

## YABANCI HAKLARI

Uluslararası hukukta yabancıların hak ve özgürlüklerinin nasıl korunacağı konusu zaman içerisinde önemli bir değişime uğramıştır. Bu değişim, yabancıların vatandaşı olduğu devletin klasik devletler hukuku araçlarını kullanarak sağladığı diplomatik himayeden, yabancıların haklarını düzenleyen uluslararası belgelere doğrudan başvurmak suretiyle sağlanan bireysel koruma yönünde olmuştur.[1]

1945 tarihli Birleşmiş Milletler Tüzüğü'nden önceki durumu itibariyle klasik devletler hukuku bir 'insanlar hukuku' (law of peoples) niteliğinde olmaktan ziyade, bir 'milletler hukuku' (law of nations) karakteri arz etmektedir. Ünlü devletler hukukçusu Oppenheim'in 20. Yüzyılın başında belirttiği şekliyle, uluslararası hukuk sadece devletler arasındaki ilişkileri düzenlediğinden, insan hakları kavramı uluslararası hukukta herhangi bir korumaya tabi tutulmamakta ve kişilere bireysel bazda herhangi bir hak bahsetmemektedir.[2]

Uluslararası hukukun süjesinin esas itibariyle devlet ve uluslararası kuruluşlar olduğu yaklaşımı devam etmekle birlikte, bu alanda 2. Dünya Savaşı sonrası meydana gelen gelişmeler, artık kişilerin de uluslararası hukukta süje olduğunu kabul etmektedir.[3]

Yabancıların tabi oldukları muameleler açısından devletlerin iki farklı eğilim içinde oldukları gözlenmektedir. Devletler bir taraftan insan hakları alanında olumlu gelişmeler görmek isterken, diğer taraftan ulusal egemenliğe vurgu yaparak kendi menfaatlerini korumak istemektedirler. Yabancıların özellikle diğer ülkelere girişte tabi oldukları muamele açısından, uluslararası hukukun rolünün oldukça sınırlı olduğu vurgulanmalıdır.[4] Hem uluslararası hukuk hem de evrensel insan hakları kavramı, devletlerin ülkeye giriş ve sınır dışı etme konularında geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu kabul etmektedir.[5]

Avrupa Birliği hukuku; ülkeye giriş, ikamet, serbest dolaşım gibi konularda göreceli homojen bir devletler topluluğunun hukuk düzeni içerisinde oldukça geniş haklar sağlayan bir yasal çerçeve olarak gözükmektedir. Avrupa Birliği düzenlemeleri kendine özgü yapısı içerisinde, göçmenlerin haklarını koruyan uluslararası enstrümanlar içerisinde, şimdiye kadarki en etkin ve üstün standartlar olarak karşımıza çıkmaktadır.[6]

Devletler bazı yabancıları ekonomik, sosyal, siyasi veya kültürel nedenlerle diğerlerinden daha kabul edilebilir bulmaktadır. Bundan dolayı, devletler üstün menfaatleri algılamalarına bağlı olarak belirli göçmen ve yabancı kategorilerini teşvik etmeyi, bazılarını ise sınırlamalar getirmeyi 'hikmet-i hükümet' (reason of state) kabilinden uygun bulmaktadırlar.[7] Bununla birlikte, gerek temel (peremptory) uluslararası hukuk normları, gerek ilgili devletlerin sözleşmeler hukukundan doğan yükümlülükleri devletlerin bu konudaki serbestliğine sınırlamalar getirmektedir.[8]

Uluslararası hukukta bireysel hak ve özgürlüklerin doğrudan korunmasına imkan sağlayan gelişmelerin ışığında, çalışmanın temel amacı, uluslararası hukuk belgeleri ile bu alanda geliştirilen temel insan hakları normlarının yabancıların hak ve özgürlüklerinin korunması alanına nasıl uygulanabildiğini ortaya koymaktır. Bu çerçevede, yabancıları ve göçmenleri ilgilendirdiği ölçüde temel uluslararası sözleşme hükümleri ile uluslararası mahkeme kararları ve literatür gözden geçirilmektedir.

Çalışmada ilk olarak yabancıların hak ve özgürlükleri konusunu gerek doğrudan gerekse dolaylı olarak düzenleyen uluslararası hukuk belgeleri üzerinde durulmakta ve bu belgelerin sağladığı korumanın niteliği ele alınmaktadır. Çalışmanın ikinci kısmında, uluslararası hukuk belgelerinin yabancılar açısından sağlamış olduğu temel insan hakları standartları ile bu standartların devletlerin yetkilerine getirdiği sınırlamalar incelenmektedir. Sonuç kısmında, yabancıların hak ve özgürlükleri konusunda uluslararası hukukun sağladığı korumanın etkinliği üzerinde durulmaktadır.

## YABANCI LARI İLGİLENDİREN TEMEL ULUSLARARASI HUKUK BELGELERİ

Günümüzde göçmenler ve yabancıların hak ve özgürlüklerini doğrudan veya dolaylı olarak ilgilendiren çok sayıda uluslararası belge bulunmaktadır.[9] Bu uluslararası belgeler arasında global olanlar olduğu gibi bölgesel ve iki taraflı olanlar da yer almaktadır.

"Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi" ile "Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi", 1965 tarihli "İrksal Ayrımcılığın Her Çeşidinin Önlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi", Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmeleri ile 1990 tarihli "Birleşmiş Milletler Tüm Göçmen İşçiler ve Aileleri Sözleşmesi" önemli global belgeler arasındadır.

"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokolleri", "Avrupa Sosyal Şartı", "Kişilerin Seyahatine İlişkin Avrupa Sözleşmesi", "Avrupa İkamet Sözleşmesi" gibi belgeler Avrupa Konseyi tarafından düzenlenen bölgesel nitelikteki belgelerin önemlileri arasında yer almaktadır. Yabancıların hak ve özgürlüklerini düzenleyen devletler arası iki taraflı antlaşmalar da yabancılar hukukuna kaynaklık teşkil eden önemli belgeler arasındadır.

Bu uluslararası metinlerin bazıları 'hard law' niteliğinde bağlayıcı olup taraf devletleri somut yükümlülükler altına sokarken, bazıları 'soft law' niteliğinde yol gösterici ve tavsiye edici özellik arz etmektedir. Bu uluslararası belgelerin zayıf tarafı, bu belgelerin pek çoğunun vatandaş ile vatandaş olmayan arasında ayırımı müsaade eden kaçış maddeleri (escape clauses) içermesidir.[10] Bu tür uluslararası belgelerin önemi, göçmen ve yabancılar için minimum insan hakları standartlarının yerleştirilmesinde yatmaktadır.

Yukarıda ismen belirtilen belgelerden 1990 tarihli "Birleşmiş Milletler Tüm Göçmen İşçileri ve Aileleri Sözleşmesi" doğrudan doğruya göçmen işçilerin ve ailelerinin insan hakları standartlarını konu alan bir uluslararası belgedir. Bu belge mevcut insan hakları belgeleri içerisinde yer alan temel normları kapsamlı bir metin içerisinde bir araya getirerek göçmen ve yabancılar evrensel olarak uygulanmasını hedeflemektedir.[11]

"Tüm Göçmen İşçiler ve Aileleri Sözleşmesi"nin en önemli özellikleri şu şekilde özetlenebilir.[12] Bu Sözleşme, göçmen işçiler ve aileleri bağlamında yabancı ve göçmen haklarının kapsamlı bir şekilde tek bir belge içinde toplandığı ilk evrensel kodifikasyondur. Sözleşmenin amacı, yabancıların haklarının korunması konusuna ulusal düzenlemelerin ötesinde uluslararası standartlarda uygulanabilirlik sağlamaktır.[13]

Sadece bir 'minimum standart' bakış açısına sahip olmayan bu Sözleşme aynı zamanda göçmen işçilerin ülke vatandaşı işçilerle eşit muamele görme ilkesini benimsemektedir. Sözleşme, ayrıca, üç aşamalı bir uygulama sistemi getirmektedir: a) düzenli rapor verme, b) devlet şikayet prosedürü ve c) ihtiyari şahsi şikayet prosedürü. Sözleşmeyi az sayıda ülkenin imzalaması ve bazı maddelerinde esnek bir dilin (mesela, 'uygun tedbirler' ve 'insan onuru' gibi kavramlar) kullanılmış olması eksik yönleri arasındadır.[14]

Bölgesel bazda yabancıların haklarının korunması konusundaki en kapsamlı ve etkili yasal düzenlemeler Avrupa sistemi içerisinde yer almaktadır.[15] Bunlar arasında Avrupa Konseyi bünyesinde geliştirilen yasal belgeler, yabancıların haklarının uluslararası standartlara bağlı olarak korunması açısından önemli bir yere sahiptir. Hiç şüphesiz bunlar arasında da en etkili mekanizmanın "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi" (AİHS) ve Ek Protokollerince sağlandığı belirtilmelidir.

AİHS, Dördüncü ve Yedinci Ek Protokoller haricinde, yabancıların hak ve özgürlükleri konusunu dolaylı olarak düzenlemektedir.[16] AİHS'de, yabancıların hak ve özgürlüklerini doğrudan düzenleyen maddeler bulunmadığı için, başvuru sahipleri, ihlal iddialarını Sözleşmenin bazı temel maddelerini kullanarak yapmaktadırlar.

En sık kullanılan maddeler arasında esas itibarıyla; işkence, gayri insani ve küçültücü muamele ve cezayı yasaklayan 3. madde, kişi özgürlüğü ve güvenliğini koruyan 5. madde, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. madde, özel hayat ve aile hayatının gizliliğini koruyan 8. madde, evlenme ve aile kurma hakkını düzenleyen 12. madde, etkili başvuru hakkını güvence altına alan 13. madde ve ayrımcılık yapmayı yasaklayan 14. madde yer almaktadır.[17]

AİHS'nin dolaylı olarak sağlamış olduğu güvenceler Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan diğer sözleşmeler tarafından devletlerin yetkilerine getirilen kısıtlamalarla desteklenmiştir.[18] En önemlileri arasında 1955 tarihli "Avrupa İkamet Sözleşmesi", 1961 tarihli "Avrupa Sosyal Şartı" ile

1977 tarihli "Göçmen İşçilerin Hukuki Durumuna Dair Avrupa Sözleşmesi" sayılabilir.[19]

1955 tarihli "Avrupa İkamet Sözleşmesi", bir Avrupa ülkesinde daimi olarak ikamet etmekte olan yabancılarla ilgili hemen hemen bütün temel konuları düzenlemektedir: giriş, ikamet, sınır dışı etme, adli garantiler, bireysel haklar, vergilendirme vb.[20] Türkiye haricinde bu belgeyi imzalayan bütün diğer ülkelerin aynı zamanda Avrupa Ekonomik Bölgesi Anlaşmasına ve bu antlaşmanın kişilerin serbest dolaşımı ile ilgili rejimine tabii olmalarından dolayı, bu Sözleşmesinin pratik değerinin oldukça azaldığı vurgulanmıştır.[21]

1965'ten beri yürürlükte olan "Avrupa Sosyal Şartı" (ASŞ) da göçmenler ve yabancılar için önemli koruma imkanları sağlamaktadır.[22] Avrupa Sosyal Şartı'nın Eki, bir ülke sınırları içerisinde yasal olarak ikamet etmekte veya düzenli olarak çalışmakta olan yabancıları da Şart'ın kapsamına sokmakta ve aynı hakları tanımaktadır. Bunun dışında, ASŞ hükümleri arasında doğrudan doğruya özellikle vatandaşı olmayanlara uygulanan iki madde yer almaktadır (Madde 18 ve 19).[23]

18. maddede, yabancılar için mevcut yasal düzenlemelerin liberal bir şekilde uygulanması, formalitelerin basitleştirilmesi, yabancı işçiler tarafından ödenecek harçların azaltılması ve yabancı işçilerin istihdamı ile ilgili kuralların daha liberal hale getirilmesi gibi konular düzenlenmektedir. 19. maddenin 2. kısmı bütün taraflarca kabulü zorunlu olan göçmen işçiler ve ailelerinin korunması ve yardım görmesine ilişkin hakları düzenlemektedir.

Burada bahsedilen uluslararası belgeler, devletlerin göçmenlere ve yabancılarla yapacakları muamelenin minimum standartları konusunda global bir bakış açısı sunmaktadır. Aşağıda, ulusal makamların yabancı ve göçmenler üzerindeki yetkilerini sınırlayan kaynağını sözleşmeler hukuku, devlet uygulamaları ve hukukun genel prensiplerinden alan yabancıların uluslararası insan hakları standartları inceleme konusu yapılmaktadır.

#### YABANCILARIN ULUSLARARASI HUKUKTAN DOĞAN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİ

##### Ülke İçinde Serbest Dolaşım ve Ülkeyi Terk Özgürlüğü

Bir devletin sınırları içinde bulunan herkesin ülke içinde seyahat ve yerleşme özgürlüğüne sahip olduğu genel olarak kabul edilen bir ilkedir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 13. maddesine göre, "herkes bir Devletin sınırları içinde seyahat etme ve yerleşme hakkına sahiptir". AİHS'ne[24] Ek 4 No.lu Protokolün 2(1). maddesine göre de, "bir devlet ülkesi üzerinde yasal olarak bulunan herkes, o devlet ülkesinde serbest dolaşım hakkına ve ikametini seçme özgürlüğüne sahiptir".

Ancak, bu ve benzeri hükümler devletler tarafından yabancıların ülkelerine mutlak giriş yapma hakkına sahip olduğu şeklinde yorumlanmamaktadır.[25] AİHS'de de, yabancıların vatandaşı olmadığı bir ülkeye giriş yapma ve o ülkede ikamet etme hakkı mevcut değildir.[26] Bununla birlikte, ülkeye girişine izin verilen bir yabancıların, ülke içinde serbest dolaşım hakkından diğer vatandaşlar gibi yararlanması gerekmektedir.

4 No.lu Protokolün 2(1). maddesinde korunan haklar mutlak nitelikte olmayıp yine aynı maddede belirtilen kısıtlamalara tabiidir.[27] Bu kısıtlamalar, demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeninin sağlanması, suçların önlenmesi, sağlık ve ahlâkın yahut başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla alınan önlemlerdir (madde 2(3)). Yine maddede düzenlenen yerleşme ve seyahat özgürlüğü, belli bazı alanlarda, demokratik bir toplumda yasa ile öngörülmuş kamu yararının haklı kıldığı kısıtlamalara konu olabilir (m. 2(4)).

Ülke içinde serbest dolaşım ve ikamet yerini serbestçe seçme özgürlüğüne getirilecek sınırlamaların, 4 No.lu Protokolün izin verdiği kriterler çerçevesinde olması gerekmektedir. Bu bağlamda, ülkedeki bütün yabancıların veya belirli ülke vatandaşı yabancıların ülkenin bir bölümünde seyahat ve yerleşme özgürlüğüne getirilen kısıtlamanın koruduğu bir kamu yararı olmalıdır. Yabancıların askeri yasak bölgelere ve güvenlik bölgelerine girişine ve ikametlerine getirilen yasal sınırlamaların 4 No.lu Protokol ile uyumlu olduğu söylenebilir.

Ülkeyi terk özgürlüğü de pek çok uluslararası belgede kabul edilen temel bir özgürlüktür. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ne (İHEB) göre, "herkes, kendi ülkesi dahil, herhangi bir ülkeden ayrılma ve kendi ülkesine dönme hakkına sahiptir" (m. 13/2). Yine AİHS Ek 4 No.lu Protokolün 2(2).

maddesine göre, "herkes kendi ülkesi dahil bulunduğu ülkeyi terk etmekte özgürdür". Bu özgürlük tabii olarak hem vatandaşlar hem de yabancılar için geçerlidir.

Ülkeyi terk özgürlüğü yine demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeninin sağlanması, suçların önlenmesi, sağlık ve ahlâkın yahut başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması açısından sınırlanabilmektedir (AİHS 4 No.lu Protokol, Madde 2(3)). Bir şüpheli veya sanık hakkında göz altı veya tutuklama kararı yada kamu düzeni veya suçun önlenmesi amacıyla devam eden bir ceza kovuşturması nedeniyle ülkeden çıkış yasağı konabilir.

#### Aile Hayatı Hakkı

Ailenin hayatının kutsallığı ve korunmaya değer olduğu pek çok uluslararası belge tarafından teyit edilmektedir. Örneğin, İHEB, ailenin toplumun tabii ve temel bir birimi olarak toplum ve devlet tarafından korunması değer olduğunu bildirmektedir (m. 16).[28] Ayrıca, "Tüm Göçmen İşçileri ve Aileleri Sözleşmesi", göçmen işçilerin aile birliğinin korunması gerektiğinin altını çizmektedir (m. 44).

Yabancıların ülkeye girişinin hak olarak görülmemesi karşısında, aile hayatı kavramı, yabancıların vatandaşı olmadığı bir ülkeye girişi ve orada ikametini açısından önemli bir yasal araç olmaktadır. Yabancılar açısından aile hayatı hakkının; aile oluşumu, aile birleşimi ve aile hayatını sürdürme şeklinde üç farklı yönü bulunmaktadır.

Bir kişinin yabancı biriyle yapmış olduğu evliliğe bağlı olarak evlendiği kişinin ülkeye girişini ve ikametini talep etmesine, 'aile oluşumu' denmektedir. Yabancıların ülkeye giriş yaptığında hali hazırda evli olması nedeniyle eş ve çocukları dahil diğer aile fertlerinin ülkeye girişini ve ikametini talep etmesine ise 'aile birleşimi' denmektedir.[29]

Avrupa Sosyal Şartının 19(6) maddesi, üye devletlerin "mümkün olduğu ölçüde ülkesinde yerleşmesine izin verdiği göçmen işçilerin aile birleşimlerini kolaylaştırmak" zorunda olduklarını ifade etmektedir. Buna göre, aile üyelerinin ülkeye kabulüne ancak göçmen işçinin ülkeye yerleşmesi durumunda izin verilebilecektir. Mukayeseli hukukta aile oluşumu ve aile birleşimi genellikle kabul edilmekle birlikte, ailenin kimlerden oluştuğu konusu devletler tarafından farklı şekillerde yorumlanmaktadır.[30]

Aile tanımı konusunda büyük ölçüde anne-baba ve çocuklardan oluşan çekirdek aile baz alınmakla birlikte, bazen yabancı veya eşinin üst soyu da (örneğin AB hukukunda) aile kavramına dahil edilmektedir. Aile birleşimi kapsamında çocukların yaşları da ülkeden ülkeye değişkenlik göstermekte ve genel eğilim yaş sınırını aşağı çekmek yönündedir. AB hukukunda çocukların aile birleşimleri açısından 21 yaş esas alınmaktadır.[31] Avrupa Sosyal Şartına göre de, 21 yaş uygulaması benimsenmiş iken Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartında sözleşmeciler devletlerin rüşt yaşını esas alabilmelerine olanak sağlamıştır.[32]

Aile birleşimi ve aile oluşumu hakkı devletlerce mutlak bir hak olarak görülmemekte, yeterli nitelik ve genişlikte konut sağlama, geçimini temin edebilecek gelir veya başka mali kaynağa sahip olma gibi koşullara bağlanabilmektedir. Ayrıca, yetkili ulusal makamlar, danişıklı evlilikleri önlemek amacıyla aile hayatının fiilen kurulup kurulmadığını ve gerçek bir aile hayatının sürüp sürmediğini kontrol edebilmektedirler.

Yabancıların bulunduğu ülkeden sınır dışı veya iade edilmesi riskiyle karşılaştığında, aile hayatını sürdürme hakkının varlığı ileri sürülebilecektir. Eğer sınır dışı işlemi, aile üyelerinin birbirinden 'keyfi' bir şekilde koparılmasına neden oluyor ise, aile hayatının ihlali söz konusu olabilecektir. Aile hayatının bu şekilde parçalanması belirli bazı koşullar altında kabul edilemez bir uygulama olacak ve aile hayatının ihlali sonucu doğacaktır.

Aile hayatının devamlılığının sağlanmasında en çok başvurulan mekanizmalar arasında AİHS'nin 8. maddesinin sağladığı güvence gelmektedir.[33] 8. maddenin sağladığı koruma mutlak olmayıp belirli koşulların varlığına bağlıdır. Bu madde kapsamında bir yabancıların ülkede kalma hakkının tespitinde, bireysel menfaatler ile devlet menfaatlerini dengeleyen bir yaklaşım gözetilerek, her bir

sınır dışı olayı kendi somut şartları içerisinde değerlendirilmektedir.[34]

Soyut aile bağı, 8. maddenin uygulanabilmesi için tek başına yeterli olmayıp, ailevi bağıın fiilen mevcut ve gerçek bir bağıllık olması gerekmektedir.[35] Ailevi irtibatın varlığı konusunda, aile üyeleri arasındaki biyolojik bağılar, ekonomik bağımlılık, aynı evi paylaşma, fiili aile hayatı ve aile hayatı sürme niyeti gibi bütün faktörlerin dikkate alınması gerekmektedir. AİHM'nin aile hayatının varlığının tespitinde yasal aile kavramının ötesinde sosyolojik aile kavramını dikkate aldığı görülmektedir.[36]

Mahkeme'nin aile hayatına ilişkin iki farklı yaklaşımı bulunmaktadır. "Başka yer yaklaşımına göre", bir aile üyesinin sınır dışı edilmesi veya ülkeye kabul edilmemesi, ancak diğer aile üyelerinin söz konusu bu kişiyi takip etmelerinin kendilerinden "makul bir şekilde beklenebileceği" durumlarda meşru kabul edilmektedir. Makul olanın belirlenmesi ise devlet menfaatler ile söz konusu bireylerin menfaatlerinin birbirine karşı tartılmasını gerektirmektedir.

Mahkemenin takip ettiği diğer yaklaşım ise bireyin ilgili ülkeyle olan irtibatına vurgu yapmakta ve aile yaşamının başka bir yerde devam ettirilip ettirilemeyeceğine bakmaktadır. Eğer başvuru sahibi bir ülkede uzunca bir süre ikamet etmiş ve orada aile kurmuş ise, aileyi oluşturan eş ve diğer çocukların o ülkeden ayrılmama yönünde makul nedenleri bulunmaktadır.

#### Sınır Dışı İşlemine Karşı Güvenceler

Sınır dışı işlemine karşı uluslararası hukukta geliştirilen güvencelerin başında toplu halde sınır dışı etme yasağı gelmektedir. "Tüm Göçmen İşçiler ve Aileleri Sözleşmesi"nin 22. maddesine göre, "göçmen işçiler ve bunların aileleri toplu sınır dışı işlemine tabi tutulamazlar. Her bir sınır dışı işlemi bireysel bazda incelenir ve kararlaştırılır." Yabancıların toplu halde sınır dışı edilmesi, AİHS Ek 4 No.lu Protokol tarafından da yasaklanmıştır.[37] Sınır dışı işleminin kişisel bir tedbir olduğu yapılan ikili antlaşmalarda da açıkça vurgulanmaktadır.[38]

Toplu halde sınır dışı kavramından ne anlaşılması gerektiği AİHM tarafından çeşitli davalarda cevaplandırılmaya çalışılmıştır.[39] Mahkemenin içtihadına göre,[40] yabancıları bir grup olarak ülkeyi terke zorlayan işlemler, eğer grubu oluşturan yabancıların her birinin şahsi durumları makul ve objektif bir şekilde incelenmiş ise, toplu halde sınır dışı teşkil etmeyecektir.[41] Netice olarak, bir yabancıların sınır dışı edilmesinin toplu sınır dışı teşkil etmemesi için sınır dışı işleminin her bir aşamasında (başından sonuna kadar) bu yabancıların şahsi durumunun bireysel bazda dikkate alınması gerekmektedir.[42]

Sınır dışı işlemine karşı uluslararası belgelerde başka güvenceler de yer almaktadır. "Tüm Göçmen İşçiler ve Aileleri Sözleşmesi"nin özellikle bazı maddeleri (m. 22 ve 56) sınır dışı etme açısından önemli temel güvenceler sağlamaktadır.[43] Sözleşme kapsamındaki göçmen işçiler ile aile fertleri ancak ulusal mevzuatta tanımlanan nedenlerle ve Sözleşmede sağlanan güvencelere (m. 22'ye) tabi olarak sınır dışı edilebileceklerdir (m. 56/1).

Sözleşmenin 22. maddesi, göçmen işçileri ile aile fertlerinin sınır dışı etme prosedürlerine ilişkin bir dizi güvence sağlamaktadır. İlk olarak; sınır dışı etme kararı ancak yasayla belirlenen yetkili makam tarafından alınabilecektir (m. 22/2). Sınır dışı etme kararı ve gerekçeleri ilgilinin anlayacağı bir dille ve ulusal güvenliğinin gerektirdiği istisnai durumlar haricinde ilgilinin talebi üzerine yazılı olarak tebliğ edilecek ve ilgili kişilere bu hakları kararın alınmasından önce ve en geç kararın verildiği anda bildirilecektir (m. 22/3).

Adli bir makam tarafından nihai karar verilinceye kadar, zorunlu ulusal güvenlik sebepleri aksini gerektirmediği müddetçe, sınır dışı etme işlemine konu olan kişi, sınır dışı edilmemesi gerektiğine ilişkin gerekçeleri sunmak ve işlemin yetkili bir makamca gözden geçirilmesini istemek hakkına sahiptir (m. 22/4). Bu incelemenin neticelenmesine kadar, ilgili kişi işlemin durdurulmasını isteme hakkına sahiptir.

AİHS'ne Ek 7 No.lu Protokolün 1. maddesinde de, sınır dışı işlemine karşı prosedüre ilişkin güvenceler düzenlenmiştir.[44] Buna göre, bir devlet ülkesinde yasal olarak ikamet eden yabancı, kanuna uygun surette verilmiş bir karar olmadığı müddetçe, sınır dışı edilemeyecektir. Yabancıların sınır dışı işlemine karşı itirazlarını ileri sürmesi, durumunu yeniden incelettirmesi ve yetkili

makamlar önünde kendini temsil ettirmesi için izin verilmelidir. Ancak, kamu düzeni yada ulusal güvenliğin gerektirdiği durumlarda, sınır dışı etme işleminin bu güvenceler sağlanmadan icra edilebilmesi mümkündür.

#### Geri-Gönderilmeme (Non-Refoulement) İlkesi

Uluslararası hukukta özellikle sığınmacı ve mültecilerin korunması amacıyla geliştirilen geri gönderilmeme ilkesi zaman içinde diğer yabancı kategorilerini de kapsar hale gelmiştir.[45] 1951 Cenevre Sözleşmesine göre, hiçbir taraf devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı yada özgürlüğü tehdit altında olacak ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun geri gönderemeyecek veya iade edemeyecektir (m. 33/1). Ancak, mülteciye tanınan bu güvencenin de belirli koşullar altında sınırlanabilmesi mümkündür.[46]

Geri gönderilmeyi veya sınır dışı edilmeyi yasaklayan bu ilke, diğer bir çok uluslararası sözleşme ve insan hakları belgelerinde de yer almaktadır.[47] Ayrıca, AİHS'nin 3. maddesi de Mahkeme tarafından mutlak bir geri gönderilmeme güvencesi olarak yorumlanmaktadır.[48] Sözleşmenin 3. maddesine göre, "hiç kimse işkenceye, gayri insani veya aşağılayıcı ceza veya muameleye tabi tutulamaz".

AİHM'nin yerleşik içtihadına göre, sınır dışı edilme işleminin sonucu olarak bir kişinin gönderildiği ülkede 3. maddeyi ihlal eden bir muamele görme konusunda gerçek bir riske maruz kalacağını gösteren önemli sebeplerin varlığı halinde, bu sınır dışı işleminin icrası 3. maddenin ihlalini oluşturacaktır.[49]

"Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı"nın 19(2). maddesine göre, "hiç kimse, ölüm cezası, işkence, insanlık dışı yada aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulması konusunda ciddi bir tehlikenin bulunduğu bir devlete geri gönderilemez, sınır dışı edilemez ve iade edilemez." Henüz yürürlükte olmayan Temel Haklar Şartı da geri gönderilmeme ilkesini kapsamlı bir metinde düzenleyerek, bu ilkenin temel bir uluslararası insan hakkı standardı olduğunu teyit etmektedir.

Uluslararası hukukta bireyin 'sığınma hakkı'na sahip olduğu kabul edilmemektedir.[50] Bireye sığınma hakkı bahsetmek, devlete tanınmış bir ayrıcalık olarak görülmektedir. Bununla birlikte, bireyin karşılığında herhangi bir devleti yükümlülük altına sokmayan "sığınma talebinde bulunma hakkı"nın olduğu vurgulanmaktadır.[51]

#### Ayrımcılık Yasağı

Ayrımcılık yasağı bir manada eşitlik ilkesinin negatif bir anlatımla ifade edilmiş şeklidir. Bu açıdan yabancıların hak ve özgürlüklerinin düzenlenmesinde başvurulan sistemlerden birisi olarak da görülebilir. Ayrımcılık yasağı bireylerin temel hak ve özgürlüklerden herhangi bir ayrımcılığa uğramaksızın faydalanmalarını öngörmektedir. Diğer taraftan, vatandaş ile yabancılar ve hatta farklı devlet vatandaşı yabancılar arasında devletlerin farklı düzenleme yapabilme yetkisinin olduğu bir uluslararası teamül kuralı olarak benimsenmektedir.

Ayrımcılık yasağı gerek uluslararası sözleşmelerde gerek iç hukuk düzenlemeleri ile devlet uygulamalarında kabul edilmiş bir esastır. Ayrımcılık yasağına ilişkin hükümlere büyük ölçüde temel hak ve özgürlüklerle ilgili sözleşmelerde rastlanmaktadır. Bazen de, "Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin BM Sözleşmesi"nde olduğu gibi sınır ayrımcılığı yasaklamayı konu edinen sözleşmeler de bulunmaktadır.

"Birleşmiş Milletler Şartı"nın 1(3). maddesi, Birleşmiş Milletlerin temel amacının ayrımcılık yapmaksızın temel hak ve özgürlüklere saygıyı geliştirmek olduğunu ifade etmektedir. İHEB'nin 2. maddesi ise herkesin ayrımcılık olmaksızın Bildirgedeki hak ve özgürlüklerden yararlanacağını deklare etmektedir.

Birleşmiş Milletler "Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi"nin (MSHS) 2(1). maddesi ile "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi"nin 2(2). maddesi ayrımcılığı daha net ifadelerle yasaklamaktadırlar.[52] Bu maddelerde, vatandaşlığa bağlı ayrımcılık açık olarak geçmemekle birlikte, 'ulusal orijin' ve 'diğer statü'ye bağlı ayrımcılık yasaklanmaktadır. MSHS'nin 26. maddesi

ise bu Sözleşmede korunan hakları aşan bir şekilde genel ve kapsamlı olarak ayırımcılığı yasaklamaktadır.

1951 tarihli "Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi"nin 3. maddesine göre, "taraf devletler, bu Sözleşme hükümlerini mültecilere, ırk, din veya geldikleri ülke bakımından ayırım yapmadan uygulayacaklardır". Cenevre Sözleşmesinin 3-34. maddelerindeki hak ve özgürlüklerin mülteciler için, duruma göre, vatandaşa, genel olarak yabancılara yada en iyi muamele yapılan yabancılara eşitlik esasına göre tanınacağı belirtilmektedir.

1961 tarihli "Avrupa Sosyal Şartı"nın önsözünde, "hiçbir ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi görüş, ulusal soy veya sosyal köken ayırımı gözetmeksizin sosyal haklardan yararlanma hakkının sağlanması gerektiği" vurgulanmaktadır. Ayrıca, 1996 tarihli "Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı" ile birlikte Şartta yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanma olanağı sözleşmeciler devlet vatandaşları ile mültecilerin yanı sıra vatansızları da kapsayacak şekilde genişletilmiş bulunmaktadır.

Son olarak, AİHS'nin 14. maddesi ayırımcılığı şu ifadeyle yasaklamaktadır: "Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma; cinsiyet, ırk, renk, dil, siyasi yada başka kanaatler, ulusal yada sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğuş yada herhangi bir başka türlü statü bakımından hiçbir ayırım gözetilmeksizin sağlanır". 14. maddede düzenlenen ayırımcılık yasağı sadece AİHS'de güvence altına alınan hak ve özgürlükleri kapsamaktadır.

Diğer taraftan, AİHS'ye Ek 12 No.lu Protokol, 14. maddedeki ayırımcılık yasağını "hukuken tanınan herhangi bir hakkı" da kapsayacak şekilde genişletmiştir.[53] 14. madde ayırımcılığı sadece Sözleşmede tanınan hak ve özgürlükler açısından yasaklarken, yeni Protokol ayırımcılığı hukuken tanınmış herhangi bir hak için yasaklamaktadır. Yeni Protokol 14. maddedeki ayırımcılık nedenlerini değiştirmemiş ancak ayırımcılık yasağına girecek hak ve özgürlük konularının kapsamını genişletmiştir.

Görüldüğü üzere, ayırımcılık yasağı vatandaş ile yabancı arasında her konuda mutlak eşitlik sağlamamaktadır. Devletlerin yabancılar açısından ülkeye giriş, ikamet, çalışma, siyasi haklar gibi pek çok konuda farklı düzenlemeler yapmasına bir engel bulunmamaktadır. Aslında, ayırımcılık yasağı, özellikle hukuken sağlanmış hak ve özgürlükler alanında dolaylı yada fiili ayırımcılık hallerinde, yabancıların haklarını koruma sisteminin tamamlayıcı bir parçasını oluşturmaktadır.

## SONUÇ

Mevcut çalışmada incelenen uluslararası hukuk belgeleri ile insan hakları normları devletlerin göçmenlere ve yabancılara yapacakları muamelenin asgari standartları konusunda bir bakış açısı sunmaktadır. Yabancıların temel insan hakları standartları olarak ele aldığımız temel ilkeler, kaynağını, sözleşmeler hukuku, devlet uygulamaları ve hukukun genel prensiplerinden almaktadır. Burada irdelenen temel uluslararası hukuk normlarının etkinliği doğal olarak iç hukukta yerleşik uluslararası hukuk ve onun bağlayıcılığı anlayışı ile doğru orantılı olacaktır[54]

Uluslararası hukuk normlarının sağladığı koruma, yabancıya doğrudan ülkeye giriş hakkı sağlamaktan ziyade, yabancıya bir şekilde kazanmış olduğu statü gereğince (sınır dışı işleminde olduğu gibi) veya yabancıya kendisine bağlı olarak kazanılan (aile hayatı hakkı gibi) ikincil haklar olarak ortaya çıkmaktadır. Bu manada, yabancıya vatandaş olmadığı bir ülkeye mutlak bir giriş hakkından söz edilemeyeceği genel olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, devletlere ülkeye girişte sağlanan bu mutlak yetkiyi bir ölçüde sınırlandırıcı normların da bulunduğu görülmektedir. Aile hayatı hakkı ve geri gönderilmeme hakkı gibi ilkeler devletlerin bu konuda sahip olduğu yetkileri sınırlandırmaktadır.

Uluslararası hukukta geliştirilen aile hayatı hakkı, toplu halde sınır dışı etme yasağı, geri gönderilmeme hakkı, ayırımcılık yasağı gibi ilkeler genel nitelik arz eden normlar ortaya koymaktadırlar. Bu nedenle, çoğu zaman bu ilkelerin pozitif etki doğurabilmeleri devletler tarafından (aile bağları, konut ve geçim koşulu, baskı ve zulüm görme riski gibi) belirli koşulların yerine getirilmesine bağlanabilmektedir. Bu koşulların duruma göre devletler tarafından katı olarak uygulanması bu normların etkinliğini azaltıcı bir etkiye neden olabilmektedir. Ayrıca, bu insan

hakları normlarının etkin sonuç doğurabilmesi çoğu zaman idarenin ve uyumsuzluk konusu olduğunda yargı organlarının yaklaşımlarına da bağlı olmaktadır.

İdarenin takdir yetkisine ve politikalarına oldukça açık bir alan olan yabancılar hukuku alanında gerek yasama sürecinde gerek yabancılarla ilgili somut işlemlerin yapılması ve kararların alınması sırasında burada incelenen normların yol gösterici bir role sahip olduğu vurgulanmalıdır. Ayrıca, burada ortaya konan temel standartlar, en azından, yargı organlarının idarenin yabancılarla ilgili kararlarının ve işlemlerinin hukuka ve hakkaniyete uygunluğunu denetlemede kullanabileceği birer temel ölçüt olma özelliğine sahip bulunmaktadır.