



Uluslararası Hukukta Yabancıların Hak ve Özgürlükleri Bülent ÇİÇEKLİ*

Özet

Uluslararası hukukta yabancıların hak ve özgürlüklerinin korunması, yabancıların vatandaşı olduğu devletin klasik devletler hukuku araçlarını kullanarak sağladığı diplomatik himayeden, yabancıların haklarını düzenleyen uluslararası belgelere doğrudan başvurmak suretiyle sağlanan bireysel koruma yönünde değişime uğramıştır. Çalışmanın temel amacı, uluslararası hukukta geliştirilen temel insan hakları normlarının yabancıların hak ve özgürlüklerinin korunması alanına nasıl uygulanabildiğini ortaya koymaktır. Çalışmada bu bağlamda yabancıları ve göçmenleri ilgilendirdiği ölçüde belli başlı uluslararası sözleşme hükümleri ile uluslararası mahkeme kararları ve literatür gözden geçirilmektedir. Burada incelenen uluslararası insan hakları normları devletlerin göçmenlere ve yabancılara yapacakları muamelenin asgari standartları konusunda bir bakış açısı sunmaktadır. İrdelenen temel uluslararası hukuk normlarının etkinliği doğal olarak iç hukukta yerleşik uluslararası hukukun bağlayıcılığı anlayışı ile doğru orantılıdır. Buna ilave olarak, uluslararası hukukun yabancıların ülkeye girişi konusunda sağladığı güvencenin sınırlı olduğu, ancak istisnai durumlarda devletlere tanınmış yetkilere sınırlama getirebildiği görülmüştür. Ayrıca, uluslararası hukuk ilkelerinin genel niteliği ve devletlerce belirli koşullara bağlanabilmeleri bu ilkelerin etkinliğini azaltabilmektedir. Diğer taraftan, burada incelenen temel ilkeler, yasama organı ve idare açısından yol gösterici, yargı organları açısından ise idari işlemlerin denetiminde başvurulabilecek birer temel ölçüt olma özelliğine sahip bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası hukuk, yabancılar hukuku, devletin yetkileri, yabancı, göçmen, insan hakları, hak ve özgürlükler.

GİRİŞ

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

* Doç. Dr. Bülent Çiçekli, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Fakültesi, Uluslararası Özel Hukuk Öğretim Üyesi (bulentcicekli@hotmail.com).

¹ Bkz. R.B Lillich, *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, (Manchester: Manchester University Press, 1984) s. 3.

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 bahşetmemektedir.²

Uluslararası hukukun süjesinin esas itibarıyla 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 devlet-

² Oppenheim'in *Treatise on International Law* (1905) adlı eserinden aktaran A.H. Robertson *Human Rights in Europe*, 2nd edition (Manchester: Manchester University Press, 1977)s. 149.

³ Özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinin uluslararası hukuktaki sujeliği konusunda bkz. M.N. Shaw *International Law*, (Cambridge: Grotius Publications Ltd, 1991), ss. 178-181; P. Malanczuk *Akehurst's Modern Introduction to International Law, Seventh Revised Edition*, (London and New York: Routledge, 1997), ss. 100-104; H. Pazarıcı *Uluslararası Hukuk*, 2. Bası, (Ankara: Turhan, 2004) ss. 200-230.

⁴ Dikkat edilmelidir ki, göçmen işçiler ve onların ailelerinin durumlarını düzenleyen en yeni evrensel insan hakları enstrümanları bile açıkça ifade etmektedir ki "mevcut Konvansiyondaki hiçbir şey taraf devletlerin göçmen işçilerin ve aile fertlerinin ülkeye girişini düzenleyen kriterler koyma hakkını etkileyemez" (1990 tarihli "*Tüm Göçmen İşçileri ve Ailelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*", md. 79).

⁵ Bkz. W.R. Böning, *Studies in International Labour Migration*, (London: Macmillan, 1984) s. 31.

⁶ Bkz. R. Cholewinski, "The Protection of the Right of Economic Migrants to Family Reunion in Europe", *International and Comparative Law Quarterly*, 43(3): 1994, 568-598 (s. 597).

⁷ Bk. A. Dummett and A. Nicol, *Subjects, citizens, aliens and others: nationality and immigration law*, (London: Weidenfeld and Nicolson, 1990), s. 266.

lerin 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.

YABANCILARI 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

⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. G.S. Goodwin-Gill, *International law and the movement of persons between states*, (Oxford: Clarendon Press, 1978)

⁹ Bkz. J. Cator ve J. Niessen (ed) *The Use of International Conventions to Protect the Rights of Migrants and Ethnic Minorities*, (Brussels: Churches' Commission for Migrants in Europe / Secretary General of the Council of Europe, 1994)

pek çoğunun vatandaş ile vatandaş olmayan arasında ayırıma 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 sağlamaktadır.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

¹⁰ Bkz. A. Woltjer, ‘The United Nations International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination’, J. Cator ve J. Niessen (ed), *The Use of International Conventions to Protect the Rights of Migrants and Ethnic Minorities*, (Brussels: Churches’ Commission for Migrants in Europe / Secretary General of the Council of Europe, 1994) ss. 9-18.

¹¹ Bkz. S. Hune, ‘Equality of Treatment and the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families’, J. Cator ve J. Niessen (ed) *The Use of International Conventions to Protect the Rights of Migrants and Ethnic Minorities*, (Brussels: Churches’ Commission for Migrants in Europe / Secretary General of the Council of Europe, 1994), ss. 79-92 (s. 82).

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. J. Lönnroth ‘The International Convention on the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families in the Context of International Migration Policies: An Analysis of Ten Years of Negotiation’, *International Migration Review (IMR)*, 25(4): 1994, 735-736.

¹³ Sözleşme bu bağlamda mevcut uluslararası belgeler tarafından pek ele alınmayan ‘*göçmen işçi*’, ‘*projeye-bağımlı*’, ‘*serbest çalışan*’ ve ‘*özel istihdam*’ amaçlı işçiler gibi kavramların evrensel tanımlarını içermektedir: bkz. ‘Documentation, International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families’, *International Migration Review*, 25(4): 1991, 873-919.

¹⁴ Bkz. T. Ansay ‘The New UN Convention on Migrant Workers in the Light of the German and Turkish Experience’, *International Migration Review (IMR)*, 25(4): 1991, 831-847, (s. 843).

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 itibariyle; 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 ayırmacılık yapmayı yasaklayan 14. madde yer almaktadır.¹⁷

AİHS’nin dolaylı olarak sağlamış olduğu güvenceler Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan diğer sözleşmeler tarafından devletlerin yetkilerine getirilen kısıtlamalara 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

¹⁵ Buna ilişkin Avrupa standartları; Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) olmak üzere üç farklı sistem içerisinde bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Council of Europe Directorate of Human Rights (1985) *Human Rights of Aliens in Europe: Proceedings on the Cooology on Human Rights of Aliens in Europe*, Dordrecht et al: Martinus Nijhoff; Cholewinski, 1994, ss. 575-586.

¹⁶ Detaylı bilgi için bkz. R. Plender *International Migration Law*, 2nd Edition, (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1988), ss. 227-236; A.H. Robertson and J.G. Merrils (1993) *Human Rights in Europe*, 3rd edition, (Manchester: Manchester University Press, 1993) ss. 229-235 (4. Protokol) ve 236-245 (7. Protokol).

¹⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile ilgili olarak bkz. G.S. Goodwin-Gill (1978) *International Law and the Movement of Persons Between States*, Oxford: Clarendon Press, ss. 160-167; Robertson and Merrils, 1993 ve Ş. Ünal, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, (Ankara: TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, 1995)

¹⁸ Detaylı bilgi için bkz. K. Oellers-Frahm, ‘The Contribution of the Council of Europe to the Legal Position of Aliens’, *The Legal Position of Aliens in National and International Law*, Berlin: Springer-Verlag, Vol. 2, 1987, ss. 1725-1773.

¹⁹ Sonuncu Sözleşme, Avrupa Konseyi’nin göçmen işçiler ve ailelerinin korunması ile ilgili spesifik bir belge oluşturma çabalarının en önemlisini teşkil etmektedir. İddialı ismine rağmen, az sayıda ülkenin imzalaması ve metinde yer alan karmaşık ifadeler yüzünden sınırlı bir öneme sahip olduğu vurgulanmaktadır. bkz. Cholewinski, 1994, s. 578.

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 vatandaş 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 yabancılar 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

²⁰ Detaylı bilgi için bkz. Plender, 1988: 236-240; Oellers-Frahm, 1987.

²¹ Bkz. Cholewinski, 1994: 578.

²² Avrupa Sosyal Şartı hakkında genel olarak bkz. D.J. Harris, *The European Social Charter*, Charlottesville, (New York: University Press, 1984) ; Oellers-Frahm, 1987; Plender, 1988: 243-248. 'Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı' da yürürlüğe girmiştir: bkz. B. Çiçekli (Tercüme) *Avrupa Sosyal Şartı - Temel Rehber*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2001)

²³ Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. B. Çiçekli, 'Avrupa Sosyal Şartının Yabancılar Sağladığı Güvenceler ve Türkiye', *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl. 22, Sayı. 1, 2002, ss. 21-55.

Bildirgesinin 13. maddesine göre, “herkes bir Devletin sınırları içinde seyahat etme ve yerleşme hakkına sahiptir”. AİHS’ne²⁴ 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 öngörülmüş 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 vatandaşları 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.

²⁴ 04.11.1950 tarihli Sözleşme 03.09.1953 tarihinde. Türkiye’nin katılımı için bkz. RG. 19.03.1954 - 8662. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hukuku için genel olarak bkz. P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Second edition, (The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990); D.J. Harris & M. O’boyle & C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, (London, Dublin, Edinburgh: Butterworths, 1995)

²⁵ Bunun dışında hazırlanan bir çok uluslararası belgede de seyahat özgürlüğüne ilişkin hükümler mevcuttur, bkz. Abdullah Sezer, ‘Pasaport Kanunu Madde 22 ve 23: 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Ek IV No.lu Protokole Aykırılık Sorunu’, *SBF Dergisi*, Temmuz-Eylül, 2002, 57(3), ss. 50–76 (s. 51, 3 No.lu dipnot).

²⁶ Bkz. *Paramanathan v FRG No. 12068/86*, 51 Decisions and Reports of the European Commission of Human Rights 237, s. 249 (1986).

²⁷ AİHS 4 No.lu Protokolün 2. maddesiyle ilgili olarak bkz. Van Dijk & Van Hoof, 1990, ss. 489-494; Harris & O’Boyle & Warbrick, 1995, ss. 559–561.

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).

Yabancınnın ülkeye girişinin hak olarak görülmemesi karşısında, aile hayatı kavramı, yabancınnın vatandaşı olmadığı bir ülkeye girişi ve orada ikameti 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. Yabancınnın 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

²⁸ Benzer hükümler, *‘Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’* (m. 23) ile *‘Birleşmiş Milletler, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’*nde (m. 10) de yer almaktadır.

²⁹ Her iki olgunun ‘aile birleşimi’ adı altında tek bir kavram olarak ele alındığı da görülmektedir: bu ayırım konusunda bkz. B. Çiçekli, *The Legal Position of Turkish Immigrants in the European Union*, (Ankara: Karmap, 1990); 6 ve 7. Bölümler; Sopemi-The Netherlands, *Migration and Minorities and Policy in the Netherlands: Recent Trends and Developments*, by P.J. Muus, Amsterdam, 1991, s. 41.

³⁰ Detaylı bilgi için bkz. Cholewinski 1994; ve Çiçekli, 1998: 6. ve 7. Bölümler.

³¹ Aile birleşimleri açısından AB hukukunda kabul edilen aile tanımı için 29.04.2004 tarih ve 2004/58 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü’nün 2. maddesine bkz.

Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartında sözleşmecî devletlerin rüşt yaşını esas alabilmelerine olanak sağlanmıştır.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, danışıklı 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 sürülebilir. 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 bağın fiilen mevcut ve gerçek bir bağlılık olması gerekmektedir.³⁵ Ailevi irtibatın varlığı konusunda, aile üyeleri arasındaki biyolojik bağlar, 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 menfaatleri ile söz konusu bireylerin menfaatlerinin birbirine karşı

³² Bkz. Çiçekli, 2002a, s. 45.

³³ Ailenin kutsallığı ve aile birliğinin korunmasına yönelik hükümler içeren çok taraflı uluslararası sözleşmeler hakkında bkz. Plender, 1988, ss. 365–392.

³⁴ Bkz. C.S. Anderfuhren-Wayne, 'Family Unity in Immigration and Refugee Matters: United States and European Approaches', *International Journal of Refugee Law*, 8(3): 1996, 347-382, s. 356.

³⁵ Bkz. Van Dijk & Van Hoof, 1990, s. 379.

³⁶ AİHS'nin 8. Maddesinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen çeşitli davalarda yabancılar tarafından başarıyla kullanıldığını görmekteyiz. Örneğin, *Moustaquim v. Belgium*, 13 EHRR 802; *Beldjoudi v. France*, 14 EHRR 801; *Berrehab v. The Netherlands*, 11 EHRR 322, kararların özet gerekçeleri için bkz. Çiçekli, 1998, ss. 90–92.

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 yabancıнын sınır dışı edilmesinin toplu sınır dışı teşkil etmemesi için sınır dışı işleminin her bir aşamasında (başından sonuna kadar) bu yabancıнын 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

³⁷ Onaylama kanunu için bkz. R.G. 26.02.1994 – 21861.

³⁸ TC-İsviçre İkamet Antlaşması, m. 9; TC-Avusturya İkamet Antlaşması, m. 4; TC-İran İkamet Antlaşması, m. 2; Lozan İkamet Antlaşması, m. 7: Bkz. Tekinalp 2003, s. 98, dipnot. 10.

³⁹ Bkz. *Andric v. Sweeden* (No. 45917/99) [1. Chamber], 23.02.1999 ve *Conka v. Belgium* (No. 51564/99) [3. Chamber], 05.02.2002.

⁴⁰ Bkz. B. Çiçekli, ‘*Conka v. Belçika: Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı ve Yabancıların Toplu Olarak Sınır Dışı Edilme Yasağı İhlali İddiaları*’ (AİHM Kararı Tercüme ve Yorumu), *Polis Akademisi İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, 2002, ss. 273–288.

⁴¹ Bkz. *Andric v. Sweeden* (No. 45917/99) [1. Chamber], 23.02.1999; *Conka v. Belgium* (No. 51564/99) [3. Chamber], 05.02.2002, parag 59.

⁴² Conka kararının özet tercümesindeki yorum için bkz. Çiçekli, 2002b, s. 288.

⁴³ Göçmen İşçiler ve Aileleri Sözleşmesinin temel özellikleri ve güvenceleri konusunda kısaca bkz. Juhani Lönnroth, ‘The International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families in the context of international migration policies: an analysis of ten years of negotiation’, *International Migration Review*, Volume. 25, No. 4, 1991, ss. 710-736 (özellikle, ss. 735-736).

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 güvenliğin gerektirdiği istisnaî 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).

Adlî 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 makama 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. Yabancı'nın 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 sınırlandırılması mümkündür.⁴⁶

⁴⁴ Bu Protokol Türkiye tarafından 14.03.1985 tarihinde imzalanmış, fakat henüz onaylanmamıştır. Protokol 01.11.1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁴⁵ Mülteci ve sığınmacılarla ilgili uluslararası yasal rejim 1951 tarihli *'Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi'* ile bu Sözleşmenin 1967 tarihli *'Ek Protokol'ü* ve uluslararası sığınma hukukunda meydana gelen diğer yasal gelişmelerden oluşmaktadır.

⁴⁶ Bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddi sebepler bulunan veya özellikle ağır bir adlî suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümle mahkûm olduğu için söz konusu ülke açısından bir tehlike oluşturmaya devam eden mülteci, geri gönderilmeme hakkından yararlanmayı talep edemeyecektir (m. 33/2).

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 muameleyle 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 başvuru sistemlerinden 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 vatandaşları 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

⁴⁷ Bu uluslararası belgeler arasında; *İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Kültürcü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi* (m. 3); 1957 tarihli *Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi* (m. 3(2)); 1977 tarihli *Tedhişçiliğin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi* (m. 5) yer almaktadır.

⁴⁸ Bkz. *Viljarah ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, 30 Ekim 1991 tarihli karar, A Serisi, No. 215, s. 34, parag. 102.

⁴⁹ Konuyla ilgili AİHM kararları hakkında bkz. B. Çiçekli, *Yabancılar Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2007) ss. 233-235.

⁵⁰ Bkz. C. Harvey (2000) *Seeking Asylum in the UK: Problems and Prospects*, (London et al: Butterworths, 2000), ss. 44-52.

⁵¹ Bkz. Harvey, 2000, ss. 53-54.

büyük ölçüde temel hak ve özgürlüklerle ilgili sözleşmelerde rastlanmaktadır. Bazen de, “Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin BM Sözleşmesi”nde olduğu gibi sırf 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 Siyasal 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 ayrımcılığı 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, siyasal 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 ayrımcılığı şu ifadeyle yasaklamaktadır: “Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma; cinsiyet, ırk, renk, dil, siyasal 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 ayrımcılık yasağı sadece AİHS’de güvence altına alınan hak ve özgürlükleri kapsamaktadır.

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

Görüldüğü üzere, ayrımcılık yasağı vatandaş ile yabancı arasında her konuda mut-

⁵² Her iki Sözleşmede Türkiye tarafından imzalanmış ve onaylanmış bulunmaktadır (imza tarihi: 15 Ağustos 2000, onay tarihi: 23 Eylül 2003).

⁵³ 12 Sayılı Ek Protokol 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu Protokolü 18 Nisan 2001 tarihinde imzalamış ama henüz onaylamamıştır.

lak eşitlik sağlamamaktadır. Devletlerin yabancılar açısından ülkeye giriş, ikamet, çalışma, siyasi haklar gibi pek çok konuda farklı düzenlemeler yapmasına bir engel bulunmamaktadır. Aslında, ayrımcılık yasağı, özellikle hukuken sağlanmış hak ve özgürlükler alanında dolaylı yada fiili ayrımcılık hallerinde, yabancıların haklarını koruma sisteminin tamamlayıcı bir parçasını oluşturmaktadır.

SONUÇ

Mevcut çalışmada incelenen uluslararası hukuk belgeleri ile insan hakları normları devletlerin göçmenlere ve yabancılarla 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 olacaktır⁵⁴

Uluslararası hukuk normlarının sağladığı koruma, yabancıya doğrudan ülkeye giriş hakkı sağlamaktan ziyade, yabancıların bir şekilde kazanmış olduğu statü gereğince (sınır dışı işleminde olduğu gibi) veya yabancıların kendisine bağlı olarak kazanılan (aile hayatı hakkı gibi) ikincil haklar olarak ortaya çıkmaktadır. Bu manada, yabancıların vatandaşı 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, ayrımcılık 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 uyuşmazlık 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 hukuksal ve hakkaniyete uygunluğunu denetlemede kullanabileceği birer temel ölçüt olma özelliğine sahip bulunmaktadır.

⁵⁴ Türk hukukunda yabancıların temel hak ve özgürlükleri ile uluslararası hukuk ilişkisi Anayasanın 16. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, "temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir". (Bu konudaki açıklamalar için bkz. Çiçekli, 2007, ss. 36-38).