesi ise AİHS md. 5(2) hükmünün 5(4) hükmü ile bağlantısından ötürü, mahkemeye erişim hususunda da hukuka aykırılık sonucu doğurabilecek niteliktedir. Bu hususta özellikle GKY md. 8 kapsamındaki kişilerin durumuna işaret etmek gerekir. Zorunlu bir “barındırma” niteliği taşıyan ve kural olarak kişinin hürriyetini sınırlayan bu tedbirin Yönetmelikle düzenlenmesinin hukuka aykırı olmasının yanında, bu fiili tutma halinin Kanunda belirtilen idari gözetim kararı alınmaksızın da gerçekleştirilebilmesi ortada bir idari işlem olmadığı biçiminde yorumlanamaz. Yalnızca maddi dünyada anlık bir sonuç yaratmayıp süregiden etkileriyle bir hukuki durum oluşturan ve bu doğrultuda bir iradenin ortaya konulmasını gerektiren bu fiili gözetim, ancak bir idari karara dayanabilir; bu karar da idari yargı denetimine tâbi olmalıdır. Kaldı ki, buradaki zorunlu barındırmanın herhangi bir karara dayanmayan bir idari eylem olarak görülmesi, yabancının hürriyetinden yoksun bırakılması sonucunu doğuran bu uygulama karşısında etkili bir başvuru olanağına sahip olmaması anlamına gelecektir.

---

<sup>51</sup> Bkz. Odak Grubu Toplantısı ve Çalıştay Özet Raporu.

<sup>52</sup> Bkz., *Rahimi v. Greece*, para. 120; *Akkad v. Turkey*, para. 108.

---

### ***Alternatif Yükümlülüklerle İlişkin Yargı Yolu***

İdari gözetime alternatif yükümlülüklerin uygulanmasına ilişkin Valilik kararı idari işlem niteliğinde olduğundan bu işlemin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla idari yargıda iptal davası açılması mümkündür; ancak mevzuatta elektronik izleme yükümlülüğüne ilişkin kararlara karşı sulh ceza hakimine başvurulacağı öngörülmektedir (YUKK, md. 57/A-4; AYY md. 18).

Alternatif yükümlülüğün kendisi ya da uygulanma biçiminden kaynaklanan zararların giderilmesi için de idari yargıda tam yargı davası açılabilir.

## **IV. Diğer Temel Hak ve Özgürlükler Açısından Hukuka Uygunluğun Değerlendirilmesi**

Yabancıların özgürlüğünden yoksun bırakılması sonucunu doğuran tedbirlerin uygulanması sırasında sadece kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı değil, diğer bazı haklar açısından da değerlendirilmesi gereken hususlar ortaya çıkabilir. Bu hususlardan en belirgin olanları; tutma koşulları açısından işkence ve kötü muamele yasağı, (özellikle) bununla ilişkili olarak etkili başvuru hakkı, ilgilinin kişisel bilgilerine erişim ve aile hayatının sürdürülmesi açısından özel hayat ve aile hayatının korunmasıdır. Aşağıdaki açıklamalar da bu üç hak ekseninde yapılmıştır.

### **A. İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Açısından**

AİHS'in 3.maddesinde düzenlenen işkence yasağı uyarınca, "hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz".

Bu bağlamda, ilgili hüküm devletlere, yetki alanlarındaki kişilere ciddi zarar vermekten kaçınma konusunda başlıca bir negatif yükümlülük yüklemektedir<sup>53</sup>. İlgili hüküm, yasaklanmış muamele şeklinin kasıtlı olarak devlet görevlileri veya kamu otoriteleri tarafından gerçekleştirildiği durumlarda yaygın olarak uygulanmaktadır.

AİHS hükmü (3.madde) ve AİHM içtihadı ekseninde, bahsi geçen yasak mutlaktır ve yasağın derogasyona tâbi olması mümkün değildir. Bu çerçevede, ulusal hayatı tehdit eden bir kamu acil durumu veya terörle mücadele gibi en zorlu durumlar, organize suçlarla mücadele veya göçmenlerin ve sığınmacıların akını gibi hâller söz konusu olsa bile, yasağın uygulanmaması

---

<sup>53</sup> *Hristozov and Others v. Bulgaria*, 2012, para. 111.

---

noktasında AIHS md. 15(2) uyarınca herhangi bir muafiyet tanınmaz. Ayrıca herhangi bir nedenle olağan durumlarda dahi, yasağın istisnaya tâbi olması da söz konusu değildir<sup>54</sup>. Bu bağlamda, Mahkeme işkence yasağının uluslararası hukukta "*jus cogens*" (emredici norm) statüsüne ulaştığını da ayrıca vurgulamıştır<sup>55</sup>.

Mahkeme, işkence tehdidinin de işkenceye eşit olabileceğini, çünkü işkencenin doğasının hem fiziksel hem de zihinsel acıyı kapsadığını belirtmiştir. Özellikle, fiziksel işkence korkusu bazı durumlarda zihinsel işkence oluşturabilir. Bununla birlikte, bir tehdidin fiziksel işkence tehdidi olarak mı yoksa psikolojik işkence veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele olarak mı sınıflandırılacağı, özellikle uygulanan baskının şiddeti ve neden olduğu zihinsel acının yoğunluğu da dahil olmak üzere, söz konusu durumun tüm koşullarına bağlı olduğunu vurgulamıştır<sup>56</sup>. Mahkeme içtihadı, işkence, insanlık dışı muamele veya ceza ile aşağılayıcı muamele veya ceza arasındaki ayırım bakımından, öncelikle uygulanan acının yoğunluğundaki farklılığı değerlendirmektedir.

Aşağılayıcı muamele açısından ise AIHM, bireyi küçümseyen veya aşağılayan, insanlık onuruna saygı eksikliğini gösteren veya azaltan ya da bireyin ahlaki ve fiziksel direncini kırabilecek korku, acı veya aşağılık duygularını tetikleyen eylemleri bu kapsamda değerlendirmektedir. Bu bağlamda mağdurun başkalarının gözünde küçümsemiş olması şartı aranmamakta, bu durumun sadece mağdur gözünde gerçekleşmiş olması, ihlal açısından yeterli sayılabilmektedir. Ayrıca muamele amacının mağduru küçük düşürmek veya aşağılamak olup olmadığı hususu Mahkemece dikkate alınan bir faktör olmakla birlikte, bu yönde bir amaç bulunmaması da tek başına, 3.madde ihlalini kesin olarak ortadan kaldırmaya sebebiyet vermeyebilir<sup>57</sup>.

İçtihat uyarınca, bir cezanın "aşağılayıcı" ve 3. maddeyi ihlal eder nitelikte olabilmesi için ise, içerdiği küçümseme veya aşağılama belirli bir seviyeye ulaşmalıdır. Değerlendirme, doğası gereği, görelî bir nitelik taşır: durumun tüm koşullarına ve özellikle cezanın doğasına, bağlamına

---

<sup>54</sup> Bkz. *A. and Others v. the United Kingdom* [GC], 2009, para. 126; *Mocanu and Others v. Romania* [GC], 2014, para. 315; *El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* [GC], 2012, para. 195 and *Z.A. and Others v. Russia* [GC], 2009, paras. 187-188; *Ramirez Sanchez v. France* [GC], 2006, para. 116; *Gäfgen v. Germany* [GC], 2010, para.87.

<sup>55</sup> Council of Europe, Guide on Article 3 of the European Convention on Human Rights (Guide on Art. 3), [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_3\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_3_ENG.pdf), p. 7, para. 12.

<sup>56</sup> *Gäfgen v. Germany* [GC], 2010, para. 108.

<sup>57</sup> Bkz., Council of Europe, Guide on Article 3 of the European Convention on Human Rights, [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_3\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_3_ENG.pdf), p. 9, para. 19.

---

ve icra şekline bağlıdır. Bir cezanın caydırıcı veya suç kontrolüne yardımcı olma fonksiyonunun bulunması aşağılayıcı bir niteliğe sahip bulunmasını tek başına engellemez<sup>58</sup>.

Özgürlükten yoksun bırakma durumlarında, bireyin tamamen devlet yetkililerinin kontrolü altında bulunması nedeniyle tutulma koşullarındaki aksaklıklar belirli bir seviyeye ulaştığında AİHM içtihadı ekseninde AİHS md. 3 ihlaline yol açabilmektedir. Bu noktada uygulamaya ilişkin aktarılan bilgiler ışığında bu tür bir ihlale yol açabilecek durumların başında, kolluk tarafından tutulan yabancıların nakli sırasında kelepçe takılması gelebilir. Nitekim AİHM önüne gelen *Akkad v. Türkiye* başvurusunda da bu husus bir 3.madde ihlali nedeni olarak görülmüş ve ihlal kararı verilmiştir. Mahkeme bu kararda şu ifadelerle yer vermiştir<sup>59</sup>: “... bir kişi özgürlüğünden yoksun bırakıldığında veya daha genel olarak kolluk görevlileriyle karşı karşıya kaldığında, kişinin davranışı tarafından kesinlikle gerekli kılınmayan her fiziksel güç kullanımı insan onurunu sarsar ve Sözleşme'nin 3. maddesinde belirtilen hakkın ihlalinin teşkil eder”. Ayrıca belirtmek gerekir ki, ulusal hukukta da, YGİY'nin 7. maddesi uyarınca, “yakalanan veya tutuklanarak bir yerden diğer bir yere nakledilen kişilere, kaçacaklarına ya da kendisi veya başkalarının hayat ve beden bütünlükleri bakımından tehlike arz ettiğine ilişkin belirtilerin varlığı hâllerinde kelepçe takılabilir”. Anılan Yönetmeliğin ülkede düzensiz bulunduğu tespit edildiği gerekçesiyle veya hakkında sınır dışı etme ve idari gözetim kararı verilmesinin değerlendirilmesi için yabancıların nakli/sevki durumunda uygulanma kabiliyetinin olup olmadığından bağımsız olarak, nakil sırasında sadece hükümde belirtilen nedenlerle kelepçe takılmasını öngördüğü, dolayısıyla anılan durumlar dışında, açıkça mevzuatta öngörülmüş bir düzenleme bulunmadıkça kolluğun bu yönde bir yetkisinin olmayacağı da ifade edilmelidir. Bununla birlikte YUKKUY'un 55(4).maddesinde yer alan “görevlendirilen genel kolluk personeli, yabancıların sevkinde güvenlik önlemlerinin yanı sıra, yabancıların kaçma ve kaybolmalarını engellemek amacıyla her türlü tedbir alır”<sup>60</sup> hükmünün hukuka uygunluğu da tartışmalıdır. Zira bu hükümde geçen ‘her türlü tedbir’ ifadesi kolluğun sevk sırasında genel bir kelepçe takma uygulamasını meşru hale getiren bir niteliğe sahip olabilecek şekilde yanlış anlaşılmaya müsaittir. Oysa yukarıda AİHM içtihadı özelinde de vurgulandığı üzere, bu tür bir uygulama öngörülebilirlik, belirlilik ve ölçülülük kriterlerini taşımadığından hukuka aykırılık

---

<sup>58</sup> *Tyrer v. the United Kingdom*, 1978, paras. 30, 31.

<sup>59</sup> *Akkad v. Turkey*, para. 115.

<sup>60</sup> Vurgu tarafımızca eklenmiştir.

---

teşkil edecektir. Kaldı ki, temel hak ve özgürlükler üzerinde sınırlama getiren kelepçe uygulamasının hangi koşullarda gerçekleştirilmesi gerektiğine yönelik bir düzenlemenin, mutlaka dar ve şekli anlamda bir kanuna dayanması gerekir.

İşkence ve kötü muamele yasağı bağlamında özgürlükten yoksun bırakmaya yönelik uygulamalar açısından öne çıkabilecek diğer hususlar ise ağırlıklı olarak barınma koşullarına yöneliktir. Bu hususta kişilerin tutulduğu yerlerin fiziki koşulları, tutulma süresi, bu kişilerin; suya, yiyeceğe, hijyen malzemelerine, sağlık hizmetlerine, duşa erişimleri, uyuma, sıcak ve soğuğa maruz kalma şartları ile buldukları alanın kalabalıklığı gibi nedenler somut şartlara bağlı olarak ihlal sonucu doğurabilecektir. Ek olarak, hassas gruplara yönelik muamelenin niteliği bakımından da aynı sonucun doğması söz konusu olabilecektir. Bu konudaki AİHM içtihadı değerlendirildiğinde Mahkemenin (somut şartlara bağlı olmak kaydıyla) verdiği ihlal kararlarının genel gerekçeleri arasında şu örnekler bulunmaktadır:

- Aşırı kalabalık olma (diğer kümülatif etkilerle-hijyen/havalandırma/süre gibi- birlikte olabilir)<sup>61</sup>
- Aşırı kalabalık olmasa dahi hijyen, havalandırma, iletişim, sosyal iletişim gibi imkanlardan uzak olma, tecrit<sup>62</sup>
- Uzun süreli tutmaya uygun olmayan yerlerde uzun süre tutulma (havaalanları gibi), açık hava, sosyal iletişime kapalı olma<sup>63</sup>
- Uzun süreli olmasa dahi, yaşam koşullarının ciddi şekilde kötü olması (hijyen, tuvalete erişim, uyuma koşulları, kalabalık)<sup>64</sup>
- Tıbbi hizmetlere erişememe<sup>65</sup>

Bu çerçevede, proje kapsamında yapılan ‘İdari Gözetimde Haklara Erişim Çalıştayı’nda<sup>66</sup> bazı geri gönderme merkezlerinde yukarıda belirtilen hususlara girebilecek durumların bulunduğu iddiası aktarılmıştır. Bunlar arasında, yabancıların sağlık hizmetlerine, hijyen malzemelerine, yemeğe ve suya erişiminde yaşanan aksaklıklar, yatak kapasitesindeki yetersizlikler ile hakaret ve tehdit yoluyla gerçekleşen kötü muamele durumlarına yönelik iddialar yer almaktadır. Bu

---

<sup>61</sup> *Dougoz v. Greece*, 2001; *A.A. v. Greece*, 2010; *A.F. v. Greece*, 2013.

<sup>62</sup> *S.D. v. Greece*, 2009.

<sup>63</sup> *Riad and Idiab v. Belgium*, 2008.

<sup>64</sup> *MSS v. Belgium and Greece*.

<sup>65</sup> *A.A. v. Greece; Sakir v. Greece*, 2016.

<sup>66</sup> İdari Gözetimde Haklara Erişim Çalıştayı Özet Raporu, İzmir 17-18 Aralık.



---

iddiaların uygulamanın birey üzerinde yarattığı somut etkinin yoğunluğuna bağlı olarak işkence ve kötü muamele yasağı bakımından ihlal oluşturabilme riski taşıdığı belirtilmelidir. Bunun yanında Çalıştay'da zikredilen ve işkence ve kötü muamele yasağı bağlamında önem taşıyabilecek üç iddia daha söz konusudur. Bunlardan ikisi hassas grup kapsamında kabul edilen çocuklara ilişkindir. Aktarılan bir vakada babası ile birlikte olan kız çocuğunun erkeklere ayrılan yerde barındırılması, diğerinde ise görüntüsünden ve menşe ülke tarafından düzenlenmiş olan kimliğinden çocuk olduğu yönünde görüş oluşabilecek bir kişinin kolluğun kanaatine dayalı olarak yetişkin muamelesi görmesi ve kemik yaşı tespiti için hastaneye sevk edilmemesi iddiası bulunmaktadır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, gözetim altında bulunan çocuklara yönelik muamele açısından Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (ÇHDS) uyarınca hareket edilmesi gerekmektedir. Anılan Sözleşme'de çocuğun özgürlüğünden yoksun bırakılmasının ancak en son başvurulacak bir önlem olarak düşünülüp, uygun olabilecek en kısa süre ile sınırlı tutulması gerekliliği belirtilmiştir. YUKK'da 2019 yılında yapılan bir değişiklikle refakatsiz çocukların geri gönderme merkezlerinde tutulmasının önüne geçilmesi olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmektedir. Anılan Çalıştay'da aktarılan saha bilgileri ışığında, bu hususa genel olarak riayet edildiği ancak bazı geri gönderme merkezlerinde refakatsiz durumda bulunan çocuklara rastlandığı iddia edilmiştir. Bu çerçevede, refakatsiz çocuğun geri gönderme merkezinde tutulmasının, sadece Kanuna aykırılık nedeniyle değil, aynı zamanda bu tür bir tutulma halinin çocuğun üzerinde yaratacağı etki sebebiyle işkence ve kötü muamele seviyesine ulaşabilme riski taşımasından dolayı da hukuka aykırılığa yol açabileceği ifade edilmelidir. YUKK'da yapılan değişiklik sonrasında, çocuğun geri gönderme merkezlerinde kalabilmesi anne ve baba ya da sadece anne veya baba ile birlikte mümkün olabilmelidir. Ancak bu durumda da gerek AİHM içtihadı gerekse ÇHDS uyarınca<sup>67</sup> çocuğun yüksek yararı gözetilerek sadece kontrolü sağlayabilecek başka türlü bir tedbir imkanı yoksa tutmanın gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Yukarıda refakatsiz çocuklara yönelik yapılan açıklama bu durumdaki çocuklar için de geçerlidir. Çocuğuna refakat eden bir ebeveyne yönelik olarak idari gözetim kararı alınması değerlendirilirken, mutlaka çocuğun varlığı dikkate alınmalı ve bu noktada alternatif yükümlülük uygulanması öncelikle değerlendirilmelidir. Aksi durumda (çocuğun varlığının dikkate alınmaması durumunda), tutulma hali ölçülülük yönünden bir hukuka aykırılık sonucu doğurmasının yanında, özellikle çocuk bakımından, somut şartlara bağlı olmak üzere (devletin

---

<sup>67</sup> Bkz. ÇHDS, md. 37(2).

---

pozitif yükümlülüğünü de içerecek şekilde) işkence ve kötü muamele seviyesine ulaşma riski de taşıyabilecektir. Bu noktada, her türlü değerlendirme yapılmasına rağmen, ebeveyn ve çocuğun birlikte gözetim altında tutulmasına kanaat getirilmesi halinde ise çocuğun cinsiyeti de dikkate alınarak yerleştirmenin yapılması gerekmektedir. Tek ebeveynli çocukların mümkün olduğunca, ebeveynleri ile birlikte ailelere ayrılmış tutma yerlerinde tutulmaları olası bir ihlalin önlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Nitekim ÇHDS'nin 16. maddesinde çocuğun özel yaşantısına, onur ve itibarına haksız olarak saldırılmayacağı, çocuğun bu tür müdahale ve saldırılara karşı korunmasına yönelik güvencelerin getirilmesi yükümlülüğü taraf devletlere atfedilmiştir. Ayrıca aynı Sözleşmenin 19.maddesinde de, çocuğun ana-babasının ya da onlardan yalnızca birinin yanında iken bedensel ve zihinsel saldırıya, şiddet veya suistimale, ihmal ya da ihmalkar muameleye, ırza geçme dahil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için taraf devletlerin tüm koruyucu önlemleri almaları gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Çalıştay'da aktarılan çocuklara yönelik diğer iddia açısından ise, ilgilinin çocuk olduğunun belirlenmesine yönelik usulün titiz bir biçimde yürütülmesinin gerekli olduğu vurgulanmalıdır. İlgilinin çocuk olduğu yönündeki iddianın mutlaka dikkate alınıp değerlendirilmesi hususu ÇHDS'den kaynaklanan bir yükümlülük olarak da ortaya çıkmaktadır.

Çalıştay'da sahadan aktarılan bir diğer iddia da idari gözetim altında bulunan bazı kişilere gönüllü geri dönüş formlarının kişinin özgür iradesi bulunmadan imzalatılması durumudur. Anılan iddianın, kişinin (risklere yönelik ayrıntılı bilgilendirme yapılmamış olmasını da kapsayacak şekilde) rızası hilafına yaşam hakkı veya işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edilebileceği bir yere gönderilmesi noktasında bu haklardan kaynaklanan pozitif yükümlülük bağlamında sonuç doğurabilecek olmasının yanında<sup>68</sup>, ilgilinin imzaladığı form/belgeyi anlayamaması ve geri gönderilmesine neden olabilecek bir işlem yapmış olma riskinden ötürü ağır bir stres ve psikolojik eza altına girmesi durumunda işkence ve kötü muamele yasağının negatif boyutu bakımından da bir ihlal halinin, somut şartlara göre doğma ihtimali bulunabilecektir.

---

<sup>68</sup> Bkz. *Akkad v. Turkey*.

---

## B. Özel Hayat ve Aile Hayatının Korunması Açısından

Özel hayat ve aile hayatının korunması hususu AİHS'in 8.maddesinde güvence altına alınmıştır. Uygulamadan aktarılan bilgiler ışığında, özgürlükten yoksun bırakma durumlarında bu hakla ilgili oluşabilecek ihlal halleri ağırlıklı, ilgililerin kişisel eşyalarına el konulması, bu eşyaların aranması, bu kişilerin kendilerine ilişkin bilgilere/belgelere erişmelerinin mümkün olmaması, statülerinin belirsizliği ile aile hayatı üzerinde doğabilecek etkilere yöneliktir. Bu bağlamda öncelikle YUKK'un 2019 yılında yapılan değişiklikle şekillendirilmiş olan 57(8). maddesine değinmek gerekir. İlgili hüküm uyarınca, *'idari gözetim altına alınan yabancıların uyruklarının tespit edilmesi amacıyla elektronik ve iletişim cihazları incelenebilir. İnceleme sonucunda elde edilen veriler bu amaç dışında kullanılmaz'*. İlgili hükmün özel hayatın korunması hakkı bağlamında Anayasanın 13. ve 20. maddeleri ile uyumlu olmadığı<sup>69</sup> dolayısıyla ulusal hukukta öngörülen güvenceler açısından AİHS bakımından da gerekli standardı sağlamadığı sonucuna varılması mümkündür. Zira, Anayasanın 20.maddesinde bir kişinin eşyalarının aranması ve el konulması halleri için aranan hakim kararı şartının bu hükümde zikredilmediği görülmektedir.

Özel hayatın korunması bağlamındaki bir diğer konu ise, ilgilinin kendisi ile ilgili bilgilere erişebilme hakkıdır. İdari gözetim altında bulunan ya da fiilen özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiler, özellikle imzaladıkları bazı belgelerin gönüllü geri dönüş formu olduğundan şüphelendikleri durumda, ilgili belgeleri incelemeyi ve bunlar hakkında ayrıntılı bilgi alabilmeyi talep ettiklerinde bunlara erişebilmelidirler. Nitekim bu hususta AİHM, yetkililerin bu yönde bir pozitif yükümlülüğü bulunduğunu belirtmektedir<sup>70</sup>.

Özel hayatın korunması açısından özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere ilişkin olarak bu bireylerin statülerinin özellikle uzun bir süre belirsiz kalması hali de AİHM içtihadı bağlamında bir ihlal riski taşımaktadır. Bu durum, özellikle GBM'lerin özel yerlerinde tutulan GKY md. 8 kapsamındaki bireyler bakımından geçerlidir. Zira bu kişilerin tutulma süreleri belli olmadığı gibi, haklarında alınmış bir sınır dışı etme ya da idari gözetim kararı da bulunmamaktadır. AİHM

---

<sup>69</sup> Bu hususta bkz. TEKSOY, B.: İdarî Gözetim Altına Alınan Yabancıların Elektronik ve İletişim Cihazlarının İncelenmesine İlişkin Hükmün Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 75(2), 2020, ss. 517-556; ayrıca bkz. YUKK Değişiklikleri Hakkında Ortak Değerlendirme, 2019, <https://www.gocarastirmalariderneği.org/attachments/article/144/yukk-degisiklikleri-hakkinda-ortak-degerlendirme.pdf>.

<sup>70</sup> Bkz. *Roche v. The United Kingdom*, 2005, para. 162; *Haralambie v. Romania*, 2009, para. 86; *Joanna Szulc v. Poland*, 2012, paras. 86, 94.

---

içtihadı uyarınca, AİHS md. 8, diğer unsurlarla birlikte bireyin diğer insanlar ve dış dünyayla ilişki kurma hakkını da korumaktadır. Bu çerçevede kimi durumda bireyin sosyal kimliğinin bazı yönleri de bu korumanın kapsamına girebilmektedir. Bundan dolayı, ülkeye yerleşik göçmenlerin toplumla arasındaki tüm sosyal bağlar, özel hayat kavramının bir parçasını oluşturmaktadır<sup>71</sup>. Mahkeme, somut olayın şartlarına bağlı olarak bireyin yabancı bir ülkedeki statüsünün belirsiz bırakılması durumunu da anılan çerçevede özel hayatın korunması kapsamına alabilmekte<sup>72</sup>; bu durumda bireyin güvencesiz ve belirsiz bir hâl içinde bırakıldığına (bu belirsizliğin sonuçları ve etkileri işe erişim, eğitime erişim, ehliyet alma, bankada hesap açma vb. hususlarında meydana gelebilir) kanaat getirebilmektedir<sup>73</sup>. AİHM bu noktada yetkililerin, bireyin statüsünü belirlemesi aşamasında makul ve kısa bir süre belirsizliğin oluşabileceğini kabul etmekle birlikte bu sürenin mümkün olduğunca kısa tutulmasının ve ilgilinin güvencesiz durumunun mümkün olduğunca kısa sürede sona ermesini sağlamak amacıyla statüsünün belirlenmesine yönelik işlemlerin makul bir süre içinde gerçekleştirileceğini garanti altına almak için uygun düzenlemelerle etkili ve erişilebilir bir usul oluşturulmasının devletlerin 8.madde kapsamındaki pozitif yükümlülükleri arasında olduğunu belirtmektedir<sup>74</sup>.

Aile hayatının korunması bakımından ise, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin aile bireyleri ile ölçülülükten uzak bir biçimde etkileşim içerisinde olmalarının, keyfi şekilde tutulmadan dolayı aile bireylerinden ayrı kalmalarının ya da örneğin eş ve/veya çocukların da gözetim altında bulunması halinde bir arada tutulmamalarının, somut şartlara bağlı olarak ihlal doğurabileceği ifade edilebilir. AİHM, aile ilişkilerinin normal şekilde gelişebilmesi için ailenin birlikte yaşaması gerekliliğini, aile hayatının esaslı bir parçası olarak görmektedir<sup>75</sup>. *El-Masri v. 'The Former Yugoslav Republic of Macedonia'* davasında Mahkeme, keyfi olarak tutulan bir kişi bakımından bu tutulma halinin aile bireylerinin bir arada olma durumunu engelleyerek aile hayatının korunması hakkı üzerinde hukuka uygun olmayan bir sınırlamaya neden olduğuna hükmetmiştir<sup>76</sup>. Mahkeme ayrıca *Nasr and Ghali v. Italy* davasında da başvuranın 1 yıldan fazla

---

<sup>71</sup> *Abuhmaid v. Ukraine*, 2017, para. 102.

<sup>72</sup> *B.A.C. v. Greece*, 2016, para. 40.

<sup>73</sup> *Ibid.*, para. 43.

<sup>74</sup> *Ibid.*, para. 46.

<sup>75</sup> *Bkz., Marcks v. Belgium*, 1979, para. 31; *Olsson v. Sweden*, 1988, para. 59.

<sup>76</sup> *El Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, 2012, paras. 49, 50.

---

bir süre boyunca izole bir şekilde ailesine bilgilendirme yapılmaksızın onlardan ayrı tutulmasını aile hayatının korunması hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir<sup>77</sup>.

### C. Etkili Başvuru Hakkı Açısından

İdari gözetim kararına karşı sulh ceza hakimine başvurulması gerekmele birlikte, bu başvuruda idari gözetim kararının hukuka uygunluğu ile sınırlı bir inceleme yapılmaktadır. İdari gözetim altında tutulma koşulları ise bu kapsamda olmayıp, idari gözetim devam ederken, tutulma koşullarından yakınan bir yabancıнын bu koşulların düzeltilmesi için başvurabileceği spesifik bir yol mevzuatta öngörülmemektedir. Oysa AİHM'nin Sözleşme'nin 13. maddesinde öngörülen etkili başvuru hakkına ilişkin içtihadı, Sözleşme'de öngörülen bir hakkın ihlal edildiği iddiasıyla yapılacak başvuruların etkili sayılmasını, ihlalin sonuçlarını giderici (tazmin edici) boyutunun yanı sıra süregiden bir ihlalin sona erdirilmesini sağlayan önleyici bir boyutunun da bulunması koşuluna bağlamaktadır<sup>78</sup>. İdari gözetim altında tutulma koşullarının Sözleşme'nin 3'üncü maddesinde öngörülen işkence ve kötü muamele yasağının ihlaline yol açtığı iddiası yönünden, bu koşulların düzeltilmesini sağlayacak bir başvuru olanağının bulunmayışı, etkili başvuru hakkının ihlali sonucunu doğurmaktadır<sup>79</sup>. Her ne kadar idareye koşulların düzeltilmesine ilişkin bir başvuru yapılarak bunun açıkça ya da yanıtız bırakılmak suretiyle reddedilmesi üzerine idari yargıda bu ret işleminin iptali istemiyle dava açma olasılığı düşünülebilirse de, böyle bir yolun ihlalin giderilmesi bakımından pratikte etkili olup olmayacağı son derece kuşkuludur.

Bunun dışında, yine etkili başvuru hakkının da bir gereği olarak, idari gözetimin sonlandırılmasını müteakip idari gözetim kararının kendisi ya da idari gözetim altında tutulma koşulları nedeniyle zarara uğradığını ileri süren yabancıнын idari yargıda tam yargı davası açması mümkündür. Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin bireysel başvuru kararlarında da bu yolun işaret edildiği gözlemlenmektedir<sup>80</sup>. Bununla birlikte Uyuşmazlık Mahkemesi, idari gözetim kararına karşı sulh ceza hakimine başvurulmasından hareketle, idari gözetimle bağlantılı nedenlerle zarara uğrayan yabancıların adli yargıda tazminat davası açması gerektiğine

---

<sup>77</sup> *Nasr and Ghali v. Italy*, 2015, para. 305.

<sup>78</sup> *Ananyev and others v. Russia*, 2012, paras. 97,98.

<sup>79</sup> *J.M.B. and others v. France*, 2020, paras. 212-221.

<sup>80</sup> *B.T. [GK]*, B. No: 2014/15769, 30/11/2017, para. 74.

---

hükmetmiştir<sup>81</sup>. Bu karara rağmen, çeşitli bölge idare mahkemelerinin bu tür davalarda idari yargıyı görevli gören kararları da mevcuttur<sup>82</sup>. İdari gözetim kararının adli değil idari bir işlem olduğu, gerek kolluk tarafından gerek geri gönderme merkezlerinde gerçekleşen eylemlerin de (tutulma koşulları dahil) idari işleve dahil olduğu dikkate alındığında, bu davaların idari yargının görev alanına girmesi gerekmektedir. Burada Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen yakalama, gözaltı gibi adli tedbirler söz konusu olmadığı gibi, geri gönderme merkezleri de ceza infaz kurumu ya da tutukevi niteliğinde değildir. Bu bakımdan, idari gözetime ilişkin uygulamalardan doğan zararların giderilmesi için açılacak davalarda adli yargının görevli sayılması için herhangi bir hukuki dayanak bulunmamaktadır.

Sözü edilen tam yargı davalarında dava açma süresinin başlangıcı, zararın idari işlemde ya da idari eylemden kaynaklanmasına göre değişmektedir. İdari gözetim kararının kendisi bir idari işlem olduğundan, bu karardan doğan zararların giderilmesi için açılacak davalarda İYUK md. 12 uygulanacaktır. Bu madde uyarınca, “(i)lgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştaya ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler”. İdari gözetim kararı yönünden zarar, kararın alınmasıyla değil icrasıyla doğduğu için, dava açma süresinin başlangıcı yönünden icra tarihi esas alınmalıdır. İdari gözetim kararı yönünden icra tarihi ise, zararlı sonucun bütünüyle doğduğu, yani idari gözetimin sonlandırıldığı tarih olup bu tarihten itibaren dava açma süresi içinde tam yargı davasının açılması gerekir.

Yabancı'nın idari gözetim altında tutulması sırasında, özellikle tutulma koşullarından kaynaklanan zararların ise, çoğunlukla idari eylem niteliğindeki tutum ve davranışlardan doğduğu söylenebilir. Bu durumda ise İYUK md. 13 uygulanacaktır. Buna göre, yabancı'nın zarar doğuran eylemi öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş

---

<sup>81</sup> E. 2020/651 K. 2020/684, 23/11/2020.

<sup>82</sup> Örnek olarak bkz. Adana BİM, 3. İDD, E. 2020/1706 K. 2020/327, 21/12/2020.

---

yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemesi; bu isteğin reddedilmesi durumunda dava açma süresi içinde tam yargı davası açması gerekmektedir.

Bu hususta vurgulanması icap eden bir nokta da içtihat birliğinin sağlanamamasına yöneliktir. İdare mahkemelerinin sınır dışı etme kararlarına karşı açılan davalarda, sulh ceza hakimlerinin de idari gözetime karşı itirazlarda verdikleri kararlar kesin olduğu için bu konularda Danıştay ve Yargıtay tarafından içtihat oluşturulması ve içtihat birliğinin sağlanması mümkün olamamaktadır. İYUK md. 51’de idari yargı yönünden öngörülen kanun yararına temyiz başvurusu, bu başvuru sonucunda verilen bozma hükmünün kesinleşen karara bir etkisi olmamasına rağmen, kararlar arasındaki aykırılıkların giderilmesi ve bir içtihat oluşması bakımından yararlı olabilir. İdari gözetim kararlarına itiraz üzerine sulh ceza hakiminin verdiği kararlar bakımından CMK md. 309-310’da öngörülen kanun yararına temyiz yolunun uygulanıp uygulanmayacağı tartışılabilir; burada tipik bir ceza yargılaması söz konusu olmadığından ve ilgili yasal düzenleme klasik ceza yargılaması esas alınarak düzenlendiğinden sulh ceza hakiminin bu kararlarının kanun yararına temyiz başvurusuna konu olup olamayacağı kuşkuludur. Her durumda bu yollara tarafların başvurması mümkün olmayıp, idari yargı yönünden Danıştay Başsavcısı adli yargı yönünden Adalet Bakanlığı ya da Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı bu yola başvurabilir. Ancak tarafların başvuruda bulunarak anılan makamları harekete geçirmeyi denemesi mümkündür.

## **V. Uluslararası Korumaya Erişim ve Uluslararası Korumaya İlişkin Hususların Hukuka Uygunluğunun Değerlendirilmesi**

Uluslararası koruma ihtiyacı içerisinde bulunan kişilerin uluslararası koruma usulüne erişiminin sağlanması, hem bir teamül hukuku kuralı olarak kabul edilen<sup>83</sup> İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 14.maddesinde yer alan sığınma hakkının, hem de bireyin geri gönderme

---

<sup>83</sup> Bkz. CHOWDHURY, S.R.: “A Response to the Refugee Problems in Post Cold War Era: Some Existing and Emerging Norms of International Law”, International Journal of Refugee Law, 1995, vol. 7, S. 1, s. 105; MERON, T.: Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law, Oxford 1989, s. 113; HUMPHREY, J.P.: “International Bill of Rights: Scope and Implementation”, William and Mary Law Review, 1975-1976, vol. 17, s. 527, 529; HUMPHREY, J.P.: No Distant Millennium: The International Law of Human Rights, Paris 1989, s. 155; WALDOCK, H.: “Human Rights in Contemporary International Law and the Significance of the European Convention”, 1965, vol. 11, s. 15; SOHN, L.B.: “Human Rights Law of the Charter”, Texas International Law Journal, 1977, vol. 12, s. 129, 133; SCHACHTER, O.: International Law in Theory and Practice, Dordrecht 1991, s. 336.



---

yasağına aykırı şekilde ülkeden gönderilmesini engelleyen niteliğinden ötürü (bilhassa yaşam hakkı ve işkence ve kötü muamele yasağı ile birlikte) etkili başvuru hakkının bir gereğidir<sup>84</sup>. Bu nedenle bireyin ülkeye girişinin düzenli olup olmamasından ve/veya ilgilinin özgürlükten yoksun bırakılmış olup olmamasından bağımsız olarak uluslararası koruma başvurularının işleme alınması uluslararası (insan hakları) hukukun(un) devletlere yüklediği bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır<sup>85</sup>. Nitekim bu zorunlulukla uyumlu bir şekilde YUKK'da da ilgilinin uluslararası korumaya erişiminin sağlanması bakımından özel güvenceler yer almaktadır<sup>86</sup>.

Bu çerçevede, uygulamaya yönelik aktarılan bilgi ve iddialar da göz önünde bulundurulduğunda<sup>87</sup>, uluslararası korumaya erişim ve özgürlükten yoksun bırakma arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi noktasında kimi zaman birbirleriyle de bağlantılı olabilecek iki durum öne çıkmaktadır. Bunlardan ilki, başvuru ve kayıt aşamalarındaki aksaklıklar nedeniyle uluslararası korumaya erişemeyen kişiler hakkında sınır dışı etme kararı ve idari gözetim kararı alınma riskinin oluşmasına yöneliktir. YUKK'un 8.maddesi uyarınca, Kanunun ülkeye düzenli giriş şartlarına yönelik 5 inci, 6 ncı ve 7 nci maddelerindeki hükümler, uluslararası koruma başvurusu yapmayı engelleyici şekilde yorumlanamaz ve uygulanamaz. Bu nedenle, kişinin ülkeye düzenli giriş şartlarını taşımadığı durumda dahi başvurusunun işleme alınması zorunluluğu oluşmaktadır. Ayrıca YUKK'un 65.maddesinde de başvurunun 'bizzat' yapılması dışında başka bir şart aranmamış, başvurunun alınmasını engelleyecek bir istisna düzenlenmemiş ve kişilerin makul bir süre içinde valiliklere kendiliğinden uluslararası koruma başvurusunda bulunmaları durumunda; yasa dışı girişlerinin veya kalışlarının geçerli nedenlerini açıklamak kaydıyla, Türkiye'ye yasal giriş şartlarını ihlal etmek veya Türkiye'de yasal şekilde bulunmaktan dolayı cezai işleme tabi tutulamayacağı güvencesi getirilmiştir. Ek olarak Kanunun 54(2).maddesinde 1951 Sözleşmesinin 32.maddesine paralel olarak, uluslararası koruma başvuru sahiplerinin sınır dışı edilmesine ilişkin nedenler sınırlandırılmış ve sadece

---

<sup>84</sup> Örneğin bkz., *MSS v. Belgium and Greece*.

<sup>85</sup> Bkz. 1951 Tarihli Mültecilerin Statüsüne Dair Sözleşme, md. 31 ve 32; ilgili AİHM içtihadı için örneğin bkz., *D. v. Bulgaria*, 2001; *MSS v. Belgium and Greece*; *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, 2012; *M.A. v. Lithuania*, 2018; *F.G. v. Sweden*, 2016; *Ilias and Ahmed v. Hungary*, 2019.

<sup>86</sup> Bkz., YUKK md. 8; YUKK md. 65.

<sup>87</sup> Söz konusu aktarımlar 15.06.2023 tarihli Odak Grubu Toplantısı ve 17-18 Aralık 2022 tarihli Çalıştay'da dile getirilmiştir.

---

kamu düzeni ve ülke güvenliğine yönelik nedenlere indirgenmiştir<sup>88</sup>. YUKK'da (uluslararası koruma) başvuru sahibi "uluslararası koruma talebinde bulunan ve henüz başvurusu hakkında son karar verilmemiş olan kişi" olarak tanımlanmıştır. Bu nedenle, kişinin başvuru sahibine sağlanan güvencelerden faydalanması için uluslararası koruma talebinin yetkililere iletilmiş olmasının yeterli olduğu anlaşılmaktadır. Buradan yola çıkarak, kişinin uluslararası koruma başvurusunda bulunması durumunda anılan güvencelerin derhal işlerlik kazanması gerektiği ve başvurunun da mutlaka işleme alınma zorunluluğunun doğduğu belirtilmelidir. Böylece, uygulamada uluslararası koruma başvurularının alınmaması ya da kayıt işleminin gerçekleştirilmemesi gibi durumların hem uluslararası korumaya erişim ile bağlantılı olan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi riski taşıyacağı hem de iç hukuka aykırılık oluşturacağı belirtilmelidir.

Bu aykırılıklarının yanında, başvurusu işleme alınmadığı için ülkede bulunuşu düzensiz olarak değerlendirilen ve başvuru sahibine tanınan güvencelerden faydalanamayan kişilerin ise aslında hiç alınmaması gereken sınır dışı etme ve idari gözetim kararlarına maruz kalma ihtimali oluşmaktadır. Ayrıca, kişilerin uluslararası koruma talepleri olmasına rağmen bu talebin baştan işleme alınmayıp, haklarında sınır dışı etme ve idari gözetim kararı alındıktan sonra işleme alınması durumunda ise aslında olağan usulde değerlendirilmesi gereken başvurunun YUKK'un 79. maddesi ekseninde hızlandırılmış değerlendirmeye alınması sonucu doğabilecektir. Aktarılan durumların ise idarenin özen ve iyi niyetle hareket etme yükümlülüğü bağlamında oluşabilecek bir hukuka aykırılığa kaynak teşkil edebileceği belirtilmelidir.

Uluslararası korumaya erişim ve özgürlükten yoksun bırakma arasındaki ilişkiye yönelik önem arz eden ikinci durum ise bir sınır dışı etme kararına bağlı olarak idari gözetim altında tutulan bir kişinin tutulduğu sırada uluslararası koruma başvurusunda bulunması durumunda bu başvurunun sınır dışı etme ve dolayısıyla idari gözetim kararları üzerindeki etkisinin mevzuatta yeterince net bir şekilde düzenlenmemiş olmasıdır. YUKK'un 65(5). maddesinde, "*hürriyeti kısıtlanan kişilerin uluslararası koruma başvuruları, valiliğe derhâl bildirilir. Başvuruların alınması ve değerlendirilmesi, diğer adli ve idari işlemlerin ya da tedbir ve yaptırımların uygulanmasını*

---

<sup>88</sup> Kanunun ilgili hükmü uyarınca uluslararası koruma statüsü sahipleri ve başvuru sahiplerinden sadece terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar [YUKK md. 54(1)(b)]; kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar [YUKK md. 54(1)(d)] ve uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler [YUKK md. 54(1)(k)] hakkında sınır dışı etme kararı alınabileceği anlaşılmaktadır.

---

*engellemez*" hükmüne yer verilmiştir. Ancak bu hükümde, 'diğer idari işlemlerin ya da tedbir ve yaptırımların' kapsamına önceden alınan sınır dışı etme ve idari gözetim kararlarının girip girmediğı yeterli bir şekilde belirlenmemiştir; zira söz konusu hükümde yer alan 'diğer' ifadesi nedeniyle kişinin ülkede bulunuş statüsüyle ilgili olanlardan (YUKK'da yer alan tedbir ve işlemlerden) farklı tedbir veya işlemlerin kastedildiğı de düşünölebilecektir. Bu husustaki belirsizliğin yaratabileceğı hukuki sorunlar özellikle hakkında YUKK'un 54(2).maddesine girmeyen nedenlerle sınır dışı etme kararı verilmiş ve gözetim altında tutulan kişiler açısından geçerli olabilir. Örneğın, hakkında çalışma izni olmaksızın çalıştığı gerekçesiyle sınır dışı etme kararı ve kaçma kaybolma riski bulunması nedeniyle idari gözetim kararı alınmış olan bir kişinin uluslararası koruma başvurusunda bulunması durumunda 'başvuru sahibi' olarak nitelendirilmesini engelleyen bir hüküm mevzuatta bulunmamaktadır. Ancak başvuru sahiplerine yönelik alınabilecek sınır dışı etme kararları Kanunun 54(2).maddesindeki nedenlerle sınırlandırılmıştır. Her ne kadar Kanunun 79.maddesinde, hakkında sınır dışı etme ve idari gözetim altına alınma kararı bulunan kişilerin başvurularının hızlandırılmış değerlendirmeye tabi kılınacağı belirtildiğinden, bu kişiler hakkındaki statü belirleme sürecinin idari gözetim devam ederken gerçekleştirileceğı yönünde bir izlenim edinilmekteyse de, hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik bakımından bu tür kişiler hakkında alınan (sınır dışı etme kararı ve) idari gözetim kararlarının devam edip etmeyeceğı hususunun açıkça düzenlenmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.