



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

ÇOCUK HAKLARI KOMİTESİ BİREYSEL BAŞVURU KARARLARI

Editörler: Tolga Şirin - Can Yalçın Armutcuoğlu



Mart 2024

ANKARA



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

ÇOCUK HAKLARI KOMİTESİ BİREYSEL BAŞVURU KARARLARI

Editörler: Tolga Şirin - Can Yalçın Armutcuoğlu

MART 2024

ANKARA

Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 428

ÇOCUK HAKLARI KOMİTESİ

BİREYSEL BAŞVURU KARARLARI

Editörler: Tolga Şirin - Can Yalçın Armutcuoğlu

ISBN: 978-605-7848-93-2

© Türkiye Barolar Birliği

Mart 2024, Ankara

Türkiye Barolar Birliği

Ođuzlar Mah. Barış Manço Cad.

Av. Özdemir Özok Sokađı No: 8

06520 Balgat – ANKARA

Tel: (312) 292 59 00 (pbx)

Faks: 312 286 55 65

www.barobirlik.org.tr

yayin@barobirlik.org.tr

Baskı: Akkor Dijital Matbaacılık Ltd Şti

Kazımkarabekir Cad 101/49 Altındağ Ankara

dijitalakkor@gmail.com

Sertifika No: 47630

İÇİNDEKİLER

Sunuş.....	5
Çevirmenler	15

I. BÖLÜM Küçük Sayılma Karinesi

N.B.F. v. İspanya.....	20
J.A.B. v. İspanya	46
A.L. v. İspanya.....	68
M.T. v. İspanya.....	90
R.K. v. İspanya.....	113
M.A.B. v. İspanya.....	133
M.B.S v. İspanya	151
S.M.A. v. İspanya	172
R.Y.S v. İspanya.....	192

II. BÖLÜM Çocukların Sözleşmenin İhlali Teşkil Eden Risklere Karşı Korunması

D.D. v. İspanya.....	218
K.Y.M. v. İspanya	238
X.C. , L.G. ve W.G. v. Danimarka	256

III. BÖLÜM

Sözleşme Hükümlerinin ve Çocuğun Üstün Yararının Temel Düşünce Olması Kuralının Niteliği, Çocuğun Fikirlerini İfade Edebilme Hakkı

E.A ve U.A v. İsviçre	276
M.K.A.H v. İsviçre.....	299

IV BÖLÜM

Çocukların Aile İlişkilerinin Korunması

N.R. v. Paraguay	326
C.E. v. Belçika.....	344

V. BÖLÜM

Çocuk Hakları Sözleşmesi ve İklim Değişikliği Krizi

Chiara Sacchi ve Diğerleri v. Türkiye.....	362
Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin Başvuru Usûlü Hakkında İhtiyari Protokol	383

Çocuk, insan türünün, henüz gelişimini tamamlamamış, yaşça küçük mensupları için kullandığımız, yaşa bağlı bir tanımlamadır. Eğer ceninin hak özneliğiyle ilgili bir tartışma yapmıyorsak sağ doğmuş her insan bir çocuktur. Yani örneğin bir bebek, çocuktur. Oyun dönemindeki küçükler veya ilkokul çağındaki minikler de çocuktur. Bu noktada ihtilaf yoktur. Me-sele, ergenlik dönemine girmişler açısından yaşa dayalı üst sınırdaki gündeme gelir. Türkiye'deki mevzuat ve içtihatları ana kabul, çocukluğun on sekiz yaşında bittiğidir. Fakat mesela ceza hukuku, iş hukuku ve diğer hukuk dallarının kendine özgü dehlizlerine girdiğimizde (12-15 yaş ve 15-18 yaş arasındakiler yönünden) farklı bir hukuksal rejime ile karşılaşabilmekteyiz. Bu, anayasa hukukunu da içerecek biçimde (örneğin özellikle Latin Amerika ülkelerinde seçme hakkı on sekiz yaşın altındadır) dünyada da böyledir. Dolayısıyla konuya buralardan bakacak olursak; çocuk kavramının hangi yaşta bittiği konusunda uzun uzadıya bir tartışma yapmak mümkün olabilir. Ne var ki Birleşmiş Milletlerin Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi ("Sözleşme") tüm devletlerin oydığı ilke şudur: *"Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır."*

Bir yetişkinliğe hazırlık dönemi olan çocukluk, insan yavrularının birden çok nedenle korunmasız veya hassas olduğu bir süreçtir. Bu bakımdan çocuklar -UNICEF'in amblemindeki anne kucağındaki çıplak çocuk figürünün verdiği mesajda da görüleceği üzere- korunmaya ve değer görmeye ihtiyaç duyan öznelerdir. Fakat bunun daha fazlası vardır. Modern hukuk düzeni, bu sürecin kendine özgü doğasını dikkate alır ve çocukların bedensel, ruhsal, ahlaksal ve düşünsel olarak iyi gelişebilmesi, eğitilebilmesi ve geleceğe hazırlanması amacıyla özel bazı haklar getirmektedir. Bu haklar, çocukları, sadece korunması gereken bir nesne sayılma riskinden sıyrıp aktif birer özne kılar.

Söz konusu hakların uluslararası düzeyde net ve sistematik biçimde dile getirildiği ilk belge 1959 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi'dir.¹ Bu belgedeki temennileri esaslı biçimde ileriye taşıyan ve etkili olarak hukuksal kılanı 1990 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşme

1 Burada 1924 yılında Milletler Cemiyeti tarafından hazırlanan Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi'ni de zikretmek gerekir.

veya daha yaygın bilinen adıyla Çocuk Hakları Sözleşmesi'dir.² Söz konusu belgeler çocuklara özgü hakları saymış, ayrıca "çocuğun yüksek yararı" gibi çok önemli bir yorum ilkesini de beraberinde getirmiştir. Bu metinlere dayanarak gelişen çocuk hakları hukukunda da kamusalılık (kamu adına kendiliğinden müdahale), düzenleme serbestisinin bulunmaması (kanuni biçimlere uyulma zorunluluğu) ve güçsüzlerin korunması ilkesi gibi bazı ilkeler de geliştirilmiştir.

Çocuk Hakları Sözleşmesi, Türkiye'de TBMM'nin önüne 9 Aralık 1994 tarihli ve 4058 sayılı "Çocuk Hakların Dair Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkındaki Kanun" ile gelmiştir ve onaylanması uygun bulunmuştur. Bakanlar Kurulu'nun 23 Aralık 1994'te 94/6423 sayılı kararında, Sözleşme'nin çekince koyularak onaylanması kabul edilmiştir. 27 Ocak 1995 tarihinde ise bu karar ve Sözleşme'nin Türkçe metni Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel'in de imzasıyla Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Türkiye, onay belgesini birkaç ay sonra (4 Nisan 1995) depo etmiş ve Sözleşme 4 Mayıs 1995'te Türkiye açısından da bağlayıcı hâle gelmiştir.

Bir Başlangıç ve ardından üç bölümdeki elli dört maddeden oluşan Sözleşme'nin temel ilkelerini ortaya koyan Başlangıç'tan sonraki kırk bir maddelik ilk bölümü çocukların haklarını ve devletlerin yükümlülüklerini öngörmektedir. Sözleşme'nin ikinci bölümü ise bu hakların gereklerinin yerine getirilip getirilmediğini izleyen Çocuk Hakları Komitesine ("Komite") ayrılmıştır. Son bölüm ise yürürlük ve yürütme maddelerini içermektedir.

Sözleşmenin ikinci bölümünde yer alan Çocuk Hakları Komitesi büyük önem taşımaktadır. Çünkü böylesi bir organ öngörmeyen sözleşmeler birer temenni metni olmanın ötesine geçememekte, üstlenilen yükümlülükleri yerine getirme konusunda kaydedilen ilerlemeleri incelemektedir.

Komite, "Sözleşme ile hükme bağlanan alanda yetenekleriyle tanınmış ve yüksek ahlâk sahibi on uzmandan oluşur." Sayısı on sekizi bulan kişiler, taraf devletlerce kendi yurttaşları arasından ve kişisel olarak görev yapmak üzere, adil bir coğrafi dağılımı sağlama gereği ve başlıca hukuk sistemleri de gözünde bulunarak gizli oyla ve dört yıllık sürelerle seçilmektedir. Cenevre'de ve kamuya açık olarak toplanan Komite, Sözleşme'nin uygulanmasını gözetir.

2 Bu metin 1978'de, II. Dünya Savaşı'nda en çok çocuk ölümüne tanıklık eden ülkelerden biri olan Polonya'nın önerisiyle tartışılmaya başlanmıştır. "Uluslararası Çocuk Yılı" olarak kutlanan 1979'dan on yıl sonra, 20 Kasım 1989'da Sözleşme, BM Genel Kurulu'nda 196 devlet tarafından imzalanmış ve onaylanmıştır.

Bu bağlamda taraf devletlerin belli aralıklarla sunduğu ulusal raporları ve bu konudaki gözlemlerini açıklamak, gerektiğine ek bilgiler istemek veya diğer organları görüş vermeye/rapor sunmaya davet etmek, taraf devletlerin talep, yardım ya da danışma içeren raporlarını değerlendirmek, daha sonra uygun bulunduğu takdirde kendi tavsiye gözlemlerini de ekleyerek bu raporları uzman kurumlara göndermek, BM'ye çocuk haklarına ilişkin sorunlarla ilgili çalışmalar yapılmasıyla ilgili telkin ve genel tavsiyede bulunmak, bunları önce ilgili taraf devletlere gönderilmekte, sonrasında da BM Genel Kurulunun dikkatine sunmak, Sözleşme'nin herhangi bir maddesi üzerinde genel görüşme açmak veya herhangi bir maddenin yorumunu yapmak gibi yetkileri olan Komite'nin sahip olduğu yetkiler yıllar içinde artmaktadır.

Bunda, sözleşme sistemini genişleten yeni protokollerin payı vardır. 2000 yılında imzalanan ve Türkiye'nin de tarafı olduğu Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili Seçmeli Protokol³ ile Çocukların Silahlı Çatışmalara Dahil Olmaları Konusundaki Seçmeli Protokol⁴, Komite'nin çalışma alanını genişletmiştir. Usuli açıdan ise dikkat çekici belge, 2011 yılında imzaya açılan Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Seçmeli Protokol'dür.⁵ Türkiye'nin de tarafı olduğu bu Protokol, daha önce ifade edilen rapor usulüne ek olarak ağır ve sistematik bir ihlale dair güvenilir bilgi edinilmesi durumunda taraf devletlere çağrıda bulunma ve tahkikat yaptırıp rapor hazırlama yöntemlerini içeren "soruşturma usulü", bir taraf devletin diğer bir taraf devlet tarafından Sözleşme ihlali gerçekleştirildiği iddiasına dayanan "devletlerarası başvuru (iletişim) usulü" ve de bu kitabın odağını oluşturan "bireysel başvuru" usullerini getirmiştir.

Aralarında Türkiye'nin de bulunduğu kırk sekiz taraf devlet için geçerli olan bireysel başvuru mekanizmasının özgün yanı, çocukların veya çocuklar adına (çocuğun yüksek yararı gerektirmedikçe çocuğun onayıyla) hareket eden kişilerin, Sözleşme ya da seçmeli protokoller kapsamındaki

-
- 3 Türkiye 2000'de imzaladığı Protokol'e 2002'de taraf olmuştur. 9 Mayıs 2002 tarihli ve 4755 sayılı Kanun'la onaylanması uygun bulunan ve 2002/4241 sayılı Bakanlar Kurulu kararına binaen onaylanan Protokol, "Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol" ismiyle 28 Haziran 2002 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.
 - 4 Türkiye, 2000'de imzaladığı Protokol'e 2004'te taraf olmuştur. 16 Kasım 2003 tarihli ve 4991 sayılı Kanun'la onaylanması uygun bulunan, 2 Mart 2004 tarihli ve 2004/6938 sayılı Bakanlar Kurulu kararına binaen onaylanan Protokol, "Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Ek Çocukların Silahlı Çatışmalara Dahil Olmaları Konusundaki İhtiyari Protokol" ismiyle 18 Mart 2004 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.
 - 5 Türkiye, 2012'de imzaladığı Protokol'e 2017'de taraf olmuştur. 9 Mart 2017 tarihli ve 6976 sayılı Kanun'la onaylanması uygun bulunan, Bakanlar Kurulu'nun 11 Eylül 2017 tarihli ve 2017/10836 sayılı kararına binaen onaylanan Protokol, "Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin Başvuru Usulüne İlişkin İhtiyari Protokol" adıyla Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle, tekil olarak spesifik olayları taşıyabilmesidir.⁶ Mekanizma, başvurunun bir temsilci tarafından yapılması halinde dahi çocuğun Komite ile doğrudan iletişime geçme hakkını tanımaktadır. İç hukuk yollarının tüketilmesi üzerine bir yıllık süre içinde yapılan ve gerekli kabul edilebilirlik koşulları bulunan başvurular esastan incelenmekte ve Komite nihayet bir sonuca ulaşıp tavsiyeler sunmaktadır. Taraf devletlerin bunun karşılığında Komite'nin görüş ve tavsiyelerine uygun olarak çözüm önerilerini ve girişimlerine karşı yazılı biçimde yanıt vermesi gerekmektedir.

Özel bir usulü olmayan ve fakat anonim olmayıp imzalı ve muhatap devletin spesifik olarak tanımlandığı biçimde yapılması gereken başvuruların İngilizce, Fransızca, İspanyolca veya Rusça dillerinden biriyle sunulması mümkündür.

Burada, başvuru yapabilmek için, (i) başvurucuların Sözleşme'de geçen haklardan birinin "mağdur"u olması gerektiğini, (ii) başvurucular adına yasal (velileri) veya yasal olmayan (örneğin insan hakları örgütleri vb.) temsilcilerin başvuru yapabileceğini, (iii) kişilerin isimlerini gizli tutabileceğini, (iv) başvurunun başka bir uluslararası mekanizmaya sunulmamış olması gerektiğini, (v) geçici tedbir talebinde bulunulabileceğini, (vi) olağan hukuk yollarının mutlaka tüketilmesi gerektiğini, (vi) başvurunun "mümkün olan en kısa sürede" (bir yıl içinde) sunulması gerektiğini kaydetmek gerekir.

Başvuru için kullanılacak matbu dilekçe formu şuradadır:

<https://www.ohchr.org/en/documents/tools-and-resources/form-and-guidance-submitting-individual-communication-treaty-bodies>

Başvurunun gönderilebileceği adresler (e-posta dahil) şöyledir:

Başvurunun okunaklı, tercihen daktilo edilmiş ve imzalanmış olması gerekir. Elektronik olarak gönderilen iletilerde elektronik imza veya klasik imza bulunmalıdır. Bu imzanın taranması mümkündür. Dilekçe internet ortamında yapılacaksa gönderimin Dilekçeler ve Acil Eylemler Bölümüne (PUAS) (petitions@ohchr.org) yapılması gerekir. Gönderimde başvurunun imzasız bir "Word" versiyonunun da gönderilmesinde yarar vardır.

6 Bu devletler, Arnavutluk, Almanya, Andorra, Arjantin, Belçika, Benin, Bolivya, Bosna Hersek, Brezilya, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Ekvador, El Salvador, Ermenistan, Filistin, Finlandiya, Fransa, Gabon, Gürcistan, Hırvatistan, İrlanda, İspanya, İsviçre, İtalya, Karadağ, Kosta Rika, Kıbrıs, Lihtenştayn, Lüksemburg, Maldivler, Marşal Adaları, Monako, Moğolistan, Karadağ, Panama, Paraguay, Peru, Portekiz, Samoa, San Marino, Slovakya, Slovenya, Şili, Tayland, Tunus, Türkiye, Ukrayna ve Uruguay'dır. Avusturya, Fas, Fildişi Sahilleri, Gana, Gine-Bissau, Kuzey Makedonya, Litvanya, Madagaskar, Mali, Malta, Mauritius, Polonya, Romanya, Senegal, Sırbistan, Seyşeller, Yeşil Burun ise metni imzalamış ama henüz taraf olma sürecini tamamlamamıştır.

Başvuruya eklenen eklerin İngilizce, Fransızca, Rusça ve İspanyolca dillerden birinde olmaması durumunda, resmi olmayan bir çeviri özeti sunulmalıdır. Belgelerin orijinallerinin değil sadece kopyalarının sunulması önerilir. Zira, hiçbir belge iade edilmeyecektir. Başvurularda özellikle tıbbi raporların sunulmasının büyük önem taşıdığını kaydetmek gerekmektedir. Olayların veya iddiaların tanımı net değilse veya bireysel başvuru usulleri kapsamında işleme konulması için gerekli bilgilerden yoksunsa Komite, ek ayrıntılar veya yeniden gönderme talebiyle başvurucuyla iletişime geçebilir. Bilgi, talep tarihinden itibaren iki yıl içinde alınmazsa dosya kapatılacaktır.

Komitenin iletişim bilgileri şöyledir:

Committee on the Rights of the Child (CRC) Human Rights Treaties Division (HRTD) Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR) Palais Wilson - 52, rue des Pâquis CH-1201 Geneva (Switzerland)

Tel.: +41 22 917 91 41 Faks: +41 22 917 90 08

E-posta: crc@ohchr.org

Bu kitapta dikkatinize sunulan kararlarda “taraf devlet” olarak Belçika, Danimarka, İspanya, İsviçre, Paraguay ve Türkiye, hak ihlalleri iddiaları ile karşılaşmışlardır. Kararları, konuya ilişkin çalışma yapacak araştırmacılara kolaylık olması amacıyla kategorilere ayırdık. Bu ayrımı, Komitenin ilgili kararlarda geliştirdiği ilkelere ve diğer kararlarından ayıran özelliklerine göre yaptık. Esasen kararlara bütün olarak bakıldığında da göze çarpan gerçek şudur: Çocuğun üstün yararı temel düşüncedir. Çocukların fikirlerini ifade edebilme hakkı gibi haklar, başvuru mekanizmasında taraf devletlerin sıklıkla ihlal ettikleri “Çocuk Hakları” olarak kendilerini göstermektedir.

İlk bölümde “küçük sayılma karinesi” olarak başlığını belirlediğimiz kararlar yer almaktadır. Bu kararlarda ihlal iddialarının muhatabı İspanya’dır. Kararların konusu İspanya’nın, ülkeye yasal olmayan yollardan giriş yapan ve yanında bir refakatçisi olmadığı hâlde kendisinin küçük olduğunu bildiren -olayların çoğunluğunda bu iddiasına ilişkin belge de sunan - göçmen gençleri yaş belirleme işlemlerine tabi tutmasıdır. İspanya bu gençlerin çocuk olup olmadıklarını, salt tıbbi bir sürecin sonuçlarına göre belirlemektedir. Bu belirleme, çeşitli (sığınma, koruma altına alınma gibi) taleplerini değerlendirmesinde (başvurucuların tamamı kararlardan da görüleceği üzere yetişkin sayılmış ve haklarında sınır dışı işlemleri başlatılmıştır) esas

alınmaktadır. Bu kararlarda Komite, bir gencin küçük olup olmadığını belirlemenin o genç açısından Sözleşme ile güvence altına alınan haklardan yararlanmanın kilit noktası olduğu söylemiştir. Komiteye göre; kendisinin küçük olduğunu iddia eden bir genç karşısında taraf devletler, aksi ispat edilene kadar şu varsayımlarla hareket etmelidir: Küçük olduğunu beyan eden genç, çocuktur; gencin sunduğu resmi makamlarca düzenlenmiş belgeler gerçektir. Öte yandan Komite, ilgili kişiye ücretsiz ve yetkinliği olan bir temsilci ve tercüman tayin edilmesi, ilgili kişi eğer bir yaş belirleme işlemine tabi tutulacaksa, bunun mutlaka öncesinde bilgi verilerek alınmış rıza ile, çok disiplinli, çocuk dostu, cinsiyete ve kültürel özelliklere duyarlı bir şekilde kişi ile görüşme de içeren ve durum uygun ise refakatçinin de katıldığı, kişinin anlayabileceği bir dil kullanılarak yapılması gerektiğini belirtmiştir. Komite bu belirlemelerin çocuk gelişiminin fiziksel ve psikolojik açılarını kapsayan uzmanlıkları olan kişiler tarafından yapılması gerektiğine hükmetmiştir. İlgili kişinin tabi tutulduğu bütün bu süreçlerde dikkat edilmesi gereken ilkenin Sözleşmenin m. 3 (1) hükmünde ifadesini bulan “çocuğun üstün yararının temel düşünce olması” kuralı olduğunun altı çizilmektedir.

Küçük sayılma karinesinin ikinci etkisi ise şudur: Şüphenin devam ettiği durumlarda bu şüphe küçük olduğunu iddia eden kimse lehine yorumlanmalıdır.

Komite ilk bölümdeki kararlarında, olayların büyük çoğunluğunda Greulich/Pyle atlasına göre sonuçları yorumlanan röntgen testleri ile başvuru- rucuların kemik yaşını tespit ettiğini ve buna göre onları yetişkin saydığını iddia eden, yine olayların büyük çoğunluğunda başvuru- rucuların sundukları kimlik belgelerini geçerli saymayan İspanya'nın bu süreçlerdeki davranış- ları ile Sözleşme ile güvence altına alınan hakları ihlal ettiğine hükmetmiş- tir.

İkinci bölüm altında yer verdiğimiz kararların odağı ise çocukların kötü muameleye, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye karşı korunmaları ve Sözleşme ile koruma altına alınan haklardan yeterince istifade edebilecekleri bir ortama sahip olmalarına ilişkin yükümlülüklerdir. Bu konuda Dani- marka, ve İspanya, başvuru- rucuların ihlal iddialarına konu olan iş ve işlemler yürütmüştür. *D.D. v. İspanya* kararına konu olan olayda göçmen bir çocuk, refakatçisi olmadan İspanya toprağına Fas üzerinden giriş yapmaya çalışırken yetkililerce alıkonulmuş, herhangi bir yargılama olmadan sınır dışı edilmiştir. Komite, refakatçisi olmayan bir çocuğa ilişkin korumanın taraf devletin sınırında dahi söz konusu olduğunu, çocuk hakkında sınır dışı ka-

rarı verilirken onun gönderileceği ülkede maruz kalma riski olan kötü muameleyi dikkate almadan hareket etmenin Sözleşmenin md. 37 hükmünü ihlal ettiğini belirlemiştir.

Komite, *K.Y.M. v. Danimarka* kararında Somali'ye gönderilmesine karar verilen bir çocuğun anılan ülkeye gönderildiği takdirde kadın sünnetine maruz bırakılacağına ve bundan dolayı da gönderme işleminin Sözleşme'ye aykırılık teşkil edeceğine ilişkin iddiayı merkeze alan bir inceleme yapmıştır. Bu kararda Danimarka, iç hukukta yürüttüğü süreçlerde Somali'de kadın sünnetinin yasaklanmış olduğu bilgisine ve aynı ülkede kadın sünnetine ilişkin uygulamanın oranının düştüğüne ilişkin raporlara dayanarak geri gönderme kararı vermiştir. Danimarka, kadın sünnetine ilişkin istatistiksel bilgileri Komite önünde de tekrar etmiştir. Komite ise kararda çocuğun bir kötü muamele riskine uğrayıp uğramayacağı belirlenirken somut olayın bütün koşullarının değerlendirilmesi gerektiğini, hedef ülkenin durumu hakkında fiili olgulardan soyut bir şekilde karar verilemeyeceğine işaret ederek ihlal kararı vermiştir.

Bu bölümde yer alan bir diğer kararda ihlal iddiasının mağduru olan üç çocuğun Danimarka tarafından Çin'e sınır dışı edilmeleri söz konusudur. Bu olayda Komite önünde açık şekilde tartışmaya açılan risk (somut olaydaki koşullar nedeniyle) mağdur olduğu iddia edilen çocukların Çin'de geçerli bir sicile kaydedilerek nüfus kaydı alamayacaklardır. Komiteye göre bu riskin Danimarka tarafından göz önüne alınmaması çocukların kimliklerinin korunmasına ilişkin Sözleşme'nin md. 8 hükmü ile yaşam, hayatta kalma ve gelişme hakkını güvence altına alan md. 6 hükmünü ihlal etmektedir.

Bu başlık altında yer verdiğimiz kararların hepsinde Komitenin temel düşüncesi, çocukların taraf devletin bir işlemi ile bir riske maruz kalmalarının söz konusu olup olmadığı değerlendirilirken taraf devletlerin riskin varlığından değil yokluğundan emin olmaları gerektiğidir. Riske ilişkin bir şüphenin varlığı halinde çocuğu Sözleşmenin güvence altına aldığı haklardan mahrum olacağı bir durumla karşı karşıya bırakmamak için gerekli önlemlerin alınması Komiteye göre bir zorunluluktur.

Üçüncü bölümde, Çocuk Hakları Sözleşmesi'ndeki düzenlemelerin niteliği ve özellikle çocuğun üstün yararının temel ilke olması kuralının çok fonksiyonluluğuna vurgu yapan kararlar bulunmaktadır. Bu bölümdeki kararların muhatabı İsviçre'dir. Bu başvurularda İsviçre kendisine yöneltilmiş ihlal iddialarına ilişkin olarak Sözleşme'nin bir çok hükmünün kişilere (bu bağlamda çocuklara) ihlal ileri sürülebilecek haklar tesis etmediğini

ileri sürmüştür. Bu sav özellikle Sözleşmenin md. 3 (1) hükmünde ifadesini bulan çocuğun üstün yararının temel düşünce olması kuralı bakımından oldukça açık bir şekilde dillendirilmiştir. İsviçre'ye göre çocuğun üstün yararının temel düşünce olması, ihlali söz konusu olabilir bir hak değildir. Bu düşünceye göre ilgili ifade Sözleşmenin diğer hükümlerine de lafız veya yorum açısından etki eden ve taraf devletlere yönelik bir davranış modeli belirleyen genel bir terimdir. Komite bu sava çocuğun üstün yararının temel ilke olarak benimsenmesinin bir diğer anlatımla Sözleşme'nin md. 3 (1) hükmünün üç işlevli bir konsept olduğu argümanı ile karşı çıkmış ve bu ilkenin hem bir hak, hem bir muhakeme hem de yorum kuralı özelliklerini aynı anda taşıdığını belirtmiştir. İlgili kararlarda haklarında kendilerine daha önce uluslararası koruma sağlamış ülkelere geri gönderme kararı alınan mağdurlar, iç hukuktaki süreçlerde İsviçre makamlarınca dinlenmemiş, onları etkileyen kararların alınması sırasında kendilerine söz hakkı verilmemiştir. İsviçre bu tutumunun Sözleşme'nin md. 12 hükmünde belirtilen çocuğun kendi görüşlerini ifade edebilme hakkına ihlal teşkil ettiği iddialarını yanıtlarken çocuklara bu imkanın mutlaka her durumda tanınmasının Sözleşmede düzenlenmediğini ve çocukların ebeveynleri aracılığı ile görüşlerini ifade ettiği savunmasını ileri sürmüştür. Komite ise (özellikle *M.K.A.H. v. İsviçre* kararında görüşlerini ifade etmek isteyen çocuğun bunun biçimi üzerinde de söz sahibi olduğu vurgusunu yaparak) İsviçre'nin Sözleşme'nin m. 12 hükmünü ihlal ettiğine kanaat getirmiştir.

Dördüncü bölümde çocuğun ailesi ile olan ilişkilerinin tesis edilmesi ve korunmasına ilişkin taraf devlet yükümlülüklerinin ele alındığı kararlar yer almaktadır. *C.R. v. Paraguay* kararında başvuru baba ihlal iddiasının mağduru kızı ile kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararın uygulanması bakımından Paraguay'ın yükümlülüklerini ihlal ettiği iddiasını ileri sürmüştür. Komite, Paraguay'daki ulusal mahkemelerin, başvuru kız ile kişisel ilişki tesisine ilişkin kararın gereğinin yerine getirilmesi için yaptığı talepleri zamanında sonuçlandırmamış olmasını, bu yargı kararının yerine getirilmesi için aktif olarak çaba harcanmamış olmasını Sözleşme'nin madde 3 (1), m. 9 (3) ve m. 10 hükmünün ihlali ettiği sonucuna ulaşmıştır. Bu bölümde yer verdiğimiz *C.E. v. Belçika* kararında ihlal iddiasının mağduru olan C.E., Belçika vatandaşı olan Başvurucular tarafından Fas'ta yürürlükte olan kafalah kurumu ile Başvurucular ile arasında ilişki kurulmuş bir çocuktur. Başvurucular C.E için (kafalah soybağı tesis etmediği için) insani vize başvurusunda bulunmuşlar, uzun süren incelemelerden sonra Taraf Devletten son tahlilde bu vizeyi alamadıkları için C.E.'yi Belçika'ya getiremedikleri ve nihayetinde ailelerinin birleşmediği iddiası ile Belçika'nın

Sözleşmeyi ihlal ettiği iddiasında bulunmuşlardır. Belçika, iç hukukunda ülkeler arası evlat edinmede çocuğun üstün yararına ve temel haklarına saygı gösteren mekanizmalar bulunduğunu hatırlatmış ve kendi medeni hukuk mevzuatının aradığı şartları sağlayan kişilerin kafalah ile himaye altına alınmış çocukları evlat edinebildiklerini, bir çok Faslı çocuğun Fas'ta kafalah ile kurulmuş ilişki temelinde Belçika'da evlat edinildiğini, somut olaydaki başvuruçuların Belçika'da aranan şartları karşılamadıklarını ileri sürmüştür. Komite bu olayda, öncelikle Sözleşme'deki "aile" teriminin biyolojik aileyi, evlat edinmeyi, koruyucu ebeveynleri veya uygun olduğunda yerel geleneklerin öngördüğü şekilde geniş aile veya topluluk üyelerini içerecek şekilde yorumlanması gereğine işaret etmiştir. Buradan hareket eden Komite, Belçika'nın, başvuruçular ve ihlal iddiasının mağduru arasındaki fiili aile bağına görmezden geldiği tespitinde bulunmuştur.

Beşinci ve son bölümde ise başvurunun muhatabı devlet, ülkemiz Türkiye'dir. Başvuru tarihinde çocuk olan ve iklim aktivisti olan başvuruçular (başkaca Seçmeli Protokole taraf olan ülkelerle birlikte) Türkiye'nin iklim değişikliğine taksirle sebep olarak ve sürdürerek, kendilerinin yaşam, sağlık ve kültür hakkına saygı ile çocuğun üstün yararının temel düşünce olarak benimsenmesi haklarına ihlal teşkil eden bir tutum içinde olduğunu iddia etmişlerdir. Bu başvuruda başvuruçular Komite'den, iklim krizinin bir çocuk hakları krizi olduğunu tespit etmesini de, *inter alia*, talep etmişlerdir. Komite, bu olayda iç hukuk yollarının tüketilmemiş olduğu gerekçesi ile başvurunun kabul edilebilir olmadığına kararı vermekle birlikte ayrıca önemli bulduğumuz iki değerlendirme yapmıştır: (i) Hiçbiri taraf devlet vatandaşı olmayan, orada ikamet etmeyen, hukuki veya fiili bir bağı olmayan başvuruçuların Taraf Devlete karşı bireysel başvuru yoluyla ihlal ileri sürüp süremeyeceğini inceleyen Komite, yetki açısından bu başvurunun "iklim değişikliğine bağlı olarak sınırları aşan bir zararın yarattığı özgün bir yetki sorunu" barındırdığını bildirmiştir. Komite, Seçmeli Protokolün yetki bakımından "ülke" terimini dar anlamaya ilişkin uygulamasını, İnsan Hakları Komitesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin ülke dışı yetkiye dair içtihadını kararda hatırlatmış ancak sorunu "Amerikalıların İnsan Hakları Mahkemesi'nin OC-23/17 numaralı Çevre ve İnsan Haklarına Dair Danışma Görüşü" çerçevesinde ele almıştır. Bu itibarla Komite, çevre bakımından "*Seçmeli Protokol madde 5(1)'in amacı doğrultusunda söz konusu Devlet'in eylem veya ihmali ile ülke dışındaki çocukların haklarında meydana gelen olumsuz etki arasında illiyet bağı varsa ve Devlet'in bu emisyon kaynakları üzerinde etkin denetimi bulunuyorsa salınımın yapıldığı Devlet'in yetkisinin altındadır.*" diyerek, yetkiye ilişkin görüşünü açıklamıştır. (ii)

Çevreye verilen zararlar bakımından başvuruçuların mağdur statüsüne ilişkin olarak yapılan değerlendirme de Komite, *“başvuruçuların çocuk olarak iklim değişikliğinden özellikle etkilendikleri görüşündedir. Bu etki, hem tecrübeyle hem de derhal harekete geçilmezse hayatlarının geri kalanında iklim değişikliğinin potansiyel etkisini içermektedir.”* şeklinde ifadeleri ile iklim krizi bakımından taraf devletlerin yükümlülüklerinin çocuk haklarına değen bir boyutu olduğunu açıkça ortaya koymuştur. İklim aktivisti çocuklar tarafından, Almanya, Arjantin, Brezilya, Fransa hakkında yapılan başvurulardaki tespitler de büyük ölçüde aynı olduğundan bu başvurulardan sadece ülkemizle ilgili olana yer vermiş bulunuyoruz.

Kitapta yer alan kararların hemen hemen hepsi, çeşitli nedenlerle kendi ülkelerinden ayrılmak zorunda kalan, sığınma arayışında olan çocukların Seçmeli Protokol’e taraf olan ülkelerde karşılaştıkları sorunlara ilişkindir. Taraf devletler belki hukuken faili olmadıkları söylenebilecek savaş, işkence, kötü muamele gibi insan hakları ihlallerinin kurbanı olan çocuklar karşısında Sözleşme’nin getirdiği yükümlülüklere pekâlâ uyma yükümlülükleri altındadırlar. Bu itibarla da savaş, ekonomik kriz, sistematik işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele gibi insan hakları sorunlarının yalnızca bunların söz konusu ülkelerde değil bütün dünyada bir çocuk hakları krizi yarattığını ve Sözleşme’nin de taraf devletlere nereden gelirse gelsin ister vatandaş ister yabancı uyruklu konusu, muhatabı çocuk olan bütün işlemlerinde çocukları bütün bu sorunlara karşı koruma yükümlülüğü getirdiğini ifade etmek pekâlâ mümkündür.

Bu açıklamalardan sonra son bir not düşmek gerekirse; çevirilerdeki dil tercihlerine müdahale edilmemiş, uluslararası hukuk kurallarına ilişkin sözleşmelere, protokollere ve mümkün olduğunca kurumlara ilişkin terminoloji benzerleştirilmiştir. Bu alandaki çalışmaların gelişimine katkı sunacağı düşüncesiyle iyi okumalar dileriz

Doç. Dr. Tolga ŞİRİN
(Selimiye/İstanbul)

Can Yalçın ARMUTCUOĞLU
(Kuzguncuk /İstanbul)

Can Yalçın ARMUTCUOĞLU - *N.B.F. v. İspanya, M.K.A.H v. İsviçre*

1982 Gerze Doğumludur. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 2006'da mezun olmuş, aynı fakültenin Medeni Hukuk Anabilim Dalı'nda 2008- 2017 yılları arasında Araştırma Görevlisi olarak çalışmıştır. Kamuoyunda "Barış İçin Akademisyenler Bildirisi" olarak da bilinen " Bu Suça Ortak Olmayacağız" başlıklı bildirin imzacılarından olduğu için 686 sayılı KHK ile Üniversitedeki görevine 07.02.2017 tarihinde son verilmiştir. O tarihten bu yana özel sektörde Medeni Hukuk alanında danışmanlık yapmaktadır.

İsmail DEDE - *A.L. v. İspanya, C.E. v. Belçika*

1992 Çankırı doğumludur. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 2014 yılında mezun olmuştur. Yüksek lisans eğitimini, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda, "Çocuğun Velayet İlişkisinden Doğan Kişi Varlığı Zararlarının Tazmini" başlıklı tezini savunarak tamamlamıştır. Halen, Galatasaray Üniversitesi'nde doktora çalışmalarına devam etmekte ve Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır.

Ömer Emrullah EGELİĞİ - *C.R. v. Paraguay*

Ömer Emrullah Egeliği 1987 yılında Mersin'de doğdu. 2010 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun oldu. Yüksek lisans eğitimini "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı" başlıklı teziyle Marmara Üniversitesi Avrupa Birliği Enstitüsü, Avrupa Birliği Hukuku (İngilizce) Bölümü'nde tamamladı. 2021 yılında aynı üniversitede savunduğu "İHAS ve Anayasa Çerçevesinde Etkili Başvuru Hakkı" başlıklı teziyle Kamu Hukuku Doktoru oldu. 2013 yılında Bielefeld Üniversitesinde Almanca ve Hukuk Almanca-sı eğitimleri aldı. 2017-2018 yıllarında Berlin Freie Üniversitesinde misafir araştırmacı olarak bulundu. 2012 yılından itibaren Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalında araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır. İngilizce ve Almanca bilmektedir.

Buğrahan FERTELLİOĞLU - M.T. v. İspanya

1992 yılında Sivas'ta doğmuştur. Lisans derecesini Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 2015 yılında, yüksek lisans derecesini Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümünden 2019 yılında almıştır. Doktora çalışmalarına aynı bölümde devam etmektedir. 2016'dan bu yana İstanbul Barosu üyesidir.

Gökçe GÖKÇEN - Chiara Sacchi ve diğerleri v. Türkiye

1991 Bakırköy doğumludur. Galatasaray Lisesi ve Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunudur. Yüksek lisansını İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları programında tamamlamıştır. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Programında doktora çalışmalarını sürdürmektedir. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalında araştırma görevlisi olarak çalışan Gökçen, 2023 yılında yapılan genel seçimlerde İzmir Milletvekili seçilmiştir.

Zeynep GÜLER - X.C., L.G. ve W.G v. Danimarka

1991 İstanbul doğumludur. 2015 yılında Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. 2016 yılından beri İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak görev yapmaktadır. Yüksek lisans derecesini "Türk Hukuku'nda Kadının Soyadına İlişkin Gelişmeler Çerçevesinde Çocuğun Soyadı" isimli tez çalışmasıyla İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda 2018 yılında tamamlamıştır. 2019 yılından beri aynı enstitü bünyesinde doktora çalışmalarına devam etmektedir.

Ceren Hilal GÜNAYDIN - D.D. v. İspanya

1998 İstanbul doğumludur. 2020 yılında Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesinden yüksek onur derecesi ile mezun olmuştur. Halihazırda Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans programında yüksek lisans öğrenimine devam etmektedir. 2021 yılından bu yana İstanbul Barosuna kayıtlıdır.

Selin HIŞIM - J.A.B. v. İspanya

1989 Üsküdar doğumludur. 2012 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olmuştur. 2019 yılında İnönü Üniversitesi Sosyal Bi-

limler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans programını tamamlamıştır. Halihazırda Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora programına devam etmektedir. 2016 yılından bu yana İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalında araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır.

Elif KOCAKUŞAKLI - E.A ve U.A v. İsviçre

1996 Bakırköy doğumludur. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 2018 yılında mezun olmuştur. Halihazırda aynı üniversitenin Sosyal Bilimler Enstitüsü nezdinde Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans eğitimine devam etmektedir. 2020 yılından bu yana İstanbul Barosu'na kayıtlıdır.

Fatma Betül KORKMAZ - R.K v. İspanya

1993 Samsun doğumludur. 2015 yılında Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olmuştur. 2020 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans programını tamamlamıştır. Halihazırda Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora programına devam etmektedir. 2019 yılından bu yana Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Kamu Hukuku Anabilim Dalında araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır.

Mohamed ALITINE MAMAN - R.Y.S v. İspanya

1996 yılında Nijer'in Agadez şehrinde doğdu. 2015 yılından bu yana Türkiye'de eğitimini ve çalışmalarını sürdüren Alitine, 2021 yılında Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun oldu. Halihazırda Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans programında Yüksek Lisans öğrenimine devam etmektedir.. Fransızca'yı Anadil seviyesinde, İngilizce, Arapça ve Türkçeyi de iyi derecede bilmektedir

Bilal ÖZÇELİK - S.M.A v. İspanya

1997 yılında Kızıltepe'de doğmuştur. İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 2019 yılında, Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Bölümü çift anadal programından 2020 yılında mezun olmuştur. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Programında yüksek lisans eğitimine devam etmektedir. İstanbul Barosuna kayıtlı olarak serbest avukatlık yapmaktadır.

Mehmet Utku ÖZTÜRK - M.A.B v. İspanya

1986 yılında Ankara'da doğmuştur. 2009 yılında Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden, 2012 yılında Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü kamu hukuku yüksek lisans programından mezun olmuştur. 2011-2017 yılları arasında Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku ABD'de araştırma görevlisi olarak çalışmıştır. 2018 yılından itibaren bir STK'de savunuculuk biriminde çalışmaktadır ve Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü kamu hukuku doktora programında tez aşamasındadır.

Damla TİMUR - K.Y.M v. Danimarka

1994 İstanbul doğumludur. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 2017 yılında mezun olmuştur. İstanbul Barosu'ndan avukatlık ruhsatını aldıktan sonra bir süre avukat olarak çalışmıştır. Maltepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı'nda tez aşamasındadır. 2020 yılından bu yana Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak faaliyetlerini sürdürmektedir.

Ayşe ZİYAN- M.B.S v. İspanya

1994 Adana doğumludur. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 2016 yılında mezun olmuştur. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda, "Velayet İlişkisi Bağlamında Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili" başlıklı tezini 2019 yılında savunarak yüksek lisans eğitimini tamamlamıştır. İstanbul Kültür Üniversitesi'nde Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda doktora çalışmalarına devam etmekte ve İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır.

Furkan YILMAZ- M.B.S v. İspanya

2019 yılında Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans programını 2023 yılında tamamlamıştır. 2023 yılı itibarıyla Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora programında anayasa hukuku ve insan hakları hukuku üzerine çalışmalarını sürdürmektedir. Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Anayasa Hukuku Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır.

1. BÖLÜM

Küçük Sayılma Karinesi

Birleşmiş Milletler

CRC/C/79/D/11/2017*

Çocuk Hakları
Sözleşmesi

Dağıtım.: Genel

18 Şubat 2019

İngilizce

Original: İspanyolca

Çocuk Hakları Komitesi**Komitenin, Çocuk Hakları Sözleşmesinin Seçmeli Protokolünün Başvuru Usulü Uyarınca 11/2017 No'lu Başvuru Hakkındaki Görüşleri** ° ** , *** , ****

<i>Başvuruda Bulunan:</i>	N.B.F. (Albert Parés Casanova tarafından temsil edilmiştir)
<i>İhlal iddiasının Mağduru:</i>	N.B.F.
<i>Taraf Devlet:</i>	İspanya
<i>Başvuru Tarihi:</i>	15 Şubat 2017
<i>Görüşlerin Kabul Edildiği Tarih:</i>	27 Eylül 2018
<i>Konu:</i>	Refakatçisi olmayan küçüğün yaşının belirlenmesi
<i>Usuli Sorunlar:</i>	İç Hukuk yollarının tüketilmemesi; başvuru hakkının kötüye kullanılması; şikayetin delillendirilmemesi
<i>Sözleşme Maddeleri:</i>	3, 8, 12, 18 (2), 20, 27 ve 29
<i>Seçmeli Protokol Maddeleri:</i>	7 (c), (e) ve (f)

1.1 Başvurucu Fildişi Sahili Vatandaşı NBF'tir. Kendisi 26 Mart 2000 doğumlu olduğunu ileri sürmektedir. Başvurucu Sözleşmenin 3,8 12, 18 f. 2 ve 29. Maddelerinde güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri

° Çeviren: Can Yalçın ARMUTCUOĞLU

* Teknik nedenlerle 22 Mayıs 2019'da yeniden yayınlanmıştır.

** Komitenin yetmişdokuzuncu oturumunda benimsenmiştir (17 Eylül – 5 Ekim 2018).

*** Komitenin başvuru kapsamında değerlendirme yapan üyeleri: Suzanne Aho Assouma, Amal Salman Aldoseri, Hynd Ayoubi Idrissi, Bernard Gastaud, Olga A. Khazova, Hatem Kotrane, Gehad Madi, Benyam Dawit Mezmur, Clarence Nelson, Mikiko Otani, Luis Ernesto Pedernera Reyna, José Ángel Rodríguez Reyes, Kirsten Sandberg, Ann Marie Skelton, Velina Todorova ve Renate Winter. Seçmeli Protokolün başvuru usulüne ilişkin m. 8 prg 1(a) hükmü doğrultusunda Komite üyesi Jorge Cardona Llorens başvurunun değerlendirmesine katılmamıştır.

****Komite üyeleri Benyam Dawit Mezmur, Olga A. Khazova, Ann Marie Skelton ve Velina Todorova ortak farklı gerekçe sunmuştur (bkz. Ek 1). Komite üyeleri Mikiko Otani ve Hatem Kotrane ise ayrı ayrı karşı oy (bkz. Ek2 ve Ek 3) bildirerek Komitenin çoğunluğu tarafından benimsenen görüşe katılmamışlardır.

sürmektedir. Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin Başvuru Usulüne İlişkin Seçmeli Protokolü 14 Nisan 2014 tarihinde Taraf Devlette yürürlüğe girmiştir.

1.2 Seçmeli Protokolün m. 6 hükmüne göre 21 Şubat 2017'de Komiteyi temsilen Başvuru Çalışma Grubu, Taraf Devletten başvuru sonuçlanana kadar Başvurucuyu gelmiş olduğu ülkeye göndermemesini ve Başvurucuyu Çocuk Koruma Merkezinde himaye altına almasını talep etmiştir.

1.3 15 Haziran 2017'de Çalışma Grubu, Taraf Devletin kabul edilebilirliğe ve esasa ilişkin değerlendirmelerin ayrı ayrı yapılmasını talebini reddetmiştir.

Başvurucu Tarafından İleri Sürüldüğü Haliyle Olaylar

2.1 26 Ocak 2017'de İspanyol Polisi İspanya'ya yasa dışı yollardan girmeye çalışan ve başvurunun da içinde bulunduğu küçük bir tekneyi durdurur. Başvurucu, yakalandığı sırada 26 Mart 2000 doğumlu olduğunu buna ilişkin bir belge sunmaksızın ileri sürer.

2.2 27 Ocak 2017'de Granada Üst Mahkemesinin çocuk koruma birimi başvurunun yaşının saptanması için osteometrik test yapılmasına karar verir.¹ Test, aynı gün Granada Virgen de las Nieves Hastanesinde başvurunun sol bileğinin röntgeni çekilerek yapılır. Çıkan sonuç, başvurunun kemik yaşını 19 yaş ve üstü gösterir.²

2.3 Yine aynı gün test sonuçlarını dayanak alan çocuk koruma birimi başvurunun erginlik için aranan yaşta olduğu kararını verir.³

2.4 Motril 3 No'lu Soruşturma Mahkemesi 28 Ocak 2017'de başvurunun sınır dışı işlemleri tamamlanıp icra edilene kadar - 60 günden fazla olmayacak bir süre ile- yabancılar için alıkoyma merkezine yerleştirilmesine karar verir. Başvurucu Barselona'daki alıkoyma merkezine götürülür. Buraya kayıt işlemleri sırasında Başvurucu kendisinin yetişkin olmadığı iddialarını yineler. Bunun sonucunda alıkoyma merkezinde görevli polis memurları faksla, Barselona Savcılığının Çocuk Birimi'ne ve Katalan Bölge Yönetimi'nin çocukların korunmasından sorumlu birimine durum hakkında bilgi verirler. Başvurucu bu bilgilendirmelere herhangi bir cevap vermediğini ileri sürmektedir.

1 Dosyaya iletilen belge örneğine göre, mahkeme birimi osteometrik testin röntgen sonuçlarının ve raporun bireyin minimum ve maksimum yaş aralığını gösterir içeriğe sahip olmasını talep etmiştir.

2 Başvurucu tarafından dosyaya sunulan Virgen de las Nieves Hastanesi Psikiyatri Servisinin Tıbbi Raporu örneği.

3 İspanya Hukukunda erginlik yaşı 18 yaştır.

2.5 Başvurucu yaşı hakkında verilen kararı bir üst mahkemeye götürmesinin mümkün olmadığını, bu imkansızlığın İspanya Anayasa Mahkemesinin 172/2013 tarihli kararında da teyit edilmiş olduğunu, dolayısıyla kendisinin etkili iç hukuk yollarını tükettiğini ileri sürmektedir.

Şikayet

3.1 Başvurucu yaşının tespitine ilişkin değerlendirme sürecinde Taraf Devlet'in Sözleşmenin m. 3 f. 1 hükmü uyarınca çocuğun üstün yararını temel düşünce olarak benimseme yükümlülüğünü dikkate almaksızın hareket ettiğini iddia etmektedir. Başvurucu Komitenin de Taraf Devlet'in refakatçisi olmayan küçükleri korumak için standartlaştırılmış bir uygulaması olmadığını belirtmiş olduğuna dikkat çekmektedir. Taraf Devlette yaş belirleme yöntemleri kurumdan kuruma değişiklik göstermektedir.⁴

3.2 Başvurucu, İspanya'da tıbbi belirlemelerin ve kişinin fiziksel özelliklerine dayalı tahminlerin yaş belirlemede yegane yöntem olarak kullanıldığını ifade etmektedir. Psikososyal ve gelişime ilişkin değerlendirmeler, uygun belgeler üzerinden edinilen bilgilere ve tanıklığa dayanan belirlemeler içeren metotlar kullanılmamaktadır. İspanya'da kullanılan temel yöntem, 1950'lerde Amerika Birleşik Devletleri'nde üst orta sınıf ailelere mensup 6.879 sağlıklı çocuk üzerinde yapılan çalışmaya dayanan radyolojik test yöntemi olan Greulich/Pyle yöntemidir. Bu yöntem kişinin dahil olduğu yaş aralığını tahmin etmeyi mümkün kılmaktadır. Bu yöntem – daha sonra yapılan diğer çalışmalar gibi- sadece bir emare belirtmekte ve nihayetinde kişinin kronolojik yaşını belirleyen bir yöntem olarak benimsenmemektedir. Başvurucu kronolojik yaş ile klinik uygulamalarla geliştirilen bir istatistiki konsept olan ve kişinin kemik gelişim hızının belirlenmesi gibi yalnızca tıbbi amaçlar için yararlı olan kemik yaş tespiti arasında bir ayırım yapılması ihtiyacı olduğunu belirtmektedir. Kronolojik yaş, kişinin ne kadar süre yaşadığını belirtir. Çocuğun büyümesi ve gelişimi, genetik, psikolojik, hijyenik, sağlığa ve beslenmeye bağlı faktörlerle beraber çocuğun sosyal durumunun ve irksal özelliklerinin de sonuca yansıdığı bir süreç olduğu için kemik yaşı ile kronolojik yaş, her durumda aynı olmayabilir. Çok sayıda çalışmaya göre kişinin sosyoekonomik statüsü kişinin kemik yaşının gelişiminde anahtar bir faktördür.

3.3 Başvurucu, yaş tespitine ilişkin işlemlerde çocuğun çıkarının gözetilmesinin temel düşünce olduğunu ve sadece zorunlu tıbbi testlerin

4 Başvurucu, Komitenin İspanya hakkındaki birleşik üçüncü ve dördüncü periyodik raporundaki (CRC/C/ESP/3-4) nihai gözlemlere atıf yapmaktadır, bkz anılan rapor prg. 24 ve 59.

tıp etiğine uygun şekilde yapılması gerektiğini belirtmektedir. Tıbbi test sonuçları her zaman bir hata payına işaret etmelidir. Ayrıca röntgenin konu açısından değerlendirilmesinde bu metodu uygulama ve okumada genelde sıklıkla başvuru radyoloji departmanı değil konuda uzmanlığı olan adli tıp personeli görevlendirilmelidir.⁵ Son olarak yaş tespiti çeşitli tamamlayıcı değerlendirmeler ve muayenelerle birlikte yapılmalıdır. Ne var ki 4/2000 No'lu Organik Kanun m. 35 hükmüne göre çocuğun üzerinde bir kimlik belgesi bulunuyorsa yaş belirlemesi yapılmamalıdır.⁶

3.4 Başvurucu, refakatçisi olmayan bir küçük olarak menfaati bakımından kilit önemdeki bir prosedür⁷ sırasında bir vasi veya temsilci bulunmaksızın işlem yapıldığını, bunun da kendisi açısından sözleşmenin m. 18 f. 2 ve m. 20 ile birlikte değerlendirilmesi gereken m. 3 hükmünde güvence altına alınan hakın ihlalini oluşturduğunu ileri sürmektedir. Yeterli delil olmadan yetişkin ilan edilmesinin kendisini savunmasız, hak ettiği korumadan yoksun ve oldukça tehlikeye açık bir duruma soktuğunu da ileri sürmektedir.

3.5 Başvurucu taraf devletin sözleşmenin 8. Maddesi ile koruma altına alınan kimliğini koruma hakkını da ihlal ettiğini iddia etmektedir. Başvurucu yaştan da kimliğin temel bir parçası olduğunu ve taraf devletin kimliğine saygı gösterme, koruma ve buna ilişkin bilgiyi muhafaza altına alma yükümlülüğü altında olduğunu belirtmektedir.

3.6 Başvurucu, aile ortamından mahrum bir çocuk olması nedeniyle taraf devletin kendisine sağlamakla yükümlü olduğu korumayı görememesinin sözleşmenin m. 20 hükmünü de iddia etmektedir.

3.7 Son olarak başvuru, kendisine bir yasal temsilci atanmadığı için kendisinin uygun bir şekilde gelişme imkanından mahrum kaldığı gerekçesi ile sözleşmenin m. 27 ve m. 29 hükümleri bakımından da mağdur edildiğini iddia etmektedir.

5 Başvurucu refakatçisi olmayan yabancı küçüklerin yaş tespiti süreçlerine ilişkin Sindic de Greuges'in (Katalonya Ombudsmanı) 2011 tarihli bir raporuna atıf yapmaktadır.

6 Başvurucu, UNICEF, İspanya Avukatlar Genel Konseyi ve Banesto Vakfının "Ni ilegales ni invisibles: realidad jurídica y social de los menores extranjeros en España" (Ne yasa dışı ne de gizli : İspanya'da Yabancı Küçükler İçin Yargısal ve Sosyal Gerçeklikler) (2009) başlıklı raporuna, La Merced-Migraciones-Mercedarios, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği, Save The Children Kuruluşu, Comillas Üniversitesinin Küçükler ve Hukuk Santander Programı, Baketik ve Asociación Comisión Católica Española de Migración'un 2009 tarihli Aproximación a la protección internacional de los menores no acompañados en España" (İspanya'da refakatçisi olmayan küçüklerin uluslararası korunmasına ilişkin yaklaşımlar) başlıklı raporuna atıflar yapmaktadır.

7 Başvurucu refakatçisi olmayan ve ülkesinden ayrılmış çocuklara ilişkin işlemlere yönelik Komitenin 6 No'lu Genel Yorumu (2005), prg. 21'e atıf yapmaktadır.

3.8 Başvurucu şu muhtemel çözümleri önermektedir (a) Taraf Devlet, somut olayda uygulanan tıbbi testlerle kendisinin yaşının tespit edilmesinin mümkün olmadığını kabul etmelidir (b) Yaş tespitine ilişkin karara yönelik bir temyiz yolunun tanınmalıdır (c) Başvurucuya bir küçük olarak, kamu otoritelerinin korunmasından yararlanma, yasal temsilci atanması, eğitim alma, kişiliğinin ve sosyal uyumunu sağlayabilmesi için oturma ve çalışma izni tanınması gibi ilgili bütün haklar tanınmalıdır.

Taraf Devletin Kabul Edilebilirliğe İlişkin İddiaları

4.1 Taraf Devlet, 31 Mart ve 11 Nisan 2017'deki değerlendirmelerinde, başvurunun Seçmeli Protokolün m. 7 c ve f bentleri uyarınca açıkça dayanaktan yoksun ve bu nedenle kabul edilemez olduğunu, somut olayda başvuru hakkının kötüye kullanıldığını iddia etmektedir. Taraf Devlet, başvurunun çocuk olduğuna dair herhangi bir kanıt ileri sürmediğini belirtmektedir. Komitenin önüne gelen diğer başvurularda da olduğu gibi somut olaydaki başvuru, erginlik yaşına yakın olduğu düşünülen, 18 veya daha üstü bir yaşta görünen ve erginlik yaşında olduğunu belirleyen İspanya'daki objektif tıbbi teste kendi rızası ile tabi tutulan, taraf devletin yaşı hakkında elde ettiği bulgularla çelişen başka bir tıbbi test sonucu, orijinal bir kimlik belgesi ile biyometrik veri ibraz edemeyen, bir avukatla temsil edilerek yeterli imkanlara sahip olduğu halde ne türde bir testin konu hakkında uygun düşeceğini ortaya koyamayan bir kimsedir. Taraf Devlet, *M.E.B vs İspanya*⁸ başvurusunu hatırlatmakta, o olaydaki başvurunun da röntgen ile yapılan testte 18 yaşında olduğu tespit edildiğini başvurunun kendisinin çocuk olduğunu iddia ettiğini belirtmektedir. İlgili başvuruya konu olan olayda İspanyol polislerinin başvurunun ülkesindeki sonradan yaptığı araştırmaları ile başvurunun sahte kimlik kullanmaya çalıştığı ve aslında kendisinin 20 yaşında olduğu ortaya çıkmıştır. Taraf Devlet, yasa dışı göçmen kaçakçılığında hukuka aykırı gelir elde eden suç örgütlerinin kişileri Avrupa'ya belirsiz ve hayali bir zenginlik vaadi ile yönlendirdiği ve bu örgütlerin kişilere yanlarında bir kimlik belgesi bulundurmamalarını veya saklamalarını ve çocuk olduklarını iddia etmelerini salık verdiği uyarısında bulunmaktadır.

4.2 Taraf Devlet, Başvurucunun iç hukuk yollarını tüketmemiş olduğunu bu nedenle de başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı verilmesi gerektiğini iddia etmektedir. Şöyle ki (a) yaş tespiti yeni bir nesnel delil (

8 *MEB v. İspanya* (CRC/C/75/D/9/2017)

kimlik belgesi ve biyometrik veri ya da nesnel bir tıbbi delil) ileri sürülmesi durumunda yeniden yapılabilir ki böyle bir durumda Savcılık bireyin yaşının tespiti için yeni bir soruşturma yapılmasına karar verebilir (b) yaşın mahkeme aracılığı ile tespitine ilişkin bir başvuru yapılması mümkündür (c) sınır dışı kararı hem idari hem de yargısal itiraz süreçlerine tabiidir.

4.3 Taraf Devlet, 27 Şubat 2017'de Başvurucunun alıkoyma için 60 günlük sürenin sınır dışı uygulaması olmadan geçirilmesi üzerine merkezden salıverildiğini ve başvurucunun Teruel, Aragon'da bulunan Cepaim Kuruluşunun gözetiminde olduğunu belirtmiştir.

4.4 Taraf Devlet, Başvurucunun durumunun Seçmeli Protokol'ün ilgili hükmü doğrultusunda yeniden incelendiğini (a) Başvurucunun sol elinin röntgeni ile yapılan değerlendirme ve fiziksel muayene⁹ gibi savcılık makamının görevlileri nezaretinde uzman doktorlar tarafından yapılan ve başvurucunun erginlik yaşında olduğunu gösteren çeşitli objektif kanıtların bulunduğunu (b) aksini gösteren bir belge delilinin söz konusu olmadığını (c) başvurucunun kişisel ve ailevi bağlarının söz konusu olduğu ülkesine dönmemesinin kendisini kesin bir zarar görme tehlikesine sokacağına veya başvurucunun ülkesine gönderilmesini engelleyecek bir istisnai durumun varlığına ilişkin delilin söz konusu olmadığına kanaat getirildiğini belirtmektedir.

4.5 Taraf Devlet, refakatçisi olmayan küçüklere ilişkin özel protokolün¹⁰ uygulanması hakkında bilgi vermektedir. Buna göre küçük olduğunu ve refakatçisi olmadığını iddia eden olağan dışı bir koşulda bulunan göçmen, dış görünüşü itibarıyla de açıkça küçük ise derhal çocukların korunmasından sorumlu görevlilere emanet edilmekte ve bu şekilde kayıt altına alınmaktadır. Eğer bireyin fiziksel görünüşü itibarı ile küçük olduğu şüpheli ise, ilgili bireyin aydınlatılmış onamına istinaden adli tıp biliminde kabul görmüş bir tıbbi yöntemle değerlendirme yapılmaktadır. Bu değerlendirmelerin sonuçları – göçmenin en üst düzeyde yararına olacak şekilde yorumlanarak- bireyin çocuk korumasına alınıp alınmayacağına hesaba katılmaktadır.

9 Muayenenin sonuçlarını gösterir bir belge örneği ibraz edilmemiştir.

10 Taraf Devletin Adalet, İçişleri, Çalışma ve Sosyal Güvenlik, Sağlık Sosyal Hizmetler ve Eşitlik, Dış İlişkiler ve İşbirliği Bakanlıkları ile Başsavcılık makamı arasında refakatçisi olmayan yabancı küçüklere durumu için özel işlemlere yönelik çerçeve protokolün kabul edilmesine ilişkin anlaşma, resmi gazetede 16 Ekim 2014 tarihinde yayınlanmıştır.

Başvurucunun Taraf Devletin Kabul Edilebilirliğe İlişkin Görüşlerine Cevapları

5.1 Başvurucu 26 Mart 2017 tarihli beyanlarında kendisine sınır dışı işlemlerine yardımcı olmak üzere kendisine bir avukat tayin edildiğini, kendisinin bir küçük olarak menfaatlerinin korunması için bir temsilci tayin edecek imkanının olmadığını ve bunun da Sözleşme'nin m. 12 hükmünün ihlali olduğunu belirtmektedir.¹¹

5.2 Başvurucu kendisinin göçmen olduğunu ve normal bir yaşam sürdüren kimselerden farklı olan dış görünüşünün yaşının belirlenmesinde bir faktör olarak ele alınmaması gerektiğini belirtmektedir. Greulich/Pyle atlasında yer alan metodun güvenilir olmadığına vurgu yapan başvurucu yaş belirleme sürecinde karine olarak küçük sayılma hakkından mahrum bırakıldığını¹² ileri sürmüştür. Başvurucu refakatçisi olmayan küçüklerin yaş değerlendirmesinden önce çocuk koruma görevlilerine bırakılması gerektiğini de ileri sürmektedir. Başvurucu, kendisine uygulanan tıbbi testlerin adli tıp bilimi tarafından genel kabul gördüğüne savına karşı çıkmaktadır.

5.3 Başvurucu, anlayabileceği bir dilde açıklamalarla ya da işaretlerle tıbbi müdahaleye razı olmanın sonuçlarına ilişkin bilgilendirmeye dayanan bir rızanın kendisinden alındığına yönelik bir delilin söz konusu olmadığını belirtmektedir.

5.4 Başvurucu, Taraf Devletin kendisinin memleketindeki kişisel ve ailevi ilişkileri hakkındaki iddialarının herhangi bir temele dayanmadığını ve delil değeri taşımadığını ileri sürmektedir.

5.5 Refakatçisi Olmayan Yabancı Küçüklerin Durumu İçin Özel İşlemlere Yönelik Çerçeve Protokol, Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmiş ve birçok hükmü anayasaya aykırı bulunmuştur. Özellikle pasaportu olan küçüklerin görünüş itibari ile yetişkine benzedikleri bir durumda pasaportlarının geçersiz kabul edilebileceğine ilişkin düzenleme hakkında Mahkeme, "pasaportu veya eşit değerde bir kimlik belgesi uyarınca küçük olduğunu ortaya koyan bir göçmen kimliksiz yabancı birey olarak değerlendirilip yaş belirleme testine sokulamaz" demektedir.

5.6 Son olarak Başvurucu, özel bir kuruluşa küçük değil yetişkin gibi emanet edildiği için Taraf Devletin Komite tarafından hükmedilen ihtiyati

11 Başvurucu, Komitenin 6 No'lu Genel Yorumunun 25. paragrafına atıf yapmaktadır.

12 Başvurucu Komitenin 6 No'lu Genel Yorumunun 31. paragrafına ve Avrupa Parlamentosunun 2003/9/EC sayılı direktifin uygulaması hakkındaki 05.02.2009 tarihli çözümünün 51. paragrafına atıf yapmaktadır.

tedbirleri almadığını iddia etmektedir. Başvurucu bunun da yabancıların gözetim merkezinde tutulabileceği üst süre geçmesine rağmen naklinin sağlanamadığı için yapıldığını iddia etmektedir.

Taraf Devletin Kabul Edilebilirlik İle Birlikte Esasa İlişkin Görüşleri

6.1 Taraf Devlet 10 Kasım 2017 tarihli beyanlarında kabul edilebilirlik konusunda ileri sürdüğü argümanlarını tekrar etmektedir. Taraf Devlet, Başvurucunun güncel fotoğrafına bakıldığında başvurucunun yetişkin olduğu konusunda şüpheye yer olmayacağını da belirtmektedir. Taraf Devlet, Başvurucunun da göçmenlik durumundan dolayı görüntüsünün farklı olduğunu ileri sürerken yetişkin gibi görüldüğünü örtülü olarak kabul ettiğini eklemektedir.

6.2 Taraf Devlet, başvuru sürecinde kabul edilebilirlik bakımından minimum kriter olarak başvurucunun çocuk olduğuna ilişkin bir delil ileri sürülmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

6.3 Taraf Devlet, İHAM'ın *Ahmade v. Yunanistan*¹³ kararında da kabul edildiği üzere yaş belirleme testlerinin insan haklarını ihlal etmediğini belirtmektedir. İHAM bu kararında başvurucunun dış röntgeni çektirmekten imtina etmesinin gerçek yaşının ortaya çıkmasına yönelik bir çekince olarak sayılmasını yorumlamıştır.

6.4 Taraf Devlet, Başvurucunun iç hukuk yollarını tüketmediğine ilişkin iddialarını yinelemektedir. Yaşın geçici olarak belirlenmesine ilişkin Savcılık süreci hakim incelemesine tabi tutulamamaktadır zira süreç yeni bir objektif delilin varlığı halinde yeniden başlayabilmektedir. Buna ek olarak bağımsız kurumların kişinin küçük olarak sayılmamasına ilişkin herhangi bir kararına karşı alıkoyma yerinde bulunan hukuk mahkemesinde itiraz ileri sürülebilir. Sınır dışı kararına veya durumun gereği uygunsu ilticanın reddi kararına karşı idari yargı makamları önünde dava açmak mümkündür. Son olarak yaş belirleme talebi Çekişmesiz Yargı İşleri Hakkındaki 15/2015 sayılı Kanun uyarınca hukuk mahkemelerinde çekişmesiz yargı işi olarak ele alınabildiğinden Anayasa Mahkemesi savcılığın yaş belirleme sürecinin nihai olmadığını belirtmiştir.

6.5 Taraf Devlete göre başvuru soyuttur ve kişinin yetişkin olduğunu gösteren herhangi bir bulgu içeren tıbbi yaş belirleme yöntemlerinin ken-

13 İHAM, *Ahmade v Yunanistan* (Başvuru No: 50520/09) 25 Eylül 2012, prg. 77 ve 78.

diliğinden sözleşmenin ihlali olduğu iddiasına dayanmaktadır. Komitenin 6 No'lu Genel Yorumu bir belirsizlik durumunda bireyin küçük sayılması karinesini gündeme getirmekte bireyin açık bir şekilde yetişkin olduğu durumlar da – ki bu durumlarda yetkili makamlar kişiyi herhangi bir teste tabi tutmadan ona yetişkin muamelesi yapabilirler – karine söz konusu olmamaktadır. Ne var ki bu somut olayda yetkililer kişiye teste tutularak yaşını belirleme şansı da tanımışlardır.

6.6 Başvurucunun destekleyici bir delil olmadan ve salt iddiası nedeniyle küçük sayılarak başka çocukların bulunduğu bir kuruma yerleştirilmesi orada bulunan çocukları kötü muamele ve istismar tehlikesine sokacağından uygun bulunmamıştır.

6.7 Başvurucunun kendisinin üstün yararının gözetilmediği iddiası ile ilgili olarak Taraf Devlet, Başvurucunun çürük bir tekneden İspanyol Makamları tarafından kurtarıldığını, İspanyol toprağına getirildiğinde ücretsiz sağlık hizmeti, avukat ve tercüman sağlandığını kendisinin küçük olduğunu iddia ettiği anda durumun Savcılığa ve çocuklardan sorumlu kuruma bildirilerek kendisinin üstün menfaatleri için hareket edildiğini ve Başvurucunun şu an özgür olduğunu ve sosyal destek aldığını belirtmektedir. Taraf Devlete göre her ne kadar Başvurucu küçük değilse de bir an için küçük olduğu kabul edilse bile kimse yasal yardımın veya korumanın eksikliğinden bahsedemez.

6.8 Başvurucunun kimliğinin korunmasına ilişkin iddiaları ile ilgili olarak Taraf Devlet, Başvurucunun herhangi bir resmi kimlik ibrazı bir tarafa doğrulanabilir bir biyometrik veri dahi sağlamadığını belirtmektedir. Yine de İspanyol makamları Başvurucu İspanya'ya yasa dışı giriş yaptığıında kendisinin beyan ettiği isimle Başvurucuyu kaydetmişlerdir.

6.9 Başvurucu maksimum alı koyma süresi kadar gözetim merkezinde Taraf Devletin bakımında kalmış, sürenin aşılması üzerine salıverilmiş ve kendisine "koordineli yardım" ile sağlık hizmeti sunulmuştur. Başvurucunun kendisini geliştirme hakkı ihlal edilmemiştir.

6.10 Talep edilen telafi işlemleri ile ilişkili olarak başvurucunun uygulanmış testin nasıl görmezden gelineceğini açıklamadığı görülmektedir. Diğer taraftan bu karar (yaş belirleme) savcılık makamı tarafından yeni bir bulgu halinde yeniden değerlendirilebilir. Diğer taleplerle ilgili olarak Taraf Devlet, Başvurucunun aktüel durum itibarıyla Devlet'in yardımından yararlandığını vurgulamaktadır. Ücretsiz eğitim talebi Başvurucunun küçük olduğu anlaşıldığı takdirde kendiliğinden sağlanabilirdi. Son olarak otur-

ma ve çalışma izni de bunlara ilişkin hukuki şartlar karşılandığında verilebilir. Bu açıdan bakıldığında ise Başvurucu ülkeye yasa dışı giriş yapmıştır ve uluslararası korumaya ilişkin bir başvuruda bulunmamıştır.

Başvurucunun Taraf Devletin Kabul Edilebilirliğe ve Esasa İlişkin İddialarına Cevapları

7.1 Başvurucu 3 Ocak 2018 tarihli cevaplarında Taraf Devletin kendisinin dış görünüşüne dayanarak iddialarda bulunduğunu ve bu tutumun belirleme bakımından nesnel kriterlere dayanmadığını ve ciddiyetsiz olduğunu belirtmektedir.

7.2 Başvurucu yaş belirleme işlemleri sırasında kendisine bir temsilci atanmadığını ve kendisinin yaş belirleme sürecine ilişkin teste yönelik rızasının alınmadığı yönündeki iddialarını yinelemektedir.

7.3 Başvurucu temsilcisinde alternatif tıbbi testleri yürütecek kaynakların bulunduğunu taraf devletin bu testleri yapmakla yükümlü olduğunu tartışmaya açmaktadır.

7.4 Başvurucu, Taraf Devletin *M.E.B v İspanya* kararını andığını ancak Komitenin konuya ilişkin kararlarını gündeme getirmekten kaçındığını belirtmektedir. Komitenin *R.L v İspanya*¹⁴ kararındaki Başvurucunun X ışınları testinde yetişkin olduğuna ilişkin sonuca rağmen Barselona'daki Cezayir Konsoloslüğünde yapılan kontrollerde küçük olduğunun tespit edilmiş ve bu da testlerin güvenilirmez olduğunu ortaya koymuştur.

7.5 Başvurucu Sınır dışı kararına karşı itiraza ilişkin olarak kendisine atanan avukatın kendisi ile yüz yüze görüşmediğini dahası herhangi bir görüşme yapmadığını belirtmektedir. Avukat, Başvurucu Motril'den Barselonaya transfer olduğundan dolayı bir itiraz hazırlayamamıştır. İspanyol Hukuku, mahkeme tarafından atanan avukatın kendisine avukat atanmış kişi bir bölgeden diğerine transfer olduğunda değiştirilmesi imkanı sunmamaktadır. Başvurucu, sınır dışı kararına karşı yegane itirazın mahkemeye değil idari makamlara yapılabildiğini ayrıca eklemektedir. Alıkoyma kararı bakımından Başvurucu bu kararın kendisinin yaşının belirlenmesine ilişkin hiçbir konudan bahsetmediğini belirtmektedir.

14 *R.L v İspanya* (CRC/C/77/D/18/2017)

Üçüncü Kişilerin Görüşü¹⁵

8.1 Fransız Ombudsman, 3 Mayıs 2018'de yaş belirlemesi hakkında görüş iletmiştir. Anılan görüş yaş belirleme işlemlerinde çocuğun üstün yararını gözetmeye yönelik önlemlerin söz konusu olması gerektiğini belirtmektedir. 2017 tarihli bir Avrupa Konseyi raporunda uluslararası sözleşmelerle getirilen usuli tedbirlerin üye devletler tarafından göz ardı edildiği belirlenmesi yapılmıştır.¹⁶

8.2 Yaş, ilgili kişinin sunduğu belgeler ve açıklamalarla da anlaşılabilir olduğundan yaş belirleme işlemi kişinin yaşına ilişkin ciddi bir şüphe var ise söz konusu olmalıdır. Bu işlemlerde Devlet, yalnızca dış görünüşe değil ayrıca ilgili kişinin zihinsel olgunluğuna da dikkat etmeli, çok disiplinli bir yaklaşım benimsemelidir. Uygulanan işlemlere rağmen şüphe giderilememişse konu ilgili kişinin şüpheli durumdan yararlanacağı şekilde karara bağlanmalıdır.

8.3 Avrupa Devletlerinde yaş belirleme bakımından genel kural veya anlaşma söz konusu değildir. Bazı devletler tıbbi ve tıbbi olmayan metodları birlikte uygulamaktadır. Uygulanan tıbbi testler arasında sol el bileğinin röntgeni (23 devlette), diş röntgeni (17 devlette), köprücük kemiği röntgeni (15 devlette), diş muayenesi (14 devlette) ve dış görünüşe dayalı tahmini belirleme (devlette) yöntemleri yer almaktadır. Kemik yaşı belirlemesi yaygın olmakla birlikte güvenilir değildir ve çocuğun vücut bütünlüğünü ve haysiyetini zedelemektedir. Londra merkezli RCR'a [Birleşik Krallıkta klinik onkoloji ve klinik radyoloji uzmanlığından sorumlu kuruluş, Royal College of Radiologists, ç.n] göre bu yöntem herhangi bir tıbbi bulguyu ortaya koymamaktadır. Avrupa Parlamentosu, Avrupa Birliğinde refakatçisiz bir durumda olan küçükler için 12 Eylül 2013 tarihli çözümünde, yaş belirlemede kullanılan, travmaya neden olabilen, ciddi bir hata payı barındıran ve bazen çocuğun rızası olmadan tatbik edilen kemik yaşına dayalı testlerin uygunsuz ve müteceviz yapısı nedeniyle duyduğu kaygıyı ifade etmiştir.

8.4 Greulic/Pyle metodu, olayların büyük çoğunluğunda Sahra Afrikası, Asya veya Doğu Avrupada'ki ülkelerden kaçan, sosyoekonomik olarak en kötü koşullara maruz kalmış ergenlik çağındaki göçmen kimseler için el-

15 Bu görüş şu başvurulara ilişkindir: 11/2017,14/2017,15/2017,16/2017,20/2017,22/2017, 24/2017, 25/2017, 26/2017, 28/2017, 29/2017, 37/2017, 38/2017, 40/2018, 41/2018, 42/2018

16 Avrupa Konseyinin Yaş Belirleme: Avrupa Konseyi Üye Ülkelerinin Politikaları, Prosedürleri ve Göçmenlik Bağlamında Çocuk Haklarına İlişkin Uygulamaları başlıklı raporu, 2017, s.6.

verişi değildir ve uygulanamaz. Etnik köken ve sosyoekonomik durumun iskelet gelişimine etki ettiği çeşitli araştırmalarda ortaya konduğundan bu metot, Avrupalı olmayan kimselerin yaş belirleme işlemleri için uygun değildir.¹⁷ Özellikle 15-18 yaş grubunda metodun oldukça ciddi bir hata aralığı söz konusudur.¹⁸ Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliğine göre Avrupa Devletlerinde bulunan Pediatri Uzmanlığına ilişkin meslek toplulukları dış ve iskelet olgunluğunun bir çocuğun yaşının tam olarak tespitinde kullanılamayacağını, bunlarda 2- 3 yıla kadar varan ciddi bir hata payı söz konusu olduğunu ve tahmin düzeyinde bir bulguya ulaşılabileceğini açıkça belirtmektedirler. Dahası bu yöntemlerle elde edilen verinin yorumu da bir ülkeden diğerine hatta bir uzmandan diğerine farklılaşabilmektedir.¹⁹ Çocuk Hakları Komitesi de devletlere kemik yaşı belirleme yöntemini kullanmama çağrısı yapmıştır.²⁰

8.5 Üçüncü kişi görüşü, şu hususları önermektedir: (a) Yaş tespitinde çok disiplinli bir yaklaşım benimsenmeli ve kişinin yaşı ile ilgili ciddi bir şüphe olduğu durumda tıbbi test son çare olarak değerlendirilmelidir (b) çocuğa öncesinde bilgi verilmeli ve rızası alınmalıdır (c) yaş belirleme süreci sırasında kişi çocuk kabul edilerek, kişiye işlemler sırasında yardımcı olacak bir yasal temsilci atamak gibi koruyucu önlemler alınmalıdır (d) testler çocuğun vücut bütünlüğü ve haysiyetine mutlak bir şekilde özen gösterilerek yapılmalıdır (e) çocuğun dinlenilme hakkına saygı gösterilmelidir (f) yapılan işlemlerden çıkan sonuç belirsiz ise şüphe işleme tabi tutulan kişinin yararına sonuç doğuracak şekilde hareket edilmeli, şüpheden ilgili kişi yararlandırılmalıdır (g) kişinin koruma talebi sadece teste girmeyi kabul etmemesi sebebine dayanılarak ret edilmemelidir (h) yaş belirleme süreçlerine ilişkin etkili bir itiraz yolu sağlanmalıdır.

8.6 Üçüncü kişi görüşü kısa bir süreliğine de olsa veya yaş belirleme amacıyla dahi mülteci bir çocuğun alıkoyulmasının uluslararası hukuk tarafından yasaklandığını ve devletlerin alternatif bir yöntem kullanması

17 Bkz M. Mansourvar *"The applicability of Greulich and Pyle atlas to assess skeletal age for four ethnic groups"*, Journal of Forensic and Legal Medicine, vol. 22 (February 2014), s. 26–29.

18 DOR, UNICEF'in yaş belirlemeye ilişkin 2011 tarihli raporuna; ayrıca " Sur la fiabilité des examens médicaux visant à déterminer l'âge à des fins judiciaires et la possibilité d'amélioration en la matière pour les mineurs étrangers isolés"(Fransız Ulusal Tıp Akademisi, Yargısal Süreçler İçin Yaş Belirlemeye İlişkin Metotların Güvenilirliği ve Yanında Refakatçisi Olmayan Çocuklar İçin Muhtemel Gelişmeler) Bulletin de l'Académie nationale de médecine, vol. 191, No. 1 (January 2007), s. 139–142) başlıklı rapora; ve İsviçre Pediatri Topluluğunun "Détermination de l'âge des jeunes migrants" (Genç Göçmenlerin Yaşının Belirlenmesi), başlıklı ve 2017 tarihli raporuna atıf yapmaktadır.

19 Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliği, "Çocuğun Yaşını Belirleme Metotları İyileştirilmeli" 2011.

20 Komitenin 6 No'lu yorumu ve Göçmen İşçilerin ve Ailelerinin Haklarını Koruma Komitesinin 4 No'lu ve komitenin 23 No'lu ortak yorumu

gerektiğini hatırlatmaktadır. Devletler, çocuğu özgürlüğünden mahrum bırakamaz veya onu yetişkinlere yönelik mekanlarda alıkoyamaz.²¹ Çocukların korunmasından sorumlu makamlar derhal bilgilendirilmeli ve çocuğun korunması sağlanmalıdır.²²

Tarafların Üçüncü Kişi Görüşüne Yönelik Açıklamaları

9. Başvurucu, 1 Ağustos 2018 tarihli beyanlarında, üçüncü kişi görüşünün somut olayda uygulanan testin özellikle kendisinin bulunduğu yaş aralığında ciddi bir hata payı barındırdığını belirttiğini bunun da kendisinin konuya ilişkin iddiasını doğruladığını belirtmektedir. İspanya'daki adli tıp kurumları da bu konuda aynı şekilde düşünmektedir ve refakatçisi olmayan küçüklerin yaşının belirlenmesinde adli tıp yöntemlerine ilişkin tavsiyeler" geliştirmişlerdir.²³

10.1 Taraf Devlet beyanlarını 3 Ağustos 2018'de sunmuştur. Taraf Devlet, İspanya'ya karşı yapılmış başvuruların hiçbirinin alıkoyulmuş kişilerle ilgili olmadığına işaret etmektedir. Başvuruculara idari ve yargısal işlemleri tamamlanana kadar açık merkezlerde kalma önerisinde bulunulmuştur. Taraf Devlet başvuruların hiçbirinin sığınacak yer arayan kimse konumunda olmadığını her bir başvurunun ekonomik nedenlerle ülkelerinden göç eden kişiler olduğunu da eklemektedir.

10.2 Greulich/Pyle metodu İspanya'da yaş belirlemede uygulanan yegane test değildir. Komitenin incelediği diğer olaylarda başvuruların yaşlarının belirlenmesi için beş adet tıbbi teste tabi tutulmuşlardır. Diğer taraftan tıbbi test kişinin çocuk gibi görünmediği olaylarda söz konusu olmaktadır. Anayasa Mahkemesinin kararında da belirttiği üzere kişi şayet bir pasaporta veya benzeri bir belgeye sahipse yaş belirlemesi söz konusu olmaktadır. Bununla birlikte Mahkeme, yetkili kurumlar bu belgelerden şüphelenmek için yeterli gerekçeye sahip ise veya belgelerin geçerli olmadığı anlaşılırsa çocuk "belgeli" olarak değerlendirilmeyebilecek ve belirsizlik olması halinde yaş belirleme testi söz konusu olabilecektir. Taraf Devlet,

21 İHAM, Büyük Daire, *Tarakhel v. İsviçre*, Başvuru No: 29217/12

22 İHAM, *Abdullahi Elmi ve Aweys Abubakar v. Malta*, Başvuru No: 25794/2013 ve 28151/2013

23 Başvurucu bir konsensüs belgesi örneğinin kopyasını sunmaktadır. Bu belgede İspanyadaki adli tıp kurumlarının örnek uygulamalarına yer verilmektedir. 2010'da yayınlanan bu belgenin amacı uzman raporlarında standartlaşmayı ve uyumu tesis edecek asgari kriterleri, normal koşullardan kaynaklanan hata payını ve bireyin olgunluğa doğru gelişimindeki değişkenliğin etkisini belirlemektir. Belgeye göre yaş belirleme işlemleri adli tıp enstitülerinde küçük olduğu varsayılan kişinin aydınlatılmış onamı alınarak bu alanda uzmanlığı olan kişiler tarafından yapılmalıdır. (*Revista Española de Medicina Legal*, vol. 37, No. 1 (January–March 2011), s. 22).

refakatçisi olmayan küçüğün pasaport veya benzeri bir belge taşıdığı durumlarda “belgeli” sayılacağını ve Komite önündeki başvuruların hiçbirinde böyle bir durum söz konusu olmadığını eklemektedir. Bu itibarla başvurucular belgesiz olarak değerlendirilmelidir. Ayrıca başvurucular çocuğa benzememekte ve bu nedenle yaş belirleme işlemine tabi tutulmaktadır. Bazı olaylarda başvurucular ilk planda yetişkin olduklarını beyan etmekte devam eden süreçte küçük olduklarını iddia etmektedir. Bazı olaylarda ise başvurucular İspanyol makamları tarafından küçük olarak tanınmış ve Komite onların başvurularını kapatmıştır. Bir olayda ise kişinin geldiği ülke ilgili kişinin yetişkin olduğunu bildirmiştir ve dosya kapanmıştır. Bu silsile tıbbi testlerin gerçeğini ortaya koymaktadır.

10.3 Taraf Devlet, tıbbi testlerde yetişkin olarak değerlendirilen bir kimseyi çocuk koruma merkezine almanın merkezde bulunan çocukları tehlikeye atacağı iddiasını yinelemektedir.

10.4 Kişinin küçük olduğunu gösteren bir pasaport veya biyometrik veri barındıran bir kimlik kartı var ise bu kişi yaş belirleme testine tabi tutulmamaktadır. Son olarak üçüncü kişi görüşü hangi yaş belirleme testinin uygulanması gerektiğini de belirtmemektedir.

Değerlendirme

Kabul Edilebilirlik Bakımından Değerlendirme

11.1 Komite, başvuruda yer alan iddiaları esastan incelemeyen önce Çocuk Hakları Sözleşmesinin Seçmeli Protokolünün başvuru usulüne ilişkin m. 20 hükmüne göre başvuruyu kabul edilebilirlik bakımından incelemek zorundadır.

11.2 Taraf Devletin, başvurunun seçmeli protokolün m. 7 (c) hükmü doğrultusunda başvurucunun açıkça yetişkin gibi bir dış görünüme sahip olması ve kendisinin küçük olduğuna ilişkin bir belge veya tıbbi kayıt sunmaması nedeniyle kabul edilemez olduğunu iddia ettiği görülmektedir. Ne var ki Komite bu dosyada başvurucunun olaylar sırasında kendisinin küçük olduğunu iddia eden genç bir adam olduğuna, kendisinin İspanya'ya geldiği sırada bir yetişkin olduğuna ilişkin bir delil bulunmadığı kanaatindedir. Bu itibarla Komite seçmeli protokolün m. 7 (c) hükmünün bu başvuruda kabul edilebilirlik açısından bir engel oluşturmadığına hükmetmektedir.

11.3 Taraf Devletin başvurucunun iç hukuk yollarını tüketmemiş olduğu zira başvurucunun (a) savcılık makamına yaş belirleme sürecinin tekra-

rı için başvurmadığı (b) mahkeme kararı ile yaşının belirlenmesi için başvuruda bulunmadığı (c) sınır dışı kararına karşı idari itirazda bulunmadığı ve (d) hukuk mahkemelerinde alıkoyma kararına karşı itirazda bulunmadığı açıktır. Komite, Taraf Devletin belirttiği gibi savcılık makamının yalnızca eldeki belirleme ile çelişen bir kimlik belgesi veya biyometrik veri cinsinden yeni bir delil söz konusu olduğunda yaş belirleme işlemlerini yenilenmesine karar verebildiğini görmektedir. Diğer taraftan Komite, başvuru Taraf Devletin aradığı türde bir belgeye veya alternatif bir tıbbi prosedürü başlatabilecek kaynağa sahip olmadığına, esasen her hâlükârda başvuru Taraf Devletin kendisinin yaşını belirlemek için gerekli tıbbi ve psikolojik testleri gerçekleştirilmesi gerektiğini belirttiğine işaret etmektedir. Komite 15 Şubat 2017 tarihli faks mesajı ile Savcılık makamının başvuru sürekli kendisinin küçük olduğuna ilişkin iddialarda bulunduğundan haberdar edildiğini ancak bu durumun yaş belirleme işleminin yenilenmesi için yeterli bir sebep sayılmadığını gözlemlemektedir. Dahası Komite, başvuru İspanyol bölgesinden derhal çıkarıldığı düşünüldüğünde mevcut bir sınır dışı kararının uygulanmasını önemli ölçüde uzatmayan veya durdurmaya bir hukuk yolu etkili sayılmaz fikrindedir. Komite, Taraf Devletin başvuru sınır dışı kararını ortadan kaldıracak bir iç hukuk yolunun ne olduğunu açıklamadığı düşüncesindedir. Bu itibarla seçmeli protokolün m. 7 (e) hükmü kabul edilebilirlik bakımından bir engel olarak dikkate alınmamaktadır.

11.4 Komite, başvuru sözleşmenin m. 18 (2), 20 (1), 27 ve 29 hükümlerine ilişkin ihlal iddialarını kabul edilebilirlik incelemesi bakımından yeterli olacak şekilde doğrulamadığını ve bu nedenle bu iddiaların seçmeli protokolün m. 7 (e) hükmü uyarınca kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

11.5 Bu itibarla Komite, başvuru Sözleşmenin m. 3 hükmünde yer alan çocuğun üstün yararını gözetme yükümlülüğü ve m. 12 uyarınca yaş belirleme süreçlerinde bir vasi veya temsilci tayin edilmesi yükümlülüğü bakımından iddialarını yeterli şekilde doğruladığını, bu iddialar bakımından başvuru kabul edilebilir olduğu ve esastan incelenmesi gerektiği kanaatine varmıştır.

Esasa İlişkin Değerlendirme

12.1 Komite seçmeli protokolün m. 10 (1) hükmü uyarınca taraflarca sağlanan bilgiler uyarınca bu başvuru hakkında değerlendirme yapmıştır.

12.2 Komiteye göre, başvurudaki mesele kendisinin küçük olduğunu iddia eden başvurucuya tatbik edilen yaş belirleme işleminin başvuru-

nun Sözleşme ile güvence altına alınan haklarını ihlal edip etmediğidir. Başvurucunun işlem yapılırken çocuğun yararının gözetilmediği ve işlemler sırasında kendisine bir vasi veya temsilci atanmadığı iddiaları temel meseledir.

12.3 Komite, kendisinin küçük olduğunu iddia eden genç bir kimse için bu işlemin sonucuna göre çocuk olarak nitelendirilme veya çocuk sayılmama ve ulusal bir korumadan yararlanma veya yararlanmama bu işleme göre belirleneceğinden yaş belirleme işleminin hayati bir önemi olduğu fikrindedir. Komiteye göre hayati önem taşıyan bir husus Sözleşmeden doğan haklardan yararlanılıp yararlanılmayacağını da bu işlemin sonucu belirlememektedir. Bundandır ki bu işlemin yaş belirleme işleminin yasal bir prosedürünün olması ve bu işlemin sonucuna yargı mercileri önünde itirazda bulunulabilmesi zorunludur. Yaş belirleme süreci devam ederken ilgili kişi durumundaki belirsizlik, şüphe onun yararına olacak şekilde yorumlanarak çocuk olarak değerlendirilmelidir. Komite, yaş belirleme işlemlerinde de birincil derecede dikkat edilmesi gereken hususun çocuğun yararını gözetmek olduğunun altını çizmektedir.

12.4 Komite, kimlik belgesi veya başka uygun bir kanıtın yokluğunda yaş konusunda bulguya dayanan bir belirleme yapmak için Taraf Devletlerin gelişimin farklı açılarına ilişkin bilgisi olan pediatri hekimleri veya diğer uzmanlar tarafından icra edilecek şekilde çocuğun fiziksel ve psikolojik gelişimini çok yönlü bir değerlendirmeye tabi tutmaları gerektiğini hatırlatır. Bu değerlendirmeler kısa, çocuk dostu, cinsiyete duyarlı, kültürel olarak uygun davranışlarla, çocukla görüşme de içeren ve durum uygun ise refakatçinin de katıldığı, çocuğun anlayabileceği bir dil kullanılarak yapılmalıdır. Hazırdaki belgeler, aksine bir delil yoksa gerçek sayılmalı ve çocuğun beyanları mutlaka hesaba katılmalıdır. Şüpheli durum değerlendirme altına alınan kişinin yararına olacak şekilde yorumlanmalıdır. Devletler, kemik ve diş muayenesi ile yaş tespitinden, doğru olmayabilecekleri, çok geniş bir hata payına sahip oldukları, travmaya ve gereksiz yasal süreçlere sebep oldukları için kaçınılmalıdır.²⁴

12.5 Somut olaya ilişkin olarak Komitenin kanaat getirdiği üzere : (a) İspanyaya belgesiz olarak gelen Başvurucu yaşının belirlenmesi için tıbbi teste sokulmuş, sol elinin röntgeni çekilmiş iddiaya göre fiziksel muayeneden de geçmiş, bunları dışında ek bir değerlendirme özellikle de psikolojik

24 Göçmen İşçilerin ve Ailelerinin Haklarını Koruma Komitesinin 4 No'lu ve Komitenin 23 No'lu ortak yorumu

bir teste tabi tutulmamış ve bu süreçlerin herhangi bir aşamasında başvuru ile bir görüşme yapılmamıştır; (b) tıp merkezi test doğrultusunda başvuru kişinin kemik yaşını Greulich/Pyle atlasına göre herhangi bir hata payına ilişkin açıklama yapmaksızın 19 yaş ve üzeri olarak belirlemiştir ve (c) bu test sonucuna göre Granada Yerel Yüksel Mahkemesi başvuru kişinin erginlik yaşında olduğu belirlemesini yapmıştır.

12.6 Taraf Devlet Greulich/Pyle kılavuzunda kanıt olarak temel alınan röntgen muayenesinin üstünlüğüne örnek olarak *M.E.B v İspanya* kararından bahsetmektedir. Buna karşın Komite, ilgili dosyada bu metodun kesinlikten uzak ve geniş bir hata payına sahip olduğuna dair bolca bilgi olduğunu bildirmekte ve bundan dolayı bu metodun küçük olduğunu iddia eden genç bir kimsenin kronolojik yaşının belirlenmesinde yegane metod olarak benimsenmesinin uygun olmadığını ifade eder.

12.7 Komite, Taraf Devletin başvuru kişinin açıkça bir yetişkin olduğunu ve bunun için teste gerek olmadığını başvuru kişinin yaşının tespiti için tıbbi test yapılmış olduğunu ileri sürmekte olduğunu görmektedir. Ne var ki Komite 6 No'lu Genel Yorumunu hatırlatır ve yaş belirleme işlemlerinde devletin bireyin fiziksel görünüşü kadar psikolojik olgunluğunu da değerlendirmeye alması gerektiğini, yaş belirleme işlemlerinin bilimsel, güvenli, tarafsız ve çocuğa ve cinsiyete özen gösteren bir yaklaşımla yürütülmesi gerektiğini ve şüphenin giderilemediği durumda bundan ilgili kişinin yararlanacağı şekilde bu kimsenin çocuk olarak değerlendirilme imkanı varsa ona bu şekilde davranılması gerektiği hususunu bildirmektedir.

12.8 Komite, başvuru kişinin yaş belirleme işlemlerine tabi tutulduğu sırada kendisinin çıkarlarını gözetecek bir vasi ya da yasal temsilcinin tayin edilmediğini iddia ettiğini, Taraf Devletin ise bu iddiaya karşı çıkmadığını görmektedir. Komite, Taraf Devletlerin kendisinin küçük olduğunu iddia eden bütün genç kimselere gelişleri ile birlikte gerekli dil becerisine sahip yetkin bir hukuki temsilciyi ücretsiz tayin etmeleri gerektiği görüşündedir. Komiteye göre yaş belirleme işlemleri sırasında bir yasal temsilcinin sağlanması, ilgili kişilerin durumundaki şüpheden onlar yararına sonuç doğması ile eş değer olan, çocuk yararını en iyi şekilde gözetmenin ve çocuğun dinlenilme hakkının garantisini oluşturan bir uygulamadır. Yaş belirleme süreci Sözleşmenin uygulama noktasını oluşturduğu için bunun yerine getirilmemesi Sözleşmenin m. 3 ve m. 12 hükümlerinin ihlaline yol açar. Zamanında temsil edilmeme önemli adaletsizliklere yol açabilir.

12.9 Komite, kendisinin küçük olduğunu iddia eden başvuru kişinin tabi tutulduğu yaş belirleme sürecinde başvuru kişinin Sözleşme ile korunan

haklarını gözetemeyen önlemlerin söz konusu olmadığına kanaat getirmiştir. Somut olaya bakıldığında özellikle başvuru sahibinin yaşının belirlenmesi için yapılan incelemeler sırasında ona yardım edecek bir temsilcisinin olmaması nedeniyle Komite bu işlemlerde çocuğun yararını gözetmenin temel önemde olmadığı ve Sözleşmenin m. 3 ve m. 12 hükmünün ihlalini oluşturduğuna kanaat getirmiştir.

12.10 Komite, m. 3 ve m. 12 bakımından ihlal tespit etmiş olduğu için başvuru sahibinin aynı davranışlarının m. 8'in de ihlali olduğu yönündeki iddiasını ayrıca incelemeyecektir.

12.11 Son olarak Komite, Başvuru sahibinin, Taraf Devletin kendisini bir çocuk koruma merkezine almaya ilişkin ihtiyati tedbiri almadığını iddia ettiğini görmektedir. Taraf Devletler, Seçmeli Protokolü kabul ederek protokolün m. 6 hükmü doğrultusunda derdest başvurularda telafisi güç zararlara sebep olmamak ve bireysel başvuru mekanizmasının etkililiğinin sağlanması için talep edilen ihtiyati tedbirleri de yerine getirmeyi kabul etmişlerdir. Somut olayda Komite, Taraf Devletin başvuru sahibini bir çocuk koruma merkezine yerleştirmenin ilgili merkezde bulunan çocuklar için risk taşıdığı savunmasında bulunduğunu görmektedir. Komite, bu savunmanın başvuru sahibinin yetişkin olduğu ön kabulü ile yapıldığı görüşündedir. Komite, bir ihtimalde çocuk olan bir kimsenin yetişkin olarak tanınan kişilerin bulunduğu bir merkeze gönderilmesinde daha büyük tehlike görmektedir. Son tahlilde Komite, talep edilen ihtiyati tedbirlerin yerine getirilmemesinin seçmeli protokolün m. 6 hükmünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

12.12 Seçmeli Protokolün m. 10 (5) hükmüne göre hareket eden Komite, somut olayda ele aldığı olguların Sözleşmenin m. 3, m. 12 hükümleri ile Seçmeli Protokolün m. 6 hükmünün ihlalini oluşturduklarına karar vermiştir.

13 Taraf Devlet, gelecekte benzeri bir ihlalin yaşanmasını engellemekle, özellikle refakatçisi olmayan çocukların yaş belirleme işlemlerinde Sözleşme ile uyumlu bir şekilde hareket etmek ve bu işlemler sırasında ilgili kişilere hemen uzmanlığı olan yasal veya diğer konulara ilişkin temsilciyi ücretsiz tayin etmekle yükümlüdür.

14. Komite, Seçmeli Protokole taraf olan Devletin, bir olayda Sözleşmenin ve onun iki seçmeli protokolünün ihlal edilip edilmediği hakkında Komitenin karar verme yetkisini de kabul etmiş olduğu anlamına geldiğini hatırlatır.

15. Seçmeli Protokolün m. 11 hükmü Komite, mümkün olan en kısa zamanda olmakla birlikte en geç 180 gün içinde Komitenin görüşlerinin hayata geçirilmesi için yapılan iş ve işlemler hakkında Taraf Devletten bilgi almak istemektedir. Ayrıca Taraf Devletin Komiteye sunduğu raporlarda bu türde tedbirlere ilişkin bilgiye de yer vermesi talep edilmektedir. Son olarak Taraf Devletten, bu görüşü yayınlaması ve geniş bir şekilde dağıtması talep edilmektedir.

Ek I

(Orjinali: İngilizce)

Komite Üyeleri, Benyam Dawit Mezmur, Olga A. Khazova, Ann Marie Selton ve Velina Todorova'nın Ortak Farklı Gerekçesi

1. Farklı bir gerekçe ile çoğunluğun kararındaki sonucuna katılmakta ve şüpheli durumun nasıl yorumlanacağına açıklık getirmekteyiz.

Kabul Edilebilirlik

2. Kabul edilebilirlik bakımından çoğunluk görüşüne (prg. 11.2) katılıyoruz ancak ek gerekçe ileri sürüyoruz. Yaş belirleme süreçlerindeki aksaklıklar bu başvurunun konusudur ve başvuruyu delil eksikliği üzerinden kabul edilemez bulmak meseleyi esastan tartışmak anlamına gelir. Her iki taraf da yaş belirleme süreçlerinin ne kadar güvenilir olmadığına dair örnekler göstermektedir. Yukarıda görüleceği üzere (prg. 4.1) *M.E.B v İspanya*²⁵ kararı Taraf Devletçe anılmaktadır. Bu kararda röntgen testi ile 18 yaşında olduğuna karar verilen başvuruçunun yapılan araştırmalarda 20 yaşında olduğu ortaya çıkmıştır. Başvuruçunun vurguladığı (prg. 7.4) *R.L. v İspanya*²⁶ kararında ise röntgen testleri uyarınca yetişkin sayılan başvuruçucu çocuk olduğunu ispatlamıştır. Bu itibarla Taraf Devletin test sonuçlarını herhangi bir hata payına yer vermeden doğru olarak lanse etmesi yanlıcıdır. Bundan dolayı da test sonuçları kabul edilemezlik açısından bir gerekçe olamaz.

Esas

3. Çoğunluk görüşününün 12.3, 12.4 ve 12.8 paragraflarındaki bulgulara katılmaktayız.

4. Yaş belirleme yöntemlerinde çok disiplinli bir yaklaşımın yokluğuna, yasal temsilcinin yokluğunun çocuğun çıkarını gözetmenin bu işlemlerde

25 CRC/C/75/D/9/2017

26 CRC/C/77/D/18/2017

temel düşünce olmadığını gösterdiğine ve bu nedenle de sözleşmenin m. 3 ve m. 12 hükmünün ihlal edildiğine ilişkin tespitlere de katılıyoruz (12.9)

5. Ne var ki Sözleşmenin ihlal edildiği sonucuna varmak için Komitenin güvenilir bir delilin yokluğunda şüpheden başvuruçuyu yararlandırarak başvuruçunun çocuk olduğunu tespit etmesi gerekirdi. Bir diğer deyişle başvuruçunun beyanlarında ifade ettiği yaş kusurlu testlerin gösterdiği yaşa üstün tutulmalıydı.

6. Başvuruçunun yaşına ilişkin kayıt altına alınmış delillerin incelenmesi gereklidir. Taraf Devlet sıklıkla başvuruçunun dış görünüşüne dayanmıştır. Başvuruçu ise yaşına ilişkin dayanağı olmayan bir beyan sunmuştur. Bunlardan başka sorunlu röntgen incelemesinden elde edilen ve bu nedenle de güvenilir bulmadığımız bulgu vardır. Başvuruçunun daha fazla delil sağlaması gerekir miydi? Özellikle bir tehlikeden kaçan, sığınacak yer arayan çocukların memleketlerindeki yetkililerden veya ülkelerinin elçiliklerinden bir kanıt talep etmesi pek olası değildir. Doğum belgesinin yokluğu, vatansızlık yaşın ispatı konusunu ayrıca zorlaştırmaktadır. Ne var ki somut olayda başvuruçu bu türden olguları ileri sürmemekte ve yaşını ispatlayacak delilleri elde edemeyişini açıklamamaktadır.

7. Taraf Devlet elindeki imkanlarla birlikte düşünüldüğünde yaşı belirlemek için daha kuvvetli bir pozisyonda değil midir? Özellikle çocuğun sığınma arayışında olduğu durumlarda Taraf Devletin çocuğun ülkesi ile çocuk hakkındaki bilgilere erişmek için temas kurması uygunsuz olur. Bu başvuru açısından ise başvuruçunun böyle bir durumda olduğuna dair bir emare yoktur. Başvuruçunun kendi gerçek yaşını ispatlayamadığı kadar Taraf Devletin de bu konuda bir delil koyamadığı ortadadır.

8. Bu da Komitenin yaş bakımından dikkate alabileceği bir delilin bulunmaması sonucunu doğurmaktadır. Çoğunluk görüşü vardığı sonucu doğrudan doğruya başvuruçunun yaşına ilişkin şüpheden yararlanmasına dayandırmamaktadır. Halbuki bu somut başvurudaki temel meselelerden biridir. Bize göre bu mesele m. 3 ve m. 12 hükümlerinden başvuruçunun yararlanabilmesi ve bunların başvuruçu bakımından ihlal edildiğinin tespit edilebilmesi için tek yoldur.

9. Üçüncü Kişi değerlendirmesi şüphe halinde kişinin yaş belirleme işlemleri sırasında çocuk olarak değerlendirilmesi ve belirleme işlemine rağmen devam eden şüpheden kişinin yararlanmasını önermektedir.

10. Çocuk olduğunu iddia eden kişi aksi kanıtlanana kadar çocuk sayılmalı çünkü diğer yaklaşımların tamamında belirleme yapılması gereken

meselede yani kişinin yaşının ne olduğunda peşin hüküm verilmiş olur. Bu böyle olmakla birlikte Sözleşmenin gereklerini gözeten bir yaş belirleme yönteminin benimsenmesiyle şüphenin ilgili kişinin yararına uygulanmasının kapsamının genişlemesinden ve çocuk olduğunu iddia edenlerin bitmek bilmeyen taleplerine yol açmasından Taraf Devletin duyduğu kaygı anlaşılabilir. Ülkelerinden uzakta bulunan ve yanında refakatçisi olmayan küçüklerin tabi oldukları işlemlere ilişkin 6 No'lu Genel Yorum şüphe halinde bunun ilgili kişi yararına yorumlanmasını belirtirken bu kişinin çocuk olması ihtimali var ise ona bu şekilde davranılmasını ona yardım sağlanmasını belirtmektedir. Bu yaklaşım içten olmayan taleplerde bulunan ve herhangi bir şekilde çocuk olması mümkün olmayan bireylerin durumlarını dışlamaktadır.

11. Bu açıklamalar somut olayda bizi nereye götürmektedir? Burada yaş bakımından geçerli bir delilin yokluğu söz konusudur. Burada ne ki-min delil getirmekle yükümlü olduğuna – ki her iki taraf da yaş konusunda geçerli delil sunamamıştır – ne de bu yükümlülüğün yerine getirilememesinin gerekçelerine ilişkin bir belirleme yapılmaktadır. Bu durumdan gelecekteki dosyalarda kaçınılmalı ve taraflar uygun bütün delilleri elde edip sunmak eğer bu mümkün değilse bu durumun nedenlerini açıklamak için çaba sarf etmelidir. Yine de güvenilir bir delilin bulunmadığı bu olayda şüphenin ilgili kişi yararına yorumlanması gerekmektedir.

12. İlk planda Taraf Devlet, başvurunun durumunu bu şekli ile ele almış ve onu röntgen testine sokmuş ancak bu testin sonuçlanmasından sonra başvurunun durumunu şüpheli bulmamıştır. Taraf Devlet bu şekilde davranmakta haksız mıdır?

13. Olayda Sözleşmeye uyumlu bir şekilde yaş belirlenmesi yapılmış olsaydı başvurunun yaşı kabul edilebilir bir şekilde belirlenecek ve herhangi bir şüpheye yer kalmayacaktı. Somut olaydaki durum bu şekilde değildir. Komitenin somut olaydaki yaş belirleme yönteminin Sözleşme ile uyumlu olmadığına ilişkin değerlendirmesine katılmaktayız (prg. 12.9). Bu tür bir durumda taraf devlet yaş belirleme işlemine rağmen başvurunun durumunda şüphe olduğunu kabul edip ona göre davranmalıdır. Komite de güvenilir bir delilin yokluğunda, yaş belirleme işlemlerinin Sözleşme gereği taşınması gereken önlemleri içermediği bir durumda şüpheyi başvuru lehine yorumlamalı ve onun çocuk olarak muamele görmesi gerektiğine hükmetmelidir. Taraf Devletin bu şekilde davranmaması başvuru bakımından Sözleşmenin m. 3 ve m. 12'de güvence altına alınan haklarının ihlali olarak değerlendirilmelidir.

Ek 2*(Orjinali: İngilizce)***Komite Üyesi Mikiko Otani'nin Karşı Oyu**

1. Çoğunluğun benimsediği görüşün büyük bir kısmına hem kabul edilebilirlik hem de esas yönünden özellikle Taraf Devletin somut olayda gerçekleştirdiği yaş belirleme işlemindeki sorunlar bakımından katılsam da üzülerek karşı oy sunmak durumundayım. Zira Taraf Devletin Sözleşmenin m. 3 ve m. 12 hükmünü ihlal etmiş olduğu sonucuna katılmam mümkün değildir.

Kabul Edilebilirlik

2. Kabul edilebilirlik bakımından verilen karara katılmakla birlikte 11.2 paragrafındaki gerekçenin açılması gerektiği fikrindeyim. Somut olayda başvuruçunun ihlal teşkil eden yaş belirleme işlemleri sırasında yetişkin olduğuna ilişkin bir delil dosyada mevcut değildir. Daha sonra bile olsa başvuruçunun o sırada yetişkin olduğu ispatlanmış olsaydı başvuru seçmeli protokolün m. 7 (c) hükmü bağlamında kabul edilemez sayılabilirdi.²⁷ Taraf Devlet bu kısımla ilgili olarak Taraf Devlete göre kişinin yetişkin olduğuna ilişkin herhangi bir şüpheye yer bırakmayan başvuruçunun güncel fotoğrafına dayanmaktadır (bkz prg. 6.1). Dosyada Granada'da bulunan Virgen de las Nieves Hastanesinin psikiyatri servisinin tıbbi raporunun başvuruçunun tarafından sunulan bir kopyası bulunmakta ve buna göre başvuruçunun tabi tutulduğu röntgen testinde başvuruçunun kemik yaşı 19 ve üstü olarak görünmektedir. Komite bu raporu kullanılan test ve belirlemelerin güvenilirliği olmadığı için kişinin o dönem yetişkin olduğuna ilişkin bir delil olarak değerlendiremez. Bu nedenle seçmeli protokolün m. 7 (c) hükmü kabul edilebilirlik bakımından bir engel olarak değerlendirilemez.

Esas

3. Başvuruçuya bir avukat tayin edilmiş olmasına rağmen Başvuruçunun, İspanya Hukukunun kendisine tanıdığı yargısal imkanlarla çocuk olduğunu kanıtlamaktan yararlanmamış ve Komite önünde de çocuk olduğuna ilişkin beyan haricinde herhangi bir delil ileri sürmemiş ve bu olgular Komitenin kararında göz ardı edilerek hata yapılmıştır. Dahası Komiteye sunulan bilgilerden anlaşıldığı kadarı ile başvuruçunun çocuk olduğuna ilişkin bir delil sağlama çabası bulunmadığı, başvuruçunun neden delil sağlayama-

27 *Y.M v. Spain* (CRC/C/78/D/8/2016)

dığına ilişkin örneğin doğumunun bir kaydının olmadığı bu nedenle bir doğum belgesinin olmadığı ya da doğum belgesini kaybetmiş olduğu gibi bir gerekçe de sunmadığı anlaşılmaktadır.

4. Bu hususu dile getirerek Taraf Devletin yaş belirleme sürecinin sorunsuz olduğunu ifade ediyor değilim. Aksine, 12.3, 12.4 ve 12.8 paragraflarındaki görüşlere katılmaktayım. Başvurucu bir çocuk olmuş olsaydı Sözleşmenin gerektirdiği şartlar sağlanmadan yapılan yaş belirleme işlemi başvurusunun Sözleşme ile güvence altına alınan haklarını ihlal etmiş sayılırdı. Ne var ki sağlanan bilgiler ışığında Komite başvurusunun çocuk olarak haklarının ihlal edilmiş olduğu tespitini yapamaz. Başvurusunun şüpheli durumdan yararlanması ve iddia edilen ihlal sırasında çocuk olarak değerlendirilmesine ilişkin gerekçeyi ikna edici bulmuyorum. Başvurucu tarafından sağlanan delillere rağmen başvurusunun çocuk olduğuna dair belirsizliğin söz konusu olduğu durumlar da olabilir. Böyle bir durumda Komitenin şüpheli durumu başvuru yararına değerlendirerek başvuru-cuyu çocuk olarak tanınması doğru olurdu. Ne var ki olay böyle bir özellik taşımamakta dosyada başvurusunun beyanından başka onun 26 Mart 2000 doğumlu olduğuna ve küçük olduğuna ilişkin bir veri bulunmamaktadır. Başvurusunun sözlü beyanların delil değeri taşımadığını ima etmemekteyim. Bu olayda Komitenin başvuru-cuyu çocuk olarak değerlendirmesi ve sözleşmeden doğan haklarının ihlal edildiği belirlemesi yapması için daha fazla veriye ihtiyaç olduğu kanısındayım.

5. Bireysel başvuru mekanizmasının hakları ihlal edilen kimselere bir giderim sağlama amacını vurgulamam gerektiğini düşünüyorum. Çoğunluk kararında iki hususun karıştırıldığı düşüncesindeyim. Bir tarafta Devletin yaş belirleme süreçlerinde Sözleşme ile üstlendiği yükümlülüklerine aykırı davranması diğer tarafta ise başvurusunun Sözleşme güvence altına alınan haklarının ihlal edildiği meselesi yer almaktadır. Karışıklık, kararın giderim bölümüne de sirayet etmiştir. Komite bu kısımda sadece gelecekte bu şekilde bir durumun yaşanmaması için genel nitelikli önlem alınması gerektiğini belirtmekte seçmeli protokolün m. 27 prg 4 hükmü uyarınca başvuru bakımından yapılması gereken iş ve işlemlere ilişkin bir husus içermemektedir (prg. 13).

6. Çocuğun Sözleşme kapsamındaki belirli haklarını etkin bir şekilde korumak için Komite'nin seçmeli protokol uyarınca kendisine verilen işlevleri uygun şekilde yerine getirmesi gerekir.

Ek 3

Komite Üyesi Hatem Kotrane'nin Karşı Oyu

Kabul Edilebilirlik

1. Başvurucunun İspanya'ya geldiği sırada yetişkin olduğuna ilişkin dosyada delil olmadığı ve bu nedenle de başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin olarak seçmeli protokolün m. 7 (c) hükmünün bir engel oluşturmadığı yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

2. Benim düşünceme göre göçmenlik kurumlarının şüpheli çocuk yararına yorumlaması ile Seçmeli Protokol kapsamında bir kabul edilebilirlik şartı olan yaş gerekliliği birbirine karıştırılmaktadır.

3. Başvurucu, Komiteye kendisinin çocuk olduğuna ilişkin herhangi bir belge sağlamamaktadır. Başvurucunun çocuk olup olmadığı Komite önündeki temel meseledir. Somut olayda olduğu gibi başvurunun başvuru yaptığı tarih itibariyle çocuk olduğuna dair bir delilin olmadığı durumda Komitenin herhangi bir inceleme yapma yetkisi yoktur zira başvuru mekanizması sadece çocuklar içindir.

4. Dahası küçük sayılma karinesine veya şüphenin ilgili kişi yararına yorumlanmasına ilişkin ne seçmeli protokolde ne de sözleşmede açık bir hüküm vardır. Komite bunu kendisinin refakatçisiz küçük olduğunu iddia eden ve göçmenlere ilişkin kurumların ilgili süre boyunca koruması gereken genç kimselerin yaş belirleme işlemlerinde hesaba katılması gereken unsurlardan biri olarak tanımaktadır. Sonuç olarak, gençlerin yabancı bir ülkeye geldikleri sırada ve göçmenlik makamlarıyla etkileşimlerinde küçük oldukları varsayılır. Bu kural kişilerin komiteye yönelik bir başvuru yaptıklarında kendiliğinden küçük olarak değerlendirilecekleri anlamına gelmez ki kişinin küçük olması Komitenin seçmeli protokol kapsamında inceleme yetkisi olup olmadığını belirleyen önemli bir unsurdur.

5. Dahası yaş hukuki bir gerçekliktir. Bu da yaşın her türlü şekilde ispat edilebileceğini ortaya koyar. Kişisel duruma ilişkin belgeler etkili delildir. Komitenin başvurunun avukatına kanıt olarak gücü ülkelerin hazırladığı belgelerin geçerliliğine ilişkin karineden gelen bu türde bir belgeyi Komiteye sağlaması tavsiye edilebilirdi.

6. Somut olayda Başvurucu kendisinin küçük statüsü taraf devletin göçmenlik makamları tarafından sorgulandığı halde çocuk olduğuna ilişkin bir belge sağlamamıştır. Komite kendisi kişinin karine gereği küçük olduğunu kabul edemez ve başvuru kendisinin çocuk olduğunu ispat ile yükümlüdür.

Esas

Kişinin karine olarak küçük kabul edilmesi

7. Çoğunluk kararının gerekçesi, psikolojik testler ve başvuru ile görüşmeler olmaksızın yapılan tıbbi testlerin sınırlılığının Taraf Devlete hatırlatılmasına odaklanmaktadır.

8. Ancak, ülkeleri dışında refakatçisi olmayan ve ailelerinden ayrı çocuklara yönelik işlemlere ilişkin Komite'nin 6 No'lu genel yorumunda belirtildiği üzere "belirsizliğin devam etmesi durumunda, bireye bu tür şüphelerden yararlanma hakkı tanınmalıdır. Kişinin çocuk olma ihtimali varsa ona göre davranılmalıdır".²⁸ Dolayısıyla, küçük sayılma karinesinin kendisi iki varsayıma dayanmaktadır: sağlanan belgelerin gerçekliği ve bunların hamilinin meşruyeti.

Sonuç olarak

(a) Komite bütünüyle tıbbi belirlemeyi devre dışı bırakmamakta ancak tıbbi belirlemenin "bilimsel, güvenli, tarafsız ve çocuğa ve cinsiyete özen gösteren, adil bir yaklaşımla, çocuğun vücut bütünlüğünün tehlikeye girmesini engelleyecek ve her bakımdan insan haysiyetine uygun şekilde yapılması gerekmektedir".²⁹

(b) Şüphenin ilgili kişi yararına yorumlanması mutlak değildir. "Belirsizliğin söz konusu olduğu"³⁰ hallerde "kişinin çocuk olabilmesinin ihtimal dahilinde olduğu"³¹ durumlarda gündeme gelmektedir.

9. Kişinin tabi tutulduğu testlerle kendisine ilişkin belgeler arasında kişinin yaşına ilişkin bir çelişki varsa mevcut şüpheden ilgili kişinin yararlanması ve onun çocuk sayılması gerekir. Komite bu tutumu Bütün Mülteci İşçilerin ve Ailelerinin Haklarının Korunması Komitesi ile ortak 4 No'lu Genel Yorumunda da benimsemiş ve eldeki belgelerin aksi ortaya konuluncaya kadar gerçek sayılması gerektiğini belirtmiştir.³²

10. Herhangi bir şüphe olmadığında ve ilgili kişinin herhangi bir belge sunmaksızın çocuk olduğunu sadece iddia ettiği bir ihtimalde durum farklılaşacak ve göçmenlere ilişkin kurumlar kişinin çocuk olup olmadığını anlayabilmek için test yapmak durumunda kalabileceklerdir.

28 6 No'lu Genel Yorum prg. 31 (i)

29 Ibid.

30 Ibid.

31 Ibid.

32 Prg. 4

Çocuğun Yararının Temel Düşünce Olması ve Çocuğun Dinlenilme Hakkı

11. Çoğunluk görüşü yaş belirlemesine tabi tutulan gence yasal temsilci atanmamış olmasını sözleşmenin m. 3 ve 12 hükümlerine aykırı bulmuştur.

12. Sözleşmenin m. 3 ve m. 12 hükümlerinden yalnızca çocukların yararlanabildiği gerçeği karşısında kararda varılan sonucun abartılı olduğu görülmektedir. Taraf Devletin küçük olduğunu iddia eden bir kimseyi koruma yükümlülüğü elbette söz konusudur ve örneğin yetişkinlere yönelik bir alıkoyma merkezine yerleştirmekten kaçınmak gerekirse de kişiye özel bir temsilciyi herhangi bir belge olmaksızın kendisinin küçük olduğunu iddia eden kişiye tayin etmek gerekmez. Karine gereği küçük sayılma eldeki bütün veriler ışığında bir belirsizlik söz konusu olduğunda³³ gündeme gelebilir ki Taraf Devlet tam olarak bu unsura karşı çıkmakta ve başvuruçunun küçük olduğuna dair bir delil sunamadığını belirtmektedir.

33 6 No'lu Genel Yorum prg. 31 (i)

Birleşmiş Milletler

CRC/C/81/D/22/2017

Çocuk Hakları
SözleşmesiDağıtım.: Genel
9 Temmuz 2019
İngilizce'den çevrilmiştir.
Orijinal Dil: İspanyolca**Çocuk Hakları Komitesi****Seçmeli Protokol'ün 10. Maddesi Kapsamında 22/2017 Numaralı
Başvuruya İlişkin Komite tarafından Kabul Edilen Görüşler^o *, ****

<i>Başvurucu:</i>	J.A.B. (Fundación Raíces tarafından temsil edilmektedir)
<i>Mağdur (İddia Edilen):</i>	J.A.B
<i>Taraf Devlet:</i>	İspanya
<i>Başvuru Tarihi:</i>	12 Haziran 2017
<i>Görüşlerin Kabul Edildiği Tarih:</i>	31 Mayıs 2019
<i>Konu:</i>	Refakatsiz bir küçüğün yaşını belirleme prosedürü
<i>Usuli Meseleler:</i>	İç hukuk yollarının tüketilmemesi; başvuru hakkının kötüye kullanılması; kişi bakımından yetkisizlik; iddiaların ispatlanamaması
<i>Sözleşmenin İlgili Maddeleri:</i>	2, 3, 6, 8, 12, 18 (2), 20 (1), 24 ve 27
<i>Seçmeli Protokol'ün İlgili Maddeleri:</i>	6

1.1 Başvurucu J.A.B, 1 Aralık 2000 doğumlu bir Kamerun vatandaşıdır. Başvurucu, Sözleşme'nin 2, 3, 6, 8, 12, 18 (2), 20 (1), 24 ve 27. maddelerinin ihlal edilmesi ile mağdur olduğunu iddia etmektedir. Seçmeli Protokol, Taraf Devlet bakımından 14 Nisan 2014 tarihinde yürürlüğü girmiştir.

1.2 Seçmeli Protokol'ün 6. maddesine göre, Komite adına hareket eden Bireysel Başvuru Çalışma Grubu, 13 Haziran 2017 tarihinde durumu Komite tarafından görüşülünceye kadar başvurucu aleyhindeki sınır dışı etme kararının yürütmesinin durdurulmasını, başvuru sahibinin küçüklerin

^o Çeviren Selin HIŞİM

* Komitenin 81. oturumunda kabul edilmiştir. (13–31 Mayıs 2019).

** Başvurunun incelenmesinde yer alan Komite üyeleri: Suzanne Aho Assouma, Amal Salman Aldoseri, Hynd Ayoubi Idrissi, Bragi Gudbrandsson, Philip Jaffe, Olga A. Khazova, Cephas Lumina, Gehad Madi, Faith Marshall-Harris, Benyam Dawit Mezmur, Mikiko Otani, Luis Ernesto Pedernera Reyna, José Ángel Rodríguez Reyes, Aissatou Alassane Sidikou, Ann Marie Skelton, Velina Todorova ve Renate Winter.

korunmasına yönelik bir merkeze nakledilmesini, hastalığına ilişkin olarak kendisine uygun tıbbi tedavinin sağlanmasını içeren geçici tedbirlerin alınmasını Taraf Devlet'ten talep etmiştir.

1.3 18 Aralık 2017 tarihinde, Seçmeli Protokol kapsamındaki usul kurallarının 18 (5) maddesi uyarınca Komite adına hareket eden Bireysel Başvuru Çalışma Grubu, Taraf Devlet'in başvurunun kabul edilebilirliğinin ve esasının ayrı ayrı değerlendirilmesine ilişkin talebini reddetmiştir.

Başvurucunun bildirdiği olgular

İspanya'ya varış ve bir vasi temin etmek için atılan adımlar

2.1 Başvurucu, babası ve beş kardeşiyle birlikte Kamerun'da yaşamaktadır. Başvurucu 10 yaşındayken sokaklarda yaşamaya başlamıştır. 5 Mayıs 2015 tarihinde, beslenmek için yeterli kaynak veya istihdam fırsatı olmadığından Kamerun'dan ayrılmıştır. 23 Nisan 2016 tarihinde Nijerya, Benin, Nijer, Cezayir ve Fas'tan geçerek Kızıl Haç tarafından karşılandığı Ceuta'ya (Afrika'da bir İspanyol yerleşim bölgesi) varmıştır.

2.2 Başvurucu refakatsiz bir küçük olduğunu belirttiğinde, kendisine "yetişkin olduğunu söylemenin daha iyi olacağı, çünkü burada [Ceuta'da] bir küçüğün yapabileceği hiçbir şeyin olmadığı" söylenmiştir.¹ Başvurucu çevirmen bulunmayan bir polis merkezine götürülmüştür ve bu sebeple kendisine söylenenleri anlamamıştır. Başvurucu daha sonra kendisine avukat ve tercüman hizmetinin sağlanabildiği Ceuta'daki göçmenler için faaliyet gösteren bir geçici barınma merkezine götürülmüştür. Başvurucu beş ay boyunca yetişkinler için olan bu merkezde kalmıştır.

2.3 27 Eylül 2016 tarihinde başvuru, Madrid Özerk Bölgesi'ndeki Asociación Dianova tarafından yönetilen yetişkinlere yönelik bir merkeze transfer edilmiştir. Başvurucu, göçmenlerin, mültecilerin ve madde bağımlılarının tutulduğu bu yerin koşulları sebebiyle merkezden ayrılmıştır. Üç ay boyunca parklarda ve pansiyonlarda yatmıştır.

2.4 Ekim 2016'da başvuru, doğum tarihinin 1 Aralık 2000 olduğunu belirten Kamerun doğum belgesinin aslını ailesinden almıştır.² Başvurucu elindeki orijinal doğum belgesi ile 27 Ekim 2016 tarihinde Madrid'deki Kamerun Büyükelçiliği'ne pasaport başvurusu yapmak üzere gitmiştir. 3

1 Sonraki iddialara göre, Ceuta ve Melilla sınır bölgelerine yalnız gelen yabancı küçüklerin İspanya'ya geçmek için yetişkin olduklarını söylemesinin çok yaygın olduğu bildirilmektedir. (para 5.1).

2 Dosya, başvuruçunun Douala'daki bir klinik tarafından verilen 1678/2000 sayılı doğum ilanına dayanarak 29 Aralık 2000 tarihinde düzenlenen doğum belgesinin renkli bir kopyasını içermektedir.

Kasım 2016 tarihinde başvurucuya konsolosluk kimlik kartı ve 30 Kasım 2016 tarihinde de konsolosluk kayıt belgesi verilmiştir.

2.5 29 Aralık 2016 tarihinde temasa geçtiği hükümet dışı bir kuruluş olan Fundación Raíces tarafından başvurucuya Taraf Devlet tarafından uygun şekilde korunabilmesi için reşit olmadığını belirtmesinin ne kadar önemli olduğu açıklanmıştır. Başvurucu, Fundación Raíces'i İspanyol makamları önünde temsilcisi olarak atamış ve reşit olmadığını gösteren resmî belgelerin aslına sahip olduğundan yaşını belirlemek için tıbbi testten geçmeyi reddedeceğini ifade etmiştir. Başvurucu, İspanya Yargıtay Hukuk Dairesi'nin 23 Aralık 2013 tarih ve 453/2013 sayılı ve 24 Aralık 2014 tarih ve 452/2014 sayılı kararlarında yer verilen "Pasaportu veya eşdeğer kimlik belgesi ile reşit olmadığını gösteren bir göçmen, ek yaş belirleme testleri yapmak amacıyla belgesiz yabancı uyruklu olarak kabul edilemez; zira yasal olarak vatandaşı olduğu ülkeden verilmiş geçerli bir pasaporta sahip olan bir kişi için böyle bir makul gerekçe söz konusu olmayacağından bu tür testleri yapmak uygun değildir." ifadelerine atıfta bulunmuştur.³ Ayrıca, başvurucu şunları talep etmiştir: (a) reşit olmayan statüsünün tanınmasını; (b) küçükler için kabul merkezine nakledilmesini; (c) korumadan yoksun olarak beyan edilmesini; ve (d) çocuk koruma makamının onun vasisi olarak atanmasını.

2.6 Aynı gün, Fundación Raíces, korumasız küçüğün sorumluluğunu üstlenmeleri için Madrid belediye zabıtasıyla temasa geçmiştir. Hortaleza Belediye Zabıta Merkezi'nden iki çocuk koruma memuru, Fundación Raíces'in binasına gelmiştir. Başvurucu, korunmaya muhtaç statüsü, daha önce anılan beyanı ve resmi bir kimlik belgesine sahip olduğu gerçeği göz önüne alınarak Madrid Hortaleza'daki küçükler için ilk kabul merkezine nakledilmiştir.⁴

2.7 11 Ocak 2017 tarihinde başvurucu küçüğün merkezden bir eğitimci eşliğinde gitmiş olduğu La Paz Üniversitesi Hastanesi'nde kendisine tüberküloz (verem), sistozomyas (ölüm oranı düşük ancak son derece zayıflatıcı ateşlere neden olan paraziter bir hastalık), strongiloidiyaz (travma, motor hasar ve cilt, bağırsak mukozası ve akciğerlerde iltihaplanmaya sebep olabilen, kötü hijyen koşulları ve düşük sosyoekonomik şartların neden olduğu bir bağırsak parazit enfeksiyonu) ve sıtma teşhisi konulmuştur.⁵

3 Sonraki görüşüne göre, İspanya Yargıtay Hukuk Dairesi'nin refakatsiz küçüklerin yaşını belirlemek amacıyla tıbbi testleri yasaklayan diğer kararlarına atıfta bulunulmaktadır (Örneğin, 22 Mayıs 2015 tarihli ve 320/2015 sayılı kararı gibi).

4 Dosyaya göre, başvurucunun küçükler merkezine nakledilmesi onu etkin bir şekilde koruma altına almıştır.

5 Dosya 11 Ocak 2017, 22Şuat 2017, 1 Mart 2017, 24 Mart 2017 ve 21 Nisan 2017 tarihlerinde III. Carlos

Taraf Devlet tarafından başvuru kişinin yetişkin statüsünde olduğunun belirlenmesi

2.8 23 Ocak 2017 tarihinde başvuru, Madrid Küçükler Savcılığı tarafından aynı gün bir duruşmaya çağrıldığını ve kendisine avukatının eşlik etmesini istediğini Fundación Raíces'e bildirmiştir. Ancak, küçükler merkezindeki personel, Fundación Raíces'ten gelen avukata, başvurucuya eşlik etmesine izin verilmediğini bildirmiştir. Fundación Raíces daha sonra savcılığa şu hususları içeren bir faks göndermiştir: (a) başvuru kişinin kimlik belgeleri ile Kamerun Büyükelçiliği'ne göre pasaportunun iki hafta içinde hazır olacağını belirten bir not; (b) temsil beyanı ve dinlenilme hakkı; ve (c) refakatsiz küçüklerin yaşını belirlemek amacıyla tıbbi testleri yasaklayan Yargıtay Hukuk Dairesi içtihadı.

2.9 23 Ocak 2017 tarihinde başvuru, talep etmesine rağmen duruşmaya yanında vasisi veya avukatı olmadan katılmıştır. Duruşmada savcı, başvuru kişinin fiziksel görünümünün yaşı ile uyuşmaması sebebiyle yaş belirleme testlerinden geçirilmesini talep etmiştir. Savcı başvurucuyu teste girmeyi reddetmesi halinde yetişkin olarak kabul edileceği hususunda bilgilendirmiştir. Başvuru yapılacak testin mahiyeti, sonuçlarının ne şekilde değerlendirileceği ya da sağlığı ve haklarına etkisi hususunda bilgilendirilmemiştir. Başvuru menşee ülkesi tarafından verilen resmî belgelerin asıllarını elinde bulundurduğu için teste girmeyi reddetmiştir.

2.10 26 Ocak 2017 tarihinde, başvuru kişinin reşit olduğunu beyan eden bir yaş belirleme kararı ile birlikte başvuru kişinin küçükler merkezinden çıkarılmasını emreden idari bir karar yayımlanmıştır. Bu kararlar 3 Şubat 2017 tarihinde başvurucuya merkezdeki personel tarafından aynı gün merkezden atılacağı da bildirilerek tebliğ edilmiştir.⁶

2.11 Kararda doğum belgesinin fotokopi olması sebebiyle değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir. Başvuru, belgenin aslının pasaportunun düzenlenmesi için Büyükelçilikte bulunduğunu, savcılığa bu bilgi ile birlikte pasaport başvuru makbuzunun da verildiğini ve ayrıca belgenin aslının da birkaç hafta içinde savcılığa iletileceğine dair güvence vermesine rağmen savcılığın duruşmayı ertelememeyi tercih ettiğini belirtmiştir. Söz konusu kararda ayrıca konsolosluk kimlik kartının "ilgili kişi zaten İspanya'dayken verildiği ve dolayısıyla güvenilirliğini zedelediği", başvuru kişinin fiziksel görünümünün bildirilen yaşıyla uyuşmadığı, İspanya'ya geldiği andan itibaren

Hastanesi Pediatri Bölümü tarafından düzenlenen tıbbi raporların örneklerini içermektedir.

6 Dosyaya göre, bu onun vesayetini kesin olarak sonlandırmıştır.

ren başvurucunun bir yetişkin olarak kabul edilip tedavi edildiği ve “adli bir doktor tarafından röntgen ve fiziki muayeneden geçmeyi tekrar tekrar reddetmesinin kişinin bu testlerin gerçek yaşını ortaya çıkaracağından endişe duyduğunu gösterdiği” değerlendirmesi yapılmıştır. Kararda başvurucunun doğum tarihi, ülkeye yasadışı yollarla girmesi sebebiyle aleyhinde başlatılan sınır dışı işlemlerinde kullanılan tarih olan 3 Ocak 1998 olarak kayda geçmiştir. Küçükler merkezinden çıkarılmasını emreden idari karar da bu tarihi doğum tarihi olarak kabul etmektedir.

2.12 Sokağa bırakıldıktan sonra başvurucu, yetişkinlerle birlikte kaldığı ve birkaç gün boyunca sandalye üzerinde uyuduğu Catalina Labouré Belediye Evsizler Açık Merkezi'ne götürülmüştür. Başvurucu sonrasında sokakta, San Juan de Dios Belediye Sığınağı'nda ve onu ara sıra kabul eden kişilerin evlerinde kalmıştır.

2.13 Mart 2017'de Madrid'deki Kamerun Büyükelçiliği tarafından başvurucuya pasaportu verilmiştir.

2.14 5 Nisan 2017 tarihinde başvurucunun sınır dışı edilmesine yönelik idari karar verilmiştir.

Başvurucu tarafından tüketilen iç hukuk yolları

2.15 3 Nisan 2017 tarihinde başvurucu, vesayetin kaldırılması kararına karşı resmi bir itirazda bulunarak koruyucu tedbirler talep etmiştir.⁷

2.16 19 Haziran 2017 tarihinde başvurucu, pasaportunu yeni bir delil olarak sunarak savcılıktan 26 Ocak 2017 tarihli yaş belirleme kararını gözden geçirmesini talep etmiştir.⁸

2.17 20 Haziran 2017 tarihinde, başvurucu, 5 Nisan 2017 tarihli sınır dışı etme kararına karşı idari bir itirazda bulunmuştur.⁹

Şikâyet

3.1 Başvurucu, menşe ülkesi tarafından düzenlenen resmî belgelerin asıllarının geçerliliğini tanınmamasının ve yaşını belirlemek için gereksiz testlerden geçmeyi reddetmesinin bir sonucu olarak hukuka aykırı olarak yetişkin kabul edildiğini, bu sebeple devlet korumasından yoksun bırakılarak sokaklarda sağlıksız bir şekilde yaşadığını ve ülkeden sınır dışı edilme

7 Sonraki iddialara göre, mahkeme hukuki itirazı reddetmiştir (para. 11.2).

8 Sonraki iddialara göre, savcılık ofisi kararın yeniden incelenmesi talebini iki kez reddetmiştir (para. 5.5 ve 11.1).

9 Sonraki iddialara göre, mahkeme sınır dışı etme kararını iptal etmiştir ancak başvurucunun küçükler için faaliyet gösteren bir merkeze geri kabulünü değerlendirmemiştir (para. 5.5 ve 11.1).

riskile karşı karşıya bırakıldığını iddia etmektedir.

3.2 Başvurucu, savcılık tarafından verilen yaş belirleme kararlarına doğrudan itiraz edilemeyeceğini (9 Eylül 2013 tarihli ve 172/2013 sayılı Anayasa Mahkemesi Birinci Dairesi kararına göre) ve yaşının belirlenmesine ilişkin etkili olmayan mevcut hukuk yollarını tükettiğini ileri sürmektedir.

3.3 Başvurucu, Kamerun Büyükelçiliği tarafından düzenlenen resmî belgelerin asıllarını sorgulayan yetkililerce kendisine karşı ayrımcılık yapılmasından dolayı Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlalden mağdur olduğunu iddia etmektedir. Ne pasaportunun ne de doğum belgesinin herhangi bir noktada sahte olarak tanımlandığını veya sahte olduğunun bildirildiğini, kaldı ki bu belgelerin gerçekliği konusunda herhangi bir şüphe olması halinde Taraf Devlet'in gerekli kontrolleri yapmak için İspanya'daki Kamerun makamlarıyla temasa geçmesi gerektiğini de eklemektedir.

3.4 Ayrıca başvurucu, Taraf Devlet'in Sözleşme'nin 3. maddesinde güvence altına alınan çocuğun yüksek yararını dikkate almadığını iddia etmektedir. Refakatsiz bir çocuk olarak, savunmasız durumda bulunmasının bu ilkenin yaş belirleme sürecinin tüm aşamalarında özellikle dikkatli bir şekilde uygulanmasını gerektirdiğini, ancak hiçbir aşamada ilkedен bahsedilmediğini ileri sürmektedir. Başvurucu, refakatsiz ve menşe ülkesi dışında ailesinden ayrı düşmüş çocuklara yapılan muameleye ilişkin Komite'nin 6 sayılı Genel Yorum (2005)'ünün 31. paragrafına atıfta bulunmak suretiyle, savcılığın başvurusunun reşit olmama ihtimalini göz ardı ederek ve özellikle resmî belgeler ışığında şüpheden yararlanma imkânı vermeyerek bu ilkeyi ihlal ettiğini iddia etmiştir. Ayrıca savcılığın Yüksek Mahkeme içtihadını göz ardı ettiğini ve yaşını belirlemek için tıbbi testlere tabi tutulmayı reddettiği için yetişkin olarak kabul edildiğini iletmiştir.

3.5 Öte yandan başvurucu, refakatsiz bir küçüğün çıkarlarına saygı gösterilmesini sağlayan önemli bir usuli güvence olan vasinin atanmaması sebebiyle, Sözleşme'nin 18(2) maddesi ile bağlantılı olarak 3. maddenin ihlaliyle mağdur olduğunu iddia etmektedir.¹⁰ Yine başvurusunun korumasız, yüksek korunmaya muhtaç, refakatsiz, hasta bir göçmen çocuk statüsünün gerektirdiği korumanın devlet tarafından sağlanmamasının bir sonucu olarak Sözleşme'nin 3. maddesinin 20(1) maddesi ile bağlantılı olarak ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Başvurucu, çocuğun yüksek yararının yabancılarla ilgili kamu düzeni endişelerinden üstün olması gerekti-

¹⁰ Başvurucu 6 sayılı Genel Yorum'un 21. paragrafına atıf yapmaktadır.

ğini, Taraf Devlet'in kendi menşe ülkesi tarafından usulüne uygun olarak düzenlenmiş belgelere sahip olan bir reşit olmayanla ilgili işlemlerde idari mekanizmayı harekete geçirmesi ve nihayet bir vasi tayin etmesi gerektiğini belirtmektedir.¹¹

3.6 Öte yandan başvurucu, hayatta kalması ve gelişimi için uygun koşullar sağlanmadığından sokaklarda yaşamaya ve insanların merhame-tine terk edilmesi nedeniyle Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali nedeniyle mağdur olduğunu iddia etmektedir.

3.7 Buna ek olarak, başvurucu, yaşının bir kişinin kimliğinin temel bir unsuru olduğuna ve devletin buna müdahale etmeme görevi olduğuna işaret ederek, Sözleşme'nin 8. maddesinde güvence altına alınan kimlik hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Zira Taraf Devlet, kendisine ger-çek yaşından farklı bir yaş ve kimlik belgesindeki ile uyuşmayan bir doğum tarihi tayin etmiştir. Başvurucu, Taraf Devlet'in kendi hukukuna ve Yüksek Mahkeme içtihatlarına göre, menşe ülke yetkilileri tarafından verilen belgelerin yabancı uyruklu bir kimsenin kimliğinin yetkili onayı olduğunu belirtmektedir.¹²

3.8 Başvurucu ayrıca, yaşı ile ilgili mesele çözülene kadar savcılık ile görüşmesi sırasında avukatının hazır bulunmasının yetkililerce yasaklan-ması ve avukat yardımı alamaması sebebiyle, Sözleşme'nin 12. maddesi-nin ihlal edilmesi ile dinlenilme hakkına hiçbir şekilde saygı gösterilmedi-ğini iddia etmektedir.

3.9 Bununla beraber başvurucu, aile ortamından yoksun bir çocuk olarak Taraf Devlet'in kendisini korumaması nedeniyle Sözleşme'nin 20. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

3.10 Başvurucu, sadece özen gerektiren ve takip edilmesi gereken has-talıklarının tedavisinin sağlanmaması ve tedavisinin zorla yarıda kesilmesi nedeniyle değil ayrıca yasal temsilcisinin onayının ve Madrid'de ikamet et-mesi şartının (bunun için de yasal temsilcisinin izni gerekmektedir) aran-masından dolayı birtakım aşuları yaptıramaması sebebiyle de Sözleşme'nin

11 Başvurucu tarafından, La Merced-Migraciones-Mercedarios ve diğerleri, Aproximación a la protección internacional de los menores extranjeros en España (İspanya'da Yabancı Küçüklerin Uluslararası Korunmasına Giriş), 2009, s. 96: "Refakatsiz yabancı bir küçüğün kimliği tespit edilir edilmez, küçüğün menfaatlerini korumak ve hukuki, sosyal, tıbbi ve psikolojik ihtiyaçlarına uygun şekilde onunla ilgilen-mek için gerekli bilgiye sahip bir vasi veya yasal temsilci atanmalıdır." ifadelerine atıf yapılmaktadır.

12 Başvurucu, İspanya'da yabancı uyrukluların hakları, özgürlükleri ve sosyal entegrasyonu hakkındaki 4/2000 sayılı Teşkilat Kanunu'nun 4. maddesine ve Yargıtay Hukuk Dairesi'nin 368/2015 sayılı kararına atıf yapılmaktadır.

24. maddesinin ihlali sebebiyle mağdur olduğunu iddia etmektedir.¹³ Başvurucu, hastalıklarının yaş belirleme testinden önce teşhis edildiğini, küçükler merkezindeki eğitimcinin bu teşhislerden haberdar olduğunu ve 21 Nisan 2017 tarihli sağlık raporunda “küçüğün tedavisinin sonuna kadar bir merkeze kabul edilmesi” gerektiğinin kaydedildiğine dikkat çekmektedir.

3.11 Son olarak, başvurucu Sözleşme’nin 24. maddesiyle bağlantılı olarak 27. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmektedir. Başvurucu, 6 sayılı Genel Yorum’un 44. paragrafına dayanarak, yalnızca kendisine rehberlik edecek bir vasisi olmaması nedeniyle gelişiminin doğal seyrini takip etmesinin engellendiğini değil, aynı zamanda sokakta yaşaması ve sağlıklı olmamasından dolayı düzgün bir şekilde gelişmesinin de engellendiğini eklemektedir.

3.12 Başvurucu, şu muhtemel çözümleri önermektedir: (a) Taraf Devlet tarafından, yalnızca yaş testinden geçmeyi reddetmenin, bir kişinin yetişkin olduğu varsayımına yol açmaması gerektiğinin kabul edilmesi; (b) mahkemeler huzurunda yaş belirleme kararlarının doğrudan temyiz edilebilirliğinin sağlanması; (c) reşit olmayan statüsünün tanınması; (d) hastalıkları için gerekli tüm tedavilerin, koruma ve vasinin sağlanacağı refakatsiz bir çocuk olarak muamele görmesi; (e) tam potansiyeline ulaşmasını ve topluma entegre olmasını sağlamak için devlet koruması, yasal temsilci, eğitim ile oturma ve çalışma izinleri dahil olmak üzere, bir küçük olarak tüm haklarının tanınması; ve (f) çocuk hakları konusunda uzmanlaşmış bir kişi veya kurum aracılığıyla dinlenilme hakkının tanınması.

Taraf Devlet’in kabul edilebilirliğe ilişkin görüşleri

4.1 Taraf Devlet, başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin 14 Ağustos 2017 tarihli görüşünde, başvurunun olaylara ilişkin açıklamasının önyargılı ve hatalı olduğunu belirtmektedir. 23 Nisan 2016 tarihinde 101 kişi Ceuta’daki sınır hattındaki tel örgülerden zorla girmiştir ve Guardia Civil tarafından yakalanan başvurucu, göçmenler için geçici barınma merkezine nakledilmeyi kabul etmiştir. Başvuru formunda, başvurucu 3 Ocak 1998’de doğduğunu belirtmiştir (İspanya’ya giriş yaptığında 18 yaş 3 aylık olduğu anlamına gelmektedir). Taraf Devlet ayrıca ne merkezde ne de bir sivil toplum kuruluşu olan Dianova tarafından işletilen yetişkinlere yönelik merkezde, fiziksel görünümünden dolayı onun bir yetişkin olduğu konusunda şüpheye düşüldüğünü ve başvurunun Kamerun doğum belgesi-

13 Başvurucu 6 sayılı Genel Yorum’un 46. ve 47. paragraflarına atıf yapmaktadır.

nin basit bir fotokopisini sunduğu, 29 Aralık 2016 tarihine kadar bir küçük olduğunu belirtmediğini ifade etmektedir. Taraf Devlet, başvurunun “biyometrik veriler içeren güvenilir resmî belgelere” sahip olmadığı için, bir tercümanın yardımını aldığı bir duruşmada tıbbi testlerden geçmeyi reddetmesinin sonuçları konusunda uyarıldığını iddia etmektedir.

4.2 Ayrıca Taraf Devlet, Fundación Raíces’in, doğum belgesi ve “ilgili kişinin ifadeleri” temelinde düzenlenmiş olan yeni bir delil olarak başvurunun pasaportunu sağlayarak başvurunun yaş belirleme kararının yeniden incelenmesini talep ettiğini belirtmektedir. 26 Haziran 2017 tarihinde, savcılık yeniden inceleme talebini şu nedenlerle reddetmiştir: (a) başvuru, ebeveyni ve doğumuyla ilgili bilgilerin doğruluğunu kanıtlayan nesnel bir belge sunmamıştır; (b) pasaport, “güvenilmez” olan doğum belgesine dayalı olarak düzenlenmiştir; (c) başvuru, “gerçek yaşını ortaya çıkaracak kanıt niteliğinde” olan tıbbi testlere tabi tutulmayı reddetmekte ısrarcı olmuştur ve (d) kişinin yaşı hakkında makul şüphelerin olduğu durumlarda tıbbi testlerin sonuçları diğer tüm belgelerin yerini alacaktır.

4.3 Taraf Devlet, başvurunun yetişkin olması nedeniyle başvurunun kişi bakımından kabul edilemez olduğunu ileri sürmektedir. Taraf Devlet şunları ileri sürmektedir: (a) başvurunun İspanya’ya giriş yaptığında 15 yaşında olması mantığa aykırıdır; (b) başvuru, 3 Ocak 1998 tarihinde doğduğunu ve yetişkinler için bir merkeze yerleştirilmesini talep ettiğini belirtmiştir; (c) göçmenler için geçici barınma merkezinde kaldığı beş ay boyunca başvuru hiçbir zaman uzman avukatlara reşit olmadığını söylememiştir; (d) Kitada Dianova tarafından işletilen yetişkinlere yönelik merkeze nakledilirken reşit olmadığından bahsetmemiştir; (e) ne var ki idari sınır dışı etme prosedürünün başlatıldığını öğrendikten sonra Fundación Raíces ile temasa geçtiğinde reşit olmadığını iddia etmiştir; (f) biyometrik veri içermeyen ve gerçekliği tespit edilemeyen Kamerun doğum belgesinin yalnızca fotokopisini sunmuştur; (g) daha sonra düzenlenen belgeler münhasıran bahsi geçen fotokopiye dayanmaktadır ve bu nedenle kanıt değerinden yoksundur; ve (h) yaşını belirlemek için müdahale gerektirmeyen tıbbi testlerden geçmeyi reddetmesi, yalnızca gerçeğin ortaya çıkmasını önlemek için planlanabilir.

4.4 Taraf Devlet’e göre, başvurunun yetişkin olduğuna dair nesnel bir kanıt varken başvuruyu kabul etmek yalnızca “göçmen kaçakçılığı çetelerini göçmenlerin belgesiz seyahat etmelerini ve ardından reşit olmadığını iddia etmelerini teşvik etmesine” hizmet edecektir.

4.5 Buna ek olarak, Taraf Devlet Seçmeli Protokol’ün 7 (e) maddesine ve Komite’nin Seçmeli Protokol kapsamındaki usul kurallarının 20 ve 21.

kurallarına dayanarak, tüm mevcut ve etkili iç hukuk yollarının tüketilmesi nedeniyle başvurunun kabul edilemez olduğunu ileri sürmekte ve bunların tamamının tüketilmiş olması gerektiğini eklemektedir. Başvurucu özellikle: (a) savcılıktan ek tıbbi testler yapmasını talep edebilmektedir; (b) Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 780. maddesi kapsamındaki usulün bir parçası olarak hukuk mahkemesinden vasisinin reddedilmesi kararının gözden geçirmesini talep edebilmektedir; (c) davası ile ilgili olarak verilen karara ilişkin idare mahkemesine başvurabilmektedir; (d) yaşının belirlenmesi hakkında çekişmesiz yargı yetkisine ilişkin 15/2015 sayılı yasaya dayanarak hukuk mahkemesinde dava açabilmektedir.

Taraf Devlet'in kabul edilebilirliğe ilişkin görüşlerine karşı başvurunun yorumları

5.1 6 Kasım 2017 tarihli yorumunda başvuru, Ceuta'ya vardığında Kızıl Haç personeline kendisinin reşit olmadığını bildirdiğini, ancak kendisine bu gerçeği söylememesini, aksi takdirde Ceuta'da kalacağını tavsiye ettiklerini tekrarlamaktadır. Başvurucu, Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu (UNICEF) tarafından belirtildiği gibi, Ceuta ve Melilla sınır bölgelerine yalnız başına gelen yabancı küçüklerin, her iki özerk bölgenin çocuk koruma merkezlerindeki kötü koşullar ve farklı özerk topluluklardaki çocuk koruma merkezleri arasındaki transferlerin mümkün olmaması sebebiyle İspanya'ya geçiş yapmak için yetişkin olduklarını söylemelerinin çok yaygın olduğunu belirtmektedir.¹⁴ Başvurucu, o sırada bir avukattan yardım almadığını, koruma önlemlerinin bulunmadığını öne sürerek ve stresli bir dönemde sağlanan bilgilerin davasının önemli bir unsuru olmaması gerektiğinin akılda tutulması gereğini ileri sürmektedir.

5.2 Taraf Devlet'in sunulan belgelerin¹⁵ biyometrik verileri içermediği iddiasıyla ilgili olarak başvuru, belgelerin kusurlu oldukları veya usulsüzlükler içerdiği için değil, bu tür belgelerin böyle verileri içermemesi sebebiyle bu iddianın mümkün olmadığını ileri sürmektedir. Belgelerin en azından, yetkili makamları bir kişinin reşit sayılması gerektiği ilkesini benimsemeye zorlaması gerekmektedir. Biyometrik verileri içeren tek bel-

14 UNICEF İspanya Heyeti, Acogida en España de los niños refugiados: estudio sobre el sistema de acogida de personas refugiadas en España desde la perspectiva de derechos de la infancia (İspanya'da mülteci çocukların kabulü: İspanya'daki mülteci kabul sisteminin çocuk hakları perspektifinden incelenmesi), 2016, <https://www.unicef.es/publicacion/estudio-sobre-el-sistema-de-acogida-de-personas-refugiadas-en-espana-desde-la>.

15 Kamerun'dan alınan doğum belgesinin aslının bir örneği, İspanya'daki Kamerun Büyükelçiliği tarafından düzenlenen konsolosluk kimlik kartı ve pasaport başvurusunun dekontu.

genin pasaport olduğu ve o sırada pasaportunun Madrid'deki Kamerun Büyükelçiliği tarafından işlendiği göz önüne alındığında, savcılığın bilgileri doğrulamak için Büyükelçilikle temasa geçmesi gerekmektedir.

5.3 Taraf Devlet'in, başvuruyu kabul etmenin göçmen kaçakçılığı çetelerini, göçmenlerin belge olmadan seyahat etmelerini ve ardından reşit olmadıklarını iddia etmelerini tavsiye etmeye hizmet edeceğine ilişkin iddiasına gelince, başvurucu bu beyanın, göç akışlarını kontrol etmenin çoğun üstün yararından önce geldiğinin kanıtı olduğunu ileri sürmektedir.

5.4 Taraf Devlet'in kişi bakımından kabul edilemezlik konusundaki iddialarına ilişkin olarak, başvurunun esasının tam olarak yaş meselesi olduğunu ve bu nedenle, kabul edilemezlik gerekçesi olarak değerlendirilmemesi gerektiğini ileri sürmektedir. Başvurucu şunları kaydetmektedir: (a) Taraf Devlet'in, onun fiziksel görünümüne ilişkin öznel değerlendirmesi, yaş belirleme sürecinde koruma önlemlerinden tamamen yoksun olduğunu göstermektedir; (b) bir kere yetişkin olduğunu söylemiş olması, onun gerçekten yetişkin olduğunu kanıtlamamaktadır; (c) Sunduğu belgelerin Taraf Devlet'e yeterli güvence vermemiş olması, onun yetişkin olduğu anlamına gelmemektedir; (d) sonuçları çok tartışmalı olan yaş testlerinden geçmeyi reddetmesi, yetişkin olduğunun kanıtı olarak yorumlanmamalıdır. Başvurucu bu hususların tamamının, bir kişinin reşit olmadığı karinesini reşit olduğu karinesine dönüştürdüğü, güvencelerden yoksun bir yaş belirleme sürecini ortaya koyduğu görüşündedir. Bu bağlamda başvuru, İspanya'daki yaş belirleme sürecinde güvencelerin eksikliğine ilişkin olarak çeşitli kurumlar tarafından dile getirilen bir endişeye işaret etmektedir.¹⁶ Buna ek olarak başvuru, refakatsiz küçüklere uygulanacak muamelelere ilişkin prosedürler hakkında çerçeve protokole temel hakları, özellikle dinlenilme hakkı ve avukat hakkı gibi iki güvenceyi ihlal ettiği gerekçesiyle Yüksek Mahkeme önünde itiraz edildiğini belirtmektedir.

16 Başvurucu, Save the Children raporlarından *Infancia y Justicia: una cuestión de Derechos (Çocukluk ve Adalet: Haklar Meselesi)*, 2012, https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/infancia_y_justicia.pdf, ve *Infancias invisibles (Görünmeyen Çocukluklar)*, 2016, <https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/infancias-invisibles-ninos-migrantes-refugiados-trata-save-the-children.pdf>; UNICEF İspanya Heyeti Raporu, *Informe Complementario al V y VI Informe de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en España (İspanya'nın Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin uygulanmasına ilişkin beşinci ve altıncı dönem karma raporuna alternatif rapor)*, 2017, https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/CRC-UNICEF_ESP_publicacion.pdf; Ombudsman raporu, *Asistencia Jurídica a Extranjeros en España (İspanya'daki Yabancılarla Hukuki Yardım)*, 2005, ss. 316–340, <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2005-05-Informe-sobre-asistencia-jur%C3%ADdica-a-los-extranjeros-en-Espa%C3%B1a.pdf>; ve *Fundación Raíces ve diğerleri Raporu, Sólo por estar Solo (Yalnız)*, 2014, <http://www.fundacionraices.org/wp-content/uploads/2014/05/SOLO-POR-ESTAR-SOLO.pdf>.

5.5 Başvurucu, iç hukuk yollarına ilişkin olarak, yaş belirleme kararının yeniden değerlendirilmesine yönelik başvurusunun, ilk olarak savcılık makamının pasaportun gerçeğinin ve bir kişinin kimliğinin meşruiyetini kanıtlayan nesnel bir belge olmadığı gerekçesiyle kararı incelemeyi reddetmesi nedeniyle etkisiz olduğunu vurgulamaktadır.¹⁷ İkinci olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 780. maddesinde öngörülen kanun yolu, rehberlik, destek veya hukuki yardım almayan ve dili bilmeyen refakatsiz küçükler için etkisizdir. Prosedürün süresi ve koruyucu önlemlerin otomatik olmadığı gerçeği, onun etkisizliğini göstermektedir. Bu bağlamda, 3 Nisan 2017 tarihinde vesayet kaldırılmasına ilişkin idari karara karşı bir temyiz bildirimi ile birlikte başvurusunun küçüklerin korunmasına yönelik bir merkeze kabulü şeklinde koruyucu tedbir talebinde bulunulmuştur. Bu temyiz başvurusu 25 Ekim 2017 tarihinde kayda geçmiştir.¹⁸ Üçüncü olarak, başvuru, hasta ve vasisiz bir çocuk olarak kendisine sağlanan korumanın olmaması nedeniyle sınır dışı etme kararına itiraz etmenin etkili bir çözüm olmadığını ve dahası temyiz başvurusunun başvurusunun korumasız durumunun sonuçlarına karşı olmayıp yalnızca sınır dışı etmenin sonuçlarına karşı olduğunu ileri sürmektedir. Yine de başvuru sınır dışı etme kararına itiraz ederek ve ihtilafli idari kararın askıya alınmasını ve Hortaleza'daki küçükler için ilk kabul merkezine geri kabul edilmesini talep ederek bu hukuk yolunu tüketmiştir. 25 Temmuz 2017 tarihinde Madrid 24. İdare Mahkemesi "sınır dışı etme kararı için yürütmeyi durdurma kararı vermiş ancak mahkemenin bu konularda yetkili olmaması sebebiyle bir kabul merkezine yerleştirilme talebine ilişkin karar veremeyeceğine" hükmetmiştir. Dördüncü olarak, başvuru, Fundación Raíces'in başka gerekçelerle bir kişinin yaşını belirlemek için çekişmesiz yargı yetkisini başlattığını ve bunların uygun kanun yolu olmaması gerekçesiyle reddedildiğini belirtmektedir.

Taraf Devlet'in esasa ilişkin görüşleri

6.1 Taraf Devlet, 21 Aralık 2017 tarihli görüşünde, Sözleşme'nin 3. maddesinde güvence altına alınan çocuğun yüksek yararı ilkesinin, başvurusunun yetişkin olması nedeniyle ihlal edilmediğini ileri sürmektedir. Taraf Devlet, kişilerin yetişkin oldukları aşikâr olduğunda değil, yalnızca yaşlarıyla ilgili şüpheler olduğunda küçük olduğunun kabul edilmesi ge-

17 İdare Mahkemesi'nin başvurusunun reşit olmadığı gerekçesiyle sınır dışı etme kararını iptal etmesine rağmen savcılık kararı incelemeyi ikinci kez reddetmiştir.

18 Sonraki iddialara göre, mahkeme temyiz başvurusunu reddetmiştir (bkz. para. 11.2).

rektiğini belirtmektedir. Taraf Devlet'e göre, "hiçbir belgeye sahip olmayan bir kişinin yetişkin gibi görüldüğü mevcut durumda, yetkililer herhangi bir test yapmadan onu yasal olarak yetişkin olarak kabul edebilirler".

6.2 Buna ek olarak Taraf Devlet, Sözleşme'nin 18 (2) ve 20 (1) maddelerine ilişkin olarak çocuğun yüksek yararı ilkesinin ihlal edilmediğini ileri sürerek şunları belirtmektedir: (a) başvuru İspanyol topraklarına ayak basar basmaz kendisine tıbbi yardım sağlanmıştır; (b) masrafları devlete ait olmak üzere kendisine bir avukat ve tercüman hizmetinin yanı sıra belgeler de sağlanmıştır; (c) düzensiz durumuna ilişkin işlemler sırasında haklarının korunmasını sağlamak için durumu derhal yetkili yargı makamına bildirilmiştir; (d) başvuru reşit olmadığını iddia eder etmez, savcılık bilgilendirilmiş ve yetişkin olduğuna geçici olarak karar verilmiştir. Belirleme daha sonra başvuru talebi üzerine gözden geçirilerek düzeltilmiştir. Bu nedenle, Taraf Devlet'in görüşüne göre, başvuru hukuki yardımdan yoksun bırakıldığı veya korumasız bırakıldığı söylenemez.

6.3 Taraf Devlet'e göre, başvuru gerçekten reşit olmasa bile, "İspanya topraklarına yasadışı yollardan girer girmez beyan edilen kimliği kaydedilmiş olduğundan" Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan kimlik hakkının ihlali söz konusu değildir.

6.4 Öte yandan Taraf Devlet, başvuru her zaman dinlenme ve makul gördüğü her türlü iddiada bulunma fırsatına sahip olduğunu iddia ederek, Sözleşme'nin 12. maddesinde yer verilen dinlenme hakkının ihlal edilmediğini ileri sürmektedir.

6.5 Son olarak, Taraf Devlet Sözleşme'nin 20. Maddesinin ihlal edilmediğini iddia etmektedir; çünkü bu madde göre, "yalnızca yaşları ile ilgili şüphe olmadığında küçükler için ileri başvurulabilir. Mevcut davada, bu hak açıkça geçerli değildir".

Taraf Devlet'in esasa ilişkin görüşlerine karşı başvuru yorumları

7.1 5 Mart 2018 tarihli yorumunda başvuru, tüm iç hukuk yollarının tüketilmesi zorunluluğunun olmadığını, yalnızca erişilebilir ve etkili olanları tüketme yükümlülüğünün bulunduğunu ileri sürmektedir.¹⁹ Ayrıca sınır dışı etme kararının temyizi, sınır dışı edilmeme gibi koruyucu tedbirlerin alınmasını sağlarken başvurucuya küçükler merkezine kabul gibi bir koru-

¹⁹ Başvuru, Sözleşme organlarının (CAT/C/42/D/261/2005, para. 7.1) ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin (Moreira Barbosa v. Portekiz; Jeličić v. Bosna Hersek; Karakó v. Macaristan; Aquilina v. Malta; Riad and Idiab v. Belçika; Kozacioğlu v. Türkiye; Micallef v. Malta) içtihatlarına atıf yapmaktadır.

ma tedbiri bile verilmediği düşünüldüğünde iç hukuk yollarının erişilebilirliği ve etkinliği açısından bahsedilen eksikliklerin giderek daha net hale geldiği başvuru tarafından iddia edilmektedir. Bunun yanında, vesayet kaldırılmasına karşı yapılan resmi itirazın bir parçası olarak koruyucu tedbir talebi, devletin eylemsizliği nedeniyle tekrarlanmak zorunda kalınmıştır.²⁰ Başvurucu, Komite'nin kendisinin küçükler için bir merkeze nakledilmesini içeren geçici tedbir talebine Taraf Devlet'in henüz uymadığını ve sokaklarda yaşamak zorunda kalmamak için kişi ve kuruluşlardan yalnızca nadiren yardım aldığını belirtmektedir.

7.2 Başvurucu, Taraf Devlet'in çeşitli kararlarının çocuğun yüksek yararının ihlalini oluşturduğunu özellikle şu kararlar nezdinde ileri sürmektedir: (a) yaşını tam olarak doğrulayan bir kimlik belgesi sunmasına rağmen, başvurunun belgesiz olarak değerlendirilmesi; (b) belgelenmiş olmasına rağmen onu yaş belirleme testlerine tabi tutmak istemesi; (c) sadece bu testlerden geçmeyi reddetmesine dayanarak başvurunun bir yetişkin olarak kabul edilmesi; ve (d) pasaportunu ibraz etmesinden sonra yaş belirleme kararının gözden geçirilmemesi. Başvurucu, Komite'nin, çeşitli Yargıtay kararlarına rağmen uygulamada kimlik belgelerinin gerçek olduğu durumlarda bile, bu tür testlerin yaygın kullanımıyla ilgili endişelerini dile getirdiğini hatırlatmaktadır.²¹

7.3 Son olarak, başvuru, başvuru sürecinin yaş belirleme prosedüründe oynadığı rolün, atadığı avukatın oynayacağı rolün yerini yeterince tazmin ettiğinin söylenemeyeceğini, dolayısıyla yetkililerin kararlarında en önemli husus olan başvurunun yüksek yararının gözetilmesi hakkını ihlal ettiğini ifade etmektedir.

Üçüncü taraf görüşü²²

8.1 3 Mayıs 2018 tarihinde Fransa Ombudsman Ofisi, refakatsiz küçüklerin korunmasına ilişkin olarak çocuğun yüksek yararını korumak için gerekli tüm önlemleri içermesi gereken bir prosedür olan yaş belirleme

20 Daha sonraki bir iddiaya göre, sonunda mahkeme temyiz başvurusunu reddetmiştir (para. 11.2 b).

21 CRC/C/ESP/CO/5-6, para. 44. Ayrıca başvuru, Komite'nin 6 sayılı Genel Yorumu'nun 31(i) paragrafı ile Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Haklarının Korunması Komitesi'nin 4(2017) sayılı ortak genel yorumunu ve Çocuk Hakları Komitesi'nin menşe, transit, varış ve dönüş ülkelerinde uluslararası göç bağlamında çocukların insan haklarına ilişkin devlet yükümlülüklerine dair 23 (2017) sayılı ortak genel yorumunu hatırlatmaktadır.

22 Bu görüş Komite tarafından verilen 11/2017, 14/2017, 15/2017, 16/2017, 20/2017, 22/2017, 24/2017, 25/2017, 26/2017, 28/2017, 29/2017, 37/2017, 38/2017, 40/2018, 41/2018, 42/2018 ve 44/2018 sayılı başvurular ile ilgilidir.

prosedürünü ele alan bir üçüncü taraf görüşü hazırlamıştır.

8.2 Üçüncü taraf görüşü, Greulich ve Pyle yönteminin yetersiz olduğunu ve büyük ölçüde Sahra Altı Afrika, Asya ve Doğu Avrupa'dan gelen ve genellikle istikrarsız sosyoekonomik koşullardan kaçan gençlerden oluşan göçmen nüfusa uygulanamayacağını ileri sürmektedir. Çeşitli araştırmalar, kemik gelişiminin bir kişinin etnik kökenine ve sosyoekonomik durumuna bağlı olarak değiştiğini göstermektedir, dolayısıyla bu yöntemin Avrupalı olmayanların yaşını belirlemek için uygun olmadığı iddiasını desteklemektedir.²³ Bu yöntem, özellikle 15 ila 18 yaşındakiler arasında önemli ölçüde hata payına sahiptir.²⁴ Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'ne göre, Avrupa pediatri dernekleri, diş ve kemik olgunluğunun bir çocuğun yaşının kesin olarak belirlenmesini sağlamadığını açık bir şekilde belirtmişlerdir. Bu testler daha ziyade iki ila üç yıl arasında önemli bir hata payı ile sadece tahminler sağlamaktadır. Kaldı ki bilgilerin yorumlanması bir ülkeden diğerine ve bir uzmandan diğerine değişebilmektedir.²⁵ Komite de devletlere kemik yaşı belirleme yöntemlerini kullanmama çağrısında bulunmuştur.²⁶

8.3 Öte yandan yaş belirleme prosedürleri, yalnızca kişinin yaşı konusunda makul şüpheler olduğunda uygulanmalı ve yaş aksi kanıtlanmadıkça gerçek olduğu kabul edilmesi gereken kimlik belgeleri kullanılarak doğrulanmalıdır.

8.4 Ombudsman, mevcut davayla ilgili şu tavsiyelerde bulunmaktadır: (a) yaş belirlemeleri multidisipliner olmalı ve bir kişinin yaşıyla ilgili makul şüpheler olduğunda tıbbi testler son çare olmalıdır; (b) koruma başvurusu, salt bir kişinin tıbbi testlerden geçmeyi kabul etmediği gerekçesiyle reddedilmemelidir.

23 Fiona M. Bright ve diğerleri, The applicability of Greulich and Pyle atlas to assess skeletal age for four ethnic groups (Dört etnik grup için iskelet yaşını değerlendirmek için Greulich ve Pyle atlasının uygulanabilirliği), *Journal of Forensic and Legal Medicine*, Cilt. 22 (2014), ss. 26–29.

24 Ombudsman diğerlerinin yanı sıra Terry Smith ve Laura Brownless, Age assessment practices: a literary review and annotated bibliography, UNICEF, 2011; Fransa Ulusal Tıp Akademisi, Rapport sur la fiabilité des examens médicaux visant à déterminer l'âge à des fins judiciaires et la possibilité d'amélioration en la matière pour les mineurs étrangers isolés (yasal amaçlarla yaşı belirlemede tıbbi testlerin güvenilirliği ve refakatsiz küçükler bakımından bu alandaki iliştirmeler hakkında), 2007; S. Depallens ve diğerleri., "Détermination de l'âge des jeunes migrants. Position de la Société Suisse de Pédiatrie" (Genç göçmenlerin yaşının belirlenmesi - İsviçre Pediatri Derneği'nin konumu), *Paediatrica*, Cilt. 28, Sayı. 2 (2017), s. 3.

25 Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, Methods for assessing the age of migrant children must be improved (Göçmen çocukların yaşını değerlendirme yöntemleri iyileştirilmelidir), 2011.

26 6 sayılı Genel Yorum ile Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Haklarının Korunmasına Dair Komite'nin 3(2017) sayılı ortak genel yorum ve Çocuk Hakları Komitesi'nin uluslararası göç bağlamında çocukların insan haklarına ilişkin genel ilkelerine dair 22(2017) sayılı ortak genel yorumu.

Üçüncü taraf görüşüne ilişkin tarafların yorumları

9. Taraf Devlet, 6 Ağustos 2018 tarihli yorumunda, Greulich ve Pyle’ın İspanya’da uygulanan tek test olmadığını ve tıbbi testlerin yalnızca kişinin çocuk gibi görünmediği durumlarda yapıldığını belirtmektedir. Taraf Devlet, Yüksek Mahkeme’nin bir kişinin pasaportu veya benzeri bir belgeye sahip olması durumunda, bu belgelerin geçerliliğinden şüphelenmek için makul nedenlerin bulunması veya yetkili makamlar tarafından geçersiz kılınması hariç onu yaş belirleme testine zorlamanın gerekli olmadığına ilişkin içtihadını kabul etmektedir. Dolayısıyla Taraf Devlet, “kişinin yaşını doğrulayan biyometrik verileri içeren gerçek bir resmî kimlik belgesi (pasaport veya benzeri kimlik belgesi) sunması halinde, kişi küçük olarak kabul edildiğinden testlerin yapılmasına gerek olmadığını” kabul etmektedir.

10. Başvurucu 17 Ağustos 2018 tarihli yorumunda, üçüncü taraf görüşüyle aynı fikirde olduğunu ve İspanya Ombudsmanının da aynı doğrultuda karar verdiğini belirtmektedir. Yaş belirleme prosedürünün, reşit olmadığı iddia edilen bir kişinin yaşı konusunda ciddi şüpheler olduğunda, asla rutin bir şekilde değil, başlatılması gerektiğini ve aksi kanıtlanmadıkça kişinin beyanlarının ve delillerin gerçek olduğunun varsayılması gerektiğini tekrarlamaktadır.

Başvurucu tarafından sunulan ek bilgiler

11.1 26 Ekim 2018 tarihinde başvuru Komite’ye, 9 Nisan 2018 tarihinde Madrid 24. İdare Mahkemesi’nin reşit olmadığı gerekçesiyle sınır dışı etme emrini iptal ettiğini ve “pasaportun reşit olmayan davacıyı doğruladığını ve idarenin pasaportun doğruluğunu veya gerçekliğini gözden düşürecek herhangi bir kanıt sunmadığını” bildirmiştir. Karar, mahkeme tarafından 28 Mayıs 2018 tarihinde nihai olarak ilan edilmiştir. Buna rağmen, Taraf Devlet yalnızca yaş belirleme testleri yapmakta ısrar etmekle kalmayıp (bu amaçla başvuru 3 Temmuz 2018 tarihinde Gregorio Marañón hastanesine çağırılmıştır), 23 Temmuz 2018 tarihinde Madrid Savcılığı, yaş belirleme kararı yeniden incelememeye karar vermiştir.

11.2 Başvurucu, 25 Mart 2019 tarihinde Komite’ye 12 Kasım 2018 tarihinde vesayet kaldırılmasına yönelik resmi itirazın reddedildiğini bildirmiştir. Mahkeme, başvuru kişinin İspanya’ya geldiğinde yetişkin olduğunu söylediğini, hem fiziksel görünümünün hem de yaş belirleme testlerinden geçmeyi reddetmesinin “yetişkin olduğunun kanıtı” olduğunu ve pasaportun yaşının yeterli kanıt olmadığını kabul etmiştir.

11.3 Başvurucu, vasisiz kalmaya devam ettiğine, kişi ve kuruluşların zaman zaman desteğiyle hayatını sürdürdüğüne ve Komite tarafından talep edilen geçici tedbirlere uyulmadığına dikkat çekmektedir. Buna ek olarak, Aralık 2016'dan beri derslere katılmasına rağmen, bir vasisi olsaydı sahip olabileceği oturma iznine hala sahip olmadığından resmi marangozluk eğitim sertifikasını alamadığını belirtmektedir.

Komite önündeki meseleler ve işlemler

Kabul edilebilirlik değerlendirmesi

12.1 Bir başvuruda yer alan herhangi bir iddiayı değerlendirmeden önce Komite, başvuru prosedürüne ilişkin Çocuk Hakları Sözleşmesi Seçmeli Protokol'ü kapsamındaki usul kurallarınının 20. kuralına uygun olarak başvurunun kabul edilebilir olup olmadığına karar vermelidir.

12.2 Komite, Taraf Devlet'in, başvurusunun açıkça bir yetişkin gibi görünmesi nedeniyle başvurunun kişi bakımından kabul edilemez olduğu ve başvurusunun tıbbi yaş belirleme testlerinden geçmeyi reddetmesinin yalnızca gerçeğin ortaya çıkmasını engelleme girişimi olarak yorumlanabileceği yönündeki iddiasını dikkate almaktadır. Bununla birlikte Komite, dosyanın, olayların meydana geldiği sırada reşit olmadığını iddia eden genç bir adam olan başvurusunun aslında bir yetişkin olduğuna dair hiçbir kanıt sunmadığını dikkatle ele almaktadır. Komite özellikle başvurusunun Madrid'deki Kamerun Büyükelçiliği tarafından verilen pasaportunu savcılığa sunduğunu ve yaş belirleme kararının gözden geçirilmesini talep ettiğini kaydetmektedir. 26 Haziran 2017 tarihinde Savcılık, pasaportun doğum belgesine dayanılarak düzenlendiği ve orijinliliği olmadığı gerekçesiyle başvurusunun talebini reddetmiş, ancak başka bir gerekçe sunmamıştır. Komite, dava dosyasında başvurusunun menşe ülkesi tarafından verilen resmi pasaportun geçerliliğini sorgulayacak başka herhangi bir bilgi veya kanıt bulunmaması durumunda, son belgenin geçerli sayılabileceğini belirtmektedir.²⁷ Buna göre, Komite başvurunun kişi bakımından Sözleşme ile uyumlu olduğunu ve Seçmeli Protokol'ün 7 (c) maddesi uyarınca kabul edilebilir olduğunu değerlendirmektedir.

12.3 Komite, Taraf Devlet'in başvurusunun iç hukuk yollarını tüketmediği iddialarının onun şu hususları gerçekleştirmemesi sebebiyle kabul etmektedir: (a) ek tıbbi testler için savcılığa başvurmaması; (b) Hukuk Mu-

27 Y.M. v. İspanya (CRC/C/78/D/8/2016), para. 8.2.

hakemeleri Kanunu'nun 780. maddesi uyarınca hukuk mahkemesinde kendisine vasi verilmesinin reddedilmesi kararına itiraz etmemesi; (c) sınır dışı etme emrine İdare Mahkemesi'nde itiraz etmemesi; veya (d) yaşının belirlenmesi için hukuk mahkemesinde çekişmesiz yargı davası açmaması. Ancak Komite, (a) Yüksek Mahkeme'nin reşit olmadığı belgelenmiş olanların yaşını belirlemek amacıyla uygulanacak tıbbi testleri yasaklayan kararları ışığında, ek tıbbi testlerin başvuru için uygun bir çözüm olmayacağını (bkz. para. 2.5.); (b) vesayetin reddedilmesi kararının hukuk mahkemelerinde temyiz edilmesinin, velisi veya avukatı olmayan refakatsiz bir çocuk olarak başvuru için etkili bir hukuk yolu oluşturmadığını (bkz. para. 5.5.); (c) 20 Haziran 2017 tarihinde başvuruçunun, Mahkeme'nin pasaportun başvuruçuya ait olduğu gerekçesiyle bozduğu sınır dışı etme kararına karşı İdare Mahkemesi'ne temyiz başvurusunda bulunduğunu; ancak bu durumun, başvuruçunun yaş belirleme kararının Taraf Devlet tarafından gözden geçirilmesini sağlamadığını (bkz. para. 11.1); ve (d) Fundación Raíces'ın başka sebeplerle yaş belirlemesine yönelik çekişmesiz yargı başvurusunda bulunduğu ancak başvurunun uygun hukuk yolu olmadığı için reddedildiğini, (bkz. para. 5.5.) dikkate almaktadır. Dolayısıyla Komite, Seçmeli Protokol'ün 7 (e) maddesinin mevcut başvurunun kabul edilebilirliğine bir engel teşkil etmediğini düşünmektedir.

12.4 Komite başvuruçunun Sözleşme'nin 6, 18 (2) ve 27. maddeleri kapsamındaki iddialarının kabul edilebilirlik açısından yeterince kanıtlanmadığını düşündüğünden Seçmeli Protokol'ün 7 (f) maddesi uyarınca kabul edilemez bulmuştur.

12.5 Ancak Komite başvuruçunun Sözleşme'nin 2, 3, 8, 12, 20 (1) ve 24. maddeleri kapsamındaki iddialarını yeterince kanıtladığını düşünmektedir. Bu nedenle Komite, şikâyetin bu kısmının kabul edilebilir olduğu kanaatindedir ve esasa ilişkin incelemesine devam etmektedir.

Esasa ilişkin değerlendirmeler

13.1 Komite, başvuruyu Seçmeli Protokol'ün 10 (1) maddesi uyarınca taraflarca kendisine sunulan tüm bilgiler ışığında değerlendirmektedir.

13.2 Komite'nin önündeki mesele, bu davanın koşullarında, başvuruçunun maruz kaldığı yaş belirleme usulünün Sözleşme kapsamındaki haklarını ihlal edip etmediğidir. Başvuruçucu, özellikle şunları iddia etmektedir: menşe ülkesinin makamları tarafından verilen resmî belgelerin asılları dikkate alınmadığı için ayrımcılık mağduru olmuştur; çocuğun yüksek yararı, yaş belirleme prosedürünün hiçbir noktasında dikkate alınmamıştır; din-

lenilme hakkı ihlal edilmiştir; kimlik hakkı ihlal edilmiştir; koruma sistemin-den çıkarıldığı ve yasal temsilcisi olmadığı için ihtiyaç duyduğu tıbbi tedavi uygulanamamaktadır.

13.3 Komite, reşit olmadığını iddia eden bir gencin yaşının belirlenmesinin asli öneme sahip olduğu kanaatindedir, çünkü sonuç bu kişinin çocuk olarak ulusal korumadan hak elde edip edemeyeceği veya bu korumadan hariç tutulup tutulamayacağını belirleyecektir. Benzer şekilde Sözleşme’de yer alan hakların kullanılması bu belirlemeden kaynaklanmaktadır ve bu husus Komite için hayati önem taşımaktadır. Bu sebeple, bir kişinin yaşının belirlenmesinde yasal sürecin varlığı kadar bir temyiz süreci yoluyla sonuca itiraz etme fırsatının da varlığı zorunludur. Buna göre, Komite yaş belirleme süreci boyunca çocuğun yüksek yararının birincil düşünce olması gerektiği kanaatindedir.²⁸

13.4 Komite, aksi kanıtlanmadıkça kimlik belgelerinin gerçek sayılması gerektiğini belirten Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Haklarının Korunmasına İlişkin Komite’nin 4 (2017) sayılı Genel Yorum’unu ve Çocuk Hakları Komitesinin 23 (2017) sayılı Genel Yorum’unu hatırlatmaktadır.²⁹ Ayrıca, bir kişi yalnızca tıbbi testlerden geçmeyi reddettiği için yetişkin olarak ilan edilmemelidir.

13.5 Mevcut davada Komite şu hususları belirtmektedir: (a) tam doğum belgesi de dahil olmak üzere yaş belirleme prosedürü sırasında başvuru-cu tarafından sunulan resmi kimlik belgelerinin asıllarının (belgenin aslı Madrid’deki Kamerun Büyükelçiliği’nde mevcuttur), konsolosluk kimlik kartının, konsolosluk kayıt belgesinin ve pasaport başvuru makbuzunun kendisinin yetişkin olduğunu tespit eden yaş belirleme kararının öncesinde hiçbir surette kabul edilmediği gibi, daha sonra yaş belirleme kararının gözden geçirilmesi talebini desteklemek için yetkililere verilen biyometrik pasaportu da geçerli görülmemiştir; (b) dolayısıyla Taraf Devlet, başvuru-cuyu belgesiz bir göçmen olarak değerlendirmiş ve onun tıbbi testlerden geçmesini talep etmiştir; (c) başvuru-cunun, resmi kimlik belgelerinin asıllarını elinde bulundurduğu için testleri yaptırmayı reddetmesine dayanarak, Küçükler Savcılığı, başvuru-cunun yetişkin olduğuna dair bir karar almıştır; ve (d) başvuru-cu, mecbur bırakıldığı yaş belirleme prosedürü sırasında bir vasi veya temsilcinin yardımından yararlanmamıştır.

13.6 Komite, Taraf Devletin başvuru-cunun açıkça bir yetişkin gibi gö-

28 N.B.F. v. İspanya (CRC/C/79/D/11/2017), para. 12.3.

29 Para. 4.

ründüğü ve bu nedenle, konuyu daha fazla incelemeyen yetişkin olarak kabul edilebileceği yönünde bir sonuca ulaşmasını kabul etmektedir. Bununla birlikte, Komite, yaş değerlendirmesinin sadece bireyin fiziksel görünümünü değil, aynı zamanda psikolojik olgunluğunu da dikkate alması gerektiğini, değerlendirmenin bilimsel, güvenli, adil ve çocuk ve cinsiyete duyarlı bir şekilde yürütülmesi ve belirsizlik durumunda, bireyin çocuk olma olasılığı varsa, o şekilde muamele görmesi için bireye şüpheden yararlanma hakkı tanınması gerektiğini bildiren 6 sayılı Genel Yorumu'nu hatırlatmaktadır.³⁰

13.7 Komite ayrıca, başvuruçunun, yaş belirleme prosedürü sırasında reşit olmadığı iddia edilen bir kişi olarak menfaatlerini savunmak için seçtiği bir vasi veya temsilcinin yardımını almadığı yönündeki Taraf Devlet tarafından reddedilmeyen iddialarına dikkat çekmektedir. Komite, Taraf Devletlerin reşit olmadığını iddia eden her genç için gerekli dil becerilerine sahip nitelikli bir yasal temsilci ataması ya da kendi belirledikleri temsilcilerini tanıması gerektiğini düşünmektedir. Komite, yaş belirleme sürecinde bu kişilere bir temsilci sağlanmasının, onların çıkarlarını ve dinlenilme haklarını korumak için zaruri olduğu görüşündedir. Aksi halde, temsilin vaktinde olmaması önemli bir adaletsizliğe sebep olabilecektir.³¹

13.8 Buna ek olarak Komite Taraf Devlet'in, refakatsiz bir küçüğün, yaşını doğrulayan biyometrik veriler içeren bir pasaport veya benzeri bir kimlik belgesine sahip olması halinde belgelenmiş olarak kabul edildiği yönündeki iddiasını da kabul etmektedir. Bununla birlikte, Komite bu davada başvuruçunun savcılık tarafından herhangi bir kanıt olmaksızın gerçekliği reddedilen biyometrik pasaportunu ibraz ettiğini kaydetmektedir.

13.9 Belirtilenler ışığında, Komite çocuk olduğunu iddia eden başvuruçuya uygulanan yaş belirleme prosedürüne, Sözleşme kapsamındaki haklarını korumak için gereken güvencelerin eşlik etmediği kanaatinde. Mevcut davanın koşullarında, özellikle başvuruçunun egemen bir ülke tarafından verilen resmi kimlik belgelerinin asıllarının dikkate alınmaması, başvuruçunun yaş belirleme testlerinden geçmeyi reddetmesine cevaben yetişkin olarak ilan edilmesi ve devletin bu süreçte başvuruçunun temsilcisinin yardımından yararlanmasına izin vermemesi göz önüne alındığında, Komite tarafından başvuruçuya uygulanan yaş belirleme prosedüründe çocuğun yüksek yararının öncelikli bir husus olarak dikkate alınmadığı ve

30 6 sayılı Genel Yorum, para. 31 (i).

31 N.B.F. v. İspanya (CRC/C/79/D/11/2017), para. 12.8.

Sözleşme'nin 3. ve 12. maddelerinin ihlal edildiği görüşündedir.

13.10 Öte yandan Komite, başvuruçunun orijinal pasaportu da dahil olmak üzere menşe ülkesi tarafından düzenlenen resmî belgelerdeki bilgilere uymayan bir doğum tarihi belirlenerek kimliğinin unsurlarını değiştirmek suretiyle Sözleşmenin 8. Maddesi kapsamında düzenlenen haklarının Taraf Devlet tarafından ihlal edildiğine ilişkin iddialarını dikkate almaktadır. Komite, bir çocuğun yaşının ve doğum tarihinin onun kimliğinin bir parçası olduğu ve Taraf Devletlerin, çocuğu bu kimliğin herhangi bir unsurundan yoksun bırakmadan, çocuğun kimliğini koruma hakkına saygı göstermekle yükümlü olduğu kanaatindedir. Mevcut davada Komite, başvuruçunun reşit olmadığını gösteren tüm resmî belgeleri, bunların geçerliliklerini değerlendirmeden veya içerdikleri bilgileri başvuruçunun menşe ülkesi yetkilileri ile doğrulamadan reddederek Taraf Devlet'in başvuruçunun kimliğine saygı göstermediğini belirtmektedir. Sonuç olarak Komite, Taraf Devlet'in Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğini tespit etmiştir.

13.11 Komite ayrıca, başvuruçunun korunmasız, son derece hassas, refakatsiz ve hasta bir çocuk göçmen olma durumuna ilişkin koruma sağlanamadığına ve bunun yanı sıra bir yetişkin olduğunu kabul ederken aynı zamanda tıbbi tedaviye ve aşılarına ulaşabilmesi için vasisi olmasının şart koşulmasının çelişkili olduğuna dair Taraf Devlet tarafından reddedilmeyen iddiaları dikkate almaktadır. Komite, bu koruma eksikliğinin başvuruçunun çocuk olduğunu kanıtlayan kimlik belgelerini İspanyol makamlarına sunmasından sonra bile devam ettiğini gözlemlemektedir. Tüm bu belirtilenlerin Sözleşme'nin 20 (1) ve 24. maddelerinin ihlalini oluşturduğu görüşündedir.

13.12 Sözleşme'nin 3, 8, 12 ve 20 (1) ve 24. maddelerinin ihlal edildiğini tespit eden Komite, başvuruçunun aynı eylemlerin 2. maddeyi ihlal ettiği yönündeki iddiasını ayrıca değerlendirmeyecektir.

13.13 Son olarak, Komite, Taraf Devlet'in, davası incelenmeyi beklerken bir çocuk koruma merkezine nakledilmesine ve kendisine gerekli tıbbi tedaviyi sağlamaya yönelik geçici tedbirleri uygulamadığına ilişkin başvuruçunun iddialarını dikkate almaktadır. Komite, Taraf Devletlerin Seçmeli Protokol'ü onaylayarak, Seçmeli Protokol'ün 6. maddesi uyarınca talep edilen ve bir başvuruçunun incelenme sürecinde onarılamaz zararları önleyerek bireysel başvuruçunun etkinliğini sağlayan geçici tedbirlere uymayı taahhüt ettiği görüşündedir. Sonuç olarak, Komite talep edilen geçici tedbirlerin uygulanmamasının başlı başına Seçmeli Protokol'ün 6. maddesinin ihlalini oluşturduğu kanaatindedir.

13.14 Bireysel başvuru prosedürüne ilişkin Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Ek Seçmeli Protokol'ün 10 (5) maddesi uyarınca hareket eden Komite, önündeki olguların Sözleşme'nin 3, 8, 12, 20 (1) ve 24. maddeleri ile Seçmeli Protokol'ün 6. maddesinin ihlal edildiğini ortaya koyduğunu tespit etmektedir.

14. Sonuç olarak, Taraf Devlet, başvurucuya Taraf Devletteki idari statüsünü düzenleme fırsatı sağlamak da dahil olmak üzere, ihlaller için etkili bir tazmin sağlamalıdır. Buna ek olarak, Taraf Devlet özellikle muhtemel refakatsiz çocukların yaşını belirlemeye yönelik tüm prosedürlerin Sözleşme'ye uygun bir şekilde yürütülmesini sağlama ve gelecekte benzer ihlalleri önleme yükümlülüğü altındadır. Taraf Devlet bu tür işlemlere tabi kişilerin ibraz ettikleri belgelerin dikkate alınmasını ve bu kişilere ivedilikle ücretsiz olarak nitelikli bir yasal temsilci atanmasını veya serbestçe atanmış avukatlarının tanınmasını sağlama yükümlülüğü altındadır.

15. Komite, Taraf Devlet'in Seçmeli Protokol'e taraf olmakla, Sözleşme'nin veya onun iki temel Seçmeli protokolünün ihlal edilip edilmediğini belirleme konusunda Komite'nin yetkisini tanıdığını hatırlatmaktadır.

16. Seçmeli Protokol'ün 11. maddesi uyarınca Komite, Taraf Devlet'ten en kısa sürede ve 180 gün içinde Komite'nin görüşlerini yürürlüğe koymak için aldığı önlemler hakkında bilgi vermesini istemektedir. Sözleşme'nin 44. maddesi uyarınca Taraf Devlet'ten Komite'ye sunduğu raporlara bu tür tedbirlere ilişkin bilgileri dahil etmesi de talep edilmektedir. Son olarak, Taraf Devlet'ten mevcut görüşleri yayımlaması ve bunları geniş çapta yayması istenmektedir.

Birleşmiş Milletler
Çocuk Hakları Sözleşmesi

ÇHK Başvuru No:81/ Karar No:16/2017

Dağıtım: Genel
10 Temmuz 2019
Orijinal: İspanyolca

Çocuk Hakları Komitesi

Komite tarafından Çocuk Hakları Sözleşmesine Ek Başvuru Usulüne İlişkin Seçmeli Protokol kapsamında 16/2017 Numaralı Başvuruya dair kabul edilen görüşler^{*}, ^{}**

<i>Başvuruda bulunan:</i>	A.L. (sivil toplum kuruluşu Fundación Raíces tarafından temsil edilmektedir)
<i>Mağdur olduğu iddia edilen:</i>	A.L.
<i>Taraf devlet:</i>	<i>İspanya</i>
<i>Başvuru tarihi:</i>	15 Mayıs 2017
<i>Karar tarihi:</i>	31 Mayıs 2019
<i>Konu:</i>	Refakatçisiz küçük olduğu iddia edilen kişinin yaşının tespiti
<i>Usuli meseleler:</i>	Kişi bakımından kabul edilemezlik; iç hukuk yollarının tüketilmemesi
<i>Sözleşme'nin ilgili maddeleri:</i>	3, 8, 12, 18 (2), 20, 27 ve 29
<i>Seçmeli Protokol'ün ilgili maddeleri:</i>	7 (c), (e) ve (f)

1.1 Başvuru sahibi A.L., 29 Şubat 2000 doğumlu bir Cezayir vatandaşıdır. Başvurucu, sözleşmenin 3, 8, 12, 18 (2), 20, 27 ve 29. maddelerinin ihlali nedeniyle mağdur olduğunu iddia etmektedir. Başvuru usullerine ilişkin Seçmeli" Protokol, Taraf Devlet'te 14 Nisan 2014'te yürürlüğe girmiştir.

1.2 İhtiyari Protokol'ün 6. maddesi uyarınca Komite adına hareket eden Bireysel Başvuru Çalışma Grubu, 22 Mayıs 2017 tarihinde Taraf Devlet'ten başvurucuyu menşe ülkesine göndermemesini ve dosyanın Ko-

* Çeviren İsmail DEDE

** Komitenin 81. oturumunda kabul edilmiştir. (13-31 Mayıs 2019).

** Başvurunun incelenmesinde yer alan Komite üyeleri: Suzanne Aho Assouma, Amal Salman Aldoseri, Hynd Ayoubi Idrissi, Bragi Gudbrandsson, Philip Jaffé, Olga A. Khazova, Cephass Lumina, Gehad Madi, Faith Marshall-Harris, Benyam Dawit Mezmur, Mikiko Otani, Luis Ernesto Pedernera Reyna, José Ángel Rodríguez Reyes, Aïssatou Alassane Sidikou, Ann Marie Skelton, Velina Todorova and Renate Winter.

mite tarafından değerlendirilmesi sırasında başvurunun çocuk koruma merkezine yerleştirmesi talep edilmiştir.

1.3 Komite adına hareket eden Bireysel Başvuru Çalışma Grubu 6 Kasım 2017’de, Taraf Devlet’in başvurunun kabul edilebilirlik ve esasının ayrı ayrı değerlendirilmesine ilişkin talebini reddetme kararı vermiştir.

Başvurucu tarafından ileri sürülen olaylar

2.1 11 Nisan 2017 tarihinde, başvurunun içinde sehayat ettiği, yasal olmayan biçimde İspanya’nın Almeria kentine girmeye teşebbüs eden teknenin yolu İspanyol Ulusal Polisi ve Kızıl Haç tarafından kesilmiştir. Polis tarafından göz altına alındığında, herhangi bir belgesi bulunmayan başvuru küçük olduğunu beyan etmiştir.

2.2 13 Nisan 2017 tarihinde başvuru, önce polis merkezine ve sonra Torrecárdenas İhtisas Hastanesi’ne transfer edilmiş ve orada, aynı gün yaşının tespit edilebilmesi için Greulich ve Pyle atlasının kullanıldığı röntgen testi başvurunun sol eli üzerinde icra edilmiştir. Röntgen sonuçları, başvurunun kemik yaşının “19 yaşının üstünde” olduğunu göstermiştir.¹

2.3 15 Nisan 2017 tarihinde başvuru, Almeria Eyaleti Savcılığı önüne çıkarılmıştır. Aynı günün ilerleyen saatlerinde Savcılık, Röntgen testi sonuçlarına dayanarak, başvurunun yetişkin olduğunu gösteren bir iddianame (kararname) hazırlamıştır.² Ayrıca, aynı gün Almeria 5 Numaralı Soruşturma Mahkemesi, başvurunun Madrid, Aluche’de bulunan yetişkinlere özel yabancıları alıkoyma merkezine yerleştirilmesine hükmetmiştir. Savcılık yerleşkesindeki hücrede dört gün geçirdikten sonra başvuru, 19 Nisan 2017 tarihinde alıkoyma merkezine transfer edilmiştir. Başvuru hiçbir noktada dinlenilmediğini, hakları konusunda bilgilendirilmediğini ve avukata veya İspanyolca bilmemesine rağmen Arapça ya da Fransızca tercümana erişiminin sağlanmadığını iddia etmektedir.

2.4 28 Nisan 2017 tarihinde sivil toplum kuruluşu Fundación Raíces’in (başvurunun yasal temsilcisi) bir çalışanı, başvuru yabancıları alıkoyma merkezinde ziyaret etmiştir. Başvuru küçük olduğunu, 29 Şubat 2000 tarihinde doğduğunu ve Cezayir’deki ailesinin elinde bulunan doğum belgesinin bunu kanıtlayacağını çalışana doğrulamıştır. 12 Mayıs 2017 tarihinde başvuru, Fundación Raíces’e, Kızıl Haçın takip eden haf-

1 Başvuru Torrecárdenas İhtisas Hastanesi’nin radyoloji bölümü tarafından tanzim edilen 13 Nisan 2017 tarihli test sonucunu bir nüshasını sunmuştur.

2 İspanya’da erginlik yaşı 18’dir.

ta başvurucunun muhtemelen Cezayir'e sınır dışı edileceğini söylediğini, zira her hafta bir geminin alikoyma merkezindeki Cezayirlileri taşımak için Almeria'dan Cezayir'e gitmek üzere kalktığını bildirmiştir.

2.5 Başvurucu, 17 Mayıs 2017 tarihinde, alikoyma merkezindeki gardiyanlardan biri tarafından bir sopayla dövüldüğünü iddia etmektedir. Başvurucu, bu türden şiddet olayının alikoyma merkezinde yaygın olduğunu söylemektedir. Başvurucu, dövülmesinin ardından herhangi bir tıbbi destek almadığını iddia etmektedir. Aynı gün, başvurucu açlık grevine başlamıştır.

2.6 18 Mayıs 2017 tarihinde, Fundación Raíces başvurucunun 29 Şubat 2000 tarihinde doğduğunu doğrulayan, Arapça dilindeki doğum belgesinin bir kopyasını³ faks aracılığıyla teslim almıştır. 22 Mayıs 2017 tarihinde, doğum belgesi Almeria 5 Numaralı Soruşturma Mahkemesi'ne, yaş tespiti hükmünün temelini yeniden incelemesi için ibraz edilmiştir. Başvurucu, mahkemeden hiçbir yanıt almadığını iddia etmektedir.

2.7 Başvurucu, İspanyol Anayasa Mahkemesi'nin 9 Eylül 2013 tarih ve 172/2013 sayılı kararında da teyit ettiği üzere, Savcılık tarafından verilen yaş belirleme kararlarına karşı mahkemeye başvuru yolu bulunmadığından, mevcut olan tüm iç hukuk yollarını tükettiğini işaret etmektedir.

Şikâyet

3.1 Başvurucu, maruz kaldığı yaş belirleme sürecinde, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olarak çocuğun yüksek yararının dikkate alınmadığını iddia etmektedir. Başvurucu, Komite'nin kendisinin de belirttiği gibi, çeşitli özerk topluluklar göz önüne alındığında, Taraf Devletin refakatsiz küçükleri korumak için tek tip bir protokolü olmadığını olmadığına dikkat çekmektedir.⁴

3.2 Başvurucu İspanya'da halihazırdaki tek yaş belirleme metodunun, tıbbi görüş ve kişinin fiziksel özelliklerine dayanan tahminler olduğunu bildirmektedir. Olgunlaşma yönelik gelişim düzeyini değerlendirmek için yüz yüze görüşmeye dayanan "psikososyal ve gelişimsel tahminler" ve "mevcut belgelere, bilgilere ve yerel bilgilere dayanan tahminler" gibi diğer yöntemler kullanılmamaktadır. İspanya'da kullanılan ana yöntem, 1950'lerde Amerika Birleşik Devletleri'nde üst orta sınıf geçmişine sahip

3 Başvurucu, doğum belgesinin bir nüshasını sunmuştur.

4 Başvurucu, İspanya'nın birleştirilmiş üçüncü ve dördüncü dönemsel raporlarına ilişkin Komite'nin nihai gözlemlerine atıf yapmaktadır (CRC/C/ESP/CO/3-4).

6,879 sağlıklı çocuk üzerinde yapılan bir çalışmanın sonucu olan Greulich ve Pyle atlasına göre değerlendirilen röntgen testidir. Test, bir kişinin içinde bulunduğu yaş aralığını tahmin etmeyi mümkün kılmaktadır. Çalışma, daha sonra yapılan diğer çalışmalar gibi, yalnızca gösterge niteliğindedir ve belgesiz kişilerin yaşını belirleme aracı olarak değil, başka amaçlar için tasarlanmıştır. Başvurucu, kronolojik yaş ile bir kişinin kemik olgunlaşma hızının tahmini veya bir kişinin ne kadar uzun boylu olacağına dair tahminler gibi tıbbi amaçlar için yararlı olan klinik testler yoluyla gerçekleştirilen istatistiksel bir kavram olan kemik yaşı arasında ayırım yapılması gerekliliğine dikkat çekmektedir. Ne var ki kronolojik yaş, bir kişinin yaşadığı zamanın uzunluğudur. Çocuğun büyümesi ve gelişimi onun genetik, patolojik, beslenme, hijyen ve sosyal statüsünü yansıtan sağlık faktörlerinden etkilenebileceğinden, kemik yaşı ve kronolojik yaş mutlaka aynı değildir.⁵ Başvurucu, çeşitli çalışmalara göre, bir kişinin sosyoekonomik durumunun kemik gelişiminin temel belirleyicisi olduğunu da eklemektedir.

3.3 Başvurucu, yaş belirleme sürecinde çocuğun yüksek yararının öncelikli olması gerektiğini ve tıp etiğine uygun olarak sadece gerekli tıbbi testlerin icra edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Ortaya çıkan tıbbi raporlar her zaman yanılma payını göstermelidir. Buna ek olarak, röntgen testleri radyoloji alanında uzmanlaşmış tıbbi personel tarafından çekilmeli ve okunmalı⁶ ve sonuçların genel değerlendirmesi genellikle olduğu gibi radyoloji bölümleri tarafından değil; hukuk ve adli tıpta uzmanlaşmış ağılık personeli tarafından yapılmalıdır. Son olarak, yaş değerlendirmeleri çeşitli ek delil ve testlerden yararlanmalıdır.⁷ Ayrıca, İspanya'da yabancı uyrukluların hakları, özgürlükleri ve sosyal entegrasyonuna ilişkin 4/2000 sayılı Temel Kanun'un 35. maddesine göre bir çocuğun yaşını belirleme testi, kimlik belgelerini bulduran çocuklara icra edilememelidir.⁸

5 Başvurucu, I. Díez López et al., "Valoraciones médico-legales sobre la determinación de la edad cronológica mediante pruebas radiológicas en torno a los 18 años" (18 yaş civarındaki kişilerin kronolojik yaşının X-ray testleri ile belirlenmesine ilişkin tıbbi-hukuki bakış açıları), *Pediatría Endocrinología y Neuroendocrinología en España*, Cilt. 3, No. 1, 2012, ss. 12-18'e atıfta bulunmaktadır.

6 Başvurucu, İspanya Ombudusmanı raporuna atıfta bulunmaktadır: *¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad* (Küçük mü, Ergin mi?, Yaş tespiti prosedürleri), 2010.

7 Başvurucu, J.L. Prieto, *Determinación de la edad en jóvenes indocumentados (Protocolo de actuación médico forense)* (Belgesiz Gençlerin Yaşlarının Tespiti (Forensic Tıbbi Protokol)), Madrid Adli Anatomi Enstitüsü'ne atıf yapmaktadır.

8 Başvurucu, ayrıca, Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu (UNICEF), İspanyol Hukukçular ve Banesto Genel Konseyi; *Ni ilegales ni invisibles, realidad jurídica y social de los menores extranjeros en España* (Ne Yasadışı Ne De Görünmez: İspanya'daki Yabancı Küçüklerin Adli ve Sosyal Gerçekliği), 2009, raporuna ve La Merced-Migraciones-Mercedarios, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği, Çocukları Kurtarın (Save the Children), Comillas Pontifical Üniversitesi'ndeki Küçükler için Santander Programı, Baketik ve İspanyol Katolik Göç Derneği (Asociación Comisión Católica Española de Migración); *Aproximación a la protección internacional de los menores no acompañados en España* (Refakatsız Küçüklerin Uluslararası

3.4 Başvurucu, refakatsiz bir çocuğun yüksek yararının temini açısından anahtar rol üstlenecek vasi ya da temsilci atanmadığından, Sözleşme'nin 18 (2) ve 20 (1) maddeleri ile okunduğunda 3. madde ihlalinin mağduru olduğunu iddia etmektedir.⁹ Başvurucu, küçük olduğunu ifade etmesine, daha sonra, bu gerçeği doğrulayan ve menşe ülkesi tarafından usulüne uygun olarak sağlanan doğum belgesi ibrazına rağmen bir röntgen filmine dayanılarak yetişkin olarak ilan edildiğini ve savunmasız bırakıldığını ileri sürmektedir.

3.5 Başvurucu, Taraf Devlet'in Sözleşme'nin 8. maddesinde güvence altına alınan kimlik hakkını ihlal ettiğini ileri sürmektedir. Başvurucu, yaşın kimliğin temel bir yönü olduğunu ve Taraf Devlet'in, özellikle kabul ülkesinde çocuğun akrabaları bulunmadığında, kimliği zedelememe ve ayrıca kimliğin unsurlarını koruma ve tazminini sağlamakla yükümlü olduğunu işaret etmektedir.

3.6 Başvurucu, taraf Devlet kendisine dinlenme fırsatı vermediği için Sözleşme'nin 12. maddesinin ihlalden mağdur olduğunu iddia etmektedir.

3.7 Başvurucu ayrıca, aile ortamından yoksun bir çocuk olarak kendisine Taraf Devlet'in yükümlü olduğu korumayı sağlamadığı için Sözleşme'nin 20. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmektedir. Taraf Devlet'in, kesin bir kanıt olmaksızın kendisini hemen bir yetişkin olarak gördüğünü ve böylece kendisini sağlamakla yükümlü olduğu korumadan mahrum bıraktığını eklemiştir.

3.8 Son olarak başvuru, çıkarlarını gözetmesi için bir vasi atanmamasının düzgün gelişimini engellediğinden hareketle, Sözleşme'nin 27 ve 29. maddeleri kapsamındaki haklarının ihlali nedeniyle mağdur olduğunu iddia etmektedir.

3.9 Başvurucu takip eden şu olası: (a) Taraf Devletin, yapılan tıbbi teste dayanarak yaşını belirlemenin imkansız olduğunu kabul etmesi; (b) Savcılık tarafından verilen yaş belirleme kararlarına mahkemelerde itiraz etmenin mümkün kılınması; ve (c) küçük olarak tanınmanın bahsettiği, dinlenilme, kamu otoritesi tarafından korunma, yasal olarak temsil edilme, eğitim alma, oturma ve çalışma iznini de içeren topluma entegre olmasını ve kendini tamamen geliştirmesini sağlayacak hakları kullanmaya yetkin olduğunun tanınması, çözümlerini önermektedir.

Korunmasına Yönelik Yaklaşımlar), Madrid, La Merced Migraciones, 2009, raporuna atıfta bulunmaktadır.

9 Başvurucu, menşe ülkeleri dışında refakatsiz ve ailesinden ayrı düşmüş çocuklara yönelik muameleye ilişkin Komite'nin 6 (2005) sayılı genel yorumuna atıfta bulunmaktadır, para. 21.

Taraf Devlet'in kabul edilebilirliğe ilişkin görüşleri

4.1 Taraf Devlet, 16 Ağustos 2017'de sunduğu görüşte, başvurunun yasal olmayan yollardan İspanya'ya girdiği gün, Almeria'daki bahsi geçen polis karakolunda, çevirmen eşliğinde, adının A.L. değil, A.E.A. olduğunu ve Cezayir'de, 21 Şubat 1998 yılında doğduğunu belirttiğini ileri sürmektedir. Taraf Devlet, "bir noktada küçük olduğu iddia edilen" başvurucuya yaş belirleme testlerinden geçme fırsatı verildiğini ve başvurunun bu konuda açık ve aydınlatılmış rıza verdiğini ileri sürmektedir. Taraf Devlet, başvurunun İspanya'ya yasadışı girişi nedeniyle, menşe ülkesine geri gönderilmesi amacıyla sınır dışı etme işlemlerinin başlatıldığına işaret etmektedir.

4.2 Taraf Devlet, başvuru yetişkin olduğu için, başvuru hakkını kötüye kullandığı ve İhtiyari Protokol'ün 7 (c) ve (f) hükümleri uyarınca yeterince delil sunulmadığı gerekçesiyle başvurunun *kişi bakımından* kabul edilemez olduğunu iddia etmektedir. Bu aşıkardır, çünkü: (a) kendisi İspanya'ya yasal olmayan yollardan girdiği tarihte belgesizdir ve asla kimliğine ilişkin herhangi bir belge sunmamıştır; (b) kendisinin yasal olmayan yollardan giriş yaptığı gün polis merkezinde çekilen fotoğraflarda görüldüğü gibi, bir yetişkin görünümüne sahiptir¹⁰; (c) objektif bir test icra edilmiş, bu testin sonuçları başvurunun 19 yaşından büyük olduğunu işaret etmektedir; (d) kendisi İspanyol otoritelerini soyadı konusunda yanlış yönlendirmiştir, ilkinde soyadının E.A. olduğunu, sonra L. olduğunu bildirmiştir. Dolayısıyla bu dosyada, başvurunun küçük olduğuna ilişkin güvenilir delil bulunmaması, aksine kendisinin erginlik yaşına ulaştığına dair delilin bulunmasının, bu başvurunun kabul edilebilir görülmesinin "sadece başvurunun ücret karşılığı hizmetlerinden yararlandığı, yasa dışı göçmen kaçakçılığı mafyalarının menfaatine olacağını" ifade etmektedir.

4.3 Taraf Devlet tüm bunların ötesinde Seçmeli Protokol'ün 7 (e) maddesi uyarınca aşağıdaki koşullar göz önüne alındığında başvuru, tüm iç hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez: (a) başvuru yapılan tıbbi testlerin yetersiz olduğu görüşünde olsaydı, ek testin yapılması için Savcılığa başvurabilirdi; (b) yargılama usulüne ilişkin 1/2000 Numaralı Kanun'un 780. maddesinde oluşturulan prosedür uyarınca başvuru, herhangi bir kararın gözden geçirilmesi için başvuruda bulunabilir; (c) başvuru sınır dışı edilmesine ilişkin iddialarını, idare mahkemesi önünde ileri sürebilir; (d) başvuru, çekişmesiz yargı işlerine ilişkin 15/2015

10 Taraf Devlet, fotoğrafların kopyasını sunmuştur.

Numaralı Kanun uyarınca, adli yargı önünde yaş belirleme prosedürüne dair çekişmesiz yargı işini başlatabilir.

Başvurucunun, Taraf Devlet'in kabul edilebilirlik konusunda sunduğu görüşlere ilişkin yorumları

5.1 4 Ekim 2017 tarihindeki yorumlarında başvuru, Almeria'ya vardığında başlatılan yaş belirleme prosedüründe açıkça ortaya konduğu üzere, otoritelere mütamadiyen küçük olduğunu iddia ettiğini ileri sürmektedir. Taraf Devlet'in soyadından kaynaklanan iddiaları hakkında başvuru, E.A. ve L. arasında fonetik benzerliğin Arapça bilmeyen biri tarafından fark edilemeyebileceği ve E.A.'nın İspanyolca konuşan biri için soyadını yazmak için en kolay yol olabileceğini ileri sürmektedir. Kimsenin kendisini tıbbi bir testin planlandığı yönünde bilgilendirmediğini ve bu nedenle, herhangi bir temsil veya refakate erişimi olmadığından, açık ve aydınlatılmış rıza vermediğini belirtmektedir.

5.2 Taraf devletin iddialarının aksine, başvuru yetişkin olduğunun doğulanamayacağını ileri sürmektedir. Başvuru: (a) belgesiz olduğu gerçeğinin, İspanya'ya girdiğinde yetişkin olduğuna dair somut bir delil teşkil etmeyeceğini; (b) Taraf Devlet'in başvuru dış görünüşüne ilişkin subjektif değerlendirmelerinin mantığa dayanmadığı ve nazara alınamayacağını; (c) icra edilen röntgen testinin sonuçlarının objektif delil olarak nazara alınamayacağını, zira bu testlerin hata payının bulunduğunu; ve (d) 22 Mayıs 2017 tarihinde, küçük durumunda olduğunu tasdikleyen doğum belgesinin bir örneğini Savcılığa ve Almeria 5. Numaralı Soruşturma Mahkemesi'ne ibraz ettiğini iddia etmektedir. Ayrıca başvuru, Taraf Devlet doğum belgesini küçük olma satatüsünün güvenilir bir kanıtı olarak görmese bile çocuğun yüksek yararı uyarınca, şüpheden yararlanarak küçük olarak varsayılması gerektiğini ileri sürmektedir.

5.3 Tüm iç hukuk yollarının tüketilmesiyle ilgili olarak başvuru, Seçmeli Protokol'ün 7 (e) maddesinin, bu hukuk yollarının etkili bir çözüm getirme olasılığının düşük olduğu durumlarda, tüm iç hukuk yollarının tüketilmesinin gerekli olduğunu belirttiğini işaret etmektedir. Başvuru, Taraf Devlet'in, iç hukuk yollarının erişilebilirliği veya etkililiği hakkında yorum yapmadan resmi olarak mevcut hukuk yollarının bir listesini sunduğunu, ancak ispat yükünün Taraf Devlet'e düştüğünü iddia etmektedir.¹¹ Başvu-

11 Başvuru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, *Akdivar ve Diğerleri v. Türkiye*, 16 Eylül 1996, ve İnsan Hakları Amerika Mahkemesi'nin *Galindo Cárdenas et al. v. Peru* davalarına atıfta bulunmaktadır.

rucu, yaş belirleme kararlarına doğrudan mahkemelerde itiraz edilemeyeceğini ve bu kararların etkilerine vesayet veya çocuk koruma hizmetlerinden koruma talep edilerek itiraz edilip edilemeyeceğine bakılmaksızın, çocukları tamamen savunmasız bıraktığını yinelemektedir. Başvuru sahibi, sınır dışı etme kararının yerine getirilmesinden önce reşit olmadığını kanıtlayabileceği etkili hukuk yollarına erişiminin olmadığını, zira Taraf Devlet tarafından sıralanan hukuk yollarından hiçbirinin bir sınır dışı etme işleminin yürütülmesi üzerinde erteleyici bir etkisi olmadığını ileri sürmektedir.

5.4 Son olarak başvurucu, çocuk koruma merkezine transfer edilmeksizin ve Madrid Özerk Topluluğu tarafından koruma sağlanmaksızın, sadece yabancıları alıkoyma merkezinde kalış süresinin 60 gün olması nedeniyle serbest bırakıldığı göz önüne alındığında, Taraf Devlet'in Komite tarafından emredilen geçici koruma tedbirlerini tam olarak yerine getirmediğini iddia etmektedir. Başvurucu, İspanya Ombudsmanı'nın 22 Eylül 2017 tarihinde konuya ilişkin "İlgili kişi serbest bırakılmış olmasına rağmen, Çocuk Hakları Komitesi nezdinde başlatılan kovuşturmayı veya bu Komite'nin talebini kolluk kuvvetlerinin dikkate almadığı"¹² şeklinde bir açıklama yayınladığını eklemektedir.

Taraf Devlet'in başvurunun esasına ilişkin sunduğu görüşler

6.1 Taraf Devlet 14 Mart 2018 tarihli gözlemlerinde, olaylara ilişkin açıklamasını ve başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin argümanlarını yinelemekte ve başvurunun İspanya'da sığınma talebinde bulunmadığını kaydetmektedir. Taraf Devlet, başvurunun kişisel ve aile bağlarının bulunduğu menşe ülkesine dönmesinin onu onarılamaz bir zarar riskiyle karşı karşıya bırakacağına veya bunun istisnai bir durum teşkil etmeyeceğine dair hiçbir kanıt bulunmadığını kaydetmekte ve başvurunun sınır dışı edilmesi durumunda karşılaşılabileceği olası yakın tehlikeye dair herhangi bir delil sağlamadığını da eklemektedir.

6.2 Taraf Devlet, Seçmeli Protokol kapsamında bir başvurunun kabulü için asgari kriterin, başvurunun çocuk olduğuna dair en azından temel bir delil sunması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu bağlamda Taraf Devlet, başvurunun verileriyle kontrol edilebilecek biyometrik verilerden yoksun bir doğum belgesi fotokopisinin delil teşkil etmediğini iddia etmek-

12 Başvurucu kendi durumuna ilişkin 22 Eylül 2017 tarihli İspanya Ombudsmanı'nın açıklamasının bir kopyasını sunmuştur.

tedir. Sertifikadaki verilerin başvuruçunununkine karşılık geldiğini gösteren hiçbir döne bulunmamaktadır. Taraf Devlet ayrıca İspanya’da refakatsiz olduğu varsayılan küçüklerle ilgilenmek için özel bir protokolün (MENA Protokolü) uygulanması hakkında bilgi sunmakta ve bu prokol uyarınca, bir kişinin küçük olduğunu iddia ettiği ve “küçük olduğunun açıkça anlaşıldığı” durumlarda bu kişinin derhal İspanyol çocuk koruma makamlarına sevk edildiğini bildirmektedir.

6.3 Taraf Devlet, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin *Ahmade v. Yunanistan* kararıyla tıbbi yaş belirleme testlerinin insan haklarına uygunluğunun kabul edildiğine işaret etmektedir.¹³ Bu kararda Mahkeme, başvuruçunun dış röntgeni çektirmeyi reddetmesini, testin iddia ettiği yaşta olmadığını ortaya çıkaracağından korktuğunun bir işareti olarak yorumlamıştır. Buna ek olarak Taraf Devlet *M.E.B. v. İspanya*¹⁴ dosyasındaki başvuruçunun, röntgen kanıtının kendisini 18 yaşında olduğu sonucuna götürmesine rağmen küçük olduğunu ileri sürdüğünü ve İspanyol polisinin başvuruçunun menşe ülkesinde yürüttüğü takip eden soruşturmalarda, M.E.B.’nin sahte kimlik kullanmaya çalıştığı ve aslında 20 yaşında olduğunun tespit edildiğini aktarmaktadır.

6.4 Tüm iç hukuk yollarının tüketilmesiyle ilgili olarak Taraf Devlet, başvuru sahibinin, iç hukuk yollarından herhangi birini işletmeye girişmemişse, bu hukuk yollarının etkisiz olduğunu iddia edemeyeceğini ileri sürmektedir.

6.5 Başvuruçunun çocuğun yüksek menfaatinin ihlal edildiğine yönelik ileri sürdüğü iddialarla ilgili olarak Taraf Devlet, sunulan şikayetin genel olduğu ve görünüşe göre başvuruçunun tıbbi yaş belirleme testlerine dayalı olarak reşit olma yaşına ulaştığını gösteren herhangi bir bulgunun Sözleşme’nin ihlali anlamına geldiği, argümanına dayandığını ileri sürmektedir. Komite’nin 6 No’lu genel yorumunda tesis edilen küçüklük karinesi, bireyin açıkça ergin olduğu, yerel makamların herhangi bir testin icrasına gerek olmaksızın kişiyi hukuken ergin olarak dikkate alabileceği durumlarda değil; şüphe halinde devreye girer. Bununla birlikte, mevcut davada yetkililer, başvuru sahibine yaşını belirlemek için objektif tıbbi testlerden geçme fırsatı vermiştir.

6.6 Taraf Devlet güvenilir delillerin yokluğunda ve yalnızca beyana dayanarak, başvuru sahibini reşit olmayanların bulunduğu bir merkezde tu-

¹³ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, *Ahmade v. Yunanistan*, Başvuru No. 50520/09, 25 Eylül 2012 para. 77-78.

¹⁴ *M.E.B. v. İspanya* (CRC/C/75/D/9/2017).

tamaz, çünkü bu durum reşit olmayanlar için ciddi bir istismar ve kötü muamele riski oluşturabilir.

6.7 Başvurucunun, Sözleşme'nin 18 (2) ve 20 (1) maddeleriyle bağlantılı olarak yüksek menfaatinin ihlal edildiği iddiasına ilişkin olarak Taraf Devlet, başvuru sahibinin İspanyol makamları tarafından kurtarıldığını bildirmeyi ihmal ettiğine dikkat çekmekte; çürük bir teknede İspanya topraklarına vardığında sağlık görevlileri tarafından kendisine bakıldığını, kendisine ücretsiz bir avukat ve tercüman sağlandığını, küçük olduğunu iddia eder etmez bu durumun, çocuğun yüksek menfaatlerini korumaktan sorumlu kurum olan Savcılığa bildirildiğini ve başvurucunun şu anda özgür olduğunu ve sosyal yardım aldığını ileri sürmektedir. Sonuç olarak, bu dosyada gerçek bu olmasa da başvurucu küçük varsayılsa bile, hukuki yardım ve koruma eksikliğinden söz edilemez.

6.8 Başvurucunun kimlik hakkına dair iddialara ilişkin olarak Taraf Devlet, adayın bırakın doğrulanabilir biyometrik verileri bir yana, adına düzenlenmiş herhangi bir resmi kimlik belgesi sunmadığını vurgulamaktadır. İspanyol makamları yine de, kendisini yasadışı bir şekilde İspanyol topraklarına girdiği sırada verdiği adla kayıt altına almıştır.

6.9 Taraf Devlet ayrıca Sözleşme'nin 27 ve 29. maddelerinin ihlal edilmediğini iddia etmektedir. Başvurucunun, gözaltı merkezinde azami kalış süresi dolana kadar Taraf Devlet tarafından bakıldığını, daha sonra serbest bırakıldığını ve bu noktada "eşgüdümlü yardım" almaya başladığı ve sağlık sigortasının başladığını ileri sürmektedir. Bu nedenle başvurucunun gelişim hakkı ihlal edilmemiştir.

6.10 Başvurucu tarafından ilk yorumunda önerilen olası çözümlere ilişkin olarak Taraf Devlet, başvuru sahibinin "kendisinin yaşının kesin olarak belirlenebileceği herhangi bir yol" talep etmediğini veya önermediğini ileri sürmektedir. Ayrıca, menşe olduğu varsayılan ülkenin yetkililerinin, başvurucunun bilgilerini doğrulamak için bir soruşturma yürütmesini de önermemektedir. Ergin görünümlü bir kimsenin yalnızca beyanına dayanarak küçük olduğu kabul edilemeyeceğinden İspanya'nın A.L.'nin yaşını belirlemenin imkansızlığını tanınmasını talep etmesi, bir çözüm değildir. Savcılık tarafından çıkarılan yaş belirleme kararlarına mahkemelerde itiraz edilebilirliği başvurusuna ilişkin olarak Taraf Devlet, bu tür kararların son derece geçici olduğunu, yeni delil bulunması halinde bu kararları veren savcı tarafından incelenebileceğini ve başka yargı organları tarafından verilen kesin hükümlerle değiştirilebileceğini iddia etmektedir. Başvurucunun kalan talepleriyle ilgili olarak Taraf Devlet, başvurucunun halihazırda Dev-

let yardımı aldığını belirtmektedir. Başvurucu küçük olsaydı, kendiliğinden ücretsiz eğitim alabilirdi. Son olarak İspanyol oturma ve çalışma izinleri, ancak genel yasal gereklilikler yerine getirildiğinde edinilebilir. Ülkeye yasa dışı yollardan girdiği ve uluslararası koruma başvurusunda bulunmadığı için, bu koşullar başvuru tarafından karşılanmamaktadır.

Başvurucunun, Taraf Devlet'in esas hakkında sunduğu görüşlere ilişkin yorumları

7.1 Başvuru sahibi 6 Temmuz 2018 tarihli yorumunda, yaş belirleme sürecinde kendisini tıbbi test ve uygulamalar hakkında bilgilendirecek avukat ya da temsilci atanmadığını ve aydınlatılmış rızasının alınmış olduğunu ispatlayan herhangi bir belge bulunmadığında ısrar etmektedir. Sınır dışı edilmesine ilişkin karara, yalnızca idari yollardan itiraz edilebileceğini ve bu tür itirazların, incelenmekte olan sınır dışı etme emri üzerinde erteleme bir etkisi olmadığını yinelemektedir. Başvurucu, Taraf Devlet'in korumasının bulunmadığını, İspanyol sınırlarını terk ettiğini, şu an Fransa'da ikamet ettiğini bildirmekte ve Komite önündeki prosedürü takip etmeye yönelik niyetini ifade etmektedir.

7.2 Başvurucu, başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin iddialarını yinelemektedir. Başvurucu, Taraf Devletin, başvurucunun varsayılan erginliğine ilişkin iddialarının, tam olarak mevcut başvuruda ortaya konan asli mesele olduğunu ileri sürmektedir. Bu nedenle, kabul edilemezlik için gerekçe oluşturamazlar. Başvurucu, başvuruda bulunduğu 17 yaşında olduğunu ve 19 yaşında olduğunu gösteren röntgen testi sonuçlarının "uzmanlara göre, kişinin yaşını tam olarak belirlemekten ziyade, artı eksi iki yaşlık hata payı ile tahmine imkan tanıdığını"¹⁵ belirtmektedir. Bu durumda Taraf Devlet, testin hata payını nazara almamaktadır. Başvurucu ayrıca doğum belgesinin geçerli sayılması gerektiğini ve küçük olduğuna dair "temel delil" oluşturduğunu ileri sürmektedir. Menşe ülkesinden gönderilen doğum belgesinin küçük olduğunun güvenilir bir kanıtı olduğunu ve delil olarak nazara alınması gerektiğini eklemektedir.¹⁶

7.3 Başvurucu, Taraf Devlet'in İspanya sınırları içindeki göç akışlarını kontrol etmek gibi İspanya menfaatlerine dair hizmetlerindeki yaş belirleme prosedürleri sırasında, "yetişkinlik karinesinin" çocuğun yüksek menfaatlerinden önce geldiğini açıkça dile getirdiğini, ileri sürmektedir.

¹⁵ Başvurucu, İspanya İkinci Bölge Ulusal Yüksek Mahkemesi İdari Dava Dairesi'nin 9 Ekim 2017 tarihli kararına (JUR/2017/272319) atıfta bulunmaktadır.

¹⁶ Aynı karar.

7.4 Sözleşme'nin 3. maddesi altında düzenlenen çocuğun üstün yararının ihlaliyle ilgili başvurucu, Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Haklarının Korunmasına Dair Komite'nin 4 Numaralı (2017) ve Çocuk Hakları Komitesi'nin yaş belirleme süreci kapsamında sunulan belgelerin, aksi kanıtlanmadıkça geçerli olarak nazara alınması gerektiğinin, bu süreçte çocukların ifadelerinin alınması gerektiğinin, bireyin yaşıyla ilgili şüphe bulunması durumunda bireye şüpheden yararlandırılmasının altını çizen 23 Numaralı (2017) ortak genel yorumuna göndermede bulunmaktadır.¹⁷ Başvurucu, kendi durumunda, Taraf Devlet'in kendisinin küçük olduğunu asla düşünmediğini ve MENA Protokolünü uygulamadığını iddia etmektedir. Aksine Taraf Devlet, başvurucunun küçük statüsünü doğrulayan doğum belgesinin ispat gücünü nazara almamıştır. Başvurucu ayrıca, 3. maddede uyarınca, Taraf Devlet'in kendisini derhal bir çocuk merkezine transfer etmesi veya belirsizlik durumunda kimliğini doğrulamak için Cezayir konsolosluğu yetkilileriyle temasa geçmesi gerektiğini, ne var ki Taraf Devlet'in bu sayılanların hiçbirini yerine getirmediğini ileri sürmektedir.

7.5 Başvurucu, hiçbir taraf Devlet'in Sözleşme'de tanınan hakların ihlalini haklı kılmak için bir çocuğun varsayılabildiği erginliği savını kullanamayacağını; ancak İspanya'nın Sözleşme'nin 20(1) maddesinde düzenlenen, aile ortamından yoksun refakatçisiz küçük olan başvurucuya karşı koruma yükümlülüğünü yerine getirmeyen tam olarak bunu yaptığını iddia etmektedir. Başvurucu, Taraf Devlet'in Savcılığın A.L.'nin bir tür yasal temsilcisi olarak hareket ettiği, başvurucu A.L.'nin yüksek menfaatlerini gözettiğini öne sürdüğünü izlemeyi ortaya koymaya çalışsa da, durumun böyle olmadığını bildirmektedir. Taraf Devlet, başvuru sahibinin küçük olma olasılığının farkına varır varmaz bir vasi veya yasal temsilci atamalı, AL'yi koruma altına almalıyken, A.L. hiçbir zaman koruma hizmeti almamıştır. Ayrıca A.L., aile ortamından yoksun bir göçmen çocuk olarak herhangi bir bakım ve konaklama düzenlemesinden yararlanmamıştır. Asla bir çocuk koruma merkezine götürülmemiştir.

7.6 Başvurucu, Taraf Devletlerin, kimliğinin herhangi bir unsurundan yoksun bırakılan bir çocuğun kimliğini yeniden oluşturması konusunda pozitif bir yükümlülüğü olduğunu iddia etmektedir. Sözleşme'nin 8. maddesinin, bir çocuğun uyruğu, adı ve aile ilişkileri de dahil olmak üzere kim-

17 Başvurucu, Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Haklarının Korunmasına Dair Komite'nin 4 Numaralı (2017) ve Çocuk Hakları Komitesi'nin uluslararası göç bağlamında, menşe, geçiş, varış ve dönüş ülkelerinde devletlerin çocukların insan haklarına ilişkin yükümlülüklerine dair 23 Numaralı (2017) ortak genel yorumu, para. 4'e atıfta bulunmaktadır.

liğinin belirli öğelerini listelediğini, ancak bunun tüketici sayım şeklinde anlaşılması gerektiğini savunmaktadır. Bir kişinin yaşının ve doğum tarihinin kimliğinin unsurları olduğunu ve bu nedenle 8. madde kapsamında korunduğunu iddia etmektedir. Taraf Devlet, başvuru sahibine doğum belgesinde tanınan yaş ve doğum tarihi ile eşleşmeyen bir yaş ve doğum tarihi atfettiğinde, Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ederek kimliğinin unsurlarını değiştirmektedir.¹⁸

7.7 Başvurucu, İspanya'ya geldiği anda dinlenilme hakkının ihlal edildiğini, küçük olduğunu beyan etmesine rağmen kayıtlarda kendisine yanlış yaş atanması, yaş belirleme sürecinin herhangi bir anında onu bilgilendirecek ve böylelikle görüşlerini ifade etmesini sağlayacak hukuki yardım ya da vasiye erişiminin sağlanmadığını ileri sürmektedir.

7.8 Başvuru sahibi, taraf Devletin kendisine fiziksel, zihinsel, ruhsal ve sosyal gelişimini sağlamak için gerekli koşulları sağlamadığını ileri sürmektedir. Özellikle kendisine bir vasi atanmamış, kendisine bir çocuk koruma merkezine yerleştirilmemiş ve Cezayir'den İspanya'nın Almeria sahiline kadar deniz yoluyla seyahat ettikten sonra ihtiyaç duyduğu psikolojik yardım sağlanmamıştır. Başvurucu ayrıca, etkili bir şekilde sağlık hizmeti aldığına dair Taraf Devlet'in kanıt sunmadığını da eklemektedir.

7.9 Başvurucu son olarak, Taraf Devlet'in 22 Mayıs 2017 tarihinde Komite tarafından talep edilen geçici tedbirlere uymayarak İhtiyari Protokol'ün 6. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmektedir.

Üçüncü Kişi görüşü¹⁹

8.1 3 Mayıs 2018 tarihinde Fransız Ombudusman yaş değerlendirme konusuna ilişkin üçüncü taraf görüşü sunmuştur. Ombudusman, yaş değerlendirme süreçlerinin çocuğun yüksek yararına saygı gösterilmesini sağlamak için gerekli önlemleri içermesi gerektiğini savunmaktadır. 2017 Avrupa Konseyi raporuna göre, uluslararası anlaşmalar kapsamında tanınan usule ilişkin güvenceler "üye devletler arasında tutarlı bir şekilde desteklenmemektedir".²⁰

18 Başvurucu, İspanya'daki yabancı uyrukluların hakları, özgürlükleri ve sosyal entegrasyonuna ilişkin 4/2000 sayılı Organik Kanun'un 4. maddesine atıfta bulunmaktadır.

19 Bu görüş Komite'ye kayıtlı olan . 11/2017, 14/2017, 15/2017, 16/2017, 20/2017, 22/2017, 24/2017, 25/2017, 26/2017, 28/2017, 29/2017, 37/2017, 38/2017, 40/2018, 41/2018, 42/2018 ve 44/2018, numaralı başvurularla ilgilidir.

20 D. Wenke, *Yaş Değerlendirmesi: Avrupa Konseyi üye devletlerinin göç bağlamında çocuk haklarına saygılı politika, prosedür ve uygulamaları*, Avrupa Konseyi, 2017, s. 6.

8.2 Yaşın, ilgili kişinin belgelerine veya beyanlarına dayanılarak doğrulanması gerektiğinden yaş değerlendirme prosedürleri, yalnızca kişinin yaşı konusunda ciddi şüphelerin olması durumunda başlatılmalıdır. Bu prosedürlerde Devletler, multidisipliner bir yaklaşım benimseyerek kişinin sadece fiziksel görünümünü değil aynı zamanda psikolojik olgunluğunu da dikkate almalıdır. Prosedürün tamamlanmasından sonra şüphe devam ederse, ilgili kişi şüpheden yararlandırılmalıdır.

8.3 Avrupa Devletleri'nde yaş değerlendirmesine ilişkin ortak kurallar veya anlaşmalar bulunmamaktadır. Bazı Devletler tıbbi ve tıbbi olmayan testlerin bir kombinasyonunu kullanmaktadır. Yapılan tıbbi testler arasında sol bilek röntgeni (23 Devlet), diş röntgeni (17 Devlet), köprücük kemiği röntgeni (15 Devlet), diş muayenesi (14 Devlet) ve fiziksel görünüme dayalı tahminler (12 Devlet) bulunmaktadır. Kemik yaşı değerlendirmesi yaygın olmasına rağmen güvenilir bulunmamakta, çocukların onurunu ve fiziksel bütünlüğünü zedelemekte ve Londra'daki Kraliyet Radyologlar Koleji tarafından onaylandığı gibi, bu uygulamanın tıbbi bir temeli bulunmamaktadır. 12 Eylül 2013 tarihinde yayınlanan önergede Avrupa Parlamentosu, kemik yaşına dayalı yaş değerlendirmesi için kullanılan tıbbi tekniklerin travmatik olabilen, geniş hata payına sahip ve bazen çocuğun rızası olmadan uygulanan uygunsuz ve müdahaleci doğasını kınamıştır.

8.4 Greulich ve Pyle atlası yöntemi, çoğunlukla istikrarsız sosyoekonomik koşullarda menşe ülkelerinden kaçan Sahra Afrika, Asya ve Doğu Avrupa'dan gelen ergenlerden oluşan göçmen nüfus için uygun ve uygulanabilir değildir. Birçok çalışma, kemik gelişiminin bir kişinin etnik kökenine ve sosyoekonomik durumuna göre farklılık gösterdiğini ve bu yöntemin Avrupa dışı nüfusun yaşını değerlendirmek için uygun olmadığını göstermiştir.²¹ Bu yöntem ayrıca, özellikle 15 ila 18 yaş arasındaki kişiler arasında önemli bir hata payına sahiptir.²² Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'ne göre, Avrupa pediatri dernekleri kemik ve diş olgunlaşmasının, yalnızca tahmine olanak sağladığını ve iki ila üç yaşlık geniş hata pa-

21 Bakınız, M. Mansourvar ve diğerleri, "Dört etnik grup için iskelet yaşını değerlendirmek için Greulich ve Pyle atlasının uygulanabilirliği", *Adli Tıp Dergisi*, Cilt 22 (Şubat 2014), ss. 26–29.

22 Ombudsman, diğerleri yanında T. Smith and L. Brownlees, *Yaş değerlendirme uygulamaları: literatür taraması ve açıklamalı bibliyografya*, UNICEF, 2011; Fransa Ulusal Tıp Akademisi, "Rapport sur la fiabilité des examens médicaux visant à déterminer l'âge à des fins judiciaires et la possibilité d'amélioration en la matière pour les mineurs étrangers isolés" (Refakatsız yabancı küçükler için adli amaçla yaşı belirlemek için icra edilen tıbbi testlerin güvenilirliği ve bu alandaki olası iyileştirmeler hakkında rapor), *Bulletin de l'Académie nationale de médecine*, Cilt 191, No. 1 (Ocak 2007), ss. 139–142; ve S. Depallens ve diğerleri, "Détermination de l'âge des jeunes migrants. Position de la Société Suisse de Pédiatrie" (Genç göçmenlerin yaşının belirlenmesi. İsviçre Pediatri Derneği'nin Tutumu), *Paediatrica*, Cilt 28, No. 2 (2017), s. 3.

yına sahip olduğu için kesin yaş tespiti için kullanılamayacağını kategorik olarak ifade etmektedir. Dahası, verilerin yorumlanması bir ülkeden diğerine, hatta bir uzmandan diğerine farklılık gösterebilmektedir.²³ Komite ayrıca Devletleri kemik yaşı değerlendirme tekniklerini kullanma konusunda uyarmıştır.²⁴

8.5 Ombudsman bu nedenle: (a) yaş değerlendirmesinin multidisipliner bir yaklaşıma dayanması gerektiğini ve tıbbi testlerin yalnızca yaştan şüphelenmek için ciddi nedenler olduğunda son çare olarak kullanılması gerektiğini; (b) çocuğa bilgi verilmesi ve önceden rıza vermesi için fırsat tanınmasını; (c) yaş değerlendirme sürecinde bireyin çocuk olduğunun varsayılması ve prosedür boyunca kişiye yardımcı olacak yasal bir temsilcinin atanması gibi koruyucu önlemlerin alınması gerektiğini; (d) testin, çocuğun haysiyeti ve fiziksel bütünlüğü de dahil olmak üzere, haklarına kesinlikle saygı gösterilerek uygulanması gerektiğini; (e) çocuğun dinlenilme hakkına saygı duyulması gerektiğini; (f) prosedürün sonunda şüphe devam ederse, bireyin şüphenden yararlandırılması gerektiğini; (g) koruma başvurusunun yalnızca kişi tıbbi testlerden geçmeye rıza göstermediği için reddedilmemesi gerektiğini ve (h) yaş değerlendirme prosedürüne dayalı bir karara itiraz etmek için etkili bir iç hukuk yolunun oluşturulması gerektiğini, önermektedir.

8.6 Ombudsman, göçmen çocukların kısa süreler için veya yaş değerlendirmesi amacıyla dahi olsa gözaltına alınmasının uluslararası hukuk tarafından yasaklandığını ve Devletlerin alternatif önlemler alması gerektiğini hatırlatmaktadır. Devletler, çocukların özgürlüğünden yoksun bırakılmasını ve yetişkinlere özgü tesislerde tutulmalarını yasaklamalıdır.²⁵ Çocuğun korunmaya ilişkin ihtiyaçlarının değerlendirilebilmesi için, çocuk koruma servisleri derhal bilgilendirilmelidir.²⁶

Üçüncü taraf görüşü hakkında tarafların yorumları

9.1 Taraf Devlet, 3 Ağustos 2018 tarihli gözlemlerinde, İspanya aleyhine Komite'ye sunulan dosyalardan hiçbirinin alıkonulmuş kişilerle ilgili olmadığını kaydetmektedir. Adli ve idari davalar görülmekteyken açık merkez-

23 Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, İnsan Hakları Şerhi, *Göçmen çocukların yaşını değerlendirme yöntemleri geliştirilmeli*, 2011.

24 6 Numaralı Genel Yorum ve 4 ve 23 Numaralı Ortak Genel Yorum.

25 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Büyük Daire, *Tarakhel v. İsviçre*, Başvuru No. 29217/2012.

26 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, *Abdullahi Elmi ve Aweys Abubakar v. Malta*, Başvuru Numaraları, 25794/2013 ve 28151/2013.

lerde kalma seçeğinin sunulduğu, üçüncü taraf görüşünün atıfta bulunduğu başvurulardan hiçbirindeki vakaların sığınmacıları değil, ekonomik göçmenleri ilgilendirdiğini eklemektedir.

9.2 Greulich ve Pyle testi, yalnızca İspanya'da kullanılmamaktadır. Komiteye sunulan diğer başvurularda, başvurucular beş kadar tıbbi yaş belirleme testine tabi tutulmuştur. Ayrıca tıbbi testler yalnızca, kişi çocuk görünümünde olmadığına icra edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, pasaport veya benzer bir döküman taşıyan kişinin, yaş belirleme testine tabi tutulamayacağına hükmetmişti. Ancak Mahkeme, bu tür dökümanların geçerliliği hakkında mantığa dayalı şüphe uyanırsa veya yetkili makamlarca dökümanın geçersizliği bildirilirse çocuğun "belgeli" olarak nitelendirilemeyeceğini ve belirsizlik durumunda yaş belirleme testlerine tabi tutulabileceğini ayrıca belirtmişti. Taraf Devlet, bu yorumdan, Komite önünde derdest olan herhangi bir başvuruda söz konusu olmadığı gibi, refakatsiz bir küçüğün ancak pasaport veya benzeri bir kimlik belgesine sahip olması halinde belgeli olarak kabul edilebileceğinin çıkarıldığını eklemektedir. Buna göre, sözü edilen başvuruların sahipleri belgesiz olarak nitelenmelidir. Buna ek olarak, başvuru sahipleri küçük görünümünde olmadığından yaş belirleme testlerine tabi tutulmuşlardır. Bazı dosyalarda başvurucular, başta reşit olduklarını söylemelerine rağmen sonradan küçük olduklarını iddia etmiştir. Diğer dosyalarda başvurucular, İspanyol makamları tarafından çocuk olarak tanınmış ve bu gerekçeyle Komite dosyaları kapatmıştır. Bir başka dosyada başvurucunun menşe ülkesindeki makamlar, başvurucunun reşit olduğunu doğrulamıştır. Bu başvuru da kapanmıştır. Tüm bunlar, icra edilen tıbbi testlerin doğruluğunu kanıtlamaktadır.

9.3 Taraf Devlet, tıbbi testlere dayalı olarak yetişkin sayılan kişilerin çocuk koruma merkezlerine yerleştirilmesinin bu merkezlerde yaşayan çocukları tehlikeye atabileceğini yineler.

9.4 Kişi reşit görünmüyorsa veya biyometrik verileri olan bir pasaporta veya nüfus cüzdanına sahipse, yaş değerlendirme testine tabi tutulmamaktadır. Son olarak, Fransız Ombudsmanı hangi yaş değerlendirme testlerinin kullanılması gerektiğini belirtmemektedir.

10. Başvurucu, 17 Ağustos 2018 tarihli yorumunda, başvurunun, özellikle kendi yaş grubunda geniş hata payı göz önüne alındığında, yaşını değerlendirmek için kullanılan röntgen testinin güvenilir olmadığını doğruladığı savını sürdürmektedir. Yaş değerlendirmesinin yalnızca son çare olarak kullanılması gerektiğini ve refakatsiz çocuk göçmenin beyanlarına veya sağlayabileceği herhangi bir belgeye öncelik verilmesi gerektiğini

belirtmektedir. Başvurucu, kendi durumunda olduğu gibi İspanya'nın herhangi bir ifadeyi ve sunulan herhangi bir belgeyi değerlendirmeksizin, yaş belirleme testlerini rutin olarak uyguladığını iddia etmektedir.

Komite önündeki meselelere ilişkin Değerlendirmeleri

Kabul edilebilirlik değerlendirmesi

11.1 Bir başvuruda iddia edilen herhangi bir iddiayı değerlendirmeden önce Komite, başvuru usulüne ilişkin Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin Seçmeli Protokolü'n usule dair 20. maddesi uyarınca başvurunun kabul edilebilir olup olmadığına karar vermelidir.

11.2 Komite, Taraf Devlet'in başvurunun yetişkin olduğu ve bunun aksine herhangi bir "temel" ve "güvenilir" delil sunmadığından, Seçimlik Protokol'ün 7 (c) ve (f) hükümleri uyarınca hakkın kötüye kullanımı teşkil eden başvurunun, *kişi bakımından* kabul edilemezliği yönündeki iddiasını kaydetmektedir. Komite, başvuru her ne kadar İspanya'ya girdiğinde küçük olduğunu beyan etse, vakalara ilişkin mevcut ve detaylı durumunu sunsa ve başvurunun küçük olduğunu tasdik eden Cezayir doğum belgesini, İspanyol Savcılığı ve Soruşturma Mahkemesi'ne ibraz etse de başvurunun bu makamlardan yanıt alamadığını işaret etmektedir. Komite, Taraf Devlet'in doğum belgesinin başvurunun verilerini kontrol etmesine olanak tanımayan biyometrik veri taşımadığına ilişkin iddialarını dikkate almaktadır. Komite, özellikle başvurunun ve Taraf Devlet'in her zaman delillere eşit erişime sahip olmadığı ve sıklıkla Taraf Devlet'in ilgili bilgilere tek başına erişiminin bulunduğu göz önüne alındığında, ispat yükünün yalnızca başvuru sahibine ait olmadığını hatırlatır.²⁷ Mevcut dosyada Komite, doğum belgesinin geçerliliği gibi şüpheler bulunmaktaysa Taraf Devlet'in, yapmadığının aksine, Cezayir Konsolosluğu makamlarıyla iletişime geçmesi gerektiği yönündeki başvuru iddialarını dikkate almaktadır. Yukarıda belirtilenler ışığında Komite, İhtiyari Protokol'ün 7 (c) maddesinin, başvurunun kabul edilebilirliğine engel teşkil etmediğini değerlendirmesinde bulunmaktadır.

11.3 Komite, Taraf Devlet'in başvurunun etkili iç hukuk yollarını tüketmediğine dair: (a) başvuru, yapılan testlerin yetersiz olduğu görüşünde olsaydı, ek testler için Savcılığa başvurabileceği; (b) başvurunun

27 Bakınız, diğerlerine ek olarak, başvuruyla ilgili İnsan Hakları Komisyonu Görüşleri, Başvuru No. 1422/2005, *El Hassy v. Libya Arap Cemahiriyası*, 24 Ekim 2007, para. 6.7'de benimsenen görüşler; ve Başvuru No. 1297/2004, *Medjnoune v. Cezayir*, 14 Temmuz 2006, para. 8.3'te benimsenen görüşler.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 780. maddesinde belirtilen prosedüre uygun olarak herhangi bir kararın yeniden gözden geçirilmesi için başvuruda bulunabileceği; (c) başvuru sahibinin, sınır dışı etme kararına karşı idari mahkemelerde itiraz edebileceği ve (d) 15/2015 sayılı Kanun uyarınca, yaş değerlendirmesine ilişkin prosedürü adli yargıda çekişmesiz yargı işine konu edebileceği dair iddialarını belirtmektedir. Ancak Komite, Taraf Devlete göre, Savcılık tarafından verilen yaş belirleme kararlarının ancak yeni deliller ileri sürüldüğü takdirde gözden geçirilebileceğini dikkate almaktadır. Komite ayrıca, 22 Mayıs 2017 tarihinde, başvuru sahibinin küçük olduğunu gösteren doğum belgesinin bir nüshasının Savcılığa sunulduğunu, ancak Savcılığın bunu dikkate almadığını kaydetmektedir. Komite, başvuru sahibinin İspanya topraklarından yakın zamanda sınır dışı edilmesi bağlamında, aşırı derecede uzatılan veya mevcut sınır dışı etme kararının yürütülmesini askıya almayan herhangi bir çözüm yolunun, etkili bir çözüm yolu olarak kabul edilemeyeceği kanaatinde-dir.²⁸ Komite, Taraf Devlet'in başvuru sahibinin hukuk yollarının başvuru sahibinin sınır dışı edilmesini askıya alacağını belirtmediğini kaydeder. Bu nedenle Komite, İhtiyari Protokol'ün 7 (e) maddesinin, başvurunun kabul edilebilirliğine engel teşkil etmediği kanaatine ulaşmaktadır.

11.4 Komite, başvuru sahibinin Sözleşme'nin 18 (2) ve 29 maddeleri kapsamındaki iddialarının kabul edilebilirlik açısından yeterince kanıtlanmadığını ve iddiaların İhtiyari Protokol'ün 7 (f) hükmü uyarınca kabul edilemez bulunduğunu belirtmektedir.

11.5 Bununla beraber Komite, başvuru sahibinin çocuğun yüksek yararının gözetilmemesi ve yaş belirleme süreci boyunca kendisine vasi veya temsilci atanmamasıyla bağlantılı olarak Sözleşme'nin 3, 8, 12, 20 ve 27. maddelerine dayanan iddialarını yeterince kanıtladığı görüşündedir. Komite bu sebeple bu iddiaların kanıtlanabilir olduğuna karar vermiştir ve esasa ilişkin değerlendirmelerine devam etmektedir.

Esasa ilişkin değerlendirmeler

12.1 Komite mevcut başvuruyu, İhtiyari Protokol'ün 10 (1) maddesine göre taraflarca sunulan tüm bilgiler ışığında değerlendirmede bulunmuştur.

12.2 Komite önündeki mesele, mevcut dosya koşullarında, küçük olduğunu iddia eden ve ifadesini doğrulayan doğum belgesinin bir nüshasını

²⁸ Bakınız, Komite'nin başvuruya ilişkin görüşleri hakkında *N.B.F. v. İspanya* (CRC/C/79/D/11/2017), para. 11.3.

ibraz eden başvurucunun yaşının tespit edilmesi sürecinin Sözleşme’de düzenlenen haklarını ihlal edip etmediğidir. Başvurucu özellikle yaşının belirlenmesinde kullanılan tıbbi testin türü ve kendisine vasi veya temsilci atanmamış olması nedeniyle, geçirdiği süreçte çocuğun üstün yararının nazara alınmadığını iddia etmektedir.

12.3 Komite, küçük olduğunu iddia eden bir gencin yaşının belirlenmesinin, bu kişinin çocuk olarak ulusal korumaya hak kazanıp kazanmayacağı veya bu korumadan hariç tutulup tutulmayacağını belirleyeceği gerekçesiyle temel bir öneme sahip olduğunu hatırlatır. Benzer şekilde, Sözleşme’de yer alan haklardan yararlanılması bu belirlemeden kaynaklandığından, tespit hayati önem taşımaktadır. Bu nedenle, bir kimsenin yaşını belirlemek için yasal sürecin yanı sıra, temyiz süreci yoluyla sonuca itiraz etme fırsatının bulunması zorunludur. Bu süreç devam ederken ilgili kişiye, şüpheden yararlanma ve çocuk olarak muamele görme imkanı tanınmalıdır. Dolayısıyla Komite, yaş belirleme sürecinde çocuğun yüksek yararının birincil düşünce olması gerektiğini hatırlatmaktadır.²⁹

12.4 Komite kimlik belgelerinin veya diğer uygun delillerin yokluğunda, bilinçli bir yaş tahmininde bulunabilmek için Devletlerin, çocuğun fiziksel ve psikolojik gelişiminin uzman pediastristler veya gelişimin çeşitli yönlerini hesaba katan çeşitli profesyoneller tarafından yürütülen kapsamlı bir değerlendirme yapması gerektiğini anımsatır. Bu tüden değerlendirmeler; hızlı, çocuk dostu, cinsiyete duyarlı, kültürel olarak uygun ve çocuğun anlayabileceği şekilde yürütülmelidir. Elde edilen belgeler aksi ispat edilmedikçe geçerli kabul edilmeli ve çocuğun beyanı dikkate alınmalıdır. Değerlendirmeye tabi tutulan kişinin, şüpheden yararlandırılması önemlidir. Devletler yanlış sonuçlara ulaştırabilecek, geniş hata payına sahip, travmatik olabilen ve ayrıca gereksiz yasal prosedürlere yol açan kemik ve diş muayenesine dayalı tıbbi yöntemlerden kaçınılmalıdır.³⁰

12.5 Derdest dosyada Komite: (a) İspanya topraklarına belgesiz olarak ulaşan başvurucunun yaşının belirlenmesi için sol elinin röntgeninden oluşan tıbbi teste tabi tutulduğunu, ek teste tabi tutulmadığını, özellikle psikolojik testlerin uygulanmadığını ve sürecin bir parçası olarak başvurucunun görüşlerine başvurulmadığını; (b) icra edilen testin gücüne dayanarak bahsi geçen hastanenin, olası bir hata payı belirtmeksizin Greulich ve Pyle atlası testine göre başvurucunun kemik yaşının 19’dan

29 Aynı., para. 12.3.

30 4 Numaralı ve 23 Numaralı Oratk Genel Yorum, para. 4.

fazla olduğunu belirlediğini; (c) test sonuçlarına dayanarak Almeria Bölge Savcılığının başvuru yeri yetiştirkin olarak belirten kararname tanzim ettiğini ve (d) Savcılığın, başvuru tarafından 22 Mayıs 2017 tarihinde savcılığa sunulan, yaş belirleme kararnamesinin gözden geçirilmesine imkan tanımayla elverişli doğum belgesi nüshasını nazara almadığını dikkate almaktadır.

12.6 Taraf Devlet, Greulich ve Pyle atlasına dayanan röntgen testine itimat edilebileceğine yönelik emsal teşkil eden *M.E.B v. İspanya* kararına atıfta bulunmaktadır. Ancak Komite, dosya kapsamındaki yöntemin kesinlikten yoksun olduğu ve geniş bir yanılma payı bulunduğundan, küçük olduğunu iddia eden ve iddialarını doğrulayan belgeler sunan genç bir kimsenin kronolojik yaşının belirlenmesi için tek metod olarak kullanmaya elverişli olmadığını bildirmektedir.³¹

12.7 Komite, Taraf Devlet'in, başvuru yeri açıkça reşit olma yaşına ulaşmış görüldüğünü ve herhangi bir test yapılmasına gerek olmaksızın derhal yetiştirkin kabul edilebilecek olmasına rağmen başvuru yeri yaşının tespiti için röntgen testinin icra edildiğine ilişkin çıkarımına dikkat çekmektedir. Bununla birlikte Komite 6 Numaralı Genel Yorumu'nda, yaş değerlendirmesinde kişinin sadece fiziksel görünümünün değil, aynı zamanda psikolojik olgunluğunun da dikkate alınması gerektiğini, değerlendirmenin bilimsel, güvenilir, çocuğa ve cinsiyete duyarlı ve şüphe durumunda, bireyin çocuk olma olasılığı varsa o şekilde muamele edilmesine imkan tanıyacak biçimde şüpheden yararlandırılması gerektiğini hatırlatmaktadır.³²

12.8 Komite ayrıca, başvuru yeri yaş belirleme prosedürü sürecinde ve öncesinde refakatsiz göçmen çocuk olma ihtimali çerçevesinde menfaatlerini koruyacak vasi veya temsilci atanmadığına ilişkin iddialarını dikkate almaktadır. Komite, Taraf Devletler'in küçük olduğunu iddia eden tüm gençler için, ülkeye vardıklarında mümkün olan en kısa süre içinde ve ücretsiz olarak, yeterli dil becerisine sahip, nitelikli yasal temsilci ataması gerektiğini hatırlatır. Komite, yaş belirleme sürecinde bu kişilere temsilci atanmanın, şüpheden yararlanmasını sağlayacağını ve yüksek menfaatleri ile dinlenilme haklarının temel bir garantisi olduğu görüşündedir.³³ Bu atanmanın yapılmaması, yaş belirleme sürecinin Sözleşme'nin uygulanması

31 *N.B.F. v. İspanya*, para. 12.6.

32 6 Numaralı Genel yorum, para. 31 (i), ve *N.B.F. v. İspanya*, para. 12.7.

33 *N.B.F. v. İspanya*, para. 12.8.

için başlangıç noktası teşkil ettiğinden, Sözleşme'nin 3. ve 12. maddelerinin ihlali anlamına gelmektedir. Temsilcinin zamanında sağlanmaması, önemli adeletsizlikle sonuçlanabilir.

12.9 Yukarıda belirtilenler ışığında Komite, çocuk olduğunu iddia eden ve daha sonra bu iddiasını ispatlamak için delil sunan başvuru sahibinin tabi tutulduğu yaş belirleme sürecinin, başvurucunun Sözleşme kapsamındaki haklarını korumak için gerekli güvencelere sahip olmadığı kanaatinde. Mevcut dosya koşullarında, özellikle başvurucunun yaşını belirlemek için kullanılan inceleme sürecinde başvurucuya yardımcı olacak bir temsilcinin bulunmamasını ve belirsizlik durumuna ilişkin olarak başvuru tarafından sunulan, ispat değeri bulunan, Cezayir Konsolosluk makamları tarafından doğrulanan doğum belgesine ilişkin bilgilerin şekli olarak bile değerlendirilmeden, neredeyse otomatik olarak reddedilmesini Komite, başvurucunun tabi tutulduğu yaş değerlendirme prosedüründe üstün yararının nazara alınmadığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 3. ve 12. maddesini ihlal ettiği görüşündedir.

12.10 Komite ayrıca, başvurucunun doğum belgesinin bir nüshasını İspanyol makamlarına sunduktan sonra bile kendisine doğum belgesindeki bilgi ile uyuşmayan yaş ve doğum tarihi atanması suretiyle kimliğine ilişkin unsurlarını değiştirdiği için Taraf Devlet'in haklarını ihlal ettiği yönündeki iddialarını bildirmektedir. Komite, çocuğun yaşı ve doğum tarihinin kimliğinin bir parçası olduğunu ve Taraf Devletlerin çocuğu bu kimliğini herhangi bir unsurdan yoksun bırakmadan, çocuğun kimliğini muhafaza etme hakkına saygı göstermekle yükümlü olduğu kanaatinde. Mevcut dosyada Komite, başvurucunun çocuğun kimliğiyle ilgili verileri içeren doğum belgesinin bir nüshasını İspanyol makamlarına sunmasına rağmen, Taraf Devlet'in başvurucunun menşe ülkesindeki verileri içeren belgelere karşılaştırılma yapmaksızın, yetkili makamlarca düzenlenen doğum belgesinin delil niteliği taşımadığını gerekçe göstererek şeklen reddetmiş olmasını çocuğun kimliğini ihlal ettiğini kaydetmektedir. Bu nedenle Komite, Taraf Devlet'in Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiği kanaatine ulaşmıştır.

12.11 Sözleşme'nin 3, 8 ve 12. maddelerinin ihlal edildiğini tespit eden Komite, başvurucunun aynı eylemlerin 20 ve 27. maddelerin ihlali anlamına geldiğine ilişkin iddiasını ayrıca değerlendirmeyecektir.

12.12 Son olarak Komite, başvurucunun, dosyası incelenmeyi beklerken Taraf Devlet'in kendisini bir çocuk koruma merkezine göndermeye ilişkin geçici tedbiri uygulamadığına ilişkin iddialarını kaydetmektedir. Komite, Taraf Devletlerin İhtiyari Protokol'ü onaylamakla, İhtiyari Protokol'ün

6. maddesinde öngörülen başvurunun derdestken onarılmaz zararları önleyici, bireysel başvuru sürecinin etkililiğini sağlayıcı geçici tedbirleri almak konusundaki uluslararası yükümlülüğe riayet etmek zorunda olduğunu hatırlatır.³⁴ Mevcut dosyada Komite, Taraf Devletin, başvuru sahibinin bir çocuk koruma merkezine nakledilmesinin, bu merkezlerdeki çocuklar için ciddi bir risk oluşturabileceğine ilişkin iddiasını kaydeder. Ancak Komite, bu argümanın başvuru sahibinin yetişkin olduğu varsayımına dayandığını kaydeder. Komite, çocuk olarak nitelenme ihtimali bulunan birini yetişkin olarak tanıyan kişiler için ayrılmış bir merkeze göndermenin daha büyük risk oluşturacağını düşünmektedir. Bu nedenle Komite, talep edilen geçici tedbirin uygulanmamasının, başlı başına İhtiyari Protokol'ün 6. maddesinin ihlalini oluşturduğu kanaatindedir.

12.13 İhtiyari Protokol'ün 10 (5) maddesi uyarınca hareket eden Komite, eldeki olguların Sözleşme'nin 3, 8 ve 12. maddelerinin ve İhtiyari Protokol'ün 6. maddesinin ihlallerini ortaya koyduğunu tespit etmektedir.

13. Taraf Devlet, başvuru sahibine yeterli tazminat sağlamalıdır. Dahası Taraf Devlet, olası refakatsiz çocukların yaş belirlenmesine yönelik tüm prosedürlerin, Sözleşme'ye uygun şekilde, özellikle de nitelikli temsilciye ücretsiz olarak anında erişimi mümkün kılma olanağıyla yürütülmesini sağlamak ve gelecekte meydana gelebilecek benzer ihlalleri önlemekle yükümlüdür.

14. Komite, Taraf Devlet'in İhtiyari Protokol'e taraf olmakla, Sözleşme'nin veya iki seçmeli protokolünün ihlal edilip edilmediğini belirleme konusunda Komite'nin yetkisini tanıdığını hatırlatır.

15. İhtiyari Protokol'ün 11. maddesi uyarınca Komite, Taraf Devlet'ten mümkün olan en kısa sürede ve her halde 180 gün içinde Komitenin görüşlerini yürürlüğe koymak için aldığı önlemler hakkında bilgi vermesini talep etmektedir. Taraf Devlet'ten ayrıca Sözleşme'nin 44. maddesi uyarınca bu tür tedbirler hakkında bilgileri, sunduğu raporlara eklemesini istemektedir. Son olarak, Taraf Devlet'ten bu Görüşlerin yayınlanması ve geniş ölçekte yayması talep edilmektedir.

34 N.B.F. v. İspanya., para. 12.11.

Birleşmiş Milletler

ÇHK Baş. No. 82; K. No. 17/2017° * **

Çocuk Hakları Sözleşmesi
Çocuk Hakları Komitesi

5 Kasım 2019

<i>Başvuruda bulunan:</i>	M.T. (sivil toplum kuruluşu Fundación Raices tarafından temsil edilmektedir)
<i>Mağdur olduğu iddia edilen:</i>	M.T.
<i>Taraf Devlet:</i>	İspanya
<i>Başvuru tarihi:</i>	19 Mayıs 2017
<i>Konu:</i>	Refakatçisiz küçük bir sığınmacı olduğu iddia edilen kişinin yaşının belirlenmesi
<i>Usule dair meseleler:</i>	Kişi bakımından kabul edilemezlik; iç hukuk yollarının tüketilmemesi
<i>Sözleşme maddeleri:</i>	2, 3, 8, 12, 20 ve 22
<i>Seçmeli Protokol maddeleri:</i>	6 ve 7 (c), (e) ve (f)

1.1 Bu başvurunun sahibi 31 Aralık 1999 doğumlu, Fildişi Sahilleri vatanı M.T.'dir. Başvurucu, sözleşmenin 2, 3, 8, 12, 20 ve 22'nci maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmektedir. Seçmeli Protokol Taraf Devlet'te 14 Nisan 2014'te yürürlüğe girmiştir.

1.2 Komite adına hareket eden Bireysel Başvuru Çalışma Grubu, Seçmeli Protokol'ün 6'ncı maddesi uyarınca 23 Mayıs 2017'de Taraf Devlet'ten başvuranın küçük olduğunun tanınmasını ve gerekli korumanın sağlanmasını, ayrıca yasal olarak atanmış bir vasi ya da temsilci vasıtasıyla sığınma başvurusunda bulunmasına olanak sağlanmasını ve de sığınma başvurusu değerlendirilirken İspanya topraklarında kalmasını talep etmiştir.

1.3 Komite adına hareket eden Bireysel Başvuru Çalışma Grubu, 19 Aralık 2017'de Taraf Devlet'in başvurunun kabul edilebilirliğinin esasından ayrı olarak değerlendirilmesi yönündeki talebini reddetmeye karar vermiştir.

° Çeviren Buğrahan FERTELLİOĞLU

* Komite'nin 82'nci oturumunda kabul edilmiştir (9-27 Eylül 2019).

** Başvurunun incelenmesinde yer alan Komite üyeleri: Suzanne Aho Assouma, Amal Salman Aldoseri, Hynd Ayoubi Idrissi, Bragi Gudbrandsson, Philip Jaffé, Olga A. Khazova, Cephas Lumina, Gehad Madi, Faith Marshall-Harris, Benyam Dawit Mezmur, Clarence Nelson, Mikiko Otani, Luis Ernesto Pedernera Reyna, José Ángel Rodríguez Reyes, Aïssatou Alassane Sidikou, Ann Marie Skelton, Velina Todorova ve Renate Winter.

Başvurucu tarafından bildirildiği haliyle olaylar

2.1 Başvurucu 15 Ocak 2017'de Nador Fas'tan küçük bir tekne içinde Almeria'ya gelmiştir. Başvurucu, babasının ulusal silahlı kuvvetler tarafından tutuklanması ve ardından ülkenin kuzeyindeki hükümet karşıtı milislerle iş birliği yapmakla suçlanıp öldürülmesi üzerine Fildişi Sahilleri'nden kaçmıştır. Belgesi bulunmayan başvuru İspanyol Kızıl Haç'ını küçük olduğu konusunda bilgilendirmiş ve ardından Ulusal Polis Merkezi'ne götürülmüştür. Başvurucu küçük olduğunu burada bir kez daha bildirmiştir.

2.2 Almeria 5'inci Soruşturma Mahkemesi 18 Ocak 2017'de başvurucuyu görmeden ve de yaşını belirlemek için Fildişi Sahili Büyükelçiliği ile gerekli yazışmaları yapmadan başvuru Madrid Aluche'deki yetişkin yabancılar için tutulma merkezine yerleştirilmesine karar vermiştir. 2 Şubat 2017'ye dek burada kalan başvuru daha sonra göçmenlere insani yardım sağlamak üzere yürütülen bir Kızıl Haç programı kapsamında bir pansiyona nakledilmiştir.

2.3 Nisan 2017'de başvuru kuzeni, içeriğinde başvuru fotoğrafı ve parmak izinin de bulunduğu kimlik belgesini, doğum belgesini ve de vatandaşlık belgesini Fildişi Sahilleri'nden başvurucuya göndermiştir; bu belgeler başvuru kuzeni tarafından ispat etmektedir.

2.4 19 Nisan 2017'de Fundación Raíces isimli sivil toplum kuruluşu üyeleri, başvurucuyu Madrid'de bulunan, küçüklerle çalışmak üzere eğitilmiş polis memurlarına götürmüşlerdir. Başvuru burada evraklarını ibraz etmiştir.¹ Başvuru Ulusal Polis Çocuk Birimi'ne sevk edildikten sonra Göç ve Hudut Tugay'ına götürülmüştür. Buradaki polis memurları İspanyolca konuşmuşlardır. Tüm bu süreçte tercüme yapılmamıştır. Üç dört saat kadar sonra polis memurları, başvurucuya herhangi bir bilgi vermeden, onu koruma servisine teslim etmeden ve de Çocuk Savcılığının bilgisi dışında başvurucuyu sokağa bırakmışlardır.

2.5 Başvuru 20 Nisan 2017'de belgelerini kullanarak sığınma başvurusu yapmak üzere Madrid'deki Mülteci Yardım Ofisi'ne gitmiştir. İlgili soruşturma görevlisi başvuru kuzeni sığınma başvurusunda bulunamayacağını zira küçük olması nedeniyle yasal temsilcisi ile birlikte başvuru yapması gerektiğini söylemiştir. Birtakım yazışmaların ardından soruşturma görevlisi, başvurucuyu Çocuk Savcısı Bürosunun henüz kendisinin ya-

1 Başvuru daha sonra, reşit olmadığına dair evraklara sahip olması ve de dış görünüşü ile davranışları reşit olmadığını düşündürdüğü için kendisinin Kızıl Haç tarafından Fundación Raíces'e yönlendirildiğini açıklamıştır.

şını belirlemediği konusunda bilgilendirmiştir. Başvurucu Mülteci Yardım Ofisi'ne gittiğine ilişkin herhangi bir yazılı belge, nüsha ya da bu ziyareti ispat edebilecek bir delil almamıştır. Daha sonrasında Fildişi Sahili Büyükelçiliğine pasaport başvurusu için giden başvurucu, orijinal belgelerinin Büyükelçilik tarafından fiili olarak tanındığını ve de başvurusuna esas olarak kabul edildiğini bildirmiştir.

2.6 4 Mayıs 2017 günü başvurucu bir avukatla birlikte Mülteci Yardım Ofisi'nden ikinci bir randevu almıştır. Yetkililer bir kez daha başvurucuyu küçük olması nedeniyle yasal temsilcisi olmadan sığınma başvurusu yapamayacağı konusunda bilgilendirmişlerdir. İlgili soruşturma görevlisi, Çocuk Savcılığı Ofisi ile bir telefon görüşmesi yaptıktan sonra başvurucuya belgelerinde (doğum belgesi, vatandaşlık belgesi, kimlik belgesi ve de pasaport başvurusu yaptığına dair alındı belgesi) görünen yaş ile Savcılık tarafından yokluğunda verilen reşitlik tespit kararında yer alan yaş bilgileri arasındaki ihtilafın giderilmesine dek başvuruda bulunamayacağını söylemiştir. Başvurucu bunun üzerine ilgili soruşturma görevlisinden, Mülteci Yardım Ofisi'nin ikinci kez kendisinin başvuruda bulunamayacağına yönelik karar verdiğine dair yazılı bir belge vermesini talep etmiş fakat görevli bu talebi de reddetmiştir.

2.7 8 Mayıs 2017'de Fundación Raíces, İçişleri Bakanlığı Sığınma İşleri Genel Müdür Yardımcısına başvurucunun sığınma başvurusunun ikinci kez engellendiğini ve de hassas bir durumda bulunduğunu belirten bir mektup göndermiştir. Mektupta, başvurucunun sığınma başvurusunda bulunabilmesi için Mülteci Yardım Ofisi'nden ivedi bir şekilde randevu alınması; talebinin reddi halinde buna ilişkin yazılı bir belge verilmesi talep edilmiştir.

2.8 Bu süreç boyunca başvurucu uygun hijyen koşullarından yoksun bir yetişkin pansiyonunda yaşamını sürdürmüştür. Pansiyon, başvurucunun ihtiyaç duyduğu desteği sunmak konusunda yetersiz kalmış ve de sık sık çatışmaların meydana geldiği bir yer olması bakımından başvurucunun türlü tehlikelerle karşı karşıya kalmasına neden olmuştur.²

2.9 Başvurucu, 6 Haziran 2017 günü pasaportunu almak üzere Madrid'deki Fildişi Sahili Büyükelçiliği'ne gitmiştir. Pasaport henüz hazır olmadığı için kendisine pasaport başvurusunun halen sürdüğünü gösteren fotoğraflı bir belge verilmiştir. Başvurucu aynı gün görüşme boyunca kendisine yardım etme izni bulunmayan bir avukat eşliğinde, Madrid Çocuk Savcılığı

2 Başvurucu pansiyonda iki kez fiziksel şiddet gördüğünü belirtmektedir.

Ofisi'ne gitmiştir. Burada kendisinin küçük olduğunu ve de bunu İspanya'ya vardığında açıkça belirttiğini ifade etmiştir. Bununla birlikte elinde bulunan tüm belgeleri de ibraz etmiştir: tüm belgelerinin bir nüshası; pasaport başvurusunda bulunduğunu gösterir fotoğraflı alındı belgesinin aslı; pasaport başvurusunun işleme alındığını gösteren Büyükelçilik 'ten alınmış belge aslı; kimlik belgesinin aslı. Savcı, başvurucuyu yaş testinden geçirmek istemiş, başvurucu ise elindeki belgelerin kendisinin küçük olduğunu ispat ediyor olması nedeniyle bu testi reddetmiştir. Bunun üzerine savcı, teste girmeyi reddetmesinin kendisinin yetişkin olduğunun bir göstergesi sayılabacağı yönünde uyarıda bulunmuştur. Polise vermek adına başvurucudan tüm belgelerini ibraz etmesini talep eden savcı, ardından Göç ve Hudut Tugay'ına, davasının yazılıp polis kayıtlarına geçirilmesi için başvurucuyu Aluche Polis Merkezine götürmelerini emretmiştir. Savcı, avukatına başvurucunun yetişkin mi yoksa küçük mü olarak değerlendirileceğini birkaç saat içinde öğreneceklerini söylemiştir. Avukat başvurucuya polis merkezine götürülmesi sürecinde eşlik etmek istemiş fakat buna izin verilmemiştir.

2.10 Günün öğlen saatlerinde Fundación Raíces polisten, çocuk savcısından başvurucunun sokağa terk edilmesi yönünde bir emir aldıklarını ileten bir telefon çağrısı almıştır. Polis, Fundación Raíces'e başvurucuyu bırakabilecekleri bir yer bilip bilmediklerini sormuştur. Fundación Raíces ise polise başvurucunun o ana dek kaldığı yetişkin konaklama tesisinin adresini vermiştir.

2.11 Mülteci Yardım Ofisi başvurucunun sığınma talebinde bulunmasına izin verilmemesine dair verilen karara ilişkin herhangi bir yazılı bildirim yapmadığı için, başvurucu, uluslararası koruma hakkını aramak üzere iç hukukta herhangi bir işlem başlatamamıştır. Başvurucu buna ek olarak, eğer gerçekten verilmiş bir reşitlik tespiti kararı varsa, bu karara dair kendisine herhangi bir bildirimde bulunulmadığına işaret etmektedir. Son olarak başvurucu, Anayasa Mahkemesi'nin 9 Eylül 2013 tarih ve 172/2013 sayılı kararında da teyit ettiği üzere, her halükârda Cumhuriyet Savcılığı tarafından verilen yaş belirleme kararlarına karşı mahkemeye başvuru yolu bulunmadığından, mevcut olan tüm iç hukuk yollarını tükettiğini eklemektedir.

Şikâyet

3.1 Başvurucu, refakatçisiz yabancı bir küçük olması nedeniyle ayrımcılığa uğradığını ve bu bakımdan sözleşmenin 2'nci maddesinin ihlal edildiğini öne sürmektedir. Ailesi ile birlikte olsaydı bu türden savunmasız bir

durumda olmayacak, sığınma başvurusunda bulunamama durumu ile karşılaşmayacak ve başvurusu için onay verilecekti. Bunun yanı sıra eğer başvuru bir yetişkin olsaydı başvuru yapabilmesi için onaya dahi ihtiyaç duymayacaktı.

3.2 Başvurucu, sözleşmenin 3'üncü maddesinde tanıdığı şekliyle çocuğun yüksek yararı ilkesinin sığınma başvuru süreci boyunca dikkate alınmadığını öne sürmektedir. Bununla birlikte başvuru, Çocuk Hakları Komitesi'nin 6 numaralı (2005), refakatçisiz ve ailesinden ayrı çocuklara ülkelerinin dışında yapılacak muamelelere dair genel yorumunda şartları belirlendiği haliyle, Birleşmiş Milletler Mülteci Yüksek Komiserliği tarafından temin edilen koruma ve garantiler eşliğinde sığınma başvurusunda bulunma hakkına sahip olduğunu belirtmektedir.³ Başvurucu ayrıca, ilgili kişinin sığınma başvurusunda bulunamaması durumunda olduğu gibi, telifisi güç zararların meydana gelme riskinin bulunduğu hallerde kişinin küçük olarak kabul edilmesi gerektiğine dair ilkenin Taraf Devletçe tüm neticeleriyle birlikte yerine getirilmediğini belirtmektedir.⁴ Başvurucu, ülkesinden gelen kimliğine ve de küçük olduğunu ispat eden belgelere sahip olduğunu ifade etmektedir.

3.3 Başvurucu, Taraf Devlet'in, sözleşmenin 8'inci maddesinde yer alan kimliğini koruma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmektedir. Yaşının, kimliğinin temel bir unsuru olduğunu vurgulayan başvuru, Taraf Devlet'in kimliğini korumak ve buna bağlı unsurları iyileştirmek yükümlülüğü altında olduğu gibi kimliğini zayıflatmaması gerektiğini de ifade etmektedir. Ayrıca başvuru yaşı da dahil olmak üzere kimliğini ispat eden orijinal belgelere sahip olmasından ötürü aksi ispat edilene dek bundan şüphe edilmemesi gerektiğini belirtmektedir.

3.4 Başvurucu ayrıca Taraf Devlet'in kendisine dinlenilme olanağı tanınamaması nedeniyle sözleşmenin 12'nci maddesinin de ihlal edildiğini öne sürmektedir. Yasal temsilcisi olmaması nedeniyle sığınma başvurusuna engel olunarak dinlenilme hakkından iki kez mahrum bırakıldığını belirten başvuru, bu nedenle kendi ülkesinden neden kaçtığını açıklama şansına sahip olamamıştır.

3.5 Başvurucu ayrıca, Taraf Devlet'in, ailesinden uzakta bir küçük olarak kendisine gerekli korumayı sağlamamış olması nedeniyle de sözleşmenin 20'nci maddesinin ihlal edildiğini iddia etmektedir.

3 Par. 68-75.

4 İdib par. 31.

3.6 Son olarak başvuru, bu konuda uzman bir kuruluş tarafından verilen tavsiyenin ardından iki kez sığınma başvurusunda bulunmayı denemesine karşın buna izin verilmemiş olması nedeniyle sözleşmenin 22'nci maddesinin ihlal edildiğini öne sürmektedir. Dahası, defalarca talep etmiş olmasına karşın, başvurucuya ret kararı yazılı olarak verilmemiş, bu da haklarını korumak üzere herhangi bir iç hukuk yoluna başvuramamasına yol açmıştır. Bu durum, başvurucuyu sınır dışı edilmek de dahil olmak üzere çeşitli risklere maruz bırakmış ve de uluslararası koruma arama hakkını savunmak için herhangi bir iç hukuk süreci başlatmasını imkânsız hale getirmiştir.

3.7 Başvurucuya göre Mülteci Yardım Ofisi'ne sığınma başvurusu yapmak isteyen tüm küçüklerden yasal temsilcileri ile birlikte başvuru yapmalarını istemek, kemik yaşı tespitine göre yetişkin olduğu beyan edilen çocukların, kendi ülkelerinden getirdikleri ve de küçük olduklarını gösteren geçerli belgeleri bulunması durumunda dahi uluslararası koruma başvurusunda bulunmalarına engel olacaktır.⁵

3.8 Başvurucu şu olası çözümleri önermektedir: (a) Taraf Devlet'in küçük olduğunu tanıması; (b) küçük olarak sığınma başvurusunda bulunmasına izin verilmesi; (c) korunmaya muhtaç olarak kabul edilmesi ve Madrid Topluluğu'nun vesayeti altına alınması; ve de (d) dinlenilme hakkı, devlet koruması alma hakkı, yasal temsilciye sahip olma hakkı, bir kişi olarak gelişimine ve topluma entegre olmasına olanak sağlaması adına eğitim, oturma ve çalışma izni alma hakları da dahil olmak üzere bir küçük olarak tüm haklarının tanınması.

Taraf Devlet'in kabul edilebilirlik konusunda sunduğu görüşler

4.1 Taraf Devlet, 18 Ağustos 2017 tarihli görüşünde, İspanya'ya yasa dışı olarak giriş yaptığı gün başvuru ve küçük tekne de beraberinde bulunan diğer kişilerin kimlik tespitlerinin yapıp bir tercüman ve mahkemece atanmış bir avukat huzurunda hakları konusunda bilgilendirildiklerini ve Almeria Polis Merkezi'nde tutulduklarını öne sürmektedir. Başvurucu görüşüyle de uyumlu olduğu şekliyle yetişkin olduğunu iddia etmiştir. Taraf Devlet, İspanya'ya yasadışı girmiş olması nedeniyle, başvurucuyu ülkesine geri göndermek amacıyla sınır dışı sürecinin başladığını rapor etmektedir. Bu sınır dışı kararı, bir tercüman vasıtasıyla başvurucuya bizzat bildirilmiş

5 Başvurucu şu metne atıfta bulunmaktadır: Save the Children España, *Infancias Invisibles: Menores extranjeros no acompañados, víctimas de trata y refugiados en España* (Görünmez Çocuklar: refakatçisiz, yabancı çocuklar, insan ticareti mağdurları ve İspanya'daki mülteciler), 2016.

ve ayrıca bu karara karşı itiraz edebileceği konusunda bilgilendirme yapılmıştır. Hiçbir konsolosluk yetkilisinin kimliği konusunda bir bildiri yapmamış olması nedeniyle başvuruçunun sınır dışı edilmesi mümkün olmamış ve bu nedenle serbest bırakılarak Kızıl Haç pansiyonuna sevk edilmiştir.

4.2 Taraf Devlet, başvuruçunun 19 Nisan 2017'de, Madrid Göç ve Sınır Tugayının huzurunda 31 Aralık 1999 doğumlu olduğunu öne sürdüğünü belirtmektedir. Tıbbi yaş belirleme testine girmeyi reddeden başvuruçu, sunmuş olduğu şu belgeler ışığında küçük olarak değerlendirilmeyi talep etmiştir: (a) doğum belgesinin fotokopisi; (b) doğum tarihini gösteren bölümün daktilo ile yazıldığı ve buradaki yazı tipinin, nokta yazıcı kullanılarak basılmış olan belgedeki diğer yazı tipleriyle açıkça uyummadığı vatandaşlık belgesinin fotokopisi ve de (c) başvuruçuya benzemeyen birinin fotoğrafının bulunduğu bir kimlik belgesi. Polis, başvuruçunun fiziksel görünümü, vatandaşlık belgesindeki yaş bölümünün "tahrif edilmiş olması" ve de belgedeki fotoğrafın başvuruçuya benzemiyor olması nedenleriyle başvuruçunun bir yetişkin olduğundan hiçbir şekilde kuşku duymamış ve netice olarak refakatçisiz küçüklere ilişkin protokolü işletmemiştir.

4.3 Taraf Devlet, savcının adli polis biriminden kimlik belgesinin içeriğinin doğrulanmasını talep ettiğini belirtmektedir. Adli polis, parmak izinin, başvuruçudan daha önce alınan ve de devlet resmi kayıtlarında yer alan parmak iziyle örtüşmediğini tespit etmiştir. Savcı, 27 Temmuz 2017 günü başvuruçunun reşit olduğuna karar vermiştir.

4.4 Taraf Devlet, başvuruçunun yetişkin olması nedeniyle, Seçimlik Protokol'ün 7'nci maddesinin (c) ve (f) fıkraları uyarınca başvuruçunun *kişi bakımından* kabul edilemez olduğunu öne sürmektedir. Bu durum şunlar yoluyla açıkça anlaşılmaktadır: (a) Başvuruçunun, İspanya'ya vardığında kendi rızası dairesinde yetişkin olduğunu bildirmiş olması; (b) tıbbi yaş testine girmeyi reddetmiş olması; ve (c) kimlik belgesi düzenlenen kişinin başvuruçu olmaması, parmak izlerinin eşleşmemesi, biyometrik veri içermeyen evrakların fotokopilerinin kimlik ve yaş konusunda delil ortaya koymuyor olması ve de sunulan belge fotokopilerinin doğum tarihini değiştirmek adına tahrif edilmiş olması nedenleriyle başvuruçunun gerçek kimliğinin bilinmiyor olması.

4.5 Taraf Devlet aynı zamanda başvuruçunun, (a) yapılan tıbbi testlerin yetersiz olduğunu düşünmesi halinde ilave testler için Savcılığa başvurabilecek olması⁶; (b) Hukuk Usulü Kanunu'nun 780'inci maddesi uyarınca re-

6 Bkz. Aşağıda par. 7.1.

şit olmadığına dair kararın herhangi bir Özerk Kuruluş tarafından gözden geçirilmesini talep edebilecek olması; (c) hakkında verilmiş olan sınır dışı kararına karşı idari yargı yoluna başvurabilecek olması; ve de (d) 15/2015 tarihli yasa gereği, yaş belirleme konusunda özel hukuk mahkemelerinde çekişmesiz yargı yoluna başvurabilecek olması nedenleriyle, başvurunun Seçmeli Protokol'ün 7 (e) maddesi uyarınca, tüm iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle kabul edilemez olduğunu savunmaktadır.

4.6 Başvurucunun, Anayasa Mahkemesi'nin 952/2013 numaralı *amparo* başvurusuna ilişkin olarak vermiş olduğu 9 Eylül 2019 tarih ve 172/2013 numaralı kararına istinaden öne sürdüğü, savcının yaş belirlemeye ilişkin kararına karşı kanun yoluna başvurulamıyor olması iddiası konusunda Taraf Devlet, mahkemenin aynı kararda, bu tür tespitlerin yalnızca "geçici" olduğunu ve belgesiz bir kişinin yaşı konusunda nihai kararın ancak yargı makamlarından uygun yollar aracılığıyla istenebileceğini belirttiğini, mevcut davada ise bu yolların tüketilmediğini ifade etmiştir.

Başvurucunun, Taraf Devlet'in kabul edilebilirlik konusunda sunduğu görüşlere ilişkin yorumları

5.1 Başvurucu, 6 Kasım 2017 tarihli yorumlarında, Taraf Devlet'in iddialarının aksine, 19 Nisan günü polise sunmuş olduğu evrakların asıl belgeler ve bunlarla uyumlu olan fotokopileri olduğunu ifade etmektedir. Kimlik belgesine ilişkin olarak ise başvuru, Taraf Devlet'in fotoğraftaki kişinin kendisine benzemediğine yönelik iddiasının yalnızca bir varsayım olduğunu belirtmektedir.

5.2 Başvurucu ne kendisinin ne de avukatının 16 Mayıs 2017'de verilen karar hakkında bilgilendirilmediğini öne sürmektedir. Savcı, başvuru hakkında küçüklerin korunmasına yönelik bir soruşturma başlatmış ve de bu soruşturmayı ne başvuru ne de avukatlarını dinlemeden sonlandırmıştır. Bu durum başvuru kendisini savunmasına ve yaş belirleme konusundaki hukuki durumunu öğrenmesine de engel olmuştur.

5.3 1 Ocak 2017 günü başvuru, avukatıyla birlikte sığınma başvurusu yapmak üzere üçüncü kez Mülteci Yardım Ofisi'ne gitmiştir. Burada başvurucuya, yetişkin olduğunu açıklaması halinde uluslararası koruma başvurusunda bulunabileceği söylenmiştir. Buna karşın başvuru bu durumun, bir küçük olarak çıkarlarına aykırı olacağını değerlendirmiştir.

5.4 Başvurucu, reşitlik kararının 27 Haziran 2017'de verilmiş olmasına rağmen, temsilcilerinin 25 Temmuz 2017'ye, yani bahse konu Çocuk

Başsavcısı'ndan gelen bir tebligata kadar bu karardan haberdar olmadığını belirtmektedir. Bu durumun kendisini haklarını yasal yollarla aramaktan alıkoyduğunu belirten başvurucu, aynı zamanda bu yolla daha da savunmasız hale geldiğini öne sürmektedir. Ne Polis ne de Savcılık, 27 Haziran 2017'ye dek başvurucunun kimliğini ya da sunduğu belgelerin geçerliliğini doğrulamak için Fildişi Sahili İspanya Büyükelçiliği ile iletişime geçmemiştir. 18 Temmuz 2017'de Büyükelçilik, başvurucu adına, doğum tarihinin 31 Aralık 1999 olarak düzenlendiği bir pasaport çıkartmıştır.⁷

5.5 Başvurucu, Savcılığın 31 Haziran 2017'de hem kendisi hem de Fundacion Raices'in üç üyesi hakkında kimlik hırsızlığı ve de evrakta sahtecilik suçlarından suç duyurusunda bulunduğunu belirtmektedir.⁸

5.6 Başvurucu 3, 10 ve 28 Ağustos 2017 tarihlerinde Küçükler Başsavcılığına pasaportunu teslim aldığını belirten ve acil olarak reşitlik tespit kararının bir kopyasının kendisine gönderilmesini ve de Komite tarafından talep edilen geçici tedbirlerin uygulanmasını talep eden mektuplar göndermiştir. Başvurucu ayrıca Başsavcılığı yetişkinler için yapılmış bir barınakta kalıyor olması nedeniyle savunmasız bir durumda olduğu konusunda da bilgilendirmiştir. Nihayet, 5 Eylül 2017'de, 27 Haziran 2017 tarihli reşitlik tespit kararı başvurucuya tebliğ edilmiştir.

5.7 26 Eylül 2017'de başvurucu, bir avukat eşliğinde Mülteci Yardım Ofisi'ne dönmüştür. Başvurucu, küçük olduğunu ispat eden pasaportunu göstermiş olmasına karşın Kurum, Savcılık tarafından verilen reşitlik tespit kararını dikkate almış ve bu nedenle başvurucunun küçük olarak sığınma başvurusunda bulunması mümkün olmamıştır. Başvurucu, vahim bir durum içerisinde olması ve de bunun kendisi için mümkün olan tek seçenek olması nedenleriyle en nihayetinde yetişkin olarak sığınma başvurusunda bulunduğunu ifade etmektedir. Başvuruda doğum tarihi olarak ise 1 Ocak 1999 tarihi verilmiştir.

5.8 27 Ekim 2017'de başvurucu, reşitlik tespit kararının incelenmesi için Savcılığa başvurmuştur. Bunun yanında Madrid Topluluğunun koruma hizmetlerine, korumaya muhtaç bir çocuk olarak koruma sistemine kabul edilmesi yönündeki talebini yinelemiştir.

5.9 Taraf Devlet'in başvurunun kişi bakımından kabul edilemez olarak değerlendirilmesi gerektiğine yönelik iddialarına cevap olarak başvurucu

7 Başvurucu pasaportun bir nüshasını ekte sunmuştur.

8 Bkz. Aşağıda 7.4, 10.1, 11.1

şunları öne sürmektedir: (a) Pasaporta bakıldığında başvuruçunun küçük olduğu söylenebilir; (b) İspanya topraklarına girdiği esnada kendisinin yetişkin olduğunu bildirdiği gerçek olmamakla birlikte her halükarda bu türden bir bildirim başvuruçunun yetişkin olduğuna delil olarak değerlendirilemez; (c) gerçek kimliğinin bilinmediğine yönelik iddia, yetişkin olduğuna dair delil teşkil etmez; ve de (d) son derece zorlayıcı nitelikte olup şüpheli sonuçlar veren yaş testlerinden geçmeyi reddetmesi, hiçbir şekilde başvuruçunun bir yetişkin olduğuna delil olarak yorumlanamaz. Başvuruçunu, radyolojik yaş belirleme testlerinin, özellikle de sol el bileği röntgenlerinin Greulich ve Pyle yöntemi kullanılarak değerlendirilmesinin, güncel bilimsel yazın ışığında, kesin sonuçlara ulaşmaya elverişli olamayacak ölçüde geniş bir hata payına sahip olduğunu belirtmektedir. Dahası bu testler Kafkas popülasyonu için geçerli olmakla beraber, Afrikalılar gibi, farklı bir kemik olgunlaşma periyoduna sahip kıtalardan gelen insanlar için geçerli olamayacaktır.⁹

5.10 İç hukuk yollarının tüketilmesi konusunda ise başvuruçunu, Taraf Devlet'in, erişilebilirliği ve/veya etkinliği hakkında herhangi bir şey söylemeden yalnızca resmi olarak mevcut hukuk yollarının bir listesini sunduğunu, ancak bu konularda ispat yükünün Taraf Devlet'te olduğunu öne sürmektedir.¹⁰ Ayrıca yaş tespiti süreciyle bağlantılı olarak polis ve Savcılık tarafından atılan adımlar konusunda hiçbir şekilde bilgilendirilmediğini ifade eden başvuruçunu, bu nedenle Taraf Devletçe bildirilen iç hukuk yollarına başvuruda bulunamadığını belirtmektedir.

5.11 Taraf Devlet'in, başvuruçunun sınır dışı kararına karşı itiraz yoluna başvurabileceği konusunda bilgilendirildiği iddiasına ilişkin olarak ise başvuruçunu, sınır dışı kararına karşı doğrudan mahkemeye başvuruda bulunamayacağını, bu karara karşın ancak Hükümet tarafından üç aylık bir süre içinde karara bağlanan ve de sınır dışı kararının icrasını durdurmaya bir başvuru yolunun mevcut olduğunu ifade etmektedir.

5.12 Taraf Devlet'in, başvuruçunun 15/2015 sayılı Kanun uyarınca yaş tespiti için çekişmesiz yargı yoluna başvurabileceği iddiasına ilişkin olarak ise başvuruçunu, Fundación Raíces'in bu yolu başka bir olay için kullanmaya

9 Başvuruçunu şu rapora atıfta bulunmaktadır: "Conclusiones de la Jornada de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los Menores Extranjeros no acompañados. Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España" (Refakatçisiz Yabancı Küçüklerin Adli Yaşının Belirlenmesine İlişkin Çalıştay Sonuçları. İspanya Adli Tıp Enstitüleri tarafından hazırlanan İyi Uygulama Uzlaşma Belgesi), *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 37, No. 1 (Ocak-Mart 2011).

10 Başvuruçunu, İHAM, *Akdiyar ve diğerleri v. Türkiye*, ve de Amerikalıların İnsan Hakları Mahkemesi, *Galindo Cardenas ve al v. Peru*. Davalarına atıfta bulunmaktadır.

çalıştığını ve bu başvurunun, hukuk yolunun uygun olmadığı gerekçesiyle reddedildiğini öne sürmektedir.¹¹

5.13 Son olarak başvuru, hiçbir zaman vesayet altına alınmamış olması ve bu nedenle, bir küçük olarak sığınma başvurusunda bulunmak üzere Mülteci Yardım Ofisine gidememiş olması nedenleriyle, Taraf Devlet'in Komite tarafından talep edilen geçici tedbirleri almadığını iddia etmektedir.

Taraf Devlet'in başvurunun esasına ilişkin sunduğu görüşler

6.1 Taraf Devlet, 14 Mart 2018 tarihli görüşünde, olaylara ilişkin açıklamalarını ve de başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin iddialarını tekrarlamaktadır. Taraf Devlet, başvuru kişinin kişisel ve ailevi bağlarının bulunduğu ülkesine geri dönmesinin onu telafisi güç bir zarar riski altına sokacağına ya da olağandışı bir duruma vesile olacağına dair hiçbir delil bulunmadığını kanaatindedir.

6.2 Taraf Devlet, başvuru kişinin iç hukuk yollarını tüketmediğini yinelemektedir. "Yaş tespitine itiraz etmenin ileri bir aşamada etkili yolları olduğunu" ekleyen Taraf Devlet, biyometrik veriler içeren orijinal kimlik belgeleriyle gerçek yaşının ispatı, ya da başvuru kişinin lehine objektif tıbbi bulgular gibi yeni delillerin ibrazı halinde, Savcılık tarafından, küçüğün gerçek yaşıyla ilgili soruşturmanın yeniden açılması gerektiğine karar verilmesinin mümkün olduğunu ifade etmektedir.¹²

6.3 Taraf Devlet, başvuru kişinin, yüksek yararının ihlal edildiğine ilişkin iddiasının yüzeysel olduğunu ve söz konusu hükmün nasıl ihlal edildiğini açıkça belirtmediğini kaydetmektedir. Komite'nin 6 numaralı genel yorumunda, tereddüt durumunda kişinin küçük olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilirken, kişinin yetişkin olduğunun açık olduğu durumlarda bu ilke söz konusu değildir. Bu durumlarda, ulusal makamlar herhangi bir test yapmak zorunda kalmadan ilgiliyi hukuken yetişkin olarak kabul edebilirler. Buna karşın somut olayda yasal merciler, başvurucuya yaşını tespit etmek üzere objektif tıbbi testlerden geçme fırsatı vermiştir. Taraf Devlet, yetişkinlerin küçüklere tahsis edilmiş sığınma evlerine alındıklarında, gerçek küçüklere istismar ve kötü muameleye maruz bırakabileceklerine dikkat çekmektedir.

11 Başvuru, söz konusu başvurunun reddedildiği 261/2016 sayılı kararın bir nüshasını ibraz etmiştir.

12 Taraf Devlet, 15 Ocak 1996 tarih ve 1/1996 sayılı Küçüklerin Korunması Hakkında Yüksek Kanun'un 6 ve 12 (4) maddelerine atıfta bulunmaktadır. Ayrıca Taraf Devlet, 11 Ocak 2000 tarih 4/2000 sayılı İspanya'daki Yabancı Uyrukluların Hak ve Özgürlükleri ve Sosyal Entegrasyonları Hakkında Yüksek Kanun'un 35. maddesinin bu durumda geçerli olduğunu belirtmektedir.

6.4 Başvurucunun Sözleşme'nin 18 (2) ve 20 (1) maddeleriyle ilgili olarak üstün yararının ihlal edildiği iddiasına ilişkin olarak Taraf Devlet, başvurucunun derme çatma bir teknedeyken İspanyol makamları tarafından kurtarıldığına dikkat çekmekte ve de şunları eklemektedir; Başvurucu, İspanya topraklarına vardığında sağlık hizmetleri tarafından kendisine bakılmış ve de ücretsiz bir avukat ve tercüman tahsis edilmiştir; reşit olmadığını iddia eder etmez bu durum, çocuğun üstün yararını gözetmek konusunda sorumlu kurum olan Cumhuriyet Savcılığına bildirilmiştir; bununla beraber, başvurucu şu anda özgür halde olup sosyal yardım almaktadır.

6.5 Sözleşmenin 8'inci maddesiyle ilgili iddialara ilişkin olarak ise Taraf Devlet, başvurucunun kimliğini koruma hakkının ne şekilde ihlal edildiğini göstermediğini belirtmektedir. Bunun yanında Taraf Devlet, İspanyol yetkililerin başvurucuyu İspanya topraklarına yasa dışı giriş yaptığı esnada bildirmiş olduğu isimle kaydettiğini ve bu kayıt neticesinde ortaya çıkan belgelerin, başvurucunun bugün haklarını kullanmasına müsaade eden belgeler olduğunu eklemektedir.

6.6 Başvurucunun dinlenilme hakkının ihlal edildiğine yönelik iddialarına ilişkin olarak ise Taraf Devlet, başvurucunun her an için ifade verme ve de dinlenilme olanağına sahip olduğunu öne sürmektedir. Başvurucu ilkin, kimlik tespitinin yapılabir tercüman ve de mahkemece atanmış bir avukat eşliğinde haklarının bildirildiği polis merkezinde tutulduğu esnada dinlenmiştir. Bunun yanında başvurucu, Mülteci Yardım Ofisi'nde de ifade verme hakkına sahip olmuştur.

6.7 Sözleşmenin 20'nci maddesinde düzenlenen devletten özel koruma ve yardım görme haklarından yoksun bırakıldığı iddiasına ilişkin olarak Taraf Devlet, "somut olayda, başvurucunun yetişkin olduğu konusunda deliller bulunduğu için bahse konu hakkın kullanılamaz" olduğunu belirtmektedir.

6.8 Başvurucu tarafından öne sürülen olası çözümlere ilişkin olarak Taraf Devlet, başvurucunun, yaşını "kesin olarak belirlemek için herhangi bir yol" talep veya teklif etmediğini ileri sürmektedir. Başvurucu, başka herhangi bir objektif tıbbi testin yapılmasını veya kendisiyle ilgili bilgilerin ülkesinin yetkilileri tarafından doğrulanmasını teklif etmemiştir.

Başvurucunun, Taraf Devlet'in esas hakkında sunduğu görüşlere ilişkin yorumları

7.1 Başvurucu 19 Mart 2018 tarihli yorumunda, Taraf Devlet'in tüm hukuki argümanının, objektif tıbbi testlerin varlığına dayanmasına karşın, bu testlerin ne olduğunun belirtilmediğini veya test sonuçlarının bir kopyasını

sağlamadığını not etmektedir. Bunun yanında başvuru ne Almería’da ne de Madrid’de yaş tespiti testlerinden geçmediğini ifade etmektedir.

7.2 6 Kasım 2017’de, Madrid Bölge Savcılığı, ibraz edilen pasaportun sahteliğine ya da tahrif edildiğine dair herhangi bir ibare bulunmamasına rağmen başvurunun 27 Haziran 2017 tarihli reşitlik tespit kararına karşı yapmış olduğu itirazı reddetmiştir. Aynı zamanda sahtecilik ve de tahrifata ilişkin herhangi bir şikâyet ya da hukuki süreç mevcut değildir. Savcılık, “kararda yer alan olgusal arka plana ve düzenlenen bilirkişi raporlarına göre 6 Haziran 2017 tarihinde Savcılığa gelen kişinin M.T. olmadığı ve de bu kişinin gerçek kimliğinin tespit edilemediği” gerekçesiyle pasaportun değerlendirmeye alınamayacağını öne sürmektedir. Bu konu hakkında başvuru, Savcılık tarafından açılan ceza davasının henüz neticelenmemiş olması nedeniyle orada yer alan kişinin M.T. olmadığını tespit edilmediğini ifade etmektedir.

7.3 17 Kasım 2017’de başvuru, Savcılık kararına karşı idari yargıya başvurmuş ve de ihtiyati tedbir talep etmiştir. Bu başvuru hakkında 19 Aralık 2017’de görevsizlik kararı verilmiştir. Başvuru, ihtiyati tedbir talebinin yeniden görüşülmesi talebinin aynı idare mahkemesinde, görevsizlik kararına karşı yapmış olduğu başvurunun ise Danıştay’da derdest olduğunu belirtmektedir.

7.4 Madrid Bölge Yüksek Mahkemesi 26 Şubat 2018 tarihinde verdiği kararla, Savcılık tarafından Fundación Raíces üyeleri ile ilgili yapılan şikâyeti, bu kişilerin herhangi bir suça karıştıklarına dair delil bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.

7.5 Kabul edilebilirlik konusunda daha önce öne sürdüklerini yineleyen başvuru, Taraf Devlet’in kendisinin küçük olduğuna dair herhangi bir delil olmadığına yönelik iddialarına ilişkin olarak ise şunları ifade etmektedir: başvuru (a) polis merkezine doğum ve de vatandaşlık belgesini (b) 6 Haziran 2017’de Savcılığa, Büyükelçilikten alınan ve de üzerinde fotoğrafı ile doğum tarihinin yer aldığı alındı belgesini; (c) 3, 28 Ağustos ile 6 Ekim 2017’de yine aynı Savcılığa bu kez de pasaportunu ibraz etmiştir.

7.6 Başvuru, herhangi bir yasal takibata konu olmayan geçerli bir pasaport sunmuş olmasına rağmen, reşitlik tespit kararının yeniden gözden geçirilmesine yönelik başvurusunun reddedilmiş olmasının, mevcut iç hukuk yollarının etkisizliğini gösterdiğini iddia etmektedir.

7.7 Başvuru, Taraf Devlet’in, dört durumda kendisinin yüksek yararını göz önünde bulundurmadığını belirtmektedir: (a) Yaşını ve kimliğini tam

olarak kanıtlayan kimlik belgelerini sunmuş olmasına rağmen, onu belgesiz bir kişi olarak kabul etmeye ve de yaş tespiti testlerinden geçirmeye karar verilmiştir; (b) Refakatçisiz yabancı küçükler hakkında protokolde tavsiye edildiği gibi, Savcılık kararının açıklanmasına kadar ihtiyati tedbir olarak vesayet altına alınmamış ve de küçükler için yapılmış bir merkeze yerleştirilmemiştir; (c) Yaş tespit testlerine girmeyi kabul etmediğinde bu durum yetişkin olduğuna yönelik bir delil olarak kabul edilmiştir; (d) Reşitlik tespit kararına karşı pasaportunu aldıktan sonra yapmış olduğu yeniden gözden geçirme talebi reddedilmiştir.

7.8 Başvurucu, Taraf Devlet'in, kendi ülkesinin yetkilileri tarafından düzenlenen kimlik belgelerinde gösterilen tarihle eşleşmeyen bir doğum tarihini kendisine atfedip bunu sığınmacı kimlik kartına kaydederek kimliğini koruma hakkını ihlal ettiğini ifade etmektedir. Bunun yanında başvuru hem İspanya Yasama Organı hem de İspanyol Yüksek Mahkemesi kararları uyarınca bir yabancı kimliği konusunda, kendi ülkesi tarafından düzenlenen belgelerin geçerli delil niteliği taşıdığını belirtmektedir.¹³

7.9 Son olarak başvuru, vesayet altına alınmadığı ve dolayısıyla vesayet altına alınmalarından sonra reşit olan gençlere verilen oturma iznini almasının önüne geçildiği için, bu oturma izninin verilmesi de dahil olmak üzere, İspanya iç hukukuna göre bir küçük olarak sahip olacağı tüm hakların Taraf Devletçe tanınmasının Komite tarafından talep edilmesini istemektedir.

Taraf Devlet tarafından sunulan ek bilgiler

8.1 Taraf Devlet 27 Ağustos 2018'de, kimlik hırsızlığı ve tahrifat iddialarını yönelik soruşturmaya ilişkin, Madrid Bölge Yüksek Mahkemesi 1. Bölümünün 26 Şubat 2018 tarih ve 188/2018 numaralı kararını bildirmiştir. Karar şu şekildedir:

19 Nisan 2017'de Fundación Raices personeli, adının M.T. olduğunu söyleyen, mektubunda yaşça küçük olduğunu belirten ve de elinde doğum tarihinin 31 Aralık 1999 olduğunu gösteren, Fildişi Sahili'nden alınmış bir dizi resmî belge bulunan bir kişiyi Madrid belediye polisine huzuruna getirmiştir. Polis tarafından yapılan kontrollerin ardından, bahsi geçen M.T.'nin sahte belgeler sunduğuna ve bu nedenle refakatçisiz yabancı küçüklerle ilişkin çerçeve protokole uyulmayacağına karar verilmiştir.

¹³ Başvuru, 4/2000 Sayılı Yüksek Kanun'un 4. maddesine ve Yüksek Mahkeme Hukuk Dairesi'nin 368/2015 sayılı kararına atıfta bulunmaktadır (bölüm 1, 18 Haziran 2015, gerekçe: 3 ve 4).

Fundación Raíces, M.T. adına Çocuk Hakları Komitesi'ne şikâyetle bulunmuştur. Başvuru L.R. ve E.F. tarafından imzalanmıştır. Bunun neticesinde Çocuk Başsavcısı soruşturmanın yeniden açılmasını kabul etmiş ve de duruşma 6 Haziran'da gerçekleşmiştir: Duruşmaya avukat A.E.S. tarafından temsil edilen ve de M.T. olmayan bir kişi katılmıştır. Bu kişi ilgili belgeleri mahkemeye ibraz ettiğinde Savcı, bu kişinin belgelerdeki kişi olup olmadığı hususunda şüpheye düşmüştür. Bunun üzerine kimlik kartı bilirkişi incelemesinden geçmiş ve kartın sahte olduğu belirlenmiştir.

8.2 Taraf Devlet, bu nedenle, şunların tespit edildiğini kaydetmektedir: (a) Esasen bir yetişkin olan başvurucu, polisi küçük olduğu konusunda yanıltılmak için sahte belge sunmuştur; (b) başvurucunun küçük olduğunu öne sürdüğü bir başvuruyu Komiteye sunmasının ardından savcı, iddiasını destekleyecek yeni koşullar veya belgeler olması durumunda yaşını yeniden değerlendirme fırsatı vermek için başvurucuyu bizzat çağırmıştır; (c) bu duruşmaya, başvurucuyu temsilen bir Fundación Raíces üyesi ile başvurucu olmayan, fakat onun yerine geçmek isteyen küçük görünümlü bir başka kişi katılmıştır; ve de (d) şüphe üzerine yapılan bir analiz neticesinde ilgili kişinin başvurucunun yerine geçmeye çalıştığı doğrulanmıştır.

Üçüncü taraf görüşü¹⁴

9. 12 Kasım 2018'de Fransız Ombudsman, sınır dışı edilmeyi bekleyen yetişkinlere yönelik merkezlerde tutulma ve de yaş belirleme konularında üçüncü taraf görüşü sunmuştur.¹⁵

Başvurucunun ek yorumları

10.1 28 Mart 2019'da sunduğu yorumlarda başvurucu, 18 Şubat 2019'da Madrid Bölge Yüksek Mahkemesi'nin, avukatı tarafından yapılan, davanın çocuk mahkemelerinde görülmesine dair görevsizlik itirazını reddettiğini bildirmektedir.¹⁶ Buna karşın, 11 Mart 2019 tarihinde Madrid 18'inci Ceza Mahkemesi, "sanığın reşit olmadığı Nisan 2017'de tespit edildiğinden davada çocuk mahkemeleri görevlidir" diyerek görevsizlik itirazını kabul etmiştir.¹⁷ Başvurucu, bu kararın pasaportunun sözlü yargılama sırasında Savcılık tarafından geçerli olarak kabul edildiği gerçeğini ortaya koyduğunu belirtmektedir.

14 Bu görüş, Komite'ye kayıtlı olan 17/2017, 21/2017 ve 27/2017 No'lu başvurularla ilgilidir.

15 Bu görüşün kısa bir özeti için bkz: *N.B.F v. İspanya* (ÇHK B.No: 79, K.No: 11/2017), par. 8.1.-8.6.

16 Madrid Bölge Yüksek Mahkemesi kararı, belge 55.

17 Madrid 18'inci Ceza Mahkemesi kararı

10.2 Başvurucu, bu kararın şunları onayladığı sonucuna varmaktadır: (a) İspanya'ya girip sığınma talebinde bulunduğu ve de 31 Aralık 2017'ye kadar burada kaldığı süre boyunca reşit değildi; (b) İspanyol makamları, sığınmacı kimlik kartında gösterilen doğum tarihini değiştirerek, pasaportunda gösterilen doğum tarihinin geçerliliğini kabul etmiştir. Bu nedenle Taraf Devlet, başvurunun küçük olduğunu ikinci kez tanımıştır ve de (c) Savcılık geçerli bir pasaportu tanımayı reddetmiş, bunun sonucunda ise başvuru bir küçük olarak haklarını kullanamamış ve de gerektiği gibi korunamamıştır.

Taraf Devlet'in ek yorumları

11.1 Taraf Devlet, 1 Nisan 2019'da sunmuş olduğu yorumda, Madrid 18'inci Ceza Mahkemesinin, başvurunun küçük olup olmadığı durumunun ihtilafli olması nedeniyle 11 Mart 2019 tarihli kararıyla davayı bitirdiğini bildirmektedir. Kararda şu ifadeler yer verilmiştir: "genel kurulda, Fildişi Sahili Cumhuriyeti'nin İspanya Krallığı Büyükelçiliği tarafından M.T. adına düzenlenen 16 Temmuz 2017 tarihli 17AL64055 numaralı biyometrik pasaportun verildiğinin belirtildiği bir sertifika sunulmuştur. Fildişi Sahili biyometrik pasaport dairesi yetkilileri tarafından 20 Nisan 2017 tarihinde düzenlenip, Madrid Fildişi Sahili Büyükelçiliği tarafından işleme alınan belge orijinaldir ve biyometrik pasaportlar için genel standartları karşılamaktadır".

11.2 Taraf Devlet'e göre, ulusal adli makamların başvuru sahibinin doğum tarihini 31 Aralık 1999 olarak kabul etmesi, başvurunun Komite'ye sunulduğu tarihte mevcut iç hukuk yollarının tüketilmediğini göstermektedir. Bu nedenle Taraf Devlet, iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçeyle başvurunun kabul edilemez olarak ilan edilmesini talep etmektedir.

Komite önündeki meseleler ve işlemler

Kabul edilebilirlik değerlendirmesi

12.1 Komite, başvurunun içeriğinde yer alan iddiaları değerlendirmeden önce, Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin bireysel başvuru usulüne ilişkin Seçmeli Protokolünün 20'nci maddesi uyarınca, ilkin başvurunun kabul edilebilir olup olmadığına karar vermelidir.

12.2 Komite, Taraf Devlet'in, başvuru tarihi itibarıyla iç hukuk yollarının tüketilmediğine dair iddialarını belirtmektedir. İç hukuk yolları tüketilmiştir çünkü: başvuru (a) ek testler için Savcılığa başvurabilirdi; (b) Hukuk Usulü Kanunu'nun 780'inci maddesi uyarınca, reşit olmadığına dair

kararın bir Özerk Kuruluş tarafından incelenmesini talep edebilirdi; (c) 15/2015 sayılı Kanun gereği, yaş tespiti için çekişmesiz yargı yoluna başvurulabilirdi. Bunlara ek olarak, Taraf Devlet, başvurucunun Madrid 18'inci Ceza Mahkemesinin 11 Mart 2019 tarihli kararıyla küçük olarak tanınmış olmasının, iç hukuk yollarının tüketilmemiş olduğunu gösterdiğini iddia etmiştir.

12.3 Ancak Komite, başvurucunun, yaşının belirlenmesiyle ilgili olarak polis ve Cumhuriyet Savcılığı tarafından atılan adımlar hakkında Komiteye başvuru yapana dek kendisine bilgi verilmediği yönündeki iddiasına da dikkat çekmektedir. Özellikle, hakkında verilmiş olan reşitlik tespit kararına 5 Eylül 2018'e kadar erişim imkanına sahip olamamıştır. Karara erişimi ancak karar verildikten üç ay sonra ve de kararın kopyasını defalarca kez Savcılıktan talep ettikten sonra mümkün olmuştur. Komite ayrıca, başvurucunun reşitlik tespit kararının gözden geçirilmesi için Savcılığa başvurduğunun ve Fildişi Sahili Madrid Büyükelçiliği tarafından adına düzenlenen pasaportun bir nüshasını sunduğunun da altını çizmektedir. Buna karşın başvurusu 6 Kasım 2017 tarihinde reddedilmiştir. Komite ayrıca, Mülteci Yardım Ofisi'nin küçük olarak sığınma başvurusunda bulunmasına izin vermeyi reddettiğine dair yazılı bir belge vermemiş olması nedeniyle başvurucunun uluslararası koruma talep etme hakkını ileri sürmek için herhangi bir hukuki süreç başlatamamış olduğunu da kaydetmektedir.

12.4 Komite, başvurucunun, her an gerçekleşebilecek olası bir sınır dışı işlemleri karşı karşıya olması konusunda, aşırı derecede uzayan veya mevcut sınır dışı etme kararının icrasını durdurmaya herhangi bir çözüm yolunun etkili kabul edilemeyeceği kanaatindedir.¹⁸ Komite, Taraf Devlet'in atıfta bulunduğu hukuk yollarının, başvurucunun sınır dışı edilmesini durdurabilecek nitelikte olduğunun açıkça belirtilmediğini kaydetmektedir. Buna göre Komite, Seçmeli Protokol'ün 7 (e) maddesinin, başvurunun kabul edilebilirliğine engel teşkil etmediği sonucuna varmıştır.

12.5 Komite, başvurucunun, sözleşmenin 2, 3, 8, 12, 20 ve 22'nci maddeleriyle bağlantılı olarak öne sürmüştüğü, çocuğun yüksek yararının gözetilmediği, yasal temsilcisinin yaş belirleme sürecinde kendisine refakat etmesine izin verilmediği ve de son olarak vasi atanmayarak sığınma başvurusunda bulunmasının engellendiği iddialarını yeterli ölçüde kanıtladığı görüşündedir. Bu nedenle Komite, şikâyetin bu kısmının kabul edilebilir olduğu kanaatindedir ve esasa ilişkin incelemeye devam etmektedir.

¹⁸ N.B.F. v. İspanya, par. 11.3

Esasa ilişkin değerlendirmeler

13.1 Komite mevcut başvuruyu Seçmeli Protokol'ün 10 (1) maddesi uyarınca taraflarca kendisine sunulan tüm bilgiler ışığında değerlendirmiştir.

13.2 Mevcut davada komitenin önünde olan sorunlardan biri, küçük olduğunu belirten ve bunu kanıtlamak için çeşitli kimlik belgeleri (doğum belgesi, vatandaşlık belgesi, kimlik belgesi ve sorasında pasaportu) sunan başvurucunun yaşının belirlenmesi sürecinin Sözleşme'den doğan haklarını ihlal edip etmediğidir. Özellikle başvurucu, yaşının belirlenmesi için atılan adımlar konusunda kendisine gerektiği şekilde bilgi verilmediği ve yasal temsilcisinin yaş tespiti sürecinde kendisine eşlik etmesine izin verilmediği için süreç boyunca çocuğun yüksek yararının dikkate alınmadığını iddia etmiştir.

13.3 Komite, küçük olduğunu iddia eden bir gencin yaşının tespit edilmesinin temel bir öneme sahip olduğunu, zira bu durumun, bu kişinin çocuk olarak ulusal korumaya hak kazanıp kazanmayacağını veya bu korumanın dışında tutulup tutulamayacağını belirleyeceğini hatırlatmaktadır. Benzer şekilde, Sözleşme'de yer alan hakların kullanılması bu yaş tespitine bağlıdır. Bu boyut Komite için hayati öneme sahiptir. Bu nedenle, bir kişinin yaşını belirlemek için hem bir yasal sürecin hem de bu sürece yönelik bir kanun yoluyla sonuca itiraz etme fırsatının olması zorunludur. Bu süreç devam ederken şüpheden ilgili yararlanmalı ve de bir çocuk gibi muamele görmelidir. Bu doğrultuda Komite, yaş tespit sürecinde çocuğun yüksek yararının birincil husus olması gerektiğini hatırlatmaktadır.¹⁹

13.4 Mevcut davada, Komite, Taraf Devlet'in, başvurucunun yetkililer tarafından şu nedenlerle yetişkin olarak kabul edildiğine dair iddiasını not etmektedir: başvurucu (a) İspanya'ya vardığında rızası dahilinde yetişkin olduğunu beyan etmiştir; (b) açıkça yetişkin gibi görünmektedir; (c) tıbbi yaş belirleme testlerinden geçmeyi reddetmiştir ve de (d) başvurucu tarafından ortaya konan kimlik belgeleri kimliği için yeterli nitelikte delil teşkil etmemektedir. Komite ayrıca, Tüm Göçmen İşçiler ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunması Komitesi (Genel Yorum No:4, 2017) ile Çocuk Hakları Komitesinin (Genel Yorum No: 23, 2017) uluslararası göç bağlamında; çocukların kendi ülkeleri, geçiş, varış ve dönüş ülkelerindeki insan haklarına dair devlet yükümlülükleri hakkındaki ortak genel yoruma dikkat çekmektedir. Bu yorum, aksi kanıtlanmadığı sürece, kimlik belgeleri-

19 N.B.F. v. İspanya, par. 12.3

nin gerçek sayılması gerektiğini ifade etmektedir.²⁰ Komite, Taraf Devlet'in, başvuru tarafından sunulan doğum ve vatandaşlık belgesinin, biyometrik veri içermemesi, vatandaşlık belgesinde yer alan doğum tarihi bölgesinin değiştirilmiş olması ve de kimlik belgesindeki parmak izlerinin başvuru ile uyuşmaması nedenleriyle başvurunun küçük olduğunu ispat edemeyeceği görüşünde olduğunu da kaydetmektedir. Ancak Komite, başvurunun Taraf Devlet yetkililerine birçok kez Madrid'deki Fildişi Sahili Büyükelçiliği'nden pasaport başvurusunda bulunduğunu ve pasaportun hazırlandığını gösteren makbuzu ibraz ettiğini not etmektedir. Başvuru, daha sonra pasaportunu da yetkililere ibraz etmiştir. Komite, özellikle başvuru ve Taraf Devlet'in, delillere erişim bakımından her zaman eşit şansa sahip olmadığını ve çoğu zaman Taraf Devlet'in bilgilere tek başına erişimi olduğunu dikkate almakta ve bu bakımdan ispat yükünün yalnızca başvurucuda olmadığını hatırlatmaktadır.²¹ Mevcut davada Komite, başvurunun, Taraf Devlet'in sunulan belgelerin geçerliliği konusunda şüpheleri varsa, kimliğini doğrulamak için Fildişi Sahili konsolosluk yetkilileriyle temasa geçmesi gerektiği ve de bunun yapılmadığı yönündeki iddiasını kaydetmektedir. Komite son olarak, Taraf Devlet organlarının, pasaportun gerçekliğini doğrulamak için yalnızca başvuru bir yetişkin olarak kabul edildiğinde konsolosluk makamlarıyla temasa geçtiğini not etmektedir.

13.5 Komite ayrıca başvurunun, reşitlik tespit kararına yol açan yaş belirleme testleri sırasında, olası bir refakatçisiz göçmen çocuk olarak, yüksek yararlarını koruyabilecek olan avukatının ona eşlik etmesine izin verilmemiş olmasına yönelik iddialarını da not etmektedir. Komite, Taraf Devletlerin küçük olduğunu iddia eden tüm gençlerin kendi seçtikleri bir yasal temsilci tarafından temsil edilmelerine izin vermesi veya gerektiğinde nitelikli bir yasal temsilci ve bir tercüman ataması gerektiğini vurgulamaktadır. Komite, yaş belirleme sürecinde yasal temsilcinin hazır bulunmasının, çocuğun yüksek yararına saygı gösterilmesi ve de dinlenilme hakkı bakımından temel bir güvence olduğu görüşündedir.²² Bu güvencenin sağlanmaması Sözleşme'nin 3. ve 12. maddelerinin ihlali sonucu doğuracaktır, zira yaş belirleme süreci Sözleşme'nin uygulanması için başlangıç noktasıdır. Yerinde ve zamanında temsilin yokluğu, önemli bir adaletsizliğe neden olabilir.

20 Par. 4

21 Diğerlerinin yanı sıra bkz: İnsan Hakları Komitesi, El Hassy v. Libya (CCPR B. No: 91, K.No:1422/2005), par. 6.7 ve Medjnoune v. Cezayir (CCPR B.No: 87, K.No:1297/2004), par. 8.3.

22 *N.B.F. v. İspanya*, par. 12.8.

13.6 Yukarıda belirtilenler ışığında Komite, çocuk olduğunu iddia eden ve bu iddiasını destekleyecek kanıtlar sunan başvurucu için yapılan yaş belirleme prosedürünün, başvurucunun Sözleşme kapsamındaki haklarını korumak için gereken güvencelere sahip olmadığı kanaatindedir. Mevcut davanın koşulları, özellikle de yaş belirleme sürecinde temsilcinin hazır bulunmaması ve de Taraf Devlet'in, Fildişi Sahili konsolosluğu tarafından verildiği hususunda hiçbir şüphe bulunmayan pasaport da dahil olmak üzere başvurucu tarafından sunulan belgeleri delil olarak kabul etmemiş olması dikkate alındığında, Komite, Sözleşme'nin 3. ve 12. Maddelerinin aksine, başvurucuya uygulanan yaş belirleme prosedüründe çocuğun yüksek yararının birincil öncelik olmadığı görüşündedir.

13.7 Komite ayrıca, başvurucunun bir küçük olarak sığınma başvurusunda bulunamamasının Sözleşme kapsamındaki haklarını ihlal edip etmediğini de tespit etmek zorundadır. Bu bakımdan Komite, başvurucu tarafından sunulan şu iddiaların altını çizmektedir: (a) Başvurucu, reşit olmadığı dönemde Mülteci Yardım Ofisi'ne dört kez sığınma başvurusunda bulunmaya çalışmış, ancak vasisi olmadığı için başvuru yapmasına izin verilmemiştir; (b) İlgili birim asla yazılı bir karar vermemiştir ve de (c) Sığınma başvurusunda bulunamaması, başvurucuyu sınır dışı riskiyle karşı karşıya bırakmıştır. Komite aynı zamanda, Taraf Devlet'in, başvurucunun kişisel ve ailevi bağlarının bulunduğu ülkesine geri dönmesinin onu telafisi güç bir zarar riski altına sokacağına, ya da bunun olağanüstü bir duruma yol açacağına dair hiçbir delil bulunmadığına yönelik iddialarını da kaydetmektedir. Buna karşın Komite, başvurucunun reşit olmadığını kanıtlayan orijinal bir pasaportu olmasına rağmen, ancak yetişkin olduğunu öne sürmeye zorlandıktan sonra sığınmacı kartı alabildiğine de işaret etmektedir.

13.8 Bu bağlamda Komite, 6 numaralı genel yorumunu hatırlatmaktadır:

Devletler, Sözleşme ve de diğer uluslararası yükümlülüklerle uyumlu olarak, çocuğun refakatçisiz veya ailesinden ayrı olduğu belirlenir belirlenmez bir vasi veya danışman atamalı ve bu vesayet düzenlemelerini, çocuk reşit olana veya devletin topraklarını ve/veya yargı yetkisini kalıcı olarak terk edene kadar sürdürmelidir.

...

Vasi atanmasına ek olarak, çocukların sığınma prosedürlerine veya idari/adli süreçlere dahil olduğu durumlarda yasal temsil de sağlanmalıdır.²³

23 Par. 33 ve 36.

Komite, başvuruçunun, küçük olduğunu gösterir resmî belgeler sunmuş olmasına karşın, kendisine sığınma başvurusu yapabilmesi için bir vasi atanmamış olması durumunun, başvuruçuyu refakatçisiz küçük sığınmacılara sağlanması gereken özel korumadan mahrum bıraktığını, bununla birlikte ülkesine geri dönmesi halinde telafisi güç bir zarar riskiyle karşı karşıya bırakarak Sözleşme'nin 20 (1) ve 22 maddelerini ihlal ettiğini değerlendirmektedir.

13.9 Komite ayrıca başvuruçunun, Taraf Devlet'in kendisine İspanyol makamlarına sunulan belgelerdeki bilgilerle uyuşmayan bir yaş ve doğum tarihi atfederek kimliğinin unsurlarını değiştirmesi bakımından haklarını ihlal ettiği yönündeki iddialarını da not etmektedir. Komite, bir çocuğun doğum tarihinin kimliğinin bir parçası olduğu kanaatinde. Bu bakımdan Taraf Devletler, kimlik unsurlarına dikkat ederek, çocuğun kimliğini koruma hakkına saygı göstermekle yükümlüdürler. Mevcut dava bakımından Komite, Taraf Devlet'in, başvuruçudan tarafından sunulan doğum ve vatandaşlık belgelerinin biyometrik veri içermiyor olmaları nedeniyle delil teşkil etmediği, vatandaşlık belgesindeki doğum tarihi bölümünün değiştirilmiş olduğu ve de kimlik belgesinde yer alan parmak izinin başvuruçudan ile uyuşmuyor olduğuna yönelik iddialarını kaydetmektedir. Komite ayrıca, başvuruçunun yetkililere Fildişi Sahili Madrid Büyükelçiliği'ne pasaport başvurusunda bulunduğunu birkaç kez bildirdiğini ve de pasaportun bir kopyasını çıkardıktan sonra kendilerine verdiğini not etmektedir. Komite, Taraf Devlet'in, içeriğinde yer alan belgeleri ülke yetkilileri ile görüşüp doğrulamaksızın başvuruçunun ibraz ettiği doğum belgesi ve pasaportun delil niteliğini reddederek başvuruçunun kimliğine saygı göstermediğini değerlendirmektedir. Sonuç olarak Komite, Taraf Devlet'in Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğini tespit etmiştir.

13.10 Sözleşmenin 3, 8, 12, 20 (1) ve 22'nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit eden Komite, 2'nci madde bakımından ayrı bir ihlal olup olmadığının incelenmesinin gerekli olmadığı kanaatinde.

13.11 Son olarak, Komite, başvuruçunun, Taraf Devlet'in kendisini küçük olarak tanıma, ona gerekli korumayı sunma ve yasal olarak atanmış bir vasi veya temsilci aracılığıyla sığınma başvurusunda bulunmasına olanak sağlama gibi geçici tedbirleri uygulamadığına ilişkin iddialarını da not etmektedir. Komite, Taraf Devletlerin, Seçmeli Protokol'ü onaylayarak, Protokol'ün 6'ncı maddesinde talep edilen ve bir başvuru derdest iken telafisi güç zararları önlemek suretiyle bireysel başvuru usulünün etkililiğini sağlayan geçici tedbirlere uyma konusunda uluslararası yükümlülük üstlendiğini ha-

tırlatmaktadır.²⁴ Mevcut davada Komite, Taraf Devlet'in, başvurucunun bir çocuk koruma merkezine nakledilmesinin, bu merkezlerdeki çocuklar için ciddi bir risk oluşturabileceğine ilişkin iddiasını not etmektedir. Ancak Komite, bu argümanın başvurucunun bir yetişkin olduğu öncülüne dayandığını da kaydetmektedir. Komite, çocuk olma ihtimali bulunan birinin yetişkin merkezine gönderilmesinin daha büyük bir risk olacağını düşünmektedir. Komite ayrıca Taraf Devlet'in, küçük olarak sığınma başvurusunda bulunabilmesi için başvurucuya bir vasi tayin etmediğini ve de doğum tarihiyle ilgili taleplerini reşit olana dek kabul etmediğini belirtmektedir. Sonuç olarak Komite, talep edilen geçici tedbirlerin uygulanmamasının başlı başına Seçmeli Protokol'ün 6. Maddesini ihlal ettiği kanaatindedir.

13.12 Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye ek Başvuru Usulüne İlişkin Seçmeli Protokol'ün 10 (5) maddesi uyarınca hareket eden Komite, önündeki olayların Sözleşme'nin 3, 8, 12, 20 (1) ve 22. maddeleriyle Seçmeli Protokol'ün 6. maddesinin ihlal edildiğini ortaya koyduğunu tespit etmektedir.

14. Bu nedenle Taraf Devlet, başvurucunun maruz kaldığı ihlallere karşı etkili bir giderim sağlamalıdır. Bu giderimlere başvurucunun ilk kez sığınma başvurusunda bulunduğu sırada refakatçisiz bir küçük olduğu göz önünde bulundurularak, başvurucuya idari statüsünü düzenleme fırsatı verilmesi de dahildir. Taraf Devlet ayrıca gelecekte benzer ihlalleri önlemekle yükümlüdür. Bu bağlamda, Komite Taraf Devlet'e şunları tavsiye etmektedir:

(a) Küçük olduğunu iddia eden gençlerin yaşını belirlemeye yönelik tüm prosedürlerin Sözleşme ile uyumlu olmasını ve özellikle bu prosedürler sırasında:(i) ilgili tarafından sunulan belgelerin dikkate alınması ve de bunların devlet organı veya elçilik tarafından düzenlenmiş ya da doğrulanmış olmaları durumunda gerçek olarak kabul edilmesi; (ii) ilgiliye gecikmeksizin ve ücretsiz olarak bir avukatın ve diğer türden temsilcilerin atanması ve de ilgiliyi temsil etmek üzere seçilen özel avukatların tanınması ile tüm temsilcilerin yaş belirleme prosedürü sırasında ilgiliye yardımcı olmalarına izin verilmesi sağlanmalıdır;

(b) 18 yaşından küçük olduğunu iddia eden refakatçisiz sığınmacılara, yaş belirleme süreci hala devam ediyor olsa bile, küçük olarak sığınma başvurusunda bulunmalarını sağlamak için mümkün olan en kısa sürede ehliyetli bir vasi atanmalıdır;

24 N.B.F. v. İspanya, par. 12.11.

(c) Yaş belirleme prosedürünün çocuğun yüksek yararını ve de dinlenilme hakkını korumak için gereken güvenceleri içermediği durumlarda, 18 yaşından küçük olduğunu iddia eden refakatçisiz genç göçmenlerin reşitlik tespit kararına karşı başvurabilecekleri etkili ve erişilebilir bir giderim mekanizması geliştirilmelidir;

(d) Göç işleri memurlarına, polis memurlarına, savcılık personeline, yargıçlara ve diğer ilgili profesyonellere sığınmacı ve diğer göçmen çocukların hakları ve özellikle de Komitenin 6, 22 ve 23 No'lu genel yorumları hakkında eğitim verilmelidir;

15. Komite, Taraf Devlet'in Seçmeli Protokol'e taraf olarak Sözleşme'nin veya buna ilişkin iki temel Seçmeli Protokol'ün ihlal edilip edilmediğini belirleme konusunda Komite'nin yetkisini tanıdığını hatırlatmaktadır.

16. Seçmeli Protokol'ün 11'inci maddesi uyarınca Komite, Taraf Devlet'ten, mümkün olan en kısa sürede ve her halükârda 180 gün içinde, işbu kararda sunulan görüşleri yürürlüğe koymak için alınan önlemler hakkında bilgi talep etmektedir. Taraf Devlet'ten ayrıca, Sözleşme'nin 44. Maddesi uyarınca Komiteye sunduğu raporlara bu tedbirler hakkında bilgi eklemesi de talep edilmektedir. Son olarak Taraf Devlet'ten, mevcut kararda sunulan görüşleri yayınlaması ve bunları geniş çapta yayması istenmektedir.

Birleşmiş Milletler	CRCC/82/D/27/2017
Çocuk Hakları Sözleşmesi	Dağıtım: Genel 5 Kasım 2017 İngilizce Orijinal Dili: İspanyolca

Çocuk Hakları Komitesi

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin Başvuru Usulüne İlişkin Seçmeli Protokolü kapsamında 27/2017 Sayılı başvuruya ilişkin Komite tarafından kabul edilen görüşler^o **, **

<i>Başvuruda bulunan:</i>	R.K. (Hükümet dışı örgüt Fundación Raíces tarafından temsil edilmiştir)
<i>Mağdur Olduğu İddia Edilen:</i>	R.K.
<i>Taraf devlet: İspanya</i>	
<i>Başvuru tarihi: 20 Temmuz 2017</i>	
<i>Görüşün kabul tarihi:</i>	18 Eylül 2019
<i>Konu:</i>	Refakatsiz sığınmacı olduğu iddia edilen bir küçüğe ilişkin yaş değerlendirme prosedürü
<i>Usuli mesele:</i>	Kişi bakımından kabul edilemezlik; iç hukuk yollarının tüketilmemesi
<i>Sözleşme'nin ilgili maddeleri:</i>	3, 8, 12, 18 (2), 20, 22, 27 ve 29
<i>Seçmeli Protokol'ün ilgili maddeleri:</i>	7 (c), (e) ve (f)

0.1. Başvuru sahibi, 1 Şubat 2000 doğumlu, Gine vatandaşı R.K.'dir. Başvurucu, sözleşmenin 3, 8, 12, 18(2), 20, 22, 27 ve 29. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmektedir. Seçmeli Protokol Taraf Devlet'te 14 Nisan 2014'te yürürlüğe girmiştir.

0.2. Komite adına hareket eden Bireysel Başvuru Çalışma Grubu, Seçmeli Protokol'ün 6'ncı maddesi uyarınca 21 Temmuz 2017 tarihinde Taraf Devlet'ten, başvuru Komite tarafından inceleme aşamasındayken başvuru-

^o Çeviren Fatma Betül KORKMAZ

* Komite'nin seksen ikinci oturumunda kabul edilmiştir (9-27 Eylül 2019).

** Komite'nin aşağıda yer alan üyeleri başvurunun inceleme sürecine katılmıştır: Suzanne Aho Assouma, Amal Salman Aldoseri, Hynd Ayoubi Idrissi, Bragi Gudbrandsson, Philip Jaffé, Olga A. Khazova, Cephas Lumina, Gehad Madi, Faith Marshall-Harris, Benyam Dawit Mezmur, Clarence Nelson, Mikiko Otani, Luis Ernesto Pedernera Reyna, José Ángel Rodríguez Reyes, Aïssatou Alassane Sidikou, Ann Marie Skelton, Velina Todorova and Renate Winter.

rucuyu menşe ülkesine göndermekten kaçınmasını ve bir çocuk koruma merkezine nakletmesini talep etmiştir.

Başvurucu Tarafından Bildirildiği Haliyle Olgular

2.1. 3 Haziran 2017’de başvuru, Fas’ın Nador kentinden İspanya’nın Almería kentine küçük bir tekneyle seyahat etmiş; teknesi İspanyol kıyılarına ulaşmadan önce Kızıl Haç tarafından kurtarılmıştır. Başvurucu, ailesiyle birlikte yaşadığı Gine’den kaçmıştır. Başvurucunun Hristiyan olan ailesi çoğunluğu Müslüman olan Astadi mahallesinde yaşamlarını sürdürürken Hristiyanlar ile Müslümanlar arasındaki çatışmalar esnasında öldürülmüştür. Başvurucu bu olay sırasında 14 veya 15 yaşındadır. Başvurucu evinden kaçmayı başarmış ancak yakalanmış, bağlanmış ve kolları ile göğsü bir jilet bıçağıyla kesilmiştir. Başvurucu tekrar kaçmayı başarmış ve yaralarının tedavi edildiği bir Hristiyan mahallesine sığınmıştır. Başvurucu Astadi’ye döndüğünde evinin yerle bir edildiğini ve yakıldığını görmüştür. Başvurucu Konakri’den tek başına seyahat etmeye karar vermiş ve bir yıllık yolculuğu sırasında Mali, Cezayir ve Fas’tan geçmiştir. Başvurucu, Mali ve Cezayir arasındaki sınırdaki onu üç gün boyunca bağlı tutan Tuareg topluluğu üyeleri tarafından durdurulmuştur. En sonunda altı ay kaldığı Nador’a ulaşmıştır.

2.2. Başvurucu, İspanya’ya ulaştığında, Almería Polis Merkezi’ne nakledilmiş ve doğrudan yetişkinlerin yanında üç gün geçirdiği bir hücreye götürülmüştür. Bu süre zarfında kendisine yiyecek getirilmiştir ancak duş alamamıştır. Başvurucu süreç boyunca 17 yaşında olduğunu ileri sürmesine rağmen doğum tarihi 1 Ocak 1996 olarak kaydedilmiştir. Bu kayıt başvuruçunun 21 yaşında olduğunu göstermektedir.

2.3. 5 Haziran 2017 tarihinde, 1461/17 sayılı andlaşma uyarınca başvuru hakkında sınır dışı edilme kararı çıkarılmıştır. 6 Haziran 2017’de Almería 1. Soruşturma Mahkemesi, 1152/2017 sayılı kararıyla, başvuruçunun Aluche, Madrid’de bulunan yabancı uyruklular için tutulma merkezinde gözetim altına alınmasına karar vermiştir. Başvurucu, Mahkemeye reşit olmadığını bildirdiğini, bir tercüman tarafından kendisine yardımcı olunmadığını, kendisiyle konuşmadığı için bir avukat tahsis edilip edilmediğini bilmediğini belirtmiştir. Ayrıca, tutulma merkezine geldiğinde reşit olmadığını bir kez daha ifade ettiğini açıklamıştır.

2.4. 17 Temmuz’da, söz konusu tutulma merkezinde gözetim altında bulunan kişilere yardım eden SOS Racismo isimli kuruluş, Ombudsmana ve tutulma merkezindeki sorumlu gözetim müdürüne başvuru dahil beş

çocuğun orada tutulduğunu ve 24 Temmuz 2017’de sınır dışı edilme riskiyle karşı karşıya olduklarını bildiren bir yazı yazmıştır. Başvurucu Gine’ye 24 Temmuz 2017’de yapılması planlanan bir sınır dışı edilme uçuşunun olduğunu gayri resmi kanallardan öğrendiğini açıklamıştır. Ancak sınır dışı edilme bildirimleri yalnızca 12 saat öncesinde tebliğ edildiği için başvuru akıbetinden resmî olarak haberdar edilmemiştir.

2.5. 18 Temmuz 2017’de başvuru, sığınma başvurusunda bulunmak için bir görüşmeye katılmıştır. Bir vasisi olmadığı için, reşit olmayan kişi sıfatıyla uluslararası koruma başvurusunun resmîyet kazanmasına izin verilmmediğini açıklamıştır.

2.6. 19 Temmuz 2017’de başvuru, Madrid 19. Soruşturma Mahkemesi’nden yaş değerlendirme testlerinden geçmesini emreden bir bildirim almıştır.

2.7. 20 Temmuz 2017’de başvuru, İspanya’daki Gine Büyükelçiliği’ne, Almería 1. Soruşturma Mahkemesi’ne, Madrid Topluluğu Aile ve Çocuk İşleri Genel Müdürlüğü’ne, Ombudsman’a, yabancı uyrukluların tutulma merkezinden sorumlu Denetim Mahkemesi ve Madrid Bölge Savcılığı’na bir mektup yazmıştır. Başvurucunun reşit olmayan bir görünüme sahip olduğunun belirtildiği mektupta, çeşitli kurumlara başvuru hakkında koruyucu tedbirler alınması çağrısında bulunulmuştur. Başvurucu birkaç saat sonra, doğum belgesinin bir nüshasını ve ek yasal sertifikayı aldıktan sonra, belgelerin bir suretini yukarıda belirtilen kurumlara, Almería Bölge Savcılığı’na ve Almería Emniyet Müdürlüğü’ne göndermiştir.

2.8. Başvurucu orijinal belgelerini posta yoluyla aldıktan sonra, 28 Temmuz 2017 tarihinde, yabancı uyruklular için tutulma merkezinden sorumlu denetim mahkemesi’ne, Almería 1. Soruşturma Mahkemesi’ne, Almería Bölge Savcılığı ve Madrid Bölge Savcılığı’na belgelerin elinde olduğunu bildirmek için bir mektup yazmıştır. Aynı gün, başvuru tutulma merkezinde 52 gün geçirdikten sonra serbest bırakılmıştır. Başvurucu, bir vasi atanmadan veya küçük olduğu için hak sahibi olduğu tedavi ve korumayı almadan yetişkin konaklama birimine nakledilmiştir.

Şikâyet

3.1. Başvurucu, refakatsiz bir yabancı sığınmacı çocuk olmasına rağmen, Taraf Devlet’in Sözleşme’nin 3. maddesinde yer alan çocuğun üstün yararı ilkesini dikkate almadığını iddia etmektedir. Başvurucu, herhangi bir şüphe veya belirsizlik durumunda, özellikle de başvuruçunun telafisi

güç zararlarına maruz kalma riskinin bulunduğu hallerde, kişinin küçük olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkin ilkeye Taraf Devlet'in saygı göstermeyerek bu ilkeyi ihlal ettiğini ileri sürmektedir.¹ Başvurucu reşit olmadığını doğrulayan doğum belgesinin bir nüshasına ve ek yasal sertifikaya sahip olduğunu belirtmektedir. Başvurucu, çocuklar için tamamen yetersiz bir yer olması nedeniyle yetişkinlere yönelik bir merkezde yaşamının sonucu olarak zarara uğradığını iddia etmektedir. Ayrıca, sığınmacı statüsünde bir çocuğun İspanya topraklarından sınır dışı edilmesi anlamına gelecek şekilde aleyhine verilen sınır dışı etme kararının uygulanma riski de bulunmaktadır.

3.2. Başvurucu, İspanyol hukukunun çocuğun üstün yararı ilkesini içermesine rağmen, özerk toplulukların söz konusu ilkenin neleri kapsadığını belirleme biçimlerindeki farklılıklar nedeniyle yaş değerlendirmesi için hala yeknesak bir protokol bulunmadığına işaret etmektedir.²

3.3. Başvurucu ayrıca, Sözleşmenin 18 (2) ve 20 (1) maddeleri birlikte okunduğunda Taraf Devlet kendisine bir vasi veya temsilci atamadığı için, refakatsiz bir çocuğun üstün yararına saygı gösterilmesinin usule ilişkin temel güvencesi bir uygulama olan 3.maddenin ihlalinden mağdur olduğunu iddia etmektedir.³ Başvurucu, Taraf Devlet'in, onun gerçekten reşit olup olmadığını teyit etmek için menşe ülkesinin elçiliği ile irtibata geçmeden, yalnızca görünüşüne dayanarak yetişkin olduğunu beyan etmesinin Sözleşme kapsamındaki tüm haklarından yoksun bıraktığını ileri sürmektedir.

3.4. Başvurucu, Taraf Devlet'in Sözleşme'nin 8. maddesinde güvence altına alınan kimlik hakkını ihlal ettiğini ileri sürmektedir. Başvurucu ayrıca, yaşın kimliğin temel bir unsuru olduğunu ve Taraf Devlet'in bu konuda müdahale etmeme ve onu oluşturan verileri koruma ve kurtarma yükümlülüğü olduğunu belirtmektedir.

3.5. Başvurucu ayrıca, Taraf Devlet kendisine dinlenilme fırsatı sağlamadığı için Sözleşme'nin 12. maddesinin ihlalinden mağdur olduğunu iddia etmektedir.

3.6. Başvurucu ayrıca, Taraf Devlet, kendisine aile ortamından yoksun bir çocuk olarak borçlu olduğu korumayı sağlamadığı için Sözleşme'nin 20. maddesinin ihlalinden mağdur olduğunu iddia etmektedir. Başvurucu,

1 Başvurucu menşe ülkeleri dışında refakatsiz ve ailesinden ayrı düşmüş çocuklara yönelik muameleye ilişkin Komite'nin 6 (2005) sayılı genel yorumuna atıfta bulunmaktadır, para. 31 (i).

2 Başvurucu şu karara atıfta bulunmaktadır: CRC/C/ESP/CO/3-4, para. 27.

3 Başvurucu 6 (2005) sayılı genel yoruma atıfta bulunmaktadır, para. 21.

Taraf Devlet'in, aslında reşit olmadığını gösteren orijinal belgeleri dikkate almaksızın kendisini doğrudan bir yetişkin olarak kabul ettiğini ve dolayısıyla onu hakkı olan korumadan yoksun bıraktığını eklemektedir.

3.7. Başvurucu ayrıca, sığınma başvurusunda bulunduğu, reşit olmadığı için başvurusuna resmiyet kazandırması engellendiğinden, Sözleşme'nin 22. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmektedir. Başvurucu, uluslararası koruma sağlama ve geri çekmeye yönelik ortak prosedürlere ilişkin 2013/32/ sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi'ne atıfta bulunmaktadır. Buna göre, uluslararası koruma başvurusunda bulunan bir kişi, ulusal hukuk uyarınca yetkili bir makama uluslararası koruma başvurusunda bulunduğu başvuru kaydı, başvurunun yapılmasından sonra en geç üç iş günü içinde gerçekleşecektir⁴. Başvurucu, başvuruların kaydedilmesi için olan üç günlük sürenin amacının, düzensiz bir durumla bağlantılı sonuçları göz önünde bulundurarak sığınmacılara güvenlik ve güvence sağlamak olduğunu düşünmektedir.

3.8. Son olarak başvuru, Taraf Devlet'in başvurusunun çıkarlarını göz önünde bulundurmadaki başarısızlığı, kendisinin bütünüyle gelişimini engellediği için Sözleşme'nin 27.ve 29. maddeleri kapsamındaki haklarının ihlal edildiğini iddia etmektedir. Başvurucuya rehberlik edecek bir vasi atanmaması da aynı şekilde başvurusunun yaşına uygun şekilde gelişimini engellemiştir.

3.9. Başvurucu izleyen olası çözümleri önermektedir; (a) Taraf Devlet'in kendisini küçük olarak tanıması ve menşe ülkesine sınır dışı edilmesini durdurması; (b) sığınma başvurusuna reşit olmayan sıfatıyla resmiyet kazandırmasına izin verilmesi; (c) korunmaya muhtaç olarak kabul edilmesi ve Madrid Topluluğu'nun vesayeti altına alınması ve (d) dinlenme hakkı, devlet koruması alma hakkı, yasal temsilciye sahip olma hakkı, bir kişi olarak gelişimine ve topluma entegre olmasına olanak sağlaması adına eğitim, oturma ve çalışma izni alma hakları da dahil olmak üzere bir küçük olarak sahip olduğu tüm hakların tanınması.

Taraf Devlet'in Kabul Edilebilirlik Konusundaki Görüşleri

4.1. Taraf Devlet, 24 Kasım 2017 tarihli gözlemlerinde, başvurusunun nerede olduğunun bilinmediğini ve bu nedenle talep edilen ihtiyati tedbirleri uygulamanın bir anlamı olmadığını ileri sürmektedir.

4 Madde 6.

4.2. Taraf Devlet, başvurusunun reşit olması nedeniyle, İhtiyari Protokol'ün 7 (c) ve (f) maddelerine göre başvurunun *kişi bakımından* kabul edilemez olduğunu iddia etmektedir. Bu durum şu sebeplerden açıkça anlaşılmaktadır: (a) başvuru, doğrulanabilir biyometrik veriler içeren resmi kimlik belgelerini ibraz etmemiştir; (b) ibraz ettiği doğum belgesi, yalnızca bir fotokopi olduğundan ve biyometrik verilerden yoksun olduğundan, başvurusunun kimliğine ilişkin yeterli kanıt oluşturmamaktadır; (c) İspanya'ya yasadışı girişi sırasında çekilmiş fotoğraflarına göre başvuru dış görünüş olarak reşittir. Taraf Devlet şunu da eklemektedir; Başvurusunun gerçekte küçük olduğuna dair güvenilir bir delil bulunmadığından bu başvurunun kabul edilebilir olduğunu beyan etmek "yalnızca başvurusunun ödeme yaptığı ve hizmetlerinden yararlandığı göçmen kaçakçılığı çetelerini teşvik etmeye hizmet edecektir".

4.3. Ayrıca Taraf Devlet, Madrid 19. Soruşturma Mahkemesi'nin 19 Temmuz 2017'de Madrid'deki Gregorio Marañón Hastanesi'ne, başvurusunun gerçekten reşit olup olmadığını tespit etmek için başvurusunun el bileği ve diş röntgeninden oluşan tıbbi testler yapmasını emreden bir bildirim gönderdiğini ileri sürmektedir. 20 ve 24 Temmuz 2017 tarihli sağlık raporlarında, Greulich ve Pyle atlasına göre başvurusunun kemik yaşı 19, diş röntgenine göre minimum yaşı 18 olarak hesaplanmıştır. Adli tıp testlerinin sonuçları, başvurusunun en olası asgari yaşının 18 olduğunu saptamaktadır.

4.4. Taraf Devlet ayrıca, başvurusunun; (a) başvuru, reşit olmadığını doğrulamak için tıbbi testlerden geçmeyi talep edebilecek olması; (b) Hukuk Usulü Kanunu'nun 780'inci maddesi uyarınca reşit olmadığına dair kararın herhangi bir Özerk Kuruluş tarafından gözden geçirilmesi için başvuru edilebilecek olması; (c) başvurusunun, sınır dışı etme kararını ve sığınma başvurusuna ilişkin her türlü ret kararını idari mahkemelerde temyiz edilebilecek olması; ve (d) başvurusunun 15/2015 Sayılı Kanun uyarınca hukuk mahkemelerinde yaş değerlendirmesi için çekişmeli olmayan işlemler başlatılabilecek olması nedenleri göz önünde bulundurulduğunda İhtiyari Protokol'ün 7 (e) maddesi uyarınca, tüm iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle başvurusunun kabul edilemez olduğunu ileri sürmektedir.

4.5. Taraf Devlet tarafından ayrıca, Anayasa Mahkemesi'nin 9 Eylül 2013 tarih ve 172/2013 sayılı, 952/2013 numaralı *amparo* başvurusuna ilişkin kararına göre, savcılık tarafından gerçekleştirilen yaş değerlendirmesinin son derece "geçici" olduğu ve belgesiz bir kişinin yaşı konusunda nihai kararın ancak yargı makamlarından uygun yollar aracılığıyla talep edilebileceği, mevcut davada ise bu yolların tüketilmediği ifade edilmiştir.

Taraf Devlet'in Başvurunun Esasına İlişkin Görüşleri

5.1. Taraf Devlet, 19 Ocak 2018 tarihli görüşünde, olaylara ilişkin açıklamasını ve başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin iddialarını yinelemektedir.

5.2. Başvurucunun üstün yararının dikkate alınmadığı iddiasıyla ilgili olarak Taraf Devlet, nesnel tıbbi testler başvuru sahibinin reşit olduğunu gösterdiğinde "küçüğün çıkarlarının pek göz ardı edilemeyeceğini" ileri sürmektedir. Taraf Devlet, iddianın doğası gereği yüzeysel olduğunu ve başvurunun Taraf Devlete atfetmeye çalıştığı çocuğun üstün yararı ilkesinin ihlalinin tam niteliğini belirtmediğini eklemektedir. Ayrıca iddia, görünüşe göre, tıbbi yaş değerlendirme testlerinin bir kişinin reşit olduğunu tespit ettiği her durumda Sözleşme'nin ihlal edildiği argümanına dayanmaktadır. Komite'nin 6 numaralı genel yorumunda, tereddüt durumunda kişinin küçük olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilirken, kişinin yetişkin olduğunun açık olduğu durumlarda bu ilke söz konusu değildir. Bu durumlarda, ulusal makamlar herhangi bir test yapmak zorunda kalmadan ilgiliyi hukuken reşit olarak kabul edebilirler. Bununla birlikte, somut olayda yasal merciiler, başvurucuya yaşını değerlendirmek üzere önceden bilgilendirilmiş onam verdiği objektif tıbbi testlerden geçme fırsatı sunmuştur.

5.3. Taraf Devlet, güvenilir delillerin yokluğunda ve yalnızca başvurunun sözüne dayanarak, başvurucuya korunmaya muhtaç küçüklere tanınan yasal muameleyi sağlayamaz. Taraf Devlet, yetişkinleri küçüklere yönelik tutma merkezlerine yerleştirmenin gerçek küçükleri istismara ve kötü muameleye maruz bırakabileceğini ileri sürmektedir.

5.4. Başvurucunun Sözleşme'nin 18(2) ve 20(1) maddeleriyle ilgili olarak Taraf Devlet, başvurunun İspanya topraklarına geldiğinde sağlık personeli tarafından tedavi edildiğine ve kendisinin bir avukat ve tercüman desteğinden ücretsiz faydalandığına; haklarına saygı gösterilmesini sağlamak için durumunun gecikmeksizin yetkili adli makama bildirildiğine ve reşit olmadığını iddia eder etmez bu durumun, çocuğun üstün yararına saygı gösterilmesinden sorumlu kurum olan savcılığa bildirildiğine işaret etmektedir. Sonuç olarak, başvuru küçük olsa dahi, hukuki yardım veya koruma eksikliğinden söz edilemez ki durum bu şekilde değildir.

5.5. Başvurucunun kimlik hakkına ilişkin iddialar konusunda Taraf Devlet, başvurunun hangi koşullar altında kimliğini koruma hakkından yoksun bırakılmış olabileceğini açıklamadığını düşünmektedir. Taraf Devlet,

İspanyol makamların başvuruçuyu İspanya topraklarına yasadışı yollar-
dan girdiğinde verdiği isimle kaydettiğini ve sahip olduğu belgelerin mev-
cut durumda haklarını kullanmasına olanak sağladığını da eklemektedir.

5.6. Başvuruçunun, dinlenme hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin olarak Taraf Devlet, başvuruçunun her zaman söz konusu hakkı kullanma fırsatına sahip olduğunu ileri sürmektedir. Başvuruçucu, reşit olmadığını iddia ettiğinde dinlenmiştir ve kendisine önceden bilgilendirilmiş onam ile tıbbi yaş değerlendirme testlerinden geçme fırsatı verilmiştir. Ayrıca kendisine adli yardım teklif edilmiş ve her zaman bir avukat aracılığıyla temsil edilmiştir. Taraf Devlet, 6 Haziran 2017’de başvuruçuya bir tercüman ve avukat huzurunda imzaladığı ve tutukluları Yabancılara Uygulanacak Ceza Kanunu kapsamındaki hakları konusunda bilgilendiren standart belgenin nüshasının verildiğini ileri sürmektedir. Başvuruçucu, hem Almería 5. Soruşturma Mahkemesi hem de Madrid 19. Soruşturma Mahkemesi nezdinde kendisiyle ilgili adli işlemler sırasında her zaman dinlenmiştir ve avukat yardımından faydalanmıştır.

5.7. Başvuruçunun, Sözleşmenin 20’nci maddesinde düzenlenen devletten özel koruma ve yardım alma haklarından yoksun bırakıldığı iddiasına ilişkin olarak Taraf Devlet, “somut olayda, başvuruçunun aslında reşit olduğuna dair deliller bulunduğu için bahse konu hakkın kullanılamaz” olduğunu belirtmektedir.

5.8. Taraf Devlet ayrıca, İçişleri Bakanlığı Göç İşleri Genel Müdürlüğü 28 Temmuz 2017’de başvuruçunun sığınma başvurusunu kaydettiği için başvuruçunun sığınma hakkının ihlal edildiğini reddetmektedir.

5.9. Taraf Devlet ayrıca, gelişme hakkının yalnızca küçükler için geçerli olması nedeniyle Sözleşme’nin 27 ve 29. maddelerinin ihlal edilmediğini iddia etmektedir. Başvuruçuya İspanya’ya geldiği andan itibaren Taraf Devlet tarafından gereken şekilde özen gösterildiğini de eklemektedir.

5.10. Başvuruçucu tarafından ilk başvuruda önerilen olası çözümlerle ilgili olarak Taraf Devlet, başvuruçunun yaşını “kesin olarak değerlendirmek için herhangi bir yöntem” talep veya teklif etmediğini ileri sürmektedir. Başvuruçucu kendisiyle ilgili bilgilerin menşe ülkesinin yetkilileri tarafından doğrulanmasını da teklif etmemiştir. İspanya’dan bunu tanımasını istemek başvuruçunun yaşını belirlemenin mümkün olmaması nedeniyle bir çözüm değildir. Çünkü yetişkin görünümündeki bir kişinin yalnızca sözüne dayanılarak küçük muamelesi görmesi kabul edilemez. Başvuruçunun Savcılık tarafından çıkarılan yaş değerlendirme kararlarının mahkemede

temyiz edilmesi talebine ilişkin olarak Taraf Devlet; bu tür kararların son derece geçici olduğunu, yeni delil sunulması halinde bu kararları veren savcı tarafından yeniden incelenebileceğini ve diğer yargı organları tarafından verilen nihai kararlarla değiştirilebileceğini iddia etmektedir.

Başvurucunun, Taraf Devlet'in Kabul Edilebilirlik ve Esas Hakkındaki Görüşlerine İlişkin Yorumları

6.1. 13 Temmuz 2018 tarihli açıklamalarında başvuru, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından finanse edilen ve yetişkinlere yönelik bir merkezde, orada yaşayan kişilerin durumunu takip eden bir program kapsamında yaşadığı için Taraf Devlet'in kendisinin nerede olduğunu bilmediği yönündeki beyanının yanlış olduğu konusunda ısrar etmektedir. Başvuru, sekiz aydır Burgos'ta bulunan ve Red Acoge tarafından yönetilen yetişkinlere yönelik bir merkezde yaşadığını açıklamaktadır.

6.2. Başvuru, 25 Temmuz 2017'de sığınma başvurusuna resmiyet kazandırabildiğini belirtmektedir. Şubat 2018'de İltica ve Sığınma Dairesi, başvuru kartını yenilemiştir. Başvuru, sığınma başvurusuna resmiyet kazandırmak için kullanılan formun, orijinal belgelerindeki doğum tarihini, yani reşit olmadığını doğrulayan 1 Şubat 2000'i kapsadığına dikkat çekmektedir. Ancak, sığınma kartında görünen tarih, küçük olarak kayıtlı olmadığını belirten 1 Şubat 1998'dir. Bu uyuşmazlık karşısında başvuru, İltica ve Sığınma Dairesi'nden kimlik kartındaki tarihin değiştirilmesini talep ettiğini ancak henüz bir yanıt alamadığını belirtmektedir.

6.3. Taraf Devlet'in, başvurunun konu bakımından kabul edilemez bulunması gerektiği yönündeki iddiasına ilişkin olarak başvuru, Taraf Devlet'in iddiasının aksine, kendisinin reşit olduğunu söylemenin yanlış olduğunu ileri sürmektedir. Başvuru, doğum belgesinin reşit olmadığını gösterdiğini beyan etmektedir. Başvuru ayrıca, son bilimsel araştırmalara göre, yaşını değerlendirmek için yapılan röntgen testlerindeki hata payının, özellikle de Greulich ve Pyle yöntemini esas alan sol bileğin röntgen sonuçlarının, güvenilir sonuçlara ulaşılmaya izin vermeyecek şekilde olduğunu eklemektedir. İç hukuk yollarının tüketilmesiyle ilgili olarak başvuru, İhtiyari Protokol'ün 7 (f) maddesinin, etkili bir çözüm getirme olasılığının düşük olduğu durumlarda iç hukuk yollarının tüketilmesinin gerekli olmadığını öngördüğünü belirtmektedir. Başvuru, sınır dışı etme kararına doğrudan mahkemeler önünde itiraz edilemeyeceğini ve öncelikle buna üç ay içinde karar verecek olan idari makamlara itiraz

edilmesi gerektiğini öne sürmektedir. Bununla birlikte bu itiraz, sınır dışı etme kararının icrasını durdurmamaktadır.

6.5. Başvurucu, Gine Büyükelçiliği tarafından düzenlenen ve başvurunun reşit olmadığını doğrulayan belgeler sunmasına rağmen, Savcılığın bu belgelerin yapılan tıbbi testlerin sonuçlarıyla çeliştiği gerekçesiyle yaş değerlendirme kararını incelemeye dikkat çekmektedir. Başvurucu, Taraf Devlet'in iddiasının aksine, yaş değerlendirme kararlarının geçici nitelikte olmadığını, yeni belgelerin sunulması halinde gözden geçirilebilecekleri sonucuna ulaşmaktadır.

6.6. Sözleşmenin 3. maddesinde yer alan çocuğun üstün yararı ilkesinin ihlaline ilişkin olarak başvuru, özellikle de ülkeden sınır dışı edilmesi durumunda söz konusu olabilecek, telafisi güç bir zarar görme riskinin yakın olduğu durumlarda, Taraf Devlet'in başvurunun küçük olarak kabul edilmesi hakkına saygı göstermediğini yinelemektedir. Başvurucu, Tüm Göçmen İşçiler ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunması Komitesi (Genel Yorum No:4, 2017) ile Çocuk Hakları Komitesi'nin (Genel Yorum No: 23, 2017) uluslararası göç bağlamında; çocukların menşe, geçiş, varış ve dönüş ülkelerindeki insan haklarına dair devlet yükümlülüklerine ilişkin, aksi kanıtlanmadıkça; yaş değerlendirme prosedürünün bir parçası olarak sunulan belgelerin gerçek olarak kabul edilmesinin, çocukların beyanlarının esas alınmasının ve bir kişinin yaşıyla ilgili belirsizlik durumunda değerlendirilen kişinin şüpheden yararlanması gerektiğinin altını çizen ortak genel yoruma atıfta bulunmaktadır. Başvurucu, derhal, küçükler için olan bir merkeze nakledilmesi veya şüphe durumunda İspanyol makamlarının kimliğini doğrulamak için Gine konsolosluk makamlarıyla temasa geçmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

6.7. Başvurucu, yapılan tıbbi testin objektif olarak değerlendirilemeyeceğini ve yaşının kesin olarak belirlenmesine izin vermediğini de eklemektedir. Başvurucu, İspanya Ulusal Yüksek Mahkemesi'nin 9 Ekim 2017 tarihli kararına atıfta bulunmaktadır. Bu karar uyarınca, tıbbi yaş değerlendirme testlerini bir kişinin yaşını tam olarak belirlememekte, bunun yerine artı veya eksi iki yıllık bir hata payıyla kişinin yaşına ilişkin bir tahmin yürütmeyi sağlamaktadır. Başvurucu, bu olayda, bahsedilen hata payının dikkate alınmadığını iddia etmektedir.

6.8. Başvurucu, Sözleşme'nin 18 (2) ve 20 (1) maddeleriyle ilgili olarak üstün yararının dikkate alınmadığı iddiasıyla ilgili olarak, Taraf Devlet'in iddiasının aksine, Savcılığın yaş değerlendirme prosedüründe oynadığı rolün, yetkili makamlar tarafından reşit olmadığını öğrenildiği anda ken-

disine bir vasi veya yasal temsilci atanması için yeterli bir ikame görevi gördüğünü söylemek yanlıştır. Başvurucu ayrıca, Sözleşme'nin 20. maddesinin, Taraf Devletleri, aile ortamından yoksun bırakılan çocuklara yardım ve alternatif bakım sağlamakla yükümlü kıldığını eklemektedir. Bu imkanlardan hiçbirinden yararlanmadığını da yinelemektedir.

6.9. Başvurucu, kimlik hakkının ihlaline ilişkin olarak Sözleşme'nin 8.maddesi uyarınca Taraf Devlet'in, bir çocuğun kimliğini korumak için negatif bir yükümlülüğe ve herhangi bir unsurundan yoksun bırakıldığı yerde kimliğini yeniden oluşturmak için pozitif bir yükümlülüğe sahip olduğunu iddia etmektedir. Başvurucu, yaşın kişinin kimliğinin bir unsuru olduğunu ve bu nedenle madde 8 kapsamında korunması gerektiğini anlamaktadır. Başvurucu, kendisine menşe ülkesindeki yetkililer tarafından düzenlenen kimlik belgeleri ile eşleşmeyen bir doğum tarihi verildiğinde ve bu tarih sığınmacı kartına doğum tarihi olarak işlendiğinde, Taraf Devlet'in kimlik hakkını ihlal ettiğini ifade etmektedir.

6.10. Başvurucu, Sözleşme'nin 12.maddesi uyarınca dinlenme hakkından yoksun bırakıldığını yinelemektedir. Başvurucu İspanya'ya geldiği andan itibaren bu hakkın ihlal edildiğini, reşit olmadığını belirtmesine rağmen kayıt aşamasında kendisine yanlış yaş verildiğini iddia etmektedir. Benzer şekilde, Almería polis karakolunda reşit olmadığını belirtmiş olmasına rağmen hücrede kalmıştır. Bir avukata ya da tercümana erişiminin olmadığını da tekrarlamaktadır.

6.11. Başvurucu, yabancı uyruklular için tutma merkezindeki koşulların, küçükler için uygun olmayan düşmanca bir ortam olması nedeniyle, dinlenme hakkının uygun şekilde kullanılmasına elverişli olmadığını ileri sürmektedir. Ayrıca yaş değerlendirme testleri sırasında kendisine avukat tahsis edilmemiştir. Başvurucu, Komite'nin çocuğun dinlenme hakkına ilişkin genel yorumuna (No:12, 2009) atıfta bulunmaktadır. Buna göre, Taraf Devletler çocuğun doğrudan veya bir temsilci aracılığıyla nasıl dinleneceğine karar vermesine izin vermeli ve en önemlisi, çocuğun görüşlerini özgürce ifade etmesine izin verilmesinin aynı zamanda çocuğun manipüle edilmemesi veya aşırı etki ya da baskıya maruz bırakılmaması anlamına gelmesi şartıyla çocuğun görüşlerini özgürce ifade edebilmesini ve yeterince bilgilendirilmesini sağlamalıdır. Komite, söz konusu genel yorumun 34. paragrafında, ortamın göz korkutucu, düşmanca, katı veya yaşına uygun olmadığı durumlarda çocuğun etkili bir şekilde dinlenemeyeceğine işaret etmektedir. Hukuki süreç hem erişilebilir hem de çocuklara uygun olmalıdır.

6.12. Başvurucu, Taraf Devlet'in, sığınmacı olduğu için Sözleşme'nin 22. maddesinin ihlal edilmediğine ilişkin iddiasını dikkate almaktadır. Başvurucu, 18 Temmuz 2017'de yabancı uyruklular için tutma merkezinde sığınma başvurusu yapmaya çalıştığını ancak reşit olmadığını iddia ettikten sonra başvuruya resmiyet kazandırmasına izin verilmediğini yinelemektedir. Başvurucu, sığınma başvurusuna ancak 25 Temmuz 2017 tarihinde Komiteye şikayetini sunduktan ve Komite'nin Taraf Devlet'ten ihtiyati tedbirler uygulamasını talep etmesinden sonra resmiyet kazandırabilmiştir. Başvurucu, şikayetini Komite'ye gönderdiğinde sığınma prosedürüne erişimi engellenmiştir. Başvurucu bu durumun, kendisini 24 Temmuz 2017'de olası sınır dışı edilme ihtimali karşısında tamamen korumasız ve son derece savunmasız bıraktığı sonucuna ulaşmaktadır. Başvurucu, sığınmacı kartında gözüktüğü gibi, yalnızca bir yetişkin olarak sığınma başvurusunda bulunmasına izin verildiğini ileri sürmektedir. Başvurucu, reşit olmayan bir kişi olarak, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) tarafından ve Komite'nin 6 Sayılı genel yorumunda (2005) sağlanan koruma ve güvencelerle sığınma başvurusunda bulunma hakkına sahip olduğunu ileri sürmektedir.⁵

6.13. Sözleşme'nin 27. maddesinin ihlaline ilişkin olarak başvuru, Taraf Devlet'in kendisine fiziksel, zihinsel, ruhsal ve sosyal gelişimini sağlamak için gerekli koşulları sağlamadığını ileri sürmektedir. Özellikle, kendisine bir vasi atanmamıştır, bir çocuk koruma merkezine yerleştirilmemiştir ve menşe ülkesinden Almería kıyılarına yaptığı uzun yolculuktan sonra ihtiyaç duyduğu psikolojik yardım sağlanmamıştır. Başvurucu, Taraf Devlet'in gerçekten sağlık hizmeti aldığına dair herhangi bir kanıt sunmadığını da eklemektedir.

6.14. Son olarak, başvuru, yabancı uyruklular tutulma merkezinden serbest bırakılmasının ardından hiçbir zaman bir çocuk koruma merkezine nakledilmediğini veya kendisine bir vasi atanmadığı için Taraf Devlet'in Komite tarafından talep edilen ihtiyati tedbirleri uygulamadığını ileri sürmektedir. Taraf Devlet'in talep edilen ihtiyati tedbirleri uygulamaması, İhtiyari Protokol'ün 6. maddesinin ihlalini teşkil etmektedir.

5 Para. 68-75.

Üçüncü taraf görüşü⁶

7. 12 Kasım 2018’de Fransız Kamu Denetçiliği, yaş değerlendirmesi ve başvuruçunun sınır dışı edilmeyi bekleyen yetişkinler için bir merkezde tutulması konularında üçüncü taraf görüşü sunmuştur.⁷

Komite önündeki meseleler ve işlemler

Kabul edilebilirlik değerlendirmesi

8.1. Komite, başvurunun içeriğinde yer alan herhangi bir iddiayı değerlendirmeden önce, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin Başvuru Usulüne İlişkin İhtiyari Protokolü’nün 20.maddesi uyarınca, başvurunun kabul edilebilir olup olmadığına karar vermelidir.

8.2. Komite, Taraf Devlet’in, İhtiyari Protokol’ün 7 (c) ve (f) maddeleri uyarınca, başvuru hakkının kötüye kullanılması teşkil ettiği gerekçesiyle başvurunun kişi bakımından kabul edilemez olduğu yönündeki iddiasını dikkate almaktadır. Çünkü başvuruçuyu reşittir ve aksine “temel” veya “güvenilir” bir kanıt sunmamıştır. Bununla birlikte Komite, başvuruçunun İspanya’ya geldiğinde reşit olmadığını iddia ettiğini, olayların ayrıntılı ve tutarlı bir açıklamasını yaptığını ve Gine’den aldığı ve reşit olmadığını gösteren doğum belgesinin bir nüshasını Savcılık ile Soruşturma Mahkemesi’ne sunduğunu, ancak herhangi bir yanıt alamadığını kaydetmektedir. Komite ayrıca, Gine Büyükelçiliği’nin daha sonra başvuruçunun reşit olmadığını doğrulayan belgeler düzenlediğini de belirtmektedir. Komite, Taraf Devlet’in, doğum belgesi biyometrik veriler içermediği için başvuruçudan temin edilen ayrıntılara karşı kontrol edilemeyeceği iddiasını dikkate almaktadır. Komite, özellikle başvuruçuyu ve Taraf Devlet’in delillere her zaman eşit erişemediği ve çoğu zaman Taraf Devlet’in ilgili bilgilere tek başına erişimi olduğu göz önünde bulundurulduğunda, ispat yükünün yalnızca başvuruçuya ait olmadığını hatırlatmaktadır. Mevcut davada Komite, eğer Taraf Devlet’in doğum belgesinin geçerliliği konusunda şüpheleri varsa, başvuruçunun kimliğini doğrulamak için Gine Konsolosluk makamlarıyla temasa geçmesi gerektiği yönündeki iddiasını dikkate almaktadır. Ancak Taraf Devlet bunu yapmamıştır. Yukarıda belirtilenler ışığında Komite, İhtiyari Protokol’ün 7 (c) maddesinin, başvurunun kabul edilebilirliğine engel teşkil etmediği kanaatindedir.

6 Bu görüş, Komite tarafından kayıt altına alınan 17/2017, 21/2017 ve 27/2017 Sayılı başvurularla ilgilidir.

7 Fransız Kamu Denetçiliği’nin görüşünün bir özeti için bkz: *N.B.F. v. İspanya* (CRC/C/79/D/11/2017), para. 8.1–8.6.

8.3. Komite ayrıca, Taraf Devlet'in başvuruçunun mevcut iç hukuk yollarını tüketmediği yönündeki iddiasını da dikkate almaktadır, çünkü: a) Savcılık' tan reşit olmadığını kanıtlamak için tıbbi testler yapılmasını talep edebilirdi; b) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 780'inci maddesi uyarınca, reşit olmadığına dair kararın bir Özerk Kuruluş tarafından incelenmesini talep edebilirdi; c) sınır dışı etme kararına idari mahkemelerde itiraz edebilirdi ve; d) 15/2015 sayılı Kanun uyarınca, yaş değerlendirmesi için çekişmesiz yargı yoluna başvurabilirdi. Komite ayrıca, Taraf Devlete göre, Savcılık tarafından verilen yaş değerlendirme kararlarının ancak yeni deliller ortaya çıkarsa incelenebileceğini dikkate almaktadır. Bununla birlikte Komite, başvuruçunun, Gine Büyükelçiliği tarafından verilen ve reşit olmadığını teyit eden belgeleri sunmuş olmasına rağmen, söz konusu belgelerin gerçekleştirilen tıbbi testlerin sonuçlarıyla çelişmesi nedeniyle Savcılığın yaş değerlendirme kararının gözden geçirilmesi talebini reddettiğine ilişkin iddiasını dikkate almaktadır. Komite, başvuruçunun İspanya topraklarından olası bir sınır dışı işlemiyle karşı karşıya kalması konusunda, aşırı derecede uzatılan veya mevcut sınır dışı etme kararının icrasını askıya almayan herhangi bir çözüm yolunun etkili kabul edilemeyeceği kanaatindedir.⁸ Komite, Taraf Devlet'in, bahsi geçen hukuk yollarının başvuruçunun sınır dışı edilmesini askıya alıp almayacağını açıkça belirtmediğini kaydetmektedir. Buna göre Komite, İhtiyari Protokol'ün 7 (e) maddesinin, başvurunun kabul edilebilirliğine engel teşkil etmediğini tespit etmiştir.

8.4. Komite, başvuruçunun Sözleşme'nin 18 (2), 27 ve 29. maddeleri kapsamındaki iddialarının kabul edilebilirlik açısından yeterince doğrulanmadığı kanaatindedir ve İhtiyari Protokol'ün 7 (f) maddesi uyarınca iddiaları kabul edilemez bulmuştur.

8.5. Bununla birlikte Komite, başvuruçunun, Taraf Devlet'in Sözleşme'nin 3, 8, 12, 20 ve 22. maddeleri uyarınca, yaş değerlendirmesi ve sığınma başvurusu prosedürü sırasında çocuğun üstün yararını göz önünde bulundurmadığı ve bir vasi veya temsilci atamadığına ilişkin iddialarını yeterince doğruladığı kanaatindedir. Komite, bu nedenle, başvurunun bu kısmının kabul edilebilir olduğu kanaatindedir ve esasa göre incelemeye devam etmektedir.

Esasa ilişkin değerlendirmeler

9.1. Komite mevcut başvuruyu İhtiyari Protokol'ün 10 (1) maddesi uyarınca, taraflarca kendisine sunulan tüm bilgiler ışığında değerlendirmiştir.

⁸ Ibid., para. 11.3.

9.2. Mevcut durumda Komite'nin önündeki meselelerden biri, reşit olmadığını belirten ve iddiasını desteklemek için doğum belgesinin bir nüshasını ve Gine Büyükelçiliği tarafından düzenlenen belgeleri ibraz eden başvurusunun yaş değerlendirme prosedürünün, Sözleşme kapsamındaki haklarını ihlal edip etmediğidir. Başvurucu özellikle, yaşını değerlendirmek için kullanılan tıbbi test türü ve yaş değerlendirme prosedürü ile sığınma başvurusu sırasında kendisine bir vasi veya yasal temsilci tayin edilmemesi nedeniyle, çocuğun üstün yararının göz önünde bulundurulmadığını iddia etmektedir.

9.3. Komite, reşit olmadığını iddia eden bir gencin yaşının değerlendirilmesinin temel öneme sahip olduğunu hatırlatmaktadır. Çünkü sonuç, bu kişinin çocukken ulusal korumaya hak kazanıp kazanmayacağını veya bu korumadan hariç tutulup tutulamayacağını belirleyecektir. Benzer şekilde bu konu Komite için hayati önem taşımaktadır ve Sözleşme' de yer alan hakların kullanılması bu belirlemeden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, bir kişinin yaşını değerlendirmek için hem bir yasal sürecin hem de bu sürece yönelik bir kanun yoluyla sonuca itiraz etme fırsatının olması zorunludur. Bu süreç devam ederken şüpheden ilgili yararlanmalı ve de bir çocuk gibi muamele görmelidir. Bu doğrultuda Komite, yaş değerlendirme sürecinde çocuğun üstün yararının birincil husus olması gerektiğini hatırlatmaktadır.⁹

9.4. Komite ayrıca şunu hatırlatmaktadır: Kimlik belgelerinin veya diğer uygun delillerin yokluğunda, bilinçli bir yaş tahmini yapmak için Devletler, uzman pediatristler veya gelişimin farklı yönlerini birleştirme konusunda yetenekli diğer uzman kişiler tarafından yürütülen, çocuğun fiziksel ve psikolojik gelişimine ilişkin kapsamlı bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu tür değerlendirmeler, çocuklarla yapılan görüşmeler de dahil olmak üzere ve çocuğun anlayacağı bir dilde, hızlı, çocuk dostu, cinsiyete duyarlı ve kültürel açıdan uygun bir şekilde yapılmalıdır. Mevcut belgeler aksini ispatlamadıkça gerçek kabul edilmeli ve çocukların beyanları dikkate alınmalıdır. Değerlendirilen kişi şüpheden yararlanmalıdır. Devletler, diğerlerinin yanı sıra, yanlış olabilecek, geniş hata payları olan ve travmatik olabilen ve gereksiz yasal süreçlere yol açabilen kemik ve diş muayenesi analizlerine dayalı tıbbi yöntemler kullanmaktan kaçınmalıdır.¹⁰

9 Ibid., para.12.3.

10 Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Komite'nin 4 (2017) Sayılı ve Çocuk Hakları Komitesi'nin 23 (2017) Sayılı ortak genel yorumu, para. 4.

9.5. Mevcut davada Komite şunları kaydetmektedir: a) İspanya topraklarına belgesiz olarak gelen başvuru, yaşının değerlendirilmesi için, ek test yapılmadan el bileği ve diş röntgeninden oluşan tıbbi testlere ve özellikle psikolojik testlere tabi tutulmuştur ve sürecin bir parçası olarak kendisiyle görüşüldüğüne dair bir kayıt bulunmamaktadır; b) yapılan testlerin gücüne dayanarak, söz konusu hastane, yazarın kemik yaşının Greulich ve Pyle atlasına göre 19, diş röntgenine göre en az 18 olduğunu olası bir hata payı belirtmeden belirlemiştir; c) bu sonuca dayanarak, Savcılık, başvuru-cunun yetişkin olduğunu belirten bir karar çıkarmıştır; ve d) Savcılık, Gine Büyükelçiliği tarafından verilen ve başvuru-cunun reşit olmadığını doğrulayan belgeleri, yaş değerlendirme kararının potansiyel bir incelemesi için temel olarak dikkate almamıştır.

9.6. Bununla birlikte Komite, dosyada, röntgen delilinin kesinlikten yoksun ve geniş bir hata payına sahip olduğunu ve bu nedenle reşit olmadığını iddia eden ve iddiasını destekleyen belgeler sunan bir gencin kronolojik yaşını değerlendirmek için tek yöntem olarak kullanılmaya uygun olmadığını gösteren yeterli bilgi bulunduğunu kaydetmektedir.

9.7. Komite, Taraf Devlet'in, başvuru-cunun açıkça bir yetişkin gibi görüldüğü sonucuna varmasını dikkate almaktadır. Bununla birlikte, Komite, yaş değerlendirmesinin sadece bireyin fiziksel görünümünü değil, aynı zamanda psikolojik olgunluğunu da dikkate alması gerektiğini belirten 6 (2005) Sayılı genel yorumunu hatırlatmaktadır. Değerlendirme; bilimsel, güvenli, çocuklara ve cinsiyete duyarlı ve adil bir şekilde yürütülmelidir. Bireyin çocuk olma ihtimalinin varlığı gibi belirsizliğin devam ettiği durumlarda, bireye şüpheden yararlanma hakkı tanınmalıdır ve çocuk gibi muamele edilmelidir.¹¹

9.8. Komite ayrıca, başvuru-cunun, yaş değerlendirme prosedürü öncesinde veya esnasında, olası bir refakatsiz sığınmacı çocuk olarak çıkarlarını savunmak için bir vasi veya temsilci atanmadığı ve bu durumun başvuru-cunun yetişkin olduğunu belirten bir karar çıkarılmasına yol açtığı iddiasını da dikkate almaktadır. Komite, Taraf Devletlere, reşit olmadığını iddia eden tüm genç bireyler için, mümkün ise Taraf Devletlere ulaştıklarında ve ücretsiz olarak nitelikli bir yasal temsilci ve gerekirse bir tercüman atamalarını hatırlatmaktadır. Komite, yaş değerlendirme sürecinde bu kişilere bir temsilci sağlanmasının, onların üstün menfaatlerine saygı gösterilmesinin ve dinlenme haklarının temel bir güvencesi olduğu kanaatinde-dir.

¹¹ Para. 31 (i).

Bu güvencenin sağlanmaması, Sözleşme'nin 3. ve 12. maddelerinin ihlali anlamına gelecektir, zira yaş değerlendirme süreci, Sözleşme'nin uygulanması için başlangıç noktası teşkil etmektedir.¹² Yerinde ve zamanında temsilin yokluğu, önemli bir adaletsizliğe neden olabilir.

9.9. Yukarıda belirtilenler ışığında Komite, çocuk olduğunu iddia eden ve daha sonra bu iddiasını destekleyecek kanıtlar sunan başvurucuya uygulanan yaş değerlendirme prosedürünün, başvurucunun Sözleşme kapsamındaki haklarını korumak için gereken güvencelerden yoksun olduğu kanaatinde. Mevcut davanın koşullarında, yaş değerlendirme prosedürü sürecinde başvurucuya yardımcı olacak bir temsilci atanmaması ve Taraf Devlet'in, içerdiği bilgileri resmi olarak bile değerlendirmeden ve belirsizlik durumunda, bu bilgileri Gine konsolosluk makamlarıyla teyit etmeden başvurucu tarafından sunulan doğum belgesinin kanıtlayıcı değerinin neredeyse otomatik olarak reddedilmesi, başvurucunun yaşını değerlendirmek için kullanılan testin bir sonucudur. Bu nedenle Komite, başvurucuya uygulanan yaş değerlendirme prosedüründe çocuğun üstün yararının birincil düşünce olmadığı ve bu durumun Sözleşme'nin 3. ve 12. maddelerinin ihlalini teşkil ettiği görüşündedir.

9.10. Komite ayrıca, başvurucunun, Gine Büyükelçiliği tarafından reşit olmayan statüsünü teyit eden belgeleri İspanyol makamlarına sunmasından sonra bile Taraf Devlet'in, kendisine doğum belgesindeki bilgilerle uyumsuz bir yaş ve doğum tarihi atfederek kimliğinin unsurlarını değiştirdiği ölçüde haklarını ihlal ettiği iddiasını da dikkate almaktadır. Komite, bir çocuğun doğum tarihinin onun kimliğinin bir parçasını oluşturduğu kanaatinde ve Taraf Devletler, herhangi bir unsurundan yoksun bırakmadan çocuğun kimliğini koruma hakkına saygı göstermekle yükümlüdür. Mevcut davada, Komite, başvurucunun İspanyol yetkililere doğum belgesinin bir nüshasını vermesine rağmen, yetkili bir makamın doğum belgesinde yer alan bilgilerin önceden resmi bir değerlendirmesini yapmadan ve alternatif olarak, Taraf Devlet'in, bu bilgileri başvurucunun menşe ülkesinin makamlarıyla kontrol etmeden doğum belgesinin herhangi bir kanıtlayıcı değeri olduğunu inkâr ederek başvurucunun kimliğine saygı göstermediğini dikkate almaktadır. Sonuç olarak Komite, Taraf Devlet'in Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğini tespit etmiştir.

9.11. Komite ayrıca, başvurucunun küçük sıfatıyla sığınma başvurusunda bulunamamasının Sözleşme kapsamındaki haklarını ihlal edip etme-

12 A.L. v. İspanya (CRC/C/81/D/16/2017), para. 12.8. ve J.A.B. v. İspanya (CRC/C/81/D/22/2017), para. 13.7

diğini de belirlemelidir. Komite, başvurucunun şu iddialarını dikkate almaktadır: a) sığınma başvurusuna küçük sıfatıyla resmiyet kazandırmaya çalışmasına rağmen, bu ihtimal reddedilmiştir ve b) sığınma başvurusunu resmileştirememiş olması, kendisini sınır dışı edilme riskiyle karşı karşıya bırakmıştır. Komite ayrıca, başvurucunun küçük olduğunu teyit eden bir doğum belgesi olmasına rağmen en nihayetinde yetişkin olarak sığınmacı kartı aldığını kaydetmektedir.

9.12. Bu bağlamda Komite, 6 Sayılı genel yorumunu hatırlatmaktadır: Devletler, Sözleşme ve de diğer uluslararası yükümlülüklerle uyumlu olarak, çocuğun refakatsiz veya ailesinden ayrı olduğu belirlenir belirlenmez bir vasi veya danışman atamalı ve bu vesayet düzenlemelerini, çocuk reşit olana veya devletin topraklarını ve/veya yargı yetkisini kalıcı olarak terk edene kadar sürdürmelidir. Vasi atanmasına ek olarak, çocukların sığınma prosedürlerine veya idari/adli süreçlere dahil olduğu durumlarda yasal temsil de sağlanmalıdır.¹³ Komite, başvurucunun, küçük olduğunu doğrulayan resmî belgeler sunmuş olmasına rağmen, reşit olmayan sıfatıyla sığınma başvurusu yapabilmesi için kendisine bir vasi atanmamasının, başvurucunun refakatsiz sığınmacı küçüklere sağlanması gereken özel korumadan yoksun bırakılmasına ve menşe ülkesine sınır dışı edilmesi durumunda telafisi mümkün olmayan bir zarar riskine maruz kalmasına yol açmıştır ki bu da Sözleşme'nin 20 (1) ve 22 maddelerini ihlal etmektedir.

9.13. Son olarak, Komite, başvurucunun Taraf Devlet'in başvurucunun bir çocuk koruma merkezine nakledilmesini içeren ihtiyati tedbiri uygulamadığına ilişkin iddialarını dikkate almaktadır. Komite, Taraf Devletler'in İhtiyari Protokolü onaylayarak Protokol'ün 6. maddesi uyarınca talep edilen ihtiyati tedbirlere uyma konusunda uluslararası bir yükümlülük üstlendiklerini; bu tedbirlerin amacının, bir başvuru incelenmekte iken telafisi güç zararları önlemek ve bireysel başvuru prosedürünün etkinliğini sağlamak olduğunu hatırlatmaktadır.¹⁴ Mevcut davada, Komite, Taraf Devlet'in, başvurucunun bir çocuk koruma merkezine nakledilmesinin bu merkezlerdeki çocuklar için ciddi bir risk oluşturabileceği yönündeki iddiasını dikkate almaktadır. Bununla birlikte Komite, bu argümanın başvurucunun bir yetişkin olduğu ön kabulüne dayandığını kaydetmektedir. Komite, çocuk olma ihtimali bulunan birinin yetişkin bireyler için ayrılmış bir merkeze göndermenin daha büyük risk olacağını düşünmektedir. Sonuç olarak, Komite, talep edilen ihtiyati tedbirin uygulanmamasının başlı başına İhtiyari Protokol'ün 6. maddesinin ihlalini oluşturduğu kanaatindedir.

¹³ Para. 33 ve 36.

¹⁴ *N.B.F. v. İspanya*, para. 12.11.

9.14. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye ek Başvuru Usulüne İlişkin İhtiyari Protokol'ün 10 (5) maddesi uyarınca hareket eden Komite, önündeki olguların Sözleşme'nin 3, 8, 12, 20 (1) ve 22. maddeleriyle İhtiyari Protokol'ün 6. maddesinin ihlal edildiğini ortaya koyduğunu tespit etmektedir.

10. Bu nedenle Taraf Devlet, başvurucuya, ilk kez sığınma başvurusunda bulunduğu sırada refakatsiz bir çocuk olduğu gerçeğini göz önünde bulundurarak ve sığınmacı kartındaki doğum tarihini düzelterek, kendi topraklarındaki idari statüsüne resmiyet kazandırma fırsatı sağlamak da dahil olmak üzere söz konusu ihlaller için etkili bir tazmin sağlamalıdır. Ayrıca, Taraf Devlet gelecekte benzer ihlalleri önlemekle yükümlüdür. Bu bağlamda, Komite, Taraf Devlete şunları tavsiye etmektedir:

a) Çocuk olduğunu iddia eden gençlerin yaşlarının değerlendirilmesine yönelik tüm süreçlerin Sözleşme ile uyumlu bir şekilde ve özellikle bu tür prosedürler sırasında: (i) ilgili gençler tarafından sunulan belgelerin dikkate alınması ve de bunların devlet organı veya elçilik tarafından düzenlenmiş ya da doğrulanmış olmaları durumunda gerçek olarak kabul edilmesi; ve (ii) ilgili gençlere, gecikmeksizin ve ücretsiz olarak nitelikli bir yasal temsilci veya diğer temsilcilerin atanması, kendilerini temsil etmek üzere seçilen özel avukatların tanınması ve tüm yasal ve diğer temsilcilerin yaş değerlendirme prosedürü sırasında kendilerine yardımcı olmalarına izin verilmesi sağlanmalıdır;

b) 18 yaşından küçük olduğunu iddia eden refakatsiz sığınmacılara, yaş değerlendirme süreci hala devam ediyor olsa bile, küçük olarak sığınma başvurusunda bulunmalarını sağlamak için mümkün olan en kısa sürede yetkili bir vasi atanmalıdır;

c) Yaş değerlendirme prosedürünün çocuğun üstün yararını ve de dinlenilme hakkını korumak için gereken güvenceleri içermediği durumlarda, 18 yaşından küçük olduğunu iddia eden refakatsiz genç sığınmacıların davalarda yetkililer tarafından verilen yetişkin olduklarını beyan eden kararların gözden geçirilmesi için başvurabilecekleri etkili ve erişilebilir bir tazmin mekanizması geliştirilmelidir;

d) Göç işleri memurlarına, polis memurlarına, savcılık personeline, yargıçlara ve diğer ilgili profesyonellere sığınmacı ve diğer göçmen çocukların hakları ve özellikle de Komitenin 6, 22 ve 23 Sayılı genel yorumları hakkında eğitim verilmelidir.

11. Komite, Taraf Devlet'in İhtiyari Protokol'e taraf olmakla, Sözleşme'nin veya onun iki temel isteğe bağlı protokolünün ihlal edilip edilmediğini belirleme konusunda Komite'nin yetkisini tanıdığını hatırlatmaktadır.

12. İhtiyari Protokol'ün 11. maddesi uyarınca Komite, Taraf Devlet'ten, en kısa sürede ve 180 gün içinde işbu kararda sunulan görüşleri yürürlüğe koymak için alınan önlemler hakkında bilgi almak istemektedir. Taraf Devlet'ten ayrıca, Sözleşme'nin 44. maddesi uyarınca Komite'ye sunduğu raporlara bu tedbirlere ilişkin bilgileri dahil etmesi istenmektedir. Son olarak, Taraf Devlet'ten mevcut kararda sunulan görüşleri yayınlaması ve bunları geniş çapta yayması istenmektedir.

Birleşmiş Milletler

CRC/C/83/D/24/2017

Çocuk Hakları
Sözleşmesi

Dağıtım: Genel
24 Mart 2020
İngilizce
Orijinal Dili: İspanyolca

Çocuk Hakları Komitesi

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin Başvuru Usulüne İlişkin Seçmeli Protokolü kapsamında 24/2017 Sayılı başvuruya ilişkin Komite tarafından kabul edilen görüşler[°], ^{**}

Başvuruda bulunan: M.A.B. (Avukat Albert Parês Casanova tarafından temsil edilmektedir.)

Mağdur Olduğu İddia Edilen: M.A.B.

Taraf devlet: İspanya

Başvuru tarihi: 12 Temmuz 2017

Görüşün kabul tarihi: 7 Şubat 2020

Konu: Refakatçisiz bir küçük olduğu iddia edilen kişinin yaşının tespiti prosedürü

Usuli mesele: Kişi bakımından kabul edilemezlik; iç hukuk yollarının tüketilmemesi

Sözleşme'nin ilgili maddeleri: 3, 8, 12, 18 (2), 20 (1), 27 ve 29

Seçmeli Protokol'ün ilgili maddeleri: 7 (c), (e) ve (f)

0.1 Başvurucu M.A.B., 24 Aralık 1999 doğumlu bir Gine vatandaşıdır. Başvuru sahibi, Sözleşmenin 3, 8, 12, 18 (2), 20 (1), 27 ve 29. maddelerinin ihlali dolayısıyla mağdur olduğunu iddia etmektedir. Seçmeli Protokol, Taraf Devlet'te 14 Nisan 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

0.2 Seçmeli Protokol'ün 6.maddesi uyarınca Komite adına tasarrufta bulunan Başvuru Çalışma Grubu, 13 Eylül 2017 tarihinde Taraf Devlet'ten başvurunun Komite tarafından incelendiği zaman zarfında başvurucuyu

[°] Çeviren Mehmet Utku ÖZTÜRK

^{*} Komite'nin seksen üçüncü oturumunda kabul edilmiştir (20 Ocak – 7 Şubat 2020).

^{**} Komite'nin aşağıda yer alan üyeleri başvurunun inceleme sürecine katılmıştır:

Suzanne Aho Assouma, Amal Salman Aldoseri, Hynd Ayoubi Idrissi, Bragi Gudbrandsson, Philip Jaffé, Olga A. Khazova, Cephas Lumina, Gehad Madi, Faith Marshall-Harris, Benyam Dawit Mezmur, Clarence Nelson, Otani Mikiko, Luis Ernesto Pedernera Reyna, José Ángel Rodríguez Reyes, Aïssatou Alassane Moulaye Sidikou, Ann Marie Skelton, Velina Todorova and Renate Winter.

bir çocuk koruma merkezine nakletmesini ve ülkesine göndermemesini talep etmiştir.

Başvurucu Tarafından Bildirildiği Haliyle Olgular

2.1 3 Haziran 2017 tarihinde İspanyol polisi, başvurusunun da içinde olduğu küçük bir botu Granada'nın Motril bölgesinde, İspanya'ya yasadışı bir şekilde girmeye çalışırken durdurmuştur. 4 Haziran 2017 tarihinde ulusal polis, başvurusunun ülkesine geri gönderilmesine karar vermiştir. Belgesi olmayan başvuru, polise yaşının küçük olduğunu belirtmiş, fakat iddiası polis tarafından dikkate alınmamıştır. 6 Haziran 2017 tarihinde Motril 2. Soruşturma Mahkemesi, başvurusunun ülkeden çıkarılmak üzere Barselona'daki yabancılar için tutulma merkezinde 60 günü geçmeyecek bir şekilde gözetim altına alınmasına karar vermiştir.

2.2 Başvurucu, Barselona'daki tutulma merkezinin direktörünü yaşının küçük olduğu konusunda bilgilendirmiş, direktör de bu bilgiyi Barselona 1. Soruşturma Mahkemesi'ne iletmıştır. 26 Haziran 2017 tarihinde Mahkeme, başvurusunun, elinin röntgeninin ve çenesinin panoramik röntgeninin çekilmesini içeren tıbbi bir yaş tespiti incelemesine tâbi tutulmasına karar vermiştir.

2.3 Başvurucu, söz konusu tıbbi incelemeler hakkında bilgilendirilmediğini iddia etmektedir. 7 Temmuz 2017 tarihinde başvuru, kendisinden testlerle ilgili bilgi isteyen tutulma merkezi avukatlarıyla temas kurmuştur. Başvurucu aynı gün, yaşının küçük olduğunu ispat için doğum belgesinin bir örneğini Motril 2. Soruşturma Mahkemesi'ne göndermiştir. Başvurucu, Komiteye başvuru yapmış olduğu gün itibarıyla dahi, kendisinin tıbbi incelemeye tâbi tutulmasına ya da taraf Devletin yaşının tespitine dair bir karar almış olmasına ilişkin bilgilendirilmemiş olduğunu belirtmektedir.

Şikâyet

3.1 Başvurucu, Taraf Devletin yaş tespiti usulünü uygularken, Sözleşmenin 3. maddesi gereğince göz önüne alması gereken çocuğun üstün yararını gözetmediğini iddia etmektedir. Başvurucu, Komitenin kendisinin de belirttiği gibi, Taraf Devletin refakatçisiz küçükler konusunda yerleşik bir ulusal uygulamasının olmadığına işaret etmektedir. Buna örnek olarak, yaş tespitine ilişkin uygulamaların bir özerk topluluktan diğerine göre değişiyor olması gösterilmektedir.¹

¹ Başvurucu CRC/C/ESP/CO/3-4'ün 27 ve 59. paragraflarına gönderme yapmaktadır.

3.2 Başvurucu, yaş tespitine dair incelemelerin sadece kesinlikle gerekli olan durumlarda yapılması gerektiğini ve bu testlerin yalnızca Greulich ve Pyle yöntemine göre yapılmaması gerektiğini, bunun yerine uzman görüşleri alınarak gerekli teknolojilerin ve farklı yöntemlerin birleştirilmesi gerekliliğini belirten Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu (UNICEF)'nin raporuna atıf yapmaktadır.² Öte yandan Raporda, Sözleşmenin layıkıyla uygulanmasına yönelik tüm önlemlerin alınması gerektiğine ve çocuğun üstün yararının, yabancılara ilişkin kamu düzenine dair kaygılara baskın tutulması gerektiğine değinilmiştir.

3.3 Başvurucu, İspanya'da şu anda kullanılmakta olan yaş tespitine ilişkin tüm yöntemlerin tıbbi hesaplamalar ve kişinin fiziksel özellikleri göz önüne alınarak yapılan hesaplamalardan ibaret olduğunu belirtmektedir. Psikososyal ve gelişimsel hesaplamalar ile mevcut belge, bilgiye ve yerel bilgilere dayalı hesaplamalar gibi diğer yöntemler kullanılmamaktadır. İspanya'da kullanılan temel yöntem, 1950li yıllarda ABD'deki üst-orta-sınıftan sağlığı yerinde 6.879 çocuk örneğinde yapılmış radyolojik bir test olan Greulich ve Pyle yöntemidir. Bu yöntem kişinin bulunduğu yaş aralığını hesaplamayı mümkün kılmaktadır. Daha önce yürütülen diğer çalışmalarda olduğu gibi, bu çalışma da sadece gösterge niteliğindedir. Başvurucu, bir kişinin kemiklerinin olgunlaşma hızı ya da boyunun ne kadar uzayacağı gibi hesaplamalarda kullanılan ve salt tıbbi amaçlara hizmet eden klinik deneylerde geliştirilen bir kavram olan kemik yaşı ile kronolojik yaş arasındaki ayrımın önemine vurgu yapmaktadır. Kronolojik yaş, sadece, kişinin ne kadar yaşamış olduğunu gösterir. Bir çocuğun büyümesi ve gelişimi sadece sosyal statüsünün yansımaları olan genetik ve patolojik nedenler ile beslenmeye, hijyene ve sağlığa dair unsurlardan etkilenmediğinden; bunların yanı sıra ırkla ilgili nedenler de bulunduğundan, kemik yaşı ile kronolojik yaş mutlaka aynı şey demek değildir. Birçok çalışmaya göre, kişinin sosyoekonomik durumu onun kemik yaşı gelişiminde temel belirleyicidir.

3.4 Başvurucu, yaş tespiti usulünün uygulanmasında sadece gerekli olan ve tıp etiğine uygun yöntemlerin uygulanmasına ve tüm bu usul-

2 UNICEF, İspanyol Hukukçuları Genel Kurulu, *Ni ilegales ni invisibles: realidad jurídica y social de los menores extranjeros en España* (Ne yasadışı ne de görünmez: İspanya'daki yabancı küçüklerin yasal ve sosyal gerçeklikleri), 2009. Başvurucu ayrıca La Merced Migraciones (Mercedarios) tarafından hazırlanan, Birleşmiş Milletler Mülteci Yüksek Komiserliği, Çocukları Kurtarın, Comillas Pontifical Üniversitesindeki Santander Hukuk ve Küçükler Programı, Baketik ve Asociación Comisión Católica Española de Migración (İspanyol Katolik Göç Derneği), Aproximación a la protección internacional de los menores no acompañados en España (İspanya'da refakatçisi bulunmayan küçüklerin uluslararası korunmasına yönelik yaklaşımlar) (Madrid, La Merced Migraciones, 2009) raporuna da gönderme yapmaktadır.

lerin uygulanması esnasında çocuğun üstün yararının öncelikle gözetilmesi gereken unsur olduğuna dair iddiasını sürdürmektedir. Tıbbi raporların sonuçlarının her zaman hata payını belirtmesi gerekmektedir. Buna ilaveten, röntgen bu konuda uzman radyoloji bölümü çalışanları tarafından çekilmeli ve değerlendirilmeliyse de, sonuçlara dair genel değerlendirme sıklıkla karşımıza çıktığı gibi radyoloji uzmanları tarafından değil, adli tıp uzmanları tarafından yapılmalıdır.³ Son olarak, yaşa ilişkin değerlendirmeler farklı destekleyici testler ve tetkikler sonucunda yapılmalıdır.

3.5 Başvurucu ayrıca kendisine, refakatçisi olmayan bir küçüğün üstün yararının korunmasına dair temel bir usul güvencesi olan, vasi ya da temsilci atanmamış olması dolayısıyla Sözleşmenin 3. maddesinin ve bu maddeyle birlikte yorumlanması gereken 18(2) ve 20(1) maddelerinin ihlali dolayısıyla da mağdur olduğunu iddia etmektedir.⁴ Başvurucu, içinde bulunduğu aşırı derecede hassas durumda hakkı olan korumayı görmeksizin, güvenilir olmayan kanıtlara dayalı olarak reşit ilan edilmesinin kendisini savunmasız bıraktığını belirtmektedir.

3.6 Başvurucu, Sözleşmenin 8. maddesinde kutsal olarak kabul edilen kimliğini koruma hakkının taraf Devlet eliyle ihlal edildiğini belirtmektedir. Yaşın kimliğin önemli bir yönü olduğunu sözlerine ekleyen başvurucu, taraf Devletin kimliğin korunmasını zayıflatmama yükümlülüğü altında olduğunu ve bu sebeple kimliği oluşturan unsurların korunması ve iyileştirilmesi gerektiğini belirtmektedir.

3.7 Ayrıca başvurucu, aile ortamından mahrum kalmış bir çocuk olarak hakkı olan korumayı sağlamaması dolayısıyla Taraf Devletin Sözleşmenin 20. maddesini ihlal ettiğini iddia etmektedir.

3.8 Son olarak başvurucu, kendisine, tam ve düzgün gelişimi için yararını gözetecek yasal bir temsilci atanmamasına dayalı kusuru bakımından, Taraf Devletin Sözleşmenin 27 ve 29. maddelerini ihlal ettiğini iddia etmektedir.

3.9 Başvurucu şu muhtemel çözümleri önermektedir: (a) Taraf Devletin, yürütülmüş olan tıbbi incelemelere dayalı olarak yaşının tespit edilmesinin imkânsız olduğunu kabul etmesi; (b) kendisini ilgilendiren herhangi

3 Başvurucu, refakatçisi olmayan yabancı küçüğün yaşının tespiti usulüne ilişkin *Sindic de Greuges* (Katalonya Kamu Denetçisi) tarafından 2011 yılında kaleme alınan rapora gönderme yapmaktadır.

4 Başvurucu, refakatçisiz ve doğduğu ülkeden ayrılmış çocukların tedavilerine ilişkin 6 numaralı ve 2005 tarihli genel yoruma gönderme yapmaktadır.

bir karardan haberdar edilmesini; (c) yaş tespitine dair hükümlerin mahkeme önünde temyizine imkan tanınması; ve (d) bir küçük olarak devlet korumasından yararlanma hakkı, yasal temsilciye sahip olma hakkı, eğitim hakkı, çalışma ve oturma izni ile kendisini tamamiyle geliştirmesine ve toplumla bütünleşmesine olanak sağlayan tüm hakların tanınması.

Taraf Devletin Kabul Edilebilirlik Hakkındaki Görüşleri

4.1 Taraf Devlet, 27 Ekim 2017 günü, başvuruçunun ve diğer kişilerin küçük bir botta yasadışı bir şekilde İspanya'ya giriş yapmak üzere iken getirildikleri Granada polis merkezinde çevirmen aracılığıyla kimlik doğrulamalarının yapıldığını ve hakları konusunda bilgilendirildiklerini belirtmektedir. Başvuruçunun yasal temsilcisi yanındayken çevirmen aracılığıyla çıkarılma işleminden haberdar edildiğini ve bu işleme karşı yargı yoluna başvurabileceği yönünde bilgilendirildiği belirtilmiştir.

4.2 Taraf Devlet, başvuruçunun 29 Haziran 2017 tarihinde, Barselona 1. Soruşturma Mahkemesinin kararı gereğince ve genel protokole uygun olarak Katalonya Adli Tıp ve Bilimler Enstitüsü tarafından yaş tespitine tâbi tutulduğunu bildirmektedir. Taraf Devlet, polis kayıtlarına göre başvuruçunun doğum tarihinin 24 Aralık 1999 olduğunu belirtmektedir. Greulich ve Pyle metoduna göre, bilekten ve çeneden röntgenler alınarak gerçekleştirilen testleri de içeren yaş tespiti sonuçlarına bakılarak ve bu yaş grubu için standart sapmanın olmadığı da dikkate alınarak, başvuruçunun tahmini kemik yaşı 19 olarak tespit edilmiştir.

4.3 Başvuruçunu, 7 Temmuz 2017 tarihinde, kendisinin yabancılar için tutulma merkezine gönderilmesine ilişkin karara karşı şahsen seçtiği avukat aracılığıyla Motril 2. Soruşturma Mahkemesine başvuruda bulunmuş ve bu başvuru esnasında doğum belgesinin onaylı olmayan bir nüshasını Mahkemeye sunarak yaşının 18'den küçük olduğunu iddia etmiştir. Başvuruçunu Mahkemeden, yabancılar için tutulma merkezinden bir an önce çıkartılmasını ve çocuk koruma yetkililerine sevk edilmesini talep etmektedir. Savcı, kendisini reşit olarak gösteren tıbbi testlerin sonuçlarına rağmen, başvuruçunun çocuk koruma merkezine sevkinin uygun olmayacağını belirtmiştir. Mahkeme, 28 Temmuz 2017 tarihinde, başvuruçunun yaşının 18'in üzerinde olduğunu gösteren yaş tespitine dair tıbbi testlerin sonuçlarına ve refakatçisiz yabancı küçüklere dair kayıtlardaki bilgilere dayanarak, başvuruçunun tutulma halinin yeniden incelenmesinin uygun olmadığını karar vermiştir. Karara karşı bir başvuru yapılmadığından, karar kesin hüküm haline gelmiştir.

4.4 26 Temmuz 2017 tarihinde, ulusal polis M.A.B.'yi Barselona'daki yabancılar için tutulma merkezinden resmi olarak salıvermiştir.

4.5 Taraf Devlet: (a) başvuruçunun ilk göz altına alındığında üzerinde hiçbir resmi belge olmaması dolayısıyla, bahsedilen doğum belgesinin küçük bir botta bulunan ve göz altına alınan kişiye ait olduğunu ispatlayan hiçbir resmi kaydın olmadığını; (b) sunulan belgenin kişinin kimliğini kanıtlayabilecek hiçbir biyometrik veri içermediğini; ve (c) özellikle yaş tespitine dair tıbbi testlerin sonuçlarıyla çeliştiği için, sunulan belgenin gerçek olup olmadığına ilişkin şüpheler olduğunu belirtmektedir.

4.6 Taraf Devlet, 27 Ekim 2017 itibarıyla gerçekleştirmiş olduğu incelemeler sonucunda, başvuruçunun reşit olması dolayısıyla başvurunun İhtiyari Protokol Madde 7 (c) ve (f) uyarınca kişi yönünden kabul edilemez olduğunu iddia etmektedir. Bu durum şu sebepler dolayısıyla çok açıktır: (a) yasadışı bir şekilde İspanya'ya girişi esnasında başvuruçunu, biyometrik verilerle teyit edilebilir resmi bir kimlik belgesi sunmamıştır; (b) sunmuş olduğu doğum belgesi de sadece bir nüsha olduğu ve biyometrik bir veri içermediği için, yeterli bir kanıt olmaktan uzaktır; (c) ülkeye yasadışı bir şekilde girmesi esnasında çekilen fotoğraflarındaki görünümü (1.74m boyunda ve bıyıklı); ve (d) başvuruçunun en az 18 yaşında olduğunu kanıtlamak için nesnel bir şekilde yürütülen tıbbi testlerinin sonucunda başvuruçunun kemik yaşının 19 olarak tahmin edilmesi ve uygulanan Greulich ve Pyle metodunda bu yaş grubunda standart sapmanın bulunmaması. Mahkeme, başvuruçunun çocuk olduğuna dair hiçbir kesin kanıt olmamasına rağmen başvurunun kabul edilebilir bulunmasının, yalnızca başvuruçunun da para ödediği kaçakçılık çetelerini teşvik etmek anlamına geleceğini iddialarına eklemiştir.

4.7 Ayrıca taraf Devlet, şu iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması bakımından da başvurunun Seçmeli Protokol madde 7 (e) uyarınca kabul edilemez bulunması gerektiğini belirtmektedir: (a) kendisine ilişkin yürütülen testlere ilaveten başka tıbbi testler talep edebilirdi; (b) Medeni Usul Hukuku Kanununun 780. maddesinde belirtilen usulü takip ederek, çocuğun korunması amacıyla yönelik olarak, özerk topluluk kararlarından herhangi birisinin yeniden incelenmesini talep edebilirdi; (c) sınır dışı edilme kararına karşı idare mahkemesine başvurabilirdi; ve (d) 15/2015 Sayılı Kanun uyarınca, hukuk mahkemelerinde yaş tespiti için çekişmeli olmayan işlemler başlatabilirdi.

4.8 Taraf Devlet ayrıca, Anayasa Mahkemesi'nin 9 Eylül 2013 tarih ve 952/2013 tarihli *amparo* başvurusuna ilişkin aldığı 172/2013 tarihli kararı

na göre; savcılık tarafından gerçekleştirilen yaş değerlendirilmesinin “son derece geçici” olduğunu ve belgesiz bir kişinin yaşı konusunda nihai kararın ancak uygun usuller izlenerek yargısal makamlardan talep edilebileceğini; mevcut davada ise bu yolların tüketilmediğini belirtmiştir.

Başvurucunun Taraf Devletin Kabul Edilebilirlik Hakkındaki Görüşlerine İlişkin Yorumları

5.1 13 Aralık 2017 tarihli açıklamalarında başvuru, Taraf Devlet’in, muhtemelen bir çocuk olan kendisinin, yaş tespitine ya da Sözleşmenin 12. maddesine ilişkin konularda yasal temsilci belirlemeye dair bir hakkının olduğundan nasıl haberdar edildiğine dair hiçbir bilgi sunmadığını belirtmektedir. Ayrıca Taraf Devlet, Savcılığın yaş tespitine dair kararına ilişkin gidilebilecek yargısal yollarla ilgili de başvuru bilgilerini bilgilendirmemiştir.

5.2 Başvurucu, refakatçisiz yabancı çocuklara uygulanan protokolün birçok hükmünün yasadışı, usulsüz ve anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Yüksek Mahkeme önüne taşınmış olduğunu iddia etmektedir. Başvurucu, söz konusu protokolün altıncı kısım ikinci bölümündeki kişinin fiziksel görünümü küçük olduğunu göstermiyorsa, sahip oldukları pasaportta ne yazarsa yazsın kişinin reşit olduğunun kabul edileceğini öngören hükümlere atıf yapmaktadır. Başvurucu Anayasa Mahkemesinin birçok kararında bu hükümlerin tam tersine hükmettiğini iddia etmektedir. Başvurucu aşağıdaki esas içtihat haline getiren Yüksek Mahkeme kararına özellikle atıf yapmaktadır:

Pasaport ya da eşdeğer kimlik belgesi ile reşit olmadığını belirten bir göçmen, kendisine herhangi bir ek yaş belirleme testinin uygulanması için makul bir gerekçe olmadığı için, herhangi bir teste tâbi tutulacak belgesiz yabancı uyruklu kişi sayılamaz. Bu yüzden, söz konusu belgelerin neden güvenilir olmadığı ve yaş belirleme testinin neden gerekli olduğu arasındaki ilişkiyi analiz için bir orantılılık ölçümü yapılması uygun olacaktır. Kişinin belgeli ya da belgesiz olması fark etmeksizin, yaş tespitine yarayan tıbbi testler, özellikle de müdahale içerenler, rastgele uygulanamaz.⁵

5.3 Başvurucuya göre, yürütülen tıbbi testlerin tamamen güvenilir olduğu ya da doğruluğu ispatlanmış değildir. Başvurucu, Taraf Devletin açıklamalarında sözünü ettiği yargısal yollardan haberdar edilmediği konusunda ısrar etmektedir. Başvurucu, kendisinin yürütmesi gereken yasal süreçlerin ancak yaş tespiti sürecinde kendisine bir avukat tahsis edilmesi

5 İspanya Yüksek Mahkemesi, Hukuk Davaları Bölümü, Karar No: 453/2014, Başvuru No: 1382/2013.

halinde başlatılabileceğini ifade etmektedir. Başvurucu, söz konusu usullerin taraflardan birisi tarafından başlatılabilmesi ve bu usullerin yaş tespiti-ne dair kararlara itiraz imkânı vermemesi dolayısıyla olağanüstü başvuru yolları olarak görülmesi gerektiğini iddia etmektedir.

5.4 Başvurucu, Taraf Devletin kendisini ülkesine geri göndermesi halinde, bir çocuğun ülkesine geri göndermesini katı kurallara bağlamış olan yerel mevzuatına aykırı ve usulsüz bir davranışta bulunmuş olacağını düşünmektedir.⁶ Muhtemel bir çocuk olan kendisinin ülkesine geri gönderilmesi, telafisi çok güç olan zararlara yol açacaktır.

Taraf Devletin Esas Hakkındaki Görüşleri

6.1 Taraf Devlet, 9 Ocak 2018 tarihindeki görüşlerinde, başvurunun kabul edilebilirliği hakkındaki görüş ve olay açıklamalarını tekrar etmektedir.

6.2 Taraf Devlet, başvurucunun, kendisinin üstün yararının gözetilmediği yönündeki iddialarına ilişkin olarak, nesnel olarak yürütülen tıbbi testler başvurucunun reşit olduğu sonucunu verdiği için “çocuğun üstün yararının ihmal edildiğini söylemenin zor olduğu” belirtmektedir. Taraf Devlet, başvurucunun iddialarının basmakalıp olduğunu ve hakkının ihlaline yönelik doğru ve eksiksiz bir tarifini yapamadığını sözlerine eklemektedir. Ayrıca, iddialarının tamamı, tıbbi yöntemlerle yaş tespitine dair testler sonucunda elde edilen bulguların Sözleşmeye aykırılık teşkil etmesi argümanına dayanmaktadır. Komite'nin 6 Numaralı Genel Yorumu, kişinin yaşı ile ilgili şüphe halinde kendisine çocukmuş gibi davranılmasını, ancak kişinin reşit olduğunun açık olduğu durumlarda bu durumun geçerli olmadığını ve ulusal makamların herhangi bir teste ihtiyaç duymaksızın kişiyi reşit olarak kabul edebileceğini ifade etmektedir. Bununla beraber mevcut olayda resmi makamlar, kişinin önceden alınmış aydınlatılmış onayıyla, yaşının tespiti için nesnel testlerin yürütülmesi fırsatını kendisine vermiştir.

6.3 Taraf Devlet, 6 Numaralı Genel Yorumun belgesi olmayan, reşit gibi görünen ve çocuk olduğunu iddia eden kişilerin yaşının tespiti için nesnel tıbbi testlerin yürütülmesini olanaksızlaştırmadığını ya da yasaklamadığını ısrarla belirtmektedir. Taraf Devlet, başvurucunun yaş tespitinin nesnel olarak belirlenmesine yarayan birçok tıbbi testin varlığı konusunda

6 Başvurucu, 2/2009 Sayılı Organik Yasa ile değiştirilen, 4/2000 Sayılı *İspanya'daki Yabancı Uyrukluların Hak ve Özgürlükleri ve Sosyal Entegrasyonları Hakkındaki Organik Yasa*'yı onaylayan 557/2011 Sayılı ve 20 Nisan 2011 tarihli *Kraliyet Kararnamesi*'nin 191 ve devamındaki maddelere atıf yapmaktadır.

bir eleştiriyi getirdiğini, ancak hangi testin kendisi tarafından geçerli sayılacağını ifade etmediğini belirtmektedir.

6.4 Taraf Devlet, başvuruçunun herhangi güvenilir bir kanıtı olmaksızın ve sadece sözleri esas alınarak korunmaya muhtaç çocuklara tanınan yasal güvencelerden yararlanamayacağını belirtmektedir. Taraf Devlet, yetişkinlerin çocuklar için kurulmuş olan tutulma merkezlerine yerleştirilmelerinin mevcut çocukların istismarına ve onlara kötü muameleye sebep olacağını belirtmektedir.

6.5 Taraf Devlet, başvuruçunun Sözleşmenin 18 (2) ve 20 (1) maddelerinde güvence altına alınan üstün yararının gözetilmediği yönündeki iddialarına karşılık, başvuruçunun İspanyol topraklarına ayak bastığı gibi sağlık görevlileri tarafından tedavi edildiğini, kendisine ücretsiz olarak yasal temsilci ve tercüman tayin edildiğini; kişisel haklarının güvence altına alındığından emin olabilmek için durumunun gecikmeksizin yetkili yargı makamına bildirildiğini; ve kendisinin üstün yararının korunabilmesi için çocuk olduğuna dair iddiasının derhal bu yararı korumakla yükümlü Soruşturma Makamına iletildiğini ifade etmiştir. Sonuç olarak başvuruçunun çocuk olması halinde bile kendisine yeterli seviyede yasal yardım ya da korunma sağlanmadığının iddia edilmesinin zor olduğunu, kaldı ki olayda bir çocuğun olmadığı belirtilmektedir.

6.6 Başvuruçunun kimliğinin korunmasına dair haklarının ihlal edildiği iddialarına yönelik olarak Taraf Devlet, başvuruçunun bu hakkından nasıl mahrum edildiğini ortaya koymadığını düşünmektedir. İspanyol makamlarının kendisini yasadışı bir şekilde ülkeye girerken söylediği isim ile kayıt altına aldığını ve sonuçta oluşturulan tüm dokümanların bugün kendisine haklarından yararlanma imkânı verdiğini sözlerine eklemiştir.

6.7 Taraf Devlet, Başvuruçunun Sözleşmenin 20. maddesinde kutsal olarak sayılan özel bir koruma ve yardımı içeren haklarından mahrum bırakıldığı yönündeki iddialarına ilişkin olarak, "mevcut olayda kişinin reşit olduğu yönündeki kanıtlar göz önüne alındığında söz konusu hakkın uygulanma zemini olmadığını ifade etmektedir."

6.8 Buna ek olarak Taraf Devlet, gelişme hakkının sadece çocuklar için geçerli olması dolayısıyla Sözleşmenin 27. ve 29. maddelerinin ihlalden söz edilemeyeceğini iddia etmektedir. Taraf Devlet, başvuruçunun İspanya'ya gelişinden itibaren bakımının devlet tarafından üstlenildiğini sözlerine eklemektedir.

6.9 Başvurucunun ilk başvurusunda ortaya koyduğu çözümlere ilişkin Taraf Devlet, başvurucunun yaşının kesin bir şekilde tespit edilebileceği bir yolu ne talep ettiğini ne de önerdiğini ifade etmektedir. Ne de başvuru geldiği ülkedeki resmi makamlar tarafından doğrulanabilecek bir bilgi ileriye sürmektedir. Reşit görünen bir kişinin sadece sözüne dayanılarak çocuk olarak kabulünün ve çocuk olarak muamele görmesinin mümkün olmadığını ve bu sebeple İspanya Devleti'nin kendisinin yaşını tespit etmesinin mümkün olmadığını kabullenmesinin bir çözüm olmadığını belirtmektedir. Taraf Devlet, Soruşturma Makamlarınca yaş tespitine ilişkin verilen kararlara karşı yargısal başvuruların yapılabilmesi konusuna ilişkin ise, söz konusu kararların "son derece geçici" olduğunu ve yeni bir delilin ortaya çıkması halinde bu kararı veren savcının bile kararı gözden geçirebileceğini ve bu kararların yargı makamlarınca verilen kesin hükümler eliyle ortadan kaldırılabilceğini belirtmektedir. Taraf Devlet, başvurucunun geriye kalan iddialarına ilişkin, kendisinin devlet korumasından ve hakimlerin ve Soruşturma Makamının yardımından zaten yararlanmış olduğuna işaret etmektedir. Son olarak, İspanya devletinde ikamet etme ve çalışma izinleri ancak genel yasal gerekliliklerin karşılanması halinde alınabilmektedir; ancak başvuru bu gereklilikleri karşılamadığı gibi ülkeye yasadışı olarak girmiş ve uluslararası koruma statüsüne başvurmamıştır.

Başvurucunun Taraf Devletin Kabul Edilebilirlik ve Esas Hakkındaki Görüşlerine Dair Yorumları

7.1 28 Şubat 2018 tarihli yorumunda başvuru, taraf Devletin yaş tespiti sürecinde kendisine bir avukat tayin etmediğini ve bu yüzden taraf Devletin görüşlerinde atıf yaptığı yasal yolları tüketemediğini tekrar etmektedir. Başvuru, Soruşturma Makamı tarafından verilen yaş tespiti kararının doğrudan itiraz edilebilecek bir karar olmadığını ve bu durumun su götürmez bir şekilde ve açıkça yargısal korumadan büyük bir mahrumiyet anlamına geldiğinde ısrarcı olmuştur.

7.2 Başvuru, "yapılan görüşme, fiziksel inceleme ve ek testlerin sonucuna göre, yaşının büyük bir olasılıkla en az 18" olduğuna dair ibareleri içeren adli tıp raporunun taraf Devletçe görmezden gelindiğini iddia etmektedir. Bu ifadeler söz konusu raporun yaşını kesin bir şekilde tespit etmekten uzak olduğunu göstermektedir.

7.3 Başvuru, taraf Devletin iddialarının arasında olan Motril Soruşturma Mahkemesi'nin kendisinin yaşının 18'den büyük olduğuna dair gösterge kabul edilen yaş tespitine dair tıbbi değerlendirmelere dayanarak

tutulma kararının incelenmesini reddetmesinden ve bu karara karşı bir itirazda bulunulmadığı için kararın kesinleşmiş olmasından kendisinin haberdar edilmediğini ısrarla iddia etmektedir. Böylelikle kendisine yargı makamı önünde itiraz fırsatı verilmemiş olmasının, kendisinin bir kez daha yargısal korumadan açıkça mahrum edilmesi anlamına geldiğini ifade etmektedir.

7.4 Başvurucu, saliverilmesinden hemen önceki günlerde bulunduğu yabancıların tutulma merkezinde ülkesinden birçok kişinin konsolosluk yetkilileri ile görüşmeler yaptığını dikkat çekmektedir. Başvurucu, kendisinin sunduğu ve yaşının 18'den küçük olduğunu gösteren belgelerin gerçek olup olmaması konusunda taraf Devletin bir şüphesinin olması halinde bu yetkililerle temasa geçebileceğini ve belgelerin gerçek olup olmadığını teyit edebileceğini ileri sürmektedir.

7.5 Başvurucu, Sözleşmenin 18 (2) ve 20 (1) maddeleri ile birlikte yorumlanan 3. maddesinin ihlal edildiğine dair iddialarına ilişkin olarak, bu maddelerin kendisine dinlenilme hakkını ileri sürebilecek bir refakatçiye dair hakkının var olduğu anlamına gelen Sözleşmenin 12. maddesi ışığında yorumlanması gerektiğini iddia etmektedir. Dinlenilme hakkının düzenlendiği Çocukların Yasal Korunmasına dair 1/1996 sayılı Organik Yasa'nın 9. maddesine atıf yapan başvurucu, taraf Devletin kendi ulusal mevzuatına uygun davranmadığını ileri sürmektedir. Başvurucu bir temsilci aracılığıyla kullanabileceği dinlenilme hakkına saygı gösterilmediğini düşünmektedir.

7.6 Başvurucu, yaş tespitine dair yasal süreci yürüten makam olarak Soruşturma Makamından da çocuğun yaş tespitine dair yapabileceği başvuruları yaparak haklarını korumasının beklenilemeyeceğini belirtmektedir.

7.7 Başvurucu, ülkesinin konsolosluk görevlileri ile irtibata geçilerek yaşının teyit edilmemesi dolayısıyla Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmektedir.

Üçüncü Kişi Görüşü⁷

8 3 Mayıs 2018'de Fransız Kamu Denetçisi, yaş tespiti ve sınır dışı edilmeyi bekleyen yetişkinler için bir merkezde tutulma konularında üçün-

7 Bu görüş, Komite tarafından kayıt altına alınan 11/2017, 14/2017, 15/2017, 16/2017, 20/2017, 22/2017, 24/2017, 25/2017, 26/2017, 28/2017, 29/2017, 37/2017, 38/2017, 40/2018, 41/2018, 42/2018 ve 44/2018 numaralı başvurularla ilgilidir.

cü taraf görüşü sunmuştur.⁸ Her ne kadar mevcut davada taraflar üçüncü kişi görüşü üzerine yorumlarını iletmemişlerse de, aynı üçüncü kişi görüşünün sunulmuş olduğu *J.A.B. v. İspanya*⁹ davasında bunu yapmışlardır. Taraflar söz konusu yorumlarının üçüncü kişi görüşünün ilgili olduğu tüm davalar için geçerli olduğunu belirtmişlerdir.

Komite Önündeki Meseleler ve İşlemler

Kabul Edilebilirlik Değerlendirilmesi

9.1 Komite, başvurunun içeriğinde yer alan herhangi bir iddiayı değerlendirmeden önce, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin Usulüne İlişkin Seçmeli Protokol'ünün 20. maddesi uyarınca başvurunun kabul edilebilir olup olmadığına karar vermelidir.

9.2 Komite, taraf Devlet'in, İhtiyari Protokol'ün 7 (c) ve (f) maddeleri uyarınca, başvurunun reşit olduğu ve bunun aksine kesin bir kanıt niteliğinde herhangi bir belge ya da tıbbi kanıt ortaya koymaması nedeniyle başvurunun kişi bakımından kabul edilemez olduğu yönündeki iddiasını dikkate almaktadır. Bununla birlikte Komite, başvurunun İspanya'ya geldiğinde reşit olmadığını iddia ettiğini ve Gine'den aldığı ve reşit olmadığını gösteren doğum belgesini Motril 2. Soruşturma Mahkemesi'ne sunduğunu, ancak herhangi bir yanıt alamadığını kaydetmektedir. Komite, taraf Devlet'in, başvurunun sunduğu doğum belgesinin biyometrik veriler içermediği için kendisinin çocuk olduğu yönünde bir kanıt teşkil etmeyeceği iddiasını dikkate almaktadır. Komite, özellikle başvuru ve taraf Devlet'in delillere her zaman eşit erişemediği ve çoğu zaman taraf Devlet'in ilgili bilgilere tek başına erişimi olduğu göz önünde bulundurulduğunda ispat yükünün yalnızca başvurucuya ait olmadığını hatırlatmaktadır. Mevcut davada Komite, başvurunun, eğer taraf Devlet'in doğum belgesinin geçerliliği konusunda şüpheleri varsa, kendisinin kimliğini doğrulamak için Gine Konsolosluk makamlarıyla temasa geçebileceğini ama geçmemiş olduğu yönündeki iddiasını dikkate almaktadır. Yukarıda belirtilenler ışığında Komite, Seçmeli Protokol'ün 7 (c) maddesinin başvurunun kabul edilebilirliğine engel teşkil etmediği kanaatinde.

9.3 Ayrıca Komite, taraf Devlet'in başvurunun mevcut iç hukuk yollarını tüketmediği yönündeki iddiasını da dikkate almaktadır, çünkü: (a) Reşit olmadığını kanıtlamak için, kendisine uygulanan testlerden başka

8 Bu görüşün bir özeti için bkz.: N.B.F. v. İspanya (CRC/C/79/D/11/2017), para. 8.1-8.6.

9 CRC/C/81/D/22/2017, para. 9 ve 10.

tıbbi testlerin uygulanmasını talep edebilirdi; (b) Medeni Usul Hukuku Kanunu madde 780 uyarınca, kendisi hakkında verilen çocuk olmadığına dair özerk topluluk kararlarından herhangi birisinin incelenmesini talep edebilirdi; (c) Kendisi hakkında verilen sınır dışı edilme kararına karşı idare mahkemesine gidebilirdi; (d) 15/2015 sayılı Kanun uyarınca, hukuk mahkemeleri önünde, kendisi hakkında yürütülen yaş tespiti usulüne ilişkin çekişmesiz yargı yoluna gidebilirdi. Bununla birlikte Komite, başvuruçunun doğum belgesini Motril Soruşturma Mahkemesi'ne ibraz ettiğini ve kendisi hakkında verilen yabancıların tutulma merkezine yerleştirilmesi kararının gözden geçirilmesini istediğini, ancak Savcılığın başvuruçuya uygulanan tıbbi testler sonucunda kendisinin reşit olduğunun anlaşılması sebebiyle çocuk koruma merkezine yerleştirilmesinin uygun olmayacağı ve Mahkemenin de doğum belgesini dikkate almaksızın sadece tıbbi testlere dayanılarak başvuru hakkında verilen tutulma kararının gözden geçirilmesinin uygun olmayacağı yönündeki kararını dikkate almaktadır. Ayrıca Komite, başvuruçunun, yaş tespitine dair prosedürlerin işletilmesi sırasında kendisine bir avukat tayin edilmediği ve bu yüzden taraf Devlet'in sözünü ettiği hukuk yollarına başvurulamadığı yönündeki iddiasını da dikkate almaktadır. Komite, başvuruçunun çok yakın bir zaman içinde İspanya topraklarından sınır dışı edileceğinin bilincinde olarak, çok fazla uzun sürecek olan ya da sınır dışı edilmeye dair süreci durduramayacak olan hukuk yollarının etkili yollar olarak kabul edilemeyeceğini düşünmektedir.¹⁰ Komite, taraf Devlet'in bahsi geçen hukuk yollarının başvuruçunun sınır dışı edilmesini askıya alıp almayacağını açıkça belirtmediğini kaydetmektedir. Buna göre Komite, Seçmeli Protokol'ün 7 (e) maddesinin başvurunun kabul edilebilirliğine bir engel teşkil etmediğini sonucuna varmıştır.

9.4 Komite, başvuruçunun Sözleşme'nin 18 (2), 27 ve 29. maddeleri kapsamındaki iddialarının kabul edilebilirlik açısından yeterince doğrulanmadığını düşünmektedir ve Seçmeli Protokol'ün 7 (f) maddesi uyarınca iddiaları kabul edilemez bulmuştur.

9.5 Bununla birlikte Komite, başvuruçunun, Taraf Devlet'in Sözleşme'nin 3, 8, 12 ve 20 (1) maddeleri uyarınca, yaş değerlendirmesi prosedürü sırasında çocuğun üstün yararını göz önünde bulundurmadığı ve kendisine bir veli ya da vasi atamamış olduğu yönündeki iddialarının yeterince kanıtlamış olduğu görüşündedir. Bu nedenle Komite, başvuruçunun bu kısmının kabul edilebilir olduğunu düşünmektedir ve esasa ilişkin incelemeye geçmektedir.

¹⁰ N.B.F. v. İspanya, para. 11.3; M.T. v. İspanya (CRC/C/82/D/17/2017), para. 12.4; ve R.K. v. İspanya, (CRC/C/82/D/27/2017), para. 8.3.

Esasa İlişkin Değerlendirmeler

10.1 Komite, Seçmeli Protokol'ün 10 (1) maddesi uyarınca mevcut başvuruyu, taraflar tarafından kendisine sunulan bilgilerin tamamının ışığında incelemiştir.

10.2 Mevcut durumda Komite'nin önündeki meselelerden birisi, reşit olmadığını belirten ve doğum belgesini ibraz eden başvuruçunun yaş tespit prosedürünün, Sözleşme kapsamındaki haklarını ihlal edip etmediğidir. Başvurucu özellikle, yaşını değerlendirmek için kullanılan tıbbi testin türünün seçiminde ve bu prosedür sırasında kendisine bir vasi ya da yasal temsilci atanmamış olması nedeniyle çocuğun üstün yararının göz önünde bulundurulmadığını iddia etmektedir.

10.3 Komite, reşit olmadığını iddia eden bir kişinin yaş tespit prosedürünün, prosedür sonucunda ulaşılabilecek sonucun kişinin ulusal hukuk bakımından çocuk olarak koruma görüp görmeyeceğini belirleyecek olması bakımından, birincil derecede öneme sahip olan bir konu olduğunu hatırlatmaktadır. Benzer şekilde, Sözleşme'den kaynaklanan haklardan yararlanması da bu belirlemeden kaynaklandığı için, bu konu Komite için hayati önem taşımaktadır. Bu nedenle bir kişinin yaşını tespit için yasal bir prosedürün olması ve bu prosedür sonucu alınan karara itiraz edilebiliyor olması zorunludur. Bu süreç devam ederken şüpheden ilgili yararlanmalı ve de bir çocuk gibi muamele görmelidir. Bu doğrultuda Komite, yaş tespiti sürecinde öncelikle çocuğun üstün yararının göz önünde tutulması gerektiğini hatırlatmaktadır.¹¹

10.4 Komite, Taraf Devlet'in, 6 Numaralı Genel Yorum'un, reşit gibi görünen, ancak herhangi bir belgesi olmaksızın çocuk olduğunu iddia eden kişinin yaşının tespiti için nesnel tıbbi testlerin yapılabileceğini imkânsız kılmadığı ya da yasaklamadığı yönündeki iddiasını kaydetmektedir. Bununla birlikte Komite, aksi kanıtlanmadığı sürece, sunulan belgelerin orijinal olarak kabul edilmesi gerektiğini hatırlatmaktadır.¹² Buna ek olarak, kimlik belgelerinin ya da diğer uygun kanıtların olmadığı durumlarda:

Yaş hakkında bilinçli bir tahminde bulunabilmek için Devletler uzman çocuk hekimleri ya da çocuk gelişiminin farklı yönlerini bir arada görmede uzman olan diğer profesyoneller tarafından yürütülen ve çocuğun fiziksel ve psikolojik gelişimini bütüncül bir şekilde ele alan bir değerlendirme

11 N.B.F. v. İspanya, para. 12.3.

12 Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Komite'nin 4 (2017) Sayılı ve Çocuk Hakları Komitesi'nin 23 (2017) Sayılı Ortak Genel Yorumu, para. 4.

sürecine girişmelidirler. Bu değerlendirmeler, çocuğun anlayabileceği bir dilde mülakatları da içeren, çocuklara karşı duyarlı, cinsiyete duyarlı, hızlı ve kültürel olarak uygun bir şekilde yürütülmelidir. Şüpheden, değerlendirmeye tâbi tutulan kişi yararlanmalıdır.¹³

10.5 Mevcut başvuruda Komite: (a) herhangi bir belgesi olmaksızın İspanya'ya gelen başvuruçunun, yaşının tespiti için, herhangi ek bir değerlendirme, özellikle de psikolojik bir değerlendirme olmaksızın, bileğinin ve çenesinin röntgenlerini içeren tıbbi testlere tâbi tutulduğunu; (b) yürütülen testlerin sağlamlığı hakkında, sözü geçen hastanenin, Greulich ve Pyle metoduna göre başvuruçunun kemik yaşının 19 olduğuna ve çene filmine göre de en az 18 yaşında olduğuna, herhangi bir hata payı olmaksızın karar verdiğini; (c) taraf Devlet'in yargı makamlarının bu tıbbi testlerin sonucuna dayanarak başvuruçunun reşit olduğuna ve bu sebeple yabancılar için tutulma merkezinde kalmasına karar verdiğini; ve (d) taraf Devlet'in ilgili makamlarının başvuruçunun tarafından sunulan doğum belgesinin geçerli olduğunu dikkate almadığını kaydetmektedir.

10.6 Bununla birlikte Komite, kemik yaşı değerlendirmesinin kesinlikten yoksun ve geniş bir hata payına sahip olduğunu ve bu nedenle reşit olmadığını iddia eden ve iddiasını destekleyen belgeler sunan bir gencin kronolojik yaşını değerlendirmek için tek yöntem olarak kullanılmaya uygun olmadığını gösteren yeterli bilgi bulunduğunu kaydetmektedir.

10.7 Komite, Taraf Devlet'in başvuruçunun açıkça bir yetişkin gibi görüldüğü sonucuna varmasını dikkate almaktadır. Bununla birlikte Komite, yaş değerlendirmesinin sadece bireyin fiziksel görünümünü değil, aynı zamanda psikolojik olgunluğunu da dikkate alması gerektiğini belirten 6 (2005) Numaralı Genel Yorumunu hatırlatmaktadır. Söz konusu genel yoruma göre değerlendirme, bilimsel, güvenli, çocuğa ve cinsiyetine duyarlı ve adil bir şekilde yürütülmeli ve herhangi bir belirsizlik durumunda kişi şüpheden yararlandırılmalı ve kişinin çocuk olma ihtimali söz konusuysa çocuk gibi muamele görmelidir.¹⁴

10.8 Komite ayrıca, Başvuruçunun İspanya'ya gelmesinin ardından yaş tespiti prosedürü öncesinde ya da bu esnada, olası bir refakatçisiz sığınmacı çocuk olarak çıkarlarını savunmak için bir vasi ya da temsilci atanmadığı ve bu durumun başvuruçunun yetişkin olduğunu belirten bir tıbbi rapor çıkmasına yol açtığı iddiasını dikkate almaktadır. Komite, Taraf Devletlerin,

13 N.B.F. v. İspanya, para. 12.4.

14 Para. 31 (i).

reşit olmadığını iddia eden tüm genç bireyler için, Taraf Devlet'e ulaştıklarında vakit kaybetmeksizin ve ücretsiz olarak nitelikli bir yasal temsilci ve gerekirse bir tercüman atamaları gerektiğini hatırlatmaktadır. Komite, yaş tespiti sürecinde bu kişilere bir temsilci sağlanması unsurunun, onların üstün menfaatine saygı gösterilmesinin ve dinlenme haklarının temel bir güvencesi olduğu görüşündedir.¹⁵ Yaş tespiti süreci Sözleşme'nin uygulanması için bir başlangıç noktası anlamına geldiğinden, söz konusu güvenenin sağlanmamasını Sözleşme'nin 3. ve 12. maddelerinin ihlali anlamına gelecektir. Temsilin zamanında sağlanamaması, önemli bir adaletsizliğe yol açabilir.

10.9 Yukarıdaki belirtilenler ışığında Komite, çocuk olduğunu iddia eden ve daha sonra bu iddiasını destekleyecek kanıtlar sunan başvurucuya uygulanan yaş tespiti prosedürünün başvurucunun Sözleşme kapsamındaki haklarını korumak için gereken güvencelerden yoksun olduğunu düşünmektedir. Mevcut davanın koşullarında, yaş tespiti prosedürü sürecinde başvurucuya yardımcı olacak bir temsilci atanmaması ve taraf Devlet'in içerdiği bilgileri resmi olarak değerlendirmeden ve belirsizlik durumunda bu bilgileri Gine Konsolosluğu makamlarından teyit etmeden sunulan doğum belgesinin neredeyse otomatik olarak reddedilmesi düşünüldüğünde Komite, başvurucuya uygulanan yaş tespiti prosedüründe çocuğun üstün yararının öncelikli olarak düşünülmediğini ve bu durumun Sözleşme'nin 3. ve 12. maddelerinin ihlalini oluşturduğu görüşündedir.

10.10 Ayrıca Komite, başvurucunun, taraf Devlet tarafından kendisine doğum belgesindeki ile eşleşmeyen bir yaş ve doğum tarihi atfedilmesinin kimliğinin unsurlarını değiştirdiği ve böylelikle haklarını ihlal ettiği yönündeki iddialarını da dikkate almaktadır. Komite, bir çocuğun doğum tarihinin onun kimliğinin bir parçasını oluşturduğu düşüncesindedir ve Taraf Devletler çocuğun kimliğini, herhangi bir unsurundan mahrum bırakmaksızın koruma hakkında saygı göstermekle yükümlüdür. Mevcut başvuruda Komite, Başvurucunun İspanyol yetkililere doğum belgesinin bir nüshasını vermesine rağmen yetkili bir makamın doğum belgesinde yer alan bilgilerin önceden resmi bir değerlendirmesini yapmadan veya Başvurucunun menşe ülkesinin makamlarının teyidini talep etmeksizin, belgenin herhangi bir kanıt niteliği taşımadığını belirtmesinin Başvurucunun kimliğine saygı gösterilmediğini ifade ettiğini belirtmektedir. Sonuç olarak Komite, Taraf Devlet'in Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğini tespitine varmıştır.

15 A.L. v. İspanya (CRC/C/81/D/16/2017), para. 12.8 ve J.A.B. v. İspanya, para. 13.7.

10.11 Sözleşme'nin 3, 8 ve 12. maddelerinin ihlal edildiğini tespit eden Komite, Başvurucunun, Taraf Devlet'in aynı eylemlerinin Sözleşme'nin 20 (1) maddesinin de ihlaline yol açtığı yolundaki iddialarını ayrıca değerlendirmeye gerek duymamıştır.

10.12 Son olarak Komite, Taraf Devlet'in başvurucuyu bir çocuk koruma merkezine nakledilmesi ihtiyati tedbirini uygulayamadığını kaydetmektedir. Komite, Taraf Devletlerin Seçmeli Protokolü onaylayarak 6. madde uyarınca talep edilen ihtiyati tedbirlere uyma konusunda uluslararası bir yükümlülük üstlendiklerini; bu tedbirlerin amacının bir başvuru incelenmekte iken telafisi güç zararları önlemek ve bireysel başvuru prosedürünün etkinliğini sağlamak olduğunu hatırlatmaktadır.¹⁶ Mevcut davada Komite, Taraf Devlet'in, Başvurucunun bir çocuk koruma merkezine nakledilmesinin bu merkezdeki çocuklar için ciddi bir risk oluşturabileceği yönündeki iddiasını dikkate almaktadır. Buna rağmen Komite, bu argümanın başvurucunun bir yetişkin olduğu ön kabulüne dayandığını kaydetmektedir. Ayrıca Komite, çocuk olma ihtimali bulunan birinin yetişkin bireyler için ayrılmış bir merkeze gönderilmesinin de risk barındırdığına dikkat çekmektedir. Sonuç olarak Komite, talep edilen ihtiyati tedbirin uygulanmamasının bizatihi Seçmeli Protokol'ün 6. maddesinin ihlalini oluşturduğu düşüncesindedir.

10.13 Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Ek Başvuru Usullerine İlişkin Seçmeli Protokol'ün 10 (5) maddesi uyarınca hareket eden Komite, önündeki olguların Sözleşme'nin 3, 8 ve 12. maddeleri ile İhtiyari Protokol'ün 6. maddesinin ihlal edildiğini ortaya koyduğunu tespit etmektedir.

11 Bu nedenle Taraf Devlet, Başvurucuya, İspanya'ya ilk olarak geldiğinde refakatçisiz bir çocuk olduğunu göz önünde tutarak, kendi topraklarındaki idari statüsüne resmiyet kazandırma fırsatı sağlamak dâhil olmak üzere söz konusu ihlaller için etkili bir giderim sağlamalıdır. Ayrıca Taraf Devlet, gelecekte benzer ihlallerin ortaya çıkmasını engellemek yükümlülüğüne de sahiptir. Bu bakımdan Komite, Taraf Devlet'e şunları tavsiye etmektedir:

a) Çocuk olduğunu iddia eden genç bireylerin yaş tespitlerine yönelik tüm süreçlerin Sözleşme ile uyumlu bir şekilde ve özellikle bu tür prosedürler arasında: (i) ilgili genç birey tarafından sunulan belgelerin dikkate alınması ve de bunların devlet organı veya konsolosluk tarafından düzenlenmiş ya da doğrulanmış olmaları durumunda gerçek olarak kabul edil-

16 N.B.F. v. İspanya, para. 12.11.

mesi; ve (ii) ilgili genç bireye, gecikmeksizin ve ücretsiz olarak nitelikli bir yasal temsilci veya başka temsilcilerin atanması, kendisini temsil etmek üzere seçilen özel avukatların tanınması ve tüm yasal ve diğer temsilcilerin yaş tespit prosedürü sırasında kendilerine yardımcı olmalarına izin verilmesi sağlanmalıdır;

b) Yaş tespit prosedürünün çocuğun üstün yararını ve de dinlenilme hakkını korumak için gereken güvenceleri içermediği durumlarda, 18 yaşından küçük olduğunu iddia eden refakatçisiz sığınmacıların davalarda yetkililer tarafından verilen yetişkin olduklarını beyan eden kararların gözden geçirilmesi için başvurabilecekleri etkili ve erişilebilir bir tazmin mekanizması geliştirilmelidir;

c) Göç işleri memurlarına, polis memurlarına, savcılık personeline, yargıçlara ve diğer ilgili profesyonellere, sığınmacı ve diğer göçmen çocukların hakları ve özellikle de Komite'nin 6 sayılı genel yorumu ve 22 ile 23 sayılı ortak genel yorumları hakkında eğitim verilmelidir.

12. Seçmeli Protokol'ün 11. maddesi uyarınca Komite, Taraf Devlet'ten, 180 günü geçmeksizin en kısa sürede bu kararda sunulan görüşleri yürürlüğe koymak için alınan önlemler hakkında bilgi almak istemektedir. Taraf Devlet'ten ayrıca, Sözleşme'nin 44. maddesi uyarınca Komite'ye sunduğu raporlara, bu tedbirlere ilişkin bilgi dahil etmesini istenmektedir. Son olarak Taraf Devlet'ten, mevcut kararda sunulan görüşleri yayınlamasını ve bu görüşleri geniş çapta yaymasını istemektedir.

Birleşmiş Milletler	CRC/C/85/D/26/2017
Çocuk Hakları Sözleşmesi	Dağıtım: Genel 2 Kasım 2020 Orijinal Dili: İngilizce

Çocuk Hakları Komitesi

Bireysel başvuru usulüne ilişkin Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne Ek Seçmeli Protokol kapsamında 26/2017 No'lu başvuruya ilişkin Komite tarafından kabul edilen görüşler^o * **

<i>Başvuruyu yapan:</i>	M.B.S (sivil toplum kuruluşu Fundación Raices tarafından temsil edilmektedir)
<i>Mağdur olduğu iddia edilen:</i>	Başvurucu
<i>Taraf Devlet:</i>	İspanya
<i>Başvuru tarihi:</i>	19 Temmuz 2017
<i>Görüşün kabul tarihi:</i>	28 Eylül 2020
<i>Konu:</i>	Refakatçisi bulunmayan küçük için yaş belirleme prosedürü
<i>Usuli mesele:</i>	İç hukuk yollarının tüketilmemesi; kişi bakımından kabul edilemezlik; iddiaların kanıtlanması
<i>Maddi mesele:</i>	Ayrımcılık yasağı; çocuğun üstün yararı; çocuğun her türlü şiddet ve kötü muameleye karşı korunması
<i>Sözleşme'nin ilgili maddeleri:</i>	2, 3, 8, 12, 18 (2), 20 (1), 27 ve 29
<i>Seçmeli Protokol'ün ilgili maddeleri:</i>	6 ve 7 (c), (e) ve (f)

0.1 Bu başvurunun sahibi 1 Ocak 2000 doğumlu Gine vatandaşı olan M.B.S.'dir. Başvurucu Sözleşme'nin 2, 3, 8, 12, 18 (2), 20, 27 ve 29. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmektedir. Seçmeli Protokol, Taraf Devlet'te 14 Nisan 2014'te yürürlüğe girmiştir.

^o Çeviren Ayşe ZİYAN

* Komite'nin seksen beşinci oturumunda (14 Eylül–1 Ekim 2020) kabul edilmiştir.

** Başvurunun değerlendirilmesinde Komite'nin takip eden üyeleri yer almıştır: Başvurunun değerlendirilmesinde Komite'nin takip eden üyeleri yer almıştır: Suzanne Aho Assouma, Hynd Ayoubi Idrissi, Bragi Gudbrandsson, Philip Jaffé, Olga A. Khazova, Gehad Madi, Benyam Dawit Mezmur, Otani Mikiko, Luis Ernesto Pedernera Reyna, José Ángel Rodríguez Reyes, Ann Marie Skelton, Velina Todorova and Renate Winter.

0.2 Komite adına hareket eden Bireysel Başvuru Çalışma Grubu, Seçmeli Protokol'ün 6'ncı maddesi uyarınca 20 Temmuz 2017 tarihinde Taraf Devlet'ten başvurusunun Komite tarafından karara bağlanmasına kadar başvuru sahibine karşı sınır dışı etme kararının yürütülmesinin durdurulmasını ve bir çocuk koruma merkezine nakledilmesini içeren geçici tedbirler almasını talep etmiştir.

Başvurucu tarafından bildirildiği haliyle olaylar

1.1 Başvurucu, seyahat ettiği küçük teknenin yerel polis tarafından durdurulmasının ardından 5 Temmuz 2017'de Almeria'ya ulaşmıştır. Başvurucu reşit olmadığını iddia etmiş ve bileğinin röntgeninin çekildiği hastaneye nakledilmiştir. Greulich ve Pyle atlasına göre röntgen 19 yaşında olduğunu göstermiştir. Buna dayanarak, Almeria Eyalet Savcılığı, başvurunun yetişkin olduğunu belirten bir karar vermiştir. Başvurucu, anlayabileceği bir dilde, prosedür veya bu tür tıbbi testlerin olası sonuçları hakkında uygun şekilde bilgilendirilmemiştir. 7 Temmuz 2017 tarihinde Almeria Beşinci Soruşturma Mahkemesi, başvurunun Madrid'deki yabancılar için tutulma merkezine yerleştirilmesine karar vermiştir. Başvurucuya, mahkeme tarafından atanan avukatının da daha sonra temyiz ettiği, anavatanına geri gönderilmesine ilişkin karar bildirilmiştir. Tutulma merkezine varmasından sonra, küçük çocuk bir hastaneye götürülmüş ve burada diğ ve bilek röntgeni çekilmiştir; bunların sonuçları onun yetişkin olduğunu gösterdiği bildirilmiştir (birincisi en az 18 yaşında olduğunu, ikincisi ise 19 yaşında olduğunu göstermiştir).

1.2 17 Temmuz 2017 tarihinde Fundación Raíces(sivil toplum kuruluşu), başvuru adına sekiz farklı makama¹ yazarak, başvurunun yabancılar için tutulma merkezinden çıkarılmasını ve Madrid çocuk koruma hizmetlerinin bakımına verilmesini talep etmiştir. Fundación Raíces aynı zamanda, başvurunun reşit olmadığını kanıtlayacak belgeler elde etmek için adımlar atıldığını belirtmiştir. 18 Temmuz tarihinde başvurunun doğum belgesinin bir fotoğrafı ilgili mahkeme ve savcılıklara² gönderilmiştir. 28 Temmuz tarihinde başvuru, posta yoluyla teslim aldığı orijinal belgeyi sunmuştur.

1 Gine Cumhuriyeti İspanya Büyükelçiliği; Almeria Beşinci Soruşturma Mahkemesi; Almeria Eyalet Savcılığı; Madrid Topluluğu Aile ve Çocuk İşleri Genel Direktörlüğü; Ombudsman; yabancılar için tutma merkezinden sorumlu denetim mahkemesi; Madrid Eyalet Savcılığı ve Almeria eyalet polisi.

2 Başvurucu, Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarına göre (Anayasa Mahkemesi 1. Dairesini 9 Eylül 2013 tarih ve 172/2013 sayılı kararı), Cumhuriyet Savcılığı tarafından verilen yaş belirleme kararlarına karşı mahkemeye başvuru yolu bulunmadığını ve sonuç olarak mevcut hukuk yollarının yaşının değerlendirilmesine itiraz etmek için kullanılamayacağını ileri sürmektedir.

1.3 1 Ağustos 2017 tarihinde başvuru salıverilmiştir ve küçüklerin hem ulusal hem de uluslararası hukuka göre hak ettikleri muameleyi görmeden, kendisine bir vasi atanmadan yetişkinler için bir sığınma evinde barınma imkânı bulmuştur.

Şikâyet

2.1 Başvurucu, Taraf Devlet'in şüphe veya belirsizlik durumunda kişinin, küçük varsayılma hakkına saygı göstermediğini ve bu nedenle onun yüksek yararına aykırı davrandığını ve Sözleşme'nin 3. maddesini³ ihlal ettiğini iddia etmektedir. Başvurucunun anavatanına dönmesinin emredilmesinin ve yetişkinlere yönelik merkezlerde tutulmasının sonucu olarak onarılamaz zarara uğraması konusunda gerçek bir risk bulunduğundan bu ihlal daha da aşıkardır. Başvurucu, Komite'nin Taraf Devlet'in çocuğun yüksek yararını göz önünde bulundurmakta başarısızlığından ve refakatçisi bulunmayan çocukların yaşını belirlemek için kullanılan yöntemlerdeki eşitsizliklerden duyduğu endişeyi ifade ettiği sonuç gözlemlerine atıfta bulunmaktadır.⁴ Başvurucu ayrıca, Taraf Devlet'te kullanılan tıbbi değerlendirmelerin, özellikle kendi davasında kullanılanlarının, geniş bir hata payına sahip olduğu iddiasını desteklemek için çeşitli çalışmaları referans göstermektedir; zira onları destekleyen çalışmalar çok farklı ırksal ve sosyoekonomik özelliklere sahip diğer popülasyonları esas almaktadır.

2.2 Başvurucu, Sözleşme'nin 3. maddesi, refakatçisi bulunmayan bir çocuğun çıkarlarına saygı gösterilmesini sağlamak için kilit bir usul güvencesi görevi gören 18(2). madde ile birlikte değerlendirildiğinde Taraf Devlet'in onun çıkarlarını korumak için vasi atamaması nedeniyle, bu kapsamdaki haklarının ihlalinin söz konusu olduğunu iddia etmektedir⁵. Başvurucu ayrıca, korunmasız ve son derece savunmasız refakatçisi bulunmayan bir çocuk göçmen olmasına rağmen, Taraf Devlet'in kendisine koruma sağlamadaki başarısızlığı nedeniyle, madde 20(1) ile birlikte değerlendirildiğinde, madde 3(2) kapsamındaki haklarının ihlal edildiğini iddia etmektedir. Başvurucu, çocuğun yüksek yararının yabancı uyruklularla ilgili kamu düzeni endişelerinin önüne geçmesi gerektiğini, reşit olmadığını iddia eden ve yaşlarını kanıtlamak için belge alma sürecinde olan kişilere muamelede bulunurken Taraf Devlet'in idari araçlarını ha-

3 Başvurucu, 6 numaralı genel yoruma (2005) atıf yapmaktadır, parag. 31.

4 CRC/C/ESP/CO/3-4, parag. 59.

5 Başvurucu, 6 numaralı genel yoruma (2005) atıf yapmaktadır.

rekete geçirmesi ve görevi gereği bir vasi tayin etmesi gerektiğini iddia etmektedir.⁶

2.3 Ayrıca, başvurucu, Taraf Devlet'in Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan kimliğini koruma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmektedir. Yaşının, kimliğinin temel bir unsuru olduğunu ve Taraf Devlet'in bu konuda müdahale etmeme yükümlülüğü olduğunu vurgulamaktadır. Dahası, Taraf Devlet'in yükümlülüğü, başvurucunun kimliğine ilişkin var olan veya var olabilecek her türlü veriyi koruma ve kurtarma görevini de içermektedir. Ancak Taraf Devlet, kendisine gerçek yaşından farklı bir yaş ve beyan ettiği veya daha sonra ibraz edilen kimlik belgesindeki ile uyuşmayan doğum tarihi atfetmiştir.

2.4 Başvurucu, Sözleşme'nin 12. maddesinde güvence altına alınan dinlenilme hakkının, haklarına ilişkin verilen bilgilerin Fransızca'ya çevrilmemesi, gözaltına alınma ve geri gönderilmesine ilişkin kararlar alınca-ya kadar avukatlarıyla iletişim kuramaması nedeniyle ihlal edildiğini iddia etmektedir.⁷

2.5 Başvurucu ayrıca, her yönden tam gelişiminin engellendiği gerekçesiyle Sözleşme'nin 27 ve 29. maddeleri kapsamındaki haklarının ihlal edildiğini iddia etmektedir. Başvurucu, kendisine rehberlik edecek bir vasisinin olmamasının, yaşına uygun bir şekilde gelişmesini engellediğine inanmaktadır.⁸

2.6 Başvurucu, Taraf Devlet'in kararları ve eylemleri sonucunda savunmasız ve sosyal olarak dışlanmış bir durumda bırakıldığı için Sözleşme'nin 20. maddesindeki haklarının ihlal edildiğini de iddia etmektedir. Taraf Devlet'in, herhangi bir kesin delil olmaksızın yetişkin olduğunu düşünerek onun korunmasını reddettiğini iddia etmektedir ve Komite'nin ilgili hakkın çocuğun koşulları, yaşı ve etnik, kültürel ve dilsel geçmişi ışığında yorumlanması gerektiğini belirten, kendi ülkesi dışında refakatçisi bulunmayan ve ailesinden ayrı düşmüş çocuklara yönelik muameleye ilişkin 6 Numaralı (2005) genel yorumuna atıfta bulunmaktadır.

6 Başvurucu, La Merced Migraciones (Mercedarios) tarafından hazırlanan, Birleşmiş Milletler Mülteci Yüksek Komiserliği, Çocukları Kurtarın, Comillas Pontifical Üniversitesi'ndeki Santander Hukuk ve Küçükler Programı, Baketik ve Asociación Comisión Católica Española de Migración (İspanyol Katolik Göç Derneği), Aproximación a la protección internacional de los menores no acompañados en España (İspanya'da refakatçisi bulunmayan küçüklerin uluslararası korunmasına yönelik yaklaşımlar) (Madrid, La Merced Migraciones, 2009), s. 96: başlıklı bir rapordan alıntı yapmaktadır: "Refakatsiz bir yabancı çocuk tespit edilir edilmez ...çocuklarının korunmasını ve yasal, sosyal, tıbbi ve psikolojik ihtiyaçlarının uygun şekilde karşılanmasını sağlamak için gerekli bilgiye sahip bir vasi veya yasal temsilci atanmalıdır."

7 Başvurucu, 12 numaralı genel yoruma (2009) atıf yapmaktadır, parag. 26.

8 Başvurucu, 6 numaralı genel yoruma (2005) atıf yapmaktadır, parag. 44.

2.7 Başvurucu, refakatçisi bulunmayan yabancı çocuk statüsü nedeniyle Sözleşme'nin 2. maddesini ihlal edilerek ayrımcılığa maruz bırakıldığını iddia etmektedir. Başvurucu, ailesiyle birlikte olsaydı veya bir Sahra-altı Afrika ülkesinin vatandaşı olmasaydı korumadan mahrum bırakılmayacağını iddia etmektedir, çünkü diğer ülke vatandaşları ve yetişkin veya refakatçisi bulunan küçük Gine vatandaşları söz konusu olduğunda ne kişinin yaşı ne de ilgili ulusal makamlar tarafından düzenlenen belgeler sorgulanmaktadır.

2.8 Başvurucu şu olası çözümleri önermektedir:

(a) Taraf Devlet'in, sunulan resmî belgelere dayanarak kendisini küçük olarak tanıması, anavatanına gönderilmesinin durdurulması ve çocuk koruma hizmetlerinin bakımına verilmesi;

(b) Devlet koruması alma hakkı, yasal temsilciye sahip olma hakkı, bir kişi olarak gelişimine ve topluma entegre olmasına olanak sağlaması adına eğitim, oturma ve çalışma izni alma hakları da dahil olmak üzere bir küçük olarak tüm haklarının tanınması;

(c) Devletten yardım alma hakkının tanınması;

(d) Kendisini etkileyen herhangi bir kararın kendisine ve avukatlarına bildirilmesi;

(e) Taraf Devlet'in, yapılan tıbbi testlere dayanılarak yaşının tespit edilmesinin imkânsız olduğunu kabul etmesi;

(f) Savcılıkça verilen yaş tespit kararlarına adli makamlar nezdinde itiraz imkânı tanınması sağlanmalıdır.

Taraf Devlet'in kabul edilebilirlik konusunda sunduğu görüşler

Olayların açıklanması

3.1 Taraf Devlet, başvurunun kabul edilebilirliği ve talep edilen geçici tedbirlerin kaldırılmasına ilişkin 24 Ağustos ve 6 Kasım 2017 tarihli gözlemlerinde, başvurunun olaylara ilişkin açıklamasının tarafı ve hatalı olduğuna işaret etmektedir. Taraf Devlet, küçük teknenin durdurulmasına ilişkin 5 Temmuz 2017 tarihli polis raporunun, teknede "yetişkin gibi görünen" 29 erkek taşıdığını ve reşit olmayan kişi bulunmadığını belirttiğini iddia etmektedir. Başvurucu reşit olmadığını iddia ettikten sonra, 6 Temmuz'da bileğinin röntgeni çekilmiştir; röntgen 19 yaşında olduğunu göstermiştir. 7 Temmuz'da Almeria Eyalet Savcılığı, başvurunun yetişkin olduğunu belirten bir karar vermiştir, Başvurucu Madrid'e vardığında, 13

Temmuz 2017 itibariyle 18 yaşından büyük olduğunu gösteren dış röntgenine ek olarak elinden 19 yaşında olduğunu gösteren bir röntgen daha çekilmiştir.

3.2 Taraf Devlet, Fundación Raices'in başvurusunun yetişkin olduğunu beyan eden kararnamenin değiştirilmesi talebini 25 Temmuz 2017'de Savcılık tarafından reddedildiğini açıklamıştır. Karar, 19 Temmuz'da, adli tıp doktorunun verdiği bir rapora dayanarak başvurusunun 18 yaşına geldiğine karar veren Madrid On dokuzuncu Soruşturma Mahkemesi'nin kararını takip etmiştir. 17 Ağustos'ta, Almería Beşinci Soruşturma Mahkemesi'ne bağlı savcılık makamı, Mahkeme'den başvurusunun yabancılar için tutulma merkezinde tutulmasına karar vermesini talep etmiştir.

3.3 Taraf Devlet, başvurusunun doğum belgesi ibraz etmesine rağmen, bu sertifikanın kendisine ait olduğunu gösteren herhangi bir belgenin bulunmadığını, tutuklandığı sırada yanında olmadığını ve herhangi bir biyometrik veri içermediğini iddia etmektedir. Bu nedenle, özellikle yapılan tıbbi testlerin sonuçlarıyla çeliştiğinden, belgenin gerçekliği konusunda şüpheler bulunmaktadır. Başvurusunun tıbbi testlerin güvenilirliğini sorgulamasına gelince, Taraf Devlet, bunun gerekçesiz bir argümanı haklı çıkarma girişimi olduğunu yani bilimsel yöntemlerin, gerçekliği hiçbir zaman kanıtlanmamış bir belgenin salt bir kopyasından daha az güvenilir olduğunu doğrulamaya yönelik bir girişim olduğunu iddia etmektedir. Son olarak, Taraf Devlet, 1 Ağustos 2017 tarihinde serbest bırakıldığı için başvurusunun şu an nerede olduğunu bilmemektedir.

Kabul edilemezlik sebepleri

3.4 Taraf Devlet, başvurusunun yetişkin olması nedeniyle, başvurusunun *kişi bakımından* kabul edilemez olduğunu öne sürmektedir. Taraf Devlet, şu gerekçelerle onun bir yetişkin olduğunu ileri sürmektedir: (a) tutuklandığı sırada çekilmiş fotoğraflarında görüldüğü gibi, başvuru yetişkin görünüşündedir; ve (b) başvuru reşit olmadığını belirttikten sonra, sonuçları onun en az 18 yaşında olduğunu gösteren objektif tıbbi testler yapılmıştır, bu yaş grubu için standart sapma olmadığı da göz önünde bulundurulmalıdır. Buna ek olarak doğum belgesi herhangi bir biyometrik veri içermediği için yalnızca başvurusunun beyanına dayanılarak yaş kanıtı olarak kabul edilemez.

3.5 Taraf Devlet'e göre, başvurusunun yetişkin olduğuna dair nesnel bir kanıt bulunduğu başvurusunun kabul edilebilir olduğuna karar vermek, sadece başvurusunun ödeme yaptığı ve "göçmenlerin belgesiz seya-

hat etmesini ve ardından reşit olmadığını iddia etmesini öneren”, “göçmen kaçakçılığı şebekelerini teşvik eder”.

3.6 Taraf Devlet ayrıca, başvuruçunun mevcut tüm iç hukuk yollarını tüketmemesi nedeniyle Seçmeli Protokol’ün 7(e). maddesi uyarınca başvurunun kabul edilemez olduğunu ileri sürmektedir. Yapabilecekleri:

(a) Savcılıktan ek tıbbi testler yapılmasını talep etmek;

(b) Gözaltında tutulduğu yerdeki yargı yetkisine sahip hukuk mahkemesine, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 780. maddesinde belirtilen prosedüre uygun olarak, yetişkin olduğunu tespit eden kararın herhangi bir Özerk Kuruluş tarafından incelenmesi için dilekçe vermek;

(c) İdare mahkemelerinin önünde hakkında verilmiş olan sınır dışı kararına itiraz etmek;

(d) 15/2015 sayılı Çekişmesiz Yargılama Yasası uyarınca hukuk mahkemelerinde yaş tespiti için çekişmesiz yargılama başlatmak.

Başvuruçunun, Taraf Devlet’in kabul edilebilirlik konusunda sunduğu görüşlere ilişkin yorumları

4.1 Başvuruçucu 29 Aralık 2017 tarihli kabul edilebilirlik hakkındaki yorumlarında Taraf Devlet’in olaylara ilişkin açıklamasına yanıt vermektedir. Başvuruçucu, 6 Temmuz 2017 tarihli tıbbi raporda, bu yöntemlerin kesin sonuçların çıkarılmasını engelleyen hata marjlarına sahip olmasına rağmen, bu yaş grubu için standart sapma olup olmadığını belirtmeden 19 yaşında bir kemik yaşı olduğunu belirttiğini iddia etmektedir. Eğer bu hata payları uygulanmış olsaydı, test sonuçları başvuruçunun daha sonra kanıtladığı yaşıyla ilgili iddiasıyla çelişmezdi. Ayrıca, Taraf Devlet, başvuruçucu reşit olmadığını iddia ettiğinde “gerekli kontrollerin” yapıldığını ileri sürmektedir. Ancak, bu kontroller yalnızca tıbbi testlerden oluşmaktadır ve başvuruçunun kimliğinin, sunduğu resmî belgenin orijinal kopyasına dayanarak doğrulamak için Gine yetkilileriyle temasa geçildiğine dair bir kayıt yoktur.

4.2 Başvuruçucuya, kimlik belgelerini sunmasına rağmen, tıbbi testlerin doğrulacağı sonuçlar hakkında bilgi verilmesi gibi yaş belirleme prosedürü sırasında gerekli yasal güvenceler sağlanmamıştır. Ayrıca, yaş tayini işlemi için kendisine, yaptırılacak test hakkında bilgi verebilecek, açık ve aydınlatılmış rızasını verdiğiinden emin olabilecek bir avukat veya temsilci atanmasına dair herhangi bir kayıt bulunmamaktadır. Belirtmekte fayda var ki sınır dışı edilmesi emrinde belirlenmiş doğum tarihi 5 Temmuz 1999’dur,

bu da başvuruçunun İspanyol topraklarına girdiğinde tam olarak 18 yaşında olduğu anlamına gelmektedir.

4.3 Başvuruçucu, başvurunun sunulmasından sonra meydana gelen olayları anlatırken, Ağustos 2017'nin başlarında, yabancılar için tutulma merkezinden salıverilmesinin ardından, Madrid'deki Gine Büyükelçiliği'ne gittiğini ve burada menşe ülkesinin orijinal belgeleri gösterdiğini bildirmektedir. Gine'de şahsen başvurulması gerektiğinden Büyükelçilik pasaport düzenleyemediği için, kabul edilebilirlik konusundaki yorumlarını sunduğunda başvuruçucu şunlara sahiptir: (a) üzerinde fotoğraf bulunan, kimliğinin belirlenebileceği bir konsolosluk kartı; (b) konsolosluk kayıt belgesi; ve (c) Gine konsolosluk makamlarının pasaport vermediğini belirten bir belge. Başka bir ifadeyle, egemen bir ülke olan Gine, başvuruçunun reşit olmadığını belirten belgeler yayınlamıştır. Bu nedenle başvuruçunu kimliğini kanıtlamak için yapabileceği başka bir şey bulunmamaktadır.

4.4 Başvuruçucu, yukarıda belirtilen belgeleri Savcılığa sunduğunda dahi, sadece ve münhasıran tıbbi testlerin sonuçlarına dayanan, onun yetişkin olduğunu belirten kararın gözden geçirilmesi reddedilmiştir. Karara göre Savcılık, tüm belgeler orijinal olmasına ve Büyükelçiliğin kendisine sunabileceği tüm belgeleri sunmuş olmasına rağmen, başvuruçucu tarafından sağlanan belgelerdeki bilgileri güvenilir bulmamaktadır. Savcılık sadece, bilimsel olarak önerilen hata payıyla yorumlandığı takdirde başvuruçunun belgelerine yanlışan yaşta olduğunu gösteren tıbbi testlerin sonuçlarını geçerli saymıştır.

4.5 Taraf Devlet'in başvuruçunun yetişkin olması nedeniyle başvuruçunun konu bakımından kabul edilemez olarak ilan edilmesi talebine ilişkin olarak, başvuruçucu, bu iddianın kabul edilemezlik gerekçesi olarak değerlendirilemeyeceğini, çünkü onun yaşının başvuruda öne sürülen asli mesele olduğunu iddia etmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi, başvuruçucu tarafından sağlanan belgeler, kimliğinin gerçek ve geçerli bir kanıttır ve en azından çocuğun yüksek yararı ilkesine ve küçük varsayılma hakkına uygun olarak yukarıda belirtilen prosedürlerin başlatılmasını gerektiren, küçük statüsünün güvenilir kanıtı olarak kabul edilmelidir.⁹

4.6 Taraf Devlet'in başvuruçunun iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle başvuruçunun kabul edilemez olduğu iddiasına ilişkin olarak başvuruçucu, ya söz konusu hak ihlalleri için etkili bir tazmin sağlamadıkları ya da onları elde etmek çok uzun sürdüğü için iç hukukta mevcut hukuk yollarının etkisiz olduğunu ve ayrıca Taraf Devlet'in aksini ispat

9 Başvuruçucu, Ulusal Yüksek Mahkeme'nin 9 Ekim 2007 tarihli şu kararına (JUR/2017/272319) atıfta bulunmaktadır: "Başvuruçunun devleti tarafından verilen bir doğum belgesi, onun reşit olmadığını güvenilir bir kanıttır... delil olarak değerlendirilmeli ve kabul edilmelidir".

etme yükümlülüğünü yerine getirmediğini belirtmektedir.¹⁰ İlk olarak başvuru savcılığın, büyükelçilikten elde edebileceği tüm belgeleri sağlamasına rağmen, belgelerin tıbbi testlerin sonuçlarıyla çeliştiği gerekçesiyle kararnameyi incelemeyi reddetmesi gerçeğinin gösterdiği üzere kendisini reşit olarak ilan eden kararın Savcılık tarafından incelenmesinin aslında imkânsız olduğunu belirtmektedir. İkinci olarak, sınır dışı etme kararına karşı yapılan idari itiraz, kararın uygulanmasını durdurmamaktadır ve itirazın karara bağlanması üç ayı bulabilmektedir. Ancak bir karara varıldıktan veya üç ay geçtikten sonra idari işlem başlatılabilmektedir. Bu nedenle, özellikle de bireylere sınır dışı edilecekleri yalnızca 12 saat önceden bildirildiğinden sınır dışı edilmenin zararlı ve geri döndürülemez etkilerinden kaçınmayı mümkün kılan etkili bir çözüm yolu bulunmamaktadır. Bu nedenle başvuru, küçük olması muhtemel bir kişinin anavatanına gönderileceği konusunda bilgilendirilmelerine rağmen hiçbir önlem almayan çeşitli İspanyol kurumlarınca tamamen savunmasız bırakıldığından ve iç hukuk yollarıyla etkili bir tazmin elde etmesi muhtemel olmadığı ve onarılamaz zararlardan kaçınmaya çalıştığı için Komite'ye başvurmuştur. Ayrıca başvuru, Taraf Devlet'in Ek Seçmeli Protokolün 7.maddesinin (e) bendini, iç hukuka göre kendisine sunulan her çareyi tüketmesini zorunlu kılacak yorumuna katılmamaktadır. Bu yorum, ulusal makamlarda gerçekleştirilecek herhangi bir insan hakları ihlalini düzeltme fırsatı sağlayan maddenin amacı ile uyumlu değildir. Bu nedenle, İşkenceye Karşı Komite¹¹ ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin belirttiği gibi, mevcut iç hukuk yollarından sadece birinin tüketilmiş olması yeterlidir.¹²

Taraf Devlet'in başvurunun esasına ilişkin sunduğu görüşler

5.1 Taraf Devlet, 15 Ocak 2018 tarihli gözlemlerinde, Sözleşme'nin 3. maddesinde yer alan çocuğun yüksek yararı ilkesinin, başvuru sahibinin reşit olması nedeniyle ihlal edilmediğini ileri sürmektedir. Taraf Devlet, kişilerin yetişkin olduklarının açık olduğu hallerde değil, yalnızca "belirsizlik durumunda" küçük olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹³ Ta-

10 Başvuru, İHAM, *Akdiyar ve diğerleri v. Türkiye* (Başvuru No: 21893/93), 16 Eylül 1996 tarihli kararı; ve de Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, *Galindo Cardenas ve al v. Peru* 2 Ekim 2015 tarihli kararı, C serisi, No. 301 davalarına atıfta bulunmaktadır.

11 *Osmani v. Serbia* (CAT/C/42/D/261/2005), parag. 7.1.

12 Başvuru, diğerlerinin yanı sıra, *Karakó - Macaristan* (Başvuru No: 39311/05), 28 Nisan 2009 tarihli karar, parag. 14; ve *Riad ve Idiab / Belçika* (Başvuru No: 29787/03 ve No. 29810/03), 24 Ocak 2008 tarihli karar, para. 84 davalarına atıfta bulunmaktadır.

13 Taraf Devlet, 6 Numaralı genel yoruma (2005) atıfta bulunmaktadır.

raf Devlet, “hiçbir belgesi olmayan bir kişinin yetişkin gibi görüldüğü bu durumda, yetkililer herhangi bir test yapmadan yasal olarak onu yetişkin olarak kabul edilebileceği” sonucuna varmaktadır. Bununla birlikte, başvuru reşit olmadığını iddia ettiğinde, Taraf Devlet onun önceden aydınlatılmış onayı ile tıbbi testler yapmaya karar vermiştir, çünkü 6 numaralı genel yorum (2005), yetişkin gibi görünen, belgeleri olmayan ve reşit olmadığını iddia eden kişilerin yaşını belirlemek için objektif tıbbi testlerin kullanılmasını yasaklamak şöyle dursun, engellemektedir. Taraf Devlet, bir yetişkinin güvenilir kanıtların yokluğunda ve yalnızca ilgili kişinin sözüne dayanılarak reşit olmadığı düşünüldüğünde, bu durumun sığınma merkezlerine yerleştirilen küçükleri (yetişkinin elinde tacize veya kötü muameleyle maruz kalabilecek) ciddi şekilde tehlikeye atacağını ve bunun aslında çocuğun yüksek yararı ilkesinin ihlali anlamına geleceğini savunmaktadır.

5.2 Taraf Devlet ayrıca, Sözleşme’nin 18 (2) ve 20 (1) maddelerine ilişkin olarak çocuğun yüksek yararı ilkesinin ihlal edilmediğini belirtmekte ve şunları iddia etmektedir: (a) Başvurucu İspanya topraklarına ayak basar basmaz kendisine tıbbi yardım sağlanmıştır; (b) kendisine, belgeler ve masrafları Devlet tarafından karşılanmak üzere avukat ve tercüman hizmeti sağlanmıştır; (c) usulsüz statüsüne ilişkin işlemler sırasında haklarına saygı gösterilmesini sağlamak amacıyla yetkili adli makama durumu hakkında derhal bilgi verilmiştir; ve (d) başvuru reşit olmadığını iddia eder etmez, çocuğun yüksek yararını korumakla sorumlu kurum olan Savcılığa¹⁴ bilgi verilmiş ve geçici olarak onun yetişkin olduğuna karar verilmiştir. Taraf Devlet, başvuru reşit olmadığı farz edilse bile, adli yardımdan yoksun bırakıldığının veya korumasız bırakıldığının söylenemeyeceğini iddia etmektedir.

5.3 Taraf Devlet’e göre, başvuru sahibi reşit olmasa bile, Sözleşme’nin 8. maddesi ile korunan kimliğini koruma hakkının ihlali söz konusu değildir, çünkü “belirtilen kimliği, denizde kurtarılıp yasadışı yollardan İspanya topraklarına girer girmez kaydedilmiştir.”

5.4 Taraf Devlet ayrıca, Sözleşme’nin 12. maddesiyle korunan dinlenilme hakkının ihlal edilmediğini ileri sürmektedir. Başvurucunun her zaman dinlenilme ve dilediği herhangi bir iddiada bulunma fırsatına sahip olduğunu iddia etmektedir. Kendisiyle ilgili tüm yasal işlemlerde dinlenilmiş ve ona avukatı tarafından yardım edilmiştir.

14 Taraf Devlet, savcılık hizmetinin tarafsız ve bağımsız rolünü açıklayan yerel mevzuata (Anayasa’nın 124 (1). maddesi, Yargı Organı Yasası’nın 435. maddesi, 50/1981 Sayılı Kanun’un 1. maddesi ve Savcılık Teşkilatı Kuruluş Yasası’nın 3 (7) ve 7. maddeleri dahil) atıfta bulunmaktadır.

5.5 Taraf Devlet, başvurucunun Sözleşmenin 20., 27. ve 29. maddeleri kapsamındaki haklarının ihlal edilmediğini, çünkü bu hakların yalnızca kişinin reşit olmadığına şüphe duyulmadığı durumlarda uygulandığını belirtmektedir. Başvurucunun yetişkin olduğuna dair kanıtlar bulunduğundan söz konusu haklar uygulanmamaktadır.

Başvurucunun, Taraf Devlet'in esas hakkında sunduğu görüşlere ilişkin yorumları

6.1 Fundación Raíces, 20 Nisan 2018 tarihli yorumunda, başvurucunun yılın başında yetişkinler için yapılmış bir barınaktan ayrıldığını, nerede olduğunun ve durumunun bilinmediğini açıklamıştır.¹⁵

6.2 Sözleşme'nin 3. maddesine ilişkin olarak başvurucu, Taraf Devlet'in küçük sayılma hakkına saygı göstermeyerek onun yüksek yararına aykırı davrandığını ileri sürmektedir, çünkü herhangi bir zamanda küçük olması muhtemel bir kişi olarak kabul edilmemiş ve refakatçisi bulunmayan yabancı küçükler protokolü etkinleştirilmemiştir.¹⁶ Taraf Devlet'in başvurucunun "hiçbir belgesi olmadığı" iddiası yanlıştır, çünkü İspanya'ya geldiğinde elinde belge olmamasına rağmen doğum belgesinin bir kopyası 18 Temmuz 2017'de yetkililere gönderilmiş, ardından belgenin aslı 28 Temmuz 2017'de gönderilmiştir. Bu koşullar altında, Taraf Devletçe, başvurucunun reşit olmayanlar için olan bir merkeze derhal nakledilmesini ayarlamalı veya hâlâ şüpheleri varsa, başvurucunun kimliğini doğrulamak için Gine konsolosluk makamlarıyla temasa geçmeleri gerekmektedir. Ayrıca, Taraf Devlet küçük varsayılma hakkının ancak şüphe durumunda geçerli olduğu görüşünde olmasına rağmen, başvurucunun tarafından sağlanan belgelerin bu konuda en azından bir miktar belirsizliğe neden olduğunu kabul edememiştir. Tıbbi muayenelerle ilgili olarak, başvurucu, Ulusal Yüksek Mahkemeye ve ilgili bilimsel literatüre göre,¹⁷ bu tür muayenelerin kesinlikten yoksun olması nedeniyle yaklaşık iki yıllık bir hata payının her zaman uygulanması gerektiğini iddia

15 20 Temmuz 2018 tarihinde Fundación Raíces, başvurucunun Fransa'nın Lyon kentinde küçükler için sığınma merkezinde olduğunu ve Komite nezdinde yargılamalara devam etmek istediğini belirten ek bilgiler sunmuştur. İlgili açıklama eklenmiştir.

16 Başvurucu, 6 Numaralı genel yoruma (2005), parag. 31 (i); ve menşe, geçiş, varış ve dönüş ülkelerinde uluslararası göç bağlamında çocukların insan haklarına ilişkin devletlerin yükümlülüklerine dair Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Bireylerinin Haklarının Korunması Komitesi'nin 2017 tarihli ve 4 No'lu ve Çocuk Hakları Komitesi'nin 2017 tarihli ve 23 No'lu ortak genel yorumuna atıfta bulunmaktadır.

17 9 Ekim 2017 tarihli karar (JUR/2017/272319). Başvurucu ayrıca, Komite'nin, Taraf Devlet'in birleştirilmiş beşinci ve altıncı periyodik raporlarına ilişkin sonuç gözlemlerine atıfta bulunarak, bu raporda, Cumhuriyet Savcılığı'nın refakatçisi bulunmayan yabancı küçüklerin yaşını belirlemeye yönelik prosedürleri üstlenme yetkisine sahip olmasına dair kaygılarını açıklamıştır (CRC/C/ESP). /CO/5-6, parag. 44).

etmektedir. Bu olayda böyle bir marj uygulanmamıştır. Eğer uygulanmış olsaydı, başvuru küçük sayılırdı.

6.3 Başvurucu, Savcılığın kendisi için bir tür yasal temsilci olarak hareket ettiğinin ve çıkarlarını koruduğunun söylenemeyeceğini çünkü gerçekte rolünün, Taraf Devlet tarafından belirtilen mevzuatta öngörülenden çok farklı olduğunu iddia etmektedir. İlk olarak, küçük doğum belgesini sunduktan sonra hiçbir noktada yaş belirleme işlemlerini başlatmamıştır. Sadece reşit olmayanın zaten Madrid'deki yabancılar için tutulma merkezine yerleştirilmiş olduğu gerekçesiyle meselenin kendi yetki alanı dışında kaldığını ilan etmiştir. İkinci olarak, Savcılık bağımsız bir kurum olarak değil, ulusal yürütme tarafından belirlenen politikaların hakim olduğu katı bir hiyerarşik kurum olarak tanımlanabilmektedir. Aslında, İspanyol mahkemeleri, zaman zaman, refakatçisi bulunmayan yabancı küçükler ile Savcılık arasında bir tür çıkar çatışması olduğunu tespit etmiş ve bu tür reşit olmayan kişilere bir savunma avukatı tayin etme veya çıkarları vasi olarak görev yapan kuruluşun çıkarlarıyla örtüşmediğinde bizzat yasal işlem başlatma imkânı tanımının gerekliliğini vurgulamışlardır.¹⁸ Savcılığın, hiçbir zaman atanmamış bir vasi veya yasal temsilci tarafından yerine getirilmesi gereken rolü layıkıyla yerine getirdiği söylenememektedir. Sonuç olarak, başvuru hiçbir zaman vesalet altında alınmamıştır. Sözleşme'nin 20. maddesi, Taraf Devletlerin aile ortamından yoksun bırakılan çocuklar için bakım ve barınma düzenlemeleri yapmalarını gerektirmektedir. Ancak 1 Ağustos 2017 tarihinde saliverilmesinin ardından ve Komite'nin geçici tedbir talebine rağmen M.B.S. hiçbir zaman bir koruma merkezine götürülmemiştir.

6.4 Sözleşmenin 8. maddesinin ihlali ile ilgili olarak başvuru, Taraf Devlet'in kendisine hiçbir zaman resmî olarak itiraz edilmeyen resmî belgelerinde yansıtılanlardan farklı bir yaş ve doğum tarihi atfederek kimliğinin önemli unsurlarını değiştirdiğini ileri sürmektedir. Aslında, 4/2000 Sayılı İspanya'daki Yabancı Uyrukluların Hak ve Özgürlükleri ile Sosyal Entegrasyonlarına İlişkin Organik Kanun'un 4. maddesi ve Yargıtay içtihatlarına göre, yabancı uyruklular söz konusu olduğunda Taraf Devlet makamlarınca tutulan kayıtlar değil, kişilerin kendi ülkesi tarafından düzenlenen ve kimlik kanıtı niteliğindedir.¹⁹

18 22 Aralık tarihli 183/2008 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı.

19 Başvurucu, söz konusu maddeden alıntı yapmaktadır: "İspanya topraklarında bulunan yabancı uyruklular, kendi ülkelerinin yetkili makamları tarafından verilen kimlik belgelerini saklama hakkına ve görevine sahiptir." Ayrıca, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi tarafından verilen 18 Haziran tarihli 368/2015 sayılı kararın 3. ve 4. nedenlerini de aktarıyor: "Pasaport veya eşdeğer kimlik belgesi ile reşit olmadığını teyit eden bir göçmen, belgesiz yabancı uyruklular sayılamaz ve ek yaş belirleme testlerine tabi tutulamaz."

6.5 Başvurucu, İspanya'ya geldiğinde reşit olmadığını belirtmesine rağmen, gerçek yaşı olmayan bir yaşta kayıtladığını ve sonra, Almería polis karakolunda reşit olmadığını tekrar belirtmesine rağmen, röntgen muayenesine tabi tutulduğunu sebeple uygun bir şekilde dinlendiğinin söylenemeyeceğini iddia etmektedir. O sırada başvurusunun hukuki yardımı erişimi bulunmamaktadır, bu da dinlenme hakkıyla ilgili güvencelerin sağlanmadığını göstermektedir. Başvurucu 17 yaşındayken, yabancılar için bir tutulma merkezine yerleştirilmesinin, çocuklar için düşmanca ve uygunsuz bir ortam olması sebebiyle dinlenme hakkının uygun şekilde kullanılmasına elverişli olmayan koşullara yerleştirilmek anlamına geldiğini hatırlatmaktadır.²⁰ Dolayısıyla Sözleşme'nin 12. maddesi ihlal edilmiştir.

6.6 Sözleşmenin 27. maddesinde yer alan hak ile ilgili olarak başvuru, Taraf Devlet tarafından ileri sürülen tek argümanın kendisinin sözde bir yetişkin olduğunu ileri sürmektedir. Dolayısıyla, Taraf Devlet, başvurusunu yetişkin olarak kabul ettiğinden başvurucuya göre, Taraf Devlet'in onun bedensel, zihinsel, ruhsal ve sosyal gelişimi için gerekli koşulları sağlamadığına şüphe bulunmamaktadır. Başvurucu, 2012 yılında yürürlüğe giren iç mevzuat uyarınca, düzensiz durumdaki göçmenlerin Taraf Devlet'te sağlık hizmeti alma hakkına sahip olmadığına işaret etmektedir.²¹

6.7 Başvurucu, Taraf Devlet'in Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla ilgili yorum yapmadığını ileri sürmektedir. Sözleşme, Taraf Devlet'in çocuklara yönelik ayrımcılığı aktif olarak ortadan kaldırmaya çalışmasını gerektirse de, bu olayda ayrımcılıktan sorumlu olan Taraf Devlet'in kendisi olduğuna işaret ederek başvuru, iddialarını genişletmektedir. Sözleşmenin 2. maddesinde belirtilen gerekçeler sadece örnektir. Bu davada başvuru, refakatçisi bulunmayan bir yabancı uyruklu olması nedeniyle ayrımcılığa uğramıştır, çünkü bu statünün bir sonucu olarak yasal temsilden mahrum bırakılmış ve Taraf Devlet tarafından uygun şekilde korunmamıştır.

6.8 Son olarak başvuru, Taraf Devlet'in Komite tarafından talep edilen geçici tedbirleri uygulamaması nedeniyle Seçmeli Protokol'ün 6. maddesinin ihlal ettiğini iddia etmektedir. 1 Ağustos 2017 tarihinde salıverilme-

20 Başvurucu, çocuğun dinlenme hakkıyla ilgili 12 numaralı genel yorumun (2009) 34. paragrafına atıfta bulunarak şunları belirtir: "Çevrenin ürkütücü, düşmanca, duyarsız veya yaşı için uygunsuz olduğu bir ortamda çocuğun sesi etkili bir şekilde duyulamaz."

21 Başvurucu, düzensiz göçmenler üzerinde ciddi bir etkisi olduğunu ve ölüm oranlarında yüzde 15'lik bir artışa neden olduğunu iddia eden ulusal sağlık sisteminin sürdürülebilirliğinin sağlanması ve hizmetlerinin kalite ve güvenliğinin artırılmasına yönelik acil tedbirler hakkında 20 Nisan tarih ve 16/2012 sayılı Kraliyet Kararnamesi'ne atıf yapmaktadır.

sine rağmen, başvuru hiçbir zaman çocuk koruma merkezine transfer edilmemiş veya Madrid Özerk Topluluğu'nun vesayeti altına alınmamıştır.

Üçüncü taraf görüşü²²

7.1 3 Mayıs 2018'de Fransız Kamu Denetçiliği, sınır dışı edilmeyi bekleyen yetişkinlere yönelik merkezlerde tutulma ve de yaş belirleme konularında üçüncü taraf görüşü sunmuştur.²³ Bu görüş, üzerinde yorum göndermeye davet edilen taraflara iletilmiştir. Taraflar bunu *J. A. B. v. İspanya*²⁴ davasında yapmışlardır ve yorumlarının üçüncü taraf görüşü ile ilgili tüm davalar için uygulanabilir olduğunu belirtmişlerdir. Kısa olması adına Komite, bu başvurunun 8-10. paragraflarına atıfta bulunmaktadır.

Komite önündeki mesele ve işlemler

Kabul edilebilirliğin değerlendirilmesi

8.1 Bir başvuruda yer alan herhangi bir iddiayı değerlendirmeden önce, Komite, başvuru prosedürüne ilişkin Çocuk Hakları Sözleşmesinin Seçmeli Protokolü kapsamında usul kurallarınının 20. kuralına uygun olarak başvurunun kabul edilebilir olup olmadığına karar vermelidir.

8.2 Komite, Taraf Devlet'in, başvurunun kişi bakımından kabul edilemez olduğu yönündeki iddiasını belirtmektedir, çünkü: (a) başvuru görünüşü bir yetişkin gibidir;(b) yapılan objektif tıbbi testler, başvuru en az 18 yaşında olduğunu göstermiştir; ve (c) doğum belgesi herhangi bir biyometrik veri içermediği için yaş kanıtı olarak kullanılmaz. Ancak Komite, başvuru İspanya'ya geldiğinde reşit olmadığını belirttiğini ve Gine'den reşit olmadığını doğrulayan doğum belgesinin bir kopyasını Cumhuriyet Savcılığı'na ve ilgili soruşturma mahkemesine sunduğunu belirtmektedir. Komite, Taraf Devlet'in, doğum belgesinde biyometrik veriler bulunmadığından, başvuru tarafından sağlanan bilgilerle kontrol edilemeyeceği yönündeki iddiasını anmaktadır. Komite, özellikle başvuru ve Taraf Devlet'in kanıtlara her zaman eşit erişime sahip olmadığı ve sıklıkla Taraf Devlet'in ilgili bilgilere tek başına erişimi olduğu göz önüne alındığında ispat yükünün yalnızca başvurucuya

22 Bu görüş, Komite'ye kayıtlı olan 11/2017, 14/2017, 15/2017, 16/2017, 20/2017, 22/2017, 24/2017, 25/2017, 26/2017, 28/2017, 29/2017, 37/2017, 38/2017, 40/2018, 41/2018, 42/2018 ve 44/2018 numaralı başvurularla ilgilidir.

23 Fransız Ombudsmanı'nın sunumunun bir özeti *N.B.F. v. İspanya* (CRC/C/79/D/11/2017), parag. 8.1-8.6'da bulunabilir.

24 CRC/C/81/D/22/2017, parag. 9 ve 10.

ait olmadığını hatırlatmaktadır. Mevcut davada Komite, başvurucunun, Taraf Devlet'in doğum belgesinin geçerliliği konusunda şüpheleri varsa, kimliği doğrulamak için Gine konsolosluk makamlarıyla temasa geçmesi gerektiği yönündeki iddiasına işaret etmektedir, ancak olayda bu yapılmamıştır.²⁵ Yukarıda belirtilenler ışığında Komite, Seçmeli Protokol'ün 7 (c) maddesinin, başvurunun kabul edilebilirliğine engel teşkil etmediği yönünde görüş bildirmiştir.

8.3 Komite ayrıca, Taraf Devlet'in, başvurucunun mevcut iç hukuk yollarını tüketmediği, çünkü aşağıdakilere sahip olabileceği yönündeki iddiasını belirtmektedir: (a) Savcılıktan ek tıbbi testler yapılmasının talep edilmesi; (b) yetkili hukuk mahkemesine Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 780. maddesinde belirtilen usule göre vasisinin reddine ilişkin kararı gözden geçirmesi için dilekçe verilmesi; (c) idare mahkemelerinde sınır dışı etme kararına itiraz edilmesi; (d) 15/2015 Sayılı Kanun uyarınca hukuk mahkemelerinde yaş tespiti için çekişmesiz yargılama başlatılması. Buna karşılık, Komite, başvurucunun Taraf Devlet tarafından belirtilen iç hukuk yollarının mevcut olmadığı veya etkisiz olduğu yönündeki iddiasına dikkat çekmektedir. Komite, başvurucunun İspanya topraklarından yakın zamanda sınır dışı edilmesi konusunda, aşırı derecede uzatan veya sınır dışı etme kararının uygulanmasını askıya almayan herhangi bir hukuk yolunun etkili kabul edilemeyeceği yönünde kanaat bildirmektedir²⁶. Komite, Taraf Devlet'in, atıfta bulunduğu hukuk yollarının başvurucunun sınır dışı edilmesini askıya alacağını belirtmediğine işaret etmektedir. Buna göre Komite, Seçmeli Protokol'ün 7 (e) maddesinin, başvurunun kabul edilebilirliğine engel teşkil etmediği sonucuna varmıştır.

8.4 Komite, başvurucunun Sözleşme'nin 2, 18 (2), 27 ve 29. maddeleri kapsamındaki iddialarının kabul edilebilirlik açısından yeterince kanıtlanmadığı kanaatindedir ve bu nedenle, Seçmeli Protokol'ün 7 (f) maddesi uyarınca bunları kabul edilemez bulmuştur.

8.5 Ancak Komite, başvurucunun Sözleşme'nin 3, 8, 12 ve 20. maddeleri kapsamındaki iddialarını yeterince kanıtladığı görüşündedir yani, yaş belirleme sürecinde kendisine temsilci atanmamış, küçük varsayılma hakkına ve kimliğini koruma hakkına bu süreçte saygı gösterilmemiş ve bir küçük olarak hak ettiği korumayı alamamıştır. Bu nedenle Komite, baş-

25 Bakınız, diğerlerinin yanı sıra, *M.A.B. v. İspanya* (CRC/C/83/D/24/2017), parag. 9.2 ve *H.B. v. İspanya* (CRC/C/83/D/25/2017), parag. 9.2.

26 *N.B.F. v. Spain*, parag. 11.3.

vurunun bu bölümünü kabul edilebilir bulmuştur ve esasa göre değerlendirmeye devam etmiştir.

Esasa ilişkin değerlendirmeler

8.6 Komite, mevcut başvuruyu, Seçmeli Protokol'ün 10. Maddesi 1. bendi uyarınca taraflarca kendisine sunulan tüm bilgiler ışığında değerlendirmiştir.

8.7 Komite önündeki konulardan biri, mevcut dava koşullarında, reşit olmadığını belirten ve daha sonra iddiasını desteklemek için doğum belgesini ibraz eden başvurucunun yaşını belirleme sürecinin sözleşme kapsamındaki haklarını ihlal edip etmediğidir. Özellikle başvurucu, yaşını belirlemek için kullanılan tıbbi testin türü ve yaş belirleme sürecinde kendisine eşlik edecek bir vasi veya temsilci atamaması nedeniyle sürecin çocuğun yüksek yararını dikkate almadığını iddia etmiştir.

8.8 Komite, reşit olmadığını iddia eden bir gencin yaşının belirlenmesinin temel öneme sahip olduğunu hatırlatmaktadır, çünkü sonuç, bu kişinin çocuk olarak ulusal korumaya hak kazanıp kazanmayacağını veya bu korumadan hariç tutulup tutulamayacağını belirleyecektir. Benzer şekilde bu nokta Komite için de hayati öneme sahiptir, zira sözleşmede belirtilen haklardan yararlanma imkânı bu belirlemeden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, bir kişinin yaşını belirlemek için gereken sürecin yanı sıra temyiz süreci yoluyla sonuca itiraz etme fırsatının olması zorunludur. Bu süreç devam ederken, kişiye şüpheden yararlanma imkânı verilmeli ve bir çocuk gibi davranılmalıdır. Buna göre Komite, çocuğun yüksek yararının yaş belirleme süreci boyunca birincil düşünce olması gerektiğini hatırlatmaktadır.²⁷

8.9 Komite ayrıca, aksine bir kanıt bulunmadığı sürece mevcut belgelerin gerçek sayılması gerektiğini de hatırlatmaktadır. Sadece kimlik belgelerinin veya diğer uygun kanıtların yokluğunda, Devletler aşağıdaki gibi ilerlemelidir:

Yaş hakkında bilinçli bir tahminde bulunmak için Devletler, uzman çocuk doktorları veya gelişimin farklı yönlerini birleştirmede yetenekli diğer profesyoneller tarafından yürütülen çocuğun fiziksel ve psikolojik gelişiminin kapsamlı bir değerlendirmesini yapmalıdır. Bu değerlendirmeler, çocuğun anlayacağı bir dilde, çocuklarla yapılan görüşmeler de dahil ol-

²⁷ A.g.e. parag. 12.3.

mak üzere, hızlı, çocuk dostu, cinsiyete duyarlı ve kültürel açıdan uygun bir şekilde yapılmalıdır.²⁸

Şüpheden değerlendirilen kişi yararlanmalıdır.²⁹ Mevcut davada Komite, başvuru tarafından sunulan resmî belgelere, yani doğum belgesine Taraf Devlet tarafından itiraz edilmediğini belirtmektedir.

8.10 Komite şunları belirtmektedir:

(a) İspanya'ya belgesiz gelen başvuru, yaşının belirlenmesi için bilek röntgeni ve ardından diş röntgeninden oluşan kemik yaşı testlerine tabi tutulmuştur ve psikolojik testler gibi herhangi bir ek test uygulanmamıştır; bunların sürecin bir parçası olarak görüşüldüğüne dair bir kayıt bulunmamaktadır;

(b) Söz konusu hastane yapılan testlerin gücüne dayanarak, Greulich ve Pyle atlasına göre başvuru-kunun kemik yaşını 19 olarak belirlemiştir, bu yaş grubu için standart sapma oluşturmayan bu çalışmanın, başvuru-kunun özelliklerine sahip bireylere tahmin edilemeyecek bulgulara dayandığı dikkate alınmamıştır;

(c) Bu tıbbi test sonucuna dayanarak, Cumhuriyet Savcılığı, başvuru-kunun yetişkin olduğunu ilan eden bir karara varmıştır;

(d) Bu kararın bir sonucu olarak, yetkili mahkeme başvuru-kunun yetişkinler için bir merkeze yerleştirilmesini emretmiştir;

(e) Başvuru-kun resmî doğum belgesini ibraz ettikten sonra saliverilmiştir;³⁰

(f) Yaş belirleme prosedürü sırasında başvuru-kuya bir temsilci tarafından yardım edilmemiştir.

8.11 Komite ayrıca, kemik yaşı testlerinin kesinlikten yoksun olduğunu ve geniş bir hata payına sahip olduğunu ve bu nedenle reşit olmadığını iddia eden ve bu iddiayı destekleyen belgeler sağlayan bir gencin kronolojik yaşını değerlendirmek için tek yöntem olarak kullanılmaya uygun olmadığını öne süren dava dosyasında yeterli bilgi bulunduğunu belirtmektedir. Komite, başvuru-kunun, eğer ilgili hata payları uygulanırsa, tıbbi testlerin sonuçlarının, başvuru-kunun beyanlarına ve resmî belgelerindeki bilgilere

28 4 ve 23 numaralı ortak genel yorumlar (2017), parag. 4.

29 *N.B.F. v. İspanya*, parag. 12.4.

30 18 Ağustos 2017'de Almeria Beşinci Soruşturma Mahkemesi, "Yabancı uyruklu kişiyi sınır dışı etmek için gerekli belgeli kanıtları elde etmenin imkânsız olduğu" gerekçesiyle, 1 Ağustos 2017'de yabancılar için tutulma merkezi tarafından zaten saliverilmişken başvuru-kunun serbest bırakılmasına karar vermiştir.

aykırı olmaktan ziyade destekleyeceği yönündeki argümanına dikkat çekmektedir.

8.12 Komite, Taraf Devlet'in, başvuruçunun görünüşünün açıkça bir yetişkin olduğu yönündeki kanısını belirtmektedir. Bununla birlikte Komite, yaş değerlendirmesinin sadece kişinin fiziksel görünümünü değil, psikolojik olgunluğunu da dikkate alması gerektiğini, değerlendirmenin bilimsel, güvenli, çocuğa ve cinsiyete duyarlı ve adil bir şekilde yapılması gerektiğini belirten ve belirsizlik durumunda, bireye, çocuk olma olasılığı varsa, o şekilde muamele edilecek şekilde, şüpheden yararlanma hakkı tanınması gerektiğini belirten 6 numaralı (2005) genel yorumunu hatırlatmaktadır.³¹

8.13 Komite ayrıca başvuruçunun, yetişkin olduğunu belirten kararın yayınlanmasına yol açan yaş belirleme süreci öncesinde ve sırasında olası bir refakatçisi bulunmayan bir çocuk göçmen olarak çıkarlarını savunmak için bir vasi veya temsilci atanmadığına dair iddialarına da dikkat çekmektedir. Komite, Taraf Devletlerin, reşit olmadığını iddia eden tüm gençler için, varışlarından itibaren mümkün olan en kısa sürede ve ücretsiz olarak nitelikli bir yasal temsilci ve gerektiğinde bir tercüman ataması gerektiğini hatırlatmaktadır.³² Komite, bu kişilere yaş belirleme sürecinde temsilci sağlanmasının, onların yüksek yararına ve dinlenilme haklarına saygının temel teminatı olduğunu ve reşit olmayanlar için savcılık makamının oynadığı rolün bu konuda yetersiz olduğu yönünde görüş bildirmiştir.³³ Yaş belirleme süreci Sözleşme'nin uygulanmasının başlangıç noktası olduğu için temsilcinin sağlanamaması Sözleşme'nin 3.ve 12. maddelerine aykırılık teşkil etmektedir. Zamanında temsil edilmeme, ciddi bir adaletsizliğe neden olabilmektedir.

8.14 Komite ayrıca, Taraf Devlet'in, yaşlarını doğrulayan biyometrik verileri içeren bir pasaport veya benzeri bir kimlik belgesine sahip oldukları tespit edilirse refakatçisi bulunmayan küçüklerin belgeli sayılacağı yönündeki iddiasını da not etmektedir. Bu gereklilik, yalnızca Taraf Devlet'in kendi Yüksek Mahkemesi'nin içtihatlarında yer almadığı gibi (yukarıdaki dipnot 23'e bakınız), aynı zamanda resmî bir itiraz olmaksızın, egemen bir ülke tarafından verilen söz konusu resmî doğum belgesinin asıl nüshasında belirtilenlere karşı da uygulanamaz. Dahası Komite, Taraf Devlet'in

31 6 numaralı genel yorum (2005), parag. 31 (i).

32 A.D. / İspanya (CRC/C/83/D/21/2017), parag. 10.14.

33 A.g.e.; A.L. / İspanya (CRC/C/81/D/16/2017), parag. 12.8; ve J.A.B. v. İspanya, parag. 13.7.

kendi Yüksek Mahkemesi'nin yakın zamanda aynı akıl yürütmeyi izleyen bir karar yayınladığını belirtmektedir.³⁴

8.15 Yukarıda belirtilenler ışığında, Komite, reşit olmadığını iddia eden başvurucu tarafından uygulanan yaş belirleme prosedürüne, Sözleşme kapsamındaki haklarını korumak için gereken güvencelerin eşlik etmediği kanaatindedir. Mevcut davada bunun nedeni, başvurucunun kendi ülkesi tarafından verilen resmî doğum belgesinin aslının gerektiği gibi dikkate alınmaması ve yaş belirleme prosedürü sırasında kendisine yardımcı olacak bir vasi atanmamasıdır. Sonuç olarak, Komite, Sözleşme'nin 3. ve 12. maddelerinin aksine, yaş belirleme prosedüründe çocuğun yüksek yararının birincil düşünce olmadığı görüşüne varmıştır.

8.16 Komite ayrıca Başvurucunun, kendi ülkesi tarafından düzenlenen resmî belgede yer alan bilgilerle eşleşmeyen bir yaş atfedilmesiyle kimlik unsurlarının değiştirildiği ölçüde Taraf Devlet'in Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamındaki haklarını ihlal ettiği yönündeki iddialarını da belirtmektedir. Komite, bir çocuğun doğum tarihinin onun kimliğinin bir parçasını oluşturduğu ve Taraf Devletlerin, çocuğun kimliğini herhangi bir unsurdan yoksun bırakmadan kimliğini koruma hakkına saygı göstermekle yükümlü olduğu kanaatindedir. Mevcut davada Komite, Taraf Devlet'in başvurucunun reşit olmadığını teyit eden doğum belgesini geçerliliğini değerlendirmeden veya başvurucu bir sığınmacı olmamasına ve bu makamlarla iletişime geçmenin onu herhangi bir riske atacağına inanmak için hiçbir neden olmasına rağmen menşe ülkesinin makamlarıyla içerdiği bilgileri doğrulamadan bu belgeyi kanıt olarak reddederek kimliğine saygı göstermediğini belirtmektedir. Dolayısıyla Komite, Taraf Devlet'in Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

8.17 Komite ayrıca başvurucunun, Taraf Devlet tarafından itiraz edilmeyen, korunmasız ve son derece savunmasız refaketchisi bulunmayan bir çocuk göçmen olmasına rağmen, Taraf Devlet'in kendisine koruma sağlayamadığı yönündeki iddialarına dikkat çekmektedir. Komite, koruma sağlama konusundaki bu başarısızlığın, başvurucunun doğum belgesini İspanyol makamlarına sunmasından sonra bile ve özellikle, tutulma merkezinin, sınır dışı işlemini gerçekleştirmek için gerekli belgesel kanıtları

34 İspanya Yüksek Mahkemesi, Hukuk Dairesi, 2629/2019 sayılı usul ihlali temyizi, 307/2020 sayılı karar, 16 Haziran 2020, s. 15. Yüksek Mahkeme şunları belirtmiştir: *Cumhuriyet Savcılığı tarafından yaşın güvenilirliğine ilişkin olarak ortaya atılan şüpheler, düzenleyen makamlarca geçersiz veya yanlış olduğu kanıtlanmayan ve ayrıca tahrif edildiğine dair herhangi bir belirti göstermeyen resmî bir belgeye yansıtılmıştır ancak bunlar reşit olmayanların hak sahibi oldukları korumayı elde etmek amacıyla yaş kanıtı olarak reşit olmayanca sunulan belgede belirtilenlerden öncelikli olamaz.*

elde etmenin imkânsız olduğu gerekçesiyle onu salıvermesinden sonra devam ettiğine dikkat çekmektedir (yukarıdaki dipnot 34'e bakınız). Komite, bu korumanın sağlanamamasının Sözleşme'nin 20 (1) maddesinin ihlalini oluşturduğu görüşüne varmıştır.

8.18 Son olarak Komite başvurusunun, Taraf Devlet'in onu çocuk koruma merkezine transferinden ibaret geçici tedbiri uygulamamasına ilişkin iddialarına dikkat çekmektedir. Komite, Taraf Devletlerin Seçmeli Protokolü onaylayarak, Seçmeli Protokol'ün 6. maddesi uyarınca talep edilen geçici tedbirleri alma konusunda, bir başvuru beklemedeyken onarılamaz zararları önleyerek, bireysel başvuru prosedürünün etkinliğini sağlamak yönünde uluslararası bir yükümlülük üstlendiğini hatırlatmaktadır.³⁵ Mevcut davada Komite, Taraf Devlet'in, başvurusunun bir çocuk koruma merkezine nakledilmesinin, o merkezdeki çocuklar için ciddi bir risk oluşturabileceğine ilişkin iddiasını belirtmektedir. Ancak Komite, bu argümanın başvurusunun yetişkin olduğu varsayımına dayandığını vurgulamaktadır. Sonuç olarak, Komite, talep edilen geçici tedbirlerin uygulanmamasının başlı başına Seçmeli Protokol'ün 6. maddesinin ihlalini oluşturduğu yönünde kanaat bildirmiştir.

8.19 Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye ek Başvuru Usulüne İlişkin Seçimlik Protokol'ün 10 (5) maddesi uyarınca hareket eden Komite, önündeki olayların Sözleşme'nin 3, 8, 12 ve 20 (1) maddeleriyle Seçimlik Protokol'ün 6. maddesinin ihlal edildiğini ortaya koyduğunu tespit etmektedir.

9.1 Bu nedenle Taraf Devlet, başvurucuya maruz kaldığı ihlaller için etkili bir tazmin sağlamalıdır. Taraf Devlet ayrıca gelecekte benzer ihlalleri önlemekle yükümlüdür. Bu bağlamda, Komite Taraf Devlete şunları tavsiye etmektedir:

(a) Reşit olmadığını iddia eden gençlerin yaşını belirlemeye yönelik tüm prosedürlerin Sözleşme ile uyumlu olmasını ve özellikle bu prosedürler sırasında:

(i) ilgili genç tarafından sunulan belgeler dikkate alınmalı ve ilgili devlet otoritesi veya elçilik tarafından düzenlenirse veya doğrulanırsa, gerçek olarak kabul edilmelidir;

(ii) İlgili gence gecikmeksizin ve ücretsiz olarak nitelikli bir yasal temsilci veya diğer temsilciler atanmalı, genci temsil etmek üzere seçilen özel avukatlar tanınmalı ve tüm yasal ve diğer temsilcilerin yaş belirleme sürecinde gence yardım etmesine izin verilmelidir;

³⁵ N.B.F. v. İspanya, parag. 12.11.

(b) 18 yaşından küçük olduğunu iddia eden refakatçisi bulunmayan gençlere, yaş belirleme süreci hala devam ediyor olsa bile mümkün olan en kısa sürede ehliyetli bir vasi atanmalıdır;

(c) Yaş belirleme prosedürünün çocuğun yüksek yararını ve de dinlenilme hakkını korumak için gereken güvenceleri içermediği durumlarda, 18 yaşından küçük olduğunu iddia eden refakatçisi bulunmayan genç göçmenlerin reşitlik tespit kararına karşı başvurabilecekleri etkili ve erişilebilir bir giderim mekanizması geliştirilmelidir;

(d) Göç işleri memurlarına, polis memurlarına, savcılık personeline, yargıçlara ve diğer ilgili profesyonellere sığınmacı ve diğer göçmen çocukların hakları ve özellikle de Komitenin 6 numaralı genel yorumu, Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Bireylerinin Haklarının Korunması Komitesinin 22 numaralı (2017) ortak genel yorumu, uluslararası göç bağlamında çocukların insan haklarına ilişkin genel ilkeler ve daha önce anılan 4 ve 23 numaralı ortak genel yorumlar hakkında eğitim verilmelidir.

10.1 Seçimlik Protokol'ün 11'inci maddesi uyarınca Komite, Taraf Devlet'ten, mümkün olan en kısa sürede ve her halükârda 180 gün içinde, işbu kararda sunulan görüşleri yürürlüğe koymak için alınan önlemler hakkında bilgi talep etmektedir. Taraf Devlet'ten ayrıca, Sözleşme'nin 44. Maddesi uyarınca Komiteye sunduğu raporlara bu tedbirler hakkında bilgi eklemesi de talep edilmektedir. Son olarak Taraf Devlet'ten, mevcut kararda sunulan görüşleri yayınlaması ve bunları geniş çapta yayması istenmektedir.

ÇOCUK HAKLARI
SÖZLEŞMESİ

Çocuk Hakları Komitesi

Seksen Beşinci Oturum

40/2018 no.lu başvuruya ilişkin Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Başvuru Usulüne İlişkin Seçmeli Protokol kapsamında Komite tarafından kabul edilen görüşler^{*}, ^{}**

<i>Başvuruda bulunan:</i>	S.M.A. (Avukat Francisco Soláns Puyuelo tarafından temsil edilmektedir.)
<i>Mağdur olduğu iddia edilen:</i>	Başvurucu
<i>Taraf Devlet:</i>	İspanya
<i>Başvuru Tarihi:</i>	9 Şubat 2018
<i>Görüşün kabul edilme tarihi:</i>	28 Eylül 2020
<i>Konu:</i>	Refakatsiz Küçüğün Yaşının Belirlenmesi
<i>Usule İlişkin Konular:</i>	İç hukuk yollarının tüketilmemesi, kişi bakımından uyumsuzluk, iddiaların kanıtlanmaması
<i>Sözleşme Maddeleri:</i>	3, 8, 12, 18 (2), 20 (1), 20, 27 ve 29
<i>Seçmeli Protokol Maddeleri:</i>	6 ve 7 (f)

1.1 Başvurucu 11 Şubat 2001 doğumlu, Gine vatandaşı S.M.A.dır. Başvurucu, Sözleşme'nin 3, 8, 18 (2), 20, 27 ve 29'uncu maddelerindeki haklarının ihlal edildiğini iddia etmektedir. Her ne kadar başvurucu Sözleşme'nin 12'nci maddesine açık bir atıf yapmasa da başvurunun bu maddedeki hususlara dair iddiaları da ileri sürdüğü görülmektedir. Seçmeli Protokol, Taraf Devlet bakımından 14 Nisan 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

1.2 Seçmeli Protokol'ün 6'ncı maddesi uyarınca, 12 Şubat 2018'de, Komite adına hareket eden Bireysel Başvuru Çalışma Grubu, Taraf Devlet'ten başvurucunun durumu Komite tarafından görüşülünceye kadar sınır dışı

* Çeviren: Bilal ÖZÇELİK

* Komite tarafından seksen beşinci oturumda kabul edilmiştir. (14 Eylül-1 Ekim 2020)

** Belirtilen Komite üyeleri başvurunun değerlendirilmesine katılmıştır: Suzanne Aho Assouma, Hynd Ayoubi Idrissi, Bragi Gudbrandsson, Philip Jaffé, Olga A. Khazova, Gehad Madi, Benyam Dawit Mezmur, Otani Mikiko, Luis Ernesto Pedernera Reyna, José Ángel Rodríguez Reyes, Ann Marie Skelton, Velina Todorova ve Renate Winter.

etme kararının durdurulması ve başvurucunun bir çocuk koruma merkezine nakli şeklindeki geçici tedbirleri talep etmektedir.

Başvurucu Tarafından Sunulduğu Haliyle Olgular

2.1 Başvurucu, 22 Ocak 2018 tarihinde, Almeria şehrine bir sandalla vardığı sırada Almeria polis memurları tarafından göz altına alınmıştır. Başvurucu, polise ergin olmadığını ve doğum tarihinin 11 Şubat 2001 olduğunu bildirdiğini iddia etmektedir. 23 Ocak 2019 tarihinde, Emniyet Genel Müdürlüğü geri gönderme emri çıkarmıştır. Başvurucu, bu belgede doğum tarihi olan 2001 yılının kazınip tarihin elle yazılması suretiyle nasıl 1998 yılıyla değiştirildiğini görmenin mümkün olduğunu belirtmektedir.¹

2.2 25 Ocak 2018 yılında, başvurucu Almeria 4 no.lu Soruşturma Mahkemesi önüne getirilmiş, aynı gün Valencia'daki göçmen tutma merkezine transfer edilmesine ve hakkındaki dava sonuçlanana kadar orada tutulmasına karar verilmiştir² Mahkeme, başvurucunun orada 60 güne kadar kalabileceğini kaydetmiştir. Başvurucu, bu merkeze yerleştirildiğinde yetişkin olmadığını belirtmektedir.

2.3 31 Ocak 2018'de başvurucu bilek röntgeninin çekilmesi için hastaneye götürülmüş, Greulich ve Pyle atlasına göre bu görüntüler 19 yaşında olduğunu göstermiştir. Bu sebeple Almeria Bölge Savcılığı, aynı gün, başvurucunun bir yetişkin olduğunu belirten bir karar çıkarmıştır.³ Başvurucunun avukatı, köprücük kemiği ve çene röntgenlerinin de çekildiği yönünde sözlü olarak bilgilendirilmiş fakat ne başvurucu ne de avukatı bu görüntülere erişebilmiştir. Başvurucu, test prosedürü ve olası sonuçları hakkında anlayabileceği dilde, uygun bir şekilde bilgilendirilmemiştir.

2.4 Başvurucunun avukatı, aynı gün, başvurucunun yetişkin olduğunu belirten karara itiraz etmiştir. Avukat, bir kişinin yaşını belirlemek için yalnızca röntgenin kullanılmasının hata payı içerdiğini belirten ve yaşa ilişkin bu tür belirlemeler için psiko-sosyal muayeneleri de içeren bütüncül bir yöntemin kullanılmasını tavsiye eden İspanyol Ombudsman tarafından hazırlanan bir rapora atıfla, yapılan tıbbi testlerin kusurlu ve yetersiz olduğunu iddia etmiştir. Avukat, ayrıca, başvurucunun bir küçük gibi görüldüğünü ve bu sebeple bir yetişkin olarak ilan edilmesinin açıklanamaz ol-

1 Başvurucu emrin bir nüshasını sunmuştur.

2 Başvurucu kararın bir nüshasını sunmuştur.

3 Başvurucu kararın bir nüshasını sunmuştur.

duğunu vurgulamıştır.⁴ Başvurucu, itirazın, bu tür incelemelerdeki iki yıllık hata payına atıfta bulunulmadan reddedildiğini ve başvurucunun yetişkin olduğuna yönelik Almeria Bölge Savcılığı tarafından alınan kararın bu sebeple onaylandığını belirtmiştir.

2.5 8 Şubat 2018 tarihinde, başvurucu tutulduğu merkezdeki Kızıl Haç'a ait elektronik posta vasıtasıyla doğum tarihinin 11 Şubat 2001⁵ olduğunu gösteren doğum belgesinin bir kopyasını almış ve bu merkezdeki yetkililer, başvurucunun yetişkin olduğuna yönelik kararın gözden geçirilmesini talep etmiştir. Savcılık, başvurucu tarafından sağlanan belgenin "doğum belgesi gibi görünen Fransızca bir belge olduğunu fakat bunun doğrulanamayacağını" belirterek yapılan talebi aynı gün reddetmiştir çünkü belgenin, başvurucunun iddialarını ispata yarar Hukuk Muhakemeleri Kanununun gerektirdiği bir belge olmadığı görüşündedir.⁶

2.6 Başvurucu 23 Şubat 2018 tarihinde serbest bırakılmıştır. Taraf Devlet'e göre, başvurucunun nerede olduğu bilinmemektedir.

Şikâyet

3.1 Başvurucu, Taraf Devlet'in Sözleşme'nin 3, 8, 18 (2), 20, 27 ve 29'uncu maddeleri kapsamındaki haklarını ihlal ettiğini ileri sürmektedir. Başvurucu ayrıca Taraf Devlet'in yaşa ilişkin olarak şüphe veya belirsizlik durumunda yetişkin olmadığını kabul edilmesi gerektiği yönündeki hakkına saygı gösterilmesinde başarısız olduğunu ve bu sebeple, özellikle onun reşit olmadığını ispatlayan belgelere sahip olduğundan, Taraf Devlet'in çocuğun üstün yararına ve Sözleşme'nin 3'üncü maddesine⁷ aykırı hareket ettiğini ileri sürmektedir. Başvurucu, Komite'nin Sözleşme'nin Taraf Devlet tarafından uygulanmasına yönelik son gözlemlerine atıfta bulunmaktadır; burada Komite çocuğun üstün yararı ilkesinin iç hukuka dahil edilmesine rağmen Taraf Devlet'in çocuğun üstün yararının ne olduğunun belirlen-

4 Başvurucu itirazın bir nüshasını sunmuştur.

5 Başvurucu Konakri Temyiz Mahkemesi tarafından düzenlenen doğum belgesinin bir nüshasını sunmuştur.

6 Karar, Kanun'un, ilgili bölümü aktarılan, 323'üncü maddesinde atıfta bulunmaktadır:

1. Uluslararası antlaşmalar, sözleşmeler veya özel kanunlar gereğince, bu Kanunun 319'uncu maddesinde öngörülen ispat değeri sağlanan yabancı belgeler, usul bakımından, kamu belgesi olarak değerlendirilir.

2. Hiçbir uluslararası anlaşma, sözleşme veya özel kanunun geçerli olmadığı durumlarda, aşağıdaki koşulları sağlayan belgeler kamu belgesi olarak değerlendirilecektir:

1. Belgenin düzenlendiği ülkenin kurallarına uygun olarak düzenlenmesi veya üretilmesi tam ispat değeri verir;
2. Belge tasdiklidir veya apostil şerhi içerir ve İspanya'da geçerli olmak için gerekli diğer gereksinimleri karşılar.

7 Başvurucu menşe ülkeleri dışında refakatsiz ve ailelerinden ayrı düşmüş çocuklara yönelik muameleler hakkındaki 6 (2005) no.lu genel yorum, 31'inci paragrafını alıntılanmaktadır.

mesinde tek tip bir sürecin benimsenmesine yönelik endişelerini ifade etmiş ve her bir özerk toplumun bu ilkeyi anlaması ve uygulamasındaki farklılıkların altını çizmiştir. Komite, Taraf Devlet'in çocuğun üstün yararını dikkate almadaki başarısızlığı ve refakatsiz çocukların yaşının tespitinde kullanılan yöntemlerdeki uyumsuzluklara ilişkin endişelerini de ifade etmiştir.⁸ Ayrıca, başvuru Taraf Devlet'in yapmış olduğu tıbbi tahminlerin, özellikle kendi olayındakinin, geniş bir hata payına sahip olduğu iddiasını desteklemek için çok farklı ırksal ve sosyoekonomik özelliklere sahip nüfus grupları bazında gerçekleştirilen çeşitli çalışmalara atıfta bulunmaktadır.

3.2 Her ne kadar belirli bir maddeye başvurmasa da başvuru, refakatsiz küçüğün üstün yararına saygı gösterilmesini sağlamanın usule yönelik önemli bir aracı olarak,⁹ Taraf Devlet'in başvurunun çıkarlarını korumak için bir vasi atanmamasının getirdiği başarısızlığının Sözleşme'de korunan haklarının ihlali olduğunu ileri sürmektedir. Ayrıca, başvuru savunmasız ve son derece zayıf bir refakatsiz çocuk göçmen olmasına rağmen, Taraf Devlet'in kendisine koruma sağlamadaki başarısızlığının haklarının ihlaline sebebiyet verdiği görüşündedir. Başvuru, çocuğun üstün yararının yabancı uyruklularla ilgili kamu düzenine ilişkin endişelerden önce gelmesi gerektiğini ve küçük olduğunu iddia eden kişilerle onların yaşlarını ispat eden belgelerin toplanması süreciyle uğraşırken, Taraf Devlet'in idari aygıtlarını harekete geçirmesi ve kendiliğinden bir vasi atması gerektiğini iddia etmektedir.¹⁰

3.3 Başvuru, aynı şekilde, Sözleşme'nin 8'inci maddesinin teminatı altında bulunan kimliğin korunması hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir çünkü yaş kişinin kimliğinin önemli bir parçasıdır ve Taraf Devlet'in bu konuda müdahale etmeme görevi vardır. Başvuru gibi reşit olmayanların yaşları ve ev sahibi ülkede bulunmaları sebebiyle aile bağlarındaki eksikliklerin sebep olduğu savunmasızlık durumu göz önüne alındığında, Taraf Devlet onların kimlikleriyle ilgili tüm verileri korumak ve kurtarmakla da yükümlüdür. Bununla beraber, Taraf Devlet başvurucuya gerçek yaşından farklı bir yaş ile iddia ettiği fakat kimlik belgesiyle örtüşmeyen tarihten

8 CRC/C/ESP/CO/3-4, 27 ve 59. paragraflar.

9 Başvuru 6 (2005) no.lu genel yorumu alıntılanmaktadır.

10 Başvuru belirtilen rapordan bir alıntı yapmaktadır. La Merced Migraciones-Mercedarios, Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, Save the Children, Santander Chair on the Law and Minors of Comillas Pontifical University, Baketik and Accem, Aproximación a la protección internacional de los menores extranjeros en España (Approach to the international protection of foreign minors in Spain), 2009, p. 96: "Refakatsiz bir çocuk tespit edilmez [...] çıkarlarının korunmasını, yasal, sosyal, tıbbi ve psikolojik ihtiyaçlarını korumak için gerekli bilgiye sahip bir vasi veya yasal temsilci atanmalıdır."

farklı bir doğum tarihi atfetmiştir.

3.4 Başvurucu, ayrıca, tam bir gelişiminin engellenmesi sebebiyle Sözleşme'nin 27 ve 29'uncu maddesi kapsamındaki haklarının ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Başvurucu, kendisine yol gösterecek bir vasisinin olmayışının yaşına uygun gelişimini engellediği görüşündedir.¹¹

3.5 Ayrıca, başvurucu Taraf Devlet'in kararlarının ve eylemlerinin kendisini terk ettiği savunmasızlık ve sosyal dışlanma durumu nedeniyle Sözleşme'nin 20'nci maddesi kapsamındaki haklarının ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Taraf Devlet'in hiçbir kesin delil olmaksızın, yetişkin olmadığını gösteren belgelere rağmen kendisini yetişkin saydığını ve ona koruma sağlamayı reddettiğini ileri sürmektedir. Başvurucu, menşe ülkeleri dışında refakatsiz ve ailelerinden ayrı düşmüş çocuklara yönelik muameleler hakkındaki 6 (2005) no.lu genel yoruma atıf yapmaktadır; burada bu hakkın çocuğun içinde bulunduğu koşullar, yaşı ile etnik, kültürel ve dilsel geçmişi ışığında yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir.

3.6 Başvurucu, aşağıdaki olası çözümleri önermiştir:

(a) Taraf devletin başvurunun menşe ülkeye gönderilmesini durdurması ve onu çocuk koruma hizmetlerinin bakımına bırakması;

(b) Bir birey olarak tam olarak gelişimini ve toplumla bütünleşmesini sağlamak için devlet koruması altında olma, yasal bir temsilciye sahip olma, eğitim alma ile oturma ve çalışma izni verilmesi haklarını içeren küçüklerin sahip olduğu bütün haklarının tanınması;

(c) Taraf devletin, kendisine yapılan tıbbi testlerle başvurunun yaşının belirlenmesinin imkânsız olduğunu kabul etmesi;

(d) Savcılar tarafından verilen yaş tespit kararlarına karşı hukuki itirazların adli makamlara yapılmasının mümkün kılınması.

Taraf Devletin Kabul Edilebilirlik ve Esasa İlişkin Görüşleri

4.1 Taraf Devlet, başvurunun kabul edilebilirliğine ve esasına ilişkin görüşlerini 9 Mart ve 2 Ağustos 2018 tarihlerinde sunmuştur.

Olguların Açıklanması

4.2 Taraf Devlet, başvurunun kabul edilebilirliğine ve ihtiyati tedbirin kaldırılması talebine yönelik gözlemlerinde, başvurunun açıklamalarının eksik ve yanlış olduğunu kaydederek, davanın olaylarını değerlendirmek-

¹¹ Başvurucu 6 (2005) no.lu genel yorumun 44'üncü paragrafını alıntılanmaktadır.

tedir. Taraf Devlet, 22 Ocak 2018'de sandalla kendi topraklarına ulaşmasından sonra Almeria Bölge Savcılığının başvurusunun 18 yaşından büyük olduğunu gösteren bir bilek röntgenine dayalı adli görüş içeren bir sağlık raporu talep ettiğini ileri sürmektedir.¹² 23 Ocak tarihinde, Almeria Göçmenlik ve Sınırlar Örgütü sınır dışı etme sürecini başlatmıştır. İlgili sınır dışı etme emri Almeria Bölge Hükümeti Alt Delegasyonu tarafından alınmıştır. Taraf Devlet, Almeria Göçmenlik ve Sınırlar Örgütünün başvurusunun yetişkin olduğunun tespitinden sonra yaşını değiştiremediğini ve küçüklere yönelik olaylardan sorumlu Almeria Bölge Savcılığının bulgularını yansıtacak şekilde başvurusunun doğum tarihinin el yazısıyla değiştirildiğini vurgulamaktadır. Sınır dışı etme kararındaki bu değişiklik mahkeme tarafından atanan avukat ve tercüman tarafından tasdik edilmiştir.

4.3 31 Ocak 2018 tarihinde, yasal temsilcinin talebi üzerine, başvurusunun yaşının tespiti için tıbbi testler yapılmasına başvurusunun aydınlatılmış onamıyla¹³ izin verilmiştir. Testlerin yapıldığı gün, Savcılık, başvurusunun yetişkin olduğu yönünde bir karar çıkarmıştır. 8 Şubat 2018 tarihinde, başvuru doğum belgesinin bir suretini sunarak kararın yeniden gözden geçirilmesini talep etmiştir. Savcılık, başvuruyu reddetmiş ve yeni bir kararında başvuru tarafından sunulan doğum belgesinden ziyade alınan tıbbi testlere ağırlık vererek başvurusunun yetişkin olduğuna karar vermiştir. 10 Şubat tarihinde, başvuru göçmen tutma merkezi müdürüne uluslararası koruma için başvurmuştur. 12 Şubat'ta kendisiyle görüşülmüş ve 16 Şubat'ta koruma başvurusunun reddedildiği bilgisi kendisine verilmiştir. 20 Şubat tarihinde, mahkeme tarafından atanan avukat başvurunun yeniden değerlendirilmesini talep etmiştir. 22 Şubat tarihinde, başvuru yeniden değerlendirme başvurusunun reddedildiği yönünde bilgilendirilmiştir. Başvuru, belgelendirilemediği için 23 Şubat 2018 tarihinde serbest bırakılmıştır. Taraf Devlet, başvurusunun nerede olduğundan habersizdir.

4.4 27 Şubat 2018 tarihinde, Ombudsman, Göç ve Hudutlar Genel Komiserliğinden başvurusunun tutukluluğuna son verilmesini ve Komitenin başvuruyu incelemesine kadar başvurusunun bir çocuk koruma merkezi-

12 Taraf Devlet, 24 Ocak 2018 tarihinde Almeria Bölge Savcılığı tarafından düzenlenen ve başvurusunun, aydınlatılmış onamının alındığı ve başvurusunun 18 yaşından büyük olduğunu gösteren birtakım kemik yaşı testlerine ve radyolojik muayenelere tabi tutulduğuna ilişkin olan belgenin bir nüshasını sunmuştur. Taraf Devlet, ayrıca, 23 Ocak 2018 tarihli, Greulich ve Pyle atlasına göre uygulanmış tıbbi testlerin sonuçlarının bir nüshasını sunmuştur ve bu belge, başvurusunun yapılan testlere rıza gösterdiğine işaret etmektedir.

13 Taraf Devlet, 31 Ocak 2018 tarihli, başvuru tarafından imzalanan "aydınlatılmış onam"ın bir nüshasını sunmuştur.

ne nakli için gerekli adımların atılmasını talep etmiştir. 28 Şubat tarihinde, Ulusal Polis, Ombudsmana başvurusunun 23 Şubat tarihinde serbest bırakıldığını ve yetkililer tarafından alınan kararları bildirmiştir. Ulusal Polise göre alınan kararlar iç hukuk uyarınca yasaldır.

Geçici Tedbirler

4.5 Taraf Devlet, başvurusunun, serbest bırakıldığı gün olan 23 Şubat 2018 tarihinden beri nerede olduğu bilinmediğinden Komite'nin geçici tedbirlere ilişkin talebini geri çekmemesi için hiçbir nedenin olmadığı görüşündedir. Ayrıca, Taraf Devlet, başvuruyla ilgili bütün süreçlerde İspanya'daki refakatsiz yabancı küçüklerin varlığını içeren olaylara ilişkin bir protokolün bulunduğu yerel mevzuata uygun hareket edildiğini vurgulamaktadır. Bu protokole göre "yasadışı" bir göçmen küçük olduğunu beyan ederse ve bu durum görünüşünden açıkça anlaşılıyorsa çocuk kuruma yetkililerine emanet edilir ve refakatsiz çocukların siciline kaydedilir. Öte yandan, göçmenin ifadelerine rağmen görünüşü yaşına ilişkin olarak şüpheye neden oluyorsa, başvurusunun olayında olduğu gibi, kişi rızası doğrultusunda adli tıp çevrelerince kabul edilen kriterlere uygun olacak şekilde yaşının belirlenmesine yarar tıbbi testlere tabi tutulur. Başvurusunun olayında, bu ikinci durum takip edilmiştir.

Başvurunun Kabul Edilemezliği

4.6 9 Mart 2018 tarihindeki görüşlerinde Taraf Devlet, başvurusunun yetişkin olduğu gerekçesiyle başvurunun kabul edilemez olduğunu ileri sürmektedir. Taraf Devlet, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun veya yeterince temellendirilememiş olduğu durumlarda kabul edilemez olarak değerlendirilmesi gerektiğini düzenleyen Seçmeli Protokolün 7 (f) maddesine atıfta bulunmaktadır. Taraf Devlet, başvurusunun 18 yaşından büyük olduğunu gösteren tıbbi deliller karşısında başvurunun gereğince temellendirilemediği görüşündedir.

4.7 Taraf Devlet, başvurusunun çocuk olmadığını kaydetmekte ve başvurusunun yaşına ilişkin sunmuş olduğu belgelerin güvenilir veya gerçek sayılamayacağını vurgulamaktadır çünkü bu belgeler, belgenin verildiği kişiyi yetişkin olarak tanımlamayı mümkün kılacak antropometrik bilgileri içermemektedir. Ayrıca, bu belgede fotoğraf bulunmamaktadır ve başvurudan birkaç gün önce düzenlenmiştir, bu durum belgenin güvenilirliğine yönelik şüpheleri artırmaktadır. Taraf Devletin yaklaşımına göre yabancı belgeleri, örneğin doğum veya diğer kayıt belgeleri, ilgilinin kimliğinin

daha önce tespit edilmiş olduğu durumlarda ispat gücüne sahiptir ve bu sebeple başvuru bakımından geçerli değildir. Söz konusu belgelerin tek başına hiçbir ispat gücü yoktur “çünkü belgede fotoğrafın veya diğer tanımlayıcı bilgilerin eksik oluşu belgede adı geçen ile belgeyi sunanın aynı kişi olduğuna dair hiçbir güvence vermemektedir.” Sonuç olarak, başvuru durumunun Komite’ye başvurmak için gerekli olan temel gerekliliğe yani başvuru sırasında 18 yaşının altında olma şartına uygun değildir.

4.8 Taraf Devlet, Komite’nin başvuruyu kabul edilebilir bulması durumunda dahi, başvurunun nedenlerinin tartışmalı hale geldiği göz önüne alındığında Seçmeli Protokol kapsamında, usul kurallarından 26’ncı kural uyarınca başvurunun değerlendirilmesine son verilmesi gerektiğine işaret etmektedir.

Başvurunun Esasına İlişkin Görüşler

4.9 Taraf Devlet, başvuru olayında da olduğu gibi, İspanya topraklarına ulaşan refakatsiz çocuklara her zaman uygulanan yerel mevzuata atıfta bulunmaktadır. Taraf Devlet, İspanya’daki Yabancıların Hakları ve Özgürlükleri ve Onların Topluma Entegrasyonlarına dair 4/2000 sayılı Temel Kanuna ve özellikle Taraf Devlet tarafından imzalanan uluslararası sözleşmeler kapsamında geçerli sayılan ve taşıyanın kimliğini kanıtlayan pasaport veya seyahat belgesi ibraz etmeyi gerektiren giriş şartlarına atıfta bulunur. Başvuru bu gereksinimleri sağlayamamaktadır. Taraf Devlet, ayrıca, kişinin yaşının tespit edilemediği durumlarda savcının kişi tarafından sunulan belgelerin güvenilirliğini incelemesi ve insan onuruna saygılı ve aydınlatılmış onama dayalı gerekli tıbbi testleri organize etmesi gerektiğini öngören Küçüklerin Hukuki Korunmasına ilişkin 1/1996 sayılı Temel Kanuna atıfta bulunur. Yetkililer başvuru olayında bütün gerekliliklere uygun hareket etmiştir.

4.10 Taraf Devlet, ayrıca, başvuru bir yetişkin olduğundan, Sözleşmenin 3’üncü maddesiyle korunan çocuğun üstün yararının birincil öncelik kılınması sorumluluğunun yerine getirilmesinde başarısız olunmadığını ileri sürmektedir. Taraf Devlet, kişinin yetişkin olduğunun açık olduğu durumlarda yalnızca “belirsizlik durumunda” kişinin küçük olarak varsayılması gerektiğini belirlemekte ve “kişinin tamamen belgesiz olduğu bu durumda yetkililerin hiçbir delile ihtiyaç duymaksızın başvuru yasaal olarak yetişkin kabul etmesi gerektiği” sonucuna varmaktadır. Bununla beraber, başvuru küçük olduğunu ileri sürdüğünden Taraf Devlet, başvuru aydınlatılmış onamıyla tıbbi testler yapmaya karar vermiştir, öyle ki 6 no.lu

(2005) genel yorum yetişkin gibi görünen, hiçbir belgesi olmayan ve küçük olduğunu ileri süren kişilerin yaşını belirlemek için objektif tıbbi testlerin kullanılmasına, onları yasaklamak şöyle dursun, engel olmamaktadır. Belirtilen testler gerçekleştirilmiş ve başvuruçunun yetişkin olduğunu açıkça göstermiştir. Taraf Devlet, güvenilir delillerin yokluğunda ve kişinin sözünden başka hiçbir dayanak olmadan bir yetişkinin küçük olarak değerlendirilmesinin kabul merkezlerinde korunan (yetişkinler tarafından istismara uğratılabilecek veya kötü muameleye tabi tutulabileceklerin bulunduğu) küçüklere ciddi anlamda zarar verebileceğini ve bu durumun çocuğun üstün yararının korunması ilkesinin gerçek anlamda ihlali demek olduğunu ileri sürmektedir.

4.11 Taraf Devlet, ayrıca, Sözleşme'nin 18 (2) ve 20 (1) maddeleriyle ilişkili olarak çocuğun üstün yararı ilkesine yönelik hiçbir ihlalin söz konusu olmadığını savunmakta ve şunları ileri sürmektedir:

(a) Başvuruçucu, İspanya topraklarına ayak basar basmaz tıbbi yardım almıştır;

(b) Başvuruçuya belgeler verilmiş ve masrafları devlet tarafından karşılanmak üzere derhal avukatlık ve tercümanlık hizmeti teklif edilmiştir.

(c) Düzensiz durumuna ilişkin prosedürleri sırasında haklarına saygı gösterilmesinin sağlanması amacıyla durumu yetkili adli makama bildirilmiştir.

(d) Başvuru küçük olduğunu ileri sürer sürmez, çocuğun üstün yararını korumakla yükümlü Savcılık bilgilendirilmiş ve Savcılık, başvuranın yetişkin olduğunu geçici olarak kararlaştırmıştır. Taraf Devlet, başvuruçunun küçük olduğunun varsayılması durumunda dahi adli yardımdan yoksun bırakıldığının veya korunmasız bırakıldığının söylenemeyeceğini iddia etmektedir.

4.12 Taraf Devlet'e göre başvuruçucu gerçekten küçük olsa dahi, Sözleşmenin 8'inci maddesinde güvence altına alınan kimlik hakkına yönelik hiçbir ihlal söz konusu değildir, onun kimliğini koruma hakkına saygı duyulduğundan İspanya topraklarına yasadışı olarak ayak basar basmaz verdiği kimlik yetkililer tarafından kaydedilmiştir.

4.13 Taraf Devlet, Sözleşme'nin 20, 27 ve 29'uncu maddelerinde güvence altına alınan hakların ihlal edilmediğini çünkü bu hakların yalnızca kişinin küçük olduğu konusunda şüphe bulunmayan durumlarda uygulama bulabileceğini ileri sürmektedir. Başvuruçunun yetişkin olduğu hususunda delil bulunduğundan söz konusu haklar uygulanmamaktadır.

Başvurucunun Taraf Devletin Kabul Edilebilirlik ve Esasa İlişkin Görüşlerine İlişkin Yorumları

5.1 Başvurucu, başvurunun kabul edilebilirliğine ve esasına ilişkin yorumlarını 4 Aralık 2018 tarihinde sunmuştur. Bu yorumlar Taraf Devlet'in olgusal iddialarına değinmektedir. Başvurucu, Taraf Devlet'in yaşın belirlenmesi için ne tür tıbbi testlerin gerekli olduğunu belirginleştirmedeğini ileri sürmektedir veya bu tıbbi testlerin sonuçlarının olası hata paylarını dikkate almadığını kabul etmediğini; bu eksikliği çok önemli bulduğunu çünkü böyle bir kabul yapılmış olsaydı belirttiği yaş ile belgelendirilen yaş arasında bir uyumsuzluğun olmayacağını ileri sürmektedir. Benzer şekilde, başvuru, Taraf Devletin Greulich and Pyle atlasının kullanıldığı ilgili tıbbi testlerin, özellikle sonuçların hiçbir hata payına işaret etmediği durumlarda, bilimsel çevrelerce sorgulandığını ve küçümsendiğini kabul etmekte başarısız olduğunu ileri sürmektedir. Savcılık dahi bu tür kanıtların sadece bir tahmin olduğunu kabul etmektedir.

5.2 Taraf Devlet'in sınır dışı edilme kararında görülen doğum tarihinin bir hata nedeniyle elle değiştirildiği iddiasına gelince, başvuru burada hiçbir hatanın olmadığını iddia etmektedir, yapılanlar başvuruçunun bir yetişkin olduğunu kanıtlamak için kasıtlı olarak yapılmıştır. Yetkililerin bu kasıtlı davranışları aşağıdaki olgularla gösterilmiştir: (a) başvuru başından beri küçük olduğunu belirtmiş ve bu durum raporuna alınmamıştır; (b) açıklamaları gereksiz bir şekilde reddedilmiş, zarar verici ve gereksiz testlere zorlanılmıştır; (c) başvuruçunun verdiği aydınlatılmış onam da esasında zorla alınmıştır çünkü başvuru rıza formunu imzalamayı reddetseydi bir yetişkin olarak değerlendirilecek ve doğal olarak sınır dışı edilecekti; (d) bütün bu süreçler gerçekten bağımsız bir avukatın veya uzmanın katılımı olmaksızın yürütülmüştür ve (e) testlerin "önceden belirlenmiş" sonucu dikkate alındığında, başvuru lehine olmayan sonuçlar başvuruçunun bir yetişkin olduğu sonucuna ve her ne kadar başvuruçunun gerçek doğum tarihini içerse de, böyle görünmemesi için yetkililer tarafından hızlı bir şekilde değiştirilmiştir, bir idari karara yol açmıştır.

5.3 Başvurucu, Almeria 4 no.lu Mahkemesinin, Devlet'in sınırları yabancılar kapatma ve refakatsiz küçüklerin çıkarlarını göz ardı etme politikası doğrultusunda göçmen tutma merkezine yerleştirildiğini belirtmektedir. Başvurucu göçmen tutma merkezlerinin küçükler için uygunsuz olduğu görüşündedir çünkü sivil toplum kuruluşlarının da yer aldığı birçok kurumun raporlarında da gösterildiği gibi göçmen tutma merkezleri yetersiz hizmet sunmakta ve devamlı polis kontrolü altındadır. Dahası,

başvurucu, Taraf Devletin, görüşlerinde, yanlış bir şekilde, başvurunun küçük olduğunu ilk defa tutma merkezinde ileri sürdüğünü ima ediyor gibi görüldüğüne inanmaktadır, halbuki başvuru İspanya'ya varır varmaz küçük olduğunu ileri sürmüştür. Taraf Devletin, tutma merkezindeyken başvurunun temsilcisinin isteği doğrultusunda yeni testlerden geçtiği iddiasına gelindiğinde başvuru yapılan bu testlerin önceki yapılanlarla aynı tip olduğunu ifade etmektedir. Hata payına hiçbir vurgu yapılmaksızın yapılan bu testlerin sonuçlarının değişmeden kalması şaşırtıcı değildir.

5.4 Benzer şekilde, başvuru küçük olduğuna dair belge niteliğindeki delillerine rağmen, Taraf Devlet'in Gineli yetkililerle irtibat kurarak sunduğu doğum belgesini doğrulama hususunda başarısız olduğunu, tıbbi testlerden başka bir yolu seçmediğini ileri sürmektedir. Başvurucu, 8 Şubat 2018 tarihinde sunduğu doğum belgesinin kesin ispat gücünde geçerli delil olmasa dahi bu belgenin yetkilileri hem Gine'deki İspanya Konsololuğu hem de İspanya'daki Gine Konsololuğu ile irtibata geçerek küçüklerin korunması yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlamak için yeterli delil sunduğu görüşündedir.

5.5 Başvurucu, Savcılığın doğum belgesi sunulduğunda dahi yalnızca tıbbi testlerin sonuçlarına dayanarak başvurunun bir yetişkin olduğunu belirleyen kararı yeniden incelemeyi reddettiğini ileri sürmektedir. Savcının kararında başvuru tarafından sunulan belgenin geçerliliğine dair hiçbir şey yoktur. Savcılık, yalnızca, bilimsel olarak tavsiye edilen hata payıyla yorumlandığında başvurunun gerçek yaşının belgelerde sunulan yaş olduğunu gösterecek tıbbi testlerin sonuçlarına dayanmaktadır. Başvurucu, şu anda bilim çevrelerinin ve hatta Başsavcılığın delillerin bütüncül olması gerektiği, yalnızca bir tane değil pek çok röntgen görüntüsü içermesi gerektiği, duygusal ve entelektüel olgunluk gibi diğer boyutların da dikkate alınması gerektiği ve ulaşılan sonucun hiçbir şekilde kesin olamayacağı, bu sebeple en az iki senelik bir hata payının söz konusu olduğu görüşünde olduğunu eklemektedir. Başvurucu, belirtilen metodun kullanılması durumunda kendisinin küçük olarak kabul edileceğini ileri sürmektedir.

5.6 Taraf Devlet'in, temelsiz bir şekilde tıbbi delillerin başvurunun 18 yaşının üzerinde olduğunu göstermesi sebebiyle başvurunun kabul edilemez bulunması gerektiği talebine gelindiğinde, başvuru, vurguladığı üzere, sunduğu doğum belgesinin gerçek ve geçerli bir kimlik belgesi olduğu, en azından yaşına ilişkin bir kanıt olarak değerlendirilmesi gerektiği, Taraf Devlet'in, Sözleşme kapsamındaki yükümlülükleri göz önünde bulundurulduğunda, yukarıda önerildiği gibi, ilgili Konsolosluklarla iletişim için gerekli adımları atmış olması gerektiği görüşündedir.

5.7 Başvurucu, Taraf Devlet'in kendisinin küçük olduğunu varsaymada başarısız olduğunu, Sözleşme'nin 3'üncü maddesini ihlal ederek onun üstün yararının aksine hareket ettiğini, hiçbir zaman onun küçük olabileceği ihtimalini değerlendirmedeğini ve refakatsiz küçüklere ilişkin protokolün takip edilmediğini ileri sürmektedir. Bu bağlamda, başvurucu, Taraf Devlet'in refakatsiz küçük olduğunu iddia eden kişilere uygulanabilen yerel mevzuata atıfta bulunmasının, özellikle 1/1996 sayılı Küçüklerin Hukuki Korunmasına yönelik Temel Kanun'a, kendi olayıyla ilgisiz olduğunu düşünmektedir çünkü yetkililer Kanun'un, özellikle kişinin reşit olup olmadığına açık olmadığı durumlarda aksi gösterilinceye kadar kişinin küçük olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirten 12'nci maddesini, ihlal edecek şekilde hareket etmektedir. Başvurucu, yetkililerin kendisini hem geçici olarak hem de kesin olarak kötü niyetli bir şekilde her zaman yetişkin olarak gördüklerinden belirtilen Kanun'u açıkça ihlal ettiğini ileri sürmektedir.

5.8 Taraf Devlet'in, kişinin daha büyük olduğunun kesin olduğu durumlarda değil yalnızca "belirsizlik durumunda" küçük olarak varsayılması gerektiğinden ve Sözleşme daha büyük gösteren, belgesi olmayan ve küçük olduğunu iddia eden kişilerin yaşının tespiti için objektif tıbbi testlerin yapılmasını yasaklamadığından başvurusunun üstün yararının birincil öncelik haline getirilmesinde başarısız olunmadığı iddiasına gelindiğinde başvurucu, başından beri kesin olarak yetişkin olarak varsayıldığını, küçük olduğu iddiasının göz ardı edildiğini ve amacı gerçeği aydınlatmak değil yaşının önceden aydınlatılmasına yasal dayanak oluşturacak bilimsel olmayan tıbbi testlere tabi tutulduğunu ileri sürmektedir.

5.9 Başvurucu ayrıca, haklarının ihlal edildiğini çünkü kendisine hiçbir zaman çıkarlarını gözetecek bir vasinin atanmadığını ve kendisine sınır dışı edilme kararı verilen yargılamanın ilk aşaması sona erene kadar bir avukatı bile olmadığını, bu aşamada hiçbir güvence sağlamayan tıbbi testler için aydınlatılmış onama yönelik formları zaten imzaladığını tekrarlamıştır. Başvurucu, sınır polisinin eylemlerini engellemekte gönülsüz olan Savcılığın, dava dosyasındaki delillerin tahrif edilmesinin ve doğum belgesinin doğruluğunun yetkili konsolosluk makamlarından doğrulanmasına girişilmesinin gösterdiği gibi çocuğun üstün yararına uygun hareket etme yükümlülüğünü göz ardı ettiğini vurgulamaktadır. Başvurucu, ayrıca, Taraf Devletlerin aile ortamından yoksun bırakılan çocuklar için bakım ve barınmaya yönelik düzenlemeler yapma yükümlülüğü altında olduğunu belirtmektedir. Bununla beraber, bu düzenleme onun olayında hiçbir zaman uygulanmamıştır, tam aksine hapisane kadar veya daha kötü bir göçmen tutma merkezine götürülmüştür.

5.10 Başvurucu, Taraf Devlet'in, Sözleşme'nin 8'inci maddesini ihlal ederek, resmi kimlik belgesinden farklı bir yaş ve doğum tarihi atfederek, ayrıca doğum belgesinin doğruluğunu sorgulayıp bu belgede fotoğraf bulunmadığından belgenin kendisine ait olmadığını kabul ederek kimliğinin temel öğelerini değiştirdiğini ileri sürmektedir.

5.11 Başvurucu, Taraf Devletin Sözleşmenin 27'nci maddesi kapsamındaki yükümlülüklerine uymada başarısız olduğunu çünkü onu yetişkin olarak kategorize ettiğini ve sonuç olarak dışlanmaya karşı ve yetişkin olmadığı için hakkı olan diğer korumalara ulaşımı olmadığını iddia etmektedir.

Üçüncü Taraf Görüşü¹⁴

6.1 3 Mayıs 2018 tarihinde, Fransız Ombudsman, yaş belirleme konusu ve küçüklerin sınır dışı edilmeyi bekleyen yetişkinlere özel tesislerde tutulmasına yönelik bir üçüncü taraf görüşü bildirmiştir.¹⁵ Bu görüş yorumlarını sunmaları için davet edilen taraflara iletilmiştir. Taraflar, *J.A.B. v. İspanya*¹⁶ davasında yapıldığı gibi yorumlarının, üçüncü taraf görüşünün ilgili olduğu bütün başvurulara uygulanabilir olduğunu belirtmişlerdir. Komite, kısaltmak adına başvurunun 8 ila 10'uncu paragraflarına atıfta bulunmaktadır.

6.2 Başvurucu, 13 Mayıs 2019 tarihinde üçüncü taraf görüşü hakkında yorumlarını sunmuştur.¹⁷ Başvurucu, bunun Taraf Devlet'te yaygın olan refakatsiz küçüklerin içerildiği olaylara uygulanabileceğini ve yetkilileri verilen görüşte yapılan tavsiyelere uygun hareket etmeye davet etmektedir. İspanya'ya varış anından beri refakatsiz küçüklerin karşılaştıkları zorlukları anlatmaktadır:

(a) Bir grup refakatsiz küçük İspanya topraklarına vardıklarında küçük olduklarını ispatlayan kimlik belgelerine sahip olduklarını fakat sınır yetkililerinin bu belgeleri ellerinden aldıklarını, bu belgelere bir daha hiç ulaşamadıklarını veya bu belgelerin yetkililer tarafından yok edildiğini veya denize atıldığını gördüklerini iddia etmektedirler.

14 Bu görüş, Komite tarafından kaydedilmiş şu başvurular ile ilgilidir: No. 11/2017, No. 14/2017, No. 15/2017, No. 16/2017, No. 20/2017, No. 22/2017, No. 24/2017, No. 25/2017, No. 26/2017, No. 28/2017, No. 29/2017, No. 37/2017, No. 38/2017, No. 40/2018, No. 41/2018, No. 42/2018 ve No. 44/2018.

15 Fransız Haklar Savunucu tarafından sunulan görüşün bir özeti için bkz. *N.B.F. v. İspanya* (CRC/C/79/D/11/2017), para. 8.1-8.6.

16 CRC/C/81/D/22/2017, para. 9 ve 10.

17 Başvurucu, üçüncü taraf görüşü hakkında yorumlarını (tek seferde) 40/2018, 41/2018 ve 42/2018 no.lu başvurularla ilişkili olarak yapmıştır.

(b) Küçükler başından beri reşit olmadıklarını belirtmeler de elektronik raporlar onların yetişkin olduğunu gösteren farklı tarihler içermektedir. Sonuç olarak, Hükümet Alt-Delegesi ve soruşturma yargıcı tarafından alınan belge, aldıkları küçükler tarafından ileri sürüldenden farklı doğum tarihleri içermektedir ve bu tutarsızlık ilgili tarafın imzasını veya mutabakatını gerektirmemesi ve toplu gözaltı uygulamaları nedeniyle ağırlaştırıcıdır;

(c) Usule ilişkin güvencelerdeki eksiklik ilk derece mahkemeleri tarafından alınan neredeyse bütün kararları onayan yüksek mahkemeler tarafından giderilmemektedir;

(d) Göçmen tutma merkezinde olan pek çok küçük yetişkin olmadıklarını ifade etmekte ve bu açıklamaları, pek çok olayda, rapordaki tarihlerin yanlış olduğuna yönelik hiçbir delil olmadığı gerekçesiyle yaş tespit testlerine izin vermeyen ilgili Savcılığın dikkatine sunulmaktadır;

(e) Teste izin verildiği durumda, yalnızca kemik yaşı testleri uygulayan ve hata payına hiçbir vurgu yapmayan uzmanlar genellikle teste tabi tutulan kişilerin birer yetişkin olduğunu doğrulamaktadır,

(f) Küçüğün kendi ülkesinden, genellikle fotoğrafsız fakat isim içeren bir belge nüshası aldığı durumlarda, Savcılık belgenin uygun olmadığı veya tahrif edildiği gerekçesiyle başvuruları kabul edilemez bulmaktadır;

(g) Yaş tespit kararlarına itiraz yolları doğrudan olmadığı ve derhal uygulanmadığı için etkisizdir. Örneğin, sınır dışı etme kararına karşı yapılacak idari başvuru, küçüğün doğrudan gözaltına alındığı düşünüldüğünde yerine getirilmesi çok zor olan temsil kanıtı gerektirmektedir; dahası, küçüklerin vesayetini almak için yetkili bir yargıca başvurmayı gerektiren uzun bir sürecin neticesinde yapılan başvurular genellikle reddedilmektedir.

6.3 Başvurucu yukarıda izah edilen durumun çocuğun üstün yararını değil sınır gözetimi politikasını korumaya yönelik resmi çıkarla karakterize edilen bir kısır döngü olduğunu iddia etmektedir. Bu konuda birtakım tavsiyelerde bulunmaktadır:

(a) Yaş tespit kararları yalnızca bir kişiye bağlı değildir fakat raporu yazan polis memuru, yaşa ilişkin kararı veren Savcı, tıbbi testlerden sorumlu adli tıp uzmanı gibi farklı kurumlardan farklı kişilere bağlıdır. Hataları ve yanlış raporlamaları önleyecek ve yaş tespit işlemlerinin başlatılması kararının daha iyi denetlenmesini sağlayacak ve reşit olmayanlara uygulanan testlerin çeşitli alanlardaki uzmanlar tarafından onaylanmasını sağlayacak bir yöntem oluşturulmalı;

(b) Yaş tespit işlemlerinin bir parçası olarak alınan kararların otomatik, doğrudan ve etkili bir yargı denetimine tabi tutulması için bir mekanizma kurulmalıdır.

Komite Önündeki Meseleler ve İşlemler

Kabul Edilebilirlik Değerlendirmesi

7.1 Başvuruda yer alan iddiaların incelenmesinden önce, Komite, Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Başvuru Usulüne İlişkin Seçmeli Protokol kapsamındaki usul kurallarından 20'nci kural uyarınca başvurunun kabul edilebilir olup olmadığına karar vermelidir.

7.2 Komite, başvurucunun 18 yaşının üzerinde olduğuna dair tıbbi bir kanıtın varlığı karşısında başvurunun ispatlanmadığı gerekçesiyle kabul edilemez bulunması gerektiği yönündeki iddiasını belirtmektedir. Bununla beraber, Komite, başvurucunun İspanya'ya vardığında küçük olduğunu söylediğini ve Savcılığa, Gine'de düzenlenmiş ve küçük olduğunu doğrulayan doğum belgesinin bir nüshasını sunduğunu da belirtmektedir. Komite, Taraf Devlet'in başvurucunun yaşını ispat amacıyla doğum belgesini düzenlediğini, belgenin başka bir kişiye ait olmadığından emin olunmasını sağlayan antropometrik bilgileri içermemesi, fotoğraf ve fiziksel tanımdan yoksun olması ve başvurudan birkaç gün önce düzenlenmiş olması sebebiyle güvenilir veya gerçek olarak değerlendirilemeyeceği iddiasına da dikkat çekmektedir. Komite, özellikle, başvuru ve Taraf Devlet'in delillere ulaşma imkanının eşit olmaması ve çoğu zaman yalnızca Taraf Devlet'in ilgili bilgilere ulaşabilmesi göz önüne alındığında ispat yükünün yalnızca başvuruca yüklenemeyeceğini vurgulamaktadır. Ayrıca, Komite, Taraf Devlet'in, özellikle adli makamlarca yanlış veya başka bir şekilde asılsız bulunmaması sebebiyle, başvurudan birkaç gün önce düzenlenmesinin başvuru tarafından sunulan doğum belgesinin gerçekliğinin hangi yönleriyle sorgulanmasına sebep olduğunu belirtmediğini vurgulamaktadır. Yukarıda belirtilenler ışığında Komite, Seçmeli Protokol madde 7 (f)'nin başvurunun kabul edilebilirliğine engel olmadığı görüşündedir.

7.3 Komite, ayrıca, başvurucunun Sözleşme'nin 18 (2), 27 ve 29'uncu maddeleri kapsamındaki iddialarını, kabul edilebilirlik açısından yeterince kanıtlanmadığı gerekçesiyle, Seçmeli Protokol madde 7 (f) kapsamında kabul edilemez bulmaktadır.

7.4 Komite, bununla beraber, başvurucunun Sözleşme'nin 3, 8 ve 20'nci maddeleri kapsamındaki iddialarını yeterince kanıtladığını tespit

etmektedir, şöyle ki yaş belirleme sürecinde çocuğun üstün yararı birincil öneme sahip olmamıştır, başvurucunun küçük olarak kabul edilme ve kendi kimliğini koruma haklarına saygı gösterilmemiştir ve küçük olduğunu belirtmesine rağmen koruma almamıştır. Komite, ayrıca, başvurucuya yaş tespit süreci sırasında bir temsilci atanmadığını belirtmektedir ve bu sebeple bu dava koşullarında Sözleşme'nin 12'nci maddesine dayanan iddianın yeterince kanıtlandığı sonucuna varmaktadır. Sonuç olarak, Komite, başvuruyu kabul edilebilir bulmaktadır ve esası incelemeye girişmektedir.

Esasa İlişkin Değerlendirmeler

7.5 Komite, Seçmeli Protokol madde 10 (1) ile uyumlu olacak şekilde taraflarca sunulan bütün bilgiler ışığında başvuruyu değerlendirmektedir.

7.6 Komite'nin önündeki konulardan biri, olayın koşullarında küçük olduğunu iddia edip bunu ispat için doğum belgesinin bir nüshasını sunan başvurucunun yaşının tespiti prosedürünün Sözleşme kapsamındaki haklarını ihlal edip etmediğidir. Özellikle, başvurucu, yaş tespitinde kullanılan tıbbi testin türü ve kendisine vasi veya temsilci atanmaması sebebiyle yaş tespit prosedürü sırasında çocuğun üstün yararının dikkate alınmadığını iddia etmektedir.

7.7 Komite, küçük olduğunu iddia eden gençlerin yaş tespitinin asli öneme sahip olduğunu hatırlatmaktadır çünkü sonuç, kişinin bir çocuk olarak ulusal korumadan faydalanıp faydalanamayacağını belirlemektedir. Dahası – bu nokta Komite için çok önemlidir – Sözleşme'de korunan haklardan faydalanılması bu belirlemeden kaynaklıdır. Bu sebeple, kişinin yaşının tespiti sürecinin adil olması ve aynı zamanda sonuçlara karşı itiraz etme imkanının bulunması bir zorunluluktur. Yaş tespit süreci veya buna itiraz süreci devam ederken kişi şüpheden faydalanmalı ve bir çocuk olarak değerlendirilmelidir. Buna göre, Komite, yaş tespit sürecinde çocuğun üstün yararının birincil öneme sahip olması gerektiği görüşündedir.¹⁸

7.8 Komite, ayrıca, bu tür mevcut belgelerin gerçek olmadığına dair bir kanıt bulunana kadar gerçekmiş gibi değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Yalnızca kimlik belgelerinin veya diğer uygun delillerin yokluğunda Devletler, yaş tespiti yapmak için "çocukların fiziksel ve psikolojik gelişimlerinin kapsamlı bir değerlendirmesine girişmeli, bu da uzman pediatristler ya da gelişimin farklı yönlerinde uzmanlaşmış profesyoneller eliyle gerçekleştirilmelidir. Bu tür değerlendirmeler hızlı, çocuk-dostu, cinsiyete

18 N.B.F. v. İspanya, para. 12.3.

duyarlı ve kültürel olarak uygun bir şekilde, çocuklarla yapılan görüşmeler de dahil olmak üzere [...] çocuğun anlayacağı dilde yapılmalıdır.”¹⁹ Şüpheden, değerlendirilen kişi faydalanmalıdır.²⁰ Mevcut olayda, Komite, Taraf Devlet’in, başvurucu tarafından sunulan resmi belgenin – doğum belgesi – geçerliliğine resmi olarak itiraz etmediğini belirtmektedir.

7.9 Komite şunları belirtmektedir:

(a) İspanya’ya belgeleri olmaksızın gelen başvurucunun yaşının hesaplanması için bilek röntgeni ve sonra, köprücük kemiği ve diş röntgeni içeren bir kemik-yaşı testi uygulanmıştır (ne başvurucunun ne de avukatının son ikisine erişimi söz konusudur) fakat hiçbir tamamlayıcı test, özellikle psikolojik testler, ya da görünüşe göre mülakat yapılmamıştır.

(b) Tıbbi testlere dayanarak söz konusu hastane bu yaş grubu için tahmini bir standart sapmanın hesaplanmadığı bu çalışmada başvurucunun karakterindeki bireylerde sonuca ulaşılamayan bulgulardan yararlandığını dikkate almadan, Greulich ve Pyle atlasına göre, başvurucunun kemik yaşının 19’dan büyük olduğuna karar vermiştir.

(c) Tıbbi testlerin sonuçlarına dayanarak Savcılık, başvurucunun bir yetişkin olduğunu belirten bir karar vermiştir;

(d) Bu kararın sonucu olarak yetkili mahkeme başvurucunun büyükler için bir merkeze yerleştirilmesini istemiştir;

(e) Başvurucu belgelendirilemediğinden serbest bırakılmıştır;

(f) Başvurucu, yaş tespiti prosedürü sırasında bir temsilcinin yardımını almamıştır.

7.10 Komite, ayrıca, dosyada öne sürülen röntgenin kesinlikten uzak olduğu, geniş bir hata payının olduğu ve bu sebeple küçük olduğunu iddia eden ve bu yönde belgeler sunan gençlerin kronolojik yaşının tespitinde tek yöntem olmaya uygun olmadığı yönündeki bol miktarda bilgiyi not almaktadır. Komite, başvurucunun ilgili hata payının uygulanması durumunda tıbbi testlerin sonuçlarının onun ifadeleri ve resmî belgelerindeki bilgileriyle çelişmekten ziyade onları destekleyeceği yönündeki iddialarını belirtmektedir.

19 Bütün Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Haklarının Korunması hakkında Komite’nin 4 (2017) no.lu ve Çocuk Hakları Komitesi’nin menşe, transit, varış ve dönüş ülkelerinde uluslararası göç bağlamında çocukların insan hakları hakkında Devlet yükümlülükleri hakkındaki 23 (2017) no.lu ek genel yorumu, para. 4.

20 *N.B.F. v. İspanya*, para. 12.4.

7.11 Komite, ayrıca, Taraf Devlet'in başvurucunun açıkça bir yetişkin gibi görüldüğü iddiasını da dikkate almaktadır. Bununla beraber, Komite'nin 6 (2005) no.lu genel yorumunda da belirtildiği gibi, yalnızca fiziksel görünümün değil psikolojik olgunluğun da dikkate alınması gerekmektedir. Dahası, açıklamalar bilimsel, güvenli, çocuk ve cinsiyet duyarlı ve adil bir şekilde yapılmalı, belirsizliğin sürdüğü durumlarda kişinin çocuk olma ihtimali varsa şüpheden faydalanmalı ve bu şekilde davranılmalıdır.²¹

7.12 Ayrıca, Komite, başvurucunun yaş tespit sürecinden önce veya bu sırada muhtemel refakatsiz çocuk göçmen olarak çıkarlarını savunmak için kendisine bir vasi veya temsilcinin atanmamış olduğunu ve bu sebeple yetişkin olduğu yönünde bir kararın alındığı iddiasını not alır. Komite, Taraf Devletlerin küçük olduğunu iddia eden bütün gençlere nitelikli bir yasal temsilcinin ve gerekirse bir tercümanın varışta mümkün olan en kısa sürede ve ücretsiz olarak atanması gerektiğini tekrarlar.²² Komite, bu kişilere yaş tespit süreci sırasında temsilci sağlanmasının üstün yararlarının ve dinlenme haklarının korunmasında çok önemli olduğu ve Savcılığın bu konudaki rolünün yetersiz olduğu görüşündedir.²³ Yaş tespit süreci Sözleşme'nin uygulanmasında başlangıç noktası olduğundan bir temsilci atanmaması Sözleşme'nin 3 ve 12'nci maddelerinin ihlali anlamına gelir. Zamanında temsilin yokluğu ciddi bir adaletsizlik ile sonuçlanabilir.

7.13 Komite, Taraf Devletin refakatsiz küçüklerin kimliğini gösteren ve Taraf Devlet tarafından imzalan uluslararası sözleşmeler kapsamında geçerli kabul edilen pasaport veya seyahat belgesine sahip olmaları durumunda belgeli olarak değerlendirileceği, örneğin, bir belgenin fotoğraflı veya fiziksel tasviri içermesi durumunda taşıyanın kimliğini ispat edebileceği iddiasını belirtmektedir. Bununla beraber, Komite, ayrıca, Taraf Devletin kendi Yüksek Mahkemesi tarafından belirlendiği gibi²⁴ egemen bir devlet tarafından verilen resmi bir doğum belgesinin güvenilirliği hakkındaki şüphelerin, bu belgenin geçerliliğine ilişkin resmi bir itiraz olmaması durumunda öncelikli hale gelemeyeceğini belirtmektedir.²⁵

21 6 (2005) no.lu Genel Yorum, para. 31 (i).

22 *A.D. v. İspanya* (CRC/C/83/D/21/2017), para. 10.14, and *A.L. v. İspanya* (CRC/C/81/D/16/2017), para. 12.8.

23 *Ag.e. and J.A.B. v. İspanya*, para. 13.7.

24 İspanya Temyiz Mahkemesi, Hukuk Davaları Bölümü, Usul ihlali itirazı 2629/2019 no.lu başvuru, 307/2020 no.lu karar, 16 Hazira 2020, s. 15. Temyiz Mahkemesi şunları belirtmektedir:

Resmi bir belgede yer alan, düzenleyen makamlarca geçersiz bulunmayan veya sahteliği kanıtlanmayan ve ayrıca, üzerinde oynadığına ilişkin hiçbir emarenin bulunmadığı yaştan güvenilirliğine ilişkin olarak Savcılığın taşıdığı şüpheler yetişkin olmayanların hak etikleri korumayı almak üzere küçük tarafından sunulan belgelerin önüne geçemezler.

25 *M.B.S. v. İspanya* (CRC/C/85/D/26/2017), para. 9.14.

7.14 Komite bu sebeple küçük olduğunu iddia eden başvurucunun geçirdiği yaş tespit sürecinin Sözleşme kapsamında korunan haklara yönelik ihtiyaç duyulan güvenceleri sunmadığı görüşündedir. Bu davada, başvurucu gerekli güvencelerden yoksun bir yaş tespit prosedürüne tabi tutulmuştur çünkü menşe ülkesi tarafından verilen resmi doğum belgesi dikate alınmamış ve prosedür sırasında kendisine yardımcı olarak bir vasi atanmamıştır. Komite, bu sebeple, Sözleşme'nin 3 ve 12'nci maddelerinin ihlal edilerek çocuğun üstün yararının yaş tespit sürecinde birincil öncelik haline getirilmediği görüşündedir.

7.15 Komite, ayrıca, başvurucunun Taraf Devletin kendisine menşe ülke tarafından düzenlenen resmi belgede görünenden başka bir yaş atfederek kimliğin temel bileşenlerini değiştirdiğinden Sözleşme'nin 8'inci maddesi kapsamındaki haklarının ihlal edildiği iddialarını belirtmektedir. Komite, çocuğun doğum belgesinin onun kimliğinin bir parçasını oluşturduğuna ve Taraf Devlet'in onun kimliğini hiçbir parçasını yok saymayarak koruması gerektiğine inanmaktadır. Bu davada, Komite, Taraf Devlet'in, başvurucunun sığınmacı olmamasına ve bu yetkililerle iletişime geçmenin onun yaşamı için risk oluşturacağına inanmak için bir neden olmamasına rağmen geçerliliğini değerlendirmeden ya da içindeki bilgileri menşe ülkenin yetkililerinden doğrulamadan onun küçük olduğunu gösteren doğum belgesinin delil olduğunu reddederek başvurucunun kimliğine saygı göstermede başarısız olduğunu kaydetmektedir.²⁶

7.16 Komite, başvurucunun, Taraf Devlet tarafından itiraz görmeyen, savunmasız ve son derece zayıf bir refakatsiz çocuk göçmen olmasına rağmen Taraf Devlet'in kendisine koruma sağlamada başarısız olduğu yönündeki iddialarına işaret etmektedir. Dahası, Komite başvurucunun İspanyol yetkililere doğum belgesini ibraz etmesinden sonra dahi, özellikle, kendisini belgelemenin imkânsız olduğu gerekçesiyle göçmen tutma merkezinden serbest bırakılmasından sonra, kendisine koruma sunulmadığını belirtmektedir.²⁷ Komite, bu sebeple, bu durumun Sözleşme madde 20 (1)'in ihlalini teşkil ettiği görüşündedir.

7.17 Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Başvuru Usulüne İlişkin Seçmeli Protokol'ün 10 (5)'inci maddesi uyarınca hareket eden Çocuk Hakları Komitesi önündeki olguların Sözleşme'nin 3, 8, 12 ve 20 (1)'inci maddelerinin ihlali anlamına geldiğine karar vermektedir.

²⁶ A.g.e., para. 9.16.

²⁷ Bkz. para. 4.3.

8. Sonuç olarak, Taraf Devlet başvurucuya yönelik ihlallere karşı etkili bir giderim sağlamalıdır. Taraf Devlet, ayrıca, gelecekteki benzer ihlalleri de önleme yükümlülüğü altındadır. Bu bağlamda, Komite, Taraf Devlet'e şunları önermektedir:

(a) Reşit olmadığını iddia eden gençlerin yaşının tespiti sürecindeki bütün prosedürlerin, özellikle aşağıda sıralananların, Sözleşme ile uyumlu bir şekilde sürdürüleceği temin edilmelidir;

(i) Gençler tarafından verilen belgeler dikkate alınmalı ve eğer belgeler yetkili makam veya ilgili elçilikler tarafından düzenlenmiş veya tasdik edilmişse gerçek olarak kabul edilmelidir;

(ii) İlgili gençlere gecikmeksizin ve ücretsiz olacak şekilde nitelikli bir hukuki temsilci veya diğer temsilciler atanmalı, onları temsil için seçilen herhangi bir özel avukat tanınmalı ve bütün hukuki ve diğer temsilcilerin yaş tespit prosedürü sırasında hazır bulunmalarına izin verilmelidir;

(b) 18 yaşın altında olduğunu iddia eden refakatsiz gençlerin yaş tespit prosedürünün devam etmesi durumunda dahi bu gençlere en kısa sürede yetkili bir vasi atanmalıdır;

(c) 18 yaşın altında olduğunu ileri süren refakatsiz göçmen gençlere, gerekli güvencelerin eşlik etmediği yaş tespit prosedürleri neticesinde kendilerini yetişkin kabul eden resmi kararlara karşı, karar konusu çocuğun yüksek yararını ve çocuğun haklarını korumak amacıyla yeniden değerlendirme için başvurabileceği etkili bir itiraz mekanizması geliştirilmelidir;

(d) Göç memurlarına, polis memurlarına, Savcılık yetkililerine, yargıçlara ve diğer ilgili uzmanlara, göçmen çocukların haklarına ilişkin – özellikle 6 (2005) no.lu Komitenin genel yorumu, Bütün Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Haklarının Korunması Komitesi'nin 3 no.lu ve Çocuk Hakları Komitesinin Uluslararası Göç Bağlamında çocukların insan haklarına ilişkin genel ilkeler hakkında 22 (2017) no.lu ek genel yorumu ve Çocuk Hakları Komitesinin 23 (2017) no.lu genel yorumu – eğitim sağlanmalıdır.

9. Seçmeli Protokol'ün 11'inci maddesi uyarınca Komite, Taraf Devlet'ten mümkün olan en kısa sürede ve her halde 180 gün içinde Komite'nin görüşlerini uygulamak için aldığı önlemler hakkında bilgi almak istemektedir. Ayrıca, Taraf Devlet'ten Sözleşme'nin 44'üncü maddesi uyarınca Komite'ye sunmuş olduğu raporlarda almış olduğu önlemler hakkında bilgi eklemesi talep edilmektedir. Sonuç olarak, Taraf Devlet'ten mevcut görüşleri yayımlaması ve onları geniş bir çevreye yayması istenmektedir.

Çocuk Hakları Komitesi

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin Seçmeli Protokolü uyarınca Komite tarafından başvuru prosedürüne ilişkin 76/2019 nolu başvuru hakkında olarak kabul edilen görüşler*, **

<i>Başvurucu:</i>	R.Y.S. (Fundación Raíces tarafından temsil edilmektedir)
<i>Mağdur olduğu iddia edilen kişi:</i>	Başvurucu
<i>Taraf Devlet:</i>	İspanya
<i>Başvuru tarihi:</i>	28 Şubat 2019
<i>Görüşlerin kabul edildiği tarih:</i>	4 Şubat 2021
<i>Konu:</i>	Refakatsiz ve reşit olmama ihtimali bulunan bir göçmenin yaşının belirlenmesi
<i>Usuli meseleler:</i>	İç hukuk yollarının tüketilmemesi; kişi bakımından (ratione personae) yetkisizlik
<i>Sözleşme maddeleri:</i>	3, 8, 12, 16, 18 (2), 20, 22, 27, 29 ve 39
<i>Seçmeli Protokol maddeleri:</i>	7 (c), (e) ve (f)

1.1 Başvurunun sahibi, 10 Mayıs 2001 doğumlu Kamerun vatandaşı olan R.Y.S'dir. Sözleşmenin 3, 8, 12, 16, 18 (2), 20, 22, 27, 29 ve 39. maddelerine dayanarak, kendi haklarının taraf devletçe ihlal edildiğini iddia etmektedir. Başvurucu, Fundación Raíces tarafından temsil edilmektedir. Seçmeli Protokol, Taraf Devlet için 14 Nisan 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

1.2 Komite adına hareket eden başvuru çalışma grubu, Seçmeli Protokol'ün 6. maddesi uyarınca, 28 Şubat 2019 tarihinde, Taraf Devlet'ten, davasının mahkeme tarafından görüşülürken, başvuran kişiyi bir çocuk koruma merkezine transfer etmesini talep etmiştir.

Başvuran kişinin sunduğu gerçekler

2.1 31 Ağustos 2017'de başvuru, Madrid-Barajas Havaalanı üzerinden Madrid'e gelmiştir. İspanya Ulusal Polisi, onu sığınmacı bir çocuk ola-

* Komitenin seksenaltıncı oturumunda kabul edilmiştir (18 Haziran 5 Şubat 2021)

** Bu başvurunun incelemesine katılan komite üyeleri: Suzanne Aho Assouma, Amal Salman Aldoseri, Hynd Ayoubi Idrissi, Philip Jaffe, Olga A. Khazova, Gehad Madi, Benyam Dawit Mezmur, Mikiko Otani, Luis Ernesto Pedernera Reyna, Aissatou Alassane Sidikou, Ann Marie Skelton, Velina Todorova ve Renate Winter.

rak kaydetmiş reşit olmadığı için Başvurucu havaalanına vardığında soruya çekilmemiştir.

2.2 Başvurucu, Madrid Özerk Topluluğu'nun koruması altında iki ay kaldığı Hortaleza'daki küçüklerin ilk kabulü için merkeze alınmıştır. Merkeze kabulü sırasında düzenlenen sağlık raporunda -başvurucunun da iddia ettiği yaş olan- 16 yaşındaki bir fiziksel görünüme sahip olduğu belirtilmiştir. Sağlık raporu, Başvurucunun Kamerun'da babası tarafından maruz kaldığı şiddetli tacizin fiziksel izlerinin de bir kaydını içermektedir. Bu noktada, kabul merkezindeki koruma başvurusunun bir parçası olarak Başvurucu ile görüşme yapılmıştır. Görüşme sırasında, babasının kendisine defalarca cinsel tacizde de bulunduğunu belirterek, yaşadığı zulmü anlatmıştır.

2.3 Başvurucu, iddialarına rağmen, vesayetinden ve korunmasından sorumlu olan Madrid Topluluğu Aile ve Çocuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün, atılması gereken adımların hiçbirini atmadığını ileri sürmektedir. Sığınmacı olarak hakları kendisine bildirilmemiş, bu haklara ilişkin yazılı bilgi verme yükümlülüğü yerine getirilmemiş ve İltica ve Sığınma Bürosu ile temasa geçilmemiştir. Ayrıca, mülakatta ya da sığınma başvurusunda yardımcı olunmamıştır. Örneğin, başvurusu için ihtiyaç duyduğu belgeleri edinme konusunda hiçbir yardım alamamıştır.2.4 Kabul merkezinin yöneticileri, başvuru sahibini, küçük olduğunu kanıtlayan belgeler elde etmesi için ailesiyle iletişime geçmeye teşvik etmiş, ancak kendisi, aile ortamında yaşadığı istismar nedeniyle onlarla tekrar temasa geçmekten korktuğu için bunu reddetmiştir. Temasa geçmeyi reddetmesinin nedenlerini göz ardı edilmiş, ve daha önce kimsenin kendisinin küçük olduğuna ilişkin bir itiraz sürmediği halde, kabul merkezi, Madrid Küçükler Savcılığı'ndan yaş belirleme prosedürünü başlatmasını talep etmiştir.

2.5 2 Kasım 2019'da , prosedürü başlatmak üzere Madrid Küçükler Savcılığı binasına götürülmüştür. Savcılık da başvurucunun uluslararası koruma ihtiyacını dikkate almamış ve bu konuda herhangi bir işlem yapmamıştır. Başvurucunun reşit olduğu belirtilen kararnamede, başvurucunun daha önce tarif ettiği zulüm ve istismardan bahsedilmemiştir. Ayrıca başvurucunun yaş belirlemeye ilişkin kararın gözden geçirilmesi talebi de reddedilmiştir. Buna ek olarak, Savcılık, başvurucuya uluslararası koruma başvurusu süreciyle bağlantılı hakları hakkında herhangi bir bilgi vermemiştir.

2.6 Yazar, yaş belirleme prosedürü sırasında kendisine bir temsilci tayin edilmediğini ve bir tercümanın yardımı olmaksızın adli tıp doktoru tarafından muayene edildiğini kaydetmektedir. Tıbbi yaş testlerinin so-

nuçları hakkında kendisine herhangi bir bilgi verilmemiş ve testlere itiraz etme fırsatı verilmemiştir. Başvurucu, kendisiyle yaş belirleme sürecinde görüşme yapılmadığını, herhangi bir tıbbi bilgi vermesinin istenmediğini, tıbbi geçmişinin, tıbbi durumunun ve kişisel ve aile geçmişinin değerlendirilmediğini ve psikolojik olgunluğunu değerlendirmek için hiçbir girişimde bulunulmadığını eklemektedir. Sadece fiziksel bir muayeneden geçirildiğini, bu muayenede cinsel organının da muayene edildiğini, bunun için tamamen soyunması gerektiğini belirtmiştir. Başvurucu, bu saldırgan muayenenin nedenleri veya gerekliliği veya olası sonuçları hakkında bilgilendirilmemiştir.

2.7 Başvurucu, iki kemik yaşı testinin gerçekleştirildiğini iddia etmektedir: (a) Greulich ve Pyle atlasına göre yazarın kemik yaşının 17 olduğunu belirleyen bir bilek röntgeni; ve (b) ilk adli tıp raporuna göre, «değerlendirilemeyen», «çok düşük kaliteli görüntü» oluşturan bir çene röntgeni. Bununla birlikte, başvurucuyu muayene etmeyen başka bir adli tıp doktoru, 8 Kasım 2017 tarihli raporunda, “hastanın radyolojik yaşı, diş yapısı ve ikincil cinsel özelliklerinin genel bir değerlendirmesinin, en az 18 yaşında bir kemik olgunlaşma yaşının belirlenmesini mümkün kıldığını” yazmıştır. Bu adli tıp hekimi raporunda bilek röntgenine atıfta bulunarak “sol el bileğine yapılan röntgende hastanın kemik yaşının en az 18 olduğunu gösterdiğini” belirtmiş; mahkemede böyle bir açıklamanın bu kesinlikle yapılamayacağı belirlenmiştir. Adli tıp doktoru, bu tür bir testin bilimsel olarak kabul edilmiş 20 ila 24 aylık bir hata payına sahip olduğunu dikkate almamıştır.

2.8 8 Kasım 2017’de Savcılık, yazarın yetişkin olduğuna karar vermiştir. Karar metnine göre bulgu temyize tabi değildir. Yazar, Madrid Özerk Topluluğunun kendisini Hortaleza’daki kabul merkezinden kovduğunu ve ardından birkaç gün sonra kendisine koruma sağlamamak için idari bir karar aldığını belirtmektedir. Başvurucu bu karardan haberdar edilmemiştir. Aslında, koruma kurumunun İdari Dava Mahkemesi’ne sunduğu ve tüm işlemlerin bir kaydını içeren eksiksiz bir rapor olan idari koruma dosyasına göre, kendisine şahsen bildirimde bulunulmamıştır. Yazar, bu idari kararın, karar metnine göre, onu yetişkin olarak kabul eden, temyize tabi tek karar olduğuna dikkat çekmektedir. Başvurucu tamamen savunmasız bırakılmıştır.

2.9 Başvurucu, 24 Kasım 2017 tarihinde, yetişkin olduğunu tespit eden kararın iptali için İdari Dava Mahkemesine başvurmuştur. Mahkeme, yaş belirleme kararnamelerinin temyiz edilebilir idari işlemler olarak açıkça düzenlenmemesi nedeniyle, yetkisiz olduğu gerekçesiyle başvurucunun

talebini reddetmiştir. Başvurucu, , Savcılıktan yaşını belirlemek için atılan tüm adımların kayıtlarını içeren bir dosya sunmasını talep ettikten sonra Mahkeme'nin bir duruşma yaptığını ve başvurusunu kabul edilemez bulunduğunu belirtmektedir. İşte ancak bu aşamada başvurucu, geçirdiği tıbbi testlerin sonuçlarına ve polis tarafından havaalanında yürütülen işlemlerin kayıtlarına erişebilmiştir.

2.10 15 Ocak 2018 tarihinde, tüm dosyayı, özellikle yanlış kaydedilen tıbbi testlerin sonuçlarını inceledikten sonra – adli tıp doktoru, bilek röntgeni sonuçlarının yazarın kemik yaşının 17 yerine 18 olduğunu gösterdiğini belirtmiştir - Başvurucu, Adli tıp raporundaki hatanın düzeltilmesi için Küçükler Savcılığına dilekçe vermiştir. 25 Ocak 2018 tarihinde, talebi, incelemeyi reddeden bir karar ile reddedilmiştir. Savcılık bir adli tıp doktorunun incelemesini talep ettiğinde, 8 Kasım 2017 tarihli adli yaş tespit raporunu yazan aynı adli tabip kendi raporunun bulgularını yeniden teyit etmiştir.

2.11 18 Ocak 2018'de, başvuru sahibi Ombudsman'a şikayette bulundu ve davanın değerlendirilmesi mahkeme süreci başlatıldığı için sonradan askıya alındı.

2.12 8 Şubat 2018'de Başvurucu, adli tıp raporunda bulunan hataya rağmen Savcılığın yaş belirleme kararını yeniden incelemeyi reddetmesiyle ilgili olarak bölgesel Adalet Bakanlığı, İçişleri ve Madrid Topluluğu Mağdurları'na şikayette bulunmuştur. 10 Temmuz 2018'de Başvurucunun bu makamlara ilettiği talepler reddedilmiştir.

2.13 Yine 8 Şubat 2018'de başvuru sahibi, avukatının yardımıyla İltica ve Sığınma Bürosu'na sığınma başvurusunda bulunmuştur. Kendisini yetişkin olarak ilan eden karara itiraz etmeyi amaçladığını belirtmiştir. Ancak, Büro, Savcılık makamı tarafından yayınlanan karar uyarınca başvurucuyu yetişkin bir sığınmacı olarak kaydetmiştir. Tesisi yöneten sivil toplum kuruluşu (STK) Rescate'in raporlarında gösterildiği gibi,¹ kendisine uygun olmayan, yetişkin sığınmacılar için kabul sisteminin bir parçası olan bir tesiste konaklaması söz konusu olmuştur. Haziran 2018'de, başvuru sahibi, İltica ve Sığınma Bürosundan, sığınma başvurusunun amaçları doğrultusunda kendisini küçük olarak kabul etmesini tekrar talep etmiş, ancak talebi yanıtızsız kalmıştır.

2.14 12 Şubat 2018'de başvurucu küçük olarak kendisine sağlanan korumanın sonlandırılmasına itiraz etmek ve ihtiyati tedbir talep etmek için

1 15 Şubat 2019'da Rescate Başvurucu'ya kendi yaşındaki her ergen gibi kendine ait bir alana ve kendisinin kişisel ve psikolojik gelimine yardım edecek uzmanlara ihtiyacı olduğunu ifade etmişlerdir.

Madrid 75 No'lu Asliye Mahkemesi'ne bir dilekçe sunmuştur. Mahkeme 21 Haziran 2018 tarihli bir kararla başvuranın ihtiyati tedbir talebini reddetmiştir. Başvurucu Madrid İl Yüksek Mahkemesi'ne temyiz başvurusunda bulunmuştur; Kasım 2018'de itiraz reddedildi. Aralık 2018'de Anayasa Mahkemesi'ne amparo başvurusunda bulundu ve Mahkeme'den ihtiyati tedbir kararı talep etmiştir. Mevcut başvurunun sunulduğu tarihte, başvurusunun kabul edilebilirliğine ilişkin bir yanıt almadığını veya talep ettiği ihtiyati tedbir kararı hakkında kendisine bilgi verilmediğini belirtmiştir

2.15 3 Aralık 2018 tarihinde, 75 Sayılı İlk Derece Mahkemesi, başvuru sahibinin korumasının sona ermesine itiraz eden dilekçesini reddetmiştir. Mahkeme, kararında başvurusunun kendisine yapılan testler sırasında haklarının ihlal edildiğine ilişkin iddialarını dikkate almamış, yanıtlamamıştır.

2.16 3 Ocak 2019'da başvuru sahibi, mevcut başvurunun sunulduğu tarihte halen derdest olan Madrid Eyalet Yüksek Mahkemesi'ne temyiz başvurusunda bulunmuştur.² Ancak yazar, bu itirazın sonuçlandığı zaman 18 yaşına ulaşacağını ve bu nedenle sonucun pratik bir etkisi olmayacağını belirtmektedir.

Şikayet

3.1 Başvurucu, yaş belirleme süreci sırasında, Sözleşme'nin 3. Maddesini ihlal eden Taraf Devletin, kendisini karine olarak küçük olarak değerlendirmedini ve çocuğun yüksek yararını birincil düşünce olarak kabul etmediğini, kendisinin lehine yorum yapmadığını iddia etmektedir. Yazar, kendisinin küçük olduğuna ilişkin nesnel kanıtlar olduğunu ileri sürmektedir: (a) yazar tarafından sağlanan doğum tarihini 10 Mayıs 2001 olarak gösteren belgeler (aşı kayıtları, okul kartı ve diğer okul belgeleri) ; (b) küçükler için ilk kabul merkezi tarafından düzenlenen sağlık raporu; (c) küçük olduğuna ilişkin beyanları; (d) Mahkemelere sunulan ve başvurusunun davranış ve olgunluk derecesini iddia ettiği yaşla uyumlu bulan uzmanlar tarafından yazılan psikososyal raporlar; € bir uzman tarafından değerlendirildiği üzere, Greulich ve Pyle atlasına göre yazarın kemik yaşının 17 olduğunu gösteren bilek röntgeni; Mahkeme yargılaması sırasında, X-ray sonuçları bu uzman tarafından doğrulandı; bu uzman, geçerli hata payına izin vermekle birlikte, sonuçların, başvuru sahibinin başvuruda 16 buçuk yaşında olduğu iddiasıyla uyumlu olduğu görüşündeydi; ve (f) bilek

2 Başvuru Madrid Eyalet Yüksek Mahkemesi tarafından 14 Mart 2019'da işleme alınmış Eylül ayında karar verilmiştir (bkz. 4.1).

röntgeni sonuçlarının hastanın 17 değil 18 yaşında olduğunu gösteren adli tıp raporundaki ilk hata ve kemik yaşı testleri için ata payının uygulanması. İspanya'da Adli Tıp Enstitüleri için yaş belirleme prosedürlerinin uygulanmasında en iyi uygulamalara ilişkin kılavuzda belirtilen bilimsel kriterlere aykırılık da söz konusudur. Başvurucu, hem Savcılığın kararlarının hem de Asliye Mahkemesi kararlarının, özellikle başvuranın sığınacak yer arayan bir küçük olarak yüksek yararını, kişisel, sosyal ve psikolojik durumunu veya korunma ve yardım ihtiyaçlarını değerlendirmek için atılması gerekli adımlara ilişkin bir değerlendirmede bulunmadığını eklemektedir. 3.2 Başvurucu, yaş belirleme prosedürü ve iltica başvuru süreci sırasında, Taraf Devletin, başvurucunun uygun şekilde temsil edilmesini ve korunmasını sağlamak için bir vasi veya yasal temsilci atamayarak aynı zamanda 18 (2) ve 20 (1) maddeleri ve bunlarla bağlantılı olarak yorumlandığında Sözleşme'nin 3. maddesini de ihlal ettiğini iddia etmektedir.³

3.3 Başvurucu, Taraf Devletin, Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan kimliğini koruma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmektedir. Yaşın kimliğin temel bir yönü olduğunu ve taraf devletin, kimliğine müdahale etmeme ve ayrıca kimliğinin unsurlarını koruma ve yeniden oluşturma yükümlülüğü olduğunu belirtmektedir.

3.4 Başvurucu, Taraf Devlet makamlarından herhangi biri tarafından dinlenmediği için Sözleşme'nin 12. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmektedir. Başta babası olmak üzere, aile bireylerinin kendisine verdiği zarar nedeniyle aile üyeleriyle herhangi bir temastan kaçınması gerektiğini defalarca dile getirmiş, annesiyle de iletişim kuramayacağını, çünkü onu desteklemek yerine babasının tarafını tuttuğunu belirtmiştir.. Destek isteyebileceği bir aile üyesi veya başka kimsesi yoktur. Artık ülkesiyle hiçbir bağı kalmamış, bu da onu ciddi bir savunmasızlık durumuna ve İspanyol koruma hizmetlerine bağımlı hale getirmiştir. Başvurucu, İspanya'ya geldiğinden beri hikayesini hiç değiştirmedeğini iddia etmektedir, ki yaşadıklarının dışsal ve davranışsal belirtilerini gösterdiğinin belirtildiği psikososyal raporlarda da bu durum yansıtılmıştır. Bu raporlar delil olarak kabul edilmesine rağmen Asliye Hukuk Mahkemesi'nin kararında anılmamışlardır. Başvuru sahibi, yaş belirleme prosedürünün başlangıcından itibaren kendisi için bir yasal temsilci ve tercüman atanmamasının, temel olarak, dinlenme hakkını kullanma becerisini baltaladığını eklemektedir.

3 Başvurucu Komitenin refakatçisi olmayan ve menşe ülkesinde ayrı olan çocuklara uygulanacak işlemler hakkındaki Komite'nin 6 No'lu Genel Yorumuna (2005) göndermede bulunmaktadır.

3.5 Başvurucu, yaş belirleme testlerinin rızası olmadan yapıldığından, Taraf Devletin Sözleşme'nin 16. maddesi uyarınca özel yaşamına keyfi veya yasa dışı müdahalelere maruz kalmama hakkını ihlal ettiğini iddia etmektedir. Başvuru sahibi, bu testler için bilgilendirilmemiş ve rıza gösterdiğine dair bir kayıt olmamasına rağmen, savcının test sonuçlarını kabul ettiğini iddia etmektedir.

3.6 Başvurucu, cinsel organları ve cinsel olgunluğu dahil olmak üzere çıplak vücudunun incelenmesinin saldırganlığının özellikle korkunç olduğuna inanmaktadır. Aile ortamında cinsel istismara uğradığını iddia ettiği için, böyle bir muayeneye ihtiyaç olup olmadığı konusunda özellikle dikkatli bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Ayrıca, kabul merkezine varmasının hemen ardından bir genel sağlık raporu düzenlenmiş; bu rapor, başvurunun cinsel organının muayenesini de içermektedir ve başvurunun yeniden muayene edilmesini ve tekrar kıyafetlerini çıkarmasını gereksiz kılmaktadır. Başvurucunun görüşüne göre, sağlık hizmeti bağlamı dışında, yaşını belirlemekten başka bir neden olmaksızın ve anlamadığı bir dilde, neden soyunması gerektiğine dair bir açıklama yapılmaksızın soyunmasının istenmesi, onun haysiyeti açısından bir ihlaldir. Başvurucu testin gereksiz olduğunu iddia etmektedir çünkü Avrupa İltica Destek Ofisi tarafından hazırlanan yaş değerlendirmesine ilişkin Pratik Kılavuz'a göre, ortalama olarak kızların zaten 16 buçuk yaşında tam cinsel olgunluğa eriştikleri için testin gereksiz olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu bilgi de onun test esnasında iddia ettiği yaşla uyumludur. Unutulmamalıdır ki muayene bu husus da, yapılan testin sonuçlarının yaş belirleme amacıyla bağdaşmadığını göstermektedir.

3.7 Başvurucu ayrıca, Taraf Devletin, aile ortamından yoksun bir çocuk olarak hak ettiği korumayı sağlamayarak Sözleşme'nin 20. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmektedir.

3.8 Buna ek olarak, başvuru sahibi yetişkin olarak sığınma başvurusunda bulunmak zorunda bırakıldığı için Sözleşme'nin 22. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmektedir. Hem menşe ülkesinden kaçması hem de koruma başvurusu sırasında yetişkin olarak kabul edilmesinin, başvurunun işleme alınması ve sonucu üzerinde etkisi olabilecektir. Bir yetişkin olarak kabul edildiğinden, İspanyol İltica Yasası kapsamında, refakatsiz yabancı kızlar gibi özellikle savunmasız sığınmacılar için sağlanan özel korumadan yararlanamamıştır. Buna ek olarak, refakatsiz yabancı küçüklere dair özel önlemlere ilişkin çerçeve protokolüne göre, İspanyol koruma makamları başvuru sahibine sığınmacı olarak hakları ve sığınma prosedürü hakkında

bilgi vermiş olmalıdır. Başvurucu, sığınma sürecinde refakatsiz bir kız olarak haklarını korumak için yasal bir temsilciye sahip olma güvencesinden de mahrum bırakıldı.

3.9 Başvurucu, Taraf Devletin kendi çıkarlarını göz önünde bulundurmayarak ve böylece tam gelişimini engelleyerek, Sözleşme'nin 27 ve 29. maddeleri kapsamındaki haklarını ihlal ettiğini ileri sürmektedir. Kendisine yardım edecek bir vasinin olmamasına ek olarak, maruz kaldığı istismar türünün mağdurlarına özel sosyal ve psikolojik yardım sağlanamaması da ciddi bir durumdur. Başvurucunun, küçükler için tahsis edilen bir merkezde kalmasına izin verilmeliydi ki çocuk istismarı mağdurları için özel psikolojik ve sosyal yardım alabilsin. Ayrıca, her zaman istediği bir şey olan üniversite eğitimine hazırlık çalışmalarına devam edememiştir. Başvurucu koruma altındaki bir çocuk statüsüne sahip olmadığı için, sığınma başvurusu reddedilirse İspanya'da tam haklara sahip olarak yaşamasına izin veren yasal bir ikamet izni almasının imkansız olacağını belirtmektedir.

3.10 Ek olarak, başvurucu, reşit olmayanların ve çocukların cinsel istismarı mağdurlarının bakımı konusunda uzmanlaşmış profesyoneller tarafından sağlanmayan ve yetersiz olan psikolojik destek nedeniyle Sözleşme'nin 39. maddesindeki haklarının ihlal edildiğini iddia etmektedir.

3.11 Başvurucu, aşağıdaki olası çözümleri önermektedir: (a) Taraf Devletin kendisinin küçük olduğunu kabul etmesi; (b) küçük statüsüne uygun tedavi ve yaşına ve koşullarına uygun barınma; (c) sığınma başvurusuyla ilgili tüm belgelerde belirtildiği gibi yaşının değiştirilmesi ve başvurusunun değerlendirilmesi amacıyla küçük olarak kabul edilmesi; (d) bu sırada tedavinin sürekliliğinin sağlanarak, özellikle özel psikolojik bakıma izin vermek için uygun konaklama imkanlarının sağlanarak yetişkinliğe geçişine uygun imkanların tanınması; (e) yetkili kamu makamlarının korumasından yararlanma, yasal bir temsilci atanma ve eğitim görme hakkı da dahil olmak üzere, bir küçüğe sağlanması gereken tüm imkanların tanınması; (f) kendisine uluslararası koruma başvurusunda bulunmasına izin veren koruma altındaki küçükler için oturma izni verilmesi; ve (g) Devletin, haklarının ihlal edildiği dönem boyunca maruz kaldığı zararı gidermesi.

Başvuru sahibinden ek bilgi

4.1 Başvurucu, 3 Nisan 2019 tarihli gözlemlerinde, Madrid Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin 14 Mart 2019'da temyiz başvurusunu kabul etmeye karar verdiğini ve itirazın Eylül 2019'da değerlendirileceğini; ancak, yaklaşan yetişkinliği göz önünde bulundurularak, öncelikli olarak değerlendir-

dirilmek üzere yaptığı talebi reddetmiştir.⁴ Başvurucu bu karara İl Yüksek Mahkemesi'nde itiraz etmiştir; Ek bilgilerin sunulduğu tarihte, temyiz yargılaması hala derdest durumdadır.

4.2 Başvurucu, Komitenin ihtiyati tedbir talebini takiben, Madrid Topluluğu ve Rescate ile bir toplantıya davet edildiğini, kendisine yalnızca 10 Mayıs 2019 (18 yaşına gireceği tarih) tarihine kadar kullanılmasına izin verilecek olan bir konaklama teklif edildiğini belirtmektedir. Ayrıca, Rescate tarafından konaklama biriminde kalış süresini uzatma seçeneği sunulmuş ve başvurucu bu teklifi kabul etmiştir. Yasal temsilcileri olarak Fundación Raíces'ten avukatlar atandığını Madrid Topluluğuna bildirmiş olmasına rağmen, Topluluk bu temsilcileri toplantı hakkında bilgilendirmemiştir.

Taraf Devletin kabul edilebilirlik ve esasa ilişkin görüşleri

5.1 Taraf Devlet, 7 Ağustos 2019 tarihli gözlemlerinde, başvurusunun doğum tarihini 10 Mayıs 1991 olarak gösteren bir Kamerun pasaportu kullanarak 29 Ağustos 2017'de Malabo'dan Madrid-Barajas Havalimanı'na geldiğini, ve bu bilginin hem başvurusunun kendi verdiği ifade ile hem de kullandığı havayolu şirketindeki dosya ile doğrulandığını kaydetmiştir. Pasaport yolculuk sırasında imha edilmiştir. Varışta başvuru, polise reşit olmadığını ve doğum tarihinin 10 Mayıs 2001 olduğunu söylemiştir. Başvurucu, polise sığınma başvurusunda bulunmak istediğini söylemiş ancak başvuru formunu imzalamayı reddetmiştir. Taraf Devlet, başvurucuya İspanya'ya yasadışı giriş yaptığı andan itibaren ücretsiz olarak bir avukat ve tercüman yardımı sağlandığını iddia etmektedir.

5.2 30 Ağustos 2017'de, Hortaleza'daki Madrid Topluluğu tarafından yönetilen küçükler için ilk kabul merkezine kabul edildi ve burada küçük olarak kapsamlı yardım almıştır. Madrid Topluluğu, başvurucudan kendi kimliğini ve doğum tarihini kanıtlayan resmi bir belge sunmasını istemiştir. Başvurucu böyle bir belge almak için adım atmamayı reddettiği için yaşının tespiti için Cumhuriyet Savcılığına sevk edilmiştir.

5.3 2 Kasım 2017 tarihinde, Cumhuriyet savcısının huzurunda, başvuru sahibine yaşını belirlemek için uygulanacağı ve kabul ettiği spesifik tıbbi ve radyolojik testler hakkında bilgi verilmiştir. Fiziki muayene, bilek röntgeni ve panoramik diş röntgeni çekilmiştir. Üç testten ikisinin - fizik muayene ve panoramik diş röntgeni - yetişkin yaşta bir kişiyle uyumluyken, üçün-

4 16 Temmuz 2019'da Madrid Eyalet Yüksek Mahkemesi Başvurusunun İlk Derece Mahkemesinin Kararına karşı yaptığı temyiz talebini reddeden bir karar yayınlamıştır (bkz 6.1).

cünün sonuçları - bilek röntgeni - 17 yaşındaki bir kişiyle tutarlıdır. Sonuçların birleşik bir değerlendirmesi ile adli tabip, yazarın 18 yaşından büyük olduğu sonucuna varmıştır.

5.4 8 Kasım 2017'de Savcılık şu kanaate varmıştır: adli tıp değerlendirmesi ve bunun yanında başvurusunun taşıdığını iddia ettiği ve daha sonra imha ettiği resmi pasaportun doğum yılının 1991 olduğunu gösterdiğini de hesaba katarak, aksine daha güvenilir bir kanıt sunulmadıkça, başvuru geçici olarak yetişkin kabul edilmelidir. Herhangi bir yeni kanıt bulunmadığından ve başka bir adli tabibin teyidi ışığında, yazarın geçici olarak belirlenen yaşının gözden geçirilmesi talebi reddedildi.

5.5 15 Kasım 2017'de Madrid Özerk Topluluğu, başvurucuya idari korumaya sağlamamaya karar vermiştir. Başvurucunun bu karara karşı yaptığı itiraz mahkemeler tarafından reddedilmiş çünkü başvuran yeni bir kanıt sunmamış veya başka testler talep etmemiştir. Başvurucu, Hortaleza kabul merkezinden ayrılmıştır, Save a Girl, Save a Generation adındaki bir STK'nın işlettiği ve yetişkinlere yönelik olan bir bakım merkezine yerleşmiştir.

5.6 8 Şubat 2018 tarihinde, başvuru ilk kez bir avukat ve tercümanın yardımıyla yazılı olarak sığınma başvurusunda bulunmuştur. O zamandan beri, Çalışma, Göç ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile işbirliği içinde çalışan Rescate'den yardım almakta ve yasal anlamda geçici olarak yetişkin sayılmasına rağmen aşağıdaki hizmetleri yararlanmaktadır: (a) ileride çocuk psikiyatrisi birimine olası bir sevkle birlikte ayrıntılı psikolojik değerlendirme ve bakım; (b) kendi odasının olduğu beş kadınla paylaşılan bir dairede konaklama; (c) tıbbi ve sosyal bakım; ve (d) bilgi teknolojilerinde temel mesleki eğitime erişim.

5.7 Taraf Devlet, Komitenin ihtiyati tedbir talebi üzerine, talebi derhal Madrid Özerk Topluluğuna ilettiğini kaydeder. Bahsi geçen taleple ilgili, başvurusunun yasal temsilcileri, başvurusunun kendisi ve ona yetişkin bir sığınmacı olarak yardım sağlayan Rescate arasında yapılan toplantıda, başvurusunun küçük olması durumunda sahip olabileceği ihtiyaçlar da göz önünde bulundurulmuştur.. Başvurucu, o sırada aldığı yardımdan memnun olduğu için bir çocuk koruma merkezine nakledilmek istemediğini belirtmiştir.

5.8 6 Ağustos 2019'da başvuru sahibine sığınma hakkı ve dolayısıyla oturma ve çalışma izni verilmiştir.

5.9 Taraf Devlet, başvurusunun, başvuru hakkının kötüye kullanılmasını oluşturduğu ve açıkça dayanaktan yoksun olduğu için, Seçmeli Protokol'ün 7 (c) ve (f) maddeleri uyarınca kabul edilemez olduğunu ileri sürmektedir.

5.10 Taraf Devlet, başvuruçunun hiçbir noktada ulusal makamlar tarafından ihmal edilmediğini iddia etmektedir. İspanya topraklarına ayak basar basmaz sığınma başvurusu işleme alınmış ve reşit olmadığı iddiası dikkate alınarak tüm gerekli kontroller için refakatsiz küçüklerin bakımından sorumlu kamu makamlarına sevk edilmiştir. Madrid Özerk Topluluğu kendisini karşılamış ve başvuranın işbirliği yapmaması üzerine, dosyayı Savcılığa havale etmiştir. Gerekli tıbbi testler yapıldıktan sonra, yasal gerekçeler ışığında yetişkin olarak kabul edilmesi gerektiğine geçici olarak karar verilmiştir. Başvuruçucu daha sonra sığınmacı olarak sosyal entegrasyonunu kolaylaştırmak için tasarlanmış başka bir ücretsiz kamu hizmetinden yararlanmış. Taraf Devlet, başvuruçucu tarafından önerilen olası çözümlerin hiçbir şekilde onun çıkarlarıyla ilgili olmadığını iddia etmektedir.

5.11 Taraf Devlet ayrıca, başvuruçunun sığınma hakkıyla ilgili kararda, kendisine atanan doğum tarihinin – 10 Mayıs 1991 – varsayıldığını açıkça belirttiğini, dolayısıyla bir Kamerun pasaportu sunması halinde, Reşit olduğu için ailesinin yardımı olmadan başvuruda bulunabileceği, onun yerine gerçek, resmi doğum tarihi kaydedilecektir.

5.12 Ek olarak, Taraf Devlet, sığınma başvurusunun sonucunun beklenmemesi sebebiyle, etkili iç hukuk yollarının tüketilmemesi gerekçesiyle Seçmeli Protokol'ün 7 (e) maddesi uyarınca başvurunun kabul edilemez olduğunu ileri sürmektedir. Bu durumda da 6 Ağustos 2019'da kendisine iltica hakkı ve İspanya'da yaşama ve çalışma hakkı tanınması ile ortaya koyulmuştur.

5.13 Başvuruçucu tarafından kullanılan diğer hukuk yollarına ilişkin olarak – yani, Savcılıktan, kendisinin yetişkin olduğuna dair geçici beyanın incelenmesi talebi ve kamu makamlarının kendisine koruma sağlamama kararına karşı hukuk mahkemelerine temyiz başvurusu - Taraf Devlet, başvuruçunun "bu hukuk yollarını yalnızca yüzeysel olarak ve etkinliklerini baltalayacak şekilde ihmalkar bir biçimde tükettiği" görüşündedir. Başvuruçucu, yaşı hakkında güvenilir herhangi bir kanıt, resmi pasaport veya biyometrik veriler içeren bir belge gibi, herhangi bir belgesel kanıt veya tıbbi veya psikolojik rapor, herhangi bir uzman kanıtı sunmamıştır. Sonuçların savcıya veya mahkemelere sunulması amacıyla mahkemelerden herhangi bir tıbbi test talep etmemiş, kendi inisiyatifiyle bu tür testlere tabi tutulmasını talep etmemiştir.

5.14 Taraf Devlet ayrıca, başvurunun sunulma nedeninin artık tartışmalı hale geldiğini, çünkü başvuruçunun yaşının zaten yetişkin olduğunu, o yüzden Komitenin söz konusu başvuruyu dikkate almayarak Seçmeli

Protokol kapsamındaki 26. usul kuralına uyması gerektiği görüşündedir. Ayrıca başvurucuya sığınma hakkı verilmiştir ve başvurucu İspanya’da yaşama ve çalışma hakkına sahiptir.

5.15 Başvurunun esasına ilişkin olarak, Taraf Devlet, başvurucunun aksi yöndeki iddialarına rağmen, uzman tercümanlardan ve avukatlardan ücretsiz olarak yardım aldığını gösterdiğini kaydeder. Ayrıca, bir tercüman yardımıyla geçirdiği tıbbi testlerden önce savcıya olurluğunu vermiştir.

5.16 Taraf Devlet, sığınmacı olarak başvurucunun yüksek menfaatlerinin, özellikle psikolojik ve gelişimsel ihtiyaçlarının, reşit veya yetişkin olarak kabul edilip edilmediğine bakılmaksızın, her zaman göz önünde bulundurulduğunu iddia etmektedir. Başvurucunun, yetişkin olduğunu gösteren resmi bir pasaportla seyahat ettiğini ve kendisine belgeleri kimin sağladığı ve yolculuğu için kimin ödeme yaptığı hususlarının çok belirsiz olduğunu vurgulamaktadır. Taraf Devlet, bir küçüğün Kamerun’dan Peru’ya (biletinde gösterilen son varış noktası) hava yoluyla göç etmek için gerekli kaynaklara sahip olmasını olağandışı bulmaktadır.

5.17 Taraf Devlet ayrıca hiç kimsenin başvuru sahibinin kimliğini – yani adını ve uyruğunu – inkar etmediğini ve “yalnızca gerçek doğum tarihini belirlemenin zorlaştığını” iddia etmektedir.

5.18 Ayrıca, Taraf Devlet, görülebileceği gibi, başvurucunun, davasına dahil olan tüm yetkililer tarafından dinlendiğini iddia etmektedir. Çok yakından ve sıklıkla kişiselleştirilmiş psikolojik yardım almış ve yetkili makamlar her zaman onun fiziksel, psikolojik ve sosyal iyileşmesine öncelik vermiştir. Ayrıca, yetkililerinin eylemleri her zaman başvurucunun barınma, gıda, giyim, hijyen, sağlık, eğitim ve sosyal bütünleşme ihtiyaçları doğrultusunda olmuştur.

Başvurucunun, Taraf Devletin kabul edilebilirlik ve esasa ilişkin gözlemlerine ilişkin yorumları

6.1 16 Aralık 2019 tarihli mütalaasında, başvurucu, 16 Temmuz 2019’da Madrid Eyalet Yüksek Mahkemesi’nin, İlk Derece Mahkemesi’nin kararına karşı temyiz başvurusunu reddetme kararına ilişkin bildirimde bulunduğunu belirtmektedir. Eyalet Yüksek Mahkemesinin verdiği kararda, başvurucunun temyiz başvurusunda ileri sürdüğü yaş belirleme işlemi sırasındaki hak ve güvencelerinin ihlali dikkate alınmamış, bununla ilgili bir karar verilmemiştir. Ayrıca Mahkeme, yargılamanın tartışmalı hale geldiğini ve hatta başvurucunun temyiz başvurusunda tam ne istediğinin belirsiz olduğunu ileri sürmüştür.

6.2 10 Eylül 2019'da başvurucu, usule ilişkin bir ihlalin mağduru olduğunu iddia ederek Yüksek Mahkeme'ye temyiz başvurusunda bulunmuştur. Yüksek Mahkeme, başvurucunun yorumlarının sunulduğu sırada bu itirazın kabul edilebilirliği ile ilgili bir karar vermemiştir. Başvuru sahibi ayrıca, geçici tedbirlerle ilgili olarak etkin yargısal koruma temel hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine 3 Aralık 2018 tarihinde sunduğu amparo başvurusunun kabul edilebilirliğine ilişkin kararın halen derdest olduğuna dikkat çekmektedir.

6.3 Başvurucu, 18 yaşına ulaştığında ve kendisini yetişkin ilan eden karar tartışmalı hale geldiğinde, İltica ve Sığınma Dairesi'nden iltica başvurusunda doğum tarihini değiştirmesini tekrar talep ettiğini belirtmektedir. 20 Haziran 2019'da Ofis, böyle bir değişikliğin ancak pasaport veya resmi bir doğum belgesi ibraz edilmesi halinde yapılabileceğini belirterek, başvurucunun talebini reddetmiştir. Başvurucu, Kamerun yasalarına göre henüz reşit olmadığı⁵ için ailesiyle herhangi bir temas kurma ve Madrid'deki Kamerun Konsoloslukuna başvurma konusunda aşılmaz bir korku yaşamaya devam etmektedir.

6.4 Başvuru sahibi, Taraf Devletin aksini iddia etmesine rağmen, Şubat 2018'e kadar böyle bir resmi başvuruda bulunmadığından, İspanya'ya gelir gelmez uluslararası koruma başvurusunun değerlendirilmesinin başlamadığını iddia etmektedir. Yetkililer, iltica süreci hakkında bilgi vermek veya onu uzman bir avukatla görüştürmek için herhangi bir adım atmamıştır.

6.5 Başvurucu, Taraf Devletin sunduğu belgelerde, kendisine havaalanında bir avukat veya tercüman yardımı verildiğine dair bir kayıt bulunmadığını; örneğin, bu kişilerin varlığına dair herhangi bir imza veya referans veya bu kişiler hakkında başka herhangi bir bilgi olmadığına dikkat çekmektedir. Ancak başvurucunun böyle bir yardım talep ettiğine dair kayıt mevcuttur. Başvurucunun sığınma başvurusunu imzalamayı reddettiğine dair bir polis memuru tarafından yazılmış herhangi bir ifade veya not bulunmamaktadır. Başvurucu ayrıca, Taraf Devletin iddialarının aksine, İspanya'ya girişini takip eden aylarda kendisine sığınmacı olarak haklarını bildirmek üzere bir hukuk danışmanı veya temsilci atanmadığını da belirtmektedir. Ayrıca, yargılama tutanakları, yaş tespiti sürecinde kendisine herhangi bir zamanda bir yasal temsilci tarafından yardım edilmediğini göstermektedir. Ayrıca, Şubat 2018'deki sığınma başvurusu için yaptığı ilk görüşme sırasında Taraf Devletçe kendisine hukuki yardım sağlanmamıştır.

⁵ Kamerun Hukukuna göre yetişkinlik yaşı 21'dir.

6.6 Başvurucu, çocukların korunmasından sorumlu makamların Ağustos 2017'de aile ortamında cinsel istismara maruz kaldığı konusunda bilgilendirilmesine rağmen, İspanya'ya geliştinden sekiz ay sonrasına kadar psikolojik yardım almadığını belirtmektedir. Bu tür bir yardım Rescate tarafından Kasım 2018'e kadar sağlanmıştı. Bu yardım, çocuk istismarı mağdurlarına yardım etme konusunda uzmanlaşmış bir profesyonel tarafından sağlanabilecek yardıma eşdeğer değildir.

6.7 Başvurucu, dosyasında gösterildiği gibi, polisin, küçükler merkezinin ve Savcılığın, başvurunun küçük olduğu şüphesi ile hareket etmediğinin vurgulanması gerektiğini düşünmektedir.. Refakatsiz yabancı küçüklere ilişkin özel önlemlere ilişkin İspanyol çerçeve protokolü uyarınca, bir çocuğun görünüşü, onun bir çocuk olduğunu tartışmasız bir şekilde açıkça ortaya koyuyorsa, yaş belirleme prosedürlerinin uygulanması gerekli değildir. Başvurucu ayrıca, gelişinde gösterebildiği belgelerin – yani aşı kayıtları, okul kartı ve doğum tarihini gösteren diğer okul belgeleri – incelenirken dinlenilmediğini de kaydetmiştir. Başvurucu görüşüne göre, Taraf Devlet, Kamerun'da yasal reşit olma yaşının 18 değil 21 olduğundan habersiz görünmektedir. Bu nedenle, başvurunun, resmi belge elde etmek için adım atmaktan çekinmesi, belirttiği nedenlerden dolayı mantıklıdır,- çünkü, aile üyeleri onu bulacak ve Kamerun yasalarının onun üzerinde kendilerine verdiği yetki göz önüne alındığında, bir şekilde onu istismara maruz bırakmaya devam edeceklerdir

6.8 Ayrıca, Taraf Devlet, ne karine gereği küçük sayılmakuralına ne de adli tıp doktorları için en iyi uygulamalara ilişkin kılavuza saygı göstermemiştir. Kılavuza göre, çeşitli testler farklı sonuçlar veriyorsa, en küçük yaş belirleyen teste, yukarıda bahsi geçen kurala uygun olarak öncelik verilmesi gerekmektedir.

6.9 Başvurucunun yetişkin olduğuna dair kararın gözden geçirilmesi için başvuruda bulunduğu, taraf Devletin herhangi bir yeni kanıt sunmadığı iddiasıyla ilgili olarak, başvuru sahibi, Fundación Raíces'in hukuki desteğiyle adli takibat başlatana kadar, kemik yaşı testlerinin sonuçlarına erişiminin olmadığını belirtmektedir. Bariz hatalar yapıldığı için başvuru kararın gözden geçirilmesini istedi. - Özellikle adli tıp doktorunun bilek röntgeninin sonuçlarını kopyalarken yaptığı hata. Ancak Savcılık, aynı adli tıp doktorunun önceki raporunun sonucunu yeniden teyit ettiği yeni bir adli tıp raporu talep etti. Savcılık, bu raporu kayıtsız şartsız kabul etti, sonuçları yeniden yorumlamaya veya başvurucuya hüsnüzanla yaklaşmak için herhangi bir girişimde bulunmadı.

6.10 Eğitime erişimle bağlantılı olarak başvuru, üniversite eğitimine yönelik çalışabilmek amacıyla, okula devam etmek için başvurduğunu belirtmektedir. Ancak, yasal vasisi olmadığı ve Savcılık tarafından yetişkin ilan edildiği için yaşına uygun düzeyde halk eğitim sistemine girememiştir. Sadece yetişkinlere yönelik, ihtiyaçlarını karşılamayan eğitim sistemine erişim hakkı verildi. Reşit olmayan başvuru, motivasyon kaybına ve vazgeçme duygularına katkıda bulunan bu eğitim eksikliğinden ciddi şekilde etkilenmiştir.

6.11 Başvuru ayrıca, Save a Girl, Save a Generation tarafından işletilen kadınlara yönelik bir bakım merkezine geçmek için, küçüklerin kabul merkezi olan Hortaleza dan ayrılmayı tercih ettiği yönündeki Taraf Devletin iddiasına katılmayarak, merkezden gönüllü olarak ayrılmadığını, aslında kovulduğunu, bu da onun gözyaşlarına boğulmasına neden olduğunu ve onu tam bir kafa karışıklığı içinde bıraktığını ifade etmiştir. Merkezden atıldıktan sonra, Save a Girl'ün sunduğu pansiyonda üç gün geçirdi ve ardından çoğu çocuk sahibi olan yetişkin Afrikalı kadınlara yönelik bir dernek olan Karibu tarafından işletilen bir sığınma evine transfer edildi.

6.12 Taraf Devletin geçici tedbir talebine uymasıyla ilgili olarak, başvuru sahibi, Komite'nin kendisinin küçüklerin korunmasına yönelik bir merkeze nakledilmesi talebinin, kamu yetkililerini Rescate tarafından sağlanan dairede kalış süresini uzatmaya sevk ettiğini açıklamaktadır. Başvurucunun, barınma durumunun bu nedenle değiştiğini ve artık hemen ayrılması gerekmediğini açıklamıştır.

6.13 Taraf Devletin iç hukuk yollarının tüketilmediğine ilişkin savunmalarına ilişkin olarak, başvuru sahibi, başvurusunda, reşit olmayan olarak haklarının ihlal edildiğini ve sığınma hakkı verilmesinin bu ihlal için bir çare olmadığını iddia ettiğini yineler. Başvuran, kendisine koruma verilmemesine ilişkin idari karara itirazının, kendisinin yetişkin olduğu tespitine itiraz etmek için uygun bir araç olmadığını, özellikle de Kovuşturma Biriminin olası bir küçük olan başvuru sahibinin çıkarlarına riayet etmekten ziyade kendi bulgularını tutarlı bir şekilde savunmuş olmasını vurgulamaktadır.

6.14 Avukatları tarafından açılan usuli işlemlerle ilgili olarak ihmal suçlamasına cevaben, başvuru sahibi şunları belirtmektedir: (a) Rescate tarafından görevlendirilen bir psikolog ve bir sosyal hizmet uzmanı tarafından düzenlenen, delil olarak kabul edilen ancak karar verilirken dikkate alınmayan ve değerlendirilmeyen raporlar sunmuştu. Bu raporlar, başvuru sahibinin psikolojik özelliklerinin, davranışlarının ve olgunluk düzeyinin, iddia ettiği yaşla tutarlı olduğunu doğruladı; (b) mevcut davada yaş belirleme prosedürü sırasında işlenen hak ihlalleri, İspanyol yaş belirleme prose-

dürüyle ilgili diğer kararlarda Komite tarafından halihazırda tespit edilen ihlallerle tamamen aynı şekilde tanımlanmış ve kanıtlanmıştır; (c) başvuru sahibi, bir radyoloji uzmanının tanıklığının ve bilirkişi kanıtlarının sunulması için talepte bulunmuştur. 75 No'lu Madrid Asliye Mahkemesinde yapılan bu duruşmada dinlenen uzman, bilek röntgeni ile Greulich ve Pyle atlas'ın karşılaştırıldığı zaman 17 yaşında bir kemik yaşı gösterdiğini doğruladı. Radyolog, röntgen sonuçlarının, yazarın test sırasında olduğunu iddia ettiği yaş olan 16 buçuk yaşla uyumlu olduğunu doğruladı; (d) başvurucunun temsilcilerinin talebi üzerine ifade veren adli tıp doktoru da (ne raporlarında ne de duruşmada tercih nedenlerini açıklamadan) savcılık ve bilim camiası tarafından tanınan 20 ila 24 aylık bir marj yerine 12 aylık hata payı seçtiğini belirtti.– ayrıca 8 Kasım 2018 tarihli adli tıp raporunda bir yazım hatası yaptığını kabul etti; ve (e) İlk Derece Mahkemesi ve ardından İl Yüksek Mahkemesi, başvurucunun cinsel olgunluğunu değerlendiren adli tıp doktorunu ifade vermesi için mahkemeye çağırılmayı reddetmiştir.

6.15 Başvuru sahibi, ulusal makamlara verdiği tüm ifadelerde tutarlı bir şekilde kabul ettiği gibi, sahte bir pasaportla seyahat etmek zorunda olduğunu iddia etmektedir. Sığınmacıların sahte pasaportlarla seyahat etmek zorunda kalmasının çok yaygın olduğunu açıklıyor. Yolculuğu için desteğe ihtiyacı vardı, bu da içinde bulunduğu durumdan kurtulmasının tek yolu oldu.

6.16 Başvuru sahibine mülteci statüsü verilmiş olmasına ve şu anda 18 yaşının üzerinde olmasına rağmen, Taraf Devlet, belgelerinde görünen doğum tarihini düzeltmeyi reddetmeye ve başvuru sahibine, tarif ettiği zulüm ve daha önce tatmin edici bir şekilde açıklanmış olan diğer koşullar nedeniyle elde edemediği kimlik belgelerini sunmasını talep etmeye devam etmektedir. Diğer sığınmacıların reşit olma yaşına geldikleri ve menşe ülkeleri tarafından verilen belgeleri ibraz edemedikleri durumlarda, olağan prosedür, belirtilen doğum tarihlerini kaydetmek olmuştur. Bu nedenlerle başvuru sahibi, Taraf Devletin eylemlerinin Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğini yineler.

Komite önündeki sorunlar ve işlemler

Kabul edilebilirliğin değerlendirilmesi

7.1 Seçmeli Protokol kapsamındaki usüllerin 20. kuralı gereğince Komite, bir başvuruda yer alan herhangi bir iddiayı değerlendirmeden önce, o başvurunun Seçmeli Protokol kapsamında kabul edilebilir olup olmadığına karar vermelidir.

7.2 Komite, başvuruçunun iç hukuk yollarını tüketmediği yönündeki Taraf Devlet iddiasını dikkate alır çünkü: (a) başvuruçunu, iç hukuk yolu olan ve 6 Ağustos 2019da kendisine verilen sığınma hakkı başvurusunun sonuçlanmasını beklemedi; ve (b) iç hukuk yollarını yalnızca yüzeysel ve etkili olmayan bir biçimde tüketmiş, zira kendi yaşını güvenilir bir şekilde kanıtlayamamıştır. Bu bağlamda, Komite, başvuru sahibinin haklarının ihlalinin, reşit değilken bir yetişkin olarak sunmaya zorlandığı sığınma başvurusunun olumlu sonucuyla giderilmediği yönündeki iddiasını dikkate alır. Komite ayrıca başvuruçunun, yaşını kanıtlamak amacıyla belgeler sağlayarak ve bilirkişi delilinin sunulmasını talep ederek, Küçükler Savcılığı ve idari ve hukuk mahkemeleri önündeki mevcut hukuk yollarını etkili bir şekilde kullandığını kaydeder. Buna göre Komite, Seçmeli Protokol'ün 7 (e) maddesinin, başvurunun kabul edilebilirliğine engel teşkil etmediğini tespit etmiştir.

7.3 Ek olarak, Komite, Taraf Devletin, başvuru hakkının kötüye kullanılmasını teşkil ettiği ve Seçmeli Protokol'ün 7 (c) ve (f) maddeleri uyarınca açıkça dayanaktan yoksun olduğu için başvurunun kabul edilemez olduğu iddiasını kaydeder, çünkü Taraf Devlet, başvuruçunun reşit olmadığı yönündeki iddiasını gerçekten dikkate almış ve başvuruçunun yetişkin olduğunun geçici olarak belirlenmesinden sonra, aksini gösteren herhangi bir belgesel veya tıbbi kanıt sunmamıştır. Bununla birlikte, Komite, başvuruçunun, bir yetişkin olarak sunmak zorunda kaldığı sığınma başvurusunun olumlu sonucunun, reşit olmayan olarak İspanyaya geldiği andan itibaren maruz kaldığı hakların ihlalleri için bir çare teşkil etmediği yönündeki iddiasını kaydeder. Başvuru sahibine göre, bu ihlaller arasında, taraf Devletin, başvuranın reşit olmadığını varsaymaması, kendisine bilgi vermemesi ve yaş belirleme prosedürü sırasında yasal bir temsilci ve tercüman yardımıyla dinlenmesini sağlamaması, cinsel istismar mağduru bir çocuk olarak ihtiyaç duyduğu koruma ve bakımın sağlanamaması, maruz kaldığı genital muayene yoluyla mahremiyetinin ihlal edilmesi, eğitime erişiminin sağlanamaması ve uygun şekilde korunmasının sağlanamaması.

7.4 Komite, başvuruçunun, Sözleşme'nin 18 (2) ve 29. maddeleri kapsamındaki iddialarını yeterince kanıtlamadığını ve bu nedenle bunları Seçmeli Protokol'ün 7 (f) maddesi uyarınca kabul edilemez bulmuştur.

7.5 Ancak Komite, başvuruçunun Sözleşme'nin 3, 8, 12, 16, 20, 22, 27 ve 39. maddeleri kapsamında iddialarını yeterince kanıtladığı, bu nedenle Seçmeli Protokol'ün 7. maddesinin (c) ve (f) bendlerinin, başvuru kabulü için bir engel oluşturmadığı görüşündedir. Bundan dolayı Komite, yukarıdaki iddiaları kabul edilebilir bulur ve esasa göre değerlendirmeye devam eder.

Esasların değerlendirilmesi

8.1 Komite, mevcut başvuruyu, Seçmeli Protokol'ün 10 (1) maddesi uyarınca taraflarca kendisine sunulan tüm bilgiler ışığında değerlendirmiştir.

8.2 Komite'nin önündeki konulardan biri, davanın şartlarında, defalarca ve kesin olarak küçük olduğunu belirten, bu statüsünü belgelerle kanıtlayan ve küçük görünen başvuruçunun, yaş belirleme sürecinin, Sözleşme kapsamındaki haklarını ihlal edip etmediğidir. Başvuru sahibi, özellikle, şüphe halinde karine gereği küçük sayma ilkesine uyulmaması, yaşının belirlenmesinde kullanılan tıbbi testlerin ve kendisi için bir vasi veya temsilci atanmaması gibi nedenlerden dolayı, çocuğun yüksek menfaatinin gözletilmesinin bu süreçte birincil olmadığını iddia etmiştir.

8.3 Komite, reşit olmadığını iddia eden bir gencin yaşının belirlenmesinin temel öneme sahip olduğunu, çünkü sonucun bu kişinin küçük olarak ulusal korumaya hak kazanıp kazanmayacağını veya bu korumadan hariç tutulup tutulamayacağını belirleyeceğini kaydeder. Bu nokta Komite için hayati önem taşımaktadır çünkü Sözleşme'de yer alan hakların kullanılması bu belirleme ile gündeme gelmektedir. Bu nedenle, bir kişinin yaşını belirlemek için yasal sürece karşı etkili bir hukuksal itirazda bulunma fırsatı olması zorunludur. Bu süreç devam ederken, kişi lehine yorum yapılmalıdır - yani, küçük olduğu varsayılmalı ve öyle muamele edilmelidir. Komite, bu bağlamda, yaş belirleme sürecinde çocuğun yüksek yararının birincil düşünce olması gerektiğini vurgular.⁶

8.4 Komite ayrıca, aksine bir kanıt olmadığı sürece mevcut tüm belgelerin gerçek olarak kabul edilmesi gerektiğine işaret eder. Devletler, yalnızca kimlik belgelerinin veya diğer uygun kanıtların yokluğunda, kapsamlı bir yaş tahmini yapmak için, uzman çocuk doktorları veya gelişimin farklı yönlerini birleştirme konusunda yetenekli diğer profesyoneller tarafından yürütülen, çocuğun fiziksel ve psikolojik gelişiminin kapsamlı bir değerlendirmesini yapmalıdır. Bu tür değerlendirmeler, çocuklarla yapılan görüşmeler de dahil olmak üzere, çocuğun anladığı bir dilde teşvik edici, çocuk dostu, cinsiyete duyarlı ve kültürel olarak uygun bir şekilde yapılmalıdır.⁷ Sonuçlar, değerlendirmeye tabi tutulan kişi lehine yorumlanmalıdır.⁸ Bununla bağlantılı olarak, Komite, Taraf Devletin, adli tıp muayenesi

6 N.B.F vs İspanya (CRC/C/79/D/11/2017) prg. 12.3

7 Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Komite'nin 4 (2017) Sayılı ve Çocuk Hakları Komitesi'nin 23 (2017) Sayılı Ortak Genel Yorumu, para. 4.

8 N.B.F. vs İspanya prg. 12.3

ve 1991 olarak doğum yılını gösteren bir pasaportla yaptığı seyahat göz önüne alınarak, Savcılığın başvurusunun yaşının tespitini içeren bir karar verdiği yönündeki iddiasını kaydeder. Komite ayrıca başvurusunun, ulusal makamlara sürekli olarak açıkladığı gibi, sığınmacıların sıklıkla yapmak zorunda kaldıkları gibi, içinde bulunduğu taciz edici durumdan kurtulmak için sahte bir pasaportla seyahat etmek zorunda kaldığına ilişkin açıklamasına da dikkat çeker. Komite, pasaportun yazarın yolculuğu sırasında imha edilmesi nedeniyle, gerçekliğinin taraf Devlet yetkilileri tarafından hiçbir zaman doğrudan değerlendirilemediğini gözlemlemektedir.

8.5 Bu davada, Komite ayrıca, İspanya'ya geldiğinden beri, başvuru sahibinin küçük olduğunu ve 10 Mayıs 2001'de doğduğunu (taşıdığı okul belgeleri ve aşı karnesinde gösterildiği üzere) yetkililere sürekli ve tekrar tekrar iddia ettiğini kaydeder. Reşit görünmemesi hususuna da hem ülkeye vardığı zaman polis yetkilileri dikkat edilmiş hem de küçüklere ilişkin merkeze kabul edilmesinin ardından düzenlenen sağlık raporunda belirtilmiştir. Buna ek olarak Komite, başvurusunun, babası tarafından cinsel istismara maruz kalan bir çocuk olarak sığınma başvurusunda bulunma niyetini iletildiğini ve kendisinin yaşını kanıtlamak amacıyla pasaport başvurusunda bulunmak üzere Kamerun'daki ailesiyle iletişim kurmaktan çekinmesine neden olan, maruz kaldığı istismardan kaynaklanan haklı nedenlere dayanan korkularını dile getirdiğini kaydeder. Komite ayrıca şu hususları da not eder: (a) başvurusunun yaşının belirlenmesi için, tamamen soyunmasını ve cinsel organının incelemesini gerektiren fiziksel bir muayenenin yanında, bileğinin bir röntgeni ve panoramik bir diş röntgeninden oluşan tıbbi testlere tabi tutulduğunu, ancak psikolojik testler gibi başka testlerin yapılmamış olmasını kaydeder; (b) bilek röntgeni sonucu, Greulich ve Pyle atlası ile karşılaştırıldığında 17 yaşında bir kemik yaşı gösterdiği, ancak bu sonucun, bir yazı hatası nedeniyle tıbbi raporda 18 yıl olarak kaydedildiği; (c) sağlık raporundabaşvurucuya uygulanan tüm testlerin sonuçlarının değerlendirilmesinin ardından, kemik yaşının herhangi bir hata payı belirlenmeksizin en az 18 olduğu sonucuna varılması; (d) başvurusuna yaş belirleme prosedürü sırasında bir temsilci tarafından yardım edilmediği; (e) tıbbi bulgulara dayanarak, Taraf Devlet makamları, başvurusunun yetişkin olduğunu tespit eden bir karar verdiği, ancak başvurusunun bilek röntgeni sonuçlarının yanlış belirtildiğine ilişkin şikayeti üzerine kararın yeniden incelemeye alınmadığı; ve (f) başvurusunun yetişkin olduğuna karar verildikten sonra, kaldığı küçükler için kabul merkezinden atıldığı.

8.6 Komite ayrıca, röntgen kanıtlarının kesinlikten yoksun olduğunu, geniş bir hata payına sahip olduğunu ve bu nedenle, küçük olduğunu id-

dia eden bir gencin kronolojik yaşını değerlendirmenin tek yöntemi olarak kullanılmaya uygun olmadığını öne süren bol miktarda mevcut bilgiyi not eder. Komite, başvurucunun, adli tıp doktorunun, bilimsel topluluklar tarafından röntgen kanıtları için uygun olarak kabul edilen hata payına yer vermediği yönündeki iddiasını kaydeder.

8.7 Komite, 6 No'lu genel yorumunda (2005), yaş değerlendirmesinin sadece kişinin fiziksel görünümünü değil, aynı zamanda psikolojik olgunluğunu da dikkate alması gerektiğini, değerlendirmenin bilimsel, güvenli, çocuğa ve cinsiyete duyarlı ve adil bir şekilde yapılması gerektiğini, belirsizliğin devam etmesi durumunda kişi lehine yorum yapılması gerektiğini, böylece kişinin küçük olma olasılığı varsa ona göre davranılması gerektiği belirtilmiştir.⁹

8.8 Komite ayrıca başvurucunun kendisine yapılan fiziki muayenenin mütevazı nitelikte olduğuna ilişkin iddialarını da not eder. Başvurucunun cinsel organlarının incelendiği ve cinsel olgunluğun, sağlıkla ilgili herhangi bir nedenle değil, sadece yaşının belirlenmesi için değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Başvurucunun, aile ortamında cinsel istismara uğradığı ve kabul merkezine vardığında cinsel organının muayenesi de dahil olmak üzere genel bir tıbbi muayeneden geçtiği yönündeki tutarlı iddiaları göz önüne alındığında, muayene daha da saldırgan bir tutuma işaret etmektedir.. Komite ayrıca, başvurucunun, muayenenin gereksiz olduğu, çünkü o sırada 16 buçuk yaşında olduğu ve ortalama olarak kızların o yaşta zaten tam cinsel olgunluğa eriştiği ve dolayısıyla yapılan testin yaş belirleme amaçları ile alakasız olduğu yönündeki iddiasını not eder. Taraf Devlet de bu inceleme için herhangi bir gerekçe sunmadığından ve başvurucunun incelemenin nedeni hakkında anlayabileceği bir dilde bilgi alamadığı ve başvurucu işlem sırasında bir temsilci ile temsil edilmediğinden, komite, başvurucunun muayene için rıza göstermiş sayılmayacağını kaydeder. Komite, bir çocuğun yaşını belirlemek için yapılan ve çıplaklık veya cinsel organın veya vücudun diğer mahrem yerlerinin incelenmesini içeren testlerin çocuğun onurunu, mahremiyetini ve vücut bütünlüğünü ihlal ettiği ve yasaklanması gerektiği görüşündedir. Başvuru sahibinin maruz kaldığı incelemeyi çevreleyen koşullar ışığında, Komite, başvurucunun özel hayatına yasa dışı bir müdahale oluşturduğunu ve Sözleşme'nin 16. maddesi kapsamında korunan mahremiyet ve onur haklarını ihlal ettiğini tespit etmiştir.

9 6 No'lu Genel Yorum prg. 31.

8.9 Ek olarak, Komite, başvurucunun, ne Taraf Devlete vardığında ne de bir yetişkin olduğunu ifade eden kararın verilmesine yol açan süreçte, olası bir refakatsiz küük göçmen olarak çıkarlarını savunması için bir vasi veya temsilci atanmadığına dair iddialarını not eder. Komitenin sık sık belirttiği gibi, Taraf Devletler, reşit olmadığını iddia eden tüm gençler için, varışlarından sonra mümkün olan en kısa sürede ve ücretsiz olarak nitelikli bir yasal temsilci ve gerektiğinde bir tercüman atamalıdır. Komite, yaş belirleme sürecinde bu kişilere bir temsilci atanmasının, onların yüksek menfaatlerine saygı gösterilmesinin ve dinlenilme haklarının temel bir garantisi olduğu görüşündedir.¹⁰ Böyle bir adımın atılmaması, Sözleşme'nin uygulanması için başlangıç noktası yaş belirleme süreci olduğundan Sözleşme'nin 3. ve 12. maddelerinin ihlalini oluşturmaktadır. Zamanında temsilin olmaması önemli bir adaletsizliğe neden olabilir.

8.10 Bu nedenle Komite, çocuk olduğunu iddia eden ve çocuk gibi görünen başvuru sahibi tarafından uygulanan yaş belirleme prosedürüne, Sözleşme kapsamındaki haklarını korumak için gereken güvencelerin eşlik etmediği görüşündedir. Bu durumda – özellikle başvurucunun yaşını belirlemek için kullanılan muayene ve bu süreçte kendisine yardımcı olacak bir temsilcinin bulunmaması göz önüne alındığında – Komite, çocuğun yüksek yararının yaş belirleme prosedüründe birincil düşünce olmadığını ve cinsel istismar mağduru olduğu için, prosedürün aynı zamanda Sözleşme'nin 3, 12 ve 16. maddelerini ihlal ederek özel hayatına hukuka aykırı bir müdahale eylemi olduğunu tespit eder.

8.11 Komite, Taraf Devlet'in, başvurucunun kimliğinin unsurlarını değiştirdiğini, çünkü kendi gerçek doğum tarihi olan 10 Mayıs 2001 (taşıdığı okul belgeleri ve aşı kitapçığındaki) ile uymayan bir yaş ve doğum tarihi atfederek haklarını ihlal ettiği yönündeki iddialarını kaydeder. Komite, bir çocuğun doğum tarihinin onun kimliğinin bir parçasını oluşturduğuna ve Taraf Devletlerin, çocuğun kimliğini herhangi bir unsurdan yoksun bırakmadan kimliğini koruma hakkına saygı göstermekle yükümlü olduklarına inanmaktadır. Mevcut davada Komite, Taraf Devletin, sunduğu belgelerin herhangi bir kanıt değeri olduğunu reddederek başvuru sahibinin kimliğine saygı göstermediğini, özellikle Kamerun'daki ailesiyle temas kurmaktan haklı nedenlere dayanan korkusu göz önüne alındığında, babasının elinde maruz kaldığı taciz nedeniyle pasaport almasının imkansız hale geldiğini kaydeder. Komite ayrıca, başvuru sahibinin birkaç kez sığınma başvuru-

¹⁰ A.L. v. İspanya (CRC/C/81/D/16/2017), prg. 12.8, ve J.A.B. v. Spain (CRC/C/81/D/22/2017), prg.. 13.7.

rusunda gerçek doğum tarihinin kullanılmasını talep etmesine rağmen, Taraf Devlet'in başvuru tarihini kullanarak başvuru yapma olasılığını reddederek başvuru tarihini kimliğine saygı göstermediğini kaydeder. Sonuç olarak Komite, Taraf Devletin Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğini tespit etmiştir.

8.12 Komite ayrıca, başvuru sahibinin reşit olmayan bir kişi olarak sığınma başvurusunda bulunamamasının Sözleşme kapsamındaki haklarının ihlali olup olmadığını belirlemelidir. Komite, başvuru tarihini şu iddialarına dikkat çeker: Başvurucu, (a) küçük olduğu halde iltica ve Sığınma Dairesi'ne sığınma başvurusunda bulunmaya çalışmış ancak buna izin verilmemiştir; (b) hem menşe ülkesinden uçuşu hem de koruma başvurusu sırasında, başvurunun işlenmesi ve sonucu üzerinde etkisi olabilecek bir şekilde yetişkin olarak kabul edilmiştir; ve (c) sığınma sürecinde refakatsiz bir küçük olarak haklarını korumak için yasal bir temsilciye sahip olma güvencesinden yoksun bırakılmıştır.

8.13 Bu bağlamda, Komite, Devletlerin refakatsiz veya ailesinden ayrı düşmüş küçük olduğu tespit edilir edilmez bir vasi veya danışman atanması gerektiğini ve bu tür temsil düzenlemelerini, sözleşme ve diğer uluslararası yükümlülüklerle uygun olarak, çocuğun reşit olma yaşına ulaşana kadar veya devletin topraklarını/veya yargı yetkisini terk edene kadar sürdürmesi gerektiğini belirten 6 (2005) no'lü genel yorumunun altını çizmektedir. Çocukların, iltica prosedürlerine veya idari veya adli işlemlere dahil olduğu durumlarda, bir vasi atanmasına ek olarak, onlara yasal temsil de sağlanmalıdır.¹¹

8.14 Komite, başvuru tarihini menşe ülkesinden kaçtığı sırada bir yetişkin olduğunun düşünülmesinin, sığınma başvurusunda ileri sürülen zulüm iddialarının doğru bir şekilde değerlendirilmesi açısından çok ciddi sonuçlar doğurabileceğini ve başvuru tarihini kendisini risk altına sokabileceğini, menşe ülkesine iade edilmesi halinde telafisi mümkün olmayan zarara uğratabileceğini kaydetmektedir. Ayrıca, başvuru tarihini için bir vasi tayin edilmesi veya onun küçük olduğu halde sığınma başvurusunda bulunmasına izin verilmemesi, onu sığınma talebinde bulunan refakatsiz küçükler sağlanan özel korumadan mahrum bırakmıştır. Bu da sözleşmenin 20 (1). ve 22. maddesini ihlal etmektedir. Komite, bir çocuk olarak babası tarafından cinsel istismara maruz kalan başvuru tarihini için bu korumanın sağlanmamasının özellikle ciddi sonuçları olacağını, başvuru tarihini yetkili ulusal makamlar tarafından açıkça özel bir korumaya ihtiyaç duyduğunu belirtmektedir.

11 6 No'lü Genel Yorum prg. 3

8.15 Son olarak, Komite, başvurucunun, aile ortamındaki istismar mağduru sığınmacı bir çocuk olarak Taraf Devlet'in kendisine psikolojik destek vermeyerek, 27 ve 39. maddeler kapsamındaki haklarını ihlal ettiğine ilişkin iddialarını not eder. Komite, başvuru sahibinin mesleki eğitime ve psikolojik yardıma erişiminin sağlandığı yönündeki Taraf Devlet savunmasını da not eder. Ne var ki eldeki bilgilere göre, başvurucu yetişkin olarak kabul edildiğinden eğitim ihtiyaçlarını en iyi karşılayan seçenek olan normal eğitim sisteminde eğitimine devam edememiştir. Komite ayrıca, başvurucunun İspanya'ya gelişinden sekiz ay sonrasına kadar psikolojik yardım almadığını ve sonrasında sağlanan yardımın da uzmanlığı çocuk istismarı mağdurlarıyla çalışmayı içeren bir profesyonel tarafından sağlanmadığını kaydeder. Bu bağlamda, Komite, 6 No'lu (2005) genel yorumunun 48. paragrafında, Sözleşme'nin 39. maddesindeki yükümlülük gereğince, Devletlerin herhangi istismar, suistimal, ihmal, sömürü, işkence, zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele veya silahlı çatışmalara mağdur olan çocuklara rehabilitasyon hizmetleri sağlama görevini olduğunu belirtmektedir. Bu tür durumlarda kişide bir iyileşmeyi ve yeniden hayata uyumu kolaylaştırmak için kültürel olarak uygun ve cinsiyete duyarlı ruh sağlığı hizmetleri geliştirilmeli ve nitelikli psikososyal danışmanlık sağlanmalıdır. Yukarıdakilerin ışığında Komite, Taraf Devletin Sözleşme'nin 27 ve 39. maddelerini ihlal ettiğini tespit etmektedir.

8.16 Seçmeli Protokol'ün 10 (5). maddesi uyarınca hareket eden Komite, kendisine bildirilen olayların, Sözleşme'nin 3, 8, 12, 16, 20 (1), 22, 27 ve 39. maddelerinin ihlali anlamına geldiği kanaatindedir.

9. Bu nedenle, Taraf Devlet, başvurucuya uğradığı, manevi zararları için yeterli bir tazminat ödeme, cinsel istismar mağdurlarına uygun nitelikte özel psikolojik danışmanlık ve başvurucunun görünen doğum tarihinin kimlik ve diğer belgelerinde düzeltilmesi de dahil olmak üzere, söz konusu ihlaller için etkili bir giderim sağlamalıdır. Taraf Devlet ayrıca gelecekte benzer ihlalleri önlemekle yükümlüdür. Bu bağlamda, Komite Taraf Devlete şunları tavsiye etmektedir:

(a) Küçük olduğunu iddia eden gençlerin yaşlarının belirlenmesine yönelik tüm prosedürlerin Sözleşme ile uyumlu olmasını ve özellikle bu prosedürler sırasında: (i) ilgili genç tarafından sunulan belgelerin dikkate alınması ve ilgili Menşe Ülket kurumu veya büyükelçiliği tarafından düzenlenmesi veya tasdik edilmesi durumunda , belgeyi gerçek olarak kabul edilmesi; (ii) gence gecikmeksizin ve ücretsiz olarak nitelikli bir yasal temsilci veya diğer temsilciler atanması, genci temsil etmek üzere seçilen özel

avukatlar tanınması, ve tüm yasal ve diğer temsilcilerin yaş tespiti prosedürü sırasında gence yardımcı olmalarına izin verilmesi; ve (iii) çocuklara ilişkin yaş belirleme süreçlerinde genital muayenelerin kesin bir şekilde uygulanmaması ;

(b) 18 yaşından küçük olduğunu iddia eden refakatsiz sığınmacılara, yaş belirleme süreci devam ediyor olsa bile, küçük olarak sığınma başvurusunda bulunmalarını sağlamak için mümkün olan en kısa sürede yetkili bir vasi atanmasını sağlamak;

(c) 18 yaşından küçük olduğunu iddia eden refakatsiz genç göçmenlerin, yaş belirleme sürecinde çocuğun yüksek yararını ve çocuğun dinlenilme hakkını korumak için gereken güvencelerin sağlanmadığı durumlarda, kendilerinin yetişkin olduklarını tespit eden herhangi bir kararın gözden geçirilmesi için başvurularına izin veren etkili ve erişilebilir bir itiraz mekanizması geliştirmek.

(d) Göçmen memurlarına, polis memurlarına, Savcılık yetkililerine, hakimlere ve diğer ilgili profesyonellere göçmen çocukların hakları ve özellikle de Komite'nin 6 No'lu genel yorumu (2005) hakkında eğitim vermek, Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Haklarının Korunması hakkında Komitenin 3 No'lu genel ortak yorumu/Çocuk Hakları ile ilgili Komitenin No.22'si (2017), ve Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Bireylerinin Haklarının Korunması hakkında Komitenin 4 Nolu genel ortak yorumu/No. Çocuk Hakları ile ilgili Komitenin 23.'sü (2017), ve göçmen kızlar söz konusu olduğunda toplumsal cinsiyet perspektifinin entegrasyonu hakkında eğitim verilmelidir

(e) Sığınma talebinde bulunan ve şiddet mağduru olduklarını iddia eden refakatsiz küçüklerin rehabilitasyonlarını kolaylaştırmak için nitelikli psikososyal danışmanlık almalarını sağlamak.

10. Seçmeli Protokol'ün 11. maddesi uyarınca Komite, Taraf Devletten en kısa sürede ve 180 gün içinde Komite'nin Görüşlerini yürürlüğe koymak için aldığı önlemler hakkında bilgi almak istemektedir. Taraf Devletten ayrıca Sözleşme'nin 44. maddesi uyarınca Komite'ye sunduğu raporlara bu tür tedbirler hakkında bilgi eklemesi talep edilmektedir. Son olarak, Taraf Devletten mevcut görüşleri yayınlaması ve bunları geniş çapta yayması istenmektedir.

2. BÖLÜM

Çocukların Sözleşmenin İhlali Teşkil
Eden Risklere Karşı Korunması

Birleşmiş Milletler

ÇHK Baş. No. 80; K. No. 4/2016

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme

Dağıtım: Genel
15 Mayıs 2019
İngilizce'den çevrilmiştir.
Orijinal Dili: İspanyolca**Çocuk Hakları Komitesi****Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin Başvuru Usulüne İlişkin Seçmeli Protokolü kapsamında 4/2016 No'lu başvuruya ilişkin Komite tarafından kabul edilen görüşler* **, ****

<i>Başvuruda bulunan:</i>	D.D. (Avukat Bay Carsten Gericke ve sivil toplum kuruluşu Fundación Raíces tarafından temsil edilmiştir.)
<i>Mağdur olduğu iddia edilen:</i>	D.D.
<i>Taraf devlet:</i>	İspanya
<i>Başvuru tarihi:</i>	26 Kasım 2015
<i>Görüşlerin kabul edilme Tarihi:</i>	1 Şubat 2019
<i>Konu:</i>	Refakatsiz bir çocuğun İspanya'dan Fas'a yargılama olmadan (summary) sınır dışı edilmesi
<i>Usulî meseleler:</i>	Yer bakımından yetkisizlik, kişi bakımından yetkisizlik ve konu bakımından yetkisizlik, iç hukuk yollarının tüketilmemesi
<i>Sözleşme'nin ilgili Maddeleri:</i>	3, 20 ve 37
<i>İhtiyari Protokol'ün ilgili Maddeleri:</i>	5 ve 7 (e)

1.1 Başvurucu, 10 Mart 1999 doğumlu Mali vatandaşı D.D.'dir. Başvurucu, Sözleşme'nin 3'üncü, 20'nci ve 37'nci maddelerinin ihlal edilmesinden mağdur olduğunu iddia etmektedir. Seçmeli Protokol, Taraf Devlet için 14 Nisan 2014'te yürürlüğe girmiştir.

° Çeviren Ceren Hilal GÜNAYDIN

* Komitenin sekseninci oturumunda kabul edilmiştir (14 Ocak–1 Şubat 2019).

** Başvurunun incelenmesinde Komitenin aşağıdaki üyeleri yer almıştır: Suzanne Aho Assouma, Hynd Ayoubi Idrissi, Olga A. Khazova, Hatem Kotrane, Gehad Madi, Benyam Dawit Mezmur, Clarence Nelson, Mikiko Otani, Luis Ernesto Pedernera Reyna, José Ángel Rodríguez Reyes, Kirsten Sandberg, Ann Marie Skelton, Velina Todorova ve Renate Winter.

1.2 Komite adına hareket eden Bireysel Başvuru Çalışma Grubu, 9 Haziran 2017'de Taraf Devlet'in bireysel başvurunun kabul edilebilirliğinin ve esasının ayrı ayrı değerlendirmesine ilişkin talebinin reddine karar vermiştir.

Başvurucu tarafından öne sürüldüğü haliyle olaylar

2.1 Başvurucu 2013'te, Mali'deki köyünü silahlı çatışma yüzünden terk etmiştir. 2014'ün Şubat ayında Fas'a gelmiş ve İspanya'nın Melilla yerleşim bölgesini Gurugú Dağı'nın gayriresmî göçmen kampında yaklaşık bir yıl yaşamıştır.

2.2 Başvurucu bu dönem boyunca, zaman zaman ormanda uyumuş, Fas köylerinde dilenmiş ve içme suyuna, sağlık hizmetlerine ya da eğitime erişimi olmadan yaşamıştır. Başvurucu, kamp sakinlerine sıklıkla taş atan ve eşyaları ile yardım malzemelerini tahrip eden Fas güvenlik güçlerinin şiddetine ve baskınlarına maruz kaldığını iddia etmektedir.

2.3 Başvurucu, Melilla'yı Fas topraklarından ayıran sınır çitlerine¹ birkaç kez tırmanma girişiminde bulunmuştur. Bu olaylardan biri, başvurunun ilk çite erişmeye çalışırken Fas güvenlik güçleri tarafından bir çubukla defalarca dövüldüğü 18 Mart 2014 tarihinde gerçekleşmiştir. Bu olay sonucunda başvurunun ön dişleri kırılmıştır. Saldırdan sonra başvuru, kampa 20 kilometre geri yürümüştür.

2.4 2 Aralık 2014'te başvuru ve Sahra altı kökenli bir grup insan, Melilla'ya girmek amacıyla Gurugú Dağı'ndan ayrılmıştır. Başvurucu, üçüncü çitin tepesine ulaşmış ve öbür tarafta yer alan çitten aşağı inen diğer insanların İspanyol Sivil Muhafızları tarafından yargı kararı olmadan (summarily) geri itildiklerini ve Fas güçlerine teslim edildiklerini görmüştür. Bunun üzerine başvuru, sınır dışı edilmekten ve Fas kuvvetleri tarafından olası bir kötü muamele ya da şiddete maruz kalmaktan korktuğu için çitin tepesinde birkaç saat beklemiştir. Bu süre zarfında kendisine herhangi bir yardım teklif edilmemiştir. Başvurucunun suya ya da yiyeceğe erişimi olmamıştır. Başvurucu, İspanyolca bilmediği ve tercüman bulunmadığı için Sivil Muhafızlarla iletişim de kuramamıştır. Sonunda, Sivil Muhafız tarafından getirilen bir merdiven yardımı ile çitten aşağı inmiştir. Başvurucu, yere ayağını basar basmaz Sivil Muhafızlar tarafından yakalanmış ve kelepçelenmiş, Fas kuvvetlerine teslim edilmiştir ve yargı kararı olmadan

1 Sınır, – altı metre yüksekliğinde iki dış çit ve üç metre yüksekliğinde bir iç çit olmak üzere – üç paralel çitten oluşmaktadır.

(summarily) Fas'a sınır dışı edilmiştir². Kimliği hiçbir zaman kontrol edilmiştir. Başvurucu; kişisel durumunu izah etme, yaşını söyleme, yakın sınır dışı edilmesine itiraz etme ya da refakatsiz bir çocuk olarak koruma talep etme imkânından da yoksun bırakılmıştır. Avukatlardan, tercümanlardan ya da doktorlardan yardım almamıştır. Fas güvenlik güçleri tarafından serbest bırakıldıktan sonra başvurucu, Fas güvenlik güçleri elindeki sürekli şiddet ve baskın korkusu içerisinde tehlikeli koşullarda yaşamaya devam ettiği Gurugú Dağına geri dönmüştür.

2.5 Başvurucu, 2 Aralık 2014'te İspanya'dan Fas'a sınır dışı edilmesinin askıya alınmasını sağlayabilecek etkili iç hukuk yollarının bulunmadığını ileri sürmektedir.³ Başvurucu, kendisine yetkili makamlar önünde itiraz edebileceği resmî bir sınır dışı etme kararı bildirilmeksizin sınır dışı edilmesinin yargılama olmadan (summarily) yürütüldüğüne dikkat çekmektedir.

2.6 30 Aralık 2014'te ya da civarında başvurucu, Melilla üzerinden İspanya'ya girmiş ve göçmenler için geçici kabul merkezinde kalmaya gitmiştir. 2015 Şubatında, Melilla yerleşim bölgesinden İspanya anakarasına nakledilmiştir. 2015 Haziranının sonunda, sivil toplum kuruluşu (STK) Fundación Raíces'in yardımlarıyla Madrid'deki Mali Konsolosluk tarafından kendisine, doğum tarihini 10 Mart 1999 olarak gösteren konsolosluk kayıt kartı verilmiştir,⁴ başvurucu refakatsiz bir çocuk olarak koruma altına alınmış ve İspanyol yetkililerin gözetiminde, reşit olmayanlar için bir yerleşim merkezine yerleştirilmiştir.⁵

2.7 Başvurucu, İspanya'nın 1 Nisan 2015'te yürürlüğe giren, vatandaşların güvenliğinin korunmasına ilişkin⁶ 4/2015 sayılı Organic Act'i 30 Mart

2 Başvurucu, çitten aşağı indiğini ve sonrasında yakalandığını, kelepçelendiğini ve İspanya'dan Fas'a geri götürüldüğünü gösteren fotoğraflarını sunmaktadır.

3 Başvurucu, iç hukuk yollarının mevcudiyeti ile ilgili olarak on the *Giry v. Dominican Republic* (CCPR/C/39/D/193/1985), *Wolf v. Panama* (CCPR/C/44/D/289/1988) ve *Choudhary v. Canada* (CCPR/C/109/D/1898/2009) davalarındaki İnsan Hakları Komitesi'nin görüşlerine atıfta bulunmaktadır. İç hukuk yollarının etkililiğine ilişkin olarak İşkenceye Karşı Komite'nin aşağıdaki davalara ilişkin görüşlerine atıfta bulunmaktadır: *Arkauz Arana v. France* (CAT/C/23/D/63/1997), *I.S.D. v. France* (CAT/C/34/D/194/2001) ve *Tebourski v. France* (CAT/C/38/D/300/2006). Başvurucu ayrıca sınır dışı etme davalarında, yalnızca askıya alma etkisi olan çözüm yollarının etkili kabul edilmesi gerektiğine ilişkin iddiasını desteklemek için İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin içtihadına başvurmaktadır (*Hirsi Jamaa and others v. Italy* [Başvuru No. 27765/09] ve *A.C. and others v. Spain* [Başvuru No. 6528/11]).

4 Başvurucu, tam adını (D.D.), doğum tarihini (10 Mart 1999), ebeveynlerinin adlarını (Chaka ve Yayı) ve mesleğini (öğrenci) gösteren Mali konsolosluk kayıt kartının bir nüshasını sunmaktadır.

5 Başvurucu, başvurucu yararına verilen yatılı bakım emrine uyulduğunu teyit eden; başvurucunun İspanyol makamlarının vesayeti altına alınmasına istinaden Madrid Topluluğu Sosyal İşler Departmanı Küçüklerin Vesayeti Komisyonu'nun kararına atıfta bulunan Madrid Topluluğu tarafından 10 Ağustos 2015 tarihinde yayımlanan muhtıranın bir nüshasını sunmaktadır.

6 Başvurucu, 2014 yılında Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Ofisi, Avrupa İşkenceyi ve İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezayı Önleme Komitesi, İnsan Hakları İzleme Örgütü ve Uluslararası

2015'te kabul ettiğini belirtir. Bu kanun ve özellikle Ceuta ve Melilla'da uygulanan özel rejimle ilgili ek onuncu maddesi, İspanya'nın sınırda; ayırım gözetmeksizin (indiscriminate), yargı kararı olmadan (summary) sınır dışı etme uygulamasını kanunlaştırır⁷ ve refakatsiz çocuklara atıfta bulunmaz ya da kimlikleri veya korunmaları için herhangi bir usul oluşturmaz.

Şikâyet

3.1 Başvurucu, aile ortamından yoksun bırakılan refakatsiz çocuk olarak Taraf Devletten alma hakkına sahip olduğu korumanın sağlanmaması nedeniyle Sözleşme'nin 20 (1)'inci maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmektedir.⁸ Başvurucu, 2 Aralık 2014'te İspanyol Sivil Muhafızları Melilla'da onu yakaladıklarında, kelepçelediklerinde ve Fas'a geri gönderdiklerinde kimliğinin kontrol edilmediğini; koruma ihtiyacına ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmadığını; kendisine özel durumunu açıklama imkânı verilmediğini aktarmaktadır. Başvurucu, İspanyol Sivil Muhafız memurlarından hiçbirinin, onu Fas'a geri göndermeden önce, adını ve yaşını öğrenmeye ya da savunmasız bir durumda olup olmadığını tespit etmeye dahi çalışmadığını iddia etmektedir.

3.2 Başvurucu, Komite'nin belirttiği üzere devletlerin refakatsiz çocuklara özel koruma ve yardım sağlama yükümlülüğünün, (a) bölgelerin ya da alanların bir devletin topraklarından çıkarılması ile ya da belirli bölgelerin ya da alanların tamamen ya da kısmen devletin yetki alanı dışında olarak tanımlanması ile keyfi veya tek taraflı olarak kısıtlanamayacağını; (b) ulusal topraklara girmeye çalışırken Devletin yargı yetkisine tabi olan çocuklar için dahi geçerli olacağını; (c) özellikle sınırda, mümkün olan en erken aşamada refakatsiz çocukları tespit etmek için gerekli tüm adımları atmaya kapsadığını; ve (d) belirsizlik durumunda, çocuk olma olasılığı varsa devletin bireye bu şekilde muamele göreceği şekilde davranarak şüpheden yararlanmasını sağlamasını gerektirdiğini⁹ eklemektedir.

3.3 Başvurucu, ayrıca, İspanyol makamlarının herhangi bir prosedür ya da ön değerlendirme olmaksızın kendisini Fas'a sınır dışı etmesi ve onu

Af Örgütü tarafından yayımlanan, diğerleri arasında tümü bu yasanın taslak içeriği ile ilgili endişeleri dile getiren raporların ve başvuruların nüshalarını sunmaktadır.

7 Başvurucu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önünde bekleyen *N.D. v. Spain* ve *N.T. v. Spain* (Başvuru No. 8675/15 ve 8697/15) davalarına atıfta bulunmaktadır.

8 Başvurucu Komite'nin kendi menşe ülkeleri dışında refakatsiz ve ailelerinden ayrı düşmüş çocuklara ilişkin 6 No'lu (2005) genel yorumunun 7. ve 9. paragraflarına atıfta bulunmaktadır.

9 *Ibid.*, par. 12, 13, 18 ve 31.

telafisi imkânsız zarar riskine maruz bırakması nedeniyle Sözleşme'nin 37'nci maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Başvurucu, kendisini yargılama olmadan Fas'a geri göndermek ve Fas güvenlik güçlerine teslim etmek ile Taraf Devlet'in, başvurunun Gurugú Dağı'ndaki gayriresmî göçmen kamplarında sağlık hizmetlerine, içme suyuna ve yeterli yiyeceğe erişimi olmadan şiddete, zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye¹⁰ ve güvencesiz yaşam koşullarına maruz kalma riskiyle karşı karşıya kalmış olduğunu bildiğini ya da bilebilecek durumda olduğunu iddia etmektedir. Başvurucu, Fas güvenlik güçleri elinde uğradığı kötü muamele ve şiddetin sonucu olan ağzındaki yaralanmanın (zarar görmüş ön dişleri) sınır dışı edildiği gün İspanyol Sivil Muhafızları tarafından görülebilir olduğunu belirtmektedir.

3.4 Başvurucu, geri gönderme yasağı ilkesine uygun olarak ve yargılama olmadan (summarily) sınır dışı edilmeden önce, Taraf Devlet'in başvurucuya Fas'ta telafisi imkânsız bir zarar verilme tehlikesi bulunduğu inanması için önemli gerekçelerin bulunup bulunmadığını tespit etmesi gerektiğini iddia etmektedir. Başvurucu, bu değerlendirmenin bir parçası olarak İspanyol makamlarının yaşını ve savunmasız durumunu¹¹ ve özellikle yetersiz gıda ve sağlık hizmetlerinin bu durumda yol açabileceği ciddi sonuçları dikkate almış olması gerektiğini vurgulamaktadır.¹²

3.5 Son olarak başvuru, Taraf Devlet'in eylemi ve ihmali¹³ nedeni ile Sözleşme'nin 3'üncü maddesinde tanınan çocuğun yüksek yararını hiçbir zaman dikkate almadığını ileri sürmektedir. Şöyle ki: (a) Devlet politikası ve ayırım gözetmeyen (indiscriminate), yargılama olmadan (summary) standart sınır dışı etme uygulamasının, bu grubun bir üyesi olarak başvurunun çıkarları da dahil olmak üzere Melilla'da bulunan İspanya-Fas sınırındaki refakatsiz çocukların yüksek çıkarlarını nasıl etkilediğini değerlendirmemiştir;¹⁴ (b) başvurunun İspanya topraklarına girmesine izin vermemiş ve kimliğini doğrulamak, durumunu değerlendirmek ve re-

10 Başvurucu, Komite'nin birleştirilmiş Fas üçüncü ve beşinci periyodik raporlarına ilişkin sonuç gözlemlerine (CRC/C/MAR/CO/3-4), par. 34 ve Komite'nin çocuğun şiddetin her türünden masun olma hakkına ilişkin 13 sayılı genel yorum (2011), par. 26'ya atıfta bulunmaktadır.

11 Başvurucu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin *P. and S. v. Poland* (Başvuru No. 57375/08), 30 Ekim 2012 tarihli kararına; *Mubanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium* (Başvuru No. 13178/03), 12 Ocak 2007 tarihli kararının 69. paragrafına ve *Rahimi v. Greece* (Başvuru No. 8687/08), 5 Haziran 2011 tarihli kararının 92-94. paragrafına atıfta bulunmaktadır.

12 Başvurucu Komite'nin 6 sayılı genel yorumunun 27'nci paragrafına atıf yapmaktadır.

13 Başvurucu Komite'nin çocuğun yüksek yararı hakkının öncelikli olarak dikkate alınmasına ilişkin 14 sayılı (2013) genel yorumunun 17-18. paragraflarına atıfta bulunmaktadır.

14 *Ibid.*, par. 19.

fakatsız bir çocuk olarak başvurucuyu korumak için herhangi bir adım atmamıştır¹⁵ ve (c) İspanyol Sivil Muhafızları, başvurucunun özel durumunu dikkate almak yerine onu yakalamış, kelepçelemiş ve başvurucunun yararına olabilecek herhangi başka bir seçeneği göz önünde bulundurmaksızın yargılama olmadan (summarily) Fas'a sınır dışı etmiştir.

3.6 Başvurucu olası tazminat önlemleri olarak Taraf Devlet'in (a) Sözleşme hükümlerine uyma ihtiyacına özel bir atıfta bulunmak ve sınırdaki çocukların kimlik kontrolünden geçmesini sağlamak adına vatandaşların güvenliğinin korunması hakkında 4/2015 sayılı Organic Act'i ve özellikle Ceuta ve Melilla'da uygulanan özel rejime ilişkin ek onuncu maddesini değiştirmesini ya da yürürlükten kaldırmasını; (b) Melilla ve Ceuta'da İspanyol Sivil Muhafızlarının kullanımına yönelik sınırdaki çocukların kimliğinin saptanması ve korunması için özel tedbirler içeren özel bir protokol oluşturmasını ve uygulamasını ve (c) başvurucuya maddi tazminat verilmesini ve gerekirse rehabilitasyonunu sağlamak için girişimlerde bulunmasını önermektedir.

Taraf Devlet'in kabul edilebilirlik konusunda sunduğu görüşler

4.1 Taraf Devlet, 30 Ağustos 2016 tarihli görüşlerinde, olaylara ilişkin olarak başvurucunun 30 Aralık 2014'te İspanya'ya girdiğinde farklı bir isim -D.D. yerine Y.D.-, farklı bir uyruk verdiğini ve reşit olduğunu söylediğini belirtmektedir.¹⁶ Taraf Devlet'in 2 Aralık 2014'te İspanyol makamlarının başvurucunun sınır kapısına saldırısını ve yasa dışı ihlal girişimini püskürtmek için meşru haklarını ve uluslararası yükümlülüklerini yerine getirdiği, kısa süre içinde meydana gelen olaylardan¹⁷ sorumlu tutulamayacağını ileri sürmektedir. Taraf Devlet, başvurucu yasa dışı yollardan İspanya'ya girme girişimini tamamlayamadığından olayın sınır dışı etme olmadığını eklemektedir. Taraf Devlet, 2 Aralık 2014'te başvurucunun üzerinde herhangi bir kimlik belgesi bulunmadığını, Melilla'daki İspanyol Sivil Muhafızlar ile tek kelime konuşmadığını, "hiçbir zaman reşit olmadığını iddia etmediğini ya da reşit olmayan gibi görünmediğini" de belirtmektedir.

¹⁵ Başvurucu, Komite'nin 6 sayılı Genel Yorumunun 2., 84. ve 87. paragraflarına atıfta bulunmaktadır.

¹⁶ Taraf Devlet, Melilla'daki göçmenler için geçici kabul merkezi (başvurucunun yüzünün net olmadığı bir fotoğraf ile) ve Melilla Polis Merkezi (yüzünün net olduğu bir fotoğraf ile) tarafından Y.D.'ye verilen kimlik kartlarının bir nüshasını sunmaktadır. Bu kimlik kartları, başvurucunun İspanya'ya giriş tarihini (30 Aralık 2014), doğum tarihini (2 Kasım 1994), doğum yerini (Burkina Faso) ve ebeveynlerinin adlarını (Saka ve Yavi) göstermektedir.

¹⁷ Taraf Devlet, Sivil Toplum Kuruluşu Prodein tarafından hazırlanan videoya atıfta bulunur ve bu videonun bağlantı linkini sunar; yalnızca sınıra kabul edilmenin reddedilmesi uygulamasını örneklemek amacıyla belirtmektedir. Taraf Devlet, İspanyol Sivil Muhafızlarının, başvurucu Melilla sınırındaki çitlerden birinin diğer tarafında başvurucunun alıkonulduğu, kelepçelendiği ve geri gönderildiğinin gösterildiği videodaki bir dakikadan az bir süreye atıfta bulunmaktadır.

Taraf Devlet, herhangi bir açık iddia ya da herhangi bir kimlik belgesinin yokluğunda altı metre yüksekliğinde çitleri aşmayı başarmış bir kişinin, çocuk varsayamayacağını savunmaktadır. Son olarak Taraf Devlet, tıpkı başvurunun sunduğu konsolosluk kayıt kartında olduğu gibi Mali konsolosluk kayıt kartlarının akreditasyon veren ülkenin resmî sicilleri kontrol edilmeden ve yalnızca İspanyol makamları tarafından verilen yabancı uyruklu kimlik numarasına dayalı olarak verildiğini belirtmektedir.

4.2 Taraf Devlet, Fas makamlarına yüklenilebilir olduğu iddia edilen olaylarla ilgili olarak İhtiyari Protokol'ün 5'inci maddesi uyarınca, başvurunun *yer bakımından* kabul edilemez olduğunu ileri sürmektedir.

4.3 Taraf Devlet, başvurunun olay tarihinde 20 yaşında olması nedeniyle Sözleşme'nin 1'inci maddesi uyarınca başvurunun *kişi bakımından* kabul edilemez olduğunu da ileri sürmektedir. Taraf Devlet, başvurunun, biri 30 Aralık 2014'te Melilla'daki göçmenler için geçici tutulma merkezinde ve diğeri 12 Ocak 2015'te yabancı uyruklular için Melilla Polis Merkezinde olmak üzere iki kez reşit olduğunu ileri sürdüğünü iddia etmektedir. Her iki olayda da başvurucuya hakları anladığı bir dilde bildirilmiş ve başvurucu ücretsiz avukatlardan yardım almıştır ancak başvurunun reşit olmadığını iddia ettiği hiçbir kayıt bulunmamaktadır. Taraf Devlet, başvurunun reşit olmadığını, yalnızca kendisi adına konsolosluk kartı almak için Madrid'deki Mali Konsoloslukuna başvuran Fundacion Raices adlı STK ile temasa geçtikten sonra iddia ettiğini eklemektedir.

4.4 Taraf Devlet, sığınma hakkı ve sınırları yasa dışı girişlere karşı koruma hakkı ile bağlantılı olarak bu haklar Sözleşme'de tanınmadığından başvurunun *konu bakımından* kabul edilemez olduğunu ileri sürmektedir.

4.5 Taraf Devlet, İhtiyari Protokol'ün 7 (e) maddesi uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle başvurunun kabul edilemez olduğunu ileri sürmektedir, şöyle ki: (a) başvurucu seyahat ettiği ülkelerde (Moritanya ve Fas) sığınma talebinde bulunabilirdi; (b) başvurucu sınırı yasa dışı geçmek yerine, Beni Enzar sınır kapısındaki Uluslararası Koruma Bürosu'na, İspanya'ya sığınma başvurusunda bulunabilirdi; (c) İspanya'ya yasal olarak girmek ve çalışmak için vize başvurusunda bulunabilirdi¹⁸ ve (d) İspanyol topraklarında, sınır dışı edilmesini emreden idari karara itiraz etmek için etkili yargı yollarına erişimi bulunmaktadır.¹⁹

18 Taraf Devlet, İspanya Krallığı ve Mali Cumhuriyeti arasında imzalanan Göçe İlişkin Çerçeve İşbirliği Anlaşmasının bir nüshasını sunmaktadır.

19 Taraf Devlet, idari sınır dışı etme dosyası, sınır dışı etme kararına karşı idari itirazlar ve Melilla 2 No'lu idare

olmayan biri olarak tanımıştır. *Venire contra factum proprium*²⁴ ya da estoppel ilkesine uygun olarak Taraf Devlet, başvurucuyu zaten reşit olmayan olarak kabul etmiş ve başvurucuya çocuk olarak davranmış olduğundan başvurucunun reşit olmadığını iddia edemez.

5.4 Başvurucu, iddiaların sığınma hakkına dayanmaması nedeniyle başvurunun *konu bakımından* kabul edilebilir olduğunu da ileri sürmektedir.

5.5 Başvurucu, tüketebileceği hiçbir etkili iç hukuk yolunun bulunmadığını yinelemektedir. Etkili çözüm yollarının yalnızca askıya alma etkisine sahip olanlar olduğuna dikkat çekmektedir. Başvurucu, hukuka aykırı sınır dışı etmenin yol açtığı telafisi imkânsız zararın sınır dışı edildikten hemen sonra meydana geldiğini, dolayısıyla çözüm yolunun etkili sayılabilmesi için askıya alma etkisine sahip olması gerektiğini öne sürer.²⁵ Başvuru sahibi, (a) sınır dışı edilmeden önce başvurucu, bir idari ya da adli makam önünde itiraz edebileceği resmî bir sınır dışı etme emri ya da kararı almamış ve sınır dışı edilmesi derhal ve yargılamasız (summarily) olduğundan askıya alma etkisi olabilecek herhangi bir hukuki yardıma ya da mevcut hukuk yoluna erişimi olmadığını; (b) sınır dışı işlemi hâlihazırda gerçekleştirildiğinden askıya alma etkisi olmayacağından başvurucunun sınır dışı edildikten sonra etkili ve hatta potansiyel bir çözüm yoluna erişimi olmadığını ileri sürmektedir.²⁶ Ayrıca, 2 Aralık 2014 tarihinde meydana gelen olaylarla ilgili olarak iddia edilen hak ihlallerini gideremeyeceğinden Taraf Devletçe anılan tüm hukuk yollarının da etkisiz olduğunu ileri sürmektedir.

5.6 Başvurucu, İspanya'ya girişinin 30 Aralık 2014'te olduğunu ve daha sonraki göçmenlik formalitelerinin mevcut başvuru ile ilgisi olmadığını öne sürmektedir.

Tarafların kabul edilebilirlik üzerine ek görüşleri

6.1 Taraf Devlet, 22 Mart 2017 tarihli görüşlerinde, 30 Aralık 2014'te İspanya'ya giren kişinin çocuk olmadığını ve İspanyol makamlarından resmî yardım alan bu başvurunun sahibi olmadığını ileri sürmektedir. Taraf Devlet, başvurucu tarafından ibraz edilen pasaportun 3 Ekim 2015 tarihinde verildiğini ve başvurucunun hâlihazırda İspanya'da ikamet eder-

24 "Hiç kimse, önceki davranışları ile çelişemez."

25 Başvurucu *Tebourski v. France*, par. 74'e ve *Choudhary v. Canada*, par. 83'e atıfta bulunmaktadır.

26 Başvurucu *Arkauz Arana v. France*, par. 61'e atıfta bulunmaktadır.

ken ve İspanyol çocuk koruma makamlarından yardım alırken çekilmiş bir fotoğrafını içerdiğini kaydetmektedir. Taraf Devlet, başvurunun pasaport fotoğrafı (D.D.'ye karşılık gelen) ile Melilla polis merkezi tarafından yabancı uyruklular için verilen kimlik kartındaki fotoğrafını (İspanya'ya iddiaya göre 30 Aralık 2014'te giren Y.D.'ye karşılık gelen) "basit bir karşılaştırması" yapıldığında başvurunun 30 Aralık 2014'te Melilla sınır çitini aşan kişiden farklı bir kişi olduğunu gösterdiğini iddia etmektedir. Taraf Devlet, "çite tırmanan ve sınır koruma mekanizmasını ihlal eden herhangi bir göçmenin İspanyol makamları tarafından tespit edildiğini" ileri sürmektedir. Buna göre, başvuru sınır çitini yasa dışı bir şekilde aşmış olsaydı, "aynı tarihte Melilla polis merkezinde çekilmiş fotoğrafla ve göçmenler için geçici kabul merkezine kabulü üzerine ona ait bilgiler kayıtlara geçerdi". Taraf Devlet, başvurunun Melilla'daki sınır çitine yapılan bir saldırıda yer aldığını, saldırıya katıldığını kanıtlayamadığını ve İspanya'ya nasıl girdiğine dair bir kaydın bulunmadığını da ileri sürmektedir. Taraf Devlet, ayrıca başvurunun sadece reşit olmadığı iddiasına dayanarak olguların kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir.

6.2 Taraf Devlet, başvuru Fas'a geri gönderdiğini reddeder. Başvurunun sınır çitinde yasa dışı bir saldırıda yer aldığına ilişkin hiçbir delilin sunulmadığını ve "ilk başvuruda belirtilen tarihlerde sunulandan çok daha az olduğunu" ?? ileri sürmektedir.

7.1 Başvuru, 5 Mayıs 2017 tarihli yorumlarında, Taraf Devlet'in çelişkili iddialarda bulunduğunu ileri sürer. Başvuru, Taraf Devlet'in ilk görüşlerinde başvurunun 30 Aralık 2014 tarihinde göçmenler için geçici kabul merkezinde ve Melilla polis merkezinde kayıtlı olan kişiyle kendisinin aynı kişi olduğunu ve kendisinin reşit olmadığını iddia ettiğini belirtmektedir. Buna rağmen Taraf Devlet, ek görüşlerinde, başvurunun İspanyol makamları tarafından 30 Aralık 2014'te kaydedilen kişi ile aynı kişi olmadığını iddia etmiştir. Taraf Devlet, somut başvurunun ilgili olduğu tek konu olan, başvurunun 2 Aralık 2014'te gerçekleşen zorla sınır dışı edilmesine odaklanmamak amacıyla kendi kendisiyle çelişmektedir.

7.2 Başvuru, 2 Aralık 2014'te gerçekleştirilen sınır dışı etmeyi kanıtlayan fotoğraflar sunduğunu²⁷ ve bu fotoğraflarda kendini gösterdiğini ileri sürmektedir. Başvuru, Taraf Devlet'in 2 Aralık 2014'te başvurunun İspanyol Sivil Muhafızları tarafından Fas'a geri gönderilmiş olduğunu²⁸ ka-

27 Bkz. yukarıdaki dipnot 2.

28 Bkz. yukarıdaki par. 4.1.

bul ettiğini ve Taraf Devlet tarafından atıfta bulunulan videoda görünen kişinin başvuru olduğunu inkâr etmediğini eklemektedir. Başvurucu, 30 Aralık 2014'te Melilla'daki göçmenler için geçici kabul merkezinde Y.D. adı altında kayıtlı olan kişinin kendisi olduğunu doğrulamaktadır. Başvurucu, özellikle Bambara dilinden (başvurucunun ana dili) İspanyolca'ya çevrildiği de göz önünde bulundurulduğuna göçmenler için geçici kabul merkezinde kayıtlı olan kişinin adının ve ebeveynlerinin adlarının fonetik olarak başvuru- rucunun Mali konsolosluk kartında gösterilen detaylarıyla aynı olduğuna dikkat çeker. Başvurucu, Taraf Devlet tarafından ileri sürülen fotoğrafik ?? karşılaştırmanın kanıt değeri taşımadığını ve Taraf Devlet'in, başvuru- nun 30 Aralık 2014 tarihinde Melilla'daki göçmenler için geçici kabul merkezinde kayıtlı olan kişi olduğunu, geçici kabul merkezinde alınan parmak izleri ile Refakatsiz Yabancı Küçükler Sicilinde kayıtlı olan parmak izleri ara- sında karşılaştırma yapılması ile doğrulayabileceğini eklemektedir.

7.3 Başvurucu, Taraf Devlet'in herhangi bir etkili çözüm yolundan bahsedemeyeceğini, çünkü etkili bir hukuk yolunun yokluğunun Taraf Devlet'in ayırım gözetmeksizin, yargılama olmadan (summary) sınır dışı etme politikasının temel taşı oluşturmakta olduğunu iddia etmektedir.²⁹

Taraf Devlet'in kabul edilebilirlik ve esasa ilişkin görüşleri

8.1 Taraf Devlet, 14 Mayıs 2018 tarihli bildiriminde, başvurunun *yer bakımından ve konu bakımından* kabul edilemezliği konusundaki iddialarını yinelemektedir. Taraf Devlet, aşağıdaki nedenlerle başvuru- ru- dan ilk başvurusunda ileri sürülen olguların "ağır bir manipülasyon ??" olduğunu ileri sürmektedir:

(a) Somut başvurunun yapıldığı tarihte, kendisi tarafından sunulan doğum belgesi aslı yeterli delil olarak kabul edilen başvuru- ru- , "hiçbir biyo- metrik veri sağlanmamasına rağmen sertifika, başvuru- rucunun reşit olma- yan gözü- küp gözü- kümediğine ilişkin bir inceleme ile birlikte değerlendiril- diğinden" İspanyol makamları tarafından hâlihazırda resmî olarak çocuk kabul edilmekteydi. Taraf Devlet, başvuru- rucunun yasa dışı olarak Melilla sınır çitine tırmandığına dair kayıt olmadığını yinelemektedir;

(b) Başvurucu, Komite'nin kendisini benzer ön ad ve soy isimli ancak farklı uyruklu (Burkina Faso) reşit olan (2 Kasım 1994 doğumlu) ve Aralık

29 Başvurucu Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri tarafından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önünde bekleyen *N.D. v. Spain* ve *N.T. v. Spain* (Başvuru No. 8675/15 ve No. 8697/15) davalarına yapılan üçüncü taraf müdahalesine atıfta bulunmaktadır.

2014'te Melilla sınır çitlerine yasa dışı saldırıda yer alan Y.D. ile karıştırmasını istemektedir. Taraf Devlet Y.D.'nin göçmenler için Melilla'daki geçici kabul merkezine, 10 Aralık 2015'te reşit olarak kaydedildiğini iddia etmektedir.

8.2 İspanyol makamlarının başvurunun yapıldığı anda başvurucuyu haklarının herhangi bir ihlali olmaksızın Madrid Topluluğunun vesayetinde, reşit olmayan bir kişi olarak tanıdığı göz önünde bulundurulduğunda Taraf Devlet, Komite'den kendi usul kurallarının 26'ncı kuralı ?? uyarınca mevcut başvurunun değerlendirmeyi durdurmasını talep etmektedir. Taraf Devlet, başvurucunun İspanyol makamları tarafından hâlihazırda çocuk olarak kabul edildiği ve çocuk gibi muamele gördüğü kanıtlandığından Komite'nin başvurunun değerlendirilmesini durdurmaya karar verdiği *R.L. v. Spain başvurusuna*,³⁰ atıfta bulunmaktadır.

8.3 Son olarak Taraf Devlet, Sözleşme'nin ihlal edilmediğini ileri sürmektedir.

Başvurucunun Taraf Devlet'in kabul edilebilirlik ve esasa ilişkin gözlemlerine dair yorumları

9.1 Başvurucu, 31 Temmuz 2018 tarihli yorumlarında, başvurunun kabul edilebilirliği ve esasına ilişkin iddialarını yinelemektedir.³¹ Başvurucu, Taraf Devlet'in iddia edilen ihlallerle ilgili başvurucunun Sözleşme'nin ihlal edildiğine dair iddialarına ilişkin herhangi bir argümanı ya da bu ihlalleri kanıtlamak için sunulan deliller hakkında yorum yapmaktan kaçınarak yalnızca olgusal meselelere atıfta bulunduğunu öne sürmektedir. Ek olarak Taraf Devlet, her gözleminde olaylara ilişkin kendi versiyonunu ?? değiştirmektedir. Özellikle Taraf Devlet, Melilla'daki göçmenler için geçici kabul merkezine Y.D. ve Refakatsiz Yabancı Küçükler Sicilinde D.D. adı altında alınan ve her durumda bunların tek ve aynı kişi olduğunu kanıtlamak için karşılaştırılabilecek parmak izlerine sahip olmasına rağmen, başvurucu-

30 Taraf Devlet Komite'nin *R.L. v. Spain* (CRC/C/77/D/18/2017) başvurusundaki kararının bir kopyasını sunmaktadır.

31 Başvurucu, Komite ve diğer anlaşma organları tarafından yakın zamanda yayımlanan genel yorumların, mevcut başvuruda iddia edilen ihlallerin içeriğini belirlediğini belirtmektedir. Başvurucu, özellikle Tüm Göçmen İşçiler ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunması Komitesi'nin 3 sayılı (2017) ve Çocuk Hakları Komitesi'nin Uluslararası Göç Bağlamında Çocukların İnsan Haklarına İlişkin Genel İlkeler Dair 22 sayılı (2017) Ortak Genel Yorumunun 12 ve 46. paragraflarına; İşkenceye Karşı Komite'nin Sözleşme'nin 3. Maddesinin 22. Madde Bağlamında Uygulanmasına İlişkin 4 Sayılı Genel Yorumuna (2018); ve Tüm Göçmen İşçiler ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunması Komitesi'nin 4 sayılı ve Çocuk Hakları Komitesi'nin 23 sayılı Menşei, Transit, Varış Ve Dönüş Ülkelerinde Uluslararası Göç Bağlamında Çocukların İnsan Haklarına İlişkin Devlet Yükümlülüklerine Dair Ortak Genel Yorumuna (2017) atıfta bulunmaktadır.

nun 2 Aralık 2014'te sınır dışı edildiği rapor edilen kişiden farklı bir kişi olduğu iddiasını destekleyen hiçbir delil sunmamaktadır. Taraf Devlet, başvuru aleyhine iddia olarak kendi kayıt sisteminde bulunan yanlışlıklara başvuramaz.

9.2 Başvurucu, Komite'nin Taraf Devlet'in özerk Ceuta ve Melilla şehirlerindeki uluslararası korumaya muhtaç olan çocukları gerekli güvence- lere uymaksızın otomatik olarak geri gönderme uygulamasına ilişkin en- dişesini dile getirdiğini belirtmektedir.³² Başvurucu, Komite'nin İspanya'yı "ülke genelinde refakatsiz çocukların etkili hukuki korumasını sağlanma- sını ve geri gönderme yasağı ilkesinin uygulanmasını ve çocuğun yüksek yararının öncelikli düşünce olarak dikkate alınmasını"³³ ve "bazı çocukların otomatik olarak geri gönderilmesi ilkesine son verilmesini, tüm usullerin ve kriterlerin çocuk statülerine ve ulusal ve uluslararası mevzuata uygun olmasını" sağlamaya teşvik ettiğini eklemektedir.³⁴

9.3 Başvurucu, Komite'nin refakatsiz bir çocuğun yaş değerlendirmesi- ni içeren bir dava olan *R.L. v. Spain*'deki gerekçesinin mevcut başvuruya uygulanamaz olduğunu ileri sürmektedir. Başvurucu, Komite'nin mevcut başvuruyu değerlendirmemeye karar vermesi için hiçbir gerekçesinin ol- madığını öne sürmektedir.

Üçüncü taraf müdahalesi

10.1 31 Mayıs 2018'te, Uluslararası Yargıçlar Komisyonu, Mülteciler ve Sürgünler Avrupa Konseyi, Avrupa'da Bireysel Haklara İlişkin Öneriler Merkezi ve Mülteciler için Hollanda Konseyi üçüncü taraf müdahalesinde bulunmuşlardır.³⁵

10.2 Üçüncü taraf müdahiller, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin bir devletin yabancı uyrukluların kendi topraklarına girmesini engellemek veya onları bir başka devlete iade etmek için önlem aldığı durumlarda, bu tür bir davranışın ilgili devletin sorumluluğunu üstlendiği egemen- lik yetkisinin kullanımı teşkil ettiğini kabul ettiğine dikkat çekmektedir.³⁶

32 Başvurucu Komite'nin Komite'nin İspanya'nın birleştirilmiş beşinci ve altıncı periyodik raporları ilişkin sonuç gözlemlerine atıfta bulunmaktadır (CRC/C/ESP/CO/5-6), par. 44 (d).

33 Ibid., par. 45 (a).

34 Ibid., par. 45 (d).

35 Müdahale, somut başvurudaki belirli olgulara atıfta bulunmaksızın devletlerin Sözleşme kapsamındaki dev- let egemenlik yetkisi, toprağa erişim, geri göndermeme yasağı ve toplu sınır dışı yasağı ilgili yükümlülüklerin kapsamı ve içeriği ile ilgili yasal ilkeleri ve içtihatları analiz eder.

36 *Hirsi Jamaa and others v. Italy* (Başvuru No. 27765/09), 23 Şubat 2012 tarihli nihai kararı, par. 180.

Üçüncü taraf müdahiller, Sözleşmenin geçerlilik haklarından³⁷ (rights of effectiveness)?? mahrum bırakılmasını önlemek için Devletin bu konudaki yükümlülüklerini bu şekilde yorumlamanın gerekli olduğunu ve böyle bir yoruma, Devlet tarafından kullanılan sınır kontrol yöntemlerine bakılmaksızın başvurulması gerektiğini eklemektedir. Bu nedenle sonuç olarak, devletin kendi egemenlik yetkisini kullanıp kullanmadığı değerlendirilirken Devlet'in topraklarına giriş meselesi belirleyici değildir.

10.3 Üçüncü taraf müdahiller, Devletin sınırındaki yetkisine ya da etkin kontrolüne tabi olan çocuklara, ilk değerlendirme sürecinin ön koşulu olarak topraklarına erişim izni vermesi gerektiğini ileri sürmektedir. Geri gönderme yasağı ilkesinin ve toplu sınır dışı etme yasağının gerektirdiği üzere çocukların olası sınır dışı edilmelerine karşı makul bir itirazda bulunabilme imkânına sahip olması gerektiğini eklemektedir. Ayrıca, Sözleşme uyarınca Devletin, Sözleşme'nin 3'üncü, 20'nci ve 37'nci maddelerindeki yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için ilk değerlendirme sürecinin bir ön koşulu olarak çocukların topraklarına erişmesine izin vermesi gerektiğini de eklemektedirler.

Tarafların üçüncü taraf müdahalesi hakkında yorumları

11. 31 Temmuz 2018'deki yorumlarında başvuru, müdahalenin Sözleşme'nin 3'üncü, 20'nci ve 37'nci maddelerinin iddia edilen ihlalleri ile ilgili olarak Taraf Devlet'in yükümlülüklerinin kapsamını ve içeriğini yeniden doğruladığını kaydeder.

12.1 31 Ağustos 2018 tarihli gözlemlerinde Taraf Devlet, İspanya'ya sığınma talebinde bulunmak isteyen herhangi bir kişi sınır çitine yasa dışı ve kolektif şiddetli saldırılar yapmak amacıyla oluşturulmuş bir çeteye ihtiyaç duymaksızın İspanya toprakları dışından sığınma talebinde bulunabileceğinden üçüncü taraf müdahalesinin yanlış öncüllere dayandığını ileri sürer. Bu nedenle Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 51'nci maddesi (meşru müdafaa hakkı) ve Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin kişilerin sınır ötesi hareketlerine ilişkin kuralları düzenleyen 9 Mart 2016 tarihli Birlik Yasasına ilişkin 2016/399 sayılı Tüzüğü'nün (Schengen Sınırları Kodu) (yetkisiz sınır geçişlerinin önlenmesi hakkında) 13'üncü maddesi uyarınca İspanya'nın kendi bölgesine yasa dışı girişleri engellemeye hakkı vardır. Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme'nin 1 (F) (c) maddesi uyarınca, Birleşmiş

37 Üçüncü taraf müdahil, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin *Sharafi and others v. Italy and Greece* (Başvuru No. 16643/09), 21 Ekim 2014 tarihli nihai kararı, par. 210.

Milletler'in amaç ve prensiplerine aykırı fiillerde bulunan kişilerin sığınma olanağından (possibility) dışlanacağını ekler.

12.2 Taraf Devlet, geri gönderme yasağının yalnızca somut olayda bulunmayan, zulme uğrama tehlikesi ile karşı karşıya olunan bölgeden gelmesi durumunda uygulandığını ileri sürmektedir. Taraf Devlet, söz konusu sınır çitine yönelik saldırılar hakkında uluslararası kuruluşların önüne getirilen davalarda, şikâyetçilerin Fas makamlarının elinde zulme uğramış olduğuna ilişkin hiçbir delili olmadığını da ileri sürer. Göçün bir zulüm durumundan kaynaklanmaması sebebiyle bu vakıaların, sığınma başvurusunu haklı gösteren nedenlerden başka nedenlerle göç vakıaları olduğunu da eklemektedir.

12.3 Taraf Devlet, İspanyol makamların Sözleşme'nin 22'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca önce, refakatsiz yabancı küçüğün ailesini bulmaya çalıştığını ve bu sırada uygun koruyucu önlemleri aldığını ileri sürmektedir.

12.4 Taraf Devlet, sınır koruma mekanizmasını ihlal etmeyen çocuğun İspanya'nın yetki alanında olmadığını yinelemektedir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, göçmenlerin ülkeye yasal olarak girmek için başvuruda bulunma seçeneğinin olmadığı durumlarda, Devletin yetki alanını ülke dışına genişletmiştir.³⁸

Komite önündeki meseleler ve usul

Kabul edilebilirlik değerlendirmesi

13.1 Bir başvuruda yer alan herhangi bir iddiayı değerlendirmeden önce Komite, İhtiyari Protokol kapsamındaki usul kurallarının 20'nci kuralı uyarınca başvurunun kabul edilebilir olup olmadığına karar vermelidir.

13.2 Komite, Taraf Devlet'in ilk olarak başvurusunun İspanya'ya girdiğinde başlangıçta reşit olduğunu beyan etmesi; ikinci olarak Taraf Devlet'in başvurusunun 30 Aralık 2014'te İspanya'ya giren kişiyle aynı kişi olmadığını iddia etmesi ve Y.D. adında kayıtlı olması nedeniyle başvurunun *kişi bakımından* kabul edilemez olduğuna ilişkin iddialarını kaydetmektedir. Ancak Komite, hepsi başvuru adına düzenlenmiş resmî belgeler olan Mali doğum belgesi, pasaportu ve konsolosluk kartının olayların gerçekleştiği 2 Aralık 2014 tarihinde başvurusunun 15 yaşında olduğunun aksini gösteren bir kanıt olmadıkça gerçek olduğunun varsayılması gerektiğini

38 Taraf Devlet herhangi spesifik bir davaya atıfta bulunmamaktadır.

belirtmektedir. Komite, Taraf Devlet'in Madrid Topluluğu tarafından oturma izni ve yasal vasilik belgesi vererek belgelerin gerçekliğini kabul etmiş olduğunu da kaydetmektedir.

13.3 İspanya makamları tarafından kaydedilen kişinin bilgileri ile başvurucunun bilgileri arasındaki uyumsuzluklara ilişkin olarak Komite, dosyanın, başvurucunun 2 Aralık 2014'te açıklanan koşullarda Melilla'ya erişmeye çalışan kişi olmadığını gösteren kesin bir kanıt sağlamadığını kaydeder. Komite, özellikle başvurucunun ve Taraf Devlet'in delillere her zaman eşit erişim imkânı bulunmadığını ve Taraf Devlet'in tek başına ilgili bilgilere erişimi olduğunu göz önünde bulundurulduğunda, ispat yükünün yalnızca başvurucuya yüklenemeyeceği kanaatindedir.³⁹ Somut olayda Komite, başvurucunun olaylar hakkında kanıtlarla desteklenmiş güvenilir ve tutarlı bir açıklama sunduğu kanaatindedir. Komite ayrıca, başvurucunun Taraf Devlet'in Y.D. olarak kayıtlı kişinin parmak izleri ile başvurucunun parmak izlerini karşılaştırabilecek olduğu yönündeki iddialarını da kaydetmektedir. Bu nedenle Komite başvuruyu *kişi bakımından* kabul edilebilir bulmuştur.

13.4 Komite, Taraf Devlet'in Fas makamlarının eylemlerinin İspanya'ya yüklenemeyeceğinden bahisle başvurunun *yer bakımından* kabul edilemez olduğu yönündeki iddialarını kaydetmektedir. Ancak Komite, mevcut başvurunun kapsamının Fas makamlarının eylemleri hariç olmak üzere İspanyol makamlarının 2 Aralık 2014 tarihindeki eylemleri ile sınırlı olduğunu kaydetmektedir. Bu bağlamda Komite, başvurucuya göre, İspanyol güvenlik güçleri tarafından Melilla sınır kapısının üçüncü çitinde yakalandığını ve kelepçelendiğini ve Fas topraklarını geri gönderildiğini kaydetmektedir. Bu koşullar göz önünde bulundurulduğunda ve başvurucunun İspanya topraklarına ulaştığının kabul edilip edilmemesinden bağımsız olarak başvuru, Taraf Devlet'in otoritesi veya etkin kontrolü altındadır. Bu nedenle Komite, somut başvuruyu *yer bakımından* kabul edilebilir bulmaktadır.

13.5 Komite, Taraf Devlet'in Sözleşme kapsamında olmayan sığınma hakkına göndermede bulunması sebebiyle başvurunun *konu bakımından* kabul edilemez olduğuna ilişkin iddiasını da kaydetmektedir. Ancak Komite, somut başvurunun başvurucunun Sözleşme'nin 3'üncü, 20'nci ve 37'nci maddeleri kapsamındaki haklarının ihlal edildiği iddiasıyla ilgili olduğunu kaydeder. Komite, bu nedenle başvurunun *konu bakımından* kabul edilebilir olduğu kanaatindedir.

39 Bkz. *inter alia* (diğerlerinin yanı sıra), İnsan Hakları Komitesi'nin *Purna Maya v. Nepal* (CCPR/C/119/D/2245/2013), par. 12.2; *El Hassy v. Libyan Arab Jamahiriya* (CCPR/C/91/D/1422/2005), par. 6.7; ve *Medjounne v. Algeria* (CCPR/C/87/D/1297/2004), par. 8.3 davalarındaki görüşleri.

13.6 Son olarak Komite, Taraf Devlet'in şikâyetçinin tüm iç hukuk yollarını tüketmediğine ilişkin iddiasını İhtiyari Protokol'ün 7 (e) maddesi uyarınca kaydetmektedir, şöyle ki: (a) başvuru yolculuk ettiği ülkelerde sığınma talebinde bulunmamıştır; (b) Beni Enzar sınır kapısında, İspanya'ya sığınmak için başvuruda bulunmamıştır; (c) İspanya için çalışma vizesine başvurmamıştır; (d) İspanya'ya girdikten sonra, sınır dışı edilmesini emreden idari karara itiraz etmek için etkili yargı yollarına erişimi vardır. Komite, yukarıda yer alan (a), (b) ve (c) bendinde Taraf Devlet, sadece başvuru- cunun Taraf Devlet'in topraklarına girmeden önce sığınma ya da çalışma vizesi talebinde bulunabileceğini ileri sürdüğünden bu tür önerilerin başvuru- cunun sınır dışı edilmesi bakımından etkili çözüm yolu olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Komite ayrıca, 2 Aralık 2014 tarihinde başvuru aleyhine resmî bir sınır dışı etme kararının verilmediğinin dava dosyasından öğrenilebileceğini belirtmektedir. Buna göre Komite, başvuru- cunun 2 Aralık 2014 tarihinde yakın sınır dışı edilmesi bağlamında ve başvuru tarafından itiraz edilebilecek resmî sınır dışı edilme kararının yokluğunda, (d) bendinde söz edilen yargı yolları ne kullanılabilir ne de etkili olduğundan Taraf Devlet'in iddiasının önemsiz olduğu kanaatindedir. Sonuç olarak Komite, İhtiyari Protokol'ün 7 (e) maddesinin somut başvuru- runun kabul edilebilirliğine engel teşkil etmeyeceği kanaatindedir.

13.7 Komite, İhtiyari Protokol'ün 7 (f) maddesi uyarınca başvuru- cunun Sözleşme'nin 3'üncü, 20'nci ve 37'nci maddesi kapsamındaki şikâyetlerini yeterince temellendirdiği kanaatindedir. Bu nedenle Komite, şikâyeti kabul edilir bulur ve esasa ilişkin değerlendirmeye geçer.

Esasın Değerlendirilmesi

14.1 Komite bu başvuruyu, İhtiyari Protokol'ün 10 (1). maddesi uyarınca taraflarca kendisine sunulan tüm bilgiler ışığında değerlendirmiştir.

14.2 Komite'nin önündeki mesele, somut olayın koşullarında başvuru- cunun 2 Aralık 2014'te İspanyol Sivil Muhafızları tarafından Fas'a geri gönderilmesinin Sözleşme kapsamındaki haklarını ihlal edip etmediğidir. Özellikle, başvuru herhangi bir tür kimlik kontrolü ya da durumunun değerlendirilmesi yapılmadan 2 Aralık 2014'te zorla Fas'a sınır dışı edilmesiyle Taraf Devlet'e ilişkin olarak şunları iddia etmiştir: (a) refakatsiz bir çocuk olarak hak sahibi olduğu özel koruma ve yardım başvuru- cuya sağlanmamıştır (md. 20); (b) geri gönderme yasağı ilkesine uymamış ve başvuru- cuyu Fas'ta şiddet ve zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele riskine maruz bırakmıştır (md. 37); ve (c) çocuğun yüksek yararını göz önünde bulundurmamıştır (md. 3).

14.3 Komite, Devlet'in refakatsiz çocuğa özel koruma ve yardım sağlama yükümlülüklerinin Sözleşme'nin 20'nci maddesi uyarınca "ülke topraklarına girmeye çalışırken Devlet'in yargı yetkisi altına giren çocuklar" için dahi geçerli olduğu görüşündedir.⁴⁰ Benzer şekilde Komite, "bu koruma yükümlülüklerinin olumlu yönünün, Devletlerin sınır da dahil olmak üzere mümkün olan en erken aşamada çocukların refakatsiz ya da -ailesinden- ayrı düşmüş (separated) olduğunun tespit edilmesi için gerekli tüm önlemleri alması gerekliliğini de kapsadığını" değerlendirmektedir.⁴¹ Buna göre, Sözleşme'nin 20'nci maddesi uyarınca yükümlülüklerine uyması ve çocuğun yüksek yararına riayet etmesi için Devlet'in herhangi bir nakil ya da geri göndermeden önce aşağıdaki aşamaları içeren bir ilk değerlendirme yapması zorunlu ve gereklidir: (a) öncelikli olarak ilgili kişinin refakatsiz bir çocuk olup olmadığının değerlendirilmesi, belirsizlik durumunda bireyin şüpheden yararlandırılarak bir çocuk olma olasılığı varsa kendisine o şekilde davranılması; (b) ilk mülakat aracılığıyla çocuğun kimliğinin doğrulanması ve (c) varsa çocuğun özel durumunun ve özel savunmasızlıklarının değerlendirilmesi.⁴²

14.4 Komite, ayrıca, Taraf Devlet'in Sözleşme'nin 37'nci maddesindeki yükümlülüklerine uygun olarak hiçbir çocuğun işkenceye veya diğer zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye maruz kalmamasını sağlamak amacıyla Devlet'in bir çocuğu "çocuğa, telafi edilmesi imkânsız bir zarar verileceğine dair gerçek bir tehlike olduğuna inanmak için esaslı nedenlerin bulunduğu bir ülkeye" geri gönderilmemesi gerektiği kanaatinde-dir.⁴³ Bu nedenle Komite, Sözleşme'nin 37'nci maddesi ve geri gönderme yasağı ilkesi uyarınca Devlet'in çocuğun yüksek yararı göz önünde bulundurularak nakledileceği ya da geri gönderileceği ülkede, çocuğa telafisi imkânsız bir zarar verilmesi ya da haklarının ciddi şekilde ihlal edilmesi tehlikesi bulunuyorsa, örneğin, "gıda veya sağlık hizmetlerinin yetersiz olarak sağlanmasının çocuklar için özellikle ciddi sonuçları" da dahil olmak üzere önceden değerlendirilmesini yapma, yükümlülüğü olduğu kanaatinde-dir.⁴⁴ Komite yüksek yarar değerlendirmeleri ve yüksek yararı belirleme usulleri kapsamında çocukların aşağıdaki haklarının güvence altına alınması gerektiğini özellikle hatırlatmaktadır: (a) sahip oldukları ya da eksik olan belgelere bakılmaksızın bölgeye erişim ve haklarının korunması aç-

40 6 sayılı Genel Yorum, par. 12.

41 Ibid., par. 13.

42 Ibid., par. 31.

43 Ibid., par. 27, Tüm Göçmen İşçiler ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunması Komitesi'nin ve Çocuk Hakları Komitesi'nin sayılı Müşterek Genel Yorumu (2017), par. 46.

44 6 sayılı Genel Yorum, par. 27.

sından ihtiyaçlarının değerlendirilmesi ve usul güvencelerini sağlamakla görevli mercilere sevk edilme hakları.⁴⁵

14.5 Somut olayda Komite, 2 Aralık 2014'te (a) başvuruçunun İspanya'ya aile ortamından yoksun refakatsiz bir çocuk olarak geldiğini;⁴⁶ (b) başvuruçunun İspanyol makamlarından herhangi bir yardım almadan Melilla sınır çitlerinden biri üzerine tırmanmış şekilde birkaç saat bekletildiğini; (c) çitten aşağı iner inmez İspanyol Sivil Muhafızları tarafından yakalandığını, kelepçelendiğini ve doğrudan Fas'a geri gönderildiğini ve (d) çitten aşağı indiği ve Fas'a geri gönderildiği süre arasında başvuruçuya herhangi bir hukuki yardım sağlanmadığını, düzgün iletişim kurabilmesini sağlamak için bir tercüman yardımının teklif edilmediğini, refakatsiz bir çocuk olup olmadığını tespit edebilmek için bir ilk değerlendirme sürecine tabi tutulmadığını, şüpheden yararlandırılmadığını ve kendisine bir çocuk gibi davranılmadığını, kimlik kontrolünden ya da mülakattan geçmediğini ve o andaki özel kişisel durumu ve/veya özel savunmasızlıkları hakkında soru sorulmadığını kaydetmektedir.

14.6 Komite, Taraf Devlet'in bu ilkenin ancak bir kişinin zulüm riskinin bulunduğu bir bölgeden gelmesi halinde uygulanacağından bahisle geri gönderme yasağı ilkesinin somut olaya uygulanmayacağına ilişkin iddiasını da kaydetmektedir. Ancak Komite, Taraf Devlet'in çocuğu "çocuğa, telafi edilmesi imkânsız bir zarar verileceğine dair gerçek bir tehlike olduğuna inanmak için esaslı nedenlerin bulunduğu bir ülkeye" geri göndermeme yükümlülüğü olduğunu yinelemektedir.⁴⁷ Komite, Taraf Devlet'in başvuruçuyu Fas'a geri göndermeden önce başvuruçunun kimliğini tespit etmediğini, kişisel durumunu sormadığını ve varsa geri gönderileceği ülkede uğrayabileceği zulüm ve/veya onarılamaz zarar tehlikesine ilişkin önceden bir değerlendirme yapmadığını da kaydetmektedir. Komite, Fas sınır bölgesinde⁴⁸ göçmenlerin karşılaştığı şiddet ve başvuruçunun maruz kaldığı kötü muamele göz önünde bulundurulduğunda, sınır dışı edilmeden önce başvuruçunun telafisi imkânsız bir zarar görme tehlikesinin değerlendirilmemesinin veya başvuruçunun yüksek yararının dikkate alınmamasının Sözleşme'nin 3'üncü ve 37'nci maddelerinin ihlalini teşkil ettiği kanaatinde-dir.

45 Tüm Göçmen İşçiler ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunması Komitesi'nin 4 sayılı ve Çocuk Hakları Komitesi'nin 23 sayılı (2017) Ortak Genel Yorumu, par. 17.

46 6 sayılı Genel Yorum, par. 7.

47 Ibid., par. 27.

48 Komite'nin Fas'ın üçüncü ve dördüncü birleştirilmiş (combined) raporlarına(CRC/C/MAR/CO/3-4) ilişkin nihai gözlemleri ve Tüm Göçmen İşçiler ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunması Komitesi'nin Fas'a ilişkin ilk raporu (CMW/C/MAR/CO/1) hakkındaki nihai (concluding) gözlemleri.

14.7 Komite, davanın koşulları ışığında, başvurusunun refakatsiz bir çocuk olarak sınır dışı edilmeden önce kimlik kontrolünden ve durum değerlendirilmesinden geçmemesinin ve olası sınır dışı edilmesine itiraz etme imkânı verilmemesinin, başvurusunun Sözleşme'nin 3'üncü ve 20'nci maddelerinde öngörülen haklarını ihlal ettiği kanaatindedir.

14.8 Son olarak Komite, başvurusunun aile ortamından yoksun refakatsiz bir çocuk olarak ve uluslararası göç bağlamında, gözaltına alındıktan ve kelepçelendikten sonra dinlenilmeden, avukat ya da tercüman yardımı almadan ve ihtiyaçları dikkate alınmadan sınır dışı edilme biçiminin, Sözleşme'nin 37'nci maddesi uyarınca yasaklanmış muamele oluşturduğu kanaatindedir.

14.9 İhtiyari Protokol'ün 10'uncu maddesinin 5'inci fıkrası uyarınca hareket eden Komite, önündeki olayların Sözleşme'nin 3'üncü, 20'nci ve 37'nci maddelerini ihlal ettiği kanaatindedir.

15. Taraf Devlet, başvurucuya uğradığı zarar için parasal tazminat ve rehabilitasyon da dahil olmak üzere yeterli tazminatı sağlamalıdır. Taraf Devlet ayrıca, özellikle 1 Nisan 2015'te kabul edilen, vatandaşların güvenliğinin korunmasına ilişkin 4/2015 sayılı Organic Act'i değiştirerek gelecekte benzer ihlallerin meydana gelmesini önleme yükümlülüğü altındadır. Taraf Devlet bunun yanı sıra, sınırda ayırım gözetmeyen otomatik sınır dışı etme uygulamasına izin veren, Ceuta ve Melilla'da uygulanan özel rejime ilişkin işbu Kanun'un 10'uncu ek maddesini de değiştirmelidir.⁴⁹

16. Komite, İhtiyari Protokol'e taraf olmakla Taraf Devlet'in Komite'nin Sözleşme'nin ya da iki temel ihtiyari protokolünün ihlal edilip edilmediğine karar verme yetkisini tanıdığını hatırlatmaktadır.

17. İhtiyari Protokol'ün 11'inci maddesi uyarınca Komite, Taraf Devlet'ten Komite'nin Görüşlerini yürürlüğe koymak için aldığı önlemler hakkında en kısa sürede ve her halükarda 6 ay içerisinde bilgi almak istemektedir. Taraf Devlet'ten ayrıca, Sözleşme'nin 44'üncü maddesi uyarınca Komite'ye sunduğu raporlarına bu tür önlemler hakkında bilgi eklemesi talep edilmektedir. Son olarak Taraf Devlet'ten, Komite'nin Görüşlerini yayımlaması ve bunları geniş çapta dağıtması istenmektedir.

49 CRC/C/ESP/CO/5-6.

Birleşmiş Milletler

CRC/C/77/D/3/2016

Çocuk Hakları
SözleşmesiDağıtım: Genel
8 Mart 2018
Orijinal Dili: İngilizce**Çocuk Hakları Komitesi****Bireysel başvuru usulüne ilişkin Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne Ek Seçmeli Protokol kapsamında 3/2016 No'lu başvuruya ilişkin Komite tarafından kabul edilen görüşler^o, ****

<i>Başvuruyu yapan:</i>	I.A.M. (Avukat N.E. Hansen tarafından temsil edilmiştir)
<i>İddiaya göre mağdur:</i>	K.Y.M.
<i>Taraf devlet:</i>	Danimarka
<i>Başvuru tarihi:</i>	12 Şubat 2016
<i>Görüşün kabul tarihi:</i>	25 Ocak 2018
<i>Konu:</i>	Döndüğü takdirde zorla kadın sünnetine maruz bırakılma riski altında olduğu iddia edilen bir kız çocuğunun Somali'ye sınır dışı edilmesi
<i>Usuli mesele:</i>	İddiaların doğrulanması
<i>Maddi mesele:</i>	Ayrımcılık yasağı; çocuğun üstün yararı; çocuğun her türlü şiddet ve kötü muameleye karşı korunması
<i>Sözleşme'nin ilgili maddeleri:</i>	1, 2, 3 ve 19
<i>Seçmeli Protokol'ün ilgili maddeleri:</i>	7 (f)

1.1 Başvurucu I.A.M., 1990'da Puntland'da doğmuş bir Somali vatandaşıdır. Başvuruyu 5 Ocak 2016'da Danimarka'da doğan kızı K.Y.M. adına sunmaktadır. Başvurucu ve kızının, Puntland, Somali'ye sınır dışı edilmesine karar verilmiştir. Başvurucu, kızının sınır dışı edilmesinin Sözleşme'nin

^o Çeviren Daöla TİMUR

^{*} Komitenin yetmiş yedinci oturumunda kabul edilmiştir (15 Ocak – 2 Şubat 2018).

^{**} Başvurunun değerlendirilmesinde Komitenin takip eden üyeleri yer almıştır: Suzanne Aho Assouma, Amal Salman Aldoseri, Hynd Ayoubi Idrissi, Jorge Cardona Llorens, Bernard Gastaud, Olga A. Khazova, Hatem Kotrane, Cephas Lumina, Gehad Madi, Benyam Dawit Mezmur, Clarence Nelson, Mikiko Otani, Luis Pedernera Reyna, José Ángel Rodríguez Reyes, Kirsten Sandberg, Ann Marie Skelton, Velina Todorova and Renate Winter.

1, 2, 3, ve 19. maddelerinde korunan haklarını ihlal edeceğini iddia etmektedir. Başvurucu avukatla temsil edilmektedir. Seçmeli Protokol Danimarka için 7 Ocak 2016'da yürürlüğe girmiştir.

1.2 Komite adına hareket eden Bireysel Başvuru Çalışma Grubu, 16 Şubat 2016 tarihinde, Seçmeli Protokol'ün 6. maddesine dayanarak, Taraf Devletten, dava Komite tarafından değerlendirilme aşamasındayken başvurucu ve kızını menşe ülkesine göndermekten kaçınmasını talep etmiştir. Taraf Devlet, 18 Şubat 2017 tarihinde başvurucu ve kızına ilişkin sınır dışı etme kararını askıya almıştır. 16 Ağustos 2017 tarihinde Taraf Devlet ilgili geçici tedbirin kaldırılmasını talep etmiştir (bkz. aşağıda paragraf 4.1). Komite adına hareket eden Çalışma Grubu, 16 Ocak 2017'de Taraf Devletin geçici tedbirin kaldırılmasına ilişkin talebinin reddedilmesine karar vermiştir.

1.3 2 Mart 2017 tarihinde Taraf Devlet, başvurunun değerlendirilmesinin takipsiz bırakılması talebinde bulunmuştur (bkz. aşağıda paragraf 6). Komite adına hareket eden Çalışma Grubu, 9 Haziran 2017 tarihinde başvurunun değerlendirilmesinin takipsiz bırakılmamasına karar vermiştir.

Başvurucu tarafından ortaya konulduğu hâliyle olgular

2.1 Başvurucu, 25 Eylül 2014 tarihinde geçerli seyahat evrakları olmaksızın Danimarka'ya giriş yapmış ve dört gün sonra eşiyle birlikte sığınma talebinde bulunmuştur.¹ Danimarka Göçmenlik Dairesi, 31 Mart 2015 tarihinde başvurunun eşinin Dublin III Tüzüğü uyarınca İsveç'e nakledilmesine karar vermiştir.² Bu karar, Danimarka Mülteci Temyiz Kurulu tarafından, 22 Nisan 2015 tarihinde onanmıştır. Başvurucunun eşi, 21 Mayıs 2015 tarihinde İsveç'e nakledilmiştir.

2.2 5 Ekim 2015 tarihinde Göçmenlik Dairesi, altı aylık hamile olan başvurunun sığınma talebini reddetmiştir. Başvurucu, 2007³ yılında ailesinin rızası olmadan yaptığı gizli evliliği dolayısıyla ailesi tarafından öldürülmekten korktuğunu ve Puntland'a sınır dışı edilirse kızının da kadın sünnetine maruz kalma tehlikesi altında olduğunu ifade ederek, bu kararı Mülteci Temyiz Kuruluna taşımıştır.

1 Başvurucu, iddiaya göre 2007'den beri İsveç'te ikamet eden eşinin nasıl ve ne zaman Danimarka'ya girdiğini ve kendisiyle bir araya geldiğini belirtmemiştir.

2 Avrupa Birliği Tüzüğü No. 604/2013 (Dublin III Tüzüğü), bir üçüncü ülke vatandaşının veya vatansız bir kişinin bir Taraf Devlette uluslararası koruma başvurusu yapması halinde hangi ülkenin bu başvuruyu incelemeye alacağını belirleyen bir mekanizma öngörmektedir.

3 Mülteci Temyiz Kurulunun 2 Şubat 2016 tarihli kararına göre, başvurucu 2007 yılında ailesinin rızası olmadan ve gizlice aşağı klandan bir adamla evlenmiştir.

2.3 Mülteci Temyiz Kurulu, başvurucunun temyiz talebini 2 Şubat 2016 tarihinde reddetmiş ve özel bir bölge belirtmeden kendisinin Somali'ye sınır dışı edilmesine karar vermiştir. Kurul, özellikle 2007'de⁴ yaptığı gizli evliliği öğrenince babasının verdiği tepkiyi ve eşi 2007 yılında ayrılmış olmasına rağmen kendisinin 2014 yılına kadar Puntland'da ikamet etmeye devam ettiği gerçeğini göz önünde bulundurarak, başvurucunun beyanlarının tutarsız ve inandırıcılıktan yoksun olduğuna kanaat getirmiştir. Kurul, başvurucunun 2007 ve 2014 yılları arasında herhangi bir ölç eylemiyle karşılaşmadan evinde yaşamaya devam ettiğini kaydetmiştir. Başvurucunun kızının zorla kadın sünnetine maruz bırakılması tehlikesine gelince, Kurul, Somali'de kadın sünnetinin hukuk yoluyla yasaklandığına ve annelerin kızlarının kadın sünnetine maruz kalmasına rızaları olmaması halinde bundan özellikle Puntland'da kaçınabileceklerine dair Göçmenlik Dairesi'nin raporuna⁵ dayanmıştır.

2.4 Danimarka yargı sisteminde Mülteci Temyiz Kurulunun kararı temyiz edilemediğinden, başvurucu iç hukuk yollarının tüketildiğini belirtmiştir. Buna ek olarak başvurucu, Göçmenlik Dairesi kararını verdiği henüz kızı doğmamış olduğundan, kızının kadın sünnetine tabi tutulması tehlikesinin yalnızca bir kurum tarafından, yani Mülteci Temyiz Kurulu tarafından ele alındığını ifade etmiştir.

Şikâyet

3.1 Başvurucu, kızının Somali'ye sınır dışı edilirse kadın sünnetine tabi tutulabileceğini, bu sebeple Sözleşme'nin 1, 2, 3, ve 19. maddelerinde korunan haklarının ihlal edileceğini iddia etmektedir.⁶ Başvurucunun iddiasına göre zulüm olan yere geri göndermeme ilkesi Sözleşme bakımından uygulanabilir olup, kadın sünneti gibi belirli hususlarda sınırötesi etkiye

4 Mülteci Temyiz Kurulunun 2 Şubat 2016 tarihli kararına göre, başvurucu başlangıçta Göçmenlik Dairesine babasının evliliği öğrendiğinde kendisini bütün gece kemerle dövdüğü ve eşini öldürmekle tehdit ettiği yönünde beyan vermiştir. Ancak, Mülteci Temyiz Kuruluna, kendisinin bir ay boyunca odasında yatağa bağlanmış bir şekilde tutulduğunu ve ayaklarına demirle vurulduğunu söylemiştir.

5 Bkz. Danimarka Göç, Entegrasyon ve İskan Bakanlığı, "Güney Orta Somali: kadın sünneti: tematic rapor – sığınma karar aşamasında kullanılmak üzere menşe ülke bilgisi" (Ocak 2016). Şuradan erişilebilir: [https://www.nyidanmark.dk/NR/rdonlyres/D011EB99-7FB6-4693-921A-8F912F4079CB/0/female genital mutilationnotat2016.pdf](https://www.nyidanmark.dk/NR/rdonlyres/D011EB99-7FB6-4693-921A-8F912F4079CB/0/female%20genital%20mutilationnotat2016.pdf). Raporda, "kadınların kızlarının kadın sünnetine tabi tutulmasından kaçınabilecekleri ve bazı kadınların bunu başardığı, ancak bunun annenin kişiliği ve kadın sünneti ve buna ilişkin aile üyeleri ve toplum tarafından yapılacak psikolojik baskı karşısında duracak dirayete sahip olup olmadığıyla yakından ilişkili olduğu" ifade edilmiştir (s. 8). Ayrıca raporda, "kızının bu uygulamaya maruz kalmaması gerektiğine dair güçlü bir kişisel kanaatin, bir annenin başarılı olması için en önemli unsur olduğu; annenin eğitim geçmişinin, sosyal statüsünün, kültürel ve coğrafi bağlantılarının da dikkate değer olduğu ancak küçük bir önem arz ettiği" ifade edilmiştir.

6 Başvurucu kızının sözde ne tür bir kadın sünneti uygulamasına tabi tutulacağını açıklığa kavuşturmamıştır.

sahiptir. Başvurucu, İnsan Hakları Komitesinin, İşkenceye Karşı Komitenin ve Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesinin, hâlihazırda ilgili sözleşmelerinin sınır dışı etme vakalarında sınır ötesi etkiye sahip olduğuna karar verdiğini kaydetmiştir.⁷

3.2 Başvurucu, kadınların yüzde 98'inin kadın sünnetine maruz kaldığı bir ülkede bekar bir anne olarak kızını bu uygulamadan koruma hususunda toplum baskısına direnemeyeceğini ifade etmiştir. Başvurucu, Mülteci Temyiz Kurulunun kararının, kız çocuklarının annenin karşı çıkması halinde sünnet olmayabileceğini (s. 8) ifade eden Göçmenlik Dairesinin Somali'de kadın sünnetine dair raporuna (2016) dayandırıldığını belirtmiştir. Ancak başvurucu, aynı raporun, annenin diğer kadınların ısrarına karşı gelecek gücü olmaması halinde baskıya direnemeyebileceğini veya aile üyelerinin anne evde yokken işlemi gerçekleştirebileceklerini de belirttiğini öne sürmüştür (s. 10). Dahası başvurucu, kadın sünnetinin Somali'de ve Puntland'da kanunla yasaklanmış olmasına rağmen, kanunun gerçekte uygulanmadığını eklemiştir. Kendisinin de 6 yaşında kadın sünnetine maruz bırakıldığını ve gizlice yaptığı evliliği dolayısıyla Somali'de zulme uğradığını ve erkek egemen bir toplumda yetkililerden koruma talep edilecek durumda olmadığını eklemiştir. Son olarak başvurucu, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliğinin (BMMYK) Devletleri herhangi bir kişiyi Güney ve Orta Somali'ye zorla geri göndermekten kaçınmaya çağırduğu "Güney ve Orta Somali'ye Dönüşler Konusundaki Pozisyon"una (Haziran 2014) atıf yapmıştır (parag. 20).

3.3 Başvurucu, Sözleşme'nin 19. maddesi uyarınca Taraf Devletlerin çocukları her türlü kötülük ve şiddetten koruma yükümlülüğü altında olduklarını ifade etmiştir. Bunu yaparken her zaman çocuğun üstün yararını göz önünde bulundurmaları gerekmektedir.

3.4 Başvurucu, kızının vakasının yalnızca Mülteci Temyiz Kurulu tarafından herhangi bir üst başvuru yolu olmadan ele alındığını, bu sebeple Sözleşme'nin 2. maddesine aykırı olarak ayrımcılığa uğradığını iddia etmiştir. Başvurucu bunun sebebinin kızının Danimarka'da Somalili bir anneden dünyaya gelmesi olduğunu; Danimarka'da dünyaya gelen başka hiçbir çocuğun adil yargılanma teminatlarından benzer bir yoksunluğa maruz kalmayacağını ifade etmiştir.

3.5 Başvurucu, Mülteci Temyiz Kurulunun kararında Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne hiçbir atıfta bulunmadığına dikkat çekmiştir.

7 Başvurucu Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesinin M.N.N. v. Danimarka (CEDAW/C/55/D/33/2011) kararına atıf yapmıştır.

Taraf Devletin kabul edilebilirliğe ve esasa ilişkin görüşleri

4.1 16 Ağustos 2016 tarihinde sunmuş olduğu görüşünde Taraf Devlet, Mülteci Temyiz Kurulunun 2 Şubat 2016 tarihli kararının 14 Mart 2016 tarihli yeni bir Kurul kararıyla değiştirildiğine ve Kurulun başvuru ile kızının Somali'nin başka bir yerine değil, -başvurucunun geldiği yer olan Puntland'da sınır dışı edilmesinin açıkça belirtildiğine dair Komiteyi bilgilendirmiştir. Ancak, sınır dışı edilmelerine dair süre sınırı Komitenin geçici tedbir talebi doğrultusunda ertelenmiştir (bkz. yukarıda paragraf 1.2).

4.2 Taraf Devlet, Danimarka Yabancılar Yasası'nın 53 (a) maddesi uyarınca, Göçmenlik Dairesinin kararlarının, başvurunun açıkça mesnetsiz bulunduğu hâller haricinde doğrudan Mülteci Temyiz Kurulu önüne getirildiği hususunda Komiteyi bilgilendirmektedir. Mülteci Temyiz Kurulu, 2013/32/EU sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi'nin uluslararası korumanın verilmesi ve geri alınmasına ilişkin ortak prosedürler hakkındaki 46. maddesi bağlamında bir mahkeme veya yargı yeri olarak kabul edilen bağımsız, yarı yargısal bir organdır. Kurul Başkanı ve Başkan Yardımcısının yargıç, diğer üyelerinin avukat olması ve Dışişleri Bakanlığı veya Göç, Entegrasyon ve İskan Bakanlığının merkez idaresinde görev yapması gerekmektedir. Kurul üyeleri, Danimarka Mahkeme İdaresi (yargıçlar söz konusu olduğunda) veya Danimarka Mülteci Konseyi, Dışişleri Bakanı ve Göç, Entegrasyon ve İskan Bakanı (diğer üyeler söz konusu olduğunda) tarafından aday gösterilme üzerine Kurulun Yürütme Komitesi tarafından atanır. Kurul üyeleri, atama veya aday gösterme makam ve kuruluşundan talimat alamazlar ve yalnızca Özel İddia ve Revizyon Mahkemesi tarafından görevden uzaklaştırılabilir veya alınabilirler (Danimarka mahkemelerinde görev yapan hakimler gibi). Kurul tarafından verilen kararlar nihaidir, bu sebeple bir başka temyiz merci bulunmamaktadır.

4.3 Taraf Devlet, Danimarka Yabancılar Yasası'nın 7(1) maddesi uyarınca, 1951 tarihli Mültecilerin Statüsüne ilişkin Sözleşme kapsamındaki bir yabancıya, başvurusu üzerine oturma izni verileceğini kaydetmektedir. Yabancılar Yasası'nın 7(2) maddesi uyarınca, menşe ülkelerinde ölüm cezasına veya işkence veya kötü muameleyle maruz kalma tehlikesi taşıyan bir yabancıya da oturma izni verilecektir. Mülteci Temyiz Kurulu, sığınmacının menşe ülkesine dönmesi halinde ölüm cezasına veya işkenceye maruz kalacağına ilişkin gerçek bir tehlikenin var olduğunu doğrulayan belirli ve bireysel etkenler olduğu takdirde, Yabancılar Yasası'nın 7 (2) maddesi uyarınca oturma izni verilmesine ilişkin koşulların karşılanmış olacağı görüşündedir. Yabancılar Yasası ayrıca, herhangi bir sığınma talebinin

reddedilmesine bu tehlikenin varlığına ilişkin bir kararın eşlik etmesini gerektirir. Kurulun kararlarını Taraf Devletin uluslararası yükümlülüklerine uygun bir şekilde vermesini temin etmek için, Kurul ve Göçmenlik Dairesi, başta 1951 tarihli Mültecilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi olmak üzere sığınmacılara uluslararası hukukta sağlanan korumaların açıklandığı ortaklaşa bildiriler tasarlamıştır.

4.4 Mülteci Temyiz Kurulu önünde yapılan yargılamalar, sığınmacının beyanda bulunmasına ve kendisine sorulan soruları yanıtlamasına izin verilen bir sözlü duruşma içerir. Kurul kararları, ilgili vakanın bireysel ve özgül bir değerlendirmesine dayanmaktadır. Sığınma talebinde bulunan kişinin sığınma gerekçelerine ilişkin beyanları, menşe ülkesindeki koşullar hakkında sahip olunan bilgiler de dahil olmak üzere, ilgili tüm kanıtlar ışığında değerlendirilir. Bu bağlamda Kurul, sürekli ağır ve sistematik bir ihlal örüntüsünün varlığında olduğu gibi, menşe ülkedeki insan hakları durumu hakkında etraflı bir arka plan derlemesi yapmaktadır.⁸ Kurul, vakaya ilişkin tüm olguların ileri sürülmesini sağlar ve sığınmacıyı, tanıkları ve kendisine sunulan her türlü diğer delili değerlendirerek kararını verir. Taraf Devlet, sığınmacının, Yabancılar Yasası'nın 7. maddesi kapsamına girip girmediğine karar vermek için gerekli olan bilgileri sağlaması gerektiğini kaydetmektedir. Böylelikle, sığınma hakkı verilmesine ilişkin koşulların var olduğunu kanıtlamak sığınma talebinde bulunan kişiye düşmektedir. Sığınmacının yargılama esnasındaki beyanlarının tutarsızlık veya eksiklik barındırdığı durumlarda Kurul, bunun nedenlerini açıklığa kavuşturmaya çalışacaktır. Ancak, sığınma hakkı verilmesinin temellendirilmesine esas unsurlarda tutarsız beyanların varlığı, sığınmacının inandırıcılığını zedeleyebilir. Bu gibi durumlarda Kurul, sığınmacının ilgili tutarsızlıklara ilişkin açıklamasını ve en önemlisi, yaşı, kültürel ardalanı, okuryazarlığı veya işkence mağduru olup olmaması gibi özel durumuna ilişkin unsurları hesaba katacaktır.

4.5 Mülteci Temyiz Kurulu, yalnızca bir vakanın belirli olgularına ilişkin bilgileri değerlendirmekle değil, aynı zamanda sığınmacının menşe ülkesindeki veya ilk sığınma ülkesindeki durum da dahil olmak üzere gerek-

8 Taraf Devlet, arka plan unsurların BM Mülteci Örgütü web sitesi, Avrupa Menşe Ülke Bilgi Ağı, Danimarka Dışişleri Bakanlığı, Danimarka Göçmenlik Dairesi Menşe Ülke Bilgi Birimi, Danimarka Mülteci Konseyi, Uluslararası Af Örgütü, İnsan Hakları İzleme Örgütü ve diğer uluslararası insan hakları örgütlerini de içeren çeşitli kaynaklardan derlendiğini belirtmektedir.

li arka plan bilgilerini sağlamakla yükümlüdür. Bu amaç doğrultusunda Kurul, Danimarka'nın, Somali de dahil olmak üzere sığınmacı kabul ettiği ülkelerdeki mevcut duruma ilişkin kapsamlı bir genel arka plan verisi derlemesine sahiptir.⁹ İlgili veriler sürekli olarak güncellenmektedir.

4.6 Taraf Devlet, Komite'nin çocuğun her türlü şiddetten uzak olma hakkına dair 2011 tarihli ve 13 No'lu genel yorumunda (parag. 11 (a)), Taraf Devletlerin, kadın sünneti gibi zararlı uygulamalar da dahil olmak üzere, Sözleşme'nin 19. maddesi uyarınca çocuklara karşı her türlü fiziksel şiddeti yasaklama, önleme ve bunlara karşılık verme yükümlülüğü altında olduğunu kaydetmektedir. Ayrıca, zararlı uygulamalara dair ortaklaşa hazırlanan Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesinin 2014 tarihli ve 31 No'lu genel tavsiyesinde/Çocuk Hakları Komitesinin 2014 tarihli ve 18 No'lu genel yorumunda, Komiteler, Taraf Devletlerin zararlı uygulamaları etkili bir şekilde ele almak ve ortadan kaldırmak için yasal önlemler almasını şart koşmaktadır. Taraf Devletler, göç ve sığınmayla ilgili mevzuat ve politikaların, kadınların zararlı uygulamalara maruz kalma veya bu uygulamalar sonucu zulme uğrama tehlikesi taşımasını sığınma hakkı tanıma gerekçesi olarak kabul ettiğinden emin olmalıdır. Her davada ayrıca ele alınmak üzere, korunmanın, kız çocuğuna veya kadına eşlik eden bir yakınına da sağlanması hususunun da dikkate alınması gerekmektedir (parag. 55 (m)). Dahası refakatçisi olmayan ve ailelerinden ayrı düşmüş, menşe ülkesinin dışındaki çocukların bakımına dair Komitenin 2005 tarihli ve 6 No'lu genel yorumu doğrultusunda Taraf Devletler, çocuğun geri gönderme işleminin gerçekleştirileceği ya da sonradan gönderilebileceği herhangi bir ülkede Sözleşme'nin 6 ve 37. maddelerinde öngörülen biçimde telafisi olanaksız bir zarara maruz kalma tehlikesiyle gerçekten karşı karşıya kalacağına dair kanaat oluşturacak önemli dayanaklar olduğu takdirde, o ülkeye çocuğu sınır dışı etmemelidir. Bu tür tehlikelerin tayini yaşa ve cinsiyete duyarlı bir şekilde yapılmalıdır. Dolayısıyla Taraf Devlet, yalnızca bir çocuğun sınır dışı edilmesi durumunda gerçek ve onarılamaz bir zarara maruz kalacak olması durumunda Sözleşme'nin ihlal edilmiş sayılacağını ileri sürmektedir. Bir ülkeye dönüşü ile kadın sünnetine maruz kalacağı iddia edilen bir kızın sınır dışı edilmesine ilişkin davalarda yol gösterici ilke bu olmalıdır.

4.7 Taraf Devlet, başvuruçunun, kızının Puntland'a sınır dışı edilmesi halinde onarılamaz bir zarara maruz bırakılacağına ilişkin gerçek bir teh-

9 Mülteci Temyiz Kurulunca başvuru arka plan bilgilerine şuradan erişilebilir: www.fln.dk/da/baggrundsmateriale.

like olduğuna dair iddiasını yeterince temellendiremediğini ve böylece ilk bakışta haklı görülebilecek bir dava ortaya koyamadığını, dolayısıyla iddiasının Seçmeli Protokol'ün 7 (b) maddesi uyarınca kabul edilemez bulunması gerektiğini ileri sürmektedir.

4.8 Taraf Devlet, başvurusunun, durumu hakkında Mülteci Temyiz Kuruluna hâlihazırda sunulan ve ve Kurulca değerlendirilen bilgiler dışında yeni ve özgül herhangi bir bilgi sağlamadığını kaydetmektedir. Kurul, ifadelerin mantıklı ve tutarlı olup olmadığını değerlendirir. Mevcut vakada başvurusunun genel anlamda inandırıcılığı, sığınmaya dair kendi gerekçelendirmesinin ve açıklamalarındaki temel hususların gerekçeye göre kurgulanmış görünmesi ve beyanlarının mantık dışı olması nedeniyle Kurul tarafından reddedilmesiyle büyük ölçüde zayıflamıştır.

4.9 Kurul, 2 Şubat 2016 tarihli kararında, başvurusunun, kızının Puntland'a sınır dışı edilmesi halinde kadın sünnetine tabi olması ihtimaline ilişkin bir ifadeye bulunmadığını tespit etmiştir. Kurul, ilgili bölgede kadın sünnetinin genel durumuna ilişkin arka plan bilgilerine, özellikle anelerin kızlarının kadın sünnetine tabi olmasına engel olabileceğine vurgu yapmaktadır. Dolayısıyla Kurul, başvurusunun korkusunun Danimarka Yabancılar Yasası bakımından sığınmayı haklı kılamayacağı sonucuna varmıştır.

4.10 Taraf Devlete göre, mevzubahis konuda belirleyici mesele, başvurusunun, akrabalarından ve genel olarak yerel topluluktan gelebilecek herhangi bir olası baskıya direnerek kızını kadın sünnetine maruz kalmaktan korumaya istekli ve buna muktedir olup olmadığıdır. Bu bağlamda başvuru, kendi teyzesinin kızını sünnet edeceği korkusuna değinmiştir. Taraf Devlet, başvurusunun, kızının kadın sünnetine maruz bırakılacağına ilişkin korkusunu açıkça belirtmediğini ve detaylandırmadığını iddia etmektedir. Başvurusunun beyanlarından, eşinin de kendisinin de kadın sünnetine karşı oldukları anlaşılmaktadır. Dahası Taraf Devlet, başvurusunun iddiaya göre zorla evlendirilmemek için 2014 tarihinde Somali'yi terk ettiğini ve eşinin yardımıyla Etiyopya'ya, sonra da Avrupa'ya seyahat ettiğini ifade etmektedir. Dolayısıyla başvuru, varsayıldığı üzere, kızını kadın sünnetinden koruyabilecek ve her türlü sosyal baskıya direnebilecek, bağımsız ve kayda değer ölçüde metanetli bir kadındır.¹⁰

10 Bu hususta başvuru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin 8 Mart 2007 tarihli *Collins ve Akaziebie v. İsveç* (Başvuru No: 23944/2005) kararına atıf yapmaktadır.

4.11 Taraf Devlet, başvurucunun, Orta ve Güney Somali'deki kadın nüfusunun yüzde 90 ila 99'unun kadın sünnetine maruz kaldığına dair raporlara dayandığını kaydetmektedir. Ancak bu raporların mevcut vakayla ilgisi bulunmamaktadır. Birleşik Krallık İçişleri Bakanlığı tarafından Şubat 2015'te yayınlanan ülke bilgi kılavuzuna göre¹¹ kadın sünneti, Puntland'da Orta ve Güney Somali'deki kadar yaygın ve istikrarlı bir biçimde uygulanmamaktadır. Aynı kılavuzda, Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonuna (UNICEF) göre, Somaliland ve Puntland'da kadın sünneti vakalarının azaldığı görülmüş ve bu bölgelerdeki 10-14 yaş arası kızların yüzde 75'i henüz kadın sünnetine maruz kalmamışken, 15 yaş ve üzerindekiilerin yüzde 98'inin bu uygulamaya maruz kaldığı ifade edilmiştir. Dahası, Somali'de Mogadişu, Hargeisa ve Bosaso ile Kenya'da Nairobi kentleri için yapılan bir keşif çalışmasının 2012'de Lifos tarafından yayınlanan raporuna göre – İsveç Göçmenlik Ajansının 2010'da başvurucunun geldiği Garove ve Bosaso'da yaptığı bir ankete doğrultusunda – kadın sünnetine dair yaklaşım değişmiş ve sonuç olarak uygulamaya 2004'te yüzde 85 oranında rastlanılırken 2010'da yüzde 72'ye kadar genel bir gerileme gözlenmiştir. Aynı raporda, artık Puntland'da büyükannelerin torunlarını kaçırarak kadın sünnetine maruz bırakmasına dair ihbarlar alınmadığı; uygulamanın 700,000 kişilik nüfusuyla bölgenin en büyük şehri olan Bosaso'da değil kırsal kesimlerde daha yaygın olduğu ifade edilmiştir.

4.12 Başvurucunun, Kurulun Sözleşme'ye atıfta bulunmadığı iddiasıyla ilgili olarak Taraf Devlet, Kurulun Sözleşme'ye açıkça atıfta bulunmamasının Sözleşme'yi dikkate almadığı anlamına gelmediğini belirtmektedir. Taraf Devlet, Kurulun, çocukların da dahil olduğu sığınma başvurularını incelerken diğer ilgili uluslararası antlaşmaların yanı sıra Sözleşme'yi de kritik bir unsur olarak dikkate aldığını ifade etmektedir.

4.13 Somali'deki genel güvenlik durumu ile ilgili olarak Taraf Devlet, başvurucunun, atıfta bulunduğu İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin *R.H. v. İsveç*¹² kararının Puntland'a değil Mogadişu'ya dönen bir kadına ilişkin olduğunu, dolayısıyla mevcut vakada uygulanabilir olmadığını ifade etmektedir.

4.14 Ayrıca Taraf Devlet, Mülteci Temyiz Kurulunun içtihadına göre Göçmenlik Dairesinin kararından sonra öne sürülen yeni sığınma gerek-

11 Bkz. Birleşik Krallık İçişleri Bakanlığı, "Somali: toplumsal cinsiyet temelli kötülük ve şiddetten korkan kadınlar", Ülke Bilgi Kılavuzu, Şubat 2015.

12 Bkz. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin 10 Eylül 2015 tarihli *R.H. v. İsveç* (Başvuru No. 4601/2014) kararı.

çelerinin kendiliğinden bir davanın yeniden birinci derece mercinde değerlendirilmek üzere Göçmenlik Dairesine gönderilmesi sonucunu doğurmadığına dikkat çekmektedir. Kurul yeni bilgileri bütünüyle bilgilenmiş bir biçimde Kurul oturumunda ele alabileceğinden, çoğu vakada sevk gerekli görülmemektedir. Bir dava, normal şartlar altında, sığınmacının menşe ülkesi hakkında yeni bilgi sağlanmışsa veya davanın karara bağlanmasında asli öneme sahip yasal dayanakta değişiklik olmuşsa Göçmenlik Dairesine geri gönderilir. Bu durum üzerine Göçmenlik Dairesi, Mülteci Temyiz Kurulu bir dava hakkında karara varmadan önce sığınma hakkı verilmesi için gerekçelerin var olup olmadığını değerlendirir. Üstelik, Sözleşme'deki hiçbir hüküm, mevcut vakaya benzer bir davada temyiz hakkı sağlamamaktadır.

4.15 Taraf Devlet, başvurusunun kızının, ebeveynlerinin ırkı, rengi, cinsiyeti, dini veya bir başka statüleri nedeniyle Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlalini haklı gösterecek herhangi bir ayrımcılığa maruz kalmadığını öne sürmektedir.

Taraf Devletin gözlemlerine dair Başvurucunun yorumları

5.1 14 Aralık 2016 tarihli yorumunda başvuru, Taraf Devletin onarılması mümkün olmayan zarar tehlikesine ilişkin yeterli temellendirme yapılamadığı savının esasla yakından ilişkili olduğunu iddia etmektedir. Başvurucu, kızıyla birlikte Sözleşme'yi onaylamamış ve ne kendisine ne de kızına herhangi bir korumanın sağlanamayacağı bir ülkeye dönmüş olacağını kaydederek, başvurusunun kızının bir çocuk olması nedeniyle bu durumun Sözleşme'nin 1. maddesinin ihlalini oluşturduğunu kaydetmektedir.

5.2 Başvurucu, Sözleşme'nin 3. maddesinin Taraf Devletlere yalnızca çocuğun üstün yararı doğrultusunda hareket etme yükümlülüğü yüklediğini ileri sürmektedir. Örneğin, eğer bir anne, kadın sünneti yapmak için kızını Somalîye götüreceğini belirtirse, Taraf Devletin çocuğun üstün yararını korumak için çocuğu anneden uzaklaştırması yükümlülüğü doğacaktır.

5.3 Başvurucu, her ne kadar Somaliland ve Puntland'da kadın sünneti yasaklanmışsa da –Puntland'da vaka sayısı Somaliland'a göre daha düşük olmakla beraber– bunun hâlâ toplumda yer etmiş uygulama olduğunu iddia etmektedir. Dolayısıyla tehlike varlığını sürdürmektedir. Asıl konu, kendisi ve kızı sınır dışı edilirse, başvurusunun bu zararlı uygulamaya karşı gerekli korumayı temin edip edemeyeceğidir. Puntland'da yasalar uygu-

lanmadığı için gerçekte kadın sünnetine karşı hiçbir koruma yoktur veya çok az koruma bulunmaktadır. Bekar bir anne, kızını günün 24 saatinde de koruyamayacağı gibi, uygulamanın yokluğunda yapılmasına engel olmayacaktır. Başvurucu, 27 Mart 2014 tarihli bir kararla, Mülteci Temyiz Kurulunun Somalili bekar bir anneye, kızının kadın sünnetine tabi tutulması için oluşturulacak toplum baskısına direnemeyeceği varsayımıyla sığınma hakkı verdiğine dikkat çekmektedir. Her ne kadar başvuru, büyükanne ve diğer akrabaları geri döndüklerinde kadın sünnetinin olası failleri olarak belirlememiş olsalar da baskı, topluluğun diğer üyelerinden ve genel olarak Somali toplumundan gelebilir. Başvurucu, Mülteci Temyiz Kurulunun kendisine bu temeli esas alarak koruma sağlaması gerektiğini ileri sürmektedir. Taraf Devletin belirleyici meselenin başvuruçunun kızını kadın sünnetinden korumaya karşı istekli ve buna muktedir olup olmadığı ve kendisinin “bağımsız ve kayda değer ölçüde metanetli bir kadın” gibi görüldüğüne dair beyanı, Kurul duruşması önünde ileri sürülmemiş bir iddiadır ve bu sebeple başvuruçunun buna itiraz etme imkanına sahip olmamıştır. Başvurucu, Taraf Devlet tarafından atıf yapılan UNICEF istatistiklerinin (bkz. parag. 4.11) bir ankete dayandığını, dolayısıyla rakamların güvenilir olmadığını eklemektedir.

5.4 Başvurucu, Mülteci Temyiz Kurulunun Şubat 2016 tarihli kararında Sözleşme’ye herhangi bir atıfta bulunmamasının kendi başına bir ihlal olduğu hususunda ısrar etmektedir. Buna ek olarak, Göçmenlik Dairesinin web sitesinde bulunan ilgili uluslararası antlaşmalar listesi Sözleşme’yi içermemektedir.

5.5 Başvurucuya göre, Taraf Devlet bir karar alırken çocuğun üstün yararını gözetmekle yükümlüdür. Başvuruçunun iddiasına göre İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, bir erkekle bağı olmayan bekar kadınları Somali’ye sınır dışı etmenin, genel güvenlik durumu nedeniyle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ni ihlal edeceği kanaatindedir.

5.6 Başvurucu, Komite’nin, Taraf Devletin Mülteci Temyiz Kurulunun bir kararını düzeltmesine “izin vermemesi” gerektiğini ve Şubat 2016 tarihli kararın Sözleşme’yi ihlal edip etmediğini değerlendirmesi gerektiğini ifade etmektedir.

5.7 Başvurucu, temyiz olanağının bulunmadığına dair iddiasını yenilemektedir. Her ne kadar Mülteci Temyiz Kurulu tarafından dava yeniden görülmüşse de başvuruçunun yeni bir duruşmaya davet edilmemiş, bunun yerine temyiz etme fırsatı verilmeden yeni karar kendisine tebliğ edilmiştir.

Taraflarca sunulan ek görüşler

6. 2 Mart 2017 tarihli gözleminde Taraf Devlet, Mülteci Temyiz Kurulu tarafından Komite davada bir sonuca varana kadar başvuru ve kızının sınır dışı edilmeleri için öngörülen süre sınırı askıya alınmış olmasına rağmen, başvuru ve kızının kendilerine tahsis edilen konaklama merkezinde kalmadıklarını ifade etmiştir. 7 Şubat 2017 tarihinde Kurul, başvuru ve kızının nerede olduğu hakkında bilgi almak için Göçmenlik Dairesi ve Ulusal Yabancılar Merkezi ile temasa geçmiştir. İki birim de Kurulu başvuru ve kızının nerede olduklarını bilmedikleri yönünde bilgilendirmiştir. Polis ayrıca başvuru ve kızının Danimarka'yı terk ettiğinin düşünüldüğü belirtmiştir. Kurul, 10 Şubat 2017 tarihinde başvuru avukatıyla temasa geçmiş, avukat da başvuru nerede olduğunu bilmediğini ifade etmiştir. Mülteci Temyiz Kurulu başvuru ve kızının Danimarka'yı terk ettiği kanaatinde olduğundan, Taraf Devlet, bu kişilerin artık Danimarka yargı yetkisi altında olmadığını ve kızın Sözleşme bakımından muhtemel herhangi bir ihlalin mağduru olarak düşünülmemeyeceğini iddia etmektedir. Taraf Devlet, Komitenin usul kurallarının 13 (1) kuralı uyarınca başvurunun kabul edilemez olduğunu veya alternatif olarak başvurunun 26. kural uyarınca takipsiz bırakılması gerektiğini düşünmektedir.¹³

7. Başvurunun avukatı, 10 Nisan 2017 tarihinde, Taraf Devletin başvuru ve kızının artık Danimarka'da olmadıklarını ortaya koyamadığını belirtmiştir. Artık sığınma merkezinde bulunmamları, kendiliğinden Danimarka'yı terk ettikleri sonucuna varmak için yeterli bir neden değildir. Dahası, artık Danimarka'da olmasaydılar bile, bu durum yargı yetkisini ortadan kaldırmak için yeterli değildir.¹⁴

8. Taraf Devlet, 18 Mayıs 2017 tarihinde, başvuru ve kızının Komite önündeki yargılama süresince Danimarka'da kalma hakkına sahip olduğu hususunda ısrar etmiştir. Ayrıca Danimarka Yabancılar Yasası'nın 42 (a) (1) maddesi uyarınca Danimarka'da kalmakta olan ve ikamet başvurusunda bulunan bir yabancı'nın bakım ve her türlü gereken sağlık hizmetlerine erişim masrafları Göçmenlik Dairesi tarafından karşılanacaktır. Göçmenlik Dairesi konaklama hususunda karar vermekte ve yabancı'nın belirli bir ko-

13 Taraf Devlet, takipsizlik hususunda İnsan Hakları Komitesinin *M.R.R. v. Danimarka* (CCPR/C/118/D/2440/2014) ve *B.N.A. v. Danimarka* (CCPR/C/118/D/2468/2014) kararlarına atıf yapmıştır. Kararlardaki değerlendirmeler, ilgili başvuru sahiplerinin nerede olduklarının bilinmediği hususuna dayanmaktadır.

14 Bu hususta başvuru, hem İnsan Hakları Komitesinin hem de İşkenceye Karşı Komitenin başvuru sahiplerinin hâlihazırda menşe ülkelerine dönmüş olduğu davalarda kabul edilebilirlik kararı verdiğini veya ilgili sözleşmelerin ihlalini tespit ettiğini ifade etmiştir.

naklama merkezinde kalmasını zorunlu kılabilmektedir. Ancak başvuru ve kızı konakladıkları yeri terk etmiş ve özel konaklama için herhangi bir başvuruda bulunmamışlardır. Mülteci Temyiz Kurulu, göçmenlik siciline kayıtlı sığınmacıların 14 günden uzun bir süre kaybolması halinde polis ile iletişime geçmektedir. Eğer polis ilgili sığınmacıların konumundan bihaberse, Mülteci Temyiz Kurulu dosyayı kapatmaktadır. Bu durum göz önüne alındığında, Taraf Devlet, başvuru ve kızının Danimarka'dan gönüllü olarak ayrıldığıнын somut bir veri olarak kabul edilebileceğini ileri sürmektedir.

9. Taraf Devlet, 7 Kasım 2017 tarihinde, başvurunun kabul edilemez olduğuna dair savlarıyla beraber, başvurunun takipsiz bırakılmasına karar verilmesine ilişkin talebini yinelemiştir. Başvurucunun Sözleşme'nin Puntland tarafından onaylanmamış olmasına dair savına ilişkin Taraf Devlet, Puntland'ın uluslararası topluluk tarafından bağımsız bir devlet olarak tanınmadığına ve bu nedenle Sözleşme'yi onaylayan Somali'nin bir bölgesi olmayı sürdürdüğüne dikkat çekmektedir. Her halükarda söz konusu mesele, Sözleşme'nin onaylanması değil, Sözleşme'ye uygun hareket edilmesidir. Taraf Devlet, bir davanın yalnızca yeni esaslı bilgi sağlandığında Göçmenlik Dairesine iade edildiği, somut olayda durumun bu olmadığı ve mevcut davadaki gibi davalarda Sözleşme'nin hiçbir koşulda temyiz hakkı sağlamadığı hususunda ısrar etmektedir. Son olarak, Taraf Devlet, başvurucunun Mülteci Temyiz Kurulunca sığınma verilen – ve Puntland'a sınırdışı edilmeye ilişkin olmayan – diğer davaları hatırlattığını, ancak bu davaların kendi davasıyla taşıdığı benzerlikleri ortaya koymadığını ifade etmektedir. Taraf Devlet, bir annenin sosyal baskıya direnme kabiliyetinin ancak bireysel davanın kişisel koşullarının oldukça özgül bir değerlendirilmesi temelinde belirlenebileceğini belirtmektedir.

Komite önündeki mesele ve işlemler

Kabul edilebilirliğin değerlendirilmesi

10.1 Komite, bir başvuruda yer alan herhangi bir talebi değerlendirmeden önce, kendi içtüzüğünün 20. kuralı uyarınca talebin Seçmeli Protokol kapsamında kabul edilebilir olup olmadığına karar vermelidir.

10.2 Komite, başvurucunun Danimarka Mülteci Temyiz Kurulu tarafından alınan kararların temyize tabi olmadığına ve bu nedenle tüm iç hukuk yollarının tüketildiğine dair beyanını kaydetmektedir. Taraf Devlet bu beyana itiraz etmemiştir. Dolayısıyla Komite, Seçmeli Protokol'ün 7 (e) mad-

desi uyarınca yapılan başvurunun kabul edilebilirliğine dair herhangi bir engel bulunmadığı görüşündedir.

10.3 Komite, başvurunun Danimarka'da Somalili bir anneden dünyaya geldiği için iddialarının temyiz imkanı olmaksızın yalnızca Mülteci Temyiz Kurulu tarafından ele alındığına ve kızının Sözleşme'nin 2. maddesi doğrultusunda ayrımcılığa uğradığına dair iddiasını dikkate almaktadır. Ne var ki Komite, başvurunun bu iddiayı çok genel bir bağlamda ileri sürdüğünü, Danimarka Mülteci Temyiz Kurulu kararlarına karşı sözde temyiz usulünün olmaması ile kızının veya kendisinin kökeni ile bir bağlantı göstermediğini gözlemlemektedir. Bu nedenle Komite, Seçmeli Protokol'ün 7 (f) maddesi uyarınca bu iddiayı açıkça dayanaktan yoksun ve kabul edilemez addetmektedir.

10.4 Komite, Taraf Devletin, başvurunun kızının Puntland'a sınır dışı edilmesi hâlinde kadın sünnetine maruz kalma tehlikesiyle karşı karşıya kalacağı yönündeki iddiasını yeterince temellendiremediği iddiasını dikkate almaktadır. Ancak Komite, başvurunun döneceği koşullara ilişkin iddiaları ışığında, Sözleşme'nin 3. ve 19. maddelerine dayanan iddialarının kabul edilebilirlik açısından yeterince temellendirildiği görüşündedir.

10.5 Komite, Taraf Devletin, başvuru ve kızının Taraf Devlet topraklarını terk ettiği, buna bağlı olarak artık onun yargı yetkisi altında olmadıkları yönündeki savını dikkate almaktadır. Ancak Komite, başvuru ve kızının Danimarka'dan ayrılışının safi tahmin niteliğinde olduğuna ve teyit edilmediğine dikkat çekmektedir. Buna ek olarak, haklarında verilen sınır dışı etme kararı hâlâ yürürlüktedir, bu da başvuru ve kızının konumları tespit edildiği takdirde hâlâ sınır dışı edilmekle karşı karşıya kalacakları anlamına gelmektedir. Bu nedenle Komite, mevcut başvuruyu kendi içtüzüğünün 13 (1) kuralı temelinde değerlendirmekten engellenmediği görüşündedir.

10.6 Buna bağlı olarak Komite, başvurunun, Taraf Devletin (a) çocuğun üstün yararı doğrultusunda hareket etme (Sözleşme'nin 3. maddesi); ve (b) çocuğu her türlü fiziksel ve zihinsel şiddetten korumak için tedbirler alma yükümlülüğüne dair iddialarının kabul edilebilir olduğunu beyan etmektedir.

Esasa dair inceleme

11.1 Komite, Seçmeli Protokol'ün 10 (1) maddesi doğrultusunda başvuruyu taraflarca sunulan tüm bilgiler ışığında değerlendirmiştir.

11.2 Komite, başvuruçunun kızının Puntland'da sınır dışı edilmesinin onu kadın sünnetine maruz kalma tehlikesiyle karşı karşıya bırakacağına dair iddialarını ve Taraf Devletin başvuruçunun sığınma talebi hakkında karar verirken Sözleşme'nin 3. ve 9. maddesine aykırı bir biçimde çocuğun üstün yararını gözetmediğine dair iddialarını not etmiştir.

11.3 Bu itibarla Komite, Devletlerin, Sözleşme'nin 6. ve 37. maddelerinde öngörülen biçimde, ancak bunlarla sınırlı olmamak üzere, çocuğa tafefisi olanaksız bir zarar verileceğine dair kanaat oluşturacak önemli dayanakların olduğu bir ülkeye çocuğu göndermemesi gerektiğini, ve, Sözleşme ile koruma altına alınan hakların ihlalinin Devlet dışı aktörlerce veya bu ihlallerin doğrudan amaçlanmış veya bir fiil veya ihmali sonucu dolaylı olarak meydana gelmiş olmasından bağımsız olarak zulüm olan yere geri göndermeme yükümlülüğünün uygulanacağını ifade eden 6 No'lu Genel Yorumunu hatırlatmaktadır. Bu tür ciddi ihlallere ilişkin tehlikenin ele alınması yaşa ve cinsiyete duyarlı bir şekilde yapılmalıdır¹⁵ Bu anlamda, Komite, "mültecinin iddiaları değerlendirilirken..., Devletler, 1951 Mülteci Sözleşmesi uyarınca BMMYK'nın denetleme işlevini yerine getirirken şekillendirdiği tutum da dahil olmak üzere, uluslararası insan haklarını ve mülteci hukukunun gelişimini ve bunların birbirleriyle oluşumsal ilişkisini hesaba katmalıdır. Özellikle Sözleşme'deki mülteci tanımı, çocukların maruz kaldığı zulmün belirli neden, biçim ve görünümleri dikkate alınarak yaşa ve cinsiyete duyarlı bir şekilde yorumlanmalıdır. Akrobaların eziyet etmesi; reşit olmayanın çalıştırılması; fuhuş için çocuk ticareti ve cinsel istismar veya kadın sünnetine maruz bırakma, 1951 Mülteci Sözleşmesi gerekçelerinden biriyle ilgiliyse, mülteci statüsü verilmesini haklı çıkarabilecek zulmün çocuğa özgü biçim ve görünümünden bazılarıdır. Bu nedenle Devletler, ulusal mülteci statüsü belirleme usullerinde toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin yanı sıra zulmün bu tür çocuklara özgü biçim ve görünümüne azami dikkat göstermelidir" önerisinde bulunmaktadır.¹⁶

11.4 Ortaklaşa hazırlanan Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesinin 2014 Tarihli 31 No'lu Genel Tavsiyesi/Çocuk Hakları Komitesinin 2014 tarihli ve 18 No'lu Genel Yorumunda Komiteler, kadın sünnetinin çeşitli ani ve/veya uzun vadeli sağlıksal sorunlar meydana getirebileceğini kaydetmektedir.¹⁷ Komiteler zararlı uygulamalara maruz kalma veya bu

15 Bkz. Komitenin 6 No'lu genel yorumu, parag. 27; ve Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesinin kadınların mülteci statüsü, sığınma, uyruklu ve vatansızlığının toplumsal cinsiyetle ilgili boyutlarına ilişkin 32 No'lu genel tavsiyesi (2014), parag. 25.

16 Bkz. Komitenin 6 No'lu genel yorumu, parag. 74.

17 Bkz. Ortaklaşa hazırlanan Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesinin 2014 tarihli ve 31 No'lu genel tavsiyesi/Çocuk Hakları Komitesinin 2014 tarihli ve 18 No'lu genel yorumu, parag. 19.

uygulamalar sonucu zulme uğrama tehlikesinin göç ve sığınmayla ilgili mevzuat ve politikalarda sığınma hakkı tanıma gerekçesi olarak tanınması gerektiği ve kız çocuğuna veya kadına eşlik eden bir yakına koruma sağlama hususunun ayrıca düşünülmesi gerektiği yönünde tavsiyede bulunmaktadır.¹⁸

11.5 Komite, kadınların yüzde 98'inin kadın sünnetine maruz kaldığı ve ulusal/yerel makamlarca herhangi bir korumaya erişemeyeceği bir ülkede başvurusunun kızını bu uygulamadan koruyamayacağına dair iddialarını dikkate almaktadır. Somali genelinde yasalarca yasaklanmış olmasına rağmen kadın sünneti uygulaması, mevzuat uygulanmadığı için hâlâ yaygındır. Buna ek olarak başvuru 6 yaşında bizzat kadın sünnetine maruz kalmış, gizli evliliği sonucu eziyet görmüş ve erkek egemen bir toplumda ulusal makamlardan koruma talep edememiştir. Komite, Taraf Devletin, birtakım raporlara göre Puntland'da bir annenin aile ve toplum baskısına direnmeye muktedir olduğu takdirde kızını kadın sünnetinden koruyabileceğine; başvurusunun kızının taşıyabileceği özgül tehlikeyi açıklamakta başarısız olduğuna; Somali'yi terk edip Avrupa'ya gelerek başvurusunun varsayıldığı üzere sosyal baskıya direnebilecek ve kızını kadın sünnetinden koruyabilecek, bağımsız ve kayda değer ölçüde metanetli olduğuna ve başvurusunun genel inandırıcılığının kendi sığınma gerekçeleriyle ilgili olarak muteber bulunmaması nedeniyle sarsıldığına ilişkin gözlemlerini dikkate almaktadır. Son olarak Komite, Taraf Devletin 2013 verilerine göre Somaliland ve Puntland'da kadın sünneti vakalarının azalmasına¹⁹ ve 10-14 yaş arası kızların yüzde 75'inin bu uygulamaya maruz kalmamış olmasına dair iddialarını dikkate almaktadır.²⁰

11.6 Komite, taraflarca sunulan raporlara göre,²¹ bölgede kadın sünnetini yasaklayan 2014 yasasının, her türlü kadın sünnetine karşı 2013 tarihli fetvanın ve kadın sünnetine karşı politikaların²² bir sonucu olarak her ne kadar kadın sünnetinin yaygınlığı azalmış gibi görünse de, uygulamanın Somali toplumunun derinliklerine yerleşmiş olduğuna dikkat çekmektedir.

18 Ibid., parag. 55.

19 Bkz Lifos — İsveç Göçmenlik Ajansı, "Kenya'da Nairobi ve Somali'de Mogadişu, Hargeisa ve Bosaso için Haziran 2012 tarihli keşif heyeti raporu".

20 Bkz. BK İçişleri Bakanlığı, "Somali: toplumsal cinsiyet temelli kötülük ve şiddetten korkan kadınlar".

21 Bilhassa bkz., Lifos — İsveç Göçmenlik Ajansı, "Haziran 2021 tarihli keşif heyeti raporu"; and BK İçişleri Bakanlığı, "Somali: toplumsal cinsiyet temelli kötülük ve şiddetten korkan kadınlar", her ikisi de Puntland'da kadın sünnetinin genel yaygınlık oranını yaklaşık yüzde 70'e konumlandırıyor.

22 Bkz. Somali, Kadın Gelişimi ve Aile İşleri Bakanlığı, Kasım 2014 Kadın sünneti politikası (UNICEF Somali tarafından desteklenmiştir).

11.7 Komite ayrıca, Mülteci Temyiz Kurulunun 2 Şubat 2017 tarihli kararında başvuruçunun sığınma gerekçelerine ilişkin iddialarını incelediğini ve bunları inandırıcı bulmadığını kaydetmektedir. Aynı kararda, Kurul, bir paragrafı başvuruçunun kızının Puntland'a sınır dışı edilmesi halinde kadın sünnetine maruz kalacağı tehlikesine ilişkin iddialarına ayırmış ve bu iddiaları "özellikle Puntland, Somali'de annelerin rızaları olmadan kızlarının kadın sünnetine maruz kalmasını engelleme imkanı olduğuna dair bilgi olmak üzere, elindeki arka plan bilgilerine belirleyici ölçüde önem atfettiği" gerekçesiyle reddetmiştir. Dayanak alınan arka plan bilgisi, Göçmenlik Dairesinin Puntland bölgesinde değil, Orta ve Güney Somali'de kadın sünnetine ilişkin 2015 tarihli bir rapordur. Dahası Kurul, başvuruçunun ve kızının Somali'ye sınır dışı edilmesine karar vermiş, ancak sonradan 14 Mart 2017 tarihli kararında herhangi bir ilave gerekçe olmaksızın varış yerini düzeltmiş ve Puntland'a dönmeleri gerektiğini ifade etmiştir.

11.8 Komite, bir çocuğun sınır dışı edilmesine ilişkin kararlarda çocuğun üstün yararının birincil etmen olması gerektiğini ve bu kararların – belirli bir usul ve yerinde teminatlarla – çocuğun güvende olmasını, düzgün bir biçimde bakım almasını ve haklarından yararlanabilmesini temin etmesi gerektiğini hatırlatmaktadır.²³ Mevcut davada Komite, Puntland'daki kadın sünnetinin özel durumuna ilişkin raporlara dayalı olarak annenin sosyal baskıya direnmeye karşı varsayılan kabiliyetinin değerlendirilmesi de dahil olmak üzere kendine sunulan iddia ve bilgileri dikkate almaktadır. Ne var ki Komitenin gözlemlerine göre:

(a) Mülteci Temyiz Kurulunun değerlendirmesi, özellikle Puntland'da kadın sünnetinin sürekli ve çok yaygın olması ve başvuruçunun oraya onu destekleyecek bir erkekle bağlantısı olmayan bekar bir anne olarak döneceği göz önünde tutulduğunda, başvuruçunun ve kızının sınır dışı edileceği özgül ve kişisel bağlam ele alınmadan ve çocuğun üstün yararı hesaba katılmadan, Orta ve Güney Somali hakkındaki bir rapora genel atıfla sınırlı tutulmuştur;

(b) Taraf Devlet, Somali'yi terk ederek başvuruçunun, herhangi bir toplumsal baskıya direnebilecek ve böylece kızını kadın sünnetine maruz kalmaktan koruyabilecek, bağımsız ve kayda değer ölçüde metanetli bir kadın izlenimi verdiğini ileri sürmüştür. Ancak Komite, başvuruçunun ayrılışının baskıya direnememek şeklinde de yorumlanabileceğine dikkat çekmektedir. Komite, her ne olursa olsun çocuğun Sözleşme'nin 19. mad-

23 Bkz. Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Bireylerinin Haklarının Korunması Komitesinin 2017 tarihli ve 3 No'lu ve Çocuk Hakları Komitesi'nin 2017 tarihli ve 22 No'lu ortak genel yorumu, parag. 29 ve 33.

desindeki haklarının annenin aile ve toplum baskısına karşı gelme kabiliyetine bağımlı kılınamayacağını ve Taraf Devletlerin, ebeveyn veya vasinin toplumsal baskıya direnemeyeceği durumlar da dahil olmak üzere çocukları her türlü fiziksel ve zihinsel şiddet, zarar ve istismardan her koşulda koruması gerektiği görüşündedir;

(c) Bir çocuğun sınır dışı edildiği ülkede kadın sünneti gibi geri dönüşü olmayan zararlı bir uygulamaya maruz kalma riskinin değerlendirilmesi ihtiyat ilkesine uygun olarak yürütülmeli, karşılayan devletin çocuğu bu tür uygulamalardan koruyamayacağına dair makul şüphenin olduğu yerde Taraf Devletler çocuğu sınır dışı etmekten kaçınmalıdır;

11.9 Bu nedenlerle Komite, Taraf Devletin başvurusunun kızının Puntland'a sınır dışı edildiği takdirde kadın sünnetine maruz kalma tehlikesi bulunduğu dair iddiaları değerlendirirken, Sözleşme'nin 3 ve 19. maddelerini ihlal eden bir biçimde çocuğun üstün yararını gözetmekte ve çocuğun geri dönüş ertesinde esenliğini temin edecek uygun önlemler almada başarısız olduğuna karar vermiştir.

11.10 Komite, Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne ek İhtiyati Protokol'ün 10 (5) maddesi uyarınca faaliyet gösterdiği bireysel başvuru usulünde, önündeki olguların Sözleşme'nin 3 ve 19. maddelerinin ihlalini meydana getirdiği görüşündedir.

12. Taraf Devlet, başvuru ve kızını Puntland'a sınır dışı etmekten kaçınma yükümlülüğü altındadır. Buna ek olarak Taraf Devlet, benzer ihlallerin gelecekte tekrar yaşanmasına engel olacak her türlü adımı atmamakla yükümlüdür.

13. Komite, Sözleşme'nin bireysel başvuru usulüne ilişkin Seçmeli Protokolü'ne taraf olarak, Taraf Devletin Sözleşme'nin veya çocukların silahlı çatışmalarda yer alması ve çocuk ticareti, çocuk fuhuşu ve çocuk pornografisine dair Sözleşme'ye ek iki temel Seçmeli Protokolün ihlal edilip edilmediğini belirleme konusunda Komite'nin karar verme yetkisini tanıdığını anımsatır.

14. Komite, bireysel başvuru usulüne ilişkin Seçmeli Protokol'ün 11. maddesi uyarınca Taraf Devletten Komitenin Görüşünü yürürlüğe koymak için alınan önlemler hakkında 180 gün içerisinde bilgi almak istemektedir. Taraf Devletten ayrıca, Sözleşme'nin 44. maddesi uyarınca Komiteye sunduğu raporlara bu tür tedbirler hakkında bilgi eklemesi talep edilmektedir. Son olarak Taraf Devletten mevcut Görüşü yayınlaması ve Taraf Devletin resmi dilinde büyük çapta yayması talep edilmektedir.

Birleşmiş Milletler

CRC/C/85/D/31/2017

Çocuk Hakları
Sözleşmesi

Dağıtım: Genel

3 Kasım 2020

Orijinal dil: İngilizce

Çocuk Hakları Komitesi**Komite tarafından Çocuk Hakları Sözleşmesine Ek Başvuru Usulüne İlişkin Seçmeli Protokol kapsamında 31/2017 Numaralı Başvuruya dair kabul edilen görüşler^o *, ****

<i>Başvuruyu yapan:</i>	W.M.C. (N.E. Hansen tarafından temsil edilmiştir.)
<i>Mağdur olduğu iddia edilen:</i>	X.C., L.G. ve W.G.
<i>Taraf devlet:</i>	Danimarka
<i>Başvuru tarihi:</i>	8 Ağustos 2017 (ilk başvuru)
<i>Görüşlerin kabul tarihi:</i>	28 Eylül 2020
<i>Konu:</i>	Üç çocuk ve annelerinin Çin'e sınır dışı edilmesi
<i>Usuli meseleler:</i>	İç hukuk yollarının tüketilmesi; ispat şartının yerine getirilmemiş olması
<i>Sözleşme'nin ilgili maddeleri:</i>	2, 3, 6, 7 ve 8
<i>Seçmeli Protokol'ün ilgili maddeleri:</i>	7 (c), (e) ve (f)

1.1 Başvuru sahibi Çin vatandaşı olan W.M.C'dir. Başvuruyu Danimarka'da doğmuş çocukları 7 Mart 2014 doğumlu X.C., 7 Eylül 2015 doğumlu L.G. ve 19 Haziran 2015 doğumlu W.G. adına yapmaktadır. Başvuru sahibi ve çocukları Çin'e sınır dışı edilmek istenmektedirler. Başvuru sahibi sınır dışı edilmeleri halinde çocuklarının Sözleşme'nin 2., 3., 6., 7. ve 8. maddeleri kapsamındaki haklarının ihlal edileceğini iddia etmektedir. Başvuru sahibi avukat tarafından temsil edilmektedir. Seçmeli Protokol Taraf Devlet için 7 Ocak 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

* Çeviren Zeynep GÜLER

** Komite'nin seksen beşinci oturumunda kabul edilmiştir (14 Eylül-1 Ekim 2020).

*** Başvurunun değerlendirilmesine Komite'nin şu üyeleri katılmıştır: Suzanne Aho Assouma, Hynd Ayoubi Id-rissi, Bragi Gudbrandsson, Philip Jaffé, Olga A. Khazova, Gehad Madi, Benyam Dawit Mezmur, Otani Mikiko, Luis Ernesto Pedernera Reyna, José Ángel Rodríguez Reyes, Ann Marie Skelton, Velina Todorova ve Renate Winter.

1.2 15 Ağustos 2017 tarihinde Seçmeli Protokol'ün 6. maddesine uygun olarak Komite adına hareket eden başvuru üzerinde çalışan grup Taraf Devlet'ten, dava Komite tarafından değerlendirildiği sürece başvurucu ve çocuklarını ülkelerine göndermekten kaçınmasını istemiştir. Taraf Devlet başvurucu ve çocuklarına karşı sınır dışı kararının infazını 16 Ağustos 2017 tarihinde askıya almıştır.

Başvurucu tarafından sunulan olaylar

2.1 Evli olmayan başvurucu, Çin'in Fujian bölgesindeki Fuzschou kasabasından gelmektedir. Çin Hükümetinin üzerinde zorla kürtaj uygulaması üzerine Çin'den kaçmıştır. Başvurucunun babası olay sırasında yaşanan polisle boğuşma esnasında öldürülmüş, annesi ise daha sonra kalp rahatsızlığı sebebiyle uğradığı şok sonucu ölmüştür.

2.2 Başvurucu 12 Mart 2012 tarihinde sahte pasaport kullanarak Danimarka'ya ulaşmıştır. 27 Ekim 2012 tarihinde geçerli evrakları olmaksızın Danimarka'da kalmakta olduğu polis tarafından tespit edilmiştir. Başvurucu 7 Kasım 2012 tarihinde iltica talebinde bulunmuştur. Başvurucu ilk çocuğu X.C.'yi 7 Mart 2014 tarihinde dünyaya getirmiştir. Çocuğun babası da Danimarka'ya iltica talebinde bulunmuş biri olup çocuğun doğum belgesinde belirtilmemiştir. 9 Kasım 2015 tarihinde iddiaya göre başvurucu idari denetimdeyken, başvurucunun ikinci çocuğu L. G. doğmuştur.

2.3 Başvurucu tekrar hamile kalmış olduğu ve Çin'e döndüğü takdirde kürtaj olmaya zorlanacağı korkusu ile Danimarka'ya iltica talebinde bulunmuştur. İkinci çocuğunun doğumunun ardından başvurucu, evli olmadan iki çocuk sahibi olmasından dolayı Çin yetkilileri tarafından yargılanacağından korkmaktadır. Bununla birlikte başvurucu çocuklarının kendisinden zorla alınacağını veya çocukların doğum kayıtlarının sağlanması ve sağlık ve eğitim gibi temel hizmetlerden yararlanabilmeleri için gerekli olan aile nüfus kütüğüne (*hukou*) kaydedilemeyeceğini iddia etmektedir.

2.4 Başvurucu Danimarka Göç İdaresi'nin kendi kişisel koşullarına itiraz etmediğini belirtmekle birlikte iltica başvurusunun açıkça dayanaktan yoksun başvuru prosedürüne göre incelenmiş olduğunu düşünmektedir.¹ 23 Haziran 2015 tarihinde Danimarka Hukuku'na göre usule ilişkin olarak davanın açıkça dayanaktan yoksun olması sebebiyle reddedilip reddedil-

1 Taraf Devlet Yabancılar Kanunu'nun 53 (b) (1) düzenlemesi uyarınca, Danimarka Göç İdaresinin Danimarka Mülteci Konseyine yapılan danışma talebinin ardından, açıkça dayanaktan yoksun olması halinde bir ikamet başvurusuna ilişkin karar hakkında Yabancılar Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca Mülteci Temyiz Kuruluna itiraz edilemeyeceğine karar verebileceğini açıklamıştır.

mesi hususunda Danimarka Mülteci Konseyinden ikinci bir görüş alınmıştır. 13 Temmuz 2015 tarihinde Danimarka Mülteci Konseyi başvuru incelemesinin açıkça dayanaktan yoksun başvuru prosedürüne göre yapılmaya devam edilmesi hususunda Danimarka Göç İdaresi ile aynı fikirde olmadığı yönünde cevap vermiştir. Çin'deki çocuk sahibi bekar annelerin durumları, çocuk hakları ve çocukların kaydının yapılmasına ilişkin birçok rapora atıfta bulunmuştur.² 7 Eylül 2015 tarihinde X.C. ve annesinin iltica başvurusu Danimarka Göç İdaresi tarafından reddedilmiştir.

2.5 Sonuç olarak başvuru kararı Mülteci Temyiz Kurulu'na götürmüştür. Başvurucu, Kurulun hiç sözlü duruşma yapmadığını, buna bağlı olarak kendisini ve çocuklarını yalnızca avukatın yazılı olarak verdiği ifadelerle temsil etme imkânı olduğunu iddia etmiştir. Mülteci Temyiz Kurulu sözlü duruşma talebini Göç İdaresinin başvuru ifadesini kabul etmiş olması gerekçesiyle reddetmiştir. Bununla birlikte, başvuru kararının ikinci çocuğu Danimarka Göç İdaresinin kararından sonra doğmuş ve davasının ikinci kerteğe geçme imkânı olmamıştır.

2.6 Başvurucu, Mülteci Temyiz Kurulunun talebi üzerine Dış İşleri Bakanlığının, başvuru kararının menşee ülkesindeki yerel bir avukatla iletişime geçerek ek bilgilere ulaştığını belirtmiştir. Sağlanan bilgilere göre, yasa dışı göç için verilen ceza normalde 1,000 ila 5,000 Çin yuan (140.90\$ ila 704.80\$) arasında para cezasıdır. Ceza ödenmediği takdirde, kişinin günlerce gözaltında tutulması ve kişiye üç yıla kadar seyahat yasağının getirilmesi söz konusu olabilmektedir. Üç çocuk sahibi evli olmayan ve Çin dışında yaşayan bir kişi, çocuklarını *hukou*'ya kaydettirmekte zorluklar yaşayacaktır. Anne, çocuk sahibi olduğu için çok büyük bir ihtimalle büyük bir para cezasına çarptırılacaktır. Avukat ayrıca Fujian bölgesindeki otoritelerin kurallara saygılı olma hususunda kötü bir şöhrete sahip olduklarını belirtmiştir. Kadınların zorla kürtaj edildiği, kürtajdan kaçtıkları ve çocuklarının nüfus kayıtlarına kabul edilmediği örnekler bulunmaktadır.

2.7 17 Mart 2017'de Danimarka Mülteci Temyiz Kurulu, Göç İdaresi kararını onayarak, başvuru ve çocuklarının iltica talebini reddetmiştir. Başvurucuya 2011 yılında zorla kürtaj yapıldığı ve başvuru kararının birkaç ay sonra yasa dışı bir biçimde Çin'i terk ettiği göz önünde tutulmuştur. Baş-

2 Danimarka Mülteci Kurulu şunlara atıf yapmıştır: Amerika Birleşik Devletleri Dışişleri Bakanlığı, "Country report on human rights practices 2013 – China", 27 Şubat 2014; Kanada Göçmenlik ve Mülteci Kurulu, "China: treatment of 'illegal' or 'black' children born outside the family planning policy; whether unregistered children are denied access to education, health care and other services", 1 Ekim 2012; Shuzhuo Li ve diğerleri, "Birth registration in China: practices, problems and policies", *Population Research and Policy Review*, S. 29, No. 3 (1 Ocak 2010); ve Çin'de insan haklarına ilişkin İsveç Dışişleri Bakanlığı'nın 2014 tarihli raporu.

vurucu iki çocuğunu Çin dışında doğurmuştur. Bu sebeple kendisine evlenmemiş bir kadın olarak önemli miktarda bir para cezası verilmesi veya geçici süreliğine seyahat yasağına ek olarak kısa süreli hapis cezasına çarptırılması da söz konusu olabilecektir. Kurul üyelerinin çoğunluğu sığınmacıların çocuklarının *hukou*'ya kaydının en azından bir süre için oldukça zor olacağını beklenilebilir olduğunu *düşünmektedirler*. Bu sebeple çocuklar sağlık desteği, eğitim ve sosyal hizmetler açısından diğer Çinli çocuklara göre dezavantajlı konumda bulunacaklardır. Buna karşın, Kurul üyelerinin çoğunluğu söz konusu yaptırımların Danimarka perspektifinden haksız göründüğünü belirtse de çoğunluk bu yaptırımların Danimarka Yabancılar Kanunu'nun 7 (1) veya (2) düzenlemelerini ihlal edecek karakter ve oranda olduğunu kabul etmemiştir. Kurul ayrıca ne Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin ne de Danimarka'nın taraf olduğu diğer sözleşmelerin farklı bir sonuca götürmeyeceğini de belirtmiştir.

2.8 Mülteci Temyiz Kurulu kararının Taraf Devlet mahkemelerinde temyiz edilmesi mümkün olmadığından başvurucu, iç hukuk yollarını tükettiğini belirtmiştir.

Şikâyet

3.1 Başvurucu, Çin'e gönderildikleri takdirde çocuklarının Sözleşme'nin 2, 3, 6, 7 ve 8. maddelerindeki haklarının Taraf Devlet tarafından ihlal edileceğini iddia etmektedir. Başvurucu onların Çin'e gönderilmelerinin sınır dışı etmeme ilkesini, bunun sonucunda da Sözleşme'nin 6., 7. ve 8. maddeleriyle bağlantılı olarak 2. maddesini ihlal edeceğini iddia etmiştir. Başvurucu ayrıca çocuklarının Çin'e gönderilmelerinin çocukların üstün yararını karşılamayacağını ve bu sebeple Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalini teşkil edeceğini belirtmektedir. Başvurucu bununla birlikte çocuklarının Çin'e dönmelerinin yaşamları, hayatta kalmaları ve gelişimleri için ciddi bir risk oluşturacağını, bu doğrultuda 6. maddenin ihlalini teşkil edeceğini iddia etmektedir. Çocukların Çin'e dönmeleri ayrıca, çocukların nüfus kütüğüne kaydedilme, isim ve vatandaşlık hakları ile ebeveynleri tarafından bakılma hakkını düzenleyen 7. maddenin ve çocuğun kimlik unsurlarından yoksun olması halinde çocuğun korunması zorunluluğunu düzenleyen 8. maddenin ihlali anlamına gelecektir.

3.2 Başvurucu çocukların Çin'de nüfus kütüğüne kaydedilmemelerine ilişkin koşulların Mülteci Temyiz Kurulunun kararının aksine tartışmasız olduğunu ve bu durumun Sözleşme hükümleri kapsamına girdiğini iddia etmektedir. Bununla birlikte başvurucu, çocukların dönmelerinin temel sağ-

lık, eğitim ve sosyal hizmet eksikliği de dahil olmak üzere geri dönülemez zararlara sebebiyet vereceğini, bu nedenle sınır dışı edilmeme yükümlülüğünün doğduğunu belirtmektedir.

Taraf Devlet'in kabul edilebilirlik ve esasa ilişkin görüşleri

4.1 15 Şubat 2018 tarihli görüşünde Taraf Devlet başvurusunun kabul edilebilirlik açısından ilk bakışta haklı görülebilecek bir dava sunmayı başaramadığını, bu sebeple başvurunun Seçmeli Protokol'ün 7 (f) maddesi uyarınca açıkça dayanaktan yoksun olarak kabul edilemez nitelikte değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Komite'nin başvuruyu kabul edilebilir bulması halinde, Taraf Devlet çocukların Çin'e dönmelerinin Sözleşme'nin 3, 6, 7 ve 8. maddelerinin ihlalini teşkil edeceğine inanmak için önemli gerekçelerin bulunmadığını belirtmiştir. Taraf Devlet ayrıca yerel makamların başvurusunun iltica talebini değerlendirirken Sözleşme'nin 2. maddesini ihlal etmediklerini belirtmektedir.

4.2 Taraf Devlet başvurusunun kendisinin ve çocuklarının durumuna ilişkin olarak Mülteci Temyiz Kurulunun 17 Mart 2017 tarihli kararında belirlenmiş olan bilgilerden başka hiçbir yeni ve özel bilgi sunmadığını belirtmiştir. Taraf Devlet, Mülteci Temyiz Kurulu kararında çocuğun üstün yararının öncelikli olarak değerlendirildiğini ifade etmiştir.

4.3 Taraf Devlet Komitenin 6 (2005) numaralı genel yorumunda belirtildiği gibi, çocuğun gönderilmek istendiği veya sonradan gönderileceği ülkede Sözleşme'nin 6. ve 37. maddelerinde öngörülmüş olan haller gibi çocuğa ilişkin onarılamaz bir zarar gelme riskinin söz konusu olabileceğine inanılması için önemli sebeplerin söz konusu olduğu durumlarda Taraf Devletler bir çocuğu sınır dışı etmemelidir (para. 27). Böyle bir riske ilişkin değerlendirme yaşa ve cinsiyete duyarlı şekilde yapılmalıdır.

4.4 Taraf Devlet, Komitenin A.A.A. v. İspanya kararında genel bir kural olarak belirtildiği gibi, delil ve vakıaların incelenmesinin böyle bir inceleme açıkça keyfi olmadığı veya adaletin yerine getirilmesinden kaçınma anlamına gelmediği sürece yerel mahkemelerin yetkisine girdiğini ifade etmektedir³. Taraf Devlet söz konusu davada, başvurusunun çocukları için iltica talebinin Mülteci Temyiz Kurulunun kapsamlı değerlendirmesinden geçtiğini ve başvurusunun karar alma sürecine ilişkin olarak herhangi bir usulsüzlüğü veya Kurulun dikkate almayı ihmal ettiği herhangi bir risk faktörünün gösterme hususunda başarısız olduğunu belirtmektedir. Komiteye

3 A.A.A. v. Spain (CRC/C/73/D/2/2015), para. 4.2.

yaptığı başvurusunda başvurucu, davasına ilişkin vakıaların değerlendirilmesine itiraz etmiştir. Başvurusu yalnızca Kurulun başvurucu ve çocuklarına ilişkin vakıaların ve geçmiş bilgilerin değerlendirilmesi ile ulaştığı sonuçlara katılmadığını göstermektedir.

4.5 Başvurucunun, çocukların Çin'e gönderilmesi kararının Sözleşme'nin 3. maddesinde öngörülen haklarını ihlal edeceği iddiasına ilişkin olarak Taraf Devlet, Kurulun Yabancılar Kanunu uyarınca yetkilerini kullanırken Taraf Devlet'in uluslararası yükümlülüklerini de hesaba katmakla yasal olarak yükümlü olduğunu belirtmektedir. Kurulun kararında çocuğun üstün yararına ilişkin 3. madde de dahil olmak üzere Sözleşme'yi dikkate aldığı açıkça görülmektedir. Fakat Kurul, Sözleşme hükümlerinin farklı bir sonuca götürmeyeceğine karar vermiştir.

4.6 Taraf Devlet, Mülteci Temyiz Kurulunun temyiz değerlendirmesine ilişkin olarak, Fujian Bölgesi'nden ülkeyi yasa dışı şekilde terk edip dört senedir yurtdışında yaşayan Çinli bir kadının, Danimarka'da evlilik dışı doğmuş ve Çin uyruklu oldukları kabul edilen iki çocukla Çin'e geri dönmesi halinde beklenen sonuçlar hakkında bilgi almak için danışma prosedürünün başlatılması amacıyla Dış İşleri Bakanlığı'na yapılan başvurunun beklenmesi sebebiyle 10 Şubat 2016 tarihindeki davayı ertelediğini belirtmiştir.

4.7 Dış İşleri Bakanlığının 12 Aralık 2016 tarihli danışma cevabında, iki çocuğun evlilik dışı doğmuş olması ve Danimarka pasaportu, Çin pasaportu veya herhangi başka bir yasal evraka sahip olmamaları sebebiyle, nüfus kütüğüne kayıtlarının meşru çocuklara nazaran daha karışık olacağı belirtilmiştir. Danışma cevabında ayrıca evlilik dışı bir çocuğun kaydı için "Nüfus kaydı olmayan kişilerin nüfus kaydının yapılmasına dair sorunlara ilişkin Eyalet Konseyi Genel Merkez Görüşleri"ne uygun olarak bazı adımların atılması gerektiğini belirtmektedir. İlk olarak, belirlenmiş bir kurumda çocuğun annesinin kim olduğunu tespit edecek bir DNA testinin yapılması ve pozitif sonucun alınması gerekmektedir. İkinci olarak, pozitif DNA testiyle birlikte doğum sertifikası edinilmelidir. Çocukların anneye ilişkin *hukou*'ya kaydedilebilmeleri için doğum belgesinin kadının iki çocuğun biyolojik annesi olduğunu ispatlaması gerekmektedir. Her ne kadar yasal düzenlemelerde belirtilmese de Danimarka'dan alınmış doğum belgesi kadının iki çocuğun biyolojik annesi olduğunu ispatladığı sürece bu amacı gerçekleştirmek için yeterli olmalıdır. Eğer çocukların Danimarka'dan alınmış doğum belgeleri yoksa, kadının Çin aile planlama yetkililerinden Çin doğum belgesi alması gerekecektir⁴.

4 Taraf Devlet 12 Aralık 2016 tarihli Dışişleri Bakanlığı cevabının bir kopyasını sunmuştur.

4.8 Bu bağlamda, Taraf Devlet elde edilen bilgiler çerçevesinde gerektiği takdirde başvurunun DNA testi aracılığıyla çocukların biyolojik annesi olduğunu ispat etmede herhangi bir sorunla karşılaşmayacağını belirtmektedir. Bununla birlikte başvuru her iki çocuğuna ilişkin olarak Danimarka'dan alınmış doğum sertifikalarına sahiptir ve yukarıda belirtildiği gibi çocukların biyolojik anneleri olduğunu ispat eder nitelikte olduğu sürece Danimarka doğum belgeleri yeterli olacaktır.

4.9 Başvurucu Taraf Devlet'e giriş yaptıktan sonra altı aydan fazla süre geçmeden önce iltica talebinde bulunmamış olmasına rağmen, Mülteci Temyiz Kurulu şu tespitlerde bulunmuştur. Başvurucu 2011 yılında kürtaj olmaya zorlanmıştır. Birkaç ay sonra Çin'i yasa dışı şekilde terk etmiş ve çocuğunu sonradan Danimarka'da hala evli değilken doğurmuştur. Başvurucu bu sebeple önemli bir para cezasına veya kısa süreli hapis cezasına çarptırılabilir ve bir süre için yurt dışı çıkış yasağına tabi olabilecektir.

4.10 Başvurucunun çocuklarının *hukou*'ya kaydına ilişkin olarak Mülteci Temyiz Kurulu üyelerinin çoğunluğu sürecin zor olacağını ve en azından sürecin başında çocuklara sağlık hizmeti, eğitim ve sosyal hizmetlere erişim açısından diğer Çinli çocuklara göre daha dezavantajlı davranılacağını beklenmesi gerektiğini belirtmektedir⁵.

4.11 Geçmiş bilgisinin ve Dış İşleri Bakanlığının 12 Aralık 2016 danışma cevabının etraflıca değerlendirilmesi sonucunda Mülteci Temyiz Kurulu üyelerinin çoğunluğu bu vakıaların, Çinli yetkililerin çocukları annelerinden zorla ayırmasını veya çocuklara ya da anneye ciddi şekilde kötü muamele etmelerini olası kılmayacağını belirtmiştir. Kurul üyelerinin çoğunluğu, en olası yaptırım Taraf Devlet bağlamında mantıksız görünse de bunların Yabancılar Kanunu'nun 7 (1) veya (2) maddeleri çerçevesinde zulüm veya kötü muamele olarak kabul edilebilecek nitelikte veya oranda olmadığını ifade etmiştir.

4.12 Bu bilgilere karşı Taraf Devlet, ülkesine geri dönmesi halinde başvurunun Danimarka'da evlilik dışı iki çocuk doğurmuş olması sebebiyle, Yabancılar Kanunu 7 (1) düzenlemesi çerçevesinde bir muamele veya ceza ya da 7 (2) düzenlemesi çerçevesinde bir kötü muamele riskiyle karşı karşıya kalmayacağını düşünmektedir.

4.13 Taraf Devlet başvurunun çocuklarının Çin'de kaydedilememesiyle ilgili fiili koşulların tartışmasız olduğuna ilişkin beyanının doğru olma-

⁵ Taraf Devlet çocukların kaydı için gereken süreye ilişkin bir bilgi vermemektedir.

dığı kanaatindedir. Bir süre önemli zorluklara yol açacak olsa da başvuru-
cunun çocuklarının kaydedilmesi mümkündür. Fujian Bölgesi yetkililerinin
zorunlu kürtaja ve *hukou*'ya kayda ilişkin kural ve düzenlemelere uyma
hususundaki kötü şöhretleri bağımsız olarak başvuru-
cunun çocuklarının Sözleşme ile koruma altına alınmış haklarının ihlal edileceği sonucuna yol
açamaz. Başvuru-
cunun Çinli yetkililerin çocukları zorla annelerinden ayı-
racağına veya başka şekilde ciddi bir kötü muameleye maruz bırakacağına
ilişkin beyanı yalnızca spekülasyondur ve başvuru-
cunun ilticaya uygunlu-
ğu açısından farklı bir yasal değerlendirmeye yol açmaz.

4.14 Başvuru-
cunun beyanına ilişkin olarak, Komite'nin 6 (2015) numara-
lı genel yorumunda açıklandığı gibi, Taraf Devletler çocuğun dönüşünde
karşılaşacağı emniyet, güvenlik ve sosyoekonomik koşullar da dahil olmak
üzere diğer durumları göz önünde tutmak zorundadır. Taraf Devlet bir ço-
cuk sığınmacının Danimarkalı bir çocukla tamamen aynı yaşam standart-
larına sahip olmasının gerekmediğini, fakat çocuğun kişisel bütünlüğünün
korunması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre, Taraf Devlet, başvuru-
cunun çocuklarına sağlık hizmeti, eğitim ve sosyal hizmetler açısından belirli
bir süre için diğer Çinli çocuklara göre dezavantajlı davranılması riskinin
başlı başına ilticayı haklı kılmayacağını ifade etmektedir. Kayıta yaşanacak
herhangi bir eksiklik veya zorluk ve bunu takip eden kamu hizmetlerine
erişim engeli, Sözleşme'deki anlamıyla "onarılmaz zarar" teşkil edecek şe-
kilde bir Sözleşme ihlali oluşturmaz. Mülteci Temyiz Kurulu bu ciddi risk-
lerin değerlendirmesini 6 numaralı genel yorumda belirtildiği gibi yaşa ve
cinsiyete duyarlı olarak şekilde yapmıştır. Fakat, Kurul üyelerinin çoğunlu-
ğu Sözleşme'deki düzenlemelerin farklı bir sonuca götürmeyeceğine karar
vermiştir. Buna göre, Taraf Devlet çocukların Çin'e dönmeleri halinde ger-
çek bir onarılmaz zarar riskine maruz kalacaklarına inanmak için önemli
sebeplerin bulunmadığını belirtmektedir.

4.15 Taraf Devlet Çin'in Sözleşme'ye taraf olduğunu ve Sözleşme çerçes-
esinde yükümlülüklerini yerine getirmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu
sebeple Çin, başvuru-
cunun çocuklarına nüfus kütüğüne kayıt imkânı ve
buna bağlı olarak kamu hizmetinden faydalanma imkânı sunulduğundan
emin olmalıdır.

4.16 Başvuru-
cunun, ikinci çocuğu L.G. açısından iltica talebinin yalnızca
Mülteci Temyiz Kurulu tarafından değerlendirildiği ve Kurul kararlarının
temyizinin mümkün olmaması sebebiyle Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal
edildiğine dair şikayetine ilişkin olarak Taraf Devlet, Mülteci Temyiz Ku-
rulunun içtihadına göre çoğu davada, Kurulun duruşmada yeni bilgileri

konuya hakim bir şekilde değerlendirmesi mümkün olduğundan, davanın Danimarka Göç İdaresine iadesine gerek kalmadığını bildirmiştir. Buna bağlı olarak, bir davanın Danimarka Göç İdaresi'ne iade edilmesi yalnızca şu hallerde söz konusu olmaktadır: iltica talep eden kişinin uyuşma ilişkisine yeni bir bilgi elde edilmişse; iltica talep eden kişinin ülkesine ilişkin önemli yeni bilgiler sağlanmışsa; ya da davanın tespiti için gerekli kabul edilen yasal dayanakta değişiklik olmuşsa. Taraf Devlet bu bağlamda Mülteci Temyiz Kurulunun yazılı belgelere dayalı olarak temyiz talebini değerlendirmeden önce hem başvurucudan hem de Danimarka Göç İdaresinden beyanlarını aldığını ve Danimarka Göç İdaresinin Kurul karar vermeden önce herhangi bir yeni bilgiyi değerlendirme fırsatı ve yükümlülüğünün olduğunu ifade etmiştir. Danimarka Göç İdaresinin, ilgili sığınmacının iltica veya koruma statüsü şartlarını sağladığına ilişkin yeni bir bilgiye ulaşması halinde Mülteci Temyiz Kurulunu, Kurul yazılı belgeler üzerinden karar vermeden önce bu bilgi hakkında bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülük mevcut davada da söz konusu olup Danimarka Göç İdaresi böyle bir bildirimde bulunmamıştır.

4.17 Taraf Devlet ayrıca başvurucunun ikinci çocuğu L.G.'nin kendisinin veya ebeveyninin ya da yasal temsilcisinin ırkı, rengi, cinsiyeti, dili, dini inancı, siyasi veya diğer fikirleri, milliyeti, etnik veya sosyal kökeni, mülkiyeti, engeli, doğum veya diğer statüsüne dayanan herhangi bir ayrımcılığa maruz kalmadığını belirtmektedir. Bunun sonucu olarak, Sözleşme'nin 2. maddesi ihlal edilmemiştir. Bununla birlikte, Sözleşme'nin hiçbir maddesi böyle bir davada temyiz hakkı sağlamamaktadır.

4.18 Taraf Devlet yarı yargısal niteliğe sahip Mülteci Temyiz Kurulunun bütün ilgili bilgileri kapsamlı şekilde değerlendirdiği ve başvurucunun Kurul kararının açıkça keyfi olduğunu veya yargılamada hata ya da adaletsizlik olduğunu ispat edemediği sonucuna varmıştır. Taraf Devlet'e göre, başvurucunun başvurusu yalnızca kendisinin ve çocuklarının özel durumlarına ilişkin olarak yapılan değerlendirmenin sonuçlarına katılmadığını göstermektedir.

Başvurucunun Taraf Devlet'in kabul edilebilirlik ve esasa ilişkin görüşleri hakkında yorumları

5.1 9 Temmuz 2018'de başvurucu üçüncü çocuğu W.G.'nin 19 Haziran 2018 tarihinde doğduğunu bildirmiştir. Başvurucu L.G.'nin sınır dışı edilmesinin Danimarka'da sığınmacı olan babasından ayrılmasına sebep olacağını ifade etmiştir. Henüz oturma izni bulunmadığından, L.G.'nin babası

ile aile birleşmesine başvurması mümkün değildir. L.G.'nin babası aynı zamanda başvurucunun yeni doğan çocuğu W.G.'nin de babasıdır.

5.2 Başvurucu, çocuklarının yalnızca annelerini içeren kararın bir parçası olmamaları sebebiyle Danimarka Göç İdaresinin Sözleşme'ye hiç atıfta bulunmadığını belirtmiştir. Başvurucuya göre, üyelerin çoğunluğunun Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Danimarka'nın taraf olduğu diğer sözleşme hükümlerinin farklı bir sonuca götürmeyeceğine karar vermesiyle Mülteci Temyiz Kurulu, Göç İdaresinin kararını sadece "düzeltmiştir".

5.3 Başvurucu, Taraf Devlet'in yargılama sürecindeki temel "düzensizliğin" Mülteci Temyiz Kurulu önünde bir duruşmanın yapılmamış olması, davanın yalnızca yazılı belgeler üzerinden incelenmiş olması ve Kurul kararına itiraz hakkının bulunmaması olduğunu iddia etmektedir. Danimarkalı bir çocuğa ve çocuğun üstün yararına ilişkin diğer tüm davalarda -örneğin bir velayet davasında- karar mahkeme önünde itiraz imkanıyla idare tarafından verileceğinden başvurucu, 2. maddenin ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

5.4 Başvurucu Komitenin bir çocuğun sınır dışı edileceği ülkede kadın sünneti gibi onarılamaz şekilde zarar verici bir uygulamaya maruz kalma riskinin ihtiyat ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi ve çocuğu kabul edecek olan Devletin çocuğu bu uygulamalardan koruyamayacağına ilişkin mantıklı şüphelerin varlığı halinde Taraf Devletlerin çocuğu sınır dışı etmekten kaçınması gerektiğini belirten önceki kararlarından birine atıf yapmıştır⁶. Başvurucu Mülteci Temyiz Kurulunun ihtiyat ilkesine başvurmadığını ileri sürmektedir.

5.5 Başvurucu Norveç Menşe Ülke Bilgi Merkezi'nin 2017 tarihli bir raporuna atıf yaparak evlilik dışı veya devlet izni olmadan doğan çocukların sert, çoğunlukla ekonomik yaptırımlara sebep olduğunu belirtmiştir. Mülkiyete el koyma veya zorunlu kürtaj ya da kısırlaştırma gibi diğer yaptırımlar da uygulanmış fakat hiçbir koşulda çocuğun ceza olarak ebeveynlerinden alınması söz konusu olmamıştır. Buna rağmen bu gerçekleşmiştir. Çin'de çoğu zaman yasa ve uygulama arasında tutarsızlıklar bulunmaktaydı, yolsuzluk yaygındı ve yetkiler bazen vatandaşların haklarını herhangi bir cezayla karşılaşmadan ihlal ediyorlardı.⁷ Başvurucu Taraf Devletin, ço-

6 I.A.M. v. Denmark (CRC/C/77/D/3/2016), para. 11.8.

7 Landinfo – Norveç Menşe Ülke Bilgi Merkezi, "Kina: Familieplanleggingspolitikken og kinesiske borgarar som får barn i utlandet", 15 Mayıs 2017 (Norveççe). İngilizce özeti için bkz. <https://landinfo.no/en/land/china/>.

cuklarının kendisinden alınma korkusunun “yalnızca spekülasyon” olduğunu belirtmekte yanıldığını ileri sürmektedir. Başvurucu, Mülteci Temyiz Kurulunca sağlanan bilgilerin bir parçası olması sebebiyle Taraf Devletin bu rapora ulaşma imkânı olduğunu da eklemektedir. Başvurucu artık üç çocuklu bir aile oldukları için döndüklerinde durumun daha kötü olacağını belirtmektedir. Ayrıca Çin’in politikasını değiştirdiğini ve evli çiftlerin iki çocuğa sahip olmasına izin verdiğini ifade etmektedir.

5.6 Başvurucu son olarak, kanunda yapılan⁸ ve çocukların kendi adlarına başvuruda bulunmasının mümkün olmaması sebebiyle ciddi bir problem teşkil eden değişiklik sonucunda, yerel yetkililerin Mülteci Temyiz Kurulunun tüm kararlarına ilişkin itirazlar hususunda ücretsiz hukuki yardımı reddetmesi sebebiyle Komiteden bu yorumlarına Taraf Devletin çocuklarına ücretsiz hukuki yardım sağlaması hususundaki çağrı beyanını eklemesini istemiştir.

5.7 5 Şubat 2019 tarihli yorumlarında başvuru Komiteyi Mülteci Temyiz Kurulunun davayı tekrar açtığı ve aileyi Aralık 2018’deki duruşmaya davet ettiği hususunda bilgilendirmiştir. İltica talebini reddeden 13 Aralık 2018 tarihli kararın resmi olmayan bir çevirisini almıştır (bkz. aşağıda para. 6.1–6.9). 12 Şubat 2019’da başvuru söz konusu şikayetinin en küçük çocuğu W.G. adına da olduğunu açıklamıştır.

Taraf Devlet’in ek görüşleri

6.1 27 Ağustos 2019 tarihli görüşlerinde Taraf Devlet, olaylara ilişkin açıklamalarını ve kabul edilebilirliğe ve esasa ilişkin iddialarını tekrarlamıştır.

6.2 Taraf Devlet başvurusunun W.G.’yi doğurması sebebiyle Mülteci Temyiz Kurulunun başvuru ve çocuklarına ilişkin davayı tekrar açmaya karar verdiğinin Komiteye 24 Ağustos 2018 tarihinde bildirildiğini ve Taraf Devlet’in Komiteye yeni bir bildirim kadar davayı askıya alması talebinde bulunduğunu hatırlatmıştır.

6.3 Taraf Devlet yeni bir kurul huzurunda yapılan sözlü duruşmadaki inceleme sonucunda Mülteci Temyiz Kurulunun 13 Aralık 2018 tarihinde yeni bir karar vererek Danimarka Göç İdaresinin başvuru ve çocuklarının iltica talebini reddeden kararını onadığını belirtmiştir. Karar şimdi L.G. ve W.G.’yi de kapsamaktadır.

⁸ Başvurucu daha fazla bilgi vermemektedir.

6.4 Mülteci Temyiz Kurulu yaşları sebebiyle L.G. ve W.G.'nin iltica taleplerinin sebeplerine ilişkin olarak önem arz eden hiçbir bilgi sağlayamadıklarını göz önünde bulundurmuştur. Buna karşın, anneleri doğrudan bu iki çocuğa ilişkin olarak detaylı talep gerekçeleri öne sürmüştür. Bu sebepler Danimarka Göç İdaresi tarafından yapılan başvuru incelemesinde göz önünde bulundurulmuş olan en büyük kız çocuk X.C.'nin sebepleriyle tamamen aynıdır. Kurul çocukların annesi tarafından verilen bilgileri çocukların bakış açısını göstermek açısından yeterince detaylı bulmuş, davanın hiçbir kısmının Danimarka Göç İdaresine iade edilmesine gerek olmadığına karar vermiştir.

6.5 Taraf Devlet, Danimarkalı bir çocuğa ve çocuğun üstün yararına ilişkin herhangi bir meselenin olağan mahkemelerde temyiz edilmesi mümkün olacağından, başvurusunun 2. maddenin ihlal edildiğine dair iddiasının çok genel bir tarzda yapıldığını ileri sürmektedir.

6.6 Taraf Devlet, Mülteci Temyiz Kurulunun 13 Aralık 2018 tarihli kararında Sözleşme hükümlerine özellikle atıf yapıldığını belirtmiştir. Başvurusunun Kurulun çocukların iltica talebine gerekçe sağlayabilmesi açısından ihtiyat ilkesine başvurmadığına dair iddiasına ilişkin olarak Taraf Devlet, çocukların Kurulun işlemleri sırasında anneleri ve bir avukat tarafından temsil edildiklerini ifade etmiştir. Bununla birlikte, anne 13 Aralık 2018 tarihindeki Kurul duruşmasında çocukları adına bilgi sağlamış ve beyanlarda bulunmuştur. Bu sebeple çocukların iltica talebine gerekçe sağlama becerisi açısından ihtiyat ilkesine başvurulması yerinde değildir.

6.7 Başvurusunun artık üç çocuklu bir aile olmaları sebebiyle maruz kalacakları yaptırımların daha kötü olacağına ilişkin iddiasına ilişkin olarak Taraf Devlet Mülteci Temyiz Kurulu'nun başvurusunun üç çocuğu olduğu bilgisi temelinde kapsamlı bir değerlendirme yaptığını belirtmektedir. Bunun sonucunda Çin yetkililerinin çocukları annelerinden zorla ayıracaklarına veya annenin diğer bir şekilde zorunlu kısırlaştırma gibi gerçek bir kötü muameleye maruz kalma riskiyle karşılaşacağına ilişkin ilticayı haklı kılacak bir bulguya rastlanmamıştır. Mülteci Temyiz Kurulu çocukların *hukou*'ya kaydedilmesi konusundaki olası zorlukların ve bunun ücretsiz sağlık desteği ve eğitimden mahrum kalma şeklindeki olası sonuçlarının, Danimarka Yabancılar Kanunu'nun 7. maddesi kapsamına giren ciddi kötü muamele ile karşılaştırılabilir ağırlıkta olmadığına karar vermiştir.

6.8 Taraf Devlet başvurusunun artık üç çocuklu bir aile olmaları sebebiyle daha kötü yaptırımlara maruz kalacaklarına ilişkin iddiasını ispatlayamadığını iddia etmiştir. Aksine, Çin'deki aile planlama düzenlemeleri

gevşetilmiştir. Çin tek çocuk politikası Ocak 2016'da iki çocuk politikası şeklinde değiştirilmiştir ve bu politika Fujian Bölgesi'nde de uygulanmaktadır. Taraf Devlet önceki bir çocuk ve değiştirilmiş iki çocuk Nüfus Kanunu'na göre aile planlama politikalarına aykırı olarak çocuk doğuran kişinin sosyal bir tazminat cezası ödemesi gerektiğini belirten, Kanada Göçmenlik ve Mülteci Kurulu tarafından yayınlamış bir rapora atıf yapmaktadır.⁹ Bu, Mülteci Temyiz Kurulunun 13 Aralık 2018 tarihli kararında yaptığı değerlendirmeye uyum içindedir. Bununla birlikte, İçişleri Bakanlığı tarafından yayınlanan bir raporda zorunlu kürtaj ve kısırlaştırma da dahil olmak üzere Çin'e dönen ve izin verilen çocuk sayısını aşan kişilere karşı yapılan suistimallerin eskisinden çok daha az yaygın olduğu belirtilmektedir.¹⁰

6.9 Başvurucunun, Norveç Menşe Ülke Bilgi Merkezi'nin 15 Mayıs 2017 tarihli raporuna dayanarak Taraf Devlet'in, çocuklarının kendisinden alınmasına dair korkusunun "yalnızca spekülasyon" olduğunu söylemesinin doğru olmadığını ileri sürmesine ilişkin olarak Taraf Devlet, raporun Ocak 2016 öncesinde oluşturulmuş ve uygulanmış politika hakkında hazırlanmış olduğunu belirtmektedir. Taraf Devlet, Mülteci Temyiz Kurulunun 13 Aralık 2018 tarihli kararında bu rapor da dahil olmak üzere geçmiş bilgileri değerlendirilmiş ve ne raporun ne de herhangi bir yeni tarihli bilginin Çin yetkililerinin çocukları annelerinden zorla ayırabileceklerine ilişkin bir kanaate varmasını sağlayamadığı yönünde karar vermiştir.¹¹

Komite önündeki meseleler ve işlemler

Kabul edilebilirlik değerlendirmesi

7.1 Bir başvuruda yer alan herhangi bir iddiayı değerlendirmeden önce Komite, Seçmeli Protokol'de yer alan usul kurallarından 20. kurala uygun olarak, başvurunun Seçmeli Protokol kapsamında kabul edilebilir olup olmadığına karar vermelidir.

7.2 Komite başvurucunun Danimarka Mülteci Temyiz Kurulu kararlarına kanun yolunun kapalı olduğu ve buna bağlı olarak tüm iç hukuk yolla-

9 Kanada Göçmenlik ve Mülteci Kurulu, "China: effects of the implementation of the Two-Child Family Planning Policy on children born outside the country and their parents, including access to social services and benefits, particularly in Guangdong, Fujian, Hebei, and Liaoning; punitive measures taken against parents who return from abroad after having children in violation of family planning policies, including whether the Two-Child Family Planning Policy is being applied retroactively", 18 Ekim 2018, s. 1.

10 Birleşik Krallık: İçişleri Bakanlığı, "Country policy and information note – China: contravention of national population and family-planning laws", Kasım 2018, s. 8–9.

11 Taraf Devlet atıf yapmaktadır: Birleşik Devletler Dışişleri Bakanlığı, "2018 country reports on human rights practices – China", 13 March 2019.

rının tüketildiği iddiasını dikkate almaktadır. Taraf Devlet buna itiraz etmemiştir. Bu sebeple, Komite başvurunun Seçmeli Protokol'ün 7 (e) maddesi uyarınca kabul edilmesi önünde bir engel olmadığı kanaatindedir.

7.3 Komite başvurusunun, Danimarkalı bir çocuğa ve çocuğun üstün yararına ilişkin diğer tüm davalarda -örneğin bir velayet davasında- karar mahkeme önünde itiraz imkanıyla idare tarafından verilirken, başvuru ve çocuklarının iddialarının kanun yoluna başvurma imkânı olmaksızın yalnızca Mülteci Temyiz Kurulunca incelenmiş olması sebebiyle Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiği iddiasını dikkate almaktadır. Buna karşın Komite, başvurusunun çocuklarının veya kendisinin kökeni ile Mülteci Temyiz Kurulu kararlarına karşı kanun yoluna başvurulmadığı iddiası arasında bir bağlantı kurmaksızın genel bir anlamda bu iddiada bulunduğunu belirtmiştir.¹² Bu sebeple Komite, bu iddianın Seçmeli Protokol'ün 7 (f) maddesi uyarınca açıkça dayanaktan yoksun ve kabul edilemez olduğunu ifade etmektedir.

7.4 Komite ayrıca başvurusunun çocuklarının Çin'e gönderilmesinin çocuğun doğumdan sonra nüfus kütüğüne kaydedilme, bir isme sahip olma ve vatandaşlık kazanma ve ebeveynleri tarafından bakılma hakkını düzenleyen 7. maddenin ihlaline sebep olacağı iddiasını dikkate almaktadır. Fakat, Komite başvurusunun çocuklarının doğumlarının zaten Taraf Devlet'te kaydedildiğini ve üç çocuğun da Danimarka doğum belgelerine sahip olduğunu belirtmektedir. Komite ayrıca başvurusunun Çin'e dönmeleri halinde çocuklarının vatansız kalma riskinden de bahsetmediğini belirtmektedir. Bu sebeple, Komite başvurusunun 7. maddeye dayanan iddiasını yeterince kanıtlayamadığı kanaatinde olup, bu iddiayı Seçmeli Protokol'ün 7 (f) maddesi uyarınca kabul edilemez bulmuştur.

7.5 Buna karşın Komite başvurusunun Sözleşme'nin 3, 6 ve 8. maddelerine ilişkin iddialarının -iltica talebinin Taraf Devlet tarafından değerlendirilmesinin çocuğun üstün yararı ilkesini ihlal ettiği, çocukların Çin'e gönderilmesinin sağlık, eğitim ve sosyal hizmetlere erişim açısından gerekli olan *hukou*'ya kayıtlarının yapılmayacak olması sebebiyle onların yaşamı, hayatta kalması ve gelişimi açısından ciddi bir risk teşkil edeceği ve kimliklerini koruma hakkını ihlal edeceği- kabul edilebilirlik açısından yeterince kanıtlandığı kanaatindedir. Komite bu sebeple bu iddiaların kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir ve esasa ilişkin değerlendirmelerine devam etmektedir.

12 I.A.M. v. Denmark (CRC/C/77/D/3/2016), para. 10.3.

Esasa ilişkin değerlendirmeler

8.1 Komite mevcut başvuruyu Seçmeli Protokol'ün 10 (1) maddesine göre taraflarca sunulan tüm bilgiler ışığında değerlendirmiştir.

8.2 Komite başvurucunun Taraf Devletin çocuklarının iltica talebini incelediği Sözcükleşme'nin 3. maddesini ihlal edecek şekilde çocuğun üstün yararı ilkesini göz önünde bulundurmadığı iddialarını dikkate almaktadır. Komite ayrıca başvurucunun çocuklarının sınır dışı edilmesinin, çocuklarının kimliğini koruma hakkının ihlaline yol açarak Sözcükleşme'nin 8. maddesini ihlal edeceği yönündeki iddiasını da değerlendirmektedir.

8.3 Komite, Devletlerin Sözcükleşme'nin 6 ve 37. maddelerinde belirtilen (para. 27) ancak bunlarla sınırlı olmayan haller gibi çocuğa onarılamaz bir zarar gelmesine dair gerçek bir riskin varlığına inanmak için yeterli sebeplerin olduğu bir ülkeye çocuğu geri gönderemeyeceklerine ilişkin 6 (2015) numaralı genel yorumu hatırlatmaktadır. Bu geri göndermeme yükümlülükleri, Sözcükleşme ile güvence altına alınmış hakların ciddi ihlallerinin devlet dışı aktörlerden kaynaklanıp kaynaklanmadığına veya bu ihlallerin isteyerek ya da hareket veya hareketsizlik sonucunda olduğuna bakılmaksızın uygulanır. Böyle bir riske ilişkin değerlendirme yaşa ve cinsiyete duyarlı şekilde yapılmalıdır.¹³ Bu değerlendirmenin ihtiyat ilkesi çerçevesinde yapılması ve çocuğu kabul edecek olan Devletin çocuğu bu risklerden koruyamayacağına ilişkin mantıklı şüphelerin varlığı halinde Taraf Devletlerin çocuğu sınır dışı etmekten kaçınması gerekmektedir.¹⁴

8.4 Mevcut davada Komite, başvurucunun Çin'e sınır dışı edilmeleri halinde evlilik dışı doğmuş üç çocuğunun kendisinden zorla alınma tehlikesiyle karşı karşıya kalacağı ve sağlık, eğitim ve sosyal hizmetlere erişim için gerekli olan *hukou*'ya kaydedilmeyecekleri iddialarını dikkate almaktadır.

8.5 Komite, Taraf Devlet'in Mülteci Temyiz Kurulunun 3. madde de dahil olmak üzere Sözcükleşme'yi kararında dikkate aldığı açık olduğu, çocukların durumunun Kurul tarafından kapsamlı olarak değerlendirildiği ve başvurucunun yargılama prosedüründe herhangi bir düzensizliğin varlığını ispatlayamadığı iddialarını dikkate almaktadır. Komite Taraf Devlet yetkililerinin -Dış İşleri Bakanlığı aracılığıyla- başvurucuların *hukou*'ya kayıt prosedürüyle ilgili bilgi aldığını gözlemlemiştir. 12 Aralık 2016 tarihli

¹³ Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, genel tavsiye kararı No. 32 (2014), para. 25.

¹⁴ *I.A.M. v. Denmark* (CRC/C/77/D/3/2016), para. 11.8.

danışma cevabına göre, Bakanlık çocukların nüfus kütüğüne kaydının evlilik içinde doğan çocuklara göre daha karmaşık olacağını ve Danimarka doğum sertifikalarının bu açıdan yeterli olacağını kabul etmiştir. Komite ayrıca Mülteci Temyiz Kurulu üyelerinin çoğunluğunun, başvurusunun çocuklarının *hukou*'ya kaydının zor olacağını ve çocuklara karşı en azından bir süre sağlık ve eğitim hizmetleri ile sosyal hizmetlere erişim açısından diğer Çinli çocuklara göre daha dezavantajlı davranılacağını beklenmesi gerektiği kanaatinde olduğunu dikkate almaktadır.

8.6 Komite, çocuğun üstün yararının çocuğun sınır dışı edilmesine ilişkin kararlarda birincil düşünce olması gerektiğini ve bu kararların -uygun tedbirler içeren bir prosedürle- çocuğun güvende olmasını ve uygun bir bakımdan ve haklarından yararlanmasını sağlaması gerektiğini hatırlatmaktadır.¹⁵ Komite ayrıca özellikle başvuru ve Taraf Devlet'in kanıtlara erişim imkânının her zaman eşit olmadığını ve çoğunlukla Taraf Devlet'in ilgili bilgilere tek başına erişim imkânı olduğunu göz önünde tutarak, ispat yükünün yalnızca başvurucuda olmadığını hatırlatmaktadır.¹⁶ Mevcut davada, Komite Taraf Devlet tarafından kendisine sunulan iddia ve bilgileri dikkate almaktadır. Buna karşın, Komite Taraf Devlet'in Danimarka doğum sertifikasının *hukou*'ya kayıt için yeterli olup olmayacağı, eğer olmuyorsa çocukların Çin doğum sertifikası alabilmesi için yürütülmesi gereken diğer prosedürlerin neler olduğu; çocukların Çin doğum sertifikası alabilme ihtimali ve *hukou*'ya kaydedilmek için ne kadar bekleme süreleri gerekeceği hususlarını, başvuru ve çocuklarının sığınmacı olarak durumlarını tehlikeye atmayacak yollarla yeterince doğrulayamadığını gözlemlemektedir. Komite Çin'de doğum belgesi almak için çok sayıda idari gereklilik bulunması ve karışık kayıt prosedürleri göz önüne alındığında, bu hususların özellikle ilgili olduğunu ve doğum kaydının *hukou* ile bağlantılı olduğunu dikkate almaktadır.¹⁷ Komite ayrıca Taraf Devlet'in bekleme süresi boyunca veya kayıtlarının yapılamaması halinde çocukların eğitim ve sağlık hakkının ne şekilde sağlanacağı hususunu değerlendirmede görüşündedir.

8.7 Bu bağlamda, Komite Amerika Birleşik Devletleri Dış İşleri Bakanlığı'nın 2019 tarihli bir raporuna dikkat çekmektedir. Bu rapora göre, hem medeni hukuk hem evlilik hukuku kapsamında bekar kadınların ço-

15 Bkz. Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Bireylerinin Haklarının Korunması Komitesi ortak genel yorumu No. 3 (2017) ve ve Çocuk Hakları Komitesi No. 22 (2017), para. 29 and 33.

16 *M.T. v. Spain* (CRC/C/82/D/17/2017), para. 13.4; *El Hassy v. Libyan Arab Jamahiriya* (CCPR/C/91/D/1422/2005), para. 6.7; and *Medjnoune v. Algeria* (CCPR/C/87/D/1297/2004), para. 8.3.

17 CRC/C/CHN/CO/3-4, para. 39.

cukları evlilik içinde doğan çocuklarla aynı haklara sahip olsa da uygulamada bekar annelerin veya evli olmayan çiftlerin çocukları politika dışında kabul edilmekte ve sosyal tazminat cezalarına mahkum olmakta ve doğum belgesi ile *hukou* gibi resmi belgeleri reddedilmektedir.¹⁸ Komite ayrıca bekar veya evli olmayan ebeveynlere sahip birçok çocuğun nüfus kaydı belgesinin reddedilerek kamu hizmetlerine, tıbbi tedavi ve eğitime erişimlerinin engellendiğini ortaya koyan Birleşik Krallık İçişleri Bakanlığı'nın 2018 tarihli raporunu da dikkate almaktadır. Her ne kadar Hükümet gayrimeşru çocukların kaydını kolaylaştırdığını ifade etse de uygulamada tutarsızlıklar ve sorunlar olabilmektedir.¹⁹

8.8 Bu sebeple Komite, Taraf Devlet'in başvurusunun çocuklarının Çin'e sınır dışı edildikleri takdirde, *hukou*'ya kaydedilmemeleri üzerine karşılaşacakları iddia edilen riskleri değerlendirirken çocuğun üstün yararını gerektiği gibi göz önünde tutmayarak ve Çin'e dönmeleri üzerine çocukların esenliğinin sağlanması için gereken tedbirleri almayarak Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

8.9 Komite ayrıca sınır dışı edilmeleri halinde çocukların, sağlık, eğitim ve sosyal hizmetlere erişimin sağlanması için gerekli ve Çin'deki tek kimlik ispat aracı olan *hukou*'ya kaydedilemeyeceği iddialarını dikkate almaktadır. Bu bağlamda Komite, ne Nüfus ve Aile Planlama Komisyonu'ndan alınan doğum sertifikasının ne de tıbbi doğum sertifikasının doğum kayıt prosedüründe kullanılması dışında geçerli resmî belgeler olmadığını belirten 2016 tarihli Kanada Göçmenlik ve Mülteci Kurulu raporuna dikkat çekmektedir. Bir başka deyişle bu belgeler ile kimlik veya uyruk ispatı yapılamaz; sadece doğum kaydı yapılırken kullanılabilirler. Nüfus kaydı polis merkezinde yapılacak kayıt ile tamamlanmaktadır ve *hukou* nüfus kaydını ispatlayan tek resmi belgedir.²⁰ Çin'de sağlık, eğitim ve sosyal hizmetlere erişimin sağlanması, kimlik ispatı için *hukou*'ya kaydın şart olması ve evli olmayan ebeveynlerin çocuklarının *hukou*'ya kayıt olurken çok sayıda zorlukla karşılaştıkları bilgisi ışığında Komite, Taraf Devlet'in başvurusunun çocuklarını sınır dışı etme kararıyla çocukların Sözleşme'nin 6. maddesi

18 Birleşik Devletler Dışişleri Bakanlığı: Bureau of Democracy, Human Rights and Labor, "2019 country reports on human rights practices – China", s. 67.

19 Birleşik Krallık: İçişleri Bakanlığı, "Country policy and information note – China: contravention of national population and family-planning laws", Kasım 2018, s. 9.

20 Kanada: Kanada Göçmenlik ve Mülteci Kurulu, "China: information on birth registration for children born out of wedlock; whether the name of the father appears on the birth certificate if the child is born out of wedlock; what information may appear on the birth certificate if the father is unknown; whether the father's name may be added to the child's birth certificate by referring to the father's Resident Identity Card, particularly relating to Henan Province birth certificates (2010–June 2016)", 29 Haziran 2016.

kapsamındaki yaşam, hayatta kalma ve gelişme hakkını ve Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamındaki kimliğini koruma hakkını ihlal ettiği kanaatine varmıştır.

9. Çocuk Hakları Sözleşmesine Ek Başvuru Usulüne İlişkin Seçmeli Protokol'ün 10 (5) maddesine göre hareket eden Komite eldeki olguların Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğini ortaya koyduğunu ve başvuru-cu ile çocuklarının Çin'e gönderilmesinin Sözleşme'nin 6. ve 8. maddelerinin ihlaline sebep olacağı sonucuna varmıştır.

10. Taraf Devlet başvuru ve çocuklarını Çin'e sınır dışı etmekten kaçınmakla yükümlüdür. Taraf Devlet ayrıca, gelecekte ortaya çıkabilecek benzer ihlalleri engellemek için de gereken tüm adımları atmakla yükümlüdür.

11. Seçmeli Protokol'ün 11. maddesi uyarınca Komite, Taraf Devlet'ten mümkün olan en kısa sürede ve 180 gün içinde Komitenin görüşlerini yürürlüğe koymak için aldığı önlemler hakkında bilgi vermesini talep etmektedir. Taraf Devlet'ten ayrıca Sözleşme'nin 44. maddesi uyarınca bu tür tedbirler hakkında bilgileri, sunduğu raporlara eklemesini istemektedir. Son olarak, Taraf Devlet'ten bu Görüşlerin yayınlanması ve geniş ölçekte yayması talep edilmektedir.

3. BÖLÜM

Sözleşme Hükümlerinin ve
Çocuğun Üstün Yararının Temel
Düşünce Olması Kuralının
Niteliği, Çocuğun Fikirlerini İfade
Edebilme Hakkı

Birleşmiş Milletler

CRC/C/85/D/56/2018

Çocuk Hakları
SözleşmesiDağıtım: Genel
30 Ekim 2020
İngilizce
Orijinal Dili: Fransızca**Çocuk Hakları Komitesi****56/2018 No.lu Başvuruyla İlgili Bireysel Başvuru Usulüne İlişkin Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne Ek Seçmeli Protokol kapsamında Komite Tarafından Kabul Edilen Görüşler^o *, **, *****

<i>Başvuruyu yapan:</i>	V.A. (Avukat Immacolata Iglío Rezzonico ve Paolo Bernasconi tarafından temsil edilmiştir)
<i>Mağdur olduğu iddia edilen:</i>	E.A. ve U.A.
<i>Taraf Devlet:</i>	İsviçre
<i>Başvuru tarihi:</i>	21 Eylül 2018 (ilk başvuru)
<i>Görüşlerin kabul tarihi:</i>	28 Eylül 2020
<i>Konu:</i>	İtalya'ya sınır dışı etme
<i>Usuli meseleler:</i>	İç hukuk yollarının tüketilmemesi; açıkça asılsız olması; Sözleşme'de yer alan hakların mahkeme önünde ileri sürülebilmesi
<i>Maddi meseleler:</i>	Ayrımcılık; çocuğun yüksek yararı; çocuğun gelişmesi; çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun dinlenilmesi hakkı; mülteci çocuklar için koruma ve insani yardımdan yararlanma; çocuğun olabilecek en iyi sağlık düzeyine kavuşma hakkı; insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele
<i>Sözleşme'nin ilgili maddeleri:</i>	2, 3, 6 (2), 12, 22, 24 ve 37
<i>Seçmeli Protokol'ün ilgili maddeleri:</i>	6 ve 7 (e) ve (f)

^o Çeviren Elif KOCAKUŞAKLI

* Komitenin seksen beşinci oturumunda kabul edilmiştir (14 Eylül –1 Ekim 2020).

** Başvurunun değerlendirilmesinde Komite'nin aşağıdaki üyeleri katılım göstermiştir: Suzanne Aho Assouma, Hynd Ayoubi Idrissi, Bragi Gudbrandsson, Olga A. Khazova, Gehad Madi, Benyam Dawit Mezmur, Otani Mikiko, Luis Ernesto Pedernera Reyna, José Ángel Rodríguez Reyes, Ann Marie Skelton, Velina Todorova ve Renate Winter.

*** Bireysel Başvuru Usulüne İlişkin Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne Ek İhtiyari Protokol kapsamındaki usul kurallarından 8 (1) (a) kuralı uyarınca Philip Jaffé başvurunun değerlendirilmesinde katılım göstermemiştir.

1.1 Başvuru sahibi 1986 doğumlu bir Azerbaycan vatandaşı olan V.A.'dir. Başvurucu başvuruyu 2009 doğumlu E.A. ve 2014 doğumlu U.A., her ikisi de Azerbaycan vatandaşı olan oğulları adına yapmaktadır. Başvurucu, E.A. ve U.A.'nın Sözleşme'nin 2., 3., 6 (2)., 12., 22., 24. ve 37. maddelerinin ihlalinin kurbanları olduğunu iddia etmektedir. Başvurucu avukatla temsil edilmektedir. Seçmeli Protokol Taraf Devlet için 24 Temmuz 2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

1.2 Komite adına hareket eden Bireysel Başvuru Çalışma Grubu, 2 Ekim 2018 tarihinde Seçmeli Protokol'ün 6. maddesi uyarınca Komite tarafından davanın ele alınması sırasında Taraf Devlet'ten başvuru, E.A. ve U.A.'nın İtalya'ya sınır dışı edilmesi işleminin askıya alınması için geçici tedbirler alması talebinde bulunmuştur. 5 Ekim 2018 tarihinde Taraf Devlet sınır dışı işleminin askıya alınmış olduğunu Komite'ye bildirmiştir.

Başvurucu tarafından sunulduğu haliyle olaylar

2.1 Başvurucu ve eşi, gazeteci ve *Ilkxeber Info* adlı gazetenin sahibidirler. Azerbaycan'da muhalif gazetecilerin yüzleştiği durum gitgide kritik bir hal aldığından ve başvurusunun eşinin hayatı tehlikede olduğundan başvuru ve eşi çocukları E.A. ve U.A. ile beraber Mart 2017'de Azerbaycan'dan kaçmışlardır. Başvurucu ve eşi, geriye sadece çevrim içi erişimi kalan gazetelerinin fiziki ofisinin kapatılmasına zorlanmışlardır.

2.2 20 Mart 2017'de aile İsviçre'de Kreuzlingen'de sığınma başvurusunda bulunmuştur. Azeri tercümanların yokluğu dolayısıyla aile Ticino kantonuna nakledilmiş ve Bellinzona'daki Leon d'Oro adlı misafirhanede bir odada konaklatılmıştır. Tercümanların yokluğunda yetkililerle ailenin iletişimi neredeyse mevcut olmamıştır. Kantinde yemek yerine kendileri için yemek pişirmeye izin verilmesi, bir daireye nakledilmeleri ve omuz yaralanması nedeniyle başvurusunun eşi için tıbbi tedavi sağlanması konusundaki talepleri ciddiye alınmamıştır. Ancak aile, APA 13 Derneği'nin, Baobab Merkezi'nin ve DaRe Derneği'nin desteğini almıştır. "Güvencesiz ve aşağılayıcı" barınma koşulları ve dilsel izolasyon aile üyelerinin zihinsel ve fiziksel esenliği üzerinde etki oluşturmuştur. Başvurusunun eşi depresyona girmiştir. Aile içi şiddet olayları yaşanmıştır. U.A. yeme ve sindirim bozuklukları yaşamış ve E.A. bir otomobille bisikletten çarpışması sonucunda kendini yaralayarak ailenin acı durumunu ortaya çıkarmıştır. 3 Kasım 2017'de ikinci sığınma duruşması için yedi aylık bir bekleyişin ardından aile istemeyerek sığınma talebini geri çekmeyi ve gönüllü olarak ülkelerine geri gönderilmeyi kabul etmiştir. Başvurusunun kayınpederi,

oğlunun hapsedilmemesini güvence altına almak için Azerbaycan polisi-ne rüşvet verdiği için onlar güvende olacaklarına inanmışlardır. 13 Kasım 2017'de aile İsviçre'den ayrılmıştır.

2.3 26 Şubat 2018 tarihinde başvurusunun eşi Azerbaycan ve Ermenistan arasındaki çatışmada ölen Azerilerin onuruna yapılan merasim sırasında Bakü'deki diğer gazeteciler ve entelektüellerle birlikte yakalanmıştır. Başvurucu da polisle sorunlar yaşamaya başlamıştır. Başvurucuyu tehdit eden Azerbaycanlı yetkililer, başvurusunun makaleler yayımlamayı bırakması için ona baskı uygulamıştır. 11 Nisan 2018'deki cumhurbaşkanlığı seçimleri sırasında gözlemci olarak tanık olduğu usulsüzlükleri bildirmiştir. 16 Nisan 2018'de başvurusu kimliği belirsiz iki kişi tarafından dövülmüştür. 20 Nisan 2018'de Bakü Savcılığı'nda dört saat sorguya çekilmiştir. Makaleler yayımlamayı, gösterilere katılmayı ve Hükümete meydan okumayı bırakmaması halinde hapisle tehdit edilmiştir. Başvurusunun hâlâ hapiste olan eşi ona ülkeyi terk etmesini tavsiye etmiştir.

2.4 Başvurusunun temasa geçtiği kaçakçı İsviçre'ye geri dönebilmelerinin tek yolunun İtalyan vizesi elde etmeleri olacağını söylemiştir. Başvurucu, E.A. ve U.A. bu nedenle 9 Mayıs 2018'de alınan ve 15 Mayıs 2018'den 8 Haziran 2018'e kadar geçerli olan İtalyan vizesi ile İtalya üzerinden İsviçre'ye geri dönmüşlerdir. 25 Mayıs 2018'de başvurusu, E.A. ve U.A. Ticino'ya varmış ve yeni bir sığınma başvurusunda bulunmuştur. Başvurusunun annesi başvurusu halihazırda Azerbaycan polisi tarafından arandığı hususunda bilgilendirmiştir. 4 Haziran 2018'de başvurusu Devlet Göç Sekreterliği tarafından dinlenmiştir.

2.5 Başvurusunun sağlık durumu geçirmiş olduğu travma nedeniyle kötüleşmiştir. Baobab Merkezi'nden bir psikolog-psikoterapist tarafından hazırlanan bir rapora göre başvurusu anksiyete ve depresyon semptomları, uykusuzluk ve bedensel tepkiler geliştirmiştir. Rapora göre başvurusu ve çocukları tarafından Ticino'da ilk kalışları sırasında kurulan ve hâlâ mevcut ve etkin olan sosyal ağ, onların zihinsel ve fiziksel esenliklerini minimum düzeyde devam ettirmelerine izin vermiştir. Raporda anne ve çocuklarının menşe ülkelerine geri gönderilmesinin ya da başka bir ülkeye ya da başka bir İsviçre kantonuna nakledilmesinin onların zihinsel ve fiziksel gelişimine ciddi şekilde zarar vereceği sonucuna varılmıştır.

2.6 Üye Devletlerden birinde üçüncü ülke vatandaşı veya vatansız bir kişi tarafından yapılan uluslararası koruma başvurusunu incelemekten sorumlu Üye Devletin belirlenmesine yönelik kriterleri ve mekanizmaları belirleyen 26 Haziran 2013 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin

604/2013 (AB) no.lu Tüzüğü (Dublin III Tüzüğü'nün 19(2) maddesinin ikinci alt paragrafı uyarınca sığınmacı gerçekten ülkeyi terk ettikten sonra yapılan herhangi bir sığınma başvurusu, başvurunun işlenmesinden sorumlu Üye Devletin belirlenmesi için yeni bir prosedüre yol açmaktadır. 5 Temmuz 2018'de başvuru Devlet Göç Sekreterliği'nden Dublin III Tüzüğü'nün 17(1) maddesinde yer alan egemenlik hükmünü uygulamasını ve daha önce menşe ülkelerinden kaçmış ve sonra babanın yakalanmasını yaşamış, çocukların Ticino'da okula dahil edilmiş ve okula devam etmiş, başvuru depresyonda olduğu ve aileyi İtalya'ya nakletmenin çocukların hakları ve yüksek yararları için zararlı olacağı davanın savunmasız bir aileyi kapsadığı temelinde başvuru sığınma başvurusunu ele alırken kendisini yetkili ilan etmesini talep etmiştir. 13 Haziran 2018'de Devlet Göç Sekreterliği İtalya'ya başvuru ve çocuklarının sorumluluğunu üstlenmesi için talepte bulunmuştur. İlk ret işleminden sonra İtalyan makamları 19 Temmuz 2018'de ailenin sorumluluğunu almayı kabul etmiştir.¹

2.7 20 Temmuz 2018 tarihinde Devlet Göç Sekreterliği davayı ele almamaya karar vermiş ve başvuru ve çocuklarının İtalya'ya sınır dışı edilmesine karar vermiştir. Kararda E.A. ve U.A.'nın "2017'de menşe ülkelerine geri dönmeden önce sadece sekiz ay yaşadıkları ve halihazırda 25 Mayıs 2018'den beri kaldıkları İsviçre ile özel bir bağlarının olmadığı" belirtilmiştir. Devlet Sekreterliği, İtalyan makamlarının, Mülteciler ve Sığınmacılar için Koruma Sistemine (SPRAR) ilişkin 8 Haziran 2015 tarihli genelge uyarınca ailenin sorumluluğunu üstlenmeyi kabul ettiğini kaydetmiştir. Başvurucunun depresyonuyla ilgili iddialara ilişkin olarak, Devlet Sekreterliği başvuru tıbbi tedavi gördüğünü kaydetmiştir. Devlet Sekreterliği, İtalyan sağlık sisteminin psikiyatrik nitelikteki hastalıklar için tedavi sağlayabileceğini ve ülkenin, sığınmacılara hastalıkların ve ciddi zihinsel bozuklukların temel tedavisini sağlamak için uluslararası koruma başvuru sahiplerinin kabulüne ilişkin standartları belirleyen 26 Haziran 2013 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2013/33/EU sayılı Direktifi'nin 19 (1) maddesi uyarınca yükümlü olduğunu belirtmiştir.

2.8 Davacı, Devlet Göç Sekreterliği'nin kararına karşı İsviçre Federal İdare Mahkemesi'ne 31 Temmuz 2018'de itirazda bulunmuştur. Mahkeme başvuru ve çocuklarının İtalya tarafından bir ailenin çekirdeği olarak kabul edilmiş olduğunu belirterek 8 Ağustos 2018'de başvuru itirazını reddetmiştir. 31 Temmuz 2018 tarihli raporla ilgili olarak Mahkeme,

1 İtalya başlangıçta Devlet Göç Sekreterliği'nin talebini delil yetersizliği sebebiyle reddetmiştir.

usul belgelerinde, ilgili kişilerin seyahat edemeyecekleri veya iddia edilen sağlık sorunlarının, ailenin İtalya'ya nakledilmesinin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin gereklerine aykırı olacak kadar ciddi olduğuna dair somut ve doğrulanmış işaretler bulunmadığına karar vermiştir. Federal Mahkeme, iddia edilen psikiyatrik tedavi ihtiyacının hiçbir somut delille desteklenmediğine ve şayet gerekirse bu tedavinin İtalya'da sağlanabileceğine dikkat çekmiştir. Başvurucunun, çocukların yüksek yararlarına zarar vermemek için Taraf Devletin Dublin III Tüzüğü'nün 17 (1) maddesinde belirtilen egemenlik hükmünü uygulaması gerektiği yönündeki iddiasına ilişkin olarak, mahkeme, olaylara ilişkin değerlendirmesini Devlet Göç Sekreterliği'nin değerlendirmesinin yerine koyamayacağını ve inceleme yetkisinin Devlet Sekreterliği tarafından yapılan değerlendirmenin nesnel ve şeffaf kriterlere uygun olarak yapılıp yapılmadığını ve keyfi olup olmadığını doğrulamakla sınırlı olduğunu kaydetmiştir.

2.9 E.A. ve U.A.'nın suçtuğu kapmış olması ve bir doktor tarafından bulaşma riski olduğunun rapor edilmesi İsviçre makamlarına bildirilmiş olmasına rağmen² 12 Eylül 2018 saat 02.00'de polis, Zürih havaalanından saat 07.30'daki bir uçuşla başvuru, E.A. ve U.A.'nın sınır dışı edilmesini gerçekleştirmek için onları otelden almaya gelmiştir. Polis memurları, çocuklara zorla çıkarılmanın bir fotoğrafını göstererek (zapt edilmiş kişilerin görüntüleri), onlara şayet anneleri iş birliği yapmazsa aynı şekilde çıkarılacaklarını söylemişlerdir. Başvurucunun panik atakları ve şiddetli bir anksiyete atağı geçirmesi sonucunda çıkarma işlemi gerçekleştirilememiştir. Polis, başvuru ve çocuklarını Zürih havaalanında parasız bir şekilde terk etmiş ve onlara Ticino'ya dönerken "kendi yollarını çizmelerini" söylemiştir.

2.10 Başvuru, Baobab merkezinden bir psikolog-psikoterapist tarafından E.A. ile yapılan görüşmeye dayalı olarak 17 Eylül 2018 tarihli bir belge sunmuştur. Belgeye göre, E.A. İtalya'ya geri gönderilme girişiminden bahsederken aşağı bakmış, geri çekilmiş, "doğrudan polisle muhatap olarak annesini koruma ihtiyacından" bahsetmiş ve "polisle temas halindeyken birkaç yoğun korku anından, örneğin gecenin bir yarısı beklenmedik bir şekilde uyandırılmaları, havaalanına varışları, polisin sert sesi, zapt edilen kişinin fotoğrafı ve polisin anneyi suçlu hissettirmeye çalışmasından" bahsetmiştir. Belge, E.A.'nın bir konuşma terapisti ve bir etno-klinik terapist tarafından telefonda toplanan ve "Polis memurları tarafından çok

2 Başvuru 7 Eylül 2018 tarihli E.A. ve U.A.'nın sağlığının iyi olduğunu fakat üçüncü taraf ifadelerine göre 23 ve 26 Ağustos 2016 tarihleri arasında suçtuğu kapmış olabileceklerini belirten iki adet sağlık raporu ibraz etmiştir.

ciddi sözlü ve psikolojik tacize maruz kaldığı Zürih havaalanına götürüldüğü gecedeki beri” ifadelerinden alıntı yapmaktadır. E.A., polis tarafından yakalanma korkusuyla gece boyunca birkaç kez ağlayarak uyanmıştır. U.A. da ağlayarak uyanmış ve “bazı kötü adamların onu götürmek istediğini” söylemiştir. Belge, E.A.’nın küçük erkek kardeşi ve annesi için artan bir sorumluluk duygusu gösterdiği ve travma sonrası stres bozukluğundan muzdarip olduğu sonucuna varmıştır. Belgeye göre, E.A. ve U.A. tıbbi ve psikolojik desteğe ihtiyaç duymakta ve zorla çıkarılmaları ruh sağlıkları için büyük bir risk oluşturmaktadır.

Şikâyet

3.1 Başvuru sahibi, Taraf Devletin başvuruyu değerlendirmeme kararı alırken E.A. ve U.A.’nın savunmasızlığını dikkate almayarak ve sınır dışı edilmeye teşebbüs edildiği sırada onların haklarını ihlal edecek şekilde hareket ederek 2. madde uyarınca Sözleşme’de belirtilen haklara saygı gösterme yükümlülüğünü ihlal ettiğini ileri sürmektedir.

3.2 Başvurucu, Sözleşme’nin 3. maddesine aykırı olarak, Devlet Göç Sekreterliği veya Federal İdare Mahkemesi tarafından veya sınır dışı edilmeye çalışılırken çocukların yüksek yararına ilişkin anlamlı bir değerlendirme yapılmadığını iddia etmektedir. Başvurucu, çeşitli tıbbi raporların ve pedagojik değerlendirmelerin E.A. ve U.A.’nın istikrar ihtiyacına işaret ettiğini savunmaktadır. Yetkililer, Dublin III Tüzüğü’nün egemenlik hükmünü uygulama olasılığını ciddi şekilde incelemeyi reddetmişlerdir. Çocuklara dinlenilme imkânı verilmemiştir. Çocukların en yüksek yararlarının değerlendirilmesinde hiçbir uzman kuruluş yer almamıştır. Dava, eşi siyasi nedenlerle cezaevinde olan ve menşe ülkesinde arandığı için kaygı yaşayan savunmasız bir anneyi kapsadığı için, böyle bir değerlendirme daha da gereklidir. Başvurucu, saat 02.00’de haber vermeden çocukları almaya gelmenin, annelerini tehdit etmenin ve onları korkunç bir fotoğrafla korkutmanın çocukların yüksek yararlarının korunmasına aykırı olduğunu savunmaktadır. E.A. ve U.A. birkaç kez yerlerinden edilmişlerdir ve onların tanıdıkları insanlarla güvenli bir yerde kalmaları gerekmektedir. Başvurucu, rehabilitasyon hakkından mahrum bırakılacağı için İşkenceye Karşı Komite’nin Dublin III Tüzüğü uyarınca bir işkence mağdurunun İtalya’ya geri gönderilmesinin İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme’yi ihlal edeceğine karar verdiği *A.N. v. İsviçre* kararına atıf yapmaktadır.³ Azerbaycan makamları ta-

3 Bkz. *A.N. v. İsviçre* (CAT/C/64/D/742/2016).

rafından tehdit edilen ve muhtemelen Devletle bağlantılı olan kimliği belirsiz kişilerce dövülen iki küçük çocuk annesinin İtalya'ya geri gönderilmesi bu içtihatla bağdaşmamaktadır. Son olarak başvurucu, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiseri'nin İtalya'daki göçle ilgili sorunlara ilişkin açıklamalarına atıfta bulunmaktadır.⁴

3.3 Başvurucu, Sözleşme'nin 6 (2) maddesinin ihlal edildiğini iddia etmektedir. Başvurucuya göre, sınır dışı edilme girişimi sırasında yaşanan travma sonucunda E.A. ve U.A.'nın sağlıklı koşullarda sağlıklı gelişme hakları göz ardı edilmiştir.

3.4 Başvuru sahibi, Sözleşme'nin 12. maddesinde belirtildiği üzere, Taraf Devletin E.A. ve U.A.'nın dinlenilme ve adli kovuşturmalara katılma hakkını ihlal ettiğini iddia etmektedir. E.A. ve U.A. kovuşturmalara katılmamışlardır ve yetkililer, kovuşturma sırasında sunulan çok sayıda raporu ve tanıklığı dikkate almamışlardır.

3.5 Başvurucu, E.A. ve U.A.'nın Sözleşme'nin 22. maddesinin Taraf Devlet tarafından ihlalinin mağduru olduğunu düşünmektedir. Yetkililer, ailenin aşırı savunmasızlığını dikkate almamış ve ailenin, bağları ve bir dereceye kadar istikrarı olan tek ülke olan İsviçre'de kalmasına izin vermek için Dublin III Tüzüğü'nün egemenlik hükmünün uygulanmasını dikkate almamıştır. E.A. ve U.A.'ya hiçbir koruma veya yardım sağlanmadığı için, sınır dışı edilmeye teşebbüs sırasında 22. madde de ihlal edilmiştir.

3.6 Başvurucu, Taraf Devletin, Sözleşme'nin 24. maddesi uyarınca E.A. ve U.A.'nın olabilecek en iyi sağlık düzeyine kavuşma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmektedir. Bu hak, kötü muameleye maruz kalmış kişiler için yeterli psikolojik bakımın mevcut olmadığı İtalya'ya geri gönderilmeleri durumunda göz ardı edilecektir. Sınır dışı etme girişimi sırasında E.A. ve U.A.'ya uygulanan muamele, aşağılayıcı muamele teşkil etmektedir. İtalya'ya nakledilme, bu muameleden sonra yeterli psikolojik bakım almalarını engelleyecektir.

3.7 Başvurucu, Sözleşme'nin 37. maddesi uyarınca E.A. ve U.A.'nın insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye karşı korunma hakkının ihlal edildiğini iddia etmektedir. Sınır dışı etme girişiminin gerçekleştirilme şekli, özellikle polis memurlarının çocukları maruz bıraktığı sözlü ve psikolojik taciz olmak üzere aşağılayıcı muamele teşkil etmektedir.

4 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komisyonu Ofisi, "İnsan Hakları Konseyi, yeni İnsan Hakları Yüksek Komiseri'nden bir güncelleme almaktadır", 10 Eylül 2018.

Kabul edilebilirlik ve esas hakkında Taraf Devlet'in görüşleri

4.1 Taraf Devlet, 19 Mart 2018 tarihli görüşlerinde, başvuru sahibi, eşi ve çocukları tarafından 20 Mart 2017'de başlatılan ilk sığınma prosedürünün, İsviçre'den ayrılmak ve geri dönmek için yardımdan yararlanmak istediklerinin beyan edilmesinin ardından kapatıldığını açıklamaktadır. Başvurucu, tercüman eksikliği, Kreuzlingen'den Ticino kantonuna nakledilmeleri ve güvencesiz ve aşağılayıcı buldukları kabul koşulları nedeniyle sığınma başvurularını geri çektiklerini iddia etmiştir.

4.2 23 Mayıs 2018'de, başvuru ve çocukları, İtalyan makamları tarafından Bakü'de verilen ve 15 Mayıs - 8 Haziran 2018 tarihleri arasında geçerli olan vizelerle İtalya'ya gelmiştir. 25 Mayıs 2018'de yeni sığınma başvurusunda bulunduktan sonra, başvuru sahibiyle 4 Haziran 2018'de kişisel profili hakkında kısa bir görüşme yapılmıştır. İtalya'da kimseyi tanımadığı gerekçesiyle İtalya'ya gitmek istemediğini, buna karşın İsviçre'de kendisine yardım edebilecek bir bağlantı ağı olduğunu belirtmiştir. E.A. ve U.A. ile 14 yaşından küçük oldukları için görüşme yapılmamıştır. 13 Haziran 2018'de, Dublin III Tüzüğü'nün 12 (2) maddesine⁵ dayanarak, Devlet Göç Sekreterliği, İtalyan makamlarına başvuru ve çocuklarının sorumluluğunu üstlenmesi için bir talep göndermiştir. 19 Temmuz 2018'de İtalyan makamları, onların bir aile olarak kabul edildiğini ve uygun konutlarda kalacaklarını belirterek, onların sorumluluğunu üstlenmeyi kabul etmiştir. 20 Temmuz 2018 tarihli bir kararla, Devlet Göç Sekreterliği sığınma başvurularını dikkate almamayı seçmiş ve İtalya'ya gönderilmelerine karar vermiştir. 8 Ağustos 2018'de Federal İdare Mahkemesi, başvuru sahibinin bu karara karşı yaptığı itirazı reddetmiştir. Mahkeme, başvuru sahibi ve çocukları Bakü'deki İtalyan konsoloslüğünden vize aldığı ve İtalya onların nakledilmesini kabul ettiği için İtalya'yı sığınma başvurusunu değerlendirmeye yetkili bulmuştur. Mahkeme, Dublin III Tüzüğü'nün 3 (2) maddesinin ikinci alt paragrafının uygulanmasının, İtalya'nın sığınma prosedüründe ve sığınmacıların kabul koşullarında herhangi bir sistemik kusuru olmadığı için gerekçelendirilmediğini kaydetmiştir. Ayrıca İtalya, insan haklarının korunmasına ilişkin çeşitli uluslararası anlaşmalara taraf bir Devlettir. Mahkeme, İtalya tarafından sağlanan garantilerin, işkence veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele riskini ortadan kaldıracak kadar somut ve bireysel olduğuna karar vermiştir. Son olarak Mahkeme, Devlet Göç Sekreterliği'nin, prosedüre ilişkin 11 Ağustos 1999 tarihli ve 1 No.lu İltica

5 Bu hükme göre, "başvuru sahibinin geçerli bir vizeye sahip olması durumunda, vizeyi veren Üye Devlet uluslararası koruma başvurusunun incelenmesinden sorumlu olacaktır".

Yönetmeliğinin 29 (a) (3) maddesi kapsamında ve Dublin III Tüzüğü'nün 17 (1) maddesi ile bağlantılı olarak incelemesi yetkisine girmeyen uluslararası koruma başvurularının işlenmesini haklı kılabilecek insani nedenler olduğunu kabul etmeyi reddederek takdir yetkisini kötüye kullanmadığını tespit etmiştir.

4.3 12 Eylül 2018'deki sınır dışı etme girişiminin ardından, başvuru sahibi Ticino kanton polisinin yabancı uyruklarının geri gönderilmesine ilişkin birimi tarafından sorgulanmıştır.⁶ Başvurucu İtalya'da kimseyi tanımadığı için İtalya'ya giden uçağa binmeyi reddettiğini açıklamıştır. 2 Mart 2019'da başvurucunun eşi İsviçre'ye gelmiş ve sığınma başvurusunda bulunmuştur. Başvurucunun nakil girişimine ilişkin iddiaları, kanton düzeyinde iki meclis usulü talebine ve başvurucunun avukatı tarafından Ticino Kanton Konseyi'ne kanton polisini denetleyen bir rapor sunulmasına yol açmıştır. Kanton Konseyi, 7 Kasım 2018 tarihli cevabında konuyla ilgili görüşlerini belirtmiştir. Tüm sığınma kararlarının Devlet Göç Sekreterliği'nin ve itiraz durumunda Federal İdare Mahkemesi'nin münhasır yetkisine girdiğini hatırlatmıştır. Kanton Konseyi ayrıca, yetkisinin sınırları ve veri koruma ve mesleki gizlilik nedenleriyle, münferit davalar hakkında karar veremeyeceğini, ancak sınır dışı etme kararlarının uygulanma şeklini, başvurucunun davasının ayrıntılarına girmeden belirlediğini kaydetmiştir.

4.4 Taraf Devlet, başvuru sahibinin 12 Eylül 2018 tarihli sınır dışı etme girişimine ilişkin açıklamasına itiraz etmekte ve kanton polisinin ulusal düzeyde belirlenen prosedürlere uygun olarak ve yasallık ve orantılılık ilkelere uygun hareket ettiğini iddia etmektedir. Taraf Devlet, Ticino kanton polisinin yabancı uyrukların ülkelerine geri gönderilmesine ilişkin biriminin 19 Eylül 2018 tarihli raporuna ve Kanton Konseyinin 7 Kasım 2018 tarihli yanıtına atıfta bulunmaktadır.

4.5 Başvurucunun gece transferinin şokuyla ilgili iddialarına ilişkin olarak, Taraf Devlet, transferin yakın olduğu konusunda başvurucunun usulüne uygun olarak bilgilendirildiğini ileri sürmektedir.⁷ Başvurucu, Devlet Göç Sekreterliği tarafından 20 Temmuz 2018 tarihli kararında belirlenen süre içinde İsviçre'den kendi isteğiyle ayrılmadığı için, prosedür hakkında ayrıntılı bilgi vermeden başvurucunun sınır dışı edilmesini organize etmek gerekliydi. Transferin zamanı, Devlet Göç Sekreterliği'nin uzmanlaşmış fe-

6 15 Ekim 2018 tarihli duruşma tutanağı.

7 17 Ağustos 2018'de aile, İtalya'ya nakledilmeyi beklerken Biasca'daki sivil koruma merkezinden Viganello'daki Della Santa misafirhanesine transfer edilmiştir. 23 Ağustos 2018'de, başvurucu ve çocukları, hava yoluyla seyahat etmeye uygunluklarını değerlendirmek için tıbbi muayeneye tabi tutulmuştur.

deral hizmeti olan swissREPAT tarafından rezerve edilen uçuşun saatine bağlıydı. Taraf Devlet, polisin başvuru konakladığı yere konut dokunulmazlığını ihlal eder şekilde girdiğini reddetmektedir. Polis raporuna göre, polis misafirhaneye saat 01.45'te girmiş ve kapıyı çalmıştır. Başvurucu kapıyı açmış ve polis memurları neden orada olduklarını açıklayarak kendilerini tanıtmışlardır. Başvurucu kendi rızasıyla bavulları toplamış ve avukatını arama imkânı bulmuştur.

4.6 Başvurucunun 7 Eylül 2018 tarihli sınır dışı işleminin ertelenmesine ilişkin talebiyle ilgili olarak, Taraf Devlet, kanton yetkililerinin başvuru sahibi tarafından hazırlanan sağlık raporlarını, Devlet Göç Sekreterliği tarafından atanan ve ailenin İtalya'ya sınır dışı edilmesinde herhangi bir kontrendikasyon bulunmadığını tespit eden doktora sunduğunu kaydetmektedir. Raporlar, çocukların sağlıklarının iyi olduğunu ve tıbbi testlerin suççeği bulaşma riski göstermediğini belirtmiştir.

4.7 Taraf Devlet, başvuru polisin çocuklara karşı duyarsız davrandığı, annelerini onların önünde tehdit ettiği ve onlara özel uçuşla bir transferin fotoğrafını gösterdiği yönündeki iddialarına itiraz etmektedir. Kalkış öncesi görüşme sırasında, Zürih havaalanındaki polis, başvuru (çocuklara değil) özel bir uçuşta zorlayıcı önlemlere maruz kalan bir kişinin fotoğrafını göstermiştir. Taraf Devlet, Zürih havaalanındaki polisin, ayrılmayı reddetmeleri durumunda federal protokollerde öngörülen tedbirlerin fotoğraflarını gönüllü geri dönüş uçuşu gerçekleştirmeleri için hazırlanan herkese gösterdiğini belirtmektedir. Bu zorlayıcı önlemler, tarifeli uçuşlarda değil, özel uçuşlarda alınmaktadır. Taraf Devlet, başvuru, çocuklarının istismara veya aşağılayıcı muameleye maruz kaldığı iddiasını reddetmektedir.

4.8 Taraf Devlet, Seçmeli Protokol'ün 7 (e) maddesini ileri sürerek, başvuru nun kabul edilebilirliğine itiraz etmektedir. Başvurucunun 31 Temmuz 2018'de Federal İdare Mahkemesi'ne sunduğu itiraz başvurusunda, ailenin İsviçre'de geçirdiği süreye, İsviçre'de kurulan bağlara, Bakü'de vize alırken iddia edilen usuli kusura, başvuru sağlık sorunlarına ve İtalya'daki kabul koşullarına atıfta bulunmaktadır. Çocukların yüksek yararına kısaca değinilmiş olsa da 12 Eylül 2018 tarihinde sınır dışı edilmeye çalışıldığına, özellikle de E.A. ve U.A.'nın maruz kaldığı aşağılayıcı muameleye ilişkin iddialar, ulusal makamlar önünde gündeme getirilmemiştir. Başvuru sahibi, bu şikâyeti takip etmek için cezai takibat da dahil olmak üzere kendisine sunulan hukuk yollarını kullanmamıştır. Taraf Devlet, Federal İdare Mahkemesi'nin 8 Ağustos 2018 tarihli kararından sonra psiko-

terapistler tarafından düzenlenen sağlık belgelerini ve raporlarını, ulusal makamların dikkate alma imkânına sahip olmadığını vurgulamaktadır. Sonuç olarak, Taraf Devlet, 12 Eylül 2018 tarihli sınır dışı girişimiyle ilgili olarak Sözleşme'nin 2, 3, 6 (2) ve 22. maddelerinin ve ayrıca 24 ve 37. maddelerinin ihlal edildiğine ilişkin iddiaların iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez olduğu kanaatindedir.

4.9 Taraf Devlet ayrıca, açıkça asılsız veya yeterince kanıtlanmamış tüm başvurular için geçerli olan Seçmeli Protokol'ün 7 (f) maddesi uyarınca başvurunun kabul edilemez olarak ilan edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

4.10 Taraf Devlet, Sözleşme'nin doğrudan uygulanabilir olan ve ihlal edildiği iddia edilebilecek hükümleri ile olmayanlar arasında bir ayırım yapılması gerektiğini düşünmektedir.⁸ Doğrudan uygulanabilir hükümler, koşulsuz ve yeterince açık ve belirli bir davada olduğu gibi uygulanabilecek kadar kesin olan hükümlerdir. Diğer hükümler "genel programlar" içerir ve Taraf Devletlere önemli manevra alanı bırakmaktadır. Bu tür hükümler genellikle bir çocuğun özel "hakkının" tanınması şeklinde formüle edilmektedir. Ancak, bu "hakların" yetkililere karşı makul bir talep için temel oluşturup oluşturamayacağı, her şeyden önce bir ulusal hukuk sorunudur.

4.11 Sözleşme'nin 2 (2) maddesi ile ilgili olarak, Taraf Devlet, bu hükmün doğrudan uygulanabilir olmadığı ve bireylerin talep edebileceği herhangi bir hak sağlamadığı kanaatindedir. Taraf Devlet, başvuruçunun bu yönde herhangi bir iddia sunmadığı göz önüne alındığında, bu hükmün ihlal edilmediğini ileri sürmektedir. Taraf Devlet, Komite'nin ayrımcılık yasasının herkes için aynı muamele anlamına gelmediğini kabul ettiği 2003 tarihli ve 5 no.lu genel yorumuna atıfta bulunmaktadır.

4.12 Taraf Devlet, Sözleşme'nin 3. maddesinin, yasaların yürürlüğe girmesi ve yorumlanmasında uyulması gereken yol gösterici bir ilke oluşturduğunu, ancak herhangi bir öznel hak tesis etmediğini kaydetmektedir. Taraf Devlet, ulusal makamların yerine iç hukuku yorumlamanın ve olayları ve kanıtları değerlendirmenin Komite'nin görevi olmadığını eklemektedir.⁹ Devlet Göç Sekreterliği ve Federal İdare Mahkemesi, başvuru sahibi ve çocukları E.A. ve U.A.'nın durumunu incelemiş ve İsviçre'de kalma istek-

8 Taraf Devlet, 11 Ekim 1996 tarihli (CRC/C/58) Sözleşme'nin 44 (1) (b) maddesi uyarınca Taraf Devletler tarafından sunulacak periyodik raporların şekli ve içeriğine ilişkin genel kılavuzun orijinal versiyonunda Komite'nin Sözleşmenin tüm hükümlerinin doğrudan uygulanabilir olmadığını kabul ettiğini ileri sürmektedir.

9 C.E. v. Belçika (CRC/C/79/D/12/2017), parag. 8.4.

lerinin, hangi Devletin sığınma başvurularını incelemeye yetkili olduğunun belirlenmesini etkilemediğini kaydetmiştir. Devlet Sekreterliği ve Mahkeme, İtalya'nın sığınma prosedüründe ve sığınmacıların kabul koşullarında insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele riski doğuracak sistemik kusurları olmadığını kaydetmiştir. Sonuç olarak, Dublin III Tüzüğü'nün 3 (2) maddesinin ikinci alt paragrafının uygulanması gerekçelendirilmemiştir. İsviçre makamları, İtalya'nın sağladığı garantilerin yeterince somut ve bireysel olduğunu ve İtalya'nın aileyi barındırma, ona yeterli barınma garantisi verme ve birliğini koruma becerisini sorgulayacak özel bir kanıt bulunmadığını tespit etmiştir. Devlet Göç Sekreterliği, ailenin İtalya'da Mülteciler ve Sığınmacılar için Koruma Sisteminden yararlanabileceğini kaydetmiştir. Mahkeme ayrıca bu noktayı incelemiş ve Devlet Sekreterliğinin, 11 Ağustos 1999 tarihli ve 1 no.lu Kararın 29 (a) (3) maddesi kapsamında insani gerekçeler olduğunu kabul etmeyi reddederek takdir yetkisini kötüye kullanmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme, başvuranların, İtalya'nın koruma başvurularıyla ilgili sorumluluğu üstlenmeye ve prosedürü tamamlamaya istekli olmayacağını veya İtalya'nın geri göndermeme ilkesine saygı göstermediğini belirtmediğini kaydetmiştir. Mahkeme İtalya'ya nakledilmenin, başvuranları asgari geçim koşullarından yoksun kalma ve onursuz yaşam koşullarına maruz kalma riskine maruz bırakacağına dair hiçbir kanıt bulunmadığı sonucuna varmıştır. Devlet Göç Sekreterliği ve Federal İdare Mahkemesi, 2013/33/EU sayılı Direktif uyarınca İtalya'nın başvuru sahiplerine acil bakım ve hastalıkların ve ciddi zihinsel bozuklukların temel tedavisini içeren gerekli sağlık bakımını sağlaması gerektiğini hatırlatmıştır. İtalya'nın çocuklara ve annelerine tıbbi bakım sağlamayı reddedeceğini gösteren hiçbir kanıt bulunmamıştır. Mahkeme, bir tıp doktoru tarafından düzenlenmeyen 31 Temmuz 2018 tarihli raporu dikkate almıştır. Mahkeme, dosyanın, ilgili kişilerin İtalya'ya nakledilemeyecek kadar ciddi sağlık sorunları yaşadıklarına dair somut ve sağlam temellere dayanan herhangi bir belirti içermediğini tespit etmiştir. Mahkeme dosyanın, başvuruçunun veya çocuklarının herhangi bir psikiyatrik bakıma ihtiyacı olduğunu belirtmediğini kaydetmiştir. Geri dönenlerin ihtiyaç duyduğu herhangi bir tıbbi tedaviye ilişkin bilgileri İtalyan makamlarına iletmenin sınır dışı işlemini gerçekleştirmekten sorumlu İsviçre makamlarına ait olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, başvuruçunun, İtalya'ya naklin İşkence veya Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal edeceğini veya İtalya'nın çocuklara doğru gelişimleri için gerekli koruma ve bakımı sağlama yükümlülüğünü ihlal edeceğini kanıtlayacak herhangi bir ciddi kanıt sağlamadığı sonucuna varmıştır. Başvu-

rucunun iddialarının aksine, Devlet Sekreterliği ve Mahkeme, Dublin III Tüzüğü'nün egemenlik hükmünün uygulanma olasılığını değerlendirmiştir. Devlet Sekreterliği, çocukların İsviçre ile özel bir bağı olmadığına tespit etmiştir. Devlet Sekreterliği'nin kararı sırasında orada iki aydan daha az bir süredir yaşıyor olmuşlardı ve İsviçre'deki önceki kalışları sadece sekiz ay olmuştu. Ulusal makamlar, çocukların yararlarını dikkate alarak başvuruların özel durumlarını incelemeye devam etmiştir.¹⁰ Hiçbir şey, davanın ulusal makamlar tarafından değerlendirilmesinin keyfi olduğunu veya adaletin reddi anlamına geldiğini veya bu değerlendirmede çocukların yüksek yararlarının dikkate alınmadığını göstermemektedir.¹¹ Bu koşullar altında, Taraf Devlet, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında ileri sürülen iddiaların açıkça temelsiz olduğu kanaatindedir.

4.13 Başka bir deyişle, Taraf Devlet, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği iddiasına itiraz etmektedir. Mevcut başvuru ile bir kızın Puntland'a sınır dışı edilmesi durumunda kadın sünneti riskini değerlendirirken çocuğun yüksek yararının dikkate alınmaması nedeniyle Komite'nin 3. maddenin ihlal edildiğine karar verdiği dava arasındaki farkı vurgulamaktadır.¹² Taraf Devlet, bir sınır dışı etme uygulamasının önündeki engeller değerlendirilirken çocuğun yüksek yararının İsviçre içtihat hukukunun büyük önem verdiği bir ilke olduğuna işaret etmektedir. Bu ilke, şayet küçük İsviçre'ye iyi bir şekilde entegre olmuşsa, özellikle kurulan ilişkiler (yakınlık, yoğunluk, süre), gelişiminin aşaması ve prognozu ve ev sahibi ülkedeki eğitiminin bir sonucu olarak, küçüğün sınır dışı edilmesinin uygulanamaz olarak değerlendirilmesine yol açabilmektedir. Mevcut davada, E.A. ve U.A.'nın İsviçre'ye iyi bir şekilde entegre olmaları veya gelişimleri için önemli veya belirleyici olan ilişkiler geliştirmeleri söz konusu değildir. Federal İdare Mahkemesinin kararı sırasında çocuklar sırasıyla 8 ve 3 yaşındaydı. Uyumlu gelişimlerinin ve eğitimlerinin dayandığı ana referans kişisi anneleridir. Devlet Göç Sekreterliği, küçük çocukları olan aileleri ancak İtalyan makamlarından bireysel garantiler verilmişse İtalya'ya transfer etmektedir. İtalyan makamları, ilgili kişilere çocukların yaşlarına uygun bakım sağlanacağına ve aile birliğinin korunacağına dair güvence vermişlerdir. Başvurucu ve çocukları İtalya'da hiçbir zaman kalmadıkları için o ülkeye geri gönderilmeleri halinde Sözleşme'nin ihlal edilme risklerine ilişkin iddiaları farazidir. Ticino kanton polisinin yabancı uyrukluların ülkelerine geri gönderilmesi birimi

¹⁰ C.E. v. Belçika, parag. 8.5.

¹¹ A.Y. v. Danimarka (CRC/C/78/D/7/2016), parag. 8.10.

¹² K.Y.M. v. Danimarka (CRC/C/77/D/3/2016).

tarafından 15 Ekim 2018'de yapılan sorguda, başvurucunun İtalya'ya nakledilmeyi reddetmesinin tek gerekçesi, orada kimseyi tanımamasıydı. Taraf Devlet, eğer E.A. ve U.A. İtalya'nın kendilerine yardım sağlama yükümlülüğünü ihlal ettiğini düşünürlerse, onların haklarını doğrudan İtalyan makamlarına karşı ileri sürmeleri gerektiğini savunmaktadır.

4.14 Sözleşme'nin 6 (2) maddesi ile ilgili olarak, Taraf Devlet, bu hükmün çok geniş terimlerle formüle edildiğini ve fazlasıyla program niteliğinde bir yapıya sahip olduğunu vurgulamaktadır. Taraf Devlet, başvurucunun İtalya'ya nakledilme girişimine ilişkin iddialarının açıkça asılsız olduğunu düşünmektedir. Başka bir deyişle başvuru sahibi Sözleşme'nin 6 (2) maddesinin ihlalini destekleyecek herhangi bir ek kanıt sağlamadığı sürece, böyle bir ihlal iddiasında bulunamaz.

4.15 Sözleşme'nin 12. maddesinin iddia edilen ihlali ile ilgili olarak, Taraf Devlet, Federal İdare Mahkemesi'nin içtihadına atıfta bulunur; buna göre, bu hüküm çocuklara onları etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada sözlü ve bizzat dinlenilme hakkını koşulsuz olarak vermemektedir. Yalnızca çocukların görüşlerini uygun bir şekilde, örneğin temsilcilerinin yazılı bir beyanı ile bildirebilmelerini sağlar. Çocuğa, ancak çocuğun muhakeme yeteneği, diğer bir deyişle sığınma prosedürünün anlamını ve amacını anlama ve zulüm riski ile karşı karşıya kalmalarının nedenlerini açıklama yeteneği ve olgunluğu varsa, 26 Haziran 1998 tarihli ve 142.31 no.lu Sığınma Yasası uyarınca bir duruşmada görüşünü ifade etme imkânı verilmelidir. Devlet Göç Sekreterliği uygulamasına göre, çocukların ayırt etme kapasitesi 14 yaşından itibaren varsayılabilir. Devlet Sekreterliğinin kararı sırasında E.A. ve U.A. sadece 8 ve 3 yaşındaydılar. Ayrıca reşit olmadıkları için annelerinin mülteci başvurusuna dahil edilmektedirler. Yaşları çok küçük olduğu için, çocukların sözlü olarak dinlenmesi ve yazılı olarak ayrı ayrı dinlenme hakkının verilmesi gerekli değildi. Ayrıca, başvurucu, Devlet Sekreterliği'nin onlara başvurucunun anladığı şekilde dinlenilme hakkı vermiş olması durumunda E.A. ve U.A.'nın ortaya koyabileceği olayları veya unsurları belirtmemektedir. Bu nedenle, başvurucunun ve avukatının, Sözleşme'nin 12. maddesi uyarınca çocukların dinlenilme hakkının kullanılabilmesini sağlayabildiğini gösteren her türlü belirti mevcuttur. Bundan, Sözleşme'nin 12. maddesinin ihlal edildiği iddiasının açıkça dayandıktan yoksun olduğu veya alternatif olarak, bu hükmün ihlal edilmediği sonucu çıkmaktadır.

4.16 Taraf Devlete göre, Sözleşme'nin 22. maddesi program niteliğinde yükümlülükler getirmektedir. Başvurucunun bu maddenin ihlaline ilişkin

iddiaları, 3. maddenin ihlal edildiğine ilişkin iddialarıyla aynı nedenlerle açıkça temelsizdir. Alternatif olarak, Taraf Devlet, başvurunun İtalya’da gerekli koruma ve yardımı almayacağına dair korkularının farazi düşüncelere dayandığını belirtmektedir. Başvurucu genel itibarıyla İtalya’ya sınır dışı edilmenin Sözleşme’nin 22. maddesini ihlal edeceğini iddia etmektedir, ancak bu, o maddenin ihlalini tespit etmek için yeterli değildir.

4.17 Sözleşmenin 24. maddesine gelince, Federal Konseye göre bu hüküm “çocuk sağlığını geliştirmeye yönelik programlara ilişkin talimatlar” içermektedir. Başvurucunun, İtalya’ya sınır dışı edilme girişimi sırasında çocukların maruz kaldığı iddia edilen aşağılayıcı muamelenin ardından İtalya’ya sınır dışı edilmenin yeterli psikolojik tedaviyi engelleyeceği yönündeki iddiasına ilişkin olarak, Taraf Devlet, iç hukuk yollarının tüketilmediğine ve başvuru sahibinin sınır dışı etme girişimine ilişkin iddialarının açıkça dayanaktan yoksun doğasına ilişkin görüşlerini yinelemektedir. Alternatif olarak, Taraf Devlet, bu maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmaktadır.

4.18 Sözleşme’nin 37. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla ilgili olarak, Taraf Devlet, başvurunun asılsız doğasına ilişkin görüşlerine atıfta bulunmaktadır. Alternatif olarak, bu maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmaktadır.

Taraf Devlet’in görüşleri hakkında başvurunun yorumları

5.1 28 Ağustos 2019 tarihli yorumlarında başvuru, mevcut tüm iç hukuk yollarını tükettiğini belirtmektedir. Federal İdare Mahkemesi, Devlet Göç Sekreterliği’nin 20 Temmuz 2018 tarihli kararına itiraz edebileceği en yüksek mahkemeydi. 31 Temmuz 2018 tarihli Mahkemeye yaptığı itiraz başvurusunda, başvuru sahibi, çok savunmasız aile çekirdeğinin yararına Dublin III Tüzüğü’nün egemenlik hükmünün uygulanmadığına dikkat çekmiştir. Bu hükmün, menşe ülkeleri dışında tek destek kaynakları İsviçre’de olan ve halihazırda ciddi travma yaşamış küçükler lehine uygulanmaması, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele teşkil etmektedir. Taraf Devlet, İtalya’ya sınır dışı edilmelerinin E.A. ve U.A. üzerindeki duygusal ve psikolojik yansımalarını hesaba katmadığı andan itibaren E.A. ve U.A.’nın huzurunu ihlal etmiştir.

5.2 10 Aralık 2018 tarihinde başvuru, 12 Eylül 2018’deki nakil koşullarıyla ilgili Ticino Kanton Konseyi’ne bir şikayet ve Ticino Büyük Konseyi’ne bir dilekçe sunmuştur. Başvurucu, sınır dışı etmenin uygulanabilirliğini ve fizibilitesini değerlendirmenin Devlet Göç Sekreterliği’nin sorumluluğunda olmasına rağmen, bu tür bir değerlendirmenin yalnızca sınır dışı edilen ül-

kedeki asgari kabul garantileri ile ilgili olduğunu, ancak gerçekleştirilecek sınır dışı edilmenin şekliyle ilgili olmadığını ileri sürmektedir. Ancak başvuru, başvurunun 12 Eylül 2018 tarihli sınır dışı etme girişimine değil, Devlet Sekreterliği'nin E.A. ve U.A.'nın refahını ve yüksek yararını dikkate almadan Dublin III Tüzüğü'nü uygulama kararına dayandığını vurgulamaktadır.

5.3 Başvurucu, taraf Devletin, sığınma makamlarına sağlık raporlarını inceleme imkânı verilmediğine ilişkin iddiasına itiraz etmektedir. 7 Eylül 2018 tarihinde sağlık raporlarının alınmasının ardından, başvuru sahibi bunları Devlet Göç Sekreterliği'nin emriyle sınır dışı etme konusunda kanton düzeyinde yetkili kuruluş olan Göç Bürosu'na göndermiştir.

5.4 Başvurucu, Sözleşme'nin bazı hükümlerinin doğrudan uygulanabilir olmadığını kabul etmektedir. Ancak, Taraf Devletin, Sözleşme'nin bir normunun dolaylı olarak uygulanabilirliğinin, Komite önünde ihlal edildiğini iddia etmek için bir neden olmadığı yönündeki iddiasını kesinlikle mantıksız bulmaktadır.

5.5 Başvurucu, Taraf Devletin, başvurusunun dayanaktan yoksun olduğu iddiasına itiraz etmektedir. Başvurucu 12 Eylül 2018 tarihli sınır dışı edilmenin başvurunun tek nedeni olmadığını açıklamaktadır. Başvurucu taraf Devlet tarafından atıfta bulunulan ve taraflı olduğunu iddia ettiği polis raporunda yer alan olaylara itiraz etmektedir. Taraf Devletin iddialarını Kanton Konseyi'nin cevabına dayandıramayacağını, çünkü bunun kendi özel davasını ilgilendirmeyen genel bir metin olduğunu düşünmektedir. Kanton Konseyi'nin cevaplarının ilgili birimler tarafından, bu durumda polis tarafından yazıldığını da eklemektedir.

5.6 Başvurucu, 17 Ağustos 2018'de ailesinin Biasca'daki sivil koruma merkezinden, yapısı kabul için yeterli görülmeyen bir "sığınak"tan Viganella'daki Della Santa misafirhanesine nakledildiğini belirtmektedir. SOS-Ticino derneği, E.A.'nın okul kaydını hazırlamıştır. Ailenin İtalya'ya naklini beklemesi gerektiği halde, sığıntıktan taşınan, misafirhaneye yerleşen ve okula kaydolun E.A. ve U.A., bunun geçici bir durum olduğunu anlayamazlardı.

5.7 Bir tercüman aracılığıyla kimsenin aileye sınır dışı işlemini bildirmemesi nedeniyle başvuru, polisin 12 Eylül 2018 gecesi Della Santa misafirhanesine gelişinin beklenmedik bir şey olduğu konusunda ısrar etmektedir. Aile, E.A.'nın okula kaydolması ve ilk gününe katılması sebebiyle İsviçre'de kalmalarının uzun süreceğine inanmıştır. Polis memurları neler olacağını

İtalyanca olarak açıklamalarına rağmen, başvuru ne dediklerini tam olarak anlayamamıştır ve kendini ifade etmekte zorlanmıştır. Başvurucunun avukatı polise başvuruçunun uçağa binmeyi reddettiğini ve tıbbi gerekçelerle uçuşun askıya alınmasının talep edildiğini bildirmiştir. Bu nedenle, taraf Devletin, başvuruçunun bavullarını kendi isteğiyle topladığı iddiası “tamamen bir yalandır”. Başvuruçunu, polisin kaldığı yere zorla girmiş olduğunu iddia etmediğine dikkat çekmektedir. İnsanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye, gecenin bir yarısı uyandırılmanın şoku, ailenin kişisel eşyalarını toplama zorunluluğu ve polisle başvuruçunun arasındaki tartışmaların tercüman olmadan ve korkmuş iki çocuğun varlığında meydana gelmesi neden olmuştur. Başvuruçunu ve çocuklarının belirlenen süre içinde İsviçre’den ayrılmadıkları doğrudur, ancak bu süreden sonra İsviçreli yetkililerin onlara yeni bir yer tahsis ettiği ve E.A.’yı okula kaydettirdiği de aynı derecede doğrudur.

5.8 Başvuruçunu, ne polis raporunda ne de Taraf Devlet’in görüşlerinde çocukların korktuklarını ve ağladıklarını ya da Zürih havaalanındaki polisin, annesi ve polis arasındaki tartışma sırasında korkudan ağlayan E.A.’ya bir fotoğraf gösterdiği gerçeğinden bahsetmesinden üzüntü duymaktadır. Taraf Devlet’in, çocukların annelerinin tepkisini gördüklerinde korktuklarına ilişkin iddiası, çocukların, annelerinin uçağa binmeyi reddetmesi nedeniyle ellerinden alınabileceğinden endişe duyması anlamında nitelenmelidir. Yaşadıkları psikolojik baskı ve korku, E.A.’nın annesine uçağa binmesini söylemesine neden olmuştur. Başvuruçunu, Ticino’ya trenle dönmeyi seçme kararına ilişkin Taraf Devletin görüşlerinin tamamına itiraz etmektedir.

5.9 Başvuruçunu, ulusal makamların E.A. ve U.A.’nın savunmasızlığını dikkate almayarak ve Dublin III Tüzüğü’nü en kısıtlayıcı şekliyle, yani egemenlik hükmünü uygulamayarak Sözleşme’nin 2 (2) maddesini göz ardı ettiğini ileri sürmektedir. Başvuruçunu, Devlet Göç Sekreterliği’nin mevcut vakayı dikkate almak yerine konuyu genelleştirerek onun vakasını dikkate almama kararında ayrımcı bir şekilde hareket ettiğini ileri sürmektedir.

5.10 Sözleşme’nin 3. ve 22. maddelerine atıfta bulunarak başvuruçunu, İsviçre makamlarının, yaşadıkları travmayı ve Ticino’da tanıştıkları kişilerle olan bağlarını göz önünde bulundurmadıkları için E.A. ve U.A.’nın yüksek yararını dikkate almadıklarını belirtmektedir. Başvuruçunu, Federal İdare Mahkemesi’nin İtalya’daki sığınma prosedürü ve kabul koşullarında herhangi bir sistematik kusur bulunmadığına ilişkin varsayımına itiraz etmektedir. İtalyan makamlarının sığınmacıları bir aile çekirdeği olarak gördüğü ve onların birliğini garanti ettiği şeklindeki salt varsayım, E.A. ve U.A.’nın tüm yararlarını dikkate almayan asgari bir garantidir. Başvuruçunu,

Devlet Göç Sekreterliği'nin sınır dışı kararına karşı yaptığı itiraz başvurusunda, İtalya'nın, çocuklarının gerçek anlamda korunmasını engelleyecek sistemsel eksiklikleri olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu, Taraf Devletin, İtalya'nın ciddi akıl hastalıkları ve sorunları için gerekli tedaviyi sağlayabileceği iddiasına itiraz etmektedir. Ulusal makamların başvuru ve çocuklarının ciddi sorunlar yaşamadıklarını ve İtalya'ya nakledilebileceklerini iddia etmek için 31 Temmuz 2018 tarihli rapora dayanmaları, söz konusu çıkarları hiçbir şekilde tartmadıklarını göstermektedir. Başvurucu, ailesinin Mülteciler ve Sığınmacılar için Koruma Sistemi kapsamında İtalya'da barındırılabilirliğine itiraz etmektedir. İtalyan Hükümeti, Sistemi bozan bir yasa çıkarmıştır: İtalyan televizyonu sokaklarda evsiz aileleri göstermeye devam etmektedir. Federal İdare Mahkemesi itiraz başvurularında belirtildiği gibi, Mülteciler ve Sığınmacılar için Koruma Sistemi kapsamındaki projeler kâğıt üzerinde mükemmel olsa da uygulanması söz konusu olduğunda başarısızdır. 2018 yılında İçişleri Bakanlığı, insani korumayı yürürlükten kaldıran *decreto sicurezza* adlı bir kanun hükmünde kararname yayımlamıştır. Kararname, 60.000 yabancı uyruklunun Mülteciler ve Sığınmacılar için Koruma Sisteminden çıkarılmasıyla sonuçlanmıştır. Başvurucu, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmesinin, İsviçre makamlarının İtalya'ya sınır dışı edilmenin E.A ve U.A.'yı referans noktalarını ve önemli kişisel ilişkilerini kaybedecekleri ve bir değişikliğe daha uğramak zorunda kalacakları ölçüde travmatize edeceğini düşünmemelerinden kaynaklandığını iddia etmektedir. Başvurucu, E.A.'nın İsviçre'de okula gittiği 10 ay boyunca çocuklarının önemli bir ilişki kurmadığı iddiasına karşı çıkmaktadır. Başvurucunun İsviçre'ye dönme kararı, yalnızca arkadaş ağı, okul tanıdıkları ve psikolojik destek gibi ailenin oluşturduğu referans noktaları temelinde verilmişti. Yetkililer, başvuru ve ifadelerini, başvuru ve çocuklarının tanıdıklarının ifadelerini veya en önemlisi, İsviçre'de kendilerine bir nebze huzur verecek bir istikrar yeri bulduklarını düşünen iki çocuğun hislerini ve duygularını dikkate almamışlardır. Başvurucu, vizeleri Bakü'deki İtalyan konsolosluğundan almayı seçenin kendisi değil, kaçakçı olduğunu iddia etmektedir. Sınır dışı etme durumunda Sözleşme'nin ihlal edilme riskinin yalnızca çocuklarının İtalya'da nasıl karşılanacağını değil, aynı zamanda referans noktalarını tekrar kaybederek yaşayacakları travmayı da ilgilendirdiğini vurgulamaktadır.

5.11 Yetkililerin sağlık raporlarını ve E.A. ve U.A.'nın başından geçen her şeyden dolayı yaşadıkları stres, korku ve endişeyi dikkate almamaları, Sözleşme'nin 6 (2). maddesi anlamında korumanın reddini teşkil eder ve çocukların gelişimi için zararlıdır.

5.12 Başvurucu, Sözleşme'nin 12. maddesinin ihlal edildiği iddiasının yalnızca E.A. ve U.A.'nın Devlet Göç Sekreterliği tarafından dinlenmediği gerçeğiyle değil, aynı zamanda, avukatları ve anneleri tarafından bildirildiği üzere, Devlet Sekreterliği'nin, tanıdıkları insanlardan oluşan destek ağından ötürü kendilerini orada güvende hissettikleri için İsviçre'de kalma isteklerini dikkate almadığı gerçeğiyle de ilgili olduğunu ileri sürmektedir. Devlet Sekreterliği, E.A. ve U.A.'nın yararlarının nasıl değerlendirildiğini ve tartışıldığını belirtmemektedir.

5.13 Sözleşme'nin 22. maddesine ilişkin olarak, başvuru, taraf Devletin E.A. ve U.A.'yı korumak için elinden gelen her şeyi yapmadığı kanaatinde. Taraf Devlet, soğukkanlılıkla onları İtalya'ya geri göndermeye karar verdiğinde onların ruh hallerini, korkularını, endişelerini ve umutlarını hesaba katmamıştır.

5.14 Başvurucu, Devlet Sekreterliği, polis ve yargı makamlarının, Sözleşme'nin 24. maddesi kapsamında E.A. ve U.A.'nın sağlık hakkını ve fiziksel ve zihinsel esenliğini etkin bir şekilde güvence altına almak için iç hukuk kurallarını yorumlamada ve uygulamada başarısız olduğunu iddia etmektedir.

5.15 Başvuru sahibi, Sözleşme'nin 37. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla ilgili olarak, Taraf Devletin E.A. ve U.A.'yı insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye maruz bıraktığını yinelemektedir. Başvurucu İsviçre'ye ilk girişleri sırasında, E.A. ve U.A.'nın, ebeveynlerinin maruz kaldığı zulüm nedeniyle ülkelerinden kaçtıklarına dikkat çekmektedir. İsviçre'ye vardıklarında çocuklar, ebeveynlerinin gördüğü muamele nedeniyle psikolojik stres yaşamışlardır. Babalarının kayboluşunu deneyimledikleri kendi ülkelerine dönmüşler ve İsviçre'ye kendilerine bir dereceye kadar istikrar sağlayabilecek birkaç kişi bulma umuduyla ikinci bir kaçış yaşamışlardır. Ancak İtalya'ya geri gönderilmek üzere Zürih havaalanına "transfere" tabi tutulmuşlardır.

5.16 Başvurucu, Komite'ye U.A. anaokuluna kaydolurken E.A.'nın okula gittiğini bildirmiştir. Onların babası İsviçre'ye gelmiş ve ailesiyle birlikte sığınmacılar için bir merkezde yaşamaktadır.

Komite önündeki meseleler ve işlemler

Kabul edilebilirlik değerlendirmesi

6.1 Bir başvuruda yer alan herhangi bir iddiayı değerlendirmeden önce, Komite, Seçmeli Protokol kapsamındaki usul kurallarından 20. kurala uygun olarak, başvurunun Seçmeli Protokol kapsamında kabul edilebilir olup olmadığına karar vermelidir.

6.2 Komite, Taraf Devletin, başvuru tarihli sınır dışı etme girişimiyle ilgili iddialarına ilişkin olarak mevcut tüm iç hukuk yollarını tüketmediği yönündeki iddiasını dikkate almaktadır. Komite, başvuru tarihli sınır dışı edilmeye çalışıldığı sırada polisin eylemleri hakkında kanton yetkililerine -Ticino kantonu hükümeti ve parlamentosuna- şikayette bulunduğunu, ancak yasal işlem başlatmadığını kaydetmektedir. Buna göre Komite, 12 Eylül 2018 tarihli sınır dışı edilme teşebbüsüne ve bunun E.A. ve U.A.'nın sağlığı üzerindeki sonuçlarıyla ilgili Sözleşme'nin 2., 3., 6 (2), 24. ve 37. maddelerine ilişkin iddiaların Seçmeli Protokol'ün 7(e) maddesi uyarınca kabul edilemez olduğu sonucuna varmaktadır.

6.3 Komite, başvuru sahibinin İsviçre'de ilk kalışı sırasında ailesinin kabul koşullarıyla ilgili olarak Sözleşme'nin 37. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin iddiasını dikkate almaktadır. Bununla birlikte, bu koşullara İsviçre makamları önünde itiraz edildiğinin başvurudan anlaşılmadığına dikkat çekmektedir. Bu nedenle, bu iddianın Seçmeli Protokol'ün 7 (e) maddesi uyarınca da kabul edilemez olduğu sonucuna varmaktadır.

6.4 Komite, başvuru tarihli Devlet Göç Sekreterliği'nin E.A. ve U.A.'nın savunmasızlığını dikkate almaması nedeniyle, Taraf Devletin Sözleşme'nin 2. maddesinde belirtilen haklara saygı gösterme yükümlülüğünü ihlal ettiği yönündeki iddiasını dikkate almaktadır. Ayrıca, başvuru tarihli Devlet Sekreterliğinin Sözleşme'nin 2 (2). maddesinde yasaklandığı üzere E.A. ve U.A.'ya karşı ayrımcılık yaptığı iddiasını da dikkate almaktadır. Ancak Komite, başvuru tarihli şikayetleri, iddia edilen ayrımcılığın temelini açıklamadan çok genel bir şekilde dile getirdiğini kaydetmektedir. Bu nedenle Komite, bu iddiaların Seçmeli Protokol'ün 7 (f) maddesi uyarınca açıkça asılsız ve kabul edilemez olduğunu beyan etmektedir.

6.5 Komite, Taraf Devletin, Sözleşme'nin 2 (2), 3., 6 (2), 22. ve 24. maddelerinin hükümlerinin, ihlalleri Komite önünde ileri sürülebilecek olan özel haklar için bir temel sağlamadığı yönündeki iddialarını dikkate almaktadır. Bu bağlamda, Komite, Sözleşme'nin, tüm çocukların zihinsel ve fiziksel yeteneklerini, kişiliklerini ve yeteneklerini mümkün olan en geniş ölçüde geliştirmelerini sağlayan tüm hakların (medeni, siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel) karşılıklı bağımlılığını ve eşit önemini tanıdığını hatırlatmaktadır.¹³ Ayrıca, Sözleşme'nin 3. maddesinde güvence altına alınan çocuğun yüksek yararının, aynı zamanda maddi bir hak, yorumlayıcı bir ilke ve bir usul

13 Çocuk Hakları Komitesi, 2013 tarihli ve 15 no.lu genel yorumu, parag. 7.

kuralı olan üçlü bir kavram olduğunu hatırlatmaktadır.¹⁴Komite, Seçmeli Protokol'ün 5 (1) (a) maddesi uyarınca bireysel başvuruların, Sözleşme'de belirtilen haklardan herhangi birinin o Devlet tarafından yapılan bir ihlalin mağduru olduğunu iddia eden bireyler veya bireylerden oluşan gruplar tarafından veya onlar adına Sözleşme'ye taraf bir Devlet aleyhine sunulabileceğini kaydetmektedir. Buna göre, Komite, Seçmeli Protokol'ün 5 (1) (a) maddesinde, bireysel başvuru prosedüründe ihlali ileri sürülebilecek haklara sınırlı bir yaklaşım öneren hiçbir şey bulunmadığı kanaatindedir. Komite ayrıca geçmişte bireysel başvuru mekanizması kapsamında ileri sürülen maddelerin iddia edilen ihlallerine ilişkin karar verdiğini hatırlatmaktadır.¹⁵

6.6 Komite, başvurucunun, E. A. ve U.A'nın kötü muameleye maruz kalan kişiler için yeterli ve gerekli psikolojik bakımı İtalya'da almayacağına ilişkin Sözleşme'nin 24.maddesi kapsamındaki iddialarının ikinci sığınma başvurusunun yapılmasından önce yaşanan travma iddiasıyla da ilgili görünmesine rağmen, bu iddiayı destekleyecek herhangi bir kanıt sunmadığı kanaatindedir. Bu nedenle Komite, bu iddianın Seçmeli Protokol'ün 7 (f) maddesi uyarınca açıkça asılsız ve kabul edilemez olduğunu beyan etmektedir.

6.7 Ancak Komite, başvurucunun Sözleşme'nin 3., 12. ve 22. maddeleri kapsamında kalan iddialarını kabul edilebilirlik açısından yeterince temellendirdiği görüşündedir. Buna göre Komite başvurunun bu bölümünü kabul edilebilir ilan etmekte ve esasa ilişkin değerlendirmesine devam etmektedir.

Esasa ilişkin değerlendirmeler

7.1 Komite, mevcut başvuruyu, Seçmeli Protokol'ün 10 (1) maddesi uyarınca taraflarca kendisine sunulan tüm bilgiler ışığında değerlendirmiştir.

7.2 Komite, ulusal makamların değerlendirmeleri açıkça keyfi olmadığı veya adaletin reddi anlamına gelmediği müddetçe, olayları ve kanıtları incelemenin ve iç hukuku yorumlamanın ve uygulamanın ulusal makamlara ait olduğunu hatırlatmaktadır. Bu nedenle, davanın olaylarını ve kanıtları ulusal makamlar yerine değerlendirmek Komite'nin görevi değildir, ancak bunların değerlendirmesinin keyfi veya adaletin reddi anlamına gel-

¹⁴ Çocuk Hakları Komitesi, 2013 tarihli ve 14 no.lu genel yorum, parag. 6.

¹⁵ *M.T. v. İspanya* (CRC/C/82/D/17/2017), parag. 12.5; *C.R. v. Paraguay* (CRC/C/83/D/30/2017), parag. 7.5; ve *J.A.B. v. İspanya* (CRC/C/81/D/22/2017), parag. 12.5.

memesini ve yapılan değerlendirmede çocukların yüksek yararının birincil öncelik olmasını sağlamak Komite'nin görevidir.¹⁶

7.3 Komite, başvuruçunun, ulusal makamların E.A. ve U.A.'yı dinlemediği ve yargılamalar sırasında sunulan raporları ve tanıklıkları dikkate almadığı için Taraf Devletin Sözleşme'nin 12. maddesini ihlal ettiği yönündeki iddiasını dikkate almaktadır. Komite, Taraf Devlet'in, E.A. ve U.A.'nın küçük yaşları nedeniyle dinlenilmediği, çocukların yararlarının annelerinkininkile örtüştüğü ve anneleri ve avukatları aracılığıyla dinlenilme haklarını kullanabilecekleri yönündeki savlarını dikkate almaktadır. Komite, Sözleşme'nin 12. maddesinin, doğrudan veya bir temsilci aracılığıyla çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun dinlenilme hakkını güvence altına aldığını kaydetmektedir. Bununla birlikte, bu maddenin, çocuğun görüşlerini ifade etme hakkına herhangi bir yaş sınırı uygulamadığına ve Taraf Devletleri, çocuğu etkileyen her konuda çocuğun dinlenilme hakkını kısıtlayacak kanunda veya uygulamada yaş sınırlamaları getirmekten caydırdığına işaret etmektedir.¹⁷ Komite, Taraf Devletin, E.A. ve U.A.'nın, yararlarının annelerinkininkile örtüştüğü için dinlenilmesine ihtiyaç duyulmadığı iddiasına katılmamaktadır. Komite, çocukların yüksek yararının belirlenmesinin, ebeveynlerinin sığınma başvurusunda bulunma nedenlerine bakılmaksızın durumlarının ayrı olarak değerlendirilmesini gerektirdiğini hatırlatmaktadır. Bu nedenle, Komite, mevcut davanın koşullarında, çocukların doğrudan dinlenilmemesinin Sözleşme'nin 12. maddesinin ihlalini oluşturduğu kanaatindedir.

7.4 Komite, başvuruçunun, yetkililerin, çok travmatik koşullar altında iki kez kendi ülkelerinden kaçmak, bir kez üçüncü bir ülkeden geçerek, bir kez doğdukları ülkeye geri dönmek ve başka bir girişimde bulunmak dahil olmak üzere çocukların yaşadıkları travmayı göz önüne almadıkları yönündeki iddiasını dikkate almaktadır. Komite, ulusal yetkililerin, E.A. ve U.A. üzerinde annelerinin yaşadıklarından çok farklı sonuçlar doğurabilecek bu olaylar hakkında çocukları dinlemede başarısız olması sebebiyle çocukların yüksek yararını değerlendirmede gerekli özeni göstermediklerini düşünmektedir.

8. Seçmeli Protokol'ün 10 (5). maddesi uyarınca hareket eden Komite, kendisine bildirilen olayların Sözleşme'nin 3. ve 12. maddelerinin ihlali anlamına geldiği görüşündedir.

¹⁶ C.E. v. Belçika, parag. 8.4.

¹⁷ Çocuk Hakları Komitesi, 2009 tarihli ve 12 no.lu genel yorumu, parag. 21.

9. Sonuç olarak, Taraf Devlet, çocuklarının yüksek yararının öncelikli olarak dikkate alınmasını ve E.A. ve U.A.'nın dinlenilmesini sağlayarak, E.A. ve U.A.'nın sığınma başvurusunu acil olarak işleme koymak için başvuru- rucunun Dublin III Tüzüğü'nün 17. maddesini uygulama talebini yeniden gözden geçirme yükümlülüğü altındadır. Taraf Devlet, çocukların yüksek yararını göz önünde bulundururken, onların varışları ve çevrelerinde, Azerbaycan'da ve İsviçre'deki çoklu değişiklikler nedeniyle yaşadıkları olası travmalar sebebiyle Ticino'da E.A. ve U.A.'nın kurdukları sosyal bağları he- saba katmalıdır. Taraf Devlet ayrıca gelecekte benzer ihlallerin meydana gelmesini önlemek için gerekli tüm adımları atmamakla yükümlüdür. Bu bağ- lamda Komite, Taraf Devlete, çocukların sığınma prosedürleri bağlamında sistematik olarak dinlenmesini ve çocukların geri dönüşüne ilişkin uygu- lanabilir ulusal protokollerin Sözleşme ile uyumlu olmasını sağlamasını tavsiye etmektedir.

10. Seçmeli Protokol'ün 11. maddesi uyarınca Komite, Taraf Devlet- ten en kısa sürede ve 180 gün içinde bu Görüşleri yürürlüğe koymak için attığı adımlar hakkında bilgi almak istemektedir. Taraf Devletten ayrıca, Sözleşme'nin 44. maddesi uyarınca Komite'ye sunduğu raporlara bu tür tedbirler hakkında bilgi eklemesi talep edilmektedir. Son olarak, Taraf Devletten mevcut Görüşleri yayımlaması ve Taraf Devletin resmi dillerinde geniş çapta dağıtması istenmektedir.

Çocuk Hakları
Sözleşmesi

Dağıtım: Genel
30 Kasım 2021
İngilizce
Orijinal Dili: Fransızca

Çocuk Hakları Komitesi

Çocuk Hakları Sözleşmesinin Başvuru Usulüne İlişkin Seçmeli Protokolü Uyarınca Komite'nin 95/2019 No'lu Başvuru ile İlgili Olarak Kabul Ettiği Görüşler^{**},^{**}

<i>Başvurucu</i>	: A.M. (Avukat Boris Wijkström ve Avukat Gabriella Tau tarafından temsil edilmiştir)
<i>İhlal İddiasının Mağduru</i>	: M.K.A.H
<i>Taraf Devlet</i>	: İsviçre
<i>Başvuru Tarihi</i>	: 27 Ağustos 2019
<i>Görüşlerin Kabul Edildiği Tarih</i>	: 22 Eylül 2021
<i>Konu</i>	: Çocuğun ve Annesinin Bulgaristan'a sınır dışı edilmesi
<i>Usuli Meseleler temellendirilmesi</i>	: İç hukuk yollarının tüketilmesi, iddiaların
<i>Esasa İlişkin Meseleler</i>	: Ayrımcılık, çocuğun üstün yararı, çocuğun gelişimi, çocuğu etkileyen idari veya yargısal işlemlerde çocuğun dinlenilme hakkı, göçmen çocuklara uygun koruma ve insani yardım, çocuğun en yüksek düzeyde sağlık hizmetinden yararlanma hakkı, insanlık dışı veya insan haysiyetine aykırı davranış.
<i>Sözleşmenin İlgili Maddeleri</i>	: 2 (2), 3, 6, 7, 12, 16, 22, 24, 27, 28, 29, 37 ve 39
<i>Seçmeli Protokolün İlgili Maddeleri</i>	: 7 (e) ve (f)

* Çeviren: Can Yalçın ARMUTCUOĞLU

* Komitenin sekseninci oturumunda kabul edilmiştir (6- 24 Eylül 2021)

** Başvurunun incelenmesine katılan Komite Üyeleri: Suzanne Aho Assouma, Hynd Ayoubi Idrissi, Rinchen Chopel, Bragi Gudbrandsson, Sopia Kiladze, Gehad Madi, Faith Marshall-Harris, Benyam Dawit Mezmur, Otani Mikiko, Luis Ernesto Pedernera Reyna, Zara Ratou, Aïssatou Alassane Sidikou, Ann Marie Skelton ve Benoit Van Keirsbilck.

1.1 Başvurucu A.M. Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşıdır ve 13 Ocak 1981 doğumludur. Başvurucu, 1 Haziran 2007'de vatansız doğan oğlu M.K.A.H'nin Taraf Devlet ile Bulgaristan arasında akdedilen 21 Kasım 2008 tarihli İzinsiz Kalan Kişilere İlişkin Geri Kabul Anlaşması doğrultusunda Bulgaristan'a iade edilmesi halinde onun Sözleşmenin 2(2), 6, 7, 16, 22, 24, 27, 28, 29, 37 ve 39 hükmü ile güvence altına alınan haklarının ihlal edileceğini iddia etmektedir. Başvurucu ayrıca sığınma işlemleri sırasında M.K.A.H'nin sözleşmenin 3 ve 12. Maddelerinde güvence altına alınan haklarının da ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Başvurucu avukat ile temsil edilmiştir. Seçmeli Protokol, Taraf Devlet bakımından 24 Temmuz 2017'de yürürlüğe girmiştir.

1.2 28 Eylül 2019'da Seçmeli Protokolün m. 6 hükmü uyarınca Komite adına hareket eden Çalışma Grubu Taraf Devletten başvurunun Komite tarafından incelenmesini tamamlanana kadar başvurusunun ve oğlunun Bulgaristan'a naklinin ertelenmesini talep etmiştir.

Başvurucu Tarafından Bildirildiği Haliyle Olaylar¹

2.1 İhlal iddiasının mağduru M.K.A.H (Mağdur) Şam'da bulunan ve Filistinli yetkililer tarafından idare edilen Yarmouk mülteci kampında doğmuştur. Ailesi ile birlikte Suriye'de bulunan Yalda'ya taşınmış ve orada korkunç bir iç savaşın etkilerine maruz kalmıştır. M.K.A.H uzunca bir süre IŞİD'in kuşatması altında yaşamış ve bizatihi muhalif gruplar ile Suriye Ordusu arasında bulunduğu köyün kontrolü için yaşanan silahlı çatışmalara şahit olmuştur. Güvenlik endişelerinden dolayı aylarca gündüzleri evden çıkmamıştır. Dedesi de dahil ailesinin çok sayıda üyesi bir roketin patlaması sonucu hayatını kaybetmiştir.

2.2 2014 veya 2015'de M.K.A.H'nin Filistin asıllı bir Ürdünlü olan babası Suriye Güvenlik Güçleri tarafından tutuklanmıştır. O günden bu yana kendisi kayıptır. Babanın kaybolmasından sonra başvuru M.K.A.H ile birlikte saklanmaya karar vermiştir.

2.3 Temmuz 2017'de başvuru ve M.K.A.H güvenlikleri için Suriye Arap Cumhuriyetini terk etmişlerdir. Yalda'dan Şam'a yer altı tünellerinden geçerek kaçmışlar insan kaçakçılarının yardımı ile İdlib'e araba ile varmışlar, birkaç başarısız denemeden sonra Türkiye sınırını geçebilmişlerdir. İki gün boyunca orman üzerinden yürüyerek Bulgaristan'a varmışlar ve burada insan kaçakçıları tarafından iki hafta boyunca bir apartman dairesine kilit-

¹ İsviçre'deki sığınma talebi sürecine dair bilgi Taraf Devletçe sağlanmıştır.

lenmişlerdir. Sırbistan'a doğru yolculuk yaparken Romanya'ya yönelmişler ve Romen Sınır Korumaları tarafından yolları kesilmiş bir gece alıkonulmuş ve Bulgaristan Polisi'ne teslim edilmişlerdir.

2.4 Bulgaristan'da, başvuru ve M.K.A.H üç gün süre ile su ve yiyecek olmaksızın sınırın yakınlarında, hapisane benzeri bir binada tutulmuşlardır. Burada bir grup insanla birlikte iki küçük odaya yerleştirilmişler, özellikle başvuru için travmatik bir deneyim olan çıplak muayeneye tabi tutulmuşlardır. Beraber tutuldukları insanlar Bulgaristan Polisi tarafından sorgulanmış ve özellikle genç erkekler sözlü ve fiziksel tacize maruz kalmışlardır. Sonrasında başka bir hapisaneye nakledilmişler ve orada da 10 gün tutulmuşlardır.

2.5 Bu hapisanede iki büyük odada 50 ile 70 arasında erkek, kadın, çocuk göçmenle bir arada kalmışlardır. Kişi başına sadece bir battaniye ve iki öğün yemek verilmiştir. Yatak olmadığı için yerde yatmışlardır. Geceleri 10.30'dan itibaren kapılar üzerlerine kitlenmiş ve ertesi sabaha kadar tuvalete gitmelerine izin verilmemiştir.

2.6 Birkaç gün sonra Bulgar yetkililer Başvuru'ya bir belge imzalama veya hapisanede kalma seçeneği sunmuşlardır. Bir avukatı ya da tercümanı olmadığı için Başvuru imzalayacağı belgenin içeriği ve sonuçları hakkında bilgi sahibi olamamıştır. Bu belgeyi, hapisanede daha fazla kalmaktan korktuğu için imzalamıştır. 29 Eylül 2017'de Başvuru ve M.K.A.H sığınma talebinde bulunan olarak Bulgaristan'da kayıt altına alınmışlardır. 24 Nisan 2018'de Bulgaristan kendilerine ikincil koruma sağlamıştır.

2.7 Başvuru ve M.K.A.H daha sonra bir kampa götürülmüşler ve orada üç ay boyunca aşırı bir kalabalığa, tekinsizliğe ve açlığa maruz kalmışlardır. Bu zaman zarfında M.K.A.H okula gidememiştir. Kampta sunulan yemek sıklıkla çok kötüdür ve başvuru kıt kaynakları ile başka yemek sağlamak için çabalamak zorunda kalmıştır.

2.8 Romanya sınırını geçmeye yönelik iki başarısız denemeden sonra başvuru ve M.K.A.H'nin yolları yine kesilerek kampa gönderilmiş ve orada beş ay kadar kalmışlardır.

2.9 Başvuru ve M.K.A.H Türkiye'ye gitmiş ve oradan bir arabanın arkasında saklanarak İsviçre'ye seyahat etmişlerdir. Bu yolculuk 5 ila 7 günlük bir yolculuktur. İsviçre'ye varır varmaz başvurunun kardeşi ve ailesini aramışlar ve İsviçre yetkilileri tarafından sınır dışı edilene kadar onların yanında iki gün kalmışlardır.

2.10 6 Ağustos 2018'de Başvuru ve M.K.A.H sığınma talebinde bulunmuşlardır. Ücretini karşılayamayacakları için Avukat tarafından temsil

edilmemişlerdir. Başvurucu, kardeşinin Avrupa'daki tek akrabası olduğunu, ailesinden birçok kişiyi çatışmalarda kaybettiğini, kendisinin "ruhen tükendiğini" kardeşinin ve ailesinin varlığının sunduğu güvenlik hissine ihtiyaç duyduklarına dikkat çekmiştir. Başvurucu kardeşinin de yaşadığı Kanton'da yaşamayı talep etmiştir. Görüşmeler sırasında M.K.A.H'ye kendisini ifade etme fırsatı verilmemiştir.

2.11 4 Eylül 2018'de Göç Bakanlığı, Bulgaristan makamlarından başvurucuyu M.K.A.H'yi İsviçre ile Bulgaristan arasındaki 21 Kasım 2008 tarihli izinsiz kalan kişilerin iade edilmesine ilişkin anlaşma uyarınca Bulgaristan'a kabul etmelerini talep etmiştir. 7 Eylül 2018'de Bulgar makamları bu talebi kabul etmiştir.

2.12. 25 Eylül 2018'de Bakanlık, başvurucu ve M.K.A.H'nin sığınma başvurusunu reddederek ikincil koruma sağlayan Bulgaristan'a iadelerine karar vermiştir. Bakanlığa göre Bulgaristan'daki muameleye ilişkin iddialar doğru olsa bile başvurucu ve M.K.A.H'nin sosyal yardımdan faydalanabileceklerini ve haklarını mahkemede (Bulgaristan'daki) koruyabileceklerini ifade etmiştir.

2.13 3 Ekim 2018'de bu defa bir avukatla temsil edilen Başvurucu Federal İdare Mahkemesine Bakanlığın kararı aleyhine itirazda bulunmuştur. Başvurucu, Bulgaristan'da kaldığı sürede kendisinin uyum sağlaması için herhangi bir adım atılmadığına ve M.K.A.H'nin okula gidemediğine vurgu yapmıştır. Sığınma arayanlar için Bulgaristan'daki kamplarda insanlık dışı ve kötü muameleye maruz kalma riski bulunduğunu bildirmiştir. Bekar bir anne olarak yeterli gelir elde edilebilecek bir iş bulmasının zor olduğunu ve kesinlikle evsiz kalacaklarını belirtmiştir. Bu kendisi ve oğlu için insanlık dışı ve kötü muamele olarak değerlendirilmelidir. Kendisinin rehabilitasyona ihtiyacı vardır. İsviçre'de rehabilitasyon imkanları mevcuttur ve başarıya ulaşma şansı vardır ancak bu Bulgaristan için söz konusu değildir. Başvurucu, kardeşinin ve kardeşinin ailesinin Avrupa'daki tek akrabaları olduğunu, kendisinin ve oğlunun duygusal sağlıkları ve sosyal entegrasyonları için onlara muhtaç olduklarını açıklamıştır.

2.14 30 Nisan 2019'da Federal İdare Mahkemesi, başvurucunun talebini reddederek Bakanlığın kararını onaylamıştır. Mahkeme kararında Bulgaristan'da tıbbi kurumlar olduğunu ve tedavi önerildiğini ve bu durumda Başvurucunun iddia ettiği akli sorunların tedavisinin mümkün olduğunu da ayrıca ifade etmiştir.

2.15 24 Haziran 2019'da başvuru ve M.K.A.H, Bakanlığa kararı yeniden değerlendirmesi için başvurmuşlar, Bakanlık bu talebi 25 Haziran 2019'da reddetmiştir. Bakanlığın bu son kararı üzerine başvuru ve M.K.A.H Federal İdare Mahkemesine yeniden itirazda bulunmuşlardır. Federal İdare Mahkemesi bu talebin başarıya ulaşmasının güç olduğu belirlenmesi ile 1.626.73 ABD doları tutarındaki mahkeme masraflarının peşin ödenmesine karar vermiştir. Başvurucunun bu bedeli ödeyecek gücü olmadığı için Mahkeme esasını incelemeyen davanın düşmesine karar vermiştir. Başvuru bütün iç hukuk yollarını tüketmiş olduğu iddiasındadır.

Şikayet

3.1 Başvuru, M.K.A.H'nin insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ile karşılaşma riskinin gerçek olduğu Bulgaristan'a nakledilmesi halinde Sözleşmenin 2 (2), 6, 7, 16, 22, 24, 27, 28, 29, 37 ve 39'uncu maddelerinde güvence altına alınan haklarının Taraf Devletçe ihlal edilmiş olacağı iddiasındadır.

3.2 Başvuru, M.K.A.H'nin nakli halinde onun Sözleşmenin 2(2) maddesi ile güvence altına alınan haklarının da ihlal edileceğini çünkü oğlunun vatansız statüsünün tanınmayacağını belirtmektedir. Bulgaristan'da M.K.A.H'nin vatansız statüsünü kabule ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Parlamento önündeki yasa metninin de oğlunun durumuna çare olmayacağını, ilgili metne göre vatansız kişinin ya Bulgaristan'da doğmuş olmasının ya da yasal yollarla Bulgaristan'a girmiş olmasının şart olduğunu bildirmektedir.

3.3 Başvuru, İsviçreli yetkililerin oğlunun (Bulgaristan'a) naklinin Sözleşme'nin madde 3 hükmü gereği gözetilmesi gereken çocuğun üstün yararı ve buna bağlı yükümlülüklerle nasıl bağdaşacağı konusunda bir açıklama getirmediğini iddia etmektedir. Federal İdare Mahkemesi başvuru ve M.K.A.H'nin yabancı düşmanlığından kaynaklı sözlü ve fiziksel saldırılara maruz kaldığı, burada insanlık dışı koşullardaki kamplarda kaldığı ve döndüğünde aynı durum yüksek ihtimalle yine söz konusu olacağı iddialarını verdiği kararda yanıtı bırakmıştır. Mahkeme, M.K.A.H'nin neredeyse bir yıl kaldığı Bulgaristan'da okula gidemediğini, topluma entegrasyon için herhangi bir yardımdan yararlanmadığını ve orada bir ailesinin olmadığını da ayrıca göz ardı etmiştir. Başvurucunun ve oğlunun evsiz kalıp sokaklarda yaşama riski altında olduğu gerçeği de mahkeme tarafından ilgilenilmeyen konulardandır.

3.4 Başvuru, M.K.A.H'nin İsviçre'ye varana kadar ki yolculuğunun bir yıldan fazla sürdüğünü ve onun için bu zamanın oldukça sancılı olduğunu

vurgulamaktadır. Bir aile desteği göremeyeceği ve büyük ihtimalle evsiz kalacağı Bulgaristan'a döndüğü takdirde M.K.A.H derin bir biçimde travmatize olacaktır. Ayrıca ömür boyu sosyal dışlanmaya, ayrımcılığa ve yabancı düşmanlığından kaynaklı şiddete maruz kalacaktır. Bundan dolayı onu (Bulgaristan'a) göndermek kesinlikle onun bir çocuk olarak üstün yararı ile bağdaşmamaktadır. Başvurucu 23 Temmuz 2019 tarihli bir sağlık raporuna işaret etmektedir. Raporda M.K.A.H'nin İsviçre'ye gelene kadar yaşamış olduğu tramvatik olaylar nedeniyle anksiyete ve depresyondan muzdarip olduğu belirtilmektedir. Doktorları Bulgaristan'a nakledilmesine karşı çıkmaktadırlar.

3.5 Başvurucu kamuya açık ve güvenilir olan bilgi kaynaklarına göndermede bulunarak Bulgaristan'da uluslararası koruma altındaki kişilere yönelik bir entegrasyon hizmetinin sunulmadığını belirtmektedir. Başvurucu, uluslararası koruma altındaki kişiler için faaliyette olan bir yardım hizmeti bulunmadığı için Bulgaristan'ı "sıfır entegrasyon" kategorisinde listeleyen Mülteciler ve Sürgünler Avrupa Konseyinin Ocak 2019² tarihli bir kararına atıf yapmaktadır. Konut, eğitim ve sağlık hizmetine ulaşım uluslararası koruma bakımından ya hiç yoktur ya da oldukça kısıtlıdır. Mülteci ya da ikincil koruma altındaki kişi statüsündeki kişilere koruma altına alındıkları tarihten itibaren 6 ay süre ile barınma hizmeti sağlanmaktadır. Altı aylık sürenin sonunda bu kişiler kabul merkezlerinden atılarak kaderlerine terk edilmektedir. Bir konutta kalmak bürokratik engeller nedeniyle erişilemez halde olduğundan sığınma merkezlerinin dışında bir yerde barınmak gerçekten imkansızdır. Çok zayıf imkanlar ve insanlık dışı muamele yüzünden uluslararası makamlar ve ulusal mahkemeler Bulgaristan'a iade işlemlerine müdahale etmeye başlamışlardır.³

3.6 Başvurucu, M.K.A.H'ye sığınma işlemleri sırasında görüşlerini ifade etme hakkı tanınmadığını ve bunun da Sözleşmenin m. 12 hükmünün ihlali olduğunu belirtmektedir.

3.7 Başvurucu, M.K.A.H'nin oldukça hassas ve travma geçirmiş bir çocuk olduğunu ve her gün iletişim kurduğu amcası ve kuzenlerine ihtiyacı olduğunu vurgulamaktadır. Amca ve kuzenler onun duygusal ve kültürel anlamda vazgeçilemez desteği durumundadırlar. M.K.A.H'yi Bulgaristan'a

2 Mülteciler ve Sürgünler Avrupa Konseyi Raporu, Bulgaristan Ocak 2019. Ayrıca bkz Avrupa Konseyi,Vakia Bulgusu Görevine ilişkin Büyükelçi Tomáš Boček, belge SG/Inf(2018)18, 19 Nisan 2018, s. 19, Margarine Zotewej ve Adriana Romer, Bulgarie : situation actuelle des personnes requérantes d'asile et des personnes au bénéfice d'un statut de protection, Swiss Mülteci Konseyi, 30 Ağustos 2019, s. 22–23, İsviçre Mülteci Konseyi, Renoncer aux transferts vers la Bulgarie, 12 Eylül 2019.

3 Örnek için bkz. R.A.A. ve Z.M. v. Danimarka (CCPR/C/118/D/2608/2015).

göndermek onun bu bağlarını zayıflatacak ve Sözleşmenin m. 16 hükmüne de aykırı bir şekilde onun mahremiyetine keyfi ve hukuksuz bir müdahale oluşturacaktır.

3.8 Sözleşmenin m. 22 hükmünün ihlali bakımından Başvurucu başvurusunda andığı hakların, M.K.A.H'ye sığınmacı statüsü vermenin, Sözleşme ile güvence altına alınan haklardan istifade etmesi için gerekli korumanın sağlanması, İsviçre'nin pozitif yükümlülükleri ışığında yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Oldukça hassas durumda olan ve sığınma talep eden bir çocuğun durumu karşısında Devletin özel bir bakım ve özen yükümlülüğü söz konusudur.

3.9 Bulgaristan tarafından sağlanan ikincil korumanın insanlık dışı ve kötü muamele oluşturduğu gerekçesi ile Başvurucu, M.K.A.H'nin Bulgaristan'a gönderilmesi ile yeniden travma geçireceğini ve bunun da Sözleşme'nin m. 39 hükmünde düzenlenen kötü muamele yasağını ihlal edeceğini tartışmaya açmaktadır.

3.10 Başvurucu M.K.A.H'nin nakledilmesi halinde Sözleşmenin m. 39 hükmünün ihlal edileceğini iddia etmektedir. M.K.A.H. silahlı çatışmalardan, sığınma aramak için yapılan yolculuklardan, Bulgaristan'daki kötü muameleden travma geçirmiş bir kurbandır ve fiziksel, ruhsal olarak tedavi olma ve topluma yeniden uyum sağlamak onun hakkıdır. Bulgaristan'da kişisel sağlık sigortasını karşılayabilecek maddi imkanları olmadığı için sağlık hizmetinden de gereği gibi faydalanamayacaktır. Başvurucu Bulgaristan'da bir kimseye uluslararası koruma sağlandığında ilgili kişinin ücretsiz sağlık hizmetinden faydalanmadığını bunun için kişinin kendisine ait bir sağlık sigortası bulunması gerektiğini belirtmektedir.⁴ Başvurucu, Sözleşmenin m. 39 hükmü ile güvence altına alınan iyileşme hakkının ihlali olan Bulgaristan'a gönderilmenin M.K.A.H için ayrıca ciddi bir travmaya sebep olacağını iddia etmektedir.

Üçüncü Kişi Müdahillikleri

4.1 AIRE Merkezi (Advice on Individual Rights in Europe), Mülteciler ve Sürgünler Avrupa Konseyi, Mülteciler için Hollanda Konseyi 31 Mart 2020'de bir üçüncü kişi görüşü [amicus curia, çn.] iletmışlerdir.

4.2 Müdahil olan kurumlar, mültecilik bağlamında çocuğun üstün yararının birincil düşünce olması ve çocuğun Sözleşmenin m. 22 hükmü ba-

4 Margarite Zoeteweyj ve Adriana Romer, Bulgarie : situation actuelle des personnes requérantes d'asile et des personnes au bénéfice d'un statut de protection, İsviçre Mülteci Konseyi, 30 Ağustos 2019, s. 23-24.

kımından uygun korumadan faydalanması için onların görüşlerini ifade edebilme hakları da dahil temel haklarını gözetecek şekilde işlemlere ve çözümlere erişim imkanlarının sağlanmasının zorunlu olduğunu öne sürmektedirler.⁵

4.3 Müdahil olan kurumlar, çocukların karşılaşabileceği kötü yaşam koşulları, çaresizlik, olağan üstü zorluk veya sağlık hizmetinin eksikliği gibi ekonomik ve sosyal haklar bakımından ciddi ihlallerin geri gönderme yasağı kapsamına girebileceğini ileri sürmektedirler. Bir çocuğun, geri gönderileceği ülkede karşılaşacağı risklere ilişkin çocuğun durumuna özel bir değerlendirme yapmak Taraf Devletler için zorunludur.⁶

4.4 Üçüncü kişi kuruluşlar görüşlerinde bir durumda olağanüstü bir yoksulluğun söz olup olmadığını belirlemenin İHAM m. 3 hükmü bağlamında bir meseleyi ortaya çıkarabileceğini, İHAM'ın m. 3 bağlamında devletin sorumlu tutulduğu halleri belirlerken tamamen devlete bağımlı bir kişinin ciddi yoksunluklar ve insan haysiyeti ile bağdaşmayan durumuna karşı kamu makamlarının kayıtsızlığını dikkate aldığını belirtmektedirler.⁷

4.5 Üçüncü kişi kuruluşlar Avrupa Birliği Hukukunda Avrupa Birliği Adalet Divanının sığınma talep edenin gönderildiği yerde insanlık dışı veya insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele yasağı kapsamında değerlendirilebilecek olağanüstü bir yoksulluğa maruz kalacağı durumlarda ilgili kişinin kendisine öncesinde uluslararası koruma sağlamış üye devlete nakledilemeyeceğine karar verdiğine dikkat çekmektedirler.⁸

4.6 Bulgaristan'la ilgili olarak Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliğinin özel ihtiyaç içindeki kişilere ilişkin hizmetlerin, Bulgaristan'da topluma adapte olmayı hedefleyen destek hizmetlerinin yokluğu, konuta ve sosyal yardıma erişme bakımından çıkarılan hukuki ve fiili engeller nedeniyle kabul ve entegrasyon koşulları yetersiz olan Bulgaristan hakkında uluslararası koruma başvurusunda bulunan kişilerin başvuruları işleme alınırken veya kabul edildikten kısa bir süre içinde ülkeyi terk ettiklerine

5 İHAM önündeki dosyalardan örnek olarak bkz. Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga v. Belgium, Başvuru No. 13178/03, 12 Ekim 2006 tarihli karar prg. 55, Popov v. Fransa, Başvuru No. 39472/07 ve No. 39474/07, 19 Ocak 2012 tarihli karar prg. 91, ve Tarakhel v. İsviçre, Başvuru No. 29217/12, 4 Kasım 2014 tarihli karar, prg. 99.

6 Hashi ve S.A.A. v. Danimarka (CCPR/C/120/D/2470/2014), prg. 9.10, ve Araya v. Danimarla (CCPR/C/123/D/2575/2015), prg. 9.7.

7 İHAM, Tarakhel v. İsviçre, Başvuru No. 29217/12, 4 Kasım 2014 tarihli karar, prg. 98 (Budina v. Russia, Başvuru No. 45603/05, 18 Haziran 2009 tarihli karara yapılan atıf).

8 Avrupa Birliği Adalet Divanı, İbrahim et al. v. Almanya ve Almanya v. Magamadov, birleşen dosya C-297/17, C-318/17, C-319/17 and C-438/17, 19 Mart 2019 tarihli karar, prg. 90.

ilişkin gözlemde bulunulduğu belirtilmiştir. Koruma statüsü verildikten sonra kişilerin merkezlerde gıda ihtiyaçlarına ilişkin hak tanınmadan 6 aylığına kalmalarına izin verildiği ve buraların Mültecilere ilişkin Devlet kurumu tarafından keyfi bir şekilde denetlendiği belirtilmektedir. Evsiz kalma riski de bir gerçektir.⁹

4.7 Üçüncü kişi kuruluşlar Bulgaristan Hukukunun, uluslararası korumanın son bulma nedenlerini Avrupa Birliği Direktifinden daha geniş bir şekilde yorumladığını, Bulgaristanda geçerli olan kimlik belgelerinin 3 yıl boyunca yenilenmemesini ulusal ve Avrupa Birliği hukukuna aykırılık olarak değerlendirerek fiilen uluslararası korumanın son bulma nedeni saydığını belirtmektedir.¹⁰

4.8 Üçüncü kişi kuruluşlar, Bulgaristan'ın Vatansız Kişilerin Statüsüne ilişkin 1954 Konvansiyonuna ve Uyuşma ilişkin 1997 Avrupa Konvansiyonuna, vatansız kişilerin çeşitli haklarını Bulgaristan'da kullanmasına etkisi olan çekinceler koyduğunu bildirmektedir. Taraf Devletler vatandaşlık konusuna Çocuk Hakları Sözleşmesinin m. 7 hükmü uyarınca çocuğun üstün yararına uygun bir yaklaşımla bakmak yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülük çerçevesinde Taraf Devletler çocuğun üstün yararı doğrultusunda vatansız çocukları koruma altına almalı ve geri gönderme değerlendirmesini yaparken çocuğun durumuna ilişkin bütün vakıaları ve somut olayın koşullarını ciddi bir değerlendirmeden geçirerek bu çocukları vatansız bırakan ve Sözleşmedeki diğer haklarını ihlal eden bir sonuca yol açmamalıdır.

Taraf Devletin, Kabul Edilebilirliğe, Esasa ve Üçüncü Kişi Müdahilliklerine İlişkin Görüşleri

5.1 Taraf Devlet 23 Haziran 2020 tarihli görüşlerinde Başvurunun Sözleşmenin m. 7, 12, 24, 28, 29 ve 39 düzenlemelerinden kaynaklı hakların ihlal edildiğine ilişkin olan kısmı bakımından, Seçmeli Protokolün m. 7 (e) hükmü doğrultusunda iç hukuk yollarının tüketilmemiş olduğu gerekçesi ile kabul edilemez bulunması gerektiğini ileri sürmektedir. Taraf Devlet, başvuruçunun ve M.K.A.H'nin Sözleşmeden kaynakların ihlaline ilişkin iddiaları sığınma talebi sırasında ve bu talep üzerine verilen karara ilişkin itiraz süreçlerinde de dile getirmemiş olduğunu vurgulamaktadır.

9 Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği, İnsan Hakları Yüksek Komiserliğine özet rapor, Genel Periyodik İnceleme: 3. Çevrim, 36. Oturum. Bulgaristan'daki durumun Genel Periyodik İncelemesi, Ekim 2019, pp. 1 ve 3. Orijinal metin için bkz. www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/UPRBGUNContributionsS36.aspx.

10 Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi, 2011/95/EU sayılı ve 13 Aralık 2011 tarihli Direktif, Avrupa Birliği Gazetesi, L 337, 20 Aralık 2011, s. 9, madde. 11 ve 14.

5.2 Taraf Devlet özellikle Başvurucunun oğlunun sağlığına ilişkin iddiaları bakımından iç hukuk yollarını tüketmemiş sayılması gerektiğini bildirmektedir. Başvurucunun haklarında yürütülen süreçler sırasında M.K.A.H ruhsal sorunlar yaşadığına ilişkin bir beyanda bulunmadığı vurgulanmaktadır. Özellikle Nant Vakfının Çocuk ve Ergen Psikiyatrisi ve Psikolojisi Departmanı tarafından 23 Temmuz 2019'da tamamlanan psikolojik değerlendirme başvurucunun İsviçre'de tabi olduğu işlemlerde görev yapan kurumlara sunulmamıştır.

5.3 Taraf Devlet, süreçler sırasında Başvurucunun M.K.A.H'nin Sözleşmenin m. 12 hükmü ile güvence altına alınan fikirlerini ifade edebilme hakkına ilişkin açık veya örtülü bir itirazda bulunmadığının altını çizmektedir. Başvurunun bu kısmı ile ilgili ilgili iç hukuk yollarının tüketilmemiş olduğu gerekçesi ile kabul edilemezlik kararı verilmesi gerektiği belirtilmektedir.

5.4 Bununla birlikte Taraf Devlet, Sözleşmenin 2 (2), 3 (1), 6, 16, 19, 22, 27 ve 37 maddelerine ilişkin ihlal iddialarının yasal süreçlerde gündeme geldiğini kabul etmektedir.

5.5 Taraf Devlet, başvurunun Seçmeli Protokolün m. 7 (f) hükmü bakımından başvuru hakkının açıkça kötüye kullanılması veya iddiaların dayandıktan yoksunluğu nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilmesi gerektiğini ayrıca ileri sürmektedir.

5.6 Taraf Devlet, Sözleşmenin 2 (2), 3 (1), 6 (2), 16, 22, 24, 27, 28, 29 ve 39 hükümlerinin doğrudan uygulanabilirliği olmadığını iddiasındadır. Bu yaklaşıma göre sözleşmenin m. 3 (1) hükmü nitelik olarak, diğer maddelerin lafzında ve/veya sistematüğinde temel alınan genel bir prensiptir. Sonuç olarak bu madde, ilgili kişinin bir ihlal talebi ileri sürmesine elverişli olmayan ve İsviçre'de doğrudan uygulanabilirliği bulunmadığı değerlendirilen bir düzenlemedir.

5.7 Taraf Devletin iddiasına göre Başvuruda şikayet olarak ileri sürülen hususlar genel geçer ifadelerle kaleme alınmıştır ve başvurucunun ve M.K.A.H'nin iç hukukta Göç Bakanlığı ve Federal İdare Mahkemesi tarafından değerlendirilerek sonuca bağlanan olguların yeniden değerlendirilmesi çabası olarak görünmektedir. İhlal iddialarından m. 3 (1), 12, 16 ve 22 haricindekiler de İsviçre ile değil Bulgaristan'la ilgilidir. Bu açıdan da başvurucu örneğin Sözleşmenin m. 6 ve 37 hükümlerinde tasavvur edildiği biçimi ile M.K.A.H'nin Bulgaristan'a gönderilmesi durumunda, öngörülebilir, güncel, gerçek ve tamir edilemez kişisel bir zarara uğrayacağına ilişkin iddialarını yeterince ortaya koyamamıştır.

5.8 Taraf Devlet somut olayda herhangi bir şekilde Sözleşmenin ihlal edilmiş olduğu görüşünü paylaşmamaktadır. Başvurucu ve M.K.A.H Bulgaristan tarafından uluslararası koruma altındaki kişilerdir. Bulgaristan'ın İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmeye taraf bir devlet olduğunu ve bu çerçevede insan haklarına ve mültecilerin haklarına ilişkin yasal düzenlemelere ve diğer hukuki enstrümanlara göre hareket etmekle yükümlü olduğu Taraf Devletçe vurgulanmaktadır. Bu açıdan kendisince uluslararası koruma tanınan kişilere kişilere sağlık hizmeti, konut haklarını kendi vatandaşlarının istifade düzeyi ile aynı şekilde sağlamak yükümlülüğü söz konusudur.

5.9 Taraf Devlet, Başvurucu ve M.K.A.H'nin Bulgaristan'a gönderilmelerinin İsviçre Federal Konseyi ile Bulgaristan Cumhuriyeti Hükümeti arasında 21 Kasım 2008 tarihinde akdedilen izinsiz kalan kişilerin geri gönderilmesine ilişkin anlaşma kuralları uyarınca söz konusu olduğunu vurgulamaktadır.

5.10 Taraf Devlet'e göre Sözleşmenin m. 3 (1) hükmü özel olarak bir kimsenin belli bir devlette veya bölgede sığınma hakkı veya oturma hakkı elde etmesine ilişkin sübjektif bir hak içermemektedir. Federal İdare Mahkemesi başvurusunun oğlunun Bulgaristan'a nakline ilişkin karar verirken onun üstün menfaatini de dikkate almıştır. Çocuğun yaşı (o sıralarda 11 yaşındadır), kuzenleri ile İsviçre'de sadece 7 ay içinde kurabileceği bağların değerlendirilmesinde dikkate alınmıştır. Dahası Mahkeme M.K.A.H ve annesinin ihtiyacı olan devamlı bakımın sadece çocuğun amcası ve kuzenleri tarafından sağlanabileceğini yerinde bulmamıştır.

5.11 Taraf Devlet, M.K.A.H'nin İsviçre'den annesi ile yani onun Bulgaristan'da yeni bir yuva bulmasına yardım edebilecek en iyi kişi ile birlikte ayrılacağını vurgulamaktadır. Mahkeme, Bulgaristan'ın ayırım yapmaksızın ikincil koruma altındaki kişilere iş, sosyal yardım, sağlık, eğitim hizmeti ve konut sağlamak bakımından 2011/95 sayılı AB Direktifinden doğan haklarını sistematik bir şekilde ihlal ettiğine ilişkin güvenilir bir bilgi bulamamıştır. Taraf Devlet, sağlık hakkı bakımından Başvurucunun M.K.A.H'nin sağlık durumuna ilişkin herhangi bir iddia ileri sürmediğini de yinelemektedir.

5.12 Eğitim hakkına ilişkin olarak Taraf Devlet, Başvurucunun mahkeme önünde M.K.A.H okuldan mahrum kaldığını ortaya koyamadığını vurgulamaktadır. Bu bağlamda Mahkeme, Bulgaristan'da ikincil koruma altındaki çocukların faydalanabileceği ve onların entegrasyonuna hizmet eden hazırlık sınıflarının olmadığına dikkat edilmiş ancak ulusal eğitim sistemine

göre eğitime erişimin garanti edildiği görülmüştür. Ayrıca Bulgaristan'da yerel organizasyonların çocuklar için Bulgarca kursları olduğu not edilmiştir.

5.13 Taraf Devletin ve bu arada Federal İdare Mahkemesinin Başvurucu ve M.K.A.H'nin Bulgaristan'da uzun vadede çok güç bir yaşama zorlanmış ya da Bulgaristan'ın onlara sağlamakla yükümlü olduğu taahhütlerine ya da temel haklarına aykırı davranışlarda bulduklarına inanmış olsalardı uygun yasal kanallardan Bulgar Makamlarına konuyu taşıyacaklarına işaret ettikleri görülmektedir.

5.14 Sözleşmenin 6, 24, 27, 28 ve 29 hükümlerinde güvence altına alınan hakların ihlal edildiği ile ilgili olarak Taraf Devlet, Başvurucunun atfı yaptığı çeşitli raporların not edildiğini ve Bulgaristan'da mültecilerin yaşadıkları güçlüklerin inkar edilmediğini ifade etmektedir. Taraf Devlet, 2016 tarihli verilere göre Bulgaristan nüfusunun % 40,6'sının yoksulluk ve sosyal dışlanma riski altında olduğunu akılda bulundurulması gerektiğini belirtmektedir. Bu açıdan bakıldığında Başvurucu, kendisinin ve M.K.A.H'nin yasal statüye sahip diğer yabancı uyruklulardan hatta Bulgaristan'ın yoksul nüfusundan eşitlik bağlamında farklı bir muameleye maruz kaldıklarını ortaya koyamamıştır. İlgili raporlar Bulgaristan'daki durumun genel nitelikli olduğunu ve Başvurucunun ve M.K.A.H kişisel durumları ile özel bir ilişkisi bulunmadığını ortaya koymaktadır.

5.15 Taraf Devlet, Bulgaristan Sağlık Sisteminin henüz optimal bir şekilde işlemediğinin farkındadır. Bununla birlikte uluslararası koruma altındaki kimseler kişisel sağlık sigortalarının primini ödeyemez haldeler ise Taraf Devletin bu primleri karşılamakla yükümlü olduğunu ve bunun bütün nüfus için geçerli olduğu belirtilmektedir. Taraf Devlet, Başvurucunun M.K.A.H ile ilgili olarak sonradan ileri sürdüğü tıbbi sorunların Bulgaristan'da bir çözümü olmayacak kadar özelliği olduğu görüşüne katılmamaktadır.

5.16 Taraf Devlet ikincil koruma altındaki kimselerin sosyal yardım talep etmeye haklarının olduğunu belirtmektedir. Taraf Devlet, Bulgaristan'da bu konu ile ilgili kamu kurumları olduğu gibi yabancı ülkelerden gelenlerin başvurabileceği hayır kuruluşları olduğunu ifade etmektedir.

5.17 Taraf Devlet, 2011/95 sayılı AB Direktifinin m. 26 düzenlemesinin üye devletleri mülteci veya ikincil koruma statüsünde bulunan kimselere serbest ya da bağlı çalışma izni vermekle yükümlü tuttuğuna işaret etmektedir.

5.18 Taraf Devlet, Başvurucu ve M.K.A.H'nin Bulgaristan'da ikincil koruma altında olduklarını ülkede yasa dışı olarak bulunmaktan kaynaklı olarak keyfi bir şekilde alıkonmalarından korkmaları için bir sebep olmadığını ayrıca vurgulamaktadır.

5.19 Taraf Devlet, Başvurucunun M.K.A.H'ye gönderilmesi ile Sözleşmenin m. 2 ve 7 hükümlerinin ihlal edilmiş olacağına ilişkin iddiasını yeterince temellendiremediği görüşündedir. Bilindiği kadarı ile Başvurucu'nun M.K.A.H vatansız statüsünün tanınması ile ilgili bir talepte bulunduğuna ilişkin herhangi bir delil yoktur. O halde başvurucunun bu dosya içeriğindeki gibi oğlunun vatansızlığı üzerinden bir ayrımcılık iddiası ileri sürmesi mümkün değildir.

5.20 Taraf Devlet, 11 Ağustos 1999 tarihli ve 1 No'lu Sığınma Kararnamezinin usule ilişkin m. 5 hükmünün bir kimse eğer kendi görüşlerini oluşturup ifade edebilecek yetkinlikte ise onun dinlenmesi gerektiğini belirttiğini, Sözleşmenin m. 12 hükmünün de Federal İdare Mahkemesinin uygulaması açısından özellikle çocuğun bir temsilci vasıtasıyla düşüncelerini açıklama imkanı varsa ne olursa olsun her koşulda sözlü olarak dinlenmesine ilişkin bir içerik taşımadığını ileri sürmektedir. Çocuğun kendi görüşlerini oluşturup bunları ifade etmek açısından yeterli olgunluğunun bulunduğu durumlarda kendisinin beyanları duruşmada dinlenmektedir. Erginliğe yakın genç bir insanın kendi görüşlerini oluşturma yetkinliğine sahip olduğu ve bu hususunda ispatının ilgili kişiye düştüğü kabul edilebilirse de M.K.A.H'nin somut olaydaki durumu bu şekilde değildir. Sığınma başvurusuna ilişkin süreçte M.K.A.H annesi aracılığı ile haklarını kullanma yetkisine sahiptir.

5.21 Sözleşmenin m. 16 hükmünün ihlal edildiği iddiaları açısından Taraf Devlet, M.K.A.H'nin Bulgaristan'a annesi ile birlikte gönderilmesinin söz konusu olduğunu ve bu açıdan orada bir ailesinin bulunmadığı argümanının doğru sayılmayacağını iddia etmektedir. Taraf Devlet, Federal İdare Mahkemesinin yaptığı yargılamada M.K.A.H ile amcası ve kuzenleri arasındaki yakınlığın herhangi bir şekilde çocuğun veya annesinin yaşamsal ihtiyaçları için temel teşkil ettiğini gözlemlemediği ve İHAM'ın yaptığı tanımla aralarındaki ilişkinin bağıllık ilişkisi olmadığı iddiasını tekrar etmektedir.

5.22 Sözleşmenin 19, 22, 37 ve 39 hükümlerine ilişkin iddialar bakımından Taraf Devlet, Başvurucunun ihlal teşkil eden vakıayı ortaya koymadığını iddia etmektedir. Sözleşmenin m. 22 hükmünün ihlal edildiği iddiası ile ilgili olarak Taraf Devlet, Başvurucunun ve M.K.A.H'nin Bulgaristan tarafından ikincil koruma statüsüne alındıklarını ve Ülke içinde kalma hakkı ta-

nındığını vurgulamaktadır. Taraf Devlet, sözleşmenin 37. Maddesi ile ilgili olarak ileri sürülen iddia bakımından M.K.A.H'nin Bulgaristan'a döndüğünde insanlık dışı veya aşağılayıcı bir muamele ile karşılaşma riskine yönelik bir delil bulunmadığını ileri sürmektedir. Taraf Devlet, m. 39 açısından da Başvurucu tarafından anılan sağlık sorunlarının Bulgaristan'da giderilemeyecek kadar özellikli olmadığını belirtmektedir.

5.23 Taraf Devlet, üçüncü kişiler tarafından başvuruya sunulan ve genel fikirler içeren belirlemelerin ulusal makamların olayla ilgili olarak yürüttüğü süreçleri ciddi anlamda tartışmayı gerektirecek bir içeriğe sahip olmadığı inancındadır. Başvurucunun ve M.K.A.H'nin nakledilmesi geri göndermeme ilkesini ihlal etmemektedir. Üçüncü kişilerin vatansızlığa ilişkin naklettikleri sorunlar açık veya örtülü olarak Başvurucu veya oğlu tarafından İsviçre'deki sığınma talebine ilişkin süreçte ileri sürülmemiştir. Bu da ilgili talebin Seçmeli Protokolün m. 7 (e) hükmü bakımından kabul edilemez olduğu sonucuna götürmelidir.

Başvurucunun Üçüncü Kişilerin Görüşleri Hakkındaki Yorumları

6.1 Başvurucu üçüncü kişilerin dosyaya sunduğu görüşler hakkında yorumlarını 16 Temmuz 2020 tarihinde iletmiş ve Taraf Devletin çocuğun üstün yararını verdiği kararlarda yeterince dikkate almadığı yönündeki iddiasını yinelemiştir. Çocuğun fikirlerini ifade edebilme hakkı, çocuğun üstün yararının belirlenmesi ile sıkı bir bağlantı içindedir ve bu belirleme çocuğun görüşlerinden etkilenmelidir. Kendisi M.K.A.H'nin çocuklara uygun şartlar içinde görüşlerini ifade edebilecek yaşta olduğunu düşünmektedir.

6.2 Geri göndermeme yükümlülüğü ile ilgili olarak Başvurucu 7 Temmuz 2020 tarihli iki sağlık raporu sunmaktadır. Angeles Perez Fuster ve Nadia Bouatay tarafından hazırlanan rapora göre M.K.A.H, Suriye Arap Cumhuriyetinde babasının ani kayboluşundan, oradaki diğer akrabalarının yitiminden, Bulgar polisi tarafından hapsedilmelerinden ve oradaki şiddetten ve Bulgaristandaki diğer travmatik deneyimlerinden ve annesinin ciddi psikolojik sorunlarından kaynaklı olarak travma sonrası stres bozukluğu ve depresyondan muzdariptir. Rapor, M.K.A.H'nin akademik performansı da dahil durumunda bir gelişme olduğuna ilişkin belirlemeler içermektedir. İsviçre'deki akrabalarının onun hayatındaki destekleyici rolüne ilişkin belirlemeler raporda yer almaktadır. Ayrıca rapor, M.K.A.H'nin düzenli ve yeterli bir tedavi ihtiyacı içinde olduğuna işaret etmektedir. Rapor sonuç olarak M.K.A.H'nin İsviçre'deki ortamının zorlama ile bozulması halinde çocuğun gelişimi açısından ciddi tehlikeler doğacağını bildirmektedir.

6.3 07 Temmuz 2020 tarihinde sunulan ikinci sağlık raporu Jonathan Drai ve yardımcı psikolog Meline Maksutaj tarafından hazırlanmış ve Başvurucunun durumunu açıklayan rapordur. Bu rapora göre Başvurucu intihar düşüncesinin de eşlik ettiği anksiyete ve depresyon gibi ciddi ruhsal sorunlara sahiptir. Başvurucu bir buçuk yıldır psikiyatrik ve psikoterapik tedavi altındadır ve tedavisinde anti-anksiyetik ilaçlar da kullanılmaktadır. Her iki haftada bir psikoterapisti ile görüşme yapmaktadır. Sağlık raporunda, Başvurucunun, kardeşi ile ve kardeşinin eşi ile yakın ilişkilerine ve bu aile bağının Başvurucunun ruh sağlığının stabil olması ve onarılması için kilit önemde olduğuna işaret edilmektedir. Başvurucunun süregelen tedavisinin aniden kesilmesi onu daha da kötüleşme ve intihar riski ile yüz yüze bırakacak ve bu türde bir gelişme Başvurucunun acilen bir psikiyatri servisine yatırılmasını gündeme getirebilecektir.

6.4 Başvurucu, üçüncü kişilerin görüşlerinde yer alan ve çocukların vandaşlığa ihtiyacı olduğuna ve çocuğun üstün yararı ile birlikte değerlendirildiğinde Sözleşmenin m. 7 hükmü ile bunun güvence altına alındığına, Taraf Devletlerin nakli uygularken çocuğu vatansız bırakan ve Sözleşme ile güvence altına alınmış haklarından gerektiği gibi istifade etmesinin imkansız olduğu durumlara sürüklememeleri gerektiğine ilişkin belirlemeye katıldığını ifade etmektedir. Bulgaristan'da yasal düzenleme eksikliğinden kaynaklı olarak M.K.A.H'nin ömrünün sonuna kadar vatansız kalma riski altında olduğuna ilişkin iddialarını da yinelemektedir.

Başvurucunun Taraf Devletin Görüşleri Hakkındaki Yorumları

7.1 Başvurucu 28 Ekim 2020 Taraf Devletin kabul edilebilirlik ve esasa ilişkin görüşlerine karşı cevaplarını iletmiş ve kendisinin sağlık durumunu İsviçreli yetkililere iletliğini tekrar etmiştir.¹¹ Örneğin 12 Aralık 2018'de kendisinin bir psikiyatrik muayene için bir takip randevusunu beklediğini ve bu randevuya süre olduğunu bildirmiştir. 24 Haziran 2019'da Göç Bakanlığına 4 Haziran 2019 tarihli bir sağlık raporu sunmuş ve durumun yeniden gözden geçirilmesi talebinde bulunmuştur. Bu rapor başvuru-cunun ciddi bir travma sonrası stres bozukluğu ve depresyon hastalıklarının bulunduğunu bildirmektedir. Ayrıca rapor başvuru-cunun ruh sağlığı ve esenliği için zorunlu olan ve iki ayda bir gerçekleşen terapi seanslarına katıldığını ve ilaç tedavisine başlanmasının olası olduğunu belirtmektedir.

11 Taraf Devlet, başvuru dosyasına iletildiği yanıtlarda "başvurucu" terimi ile başvuru-cunun oğlunu kastetmektedir. Bu yanlış kullanım başvuru-cunun sağlık durumunu Taraf Devlet yetkililerine iletildiği konusunu tekrar ifade etmesine neden olmuş olabilir.

Tedavisinin yarıda kesilmesi Başvurucunun durumunun kötüleşmesine ve katlanılmaz bozukluklara yol açacaktır.

7.2 Başvurucu Göç Bakanlığının 25 Temmuz 2019'da durumun yeniden gözden geçirilmesi talebini reddettiğini ve Başvurucunun durumu ile ilgili koyduğu raporların, devam eden tedavilerin Bulgaristan'da yerine getirilemeyeceğine ilişkin özellikli bir durum ortaya koymadığı belirtilmiştir. Başvurucu, Taraf Devletçe kendisinin uçakla seyahat edip edemeyeceğine ilişkin olarak yaptırılan bir inceleme için düzenlenen sağlık raporunda da ciddi travma sonrası stres bozukluğu, panik atak ve depresyon nöbetlerinin tespit edildiğini ifade etmektedir. Bu rapora göre uçuş sırasında rahatsızlanabilir ve uçuştan kötü etkilenebilir. Başvurucu, kendisinin ruhsal durumunun M.K.A.H'nin durumunu da etkilediğini çünkü kendisinin onunla ilgilenen tek kişi olduğunu tekrarlamaktadır. Eğer kendisi bir kriz yaşar ve ona bakamayacak duruma gelirse bu doğrudan M.K.A.H'nin sağlığını da etkiler.

7.3 Başvurucu, Taraf Devletin Bulgaristan'ın insan hakları hukukuna ilişkin temel anlaşmaların tarafı olmasından bahisle kendilerinin haklarına riayet edeceği iddiası ile ilgili olarak sağlık ve eğitim hizmetinden faydalanamayacaklarına ve sokaklara düşeceklerine ilişkin gerçekler birden çok raporda dile getirildiği halde Taraf Devletin durumu görmezden geldiğini ileri sürmektedir.

7.4 Başvurucu ayrıca, Federal İdare Mahkemesinin oğlunun İsviçre'ye yeterince entegre olmadığına ilişkin tespitinin artık gerçeği yansıtmadığını, oğlunun kendi çabaları ile Fransızca öğrendiğini, okulda gayet iyi, sınıfına iyi uyum sağlamış ciddi bir öğrenci olduğunu bildirmektedir. Başvurucu, oğlunun öğretmenlerinin Komiteye hitaben kaleme aldıkları mektupla bu hususları onayladıklarını bildirmektedir.

7.5 Başvurucu Bulgaristan'da halkın geniş kesiminin yoksul olduğu ile ilgili olarak, yoksul Bulgarlar'ın Bulgarca konuştuklarını ve ailevi, sosyal ve profesyonel ilişkiler ağlarına sahip oldukları vurgusu yapmaktadır.

7.6 Son olarak Başvurucu, M.K.A.H'nin Sözleşmenin m. 12 hükmünde güvence altına alınan görüşlerini ifade edebilme hakkı ile ilgili olarak kendisinin bu yeteneğe sahip olduğunu ispatlaması gerektiğini belirten Taraf Devletin maddenin lafzı ışığında ispat yükü temelsiz bir şekilde kendilerinde imiş gibi davrandığını ifade etmektedir.

Taraf Devletin Ek Görüşleri

8.1 23 Kasım 2020’de Taraf Devlet ek açıklamalarda bulunarak M.K.A.H’nin sağlık sorunlarının iç hukuktaki süreçlerde aktarılmadığı iddiasını yinelemiştir. Taraf Devlet, Başvurucunun sağlık sorunları olduğunu reddetmektedir ve bunlara ilişkin olarak kabul edilebilirlik ve esasa ilişkin açıklamalarına atıf yapmaktadır.

8.2 Taraf Devlet, Sözleşmenin m. 19 ve 39 hükümlerinin doğrudan uygulanma imkanının olmadığı yönündeki açıklamalarını tekrar etmektedir. Federal İdare Mahkemesinin çocuğun üstün yararını dikkate aldığına ilişkin iddiasını tekrar etmektedir. Mahkeme M.K.A.H’nin sadece uyum sağlayıp sağlayamadığını değil, yaşını, kişisel ve ailevi bağlarını ve Bulgaristan’da eğitimden faydalanma imkanlarını da dikkate almıştır.

Komite Önündeki Meselelere İlişkin Değerlendirme

Kabul Edilebilirliğe İlişkin Değerlendirme

9.1 Komite, başvuruyu esastan incelemeden önce Seçmeli Protokolün m. 20 uyarınca Başvurunun Protokolün ilgili hükümlerine göre kabul edilir olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapmak zorundadır.

9.2 Taraf Devlet’in Sözleşmenin 7, 12, 24, 28, 29 ve 39 maddelerinin ihlal edildiği iddiası bakımından Başvurucunun iç hukuk yollarını tüketmediğini belirttiği görülmektedir. Komite, Başvurucunun Sözleşmenin m. 29 hükmünün ihlali ile ilişkilendirilebilecek hususları sığınma başvurusuna ilişkin süreçlerde neden dile getirmediği hususunda makul bir neden ile sürmediği görüşündedir. Bu nedenle özellikle M.K.A.H’nin Bulgaristan’a nakledilmesi ile bağlantılı olarak Sözleşmenin m. 29 hükmüne ilişkin iddialar bakımından Başvurunun Seçmeli Protokol’ün m. 7 (e) hükmüne istinaden kabul edilemez olduğu sonucuna varılmıştır.

9.3 Taraf Devlet’in hukuk uygulamasında Sözleşmenin m. 12 düzenlemesinin kayıtsız şartsız bir şekilde çocuğa sözlü olarak ve şahsen bir yarılama sırasında görüşlerini ifade etme hakkı vermediğini ve bu konuda yetkinliğini ispat etmek kaydıyla sadece kendi görüşlerini ifade etmeye çocuğa duruşmada söz hakkı verildiğini ifade ettiği görülmektedir. Komite, Taraf Devletin iç hukukta çocuğun görüşlerini ifade etme hakkına ilişkin düzenlemeler ya da M.K.A.H’nin görüşlerini ifade edebilme hakkı bakımından mevcut başka araçlar hakkında yeterli açıklama yapmadığı görüşündedir. Bu nedenle ilgili talep bakımından Başvuru kabul edilebilir bulunmuştur.

9.4 Taraf Devlet'in, Başvurucunun M.K.A.H.'nin sağlık durumuna ilişkin iç hukuktaki süreçlerde bir talepte bulunmadığı ve Nant Vakfının Çocuk ve Ergen Psikiyatrisi ve Psikolojisi Departmanı tarafından 23 Temmuz 2019'da tamamlanan psikolojik değerlendirmenin İsviçre'deki yetkililere sunulmadığına ilişkin beyanlarda bulunduğu görülmektedir. Komite, Başvurucunun oğlunun ruh sağlığına ilişkin durumu açık bir şekilde sığınma başvurusu sırasında değinmemiş olmasını yeterince gerekçelendirmediği görüşündedir. Bunun sonucu olarak Sözleşmenin m. 24 hükmüne ilişkin taleplerin özellikle de M.K.A.H.'nin Bulgaristan'a nakledilmesi sonucunda gerekli sağlık hizmetinden faydalanamayacağına ilişkin iddialar bakımından Başvurunun Seçmeli Protokolün m. 7 (e) hükmü doğrultusunda kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.

9.5 Bununla birlikte Komite, m. 7, 28 ve 39 hükümlerine ilişkin iddiaların sığınma süreçlerinde yeterince dile getirildiği ve somut başvurunun bu iddialar bakımından kabul edilebilir olduğuna kanaat getirmiştir.

9.6 Taraf Devlet'in Sözleşmenin 2 (2), 3 (1), 6 (2), 16, 22, 24, 27, 28, 29 ve 39 hükümlerinin Komite önünde ihlal edildiği iddia edilemeyen, bir hakka temel olmayan hükümler olduğuna ilişkin tartışmayı ileri sürdüğü görülmektedir.¹² Komite, çocukların ruhsal ve bedensel yeteneklerini, kişiliklerini ve becerilerini en üst derecede geliştirmek bakımından bütün (medeni, politik, ekonomik, ve kültürel) hakların eşit derecede önemli ve birbiri ile bağlantılı olduğu görüşünü tekrar eder.¹³ Komite bir kez daha Sözleşmenin m. 3 hükmünde ifadesini bulan çocuğun üstün yararının yapısal olarak üç köşeli bir konsept yani bağımsız bir hak, bir yorum kuralı ve muhakeme kuralı özelliklerini aynı anda taşıdığına altını çizer.¹⁴ Komite, Seçmeli Protokolün m. 5 (1) (a) hükmünün Sözleşme ile güvence altına alınan bütün haklara ilişkin olarak birey/bireyler tarafından veya birey/bireyler adına Taraf Devletin ihlalde bulunduğu iddiası ile bireysel başvuru yapılabileceğini belirtmektedir. Komite de bireysel başvuru usulünde hangi hakların ihlali ile ilgili talepte bulunulabileceği bakımından Seçmeli Protokolün m. 5 (1) (a) hükmünde kısıtlı bir yaklaşım benimsendiğine ilişkin herhangi bir içerik bulunmadığı görüşündedir. Komite, geçmişte bireysel başvuru mekanizması ile önüne gelen olaylarda somut başvuruda da anılan maddelerden kaynaklı ihlal iddialarını hükme bağladığını hatırlatmaktadır.¹⁵

12 E.A. ve U.A. v. İsviçre (CRC/C/85/D/56/2018), prg. 6.5.

13 Komite'nin 15 No'lu Genel Yorumu (2013) prg. 7.

14 Komitenin 14 No'lu Genel Yorumu (2013) prg. 6.

15 M.T. v. İspanya (CRC/C/82/D/17/2017), prg. 12.5, C.R. v. Paraguay (CRC/C/83/D/30/2017), prg. 7.5, and J.A.B. v. İspanya (CRC/C/81/D/22/2017), prg. 12.5.

9.7 Taraf Devlet, başvurunun Seçmeli Protokol'ün m. 7 (f) hükmü doğrultusunda açıkça dayanaktan yoksunluk veya yeterince gerekçelendirilmeme nedeniyle kabul edilemez bulunması gerektiğini belirtmektedir. Komite, başvurunun Sözleşmenin m. 2 (2) hükmü bakımından iddialarına ilişkin yeterince delil ortaya koyamadığı düşüncesindedir. Bu nedenle bu hükme ilişkin ihlal iddiaları bakımından başvurunun açıkça dayanaktan yoksun ve yeterince gerekçelendirilmemiş olduğuna ve kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.

9.8 Bununla birlikte Komite, kabul edilebilirlik değerlendirmesi yapılabilmesi açısından başvurunun Sözleşmenin 3 (1), 6 (2), 7, 12, 16, 22, 27, 28, 37 ve 39 hükümlerinde güvence altına alınan hakların ihlaline ilişkin olarak (a) Taraf Devletin sığınma talebinin incelenmesi sırasında çocuğun üstün yararına dikkat etme yükümlülüğüne ve çocuğun görüşlerini ifade edebilme hakkına aykırı davrandığı (b) M.K.A.H'nin Bulgaristan'a dönmesi durumunda insanlık dışı ve aşağılayıcı bir muameleye uğrama bakımından gerçek bir risk altında olduğu ve fiziksel ve ruhsal açısından yeterli tedbirlerin kendisine uygulanmayacağı iddialarını yeterince detaylandırıldığını ve bunlar bakımından Başvurunun kabul edilebilir olduğuna ve bu iddiaların esastan incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Esasa İlişkin Değerlendirme

10.1 Komite, Seçmeli Protokolün m. 10 (1) hükmü doğrultusunda, taraflarca sağlanan bilgi ve belgeler ışığında başvuruyu incelemiştir.

10.2 Komite, Başvurunun Taraf Devletin yürütülen sığınma talebi değerlendirmesi sırasında çocuğun üstün yararına öncelik vermeyerek Sözleşmenin m. 3 (3) hükmünü ihlal ettiğine ilişkin iddialarını dikkate almaktadır. Ayrıca Başvurunun M.K.A.H'nin Bulgaristan'a gönderildiği takdirde, Suriye Arap Cumhuriyetindeki çatışmalar ve mültecilik sürecinde yaşadıklarından dolayı travmatize olmasına rağmen ihtiyacı olan desteğe, insan haysiyetine uygun bir hayat olanağına, kendisini topluma entegre edecek ve onun durumunu iyileştirecek eğitime, konuta, sağlık hizmetine ve sosyal hizmete erişimi olmayacağına ilişkin iddialar da dikkate alınmaktadır. Komite, Başvurunun ciddi psikolojik rahatsızlıklarının Bulgaristan'a gönderilmeleri halinde çocuğun ihtiyacı olan bakımı sağlayabilecek tek insan kendisi olduğu için çocuğun durumu değerlendirilirken dikkate alınması gerektiğine ilişkin iddiayı ayrıca dikkate almaktadır.

10.3 Komite, Taraf Devlet'in Federal İdare Mahkemesi'nin sığınma başvurusu sırasında M.K.A.H'nin Bulgaristan'a nakline ilişkin karar verirken,

onun yaşını, amcası ve kuzenleri ile arasındaki bağı, İsviçre’de geçirmiş olduğu zamanı – yedi ay kadar bir süre- değerlendirerek onun üstün yararına olacak şekilde karar verdiği iddiasını dikkate almaktadır. Bununla birlikte Komite, Başvurucunun İsviçre’deki yetkililerin karar verme sürecinde yaptıkları analizlerde (a) M.K.A.H’nin Bulgaristan’da yabancı olduğu için sözlü ve fiziksel şiddete maruz kaldığı (b) M.K.A.H’nin insalık dışı koşullarda alıkonmuş olduğu ve kamplarda insanlık dışı koşullara dayanmak zorunda kaldığı ve yeniden Bulgaristan’a dönme durumunun M.K.A.H’de ciddi bir travma yarattığı (c) Bulgaristan’da iken M.K.A.H’nin bir yıla yakın süre okula gidemediği (d) hem kendisinin hem de M.K.A.H’nin Bulgaristan’da entegrasyona ilişkin bir hizmetten faydalanmamış oldukları (e) kendisinin ve M.K.A.H’nin Bulgaristan’da ailelerinin bulunmadığı (f) Başvurucunun ruhsal sorunları nedeniyle çöküş yaşama riski altında olduğunu ve Bulgaristan’da gerekli sağlık hizmetine erişemeyeceği (g) Bulgaristan’da bir entegrasyon politikası olmadığı için hem kendisinin hem de M.K.A.H’nin evsiz olacakları ve sokaklarda yaşamak zorunda kalacakları (h) M.K.A.H’nin bir vatandaşlığının mevcut olmadığı hususlarını dikkate almayarak çocuğun üstün yararına hareket etmedikleri iddiasını da dikkate almaktadır.

10.4 Komite, 6 No’lu Genel Yorumunda da belirttiği gibi Devletlerin Sözleşmenin 6 ve 37 maddelerinde örnek olarak yani tahdidi olmayacak şekilde sayılan türden telafi edilemez zararlara ilişkin inandırıcı sebepler bulunan bir ülkeye çocuğu geri göndermeme yükümlülüklerinin bulunduğu görüşündedir. Bu yükümlülük ilgili ciddi hak ihlalleri kamu dışı kuruluşlardan/kişilerden kaynaklansa ya da ilgili ihlaller kasıtlı bir hareketin doğrudan sonucu ya da bazı davranışların varlığının veya yokluğunun dolaylı sonuçları olarak ortaya çıksalar bile geçerlidir. Bu türden ciddi ihlallerin var olup olmadığı araştırılırken değerlendirme hem yaş hem de cinsiyet olgularına duyarlı bir şekilde yapılmalıdır.¹⁶ Bu türde bir değerlendirmede şüphe ile yaklaşım kuralı uygulanmalı ve hedef Devlet’in çocuğu böylesi bir riskten koruma bakımından imkanlarına ilişkin makul bir şüphenin bulunması halinde Taraf Devlet çocuğu geri göndermekten kaçınmalıdır.¹⁷

10.5 Komite, çocuğun üstün yararının, çocuğun sınır dışı edilme süreçlerinde de temel düşünce olduğunun ve bu tür bir kararın - uygun önlemler içeren bir usulle - çocuğun güvende olacağından, uygun bir şekilde bakılacağından ve haklarından yararlanacağından emin olunarak alınması

16 Komitenin 6 No’lu Genel Yorumu (2005) prg. 27 ve Kadına Karşı Ayrımcılığın Engellenmesi Komitesi, 32 No’lu Genel Tavsiye (2014) prg. 25.

17 K.Y.M v. Danimarka (CRC/C/77/D/3/2016), prg. 11.8.

gerektiğinin altını çizer.¹⁸ Komite, ispat yükünün tamamen Başvurucuya ait olmadığını, Başvurucu ile Taraf Devlet arasında delillere erişim imkanı bakımından her durumda eşitlik bulunmayabileceğini ve olayların büyük çoğunluğunda Taraf Devletin ilgili bilgiye erişimi olduğu hususunu ayrıca hatırlatır.¹⁹

10.6 Bu açıdan Komite, Başvurucunun ve Üçüncü Kişilerin gönderme yaptığı ve Bulgaristan'ın uluslararası korumanın gereklerine ilişkin bir entegrasyon programı olmadığına ve uluslararası koruma altındaki kişilerin konut, iş, sosyal yardım ve sağlık hizmetine erişimde ciddi güçlükler yaşadığına ilişkin tespitler içeren raporları dikkate almaktadır. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliğinin Ekim 2019'da yayınlanan ve kabul koşullarının uygun olmadığına, entegrasyon açısından koruma talep eden kişilerin talepleri işleme alındıktan ya da sonuçlandıktan kısa bir süre sonra ülkeyi terk ettiklerine, Bulgaristan'ın entegrasyonu özel olarak amaç edinen bir uygulaması, özel ihtiyaçları olan bireylere ilişkin bir uygulaması olmadığına ve evsizliğin gerçekliğine ilişkin raporuna özel olarak dikkat edilmektedir.²⁰ Komite, İnsan Hakları Komitesinin Z.M v. Danimarka dosyasında benimsemiş olduğu görüşleri ve o olayda bir çiftin ve çocuklarının Bulgaristan'a gönderildikleri takdirde Medeni ve Sosyal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin m. 7 hükmüne aykırılık oluşturacak şekilde, babanın kendisi için gerekli sağlık hizmetinden faydalanamayacağı, ailenin orada zorluk ve sefalet yaşama riski içinde olacağına ilişkin değerlendirmeleri dikkate almaktadır.²¹

10.7 Komite, Taraf Devletin Başvurucunun yaptığı sığınma başvurusunu değerlendirirken Bulgaristan'ın insan hakları ve 95/2011 sayılı AB Direktifi de dahil ilgili ikinci koruma mekanizmalarına taraf olduğunu değerlendirdiğini ancak Bulgaristan'da M.K.A.H ile benzer durumdaki çocukların maruz kaldığı insanlık dışı ve haysiyetsiz muamele riskine ilişkin çok sayıda raporu hesaba katmadığını gözlemlemektedir. Ayrıca Komite, Taraf Devlet'in M.K.A.H'nin silahlı çatışmalardan zarar gören kimse statüsünü dikkat etmediğine ve sığınma arayan bir kimse olarak Bulgaristan'da kaldı-

18 Bkz. Komite'nin (22 No'lu Yorum, 2017), Bütün Göçmen İşçilerin ve Ailelerinin Haklarını Koruma Komitesi (3 No'lu Yorum) ile Ortak Yorumu, prg. 29 ve 33.

19 M.T. v. İspanya (CRC/C/82/D/17/2017), prg. 13.4, El Hassy v. Libya Arap Cemahiriyesi (CCPR/C/91/D/1422/2005), prg. 6.7, and Medjnoune v. Cezayir (CCPR/C/87/D/1297/2004), prg. 8.3.

20 Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği, İnsan Hakları Yüksek Komiserliğine özet rapor, Genel Periyodik İnceleme: 3. Çevrim, 36. Oturum. Bulgaristan'daki durumun Genel Periyodik İncelemesi, Ekim 2019, s. 1 ve 3.

21 R.A.A. ve Z.M. v. Danimarka, prg. 7.7 ve 7.9; ayrıca bkz. A.N. v. İsviçre (CAT/C/64/D/742/2016), prg. 8.7.

ğı sürede kötü muamele gördüğüne ilişkin iddiaları değerlendirmede, annesinin ve kendisinin Bulgaristan'da eğitim, iş, konut ve tıbbi yardım ve çocuğun ihtiyacı olan fiziksel ve psikolojik iyileşme ile entegrasyon hizmetini nasıl alacaklarının teyidini içeren, M.K.A.H'ye özel bir risk değerlendirmesi yapmaya tenezzül etmediğine dikkat etmektedir.²² Komite, Taraf Devletin yabancı kimselerin yardım alabileceği hayır kuruluşlarının varlığını öne sürdüğünü görmekte ancak hayır kurumlarının desteğinin bir eksik kapatma işlevi gördüğü bunların varlığının Devletlerin yükümlülüklerini yerine getirdiği anlamına gelmediği görüşünü paylaşmaktadır.

10.8 Komite, Taraf Devlet'in Başvurucunun sağlık raporları ile dikkatine sunulan ruh sağlığı durumunu yeterince değerlendirmeye almadığını ve Başvurucunun özel tıbbi ihtiyaçlarının Bulgaristan'da karşılanıp karşılanmayacağını araştırmadığını tespit etmektedir. Komite, çocuğun tek bakıcısı, tek ilgileneni olan annenin akli sağlık durumunun çocuğun uyumlu bir çevrede gelişmesi ve hayatta kalması için yaşamsal önemde olduğu görüşündedir. Bu açıdan Komite Başvurucunun Bulgarca bilmediğine işaret etmekte ve iş piyasasında bir imkana ve gerekli sağlık hizmetine erişmesinin oldukça güç olacağını değerlendirmektedir.

10.9 Bu itibarla Komite, Taraf Devletin M.K.A.H'nin Bulgaristan'a döndüğünde karşılaşılabilecek riskleri değerlendirmeksizin veya gideceği ülkede M.K.A.H'nin insanlık dışı veya haysiyetsiz muameleye maruz kalmayacağından emin olmadan hareket etmesinin çocuğun üstün yararını temel düşünce olarak benimsemediğini gösterdiği ve Taraf Devletin bu davranışlarının, Sözleşmenin m. 3 (1) hükmünü ihlal ettiğine ve Sözleşmenin m. 6 (2), 22, 27, 28, 37 ve 39 hükümlerinin ihlaline yol açma potansiyelinin bulunduğu kanaat getirmiştir.

10.10 Komite, Başvurucu ve M.K.A.H'nin sığınma başvurusunda bulduklarında açık bir şekilde M.K.A.H'nin vatansız olduğunu ifade ettiklerini görmektedir. Taraf Devlet'in çocuğun Bulgaristan'da bir vatandaşlığının olup olmayacağını araştırılmadığı görülmektedir. Komite Sözleşmenin m. 7 hükmünün Devletlere vatandaşlık alınması için gerekli adımları atma bakımından faal olma yükümlülüğü yüklediği kanısındadır. M.K.A.H'nin vatansızlığından haberdar olan Taraf Devlet, M.K.A.H Bulgaristan'a döndüğünde vatandaşlık hakkına erişimi olabilmesi için gerekli adımları atmalıydı. Bundan dolayı Komite, mevcut durumda M.K.A.H Bulgaristan'a

22 Jasin et al. v. Danimarka (CCPR/C/114/D/2360/2014), prg. 8.9, ve Y.A.A. ve F.H.M. v. Danimarka (CCPR/C/119/D/2681/2015), prg. 7.7

dönmüş olsaydı Sözleşmenin m. 7 hükmü ile koruma altındaki hakkın ihlal edilmiş olacağı kanısındadır.

10.11 Komite, ulusal makamların sığınma işlemleri sırasında M.K.A.H'yi - o sırada 11 yaşındadır- dinlememelerinin Taraf Devletin Sözleşmenin m. 12 hükmünü ihlal etmesine neden olduğu iddiasını değerlendirmektedir. Taraf Devletin bu konuda M.K.A.H'nin yaşı itibariyle dinlenmediğini ve görüşlerini ifade etme hakkını annesi aracılığı ile kullandığı şeklinde bir açıklama yaptığı görülmektedir. Komite, Sözleşmenin m. 12 hükmünün çocuğun kendisini etkileyen her türlü yargısal veya idari süreçte ister doğrudan ister temsilci aracılığı ile görüşlerini ifade etme hakkını garanti altına aldığını tekrar etmektedir. Komite ayrıca, görüşlerini ifade etme hakkını kullanmak isteyen çocuğun bunu nasıl yapacağına da , ister doğrudan isterse temsilci veya uygun bir kurum aracılığı ile görüşlerini ifade etme biçimine de çocuğun karar vermek durumunda olduğunu vurgulamaktadır.²³ Bunlara ek olarak Komite, Sözleşmenin m. 12 hükmünün çocukların kendilerini ifade etme hakkını kısıtlayacak bir yaş sınırı getirmediğini ve Taraf Devletlerin bu konuda bir kuralla ya da uygulama yorumu yoluyla çocuğun kendisini ilgilendiren konularda görüşlerini ifade etme hakkına müdahale eden bir yaş sınırı belirlemekten geri bırakır bir içeriğe sahip olduğuna işaret etmektedir. Komite, Taraf Devletin M.K.A.H.'nin kendi görüşlerini oluşturma yeteneğini sığınma başvurusu sırasında göstermek ve bu konuda duruşmada söz istemek zorunda olduğuna ilişkin görüşü paylaşmamaktadır. Komite, çocuğun üstün yararının tespitinin çocuğun durumuna ilişkin sığınma talebinde bulunan ebeveyninin gerekçelerinden ayrı bir değerlendirme yapılmasını zorunlu kıldığı görüşündedir.²⁴ Bu nedenle Komite, Taraf Devletin çocuğu bizzat dinlemeyerek somut olayda Sözleşmenin m. 12 hükmünü ihlal ettiği görüşündedir.

10.12 Komite, Başvurucunun M.K.A.H.'nin Avrupa'daki tek akrabaları olan ve kendisinin iyiliği ve entegrasyonu açısından temel önemde ilişkilerinin bulunduğu amcası ve kuzenlerinden ayrılmasının Sözleşmenin m. 16 hükmü ile güvence altına alınan hakkının ihlali olacağı iddiasını değerlendirmektedir. Bu konuda Taraf Devlet'in, M.K.A.H.'nin Bulgaristan'a annesi ile birlikte gideceği ve Federal İdare Mahkemesinin M.K.A.H.'nin kuzenleri ve amcası ile olan ilişkisini bir bağlılık olarak değerlendirmedeği yönünde beyanları olduğu görülmektedir. Komite konu ile ilgili olarak Sözleşmede kullanılan "aile" teriminin çekirdek aile, geniş aile ve diğer geleneksel ya

23 Komite'nin 12 No'lu Genel Yorumu (2009) prg. 35 ayrıca bkz ilgili yorum prg. 36 ve 37.

24 E.A. ve U.A. v. İsviçre, prg. 7.3.

da modern toplumsal ilişkilene biçimlerini de kapsama alan ve gencin bakımına, tatminine ve gelişimine etkisi olan çok çeşitli ilişkileri ifade eder bir şekilde anlaşılması gerektiği görüşündedir.²⁵ Bu dosya ile ilgili olarak somut olayın koşullarına da dikkat eden Komite, M.K.A.H.'nin amcasından ve kuzenlerinden ayrılmasının onun gelişimine ve sosyal entegrasyonuna ket vurabileceği düşüncesindedir. Bundan dolayı Komite, M.K.A.H.'nin Bulgaristan'a nakledilmesinin Sözleşmenin m. 16 hükmünde garanti altına alınan hakkın ihlaline neden olacak şekilde M.K.A.H.'nin özel yaşamına keyfi bir müdahale teşkil edeceği sonucuna varmıştır.

11. Seçmeli Protokolün m. 10 (5) hükmüne istinaden Komite, kendisine bildirilen vakıaların Sözleşmenin m. 3 (1) ve m. 12 hükmüne aykırılık teşkil ettiği ve M.K.A.H.'nin ve annesinin Bulgaristan'a gönderilmelerinin Sözleşmenin m. 6 (2), 7, 16, 22, 27, 28, 37 ve 39 maddelerine aykırılık teşkil edeceği hükümlerine varmıştır.

12. Bundan dolayı Taraf Devlet,

(a) Bulgaristan Cumhuriyeti ile İsviçre Federal Konseyi arasındaki anlaşma hükümleri doğrultusunda M.K.A.H.'nin ve annesinin Bulgaristan'a gönderilmesine ilişkin kararı yeniden gözden geçirmek

(b) Acilen, Başvurucu ve M.K.A.H.'nin sığınma talebini yeniden ele almak ve bunu yaparken, çocuğun üstün yararını temel düşünce olarak benimseyen, M.K.A.H.'ye görüşlerini ifade etme hakkı tanıyan ve somut olayın koşullarını, yani bir tarafta silahlı çatışmaların ve başkaca travmatik deneyimlerin kurbanı olarak sığınacak yer arayan Başvurucu ve çocuğunun muzdarip oldukları ruh sağlığı sorunları için ihtiyaç duydukları tedaviyi ve bu tedavinin Bulgaristan'da mümkün olup olmadığını bir tarafta da M.K.A.H.'nin Bulgarca bilmeyen annesinin refakatinde Bulgaristan'da tabi olacağı koşulları dikkate alan bir değerlendirme yapmak,

(c) Sığınma talebinin yeniden değerlendirilmesinde M.K.A.H.'nin vatan-sızlık durumunun devam edip etmeyeceğini hesaba katmak,

(d) M.K.A.H.'nin rehabilitasyonunu tesis edecek nitelikli bir psikosozal yardımdan yararlanmasını sağlamak,

(e) Bir daha benzeri bir ihlalin tekrarını engellemek için gereken tedbirleri (i) çocukların kendilerini etkileyen kararlara itiraz etmelerini güçleştiren bütün yasal idari ve finansal engelleri ortadan kaldırmak (ii) sığınma başvurusuna ilişkin süreçler bağlamında çocukların görüşlerinin sistemli

25 Komite'nin 7 No'lu Genel Yorumu (2005), prg. 15

bir şekilde dinlenmesini sağlamak (iii) çocukların başka ülkelere gönderilmesine ilişkin ulusal düzeydeki anlaşmaların Sözleşme ile uyumunu sağlamak²⁶

Yükümlülükleri altındadır.

13. Seçmeli Protokolün m. 11 hükmü doğrultusunda Komite, Taraf Devletten mümkün olan en kısa zamanda ancak en geç 180 gün içinde Komite'nin görüşleri doğrultusunda atılan adımlara ilişkin bilgilendirme talep etmektedir. Taraf Devletten Komiteye Sözleşmenin m. 44 hükmü doğrultusunda sunacağı raporlarda da bu adımlardan bahsetmesi talep edilmektedir. Son olarak Taraf Devletten, bu görüşü resmi dillerinde yayınlaması ve en geniş şekilde yayması talep edilmektedir.

26 E.A. ve U.A. v. İsviçre, prg 9.

4. BÖLÜM

Çocukların Aile İlişkilerinin Korunması

Birleşmiş Milletler

CRC/C/83/D/30/2017

Çocuk Hakları
SözleşmesiDağıtım.: Genel
12 Mart 2020
İngilizce
Orijinal Dil: İspanyolca**Bireysel başvuru usulüne ilişkin Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne Ek Seçmeli Protokol kapsamında 30/2017 No'lu başvuruya ilişkin Komite tarafından kabul edilen görüşler^o *, ****

<i>Başvuruyu yapan:</i>	N.R. (Avukat Alberto Manuel Poletti Adorno tarafından temsil edilmektedir)
<i>Mağdur (iddia edilen):</i>	C.R.
<i>Taraf Devlet:</i>	Paraguay
<i>Başvuru tarihi:</i>	10 Mayıs 2017
<i>Görüşlerin Kabul tarihi:</i>	3 Şubat 2020
<i>Konu:</i>	Kişisel ilişkileri sürdürme ve babayla doğrudan görüşme hakkı
<i>Usuli Meseleler:</i>	Zaman bakımından kabul edilemezlik, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının sağlanmaması, delil yetersizliği
<i>Sözleşme'nin ilgili maddeleri:</i>	3, 4, 5, 9 (3), 10 (2), 18 ve 19
<i>Seçmeli Protokol'ün ilgili maddeleri:</i>	7 (e), (f) ve (g)

1. Başvurucu, 20 Ocak 1976 doğumlu Arjantin vatandaşı N.R.'dir. Başvurucu, başvuruyu kendisi de bir Arjantin vatandaşı olan 16 Haziran 2009 doğumlu kızı C.R. adına gerçekleştirmiştir. Kızının, Sözleşme'nin 3, 4, 5, 9 (3), 10 (2), 18 ve 19. maddelerinin ihlalden mağdur olduğunu iddia etmiştir. Seçmeli Protokol, taraf devlette, 20 Nisan 2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

^o Çeviren Ömer EGELİĞİ

* Komitenin yetmiş yedinci oturumunda kabul edilmiştir (15 Ocak – 2 Şubat 2018).

** Başvurunun değerlendirilmesinde Komitenin takip eden üyeleri yer almıştır: Suzanne Aho Assouma, Amal Salman Aldoseri, Hynd Ayoubi Idrissi, Jorge Cardona Llorens, Bernard Gastaud, Olga A. Khazova, Hatem Kotrane, Cephas Lumina, Gehad Madi, Benyam Dawit Mezmur, Clarence Nelson, Mikiko Otani, Luis Pedernera Reyna, José Ángel Rodríguez Reyes, Kirsten Sandberg, Ann Marie Skelton, Velina Todorova and Renate Winter.

Başvurucu tarafından öne sürülen olgular

2.1 Başvurucu, belirsiz bir süredir Arjantin, La Plata'da doğan C.R.'nin annesi olan Paraguay vatandaşı L.R.R. ile birlikte. Haziran 2009'da, C.R.'nin doğumundan 11 gün sonra L.R.R. kızıyla birlikte memleketi Asunción'a yerleşmek için ayrılmıştır. Başvurucu, kızı hala küçükken onu ziyaret etmek için dönem dönem Paraguay'a seyahat etmiştir. Başvurucu, kızının velayetiyle ilgili herhangi bir karar alınmadığını ancak annesinin, fiili olarak velayeti elinde tuttuğunu belirtmiştir.

2.2 Belirsiz bir süre L.R.R. yeni bir hayata başlamak istemiş ve bunun ardından başvurucu ve kızının görüşmeleri önünde engeller ortaya çıkmaya başlamıştır. Başvurucu, eski partnerinin uzlaşmaz tavrı yüzünden kızıyla düzenli bir iletişim kuramadığını beyan etmiştir.

2.3 Başvurucu, 16 Şubat 2015 tarihinde kızına ulaşabilmek için 7 No'lu Asunción Çocuk Mahkemesinde (dördüncü liste) dava açmıştır. Başvurucu, kızına telefonla ulaşabilmeyi ve masrafları kendisi tarafından ödenmek koşuluyla kızının Arjantin'e seyahat edebilmesini talep etmiştir.¹

2.4 L.R.R., 12 Mart 2015 tarihinde başvurucunun dava dilekçesine, başvurucunun nafaka talebini reddetmiş olması nedeniyle kızına yaklaşmasına veya kızıyla iletişim kurmasına razı gelmeyeceği şeklinde yanıt vermiştir. Başvurucu ise daha önce nafaka ödemesi için dava açıldığını ancak annenin nafaka miktarlarını az bulması sebebiyle kızıyla görüşmesini reddettiğini beyan etmiştir.

2.5 14 Nisan 2015 tarihinde duruşma gerçekleşmiş ve taraflar şu konularda anlaşmıştır: (a) Başvurucu kızıyla Skype vasıtasıyla- gerekli ekipmanlar baba tarafından sağlanmak kaydıyla - Pazartesi, Çarşamba ve Cumaları akşam 6 ve 7 arasında iletişim kurabilecektir; (b) Başvurucunun kızı, kış tatili süresince 7 gün, başvurucunun doğum günü (19 Ocak) haftası süresince 7 gün ve yaz tatili süresince 7 gün başvurucuyla birlikte Arjantin'de kalabilecektir (c) Başvurucu, her ay için bir Cumartesi sabah 9'dan akşam 6'ya kadar kızıyla birlikte zaman geçirebilecektir.

2.6 Yerel Mahkeme, 30 Nisan 2015 tarihinde ziyaret ve görüşmelere ilişkin bu düzenlemeleri tesis eden 139 No'lu hükmü vermiştir.² Başvurucu, bu düzenlemelerin 4711 sayılı Çocuk ve Ergenler Kanunu'nun 96.

1 Başvurucu, 16 Şubat 2015 tarihinde Asunción Çocuk Mahkemesinde açtığı davadaki iddialarının bir örneğini sunmuştur.

2 Başvurucu, Çocuk Mahkemesinin 30 Nisan 2015 tarihli ve 139 No'lu hükmün bir örneğini sunmuştur.

maddesinde³ öngörülen yaptırımlara tabi olmasını talep etmiştir.⁴ Talebi 11 Haziran 2015 tarihinde reddedilmiştir; Açıklama için temyiz başvurusu da 13 Ağustos 2015 tarihinde reddedilmiştir. Buna karşı yaptığı temyiz başvurusu da Temyiz Mahkemesi tarafından 11 Ağustos 2016 tarihinde reddedilmiştir.⁵

2.7 Başvurucu, 5 Ekim 2015 tarihinde kararın icrası için usuli işlemler başlatmıştır. 14 Aralık 2015'de, 6 ve 12 Ocak 2016 tarihlerinde kararın yerine getirilememesi şikâyetleriyle ilgili Çocuk ve Ergenler Kanunu'nun 96. maddesinin, Yargı Teşkilatı Kanunu'nun 236. Maddesinin ve 4711 No'lu Kanun'un işletilmesi talebiyle Çocuk Mahkemesine başvurmuştur. ⁶ Aynı zamanda 29 Nisan 2015 tarihinde ve 24 Şubat 2016 tarihinde, yargı yönetimi-ndeki gecikmelerle ilgili şikâyette bulunmuştur.⁷ Bunlara ek olarak 22 ve 29 Nisan 2015 ve 6 Haziran 2016 tarihlerinde taraf devlete geçici tedbir talebinde bulunmuş ancak yanıt alamamıştır.⁸ Başvurucu, geçici tedbir talebinin herhangi bir Paraguay mahkemesinde incelenmediğini beyan etmiştir.

2.8 Temyiz Mahkemesi, 30 Mart 2016 tarihinde, 64 sayılı ara kararla, adaletin uygulanmasındaki gecikmelere ilişkin şikâyeti onamış ve Çocuk Mahkemesinden, kararın tebliğinden itibaren 72 saat içinde kararın icrasını talep eden bir karar vermesini istemiştir. Çocuk Mahkemesi, 7 Nisan 2016 tarihinde 66 sayılı ara kararla görüşme düzenlemelerinin icrasına ve davalının karardan üç gün içinde haberdar edilmesine karar vermiştir. Mahkeme, Mayıs 2016'da 128 sayılı ara karar vasıtasıyla, karara uyulmasına, başvuru sahibi ve görüşme düzenlemelerine yarar sağlaması amacıyla bir sosyal hizmetler uzmanının davalının evine gönderilmesine karar vermiştir. Mahkeme, 28 Haziran 2016 tarihinde 188 sayılı hükmüyle, başvuru-cunun 30 Nisan 2015 tarihli ve 139 sayılı hükmün icrası için yaptığı başvuruyu kabul etmiştir. Başvurucu, 66 sayılı ara karar ve 188 sayılı hükümde karar verilen tedbirlerin açmış olduğu davalarda gereken tedbirleri sağla-

3 Çocuk ve Ergenler Kanunu (No. 1680/01). "Madde 96 – (Görüşme ve iletişim için) düzenlemelere riayet etmeme – Mükerrer bir şekilde Mahkemenin hükmettiği düzenlemelere uymamak mevcut düzenlemelerin değişmesine ya da velayetin geçici olarak askıya alınmasına yol açabilir."

4 13 Aralık 2012 tarihli ve 4711 No'lu mahkeme kararına uymamanın cezalandırılması konulu dava.

5 Başvurucu, Çocuk Temyiz Mahkemesinin 11 Ağustos 2016 tarihli ve 77 No'lu kararının örneğini eklemiştir.

6 10 Aralık 2001 Tarihli Yargı Teşkilatı Kanunu. "Madde 236 –Davacılar, avukatları veya temsilcileri veya diğer kişiler, duruşmalarda, davalarda, görev veya emirlerinin yerine getirilmesinde veya diğer herhangi bir durumda yargı makamlarına veya nezaket kurallarına karşı işledikleri suçlardan dolayı mahkemeler tarafından uyarı, para veya hapis cezasına çarptırılabilir."

7 Başvurucu, adalet teşkilatındaki gecikmelerle ilgili Çocuk Mahkemesine yaptığı 29 Nisan 2015 ve 14 Aralık 2015 tarihli şikâyetlerinin örneklerini sunmuştur.

8 Başvurucu, Çocuk Mahkemesine yaptığı 22 Nisan 2015 tarihli geçici tedbir talebinin örneklerini sunmuştur.

yamadığını işaret etmiştir. Bu kararlar aynı zamanda davalının görüşme düzenlemelerine ve geçici tedbir taleplerine uymadığına dair herhangi bir atıf da içermemektedir.

2.9 Başvurucu 8 Haziran, 2 ve 24 Ağustos, 3 Kasım, 7 ve 26 Aralık 2016; 15 Şubat ve 6 Mart 2017 tarihlerinde de kararların icra edilmemesiyle ilgili şikâyetlerde bulunmuştur.⁹ Ayrıca 23 Mart 2017'de yargı teşkilatındaki gecikmelerle ilgili Yüksek Adalet Divanına başvuruda bulunmuştur.

2.10 Başvurucu, Temyiz Mahkemesinin 25 Nisan 2017 tarihli ve 60 sayılı ara kararında şu ifadelere yer verdiğini belirtmektedir:

Hükümlerin ve diğer yargı kararlarının icrası hakkı, hakların etkili bir şekilde korunması hakkın bir bileşenidir (Hukuk Muhakemesi Kanunu, md. 163 ve 519) ve hiçbir makam, özellikle birlikte yaşamadığı ebeveyniyle ilişki kurma hakkı olan bir çocuğun yüksek menfaatleri söz konusu olduğunda, kararları kesin bir şekilde uygulamaktan kaçınamaz, bunların icrası az ya da çok geciktirilemez... Hâkimler, hükümlerin ve diğer yargı kararlarının zamanında uygulanmasını sağlamakla yükümlüdürler. Ayrıca, annenin sosyal hizmet görevlisine internet bağlantısı için kaynakları olmadığı, kızının daha önce babasıyla zaman geçirmedeği ve kız çocuğu olduğu için babasıyla seyahat etmesini istemediği yönündeki beyanları anlaşılabilir olsa da görüşme düzenlemelerine uymamanın ve babayla kız arasındaki iletişim sıklığının azalmasının, kızın babasıyla seyahat etme isteğini azaltacağı hususu göz ardı edilmemelidir. Ne var ki bu durum, annenin mevcut tablo karşısında pasif – hatta ikna olmuş – bir duruş sergilemesi gerektiği anlamına gelmez, çünkü görüşme düzenlemelerinin yerine getirilmesi için çabalarını arttırması veya mevcut görüşme düzenlemesinden memnun değilse alternatif bir mekanizma araması gereken annedir... Ayrıca, bu tür bir karara uyulmaması durumunda yaptırım uygulanması öngören bir prosedür olmamasına rağmen, yargıçların kararı uygulamak için yasal araçları mevcuttur – yani, hem maddi hem de usule ilişkin bir dizi ilkeye bağlı kalabilirler ve bu ilkelere uyulmasını veya hükmün icra edilmesini sağlayabilirler.¹⁰

2.11 Başvurucu, tüm şikâyetlerine rağmen, taraf devletin karara uyulması için herhangi bir adım atmadığını veya taraf devlette yürütülen adli işlemlere video konferans yoluyla katılma taleplerini kabul etmediğini vurgulamıştır.

9 Başvurucu, 8 Temmuz, 2 ve 24 Ağustos, 3 Kasım, 7 ve 26 Aralık 2016 tarihlerinde Çocuk Mahkemesine yapmış olduğu başvuruların örneklerini sunmuştur.

10 Başvurucu Temyiz Mahkemesinin 25 Nisan 2017 tarihli ve 60 No'lu ara kararının bir örneğini sunmuştur.

2.12 Başvurucu, taraf devlet yetkililerinin, San José okulu yetkililerine sunduğu kızıyla görüşme taleplerinin ve kızıyla iletişim halinde kalmasını öngören mahkeme kararına uyulmadığına ilişkin telefon yoluyla ilettiği şikâyetlerini de dikkate almadığını beyan etmiştir. Ayrıca, sosyal hizmet uzmanının raporuna rağmen, yetkililerin kararı uygulamak için herhangi bir tedbir almadığını da not eder.

Şikâyet

3.1 Başvuru sahibi, taraf devletin, görüşme düzenlemelerini belirleyen karara uyulmasını sağlamak için herhangi bir adım atmayarak, Sözleşme'nin 3. maddesi uyarınca yapmaları beklenen, çocuğun yüksek yararını dikkate almadığını ileri sürmektedir. Kızının babası ve ailesiyle olan ilişkisinin gelişimi için çok önemli olduğuna dikkat çekmiştir. Argümanını desteklemek için, Sözleşme uyarınca çocuğun yüksek yararının birincil düşünce olması gerektiğini belirten ziyaret düzenlemeleriyle ilgili Arjantin içtihadına atıfta bulunur. Bu nedenle, ebeveynleri ayrı olan ve farklı devletlerde yaşayan bir çocuk için ziyaret düzenlemeleri sorununu içeren bir davada, çocuğun kişisel ilişkilerini sürdürme ve her iki ebeveynle düzenli olarak doğrudan temas kurma hakkının savunulması, tüm adli konularda, öncelikli düşünce olarak kabul edilmelidir.¹¹

3.2 Başvurucu, Çocuk ve Ergenler Kanunu'nun (1680/2001 sayılı Kanun) görüşme düzenlemeleriyle ilgili kararların uygulanması için açık bir prosedür sağlamadığını belirtmektedir. Başvurucu, bir mahkeme kararının varlığına rağmen, bir babanın kızıyla ilişkisini sürdürebilmesini sağlamak için gerekli önlemleri almadığı dolayısıyla çocuğun yüksek yararına uygun hareket etmediği için Mahkemenin taraf devlete yaptırım uyguladığı bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi davası olan *Strumia / İtalya*'ya atıfta bulunmaktadır.¹² Başvurucu ayrıca, aynı Mahkemenin aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verdiği *Giorgioni / İtalya* davasına da atıfta bulunmaktadır.¹³ Son olarak, S.B.S. kararına atıfta bulunur. Asunción Çocuk Temyiz Mahkemesi 28 Nisan 2014 tarihinde, yasal velayete sahip olmayan ebeveynin çocukla uygun iletişimi sürdürme ve ayrılma veya boşanma durumunda eğitimi denetleme hakkının/görevinin Sözleşmenin

11 Başvurucu, Ulusal Hukuk Mahkemesinin I. Dairesinin, *Belluscio, Claudio, El derecho a Visitar a los hijos*'ta bahsedilen 26 Aralık 1997 tarihli, LL-1998, D-144 kararına atıfta bulunmaktadır. *Tratado teórico y practico* (Ed. Tribunales, 2012).

12 Başvuru No. 53377/13, 23 Haziran 2016.

13 Başvuru No. 43299/12, 15 Eylül 2016.

9 (3). maddesi uyarınca, çocuğun kişisel gelişimine ciddi zarar verecek bir çatışma kaynağı haline gelmemesi için uygun şekilde değer verilmesi gerektiğini belirtmiştir.

3.3 Başvurucu ayrıca, taraf devletin, kızıyla görüşmesi yönündeki iddiasını destekleyen mahkeme kararına ve yasal hükümlere rağmen, taraf devletin adli makamlarının kızının Sözleşme'den kaynaklanan haklarını yürürlüğe koymak için gerekli önlemleri almaması nedeniyle, Sözleşme'nin 4. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmektedir.

3.4 Buna ek olarak başvurucu, nafaka için dava açıldığı ve annenin nafaka ödemelerini yetersiz bulduğu için kızıyla ilişkisinin reddedildiği hususunun anlaşıldığı için taraf devletin Sözleşme'nin 5. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmektedir. Ancak başvurucu, miktarın maaşının önemli bir yüzdesine denk olduğunu iddia ediyor. Derece mahkemesindeki nafaka davasının iki yıl sürdüğünü ve sonunda ödemek zorunda olduğu miktarın geriye dönük olarak ikiye katlandığını belirtmektedir. Daha fazla ekonomik destek sağlamak adına kızıyla temastan vazgeçmeye zorlanmaması gerektiğini ve işvereni olan Arjantin Devletini etkileyen şiddetli kriz nedeniyle ek gelir sağlayamadığını ileri sürmektedir.

3.5 Başvurucu ayrıca, taraf devletin, ebeveynlerin birinden veya her ikisinden ayrı düşen çocuğun, herhangi bir konuda her iki ebeveynle de kişisel ilişkiler ve düzenli olarak doğrudan temas kurma hakkına saygı göstermesi yükümlülüğü öngören Sözleşme'nin 9 (3). maddesini ihlal ettiğini ileri sürmektedir. Başvurucu, bir Arjantin mahkemesinin anne babaların ayrılırken çocuklarının birlikte yaşamadıkları ebeveynle iletişim kurabilmelerini sağlamaları gerektiğini ve ayrıca devletlerin Sözleşme'de yer alan, çocuğun kişisel ilişkileri sürdürme ve her iki ebeveynle düzenli olarak doğrudan temas kurma hakkına saygı duyması gerektiğini belirten bir karara atıfta bulunmaktadır. Başvurucu, nafaka ödemelerini planlandığı şekilde yaptığını, bu nedenle annenin artık cep telefonları için bile kolayca elde edilebilen bir internet hizmetleri sağlayıcısıyla sözleşme yapmasını engelleyen hiçbir şey olmadığını belirtmektedir.

3.6 Başvurucu, taraf devletin, Sözleşme'nin «ebeveynleri farklı devletlerde ikamet eden bir çocuğun, istisnai durumlar dışında, düzenli olarak her iki ebeveynle de kişisel ilişkiler ve doğrudan iletişim kurma hakkına sahip olacağını» belirten 10 (2). maddesini ihlal ettiğini ileri sürmektedir. Bu durumda, kızıyla ilişkisini sürdürmesini engelleyecek hiçbir istisnai durumun bulunmadığına dikkat çekmektedir. Taraf Devlet makamlarından birçok kez destek talep etmesine rağmen, olumlu ya da süratli yanıtlar alamamıştır.

3.7 Başvurucu ayrıca, taraf devletin, Sözleşme'nin 18. ve 19. maddelerini ihlal ettiğini ileri sürmektedir. Bu maddelerin, mahkeme kararıyla tesis edilen görüşme düzenlemelerine uyulmamasının kızı üzerindeki etkilerine atıfta bulunduğunu kaydeder. Ayrıca, her iki ebeveynin de çocuklarının yetiştirilmesinden ve eğitiminden sorumlu olduğunu ve taraf devletin bu hakları garanti altına almak için açıkça hiçbir önlem almadığını kaydeder.

3.8 Başvurucu, davasını, kararları Yüksek Adalet Divanı önünde temyiz edilemeyecek olan Çocuk Temyiz Mahkemesine götürdüğü için taraf devletin mevzuatında öngörülen tüm iç hukuk yollarını tükettiğini iddia etmektedir. Hem alt hem de temyiz mahkemelerinin tüm yargıçlarının, kızıyla daha iyi bir ilişki kurabilmesi için en azından San José okulu aracılığıyla iletişim kurulmasına izin verilmesi yönündeki geçici tedbir ve mahkeme emri taleplerini reddettiğini hatırlatmaktadır.

3.9 Başvurucu, nihai bir kararın var olduğu ve Temyiz Mahkemesi tarafından onaylandığı kanısındadır. Adli makamlardan birçok önlemin alınmasını talep ettiğini ve bu konuda herhangi bir işlem yapılmadığını belirtmektedir: (a) Çocuk ve Ergenler Kanunu'nun 96. maddesine göre görüşme düzenlemelerini değiştirmek; (b) Yargı Teşkilatı Kanunu'nun 236. maddesinde öngörülen para cezalarına hükmetmek; (c) San José okulu aracılığıyla iletişim kurulmasına izin vermek. Başvurucu, birçok kez, davalının kendisinin kızıyla görüşmesine izin vermemeye devam ettiği aşırı bir durum için, ilk iki takibata başvurmayı ve bir mahkeme emrine (4711 sayılı Kanun) uymama nedeniyle cezai kovuşturmayı bırakma tercihini dile getirdiğini belirtmektedir.

3.10 Başvurucu, Komiteden mevcut başvuruyu kabul edilebilir bulması ve taraf devletten görüşme düzenlemelerine uyması için kendisine acil yardım sağlamasını, tekrarlanmama garantisi vermesini ve davanın başlatılmasını ve sorumluların cezalandırılmasının yanı sıra kendisine yapılan zararın tazmin edilmesini de içeren bir soruşturma yürütmesini talep etmektedir. Başvurucu, taraf devletin kendisinin ve kızının haklarını aktif olarak savunmayı kabul etmesi halinde dostane bir çözüme varmaya istekli olduğunu belirtmektedir.

Taraf devletin kabul edilebilirliğe ve esasa ilişkin görüşleri

4.1 Taraf Devlet, 4 Eylül 2018 tarihli görüşünde, iddia edilen vakaların Seçmeli Protokol'ün yürürlüğe girmesinden önceki bir döneme ilişkin olması nedeniyle, başvurunun, Seçmeli Protokol'ün 7 (g) maddesi uyarınca, zaman bakımından kabul edilemez bulunması gerektiğini ileri sürmek-

tedir. Taraf Devlet, başvurucu ve kızının annesi tarafından imzalanan ilk uzlaştırma anlaşmasının mahkemeler tarafından 30 Nisan 2015 tarih ve 139 sayılı nihai karar uyarınca onaylandığını kaydeder. C.R.'nin durumuyla ilgili olarak iddia edilen gerçeklerin Taraf Devlet, için Seçmeli Protokol'ün yürürlüğe girdiği 20 Nisan 2017 tarihinden sonra daimî olarak gerçekleşmeye devam etmiş olmasının söylenemeyeceğine işaret eder.

4.2 Taraf Devlet ayrıca, Seçmeli Protokol'ün 7 (e) maddesi uyarınca, tüm iç hukuk yollarının tüketilmediği için başvurunun kabul edilemez olduğunu ileri sürmektedir. Başvurucunun, Çocuk ve Ergenler Kanunu uyarınca uyuşmazlığın esası hakkında karar vermesi için Yüksek Adalet Divanına başvurmadığına dikkat çeker. Başvuru sahibi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 412 ve 414. maddeleri uyarınca adaletin yerine getirilmesinde yaşanan gecikmelere ilişkin şikâyet başvurusunda bulunurken, Yargıtay Ceza Dairesi'ne sadece usuli amaçlarla başvurmuştur.¹⁴

4.3 Taraf devlet, Ulusal Çocuk ve Ergenler Sekreterliği'nin C.R.'nin durumunu incelediğini ve haklarının ihlal edildiğine dair hiçbir kanıt bulunmadığını ve özel bir okula gittiğini, nezih bir evde ve internet üzerinden babasıyla iletişim kurar halde annesiyle birlikte yaşadığını belirten bir rapor sunduğuna dikkat çekmektedir. C.R.'nin annesi, C.R. ile başvurucu arasındaki ilişkiyi de içeren bir açıklama yapmış ve sürekli temas halinde kalmaları konusunda ısrar ettiğini, kendisinin ve C.R.'nin 2017 ve 2018 yılları arasında Arjantin'e seyahat ettiğini ve böylece C.R.'nin babasını ziyaret edebildiğini ve seyahatlerden birinin parasını kendisinin ödediğini söylemiştir.

4.4 Taraf devlet, çocuğun yüksek yararı ilkesine uygun olarak, C.R.'nin Sözleşme ve ilgili ulusal hukuk kapsamındaki haklarını korumak için çaba göstermeye devam edeceğini kaydetmiştir.

Taraf devletin kabul edilebilirlik ve esasa ilişkin gözlemlerine karşı başvurunun yorumları

5.1 Başvurucu, 18 Ocak 2019 tarihli cevabında, Komiteden taraf devletin başvuruyu kabul edilemezlik itirazını reddetmesini talep etmektedir. Başvurucu, taraf devletin, başvurunun zaman bakımından kabul edilemez

14 Paraguay Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (1337/88 Sayılı Kanun). "Madde 412. Ön talep ve ivedilik görevi. Karar verilmesi için yasal süre geçtiğinde, yargılamanın taraflarından herhangi biri, kararı vermeyen hâkim veya mahkemeden karar vermesini talep edebilir. ...Madde 414. Rapor talebi. Şikâyet yapıldıktan sonra, gecikmeden sorumlu hâkim veya mahkemenin cevap verdiği merci, o hâkim veya mahkemeden bir rapor isteyecektir. Kararın neden (süresinde) verilemediğini belirten raporun ertesi gün ibraz edilmesi gerekir."

bulunması gerektiğine ilişkin iddiasına yanıt olarak, taraf devletin kızına ulaşmakta karşılaştığı süregelen zorlukları kanıtlayan tüm telefon kayıtlarını gözden kaçırdığını ileri sürmektedir.¹⁵ 2015'te başlayan bu durum, 2017'de daha da kötüleşmiş ve Temyiz Mahkemesinin, annenin, baba ile kızı arasındaki iletişimi sağlamak ve kolaylaştırmak için daha fazla çaba göstermesi gerektiğine karar vermesine rağmen bugün de devam etmektedir. Kızının anavatanı olan Arjantin'e sadece bir kez seyahat ettiğini iddia etmiştir. Ayrıca, C.R.'nin annesinin görüşme düzenlemelerine saygı duyduğuna dair ifadesinin tamamen asılsız olduğuna dikkat çekmiştir. Bu iddiayı destekleyen herhangi bir kanıtın bulunmadığını, annesiyle olan anlaşmaya rağmen kızının kendisini Arjantin'de ziyaret etmediğini ve kızıyla olan tek temasının ara sıra gerçekleşen telefon görüşmeleri olduğunu kaydetmiştir.

5.2 Başvurucu, taraf devletin, kızının annesinin mahkeme kararına uymasını konusunda iş birliği yapmamasına dair beyanda bulunmadığını belirtmiştir. Çocuk ve Ergenler Kanunu uyarınca, derece mahkemelerinin karar vermek için 6 günü¹⁶ ve temyiz mahkemelerinin 10 günü olmasına rağmen, bu sürelerle uyulmadığını belirtmiştir.¹⁷ Başvurucu, derece ve temyiz mahkemelerinin yargıçlarına karşı adaletin uygulanmasındaki gecikmelere ilişkin şikâyetinde bulunmak zorunda kalmıştır. Taraf devlet için Seçmeli Protokol'ün yürürlüğe girdiği 20 Nisan 2017 tarihinden bu yana durumun iyileşmediğine dikkat çekmiştir.

5.3 Başvurucu, kızına sadece kendisiyle iletişim kurabilmesi için bir tablet değil, annesinin isteği üzerine internete bağlanabilmesi için bir modem de verdiğini belirtmiştir. Ancak baba ve kızı arasındaki iletişim gelişmemiştir. Başvurucu, bu durumu, kararın uygulanmasından sorumlu olan adli makamlara bildirdiğini, ancak taraf devlet sisteminde öngörülen, Cumhuriyet Savcılığının mahkeme kararına uyulmaması veya görüşme düzenlemelerinde değişiklik yapılması nedeniyle dava açması, para cezası verilmesi, mahkemeye sevk edilme gibi tedbirlerden hiçbirini elde edemediğini vurgulamıştır.

5.4 Başvurucu, iç hukuk yollarının tüketilmiş olması şartına atıfta bulunarak, taraf devletin Seçmeli Protokol'ün 7 (e) maddesinin son kısmın-

15 Başvurucu, kızının annesini aradığı telefon kayıtlarının listesini eklemiştir.

16 "Mad. 179. Nihai kararlar hakkında. Yargıç, yargılamanın sona ermesinden itibaren altı gün içinde bir duruşma düzenler ve bu sırada hüküm sesli olarak okunur."

17 "Mad. 181. Temyiz mahkemesi işlemleri hakkında. Dava dosyası alındıktan sonra, Çocuk İstinaf Mahkemesi, itirazı üç gün içinde karşı tarafa bildirir. ... Duruşma bitince mahkeme yargılamayı sonlandırır ve on gün içinde karar verir."

dan bahsetmediğini öne sürmektedir: “Hukuk yollarının tüketilmesi kuralı, başvurunun makul olmayan bir şekilde uzatılması veya etkili bir giderim sağlamaması halinde uygulanmaz.” Başvurucu, adli makamlara yaptığı başvuruları, her zaman “etkisiz, verimsiz ve Paraguaylı hâkimler tarafından verilen her ikisi de Arjantin vatandaşı olan bir kız ve babasını içeren, kararın icra kabiliyetinin olmadığı yargılamalar” olarak nitelendirmektedir. Başvurucu, Temyiz Mahkemesinin çoğunluk oyu ile bir mahkeme kararına uyulmaması nedeniyle dava açılmasına ilişkin dava dosyasını Savcılığa iletmek için bir karar vermiş olmasına rağmen, kesin sürelerin tekrar tekrar karşılanmamasının Paraguay adalet sisteminin başvuruçunun iddialarını yeterince ele almaya hazır olmadığını gösterdiğini ileri sürmektedir.

5.5 Başvurucu, taraf devletin aksi yöndeki iddialarından bağımsız olarak, özellikle yaptığı itiraz kabul edildiğinden, olağan temyiz imkanlarını takip ederek Yüksek Adalet Divanına erişmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir.¹⁸ Ne Yargı Teşkilatı Kanunu’nu 28. maddesinin¹⁹ ne de Yüksek Adalet Divanının teşkiline ilişkin 609/1995 sayılı Kanun’un çocuk adalet sisteminden kaynaklanan davaların Temyiz Mahkemesine getirilmesi gerektiğini belirtmediğine dikkat çekmektedir.²⁰ Başvurucu, Temyiz Mahkemesinin kararına itiraz edebilecek kişinin davalı (kızının annesi) olduğunu ve bunu yapmadığı için, annenin görüşme düzenlemeleriyle ilgili tekrarlanan ihlalleri ve Paraguay Devletinin çok sayıda şikâyete rağmen harekete geçmemesi göz önüne alındığında, kararın uygulanması için gerekli çabayı sarf ettiğini yinelemiştir. Hukuk Muhakemeleri Usul Kanununun ek kurallarında bile, kanun, bir ara kararla ilgili olarak ülkenin en yüksek mahkemesine itirazda bulunulmasını öngörmez. Temyiz Mahkemesinin kararı, bu organın orijinal kararı olmayıp, sadece bir alt mahkeme tarafından verilen ara karara karşı yapılan temyiz çerçevesinde verilmiştir, yani Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 403. maddesi geçerlidir.²¹

18 Başvurucu, hangi temyiz başvurusuna atıfta bulunduğunu veya başvurunun yapıldığı tarihi belirtmemiştir.

19 “Mad. 28. Yüksek Adalet Divanı: 2. (a) Sayıştay tarafından verilen nihai kararların ve alt mahkeme kararlarını değiştiren veya iptal eden istinaf mahkemelerinin kararlarının gözden geçirilmesi ve bozulması için yapılan başvuruları usul kuralları ve ilgili yasalar çerçevesinde değerlendirir; (b) hukuk, ticaret, ceza ve mali denetim konularında istinaf mahkemelerinin kararları; ve (c) Temyiz mahkemelerinin ölüm cezası veya 15 yıldan 30 yıla kadar hapis cezası veren ve Yüksek Adalet Divanı hakkında karar vermedikçe kesinleşmeyen kararları... Bu cezaların gözden geçirilmesi ve bozulması, taraflar ceza veya karara razı olsa dahi resen olacaktır.”

20 23 Haziran 2005’te yayınlanmıştır.

21 “Mad. 403. Mahkeme önünde temyiz edilebilirlik. Bir alt mahkeme kararını bozan veya değiştiren bir temyiz mahkemesinin nihai kararına karşı Yüksek Adalet Divanına itiraz edilebilir. İkinci durumda, temyiz, kararın yalnızca değiştirmeye tabi olan ve değiştirmenin sınırları içinde kalan kısmını ilgilendirecektir. El koyma işlemleri, zilyetlik işlemleri ve genel olarak müteakip bir yargılamaya izin veren işlemler sonucunda verilen kararlar temyiz yoluna tabi değildir. Temyiz mahkemesinin onarılamaz zarara neden olan veya ara kararlar içeren asıl kararlarına karşı da temyiz yoluna gidilebilir.”

5.6 Başvurucu ayrıca, Paraguay Çocuk ve Ergenler Ulusal Sekreterliğine ve kızının okuduğu özel okul San José'ye ilettiği görüşmelerin kolaylaştırılması taleplerinin hiçbir zaman kabul edilmediğini belirtmektedir.

5.7 Başvurucu, taraf devletin 30 Mayıs 2018'de Çocuk ve Ergenler Kanunu'nu değiştirmesi ve 6038/2018 sayılı Kanunu yayınlamış olmasına rağmen, karara hâlâ uyulmadığını ve kızıyla ile iletişime geçmekte zorluklarla karşılaştığını ileri sürmektedir. Başvurucu, İnsan Hakları Komitesinin, "başvurucunun kızlarının kendisiyle birkaç gün geçirmesi için mahkemeden izin aldığını, ancak annenin uymayı reddettiği için bu yetkiye göre hareket edilemediğini; yetkili makamların, başvurucunun eski eşinin mahkeme kararına uymasını sağlamak için hiçbir şey yapmadığını" belirttiği görüşlerine yer vermektedir.²² Komite, taraf devletin, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 23. maddesi uyarınca ailenin korunma hakkını güvence altına almak için gerekli adımları atmadığını tespit etmiştir. Başvurucu ayrıca, adil yargılanma hakkının, adaletin hızlı bir şekilde yerine getirilmesi hakkını içerdiği ve velayete veya boşanmış bir ebeveynin çocuklarıyla görüşme hakkına ilişkin işlemlerin doğasının, şikâyet edilen konuların zamanında karara bağlanmasını içerdiği yönündeki İnsan Hakları Komitesinin içtihadına atıfta bulunmuştur.²³

5.8 Başvurucu, kızıyla ilişkisini kolaylaştırmak ve yeni aile içi çatışmaları önlemek için taraf devletten kızına ve annesine ücretsiz psikolojik yardım sağlamasını talep etmektedir. Ayrıca taraf devletten, annenin, kızın babasını görmek için Arjantin'e gitmesine izin verene kadar Çocuk ve Ergenler Kanunu'nun yeni 96. maddesi, 4711 sayılı Mahkeme Kararına Uymamaya Dair Kanun ve tarafların mahkeme kararına uymamaktan para cezasına çarptırılmasını öngören Yargı Teşkilatı Kanunu'nun 236. maddesinde öngörülen tedbirlerin alınmasını talep etmektedir.

Başvurucunun sunduğu ek bilgiler

6.1 5 Mart 2019 tarihli yorumlarında, başvuru sahibi, Komiteden, taraf devletin kızıyla iletişim kurmasını sağlayamadığı her gün için kızının annesine para cezası çarptırmasını içeren bir geçici tedbir talep etmektedir. Buna ek olarak, başvurucu, 31 Aralık 2018'de, kızının şu anda yaşadığı şehir olan Luque Çocuk Mahkemesinde açılan davada, görüşme düzenle-

22 *Asensi Martínez v. Paraguay* (CCPR/C/95/D/1407/2005), para. 7.4.

23 Başvurucu, *Muñoz Hermoza v. Peru* (CCPR/C/34/D/203/1986), para. 11.3; *González del Río v. Peru* (CCPR/C/46/D/263/1987), para. 5.2; *Fei v. Kolombiya* (CCPR/C/53/D/514/1992), para. 8.4; ve *Balaguer Santacana v. İspanya* (CCPR/C/51/D/417/1990), para. 6.2. kararlarına atıfta bulunmuştur.

melerini değiştirmek için kızının annesiyle bir anlaşmaya vardığını ancak anlaşmaya riayet edilmediğini bildirmektedir.

6.2 Anne, Ocak 2019'da keyfi olarak başvurusunun aramalarını engellemeye karar vermiş ve kızı planlanan aksine babasını ziyaret etmek için Arjantin'e gitmemiştir. Görüşme düzenlemelerini değiştiren anlaşma 1 Şubat 2019'da mahkemeye sunulmuştur.

6.3 Başvurucu, 20 Şubat 2019'da Asunción Çocuk Mahkemesine, Çocuk ve Ergenler Kanunu'nun 96. maddesinde öngörülen tedbirlerin uygulanması için dilekçe vermiştir. Başvurucu, Mahkemenin üç günlük süreye uymadığını ve 5 Mart 2019 itibariyle duruşma gerçekleştirmediğini kaydetmiştir. Mahkemenin, bunun aksine yargılamanın konusuyla ilgisiz bir şekilde, ziyaret anlaşmasına uymadığı için kendisine bir uyarı verdiğini belirtmiştir.²⁴ Bu bağlamda yazar, Arjantin'deki ekonomik kriz ve tatil zamanı olmaması nedenleriyle kızını görmek için istediği gibi seyahat edemediğini, ancak seyahat edememesinin hiçbir şekilde kızının hayatında olma ya da onunla telefonla iletişim kurma isteğini azaltmadığını beyan etmiştir. Annesi tarafından cevaplanmayan WhatsApp aramaları listesinde gösterildiğinin aksine, kızıyla temas halinde olmadığını belirtmiştir. İnternet bağlantısı için bir modem sağlamasına rağmen kızıyla hala iletişim kurmadığını tekrar iddia etmiştir. Ayrıca bu durumu adli makamlara bildirmesine rağmen, sistemin öngördüğü yanıtların hiçbirini alamadığını da bir kez daha ileri sürmüştür.

6.4 Başvurucu, 29 Ağustos 2019 tarihli yorumlarında, taraf devlet yetkililerinin mahkemeler tarafından verilen kararı gerektiği gibi uygulamayı hâlâ reddettiğini belirtmektedir.

6.5 11 Mart 2019'da Çocuk Mahkemesi, 18 Mart 2019 için bir duruşma gerçekleştirmiştir ve bir kez daha 6038/2018 sayılı Kanun uyarınca gerekenden daha uzun sürmüştür. Duruşma sırasında anne, hakkındaki iddiaları yalanlamış ve dava dosyasına eklenen yazılı deliller hakkında bir karara varılamamıştır.²⁵

6.6 Çocuk Temyiz Mahkemesi, 30 Nisan 2019 tarihli ve 107 sayılı ara kararla, başvurusunun ihtiyati tedbir başvurusunu reddetmiş ve Luque Çocuk Mahkemesinin 18 Şubat 2019 tarihli kararını onamıştır.²⁶

24 Başvurucu, ziyaret düzenlemelerine uyulmadığı konusunda kendisine ne zaman veya hangi koşullar altında uyarı verildiği konusunda daha fazla bilgi vermemektedir.

25 Başvurucu bu konuyla ilgili daha fazla bilgi vermemektedir.

26 Başvurucu, Temyiz Mahkemesinin, 30 Nisan 2019 tarihli ve 107 sayılı ara kararının bir örneğini sunmuştur.

6.7 8 Temmuz 2019 tarihli ve 278 sayılı ara kararla, anneye bir kez daha 30 Nisan 2015 tarihli ve 139 sayılı nihai karara uyması emredilmiş ve geçici tedbir ile San José Okuluna baba ve kız için görüşme mekânı olarak kullanılması üzerine bir talimat verilmiştir. Başvurucu, Mahkemenin, kızının annesinin karara uymadığı her gün için para cezasına çarptırılmasını talep ettiğini açıkça kabul ettiğine dikkat çekmektedir; ancak, Mahkeme bu istek üzerine karar vermemiştir. Başvurucuya göre bu durum, kararların tutarlılık ilkesini, yetkililere dilekçe verme hakkını ve Aralık 2018 ile Haziran 2019 arasında kullanamadığı kişisel ilişki hakkını ihlal ettiğini göstermektedir.

6.8 Başvurucu, kızının annesinin bugüne kadarki davranışları nedeniyle kızının kendisiyle ilişki kurmaktan alıkoymaya devam etmesi riski göz önüne alındığında, 6083/2018 sayılı Kanun'un 96. maddesine uyulması gerektiğini ileri sürmektedir.

Komite Önündeki Meseleler ve Usul

Kabul edilebilirlik değerlendirmesi

7.1 Bir başvuruda yer alan herhangi bir iddiayı değerlendirmeden önce, Komite, başvuru prosedürüne ilişkin Çocuk Hakları Sözleşmesinin Seçmeli Protokolü kapsamındaki usul kurallarınının 20. kuralına uygun olarak başvurunun kabul edilebilir olup olmadığına karar vermelidir.

7.2 Komite, taraf devletin, başvurunun zaman bakımından kabul edilemez bulunması gerektiği yönündeki iddiasını not eder, çünkü burada iddia edilen- 139 sayılı nihai kararda mahkemeler tarafından onaylanan ziyaret ve diğer temas biçimlerine ilişkin düzenlemelere ilişkin anlaşmaya uyulmaması davranışı, 30 Nisan 2015 tarihli Seçmeli Protokol'ün taraf devlette yürürlüğe girdiği 20 Nisan 2017 tarihinden sonra "kalıcı olarak" gerçekleşmeye devam etmemiştir. Komite, Seçmeli Protokol'ün 7 (g) maddesi uyarınca, başvuruya konu olan olguların Seçmeli Protokol'ün yürürlüğe girmesinden önce meydana gelmesi durumunda, olgular devam etmedikçe, başvurunun zaman bakımından dikkate alınmasına izin verilmediğini hatırlatır. Komite, başvurucu, kızı ile arasındaki ziyaret ve diğer görüşme biçimlerine ilişkin düzenlemeleri içeren kararın uygulanmamasıyla ilgili çok sayıda şikâyetine rağmen, 20 Nisan 2017'den sonra kızıyla iletişim kurmasının ve ilişkisini sürdürmesinin önünde engellerle karşılaşmaya devam ettiği için, Seçmeli Protokol'ün taraf devlette yürürlüğe girmesinden sonra da Sözleşme ihlallerinin devam ettiği yönündeki iddiasını kaydeder. Bu nedenle Komite, davanın özel koşullarında, başvurucu, tarafından iddia edi-

len ihlallerin Seçmeli Protokol'ün yürürlüğe girmesinden sonra da devam ettiğini değerlendirmektedir. Buna göre, Komite, Seçmeli Protokol'ün 7 (g) maddesinin, başvurunun, zaman bakımından dikkate alınmasını engellemediği sonucuna varmıştır.

7.3 Komite ayrıca, taraf devletin, başvuruçunun, uyuşmazlığın esası hakkında Çocuk ve Ergenler Kanunu'na göre karar vermesi için Yüksek Adalet Divanına başvurmadığı için mevcut tüm iç hukuk yollarını tüketmediği yönündeki itirazını da kaydeder. Bununla birlikte, Komite, başvuruçunun, taraf devlet mevzuatının Yüksek Mahkeme önünde "bir ara meseleye" itiraz etme imkânı sağlamadığı için kendisinin Yüksek Adalet Divanına erişmesinin mümkün olmadığı yönündeki iddiasını not eder. Komite, özellikle başvuruçunun, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 403. maddesi uyarınca, bir alt mahkeme tarafından verilen ara karara karşı temyiz çerçevesinde verilen Çocuk İstinaf Mahkemesi kararına ilişkin kararın Yüksek Adalet Divanı nezdinde temyiz edilemeyeceği iddiasını dikkate alır (para 5.5). Komite, başvuruçunun, taraf devlet için Seçmeli Protokol'ün yürürlüğe girmesinden önce ve sonra birçok kez, kızıyla görüşmesini düzenleyen 30 Nisan 2015 tarih ve 139 sayılı nihai karar, geçici tedbirler ve adaletin uygulanmasındaki gecikmelerle ilgili Yüksek Adalet Divanı kararlarına uyulmadığını iddia eden şikâyetler sunduğunu gözlemlemektedir. Komite ayrıca, taraf devletin, başvuruçunun koşullarında Yüksek Adalet Divanı önünde olası bir ek temyiz başvurusunun nasıl etkili veya uygun olabileceğini açıklamadığını gözlemlemektedir. İncelenen meselenin niteliği göz önüne alındığında, Komite, başvuruçunun şikâyetini taraf devletin yargı makamları önüne getirmek için mevcut tüm iç hukuk yollarını tükettiğini tespit etmektedir. Buna göre Komite, Seçmeli Protokol'ün 7 (e) maddesinin, başvurunun kabul edilebilirliğine engel teşkil etmediği sonucuna varmıştır.

7.4 Komite, başvuruçunun Sözleşme'nin 18 ve 19. maddeleri kapsamındaki iddialarının kabul edilebilirlik açısından yeterince dayanaklandırılmadığını tespit etmiş ve başvuruyu, Seçmeli Protokol'ün 7 (f) maddesi uyarınca kabul edilemez bulmuştur.

7.5 Komite, kabul edilebilirlik açısından, başvuruçunun Sözleşme'nin 3, 4, 5, 9 (3) ve 10 (2). maddelerine dayanan çocuğun yüksek yararına ve ziyaret haklarını belirleyen ve yazarın kızının babasıyla kişisel ilişkiler ve doğrudan temas kurma hakkını garanti eden yargı kararının uygulanmasına yönelik iddialarının yeterince dayanaklandırıldığını kabul etmektedir. Komite bu nedenle şikâyeti kabul edilebilir bulmuştur ve esasa göre değerlendirmeye devam edecektir.

Esas İncelemesi

8.1 Komite, başvuruyu, Seçmeli Protokol'ün 10 (1) maddesi uyarınca taraflarca kendisine sunulan tüm bilgiler ışığında değerlendirmiştir.

8.2 Komitenin önündeki konulardan biri, somut olayın koşullarında, taraf devletin, başvurucunun kızının babasıyla düzenli olarak kişisel bir ilişki ve doğrudan iletişim kurma hakkını güvence altına almak için etkili önlemler alıp almadığıdır. Başvurucu ayrıca, kızının kendisi ve ailesiyle olan ilişkisinin çocuğun gelişimi için elzem olması ve ulusal mahkeme tarafından gerçekleştirilen eylemlerde öncelikli bir husus olması gerektiğinden, taraf devlet yetkililerinin çocuğun yüksek yararını dikkate almadığını iddia etmiştir.

8.3 Bu bağlamda, Komite, başvurucu tarafından şikâyetle özellikle aşağıdaki hususların öne sürüldüğünü not eder: (a) Taraf devlet 30 Nisan 2015 tarihli ve 139 sayılı ziyaret ve diğer görüşme biçimlerine ilişkin düzenlemeleri belirleyen nihai karara uyulmasını sağlamak için gerekli önlemleri almamıştır. Ayrıca ilgili karar Seçmeli Protokol'ün taraf devlette yürürlüğe girdiği 20 Nisan 2017 tarihinden sonra da geçerliliğini korumaya devam etmiştir; (b) başvurucu, adli işlemlerdeki gecikmelere ilişkin şikâyetle bulunmak zorunda kalmıştır; (c) sosyal hizmet uzmanının raporuna rağmen, taraf devlet makamları, 30 Nisan 2015 tarih ve 139 sayılı nihai kararın (paragraf 3.9) icrasını sağlamak için ulusal mevzuatta öngörülen tedbirlerin hiçbirini almamıştır.

8.4 Sözleşmenin 9 (3). maddesi uyarınca, taraf devletlerin, ebeveynlerden birinden veya her ikisinden ayrı düşmüş çocuğun, çocuğun yüksek yararının aksine olmadıkça, düzenli olarak her iki ebeveynle kişisel ilişkiler ve doğrudan temas kurma hakkına saygı gösterme yükümlülüğü vardır. "Aile ortamının korunması, daha geniş anlamda çocuğun bağlarının korunmasını kapsar. Bu bağlar özellikle ebeveynlerin ayrı olduğu ve farklı yerlerde yaşadığı durumlarda belirgindir."²⁷ Bu nedenle Komite, taraf devlet makamlarının, başvurucu ile kızı arasındaki kişisel ilişkilerin ve iletişiminin korunmasını sağlamak için etkili önlemler alıp almadığını incelemelidir.

8.5 Komite, genel bir kural olarak, değerlendirmeleri açıkça keyfi olmadığı veya adaletin reddi anlamına gelmediği sürece, iç hukuku yorumlamanın ve uygulamanın ulusal makamlarca gerçekleştirilmesi gerektiğini

27 Genel Yorum No 14 (2013) çocuğun yüksek yararının öncelikli olarak dikkate alınması hakkı hakkında, para. 70.

hatırlatır.²⁸ Komitenin rolü, değerlendirmelerinin keyfi olmamasını veya adaletin reddi anlamına gelmemesini ve bu değerlendirmede çocuğun yüksek yararının birincil düşünce olmasını sağlamaktır.

8.6 Bu bağlamda, Komite, 30 Nisan 2015 tarih ve 139 sayılı kararla, başvuru ve kızı için ziyaret düzenlemeleri yapıldığını kaydeder. Ancak, başvuru kararın uygulanması için yıllar boyu tekrarlanan taleplerine ve anneye C.R. ile başvuru arasındaki görüşmeleri Skype üzerinden kolaylaştırmasını emreden 25 Nisan 2017 tarihli yargı kararına rağmen, bu karar hiçbir zaman uygulanmamıştır. Komite ayrıca, başvuru kararının, bir sosyal hizmet uzmanının da katılımını öngören Mayıs 2016 tarihli karara ve teması kolaylaştırmak için geçici tedbirin verildiği 8 Temmuz 2019 tarihli karara rağmen C.R.'nin San José okulu aracılığıyla babasıyla düzenli olarak kişisel ilişkiler ve doğrudan temas hakkında dört yıldan fazla bir süre yararlanmadığı yönündeki iddialarını not eder.

8.7 Komite, bir çocuk ile ayrı olduğu ebeveyni arasındaki ziyaret haklarını belirleyen mahkeme kararlarının, zamanın geçmesinin çocuk ve o ebeveyn arasındaki ilişki için onarılamaz sonuçlara yol açabileceğinden, süratle yerine getirilmesi gerektiğini düşünmektedir. Bu gereklilik bu konularla ilgili kararların hızlı bir şekilde uygulanmasını içerir. Mevcut davada, Komite, başvuru kararının, taraf devlet tarafından reddedilmeyen, Mahkemenin 30 Nisan 2015 tarihli kararıyla oluşturulan ziyaret düzenlemelerine uymayı güvence altına almak için yaptığı birçok girişimine rağmen kararın uygulanmadığına ve kızıyla düzenli ve etkili bir iletişim kurmadığına dair iddiasını kaydetmektedir. Bu bağlamda, Komite, 25 Nisan 2017 tarih ve 60 sayılı ara kararda yer alan, annenin sosyal hizmetler uzmanına belirtmiş olduğu internet bağlantısı için kaynaklara sahip olmadığı ve C.R.'nin kız çocuğu olduğu için babasıyla zaman geçirmek istemediği, tatillerde babasıyla seyahat etmek istemediği şeklindeki yorumlarını da not etmektedir. (Yerel) mahkeme, kararını verdiği sırada, kızın babasıyla iletişim kurmasının yüksek yararına olduğuna karar vermiştir. Bu mahkeme kararı etkili bir şekilde uygulansaydı, kızın babasından kademeli olarak uzaklaşması sorunu önlenebilirdi. Bunu göz önünde bulunduran Komite, yetkililerin, başvuru kararının kızının annesinin mahkeme kararına uymasını sağlamak için zamanında yeterli adımları atmadıkları kanaatindedir.²⁹

28 *L.H.L. ve A.H.L. v. İspanya* (CRC/C/81/D/13/2017), para. 9.5.

29 *Asensi Martínez v. Paraguay* (CCPR/C/95/D/1407/2005), para. 7.4.

8.8 Yukarıda belirtilenler ışığında, Komite, Taraf Devletin, başvuru-kunun kızının, babasıyla düzenli olarak kişisel ilişkiler ve doğrudan temas kurma hakkını güvence altına almak için etkili adımlar atmamasının, kızı, Sözleşme kapsamındaki haklarından mahrum bıraktığı kanaatindedir. Somut olayın özgün koşulları, özellikle de ziyaret haklarını belirleyen yargı kararının 2015 yılında alınmasından bu yana geçen süre ve başvuru-kunun kızının o tarihteki genç yaşı göz önünde bulundurulduğunda, Komite, yetkililerin mahkeme kararlarını zamanında ve etkili bir şekilde yerine getirmedini; başvuru-kun ile kızı arasında teması sağlamak için bu emirleri uygulamak için gerekli adımları atmadığını belirtmiştir. Komite, bu durumun Sözleşme'nin 3, 9 (3) ve 10 (2) maddelerinin ihlali anlamına geldiği sonucuna varmıştır.

8.9 Sözleşme'nin 3, 9 (3) ve 10 (2) maddelerinin ihlal edildiğini tespit eden Komite, aynı olguların Sözleşme'nin 4. ve 5. maddelerinin ayrı bir ihlalini teşkil edip etmediğini incelemeyi gerekli görmemektedir.

8.10 Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne ek Seçmeli Protokol'ün 10 (5). maddesine göre hareket eden Çocuk Hakları Komitesi başvuru konusu olayda Sözleşme'nin 3, 9 (3) ve 10 (2) maddelerinin ihlal edildiği görüşündedir.

9. Sonuç olarak, taraf devlet, başvuru-kunun kızına, özellikle 6/12/2016 tarihli nihai kararın icrasını sağlamak için etkili tedbirler almalı, maruz kaldığı ihlaller için etkili bir tazmin sağlamalıdır. 30 Nisan 2015 tarihli ve 139 sayılı karar, başvuru-kun ve kızı ile ilgili olarak, kız ve babası arasındaki ilişkiyi çocuğun yüksek menfaati çerçevesinde yeniden inşa etmeyi amaçlayan danışmanlık ve diğer uygun proaktif destek hizmetleri de dahil olmak üzere ziyaret düzenlemelerini tesis etmiştir. Taraf devlet ayrıca gelecekte benzer ihlalleri önlemekle yükümlüdür. Bu bağlamda, Komite taraf devlete şunları tavsiye etmektedir:

(a) Yargı kararlarının çocuk dostu bir şekilde derhal ve etkili bir şekilde yerine getirilmesini sağlamak için gerekli önlemleri almak, böylece çocuk ile ebeveynleri arasındaki ilişkinin yeniden tesis edilmesi ve sürdürülmesi;

(b) Yargıçları, Ulusal Çocuk ve Ergenler Sekreterliği üyelerini ve diğer ilgili profesyonelleri, çocukların düzenli olarak her iki ebeveynle kişisel ilişkiler ve doğrudan temas kurma hakları konusunda ve özellikle de Komite-nin 14 No'lu Genel Yorumu hakkında eğitmek;

10. Komite, İhtiyari Protokol'ün 11. maddesi uyarınca, taraf devletten -180 günü aşmamak kaydıyla- en kısa sürede Komitenin görüşlerini yürürlüğe koymak için aldığı önlemler hakkında bilgi talep etmektedir. Taraf

devletten ayrıca, Sözleşme'nin 44. maddesi uyarınca Komiteye sunduğu raporlara bu tür tedbirlerle ilgili bilgileri dahil etmesi istenmektedir. Son olarak, taraf devletten Komitenin Görüşlerini yayınlaması ve bunları geniş çapta dağıtması istenmektedir.

Birleşmiş Milletler

CRC/C/79/D/12/2017

Çocuk Hakları
SözleşmesiDağıtım: Genel
5 Kasım 2018
Orijinal: Fransızca**Çocuk Hakları Komitesi****Komite tarafından Çocuk Hakları Sözleşmesine Ek Başvuru Usulüne İlişkin Seçmeli Protokol kapsamında 12/2017 Numaralı Başvuruya dair kabul edilen görüşler^{*}, ^{**}**

<i>Başvuruda bulunan:</i>	Y.B. ve N.S. (Bayan Sylvie Sarolea tarafından temsil edilmiştir.)
<i>Mağdur olduğu iddia edilen:</i>	C.E.
<i>Taraf devlet:</i>	Belçika
<i>Başvuru tarihi:</i>	22 Mart 2017
<i>Karar tarihi:</i>	27 Eylül 2018
<i>Konu:</i>	Belçikalı-Faslı bir çift tarafından <i>kafalah</i> (koruyuculuk anlaşması) kapsamında himaye altına alınan çocuğa insani vize verilmemesi
<i>Usuli meseleler:</i>	İç hukuk yollarının tüketilmesi; şikayetin ispatı
<i>Esasa ilişkin meseleler:</i>	Çocuğun yüksek yararı; etnik kökene dayalı ayrımcılık; ifade özgürlüğü; çocuğun gelişimi; çocuğun her türlü şiddet veya ihmalden korunması; aile ortamından yoksun bırakılan çocuğun korunması
<i>Sözleşme'nin ilgili maddeleri:</i>	2, 3, 10, 12 ve 20
<i>Seçmeli Protokol'ün ilgili maddeleri:</i>	7 (e) and (f)

* Çeviren İsmail DEDE

* Komite'nin yetmiş dokuzuncu oturumunda kabul edilmiştir (17 September–5 October 2018).

** Başvurunun değerlendirilmesine Komite'nin şu üyeleri katılmıştır: Suzanne Aho Assouma, Amal Salman Al-doseri, Jorge Cardona Llorens, Bernard Gastaud, Olga A. Khazova, Hatem Kotrane, Gehad Madi, Benyam Dawit Mezmur, Clarence Nelson, Mikiko Otani, Luis Ernesto Pedernera Reyna, José Ángel Rodríguez Reyes, Kirsten Sandberg, Ann Marie Skelton, Velina Todorova ve Renate Winter.

1. Başvurunun sahipleri, 1953 doğumlu Belçika vatandaşı olan Y.B. ve 1963 doğumlu Fas ve Belçika vatandaşı olan N.S.'dir. Başvuruyu, 2011 doğumlu bir Fas vatandaşı olan C.E. adına arz etmektedirler. C.E.'nin, Sözleşme'nin 2, 3, 10, 12 ve 20. maddelerinin ihlallerinin mağduru olduğunu iddia etmektedirler. Başvurucular, avukat tarafından temsil edilmektedir. Seçmeli Protokol, Taraf Devlet'te 30 Ağustos 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Başvurucu tarafından sunulan olaylar

2.1 Başvurucular evlidir ve Belçika'nın Péruwelz kentindeki La Poudrière komününün üyeleridir.¹ Başvurucular, 21 Nisan 2011'de Fas'ın Marakeş kentinde doğan Fas uyruklu C.E.'yi *kafalah* düzenlemesiyle himaye altına almışlardır.² C.E. bilinmeyen bir babadan dünyaya gelmiş ve doğumda annesi tarafından terk edilmiştir. 19 Ağustos 2011 tarihinde Marakeş Asliye Mahkemesi tarafından terk edildiğine ilişkin bir karar verilmiştir.

Fas'taki kafalah usulü

2.2 22 Eylül 2011 tarihinde, Marakeş Asliye Mahkemesi başvurucuları, terk edilmiş bir çocuk olan C.E.'nin (*kafalah* sistemi kapsamında) koruyucu ebeveynleri ve vasileri olarak atamıştır. Yetkili Fas makamları tarafından Cumhuriyet Başsavcılığı'nın talimatı doğrultusunda yürütülen soruşturmanın ardından mahkemece, başvurucuların *kafalah* düzenlemesi kapsamında C.E.'yi himaye altına almak için gerekli maddi ve sosyal niteliklere sahip oldukları sonucuna varılmıştır. 13 Ekim 2011 tarihinde, aynı Mahkeme başvurucuların C.E. ile yurtdışına seyahat etmelerine izin vermiştir.

2.3 Fas hukukunda *kafalah*, 13 Ocak 2002 tarihinde 1-02-172 numaralı Kraliyet Kararnamesi ile ilan edilen, terk edilmiş çocuklara ilişkin *kafalah* (koruyucu ailelik) ile ilgili 15-01 Numaralı Kanun'da düzenlenmektedir. Kanun'un 2. maddesi uyarınca *kafalah*, terk edilmiş çocuğu adeta kendi babası gibi koruma, eğitme ve ihtiyaçlarını karşılama taahhüdüdür. *Kafalah*, soybağı ilişkisi ya da miras hakkı sağlamaz. Terk edilmiş çocuklar, geçici olarak bir kamu refah merkezine veya çocuklar için başka bir sosyal koruma tesisine yerleştirilir. Soruşturmalarından sonra çocuk, terk edilmiş olarak ilan edilebilir. Terk edildiği ilan edilen çocuğun gözetiminden ve-

1 Başvurucular, komünün kâr amacı gütmeyen bir organizasyon olduğunu ve sakinlerinin "iktisadi özerklik (otarşi)" içinde yaşadıklarını, yani kendi faaliyetleriyle geçindiklerini ve kaynaklarını paylaştıklarını ve bu komünün üyelerinin sağlık sigortası bulunduğunu ve çocuklarının devlet okullarına gittiğini belirtmektedir.

2 Tetkik etmek için bkz. paragraf 2.3.

sayete ilişkin sulh mahkemesi sorumludur. Bu çocuk daha sonra, *kafalah* düzenlemesi ile Müslüman karı ve kocanın veya Müslüman bir kadının himayesi altına alınabilir.

Belçika'daki uzun süreli vize başvuruları

2.4 Başvurucular, *kafalah* soybağı ilişkisi sağlamadığından, aile birleşimine dayalı vize başvurusunda bulunamadıklarını belirtmektedir. Bu nedenle, 21 Aralık 2011 tarihinde, başvurucular, Belçika'da 15 Aralık 1980 tarihinde yürürlüğe giren, yabancıların ülkeye girişi, geçici ve daimi ikametgahı ve sınır dışı edilmesine ilişkin kanunun 9. maddesi uyarınca insani gerekçelere dayanan uzun süreli vize başvurusunda bulunmuştur. Başvurularında, C.E.'nin kendi bakımlarına bırakılmış, terk edilmiş çocuk olduğunu vurgulamışlardır. Çocuğa bakmaya elverişli durumda olduklarını ve hem kişisel hem de mali açıdan istikrarlı bir ev ortamı sağlamalarına imkanları bulunduğunu doğrulayan iyi hal belgesini ibraz etmişlerdir.

2.5 27 Kasım 2012 tarihinde, Göçmenlik Bürosu başvurucular tarafından evlat edinme niteliği taşımayan *kafalaha* dayanan başvurularını reddetmiş ve insanlı temellere dayalı ikamet izni başvurusu, Adaletle İlişkin Federal Kamu Servisi (önceki Adalet Bakanlığı) tarafından *kafalah* evlat edinmeyi ikame etmediğinden ve başvurucularla çocuk arasında gerçek bir bakım ilişkisinin bulunduğu veya yeterli olanaklara sahip olduklarına dair delil sunmadıkları gerekçesiyle ikamete ilişkin herhangi bir hak bahsetmemiştir.

2.6 Vizenin reddi, Yabancılar Dava Konseyi'ne temyiz edilmiştir. Söz konusu Konsey, 29 Eylül 2015 tarihinde Göçmen Bürosu'nun kararını sonraki numaralı Ofis, iddianın reddine ilişkin hukuki gerekçe sunma yükümlülüğüne uymadığı; *kafalah* evlat edinme ile eş değer olmadığından, başvurucuların Adaletle İlişkin Federal Kamu Servisi'nden tanınma talebinde bulunmamalarına atıfta bulunulmasının yanlış olduğu; ve *kafalah* hükmünün meşruiyetinin sorgulanmamasına ve ilgili hükmün başvuruların gerekli imkanlara sahip olduğu ve çocuğun başvurucuların bakımında olduğunu açıkça göstermesine rağmen, *kafalah* hükmünün sadece ikamet hakkı tanımamasına dayanarak reddedilmemesi gerektiği nedenleriyle bozmuştur.

2.7 Temyizlerinin başarısından sonra, başvurucular yeni bir karar için Göçmenlik Bürosu'na defalarca başvurmuş, ancak herhangi bir yanıt alamamışlardır. Nihayet, 19 Temmuz 2016 tarihinde, Göçmenlik Bürosu, aşağıdaki: (a) başvurucular, evlat edinme prosedürlerini atlatmak için kullanı-

lamayacak bir yöntem olan insani vize için başvurmadan vazgeçmeden önce, 2012'de evlat edinme işlemlerine çoktan başladıkları; (b) başvurularının mutad meskeni Belçika olmasına rağmen, Fas'ta yer alan bir resmi adres kullanılarak *kafalah* düzenlemesi ile yetkindirildikleri; (c) *kafalah*'ın sağladığı koruma ilişki soybağı oluşturmadığından, Belçika'da ikamet hakkı tanımadığı; (d) çocuğun annesi çocuğu terk etmiş olmasına rağmen hayatta olduğundan ve başvurucular, üçüncü derece akrabaları da dahil olmak üzere, çocuğa bakabilecek başka bir aile üyesi olmadığını gösteremediğinden, insani gerekçelerin yeterince oluşmadığı; (e) başvurucuların, çocuk kendi ülkesinde, kendi kültürü ve ailesiyle yaşarken çocuğun eğitimini sağlayabileceği; (f) başvurucuların çocuğun ihtiyaçlarını Belçika'da karşılayacak araçlara sahip olduklarını göstermedikleri; ve (g) Faslı yetkililerin Başvurucuların Fas'ta yaşadığına inandığı bu nedenle de çocuğun Fas'ı terk etmesine yönelik bir iznin söz konusu olmadığı, başvurucuların bu hususu ispatlayamadıkları gerekçeleri ile başvurucuların vize talebini yeniden reddetmiştir.

2.8 25 Ekim 2016 tarihinde başvurucular, bu ikinci ret kararına karşı Yabancılar Dava Konseyi'ne bir kez daha itirazda bulunmuştur ve bu itiraz, başvurucuların mevcut başvuruyu Komite'ye sunduğu sırada hala derdesttir.

Belçika'daki kısa süreli vize başvuruları

2.9 2014 ve 2015 yıllarında başvurucular, kısa süreli vize için iki başvuruda bulunmuş ve bu başvurular sırasıyla 29 Kasım 2014 ve 2 Nisan 2015 tarihlerinde, Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi'nde 13 Temmuz 2009 tarihinde tesis edilen Vizelere İlişkin Birlik Yasası'nın (Vize Kanunu) 810/2009 numaralı Tüzük'ünün 32. maddesine dayanarak reddilmiştir. İnsani gerekçelere dayalı vize başvurusu ile ilgili retler, kalışın gerçek amacı ve iade garantisinin olmamasına ilişkin ciddi şüpheleri dile getirmiştir.

Şikayet

3.1 Başvurucular, Taraf Devlet'in C.E.'nin Sözleşme'nin 2, 3, 10, 12 ve 20. maddelerinde yer alan haklarını ihlal ettiğini iddia etmektedir.

3.2 Başvurucular, Sözleşme'nin 2. maddesinin doğuma dayalı ayrımcılığı kapsayacak biçimde, çocuklara karşı ayrımcılığı yasakladığını öne sürmektedir. Başvuruculara göre, C.E.'nin vatandaşı olduğu ülkede evlat edinmeden farklı bir kurum olan *kafalah*, C.E.'nin ailesiyle Belçika'da ye-

niden bir araya gelmesinin önünde engel teşkil etmektedir. C.E. *Kafalah* düzenlemesi ile himaye altına alındığı için, göçmenlik makamları tarafından evlat edinilen çocuklardan farklı muamele görmüştür, bu da Belçika hukukuna göre yasal korumaya hakkı olmadığı anlamına gelmektedir. Ancak, 19 Ekim 1996 tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi ile *kafalah*, çocukların korunmasına yönelik bir önlem olarak kabul edilmektedir.³ C.E. yerleştirme ve korunma haklarına sahiptir. Ayrıca C.E., başvuruclarla beraber başvurucların vatandaşı oldukları ülkede yaşama hakkına sahiptir. Başvuruclar, kendi paylarına, Belçika’da hep beraber yaşama haklarına sahiptir.

3.3 Başvuruclar, Sözleşme’nin 3. maddesinde yer alan çocuğun yüksek yararı ilkesinin evlat edinme ile karşılaştırıldığında daha da bağlayıcı olduğunu, bu nedenle çok açık gerekçelerin sunulması gerektiğini ileri sürmektedirler. Değerlendirme, çocuğun haklarına gerekli özenin nasıl gösterildiğini, hangi kriterlerin kullanıldığını, hangi gerekçelerin izlendiğini ve çocuğun yüksek yararı ile diğer düşüncelerin nasıl dengelendiğini göstermelidir. Çocuğun yüksek yararına ilişkin bu değerlendirme, tercihen multidisipliner bir yetkili makam tarafından yapılmalı ve çocuğun görüşü dikkate alınmalıdır. Kararlar hızlı alınmalı ve gözden geçirilmelidir. Somut olayda Taraf Devletin vize başvurularının reddileni ilişkin dört kararında da çocuğun üstün yararı gerekçesi ile değerlendirme yapılmamış aksine bu dört kararda da çocuğun üstün yararı göz ardı edilmiştir. Çocuğun yüksek yararı kavramı Taraf Devletçe ilk kez, *kafalah*ın evlat edinmenin aksine çocuğun çıkarlarının gerçekten dikkatli şekilde nazara alınmasına dair hiçbir garanti sunmadığı iddiasını dile getirirken bu başvurudaki Taraf Devlet mütaaalalarında ortaya atılmıştır. Ancak böylesi bir argüman varsayımsaldır ve C.E.’nin dosyasına uygulanmaz. Dahası Taraf Devlet, kararlarının çocuğun yüksek yararına göre yönlendirilmesine izin vermek yerine; kararları son derece kısıtlayıcı bir gereklilik, yani yaşam, sağlık ve bütünlük için tehdit teşkil eden ciddi bir insani durumun yönlendirmesi gerektiğinde ısrar etmektedir.

3.4 Başvuruclar, 2011’den beri C.E. ile yeniden bir araya gelmeyi amaçladıklarını ve başvurularının iki kez reddedildiğini, bu kararların Fas ve Belçika hukuklarına göre başvurucların tek koruyucusu olduğu C.E.’yi terk edilmiş çocuk olarak bıraktığını iddia etmektedir. *Kafalah*, Belçika Mil-

3 Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi.

letlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 20. Maddesi uyarınca ve 19 Ekim 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesiyle, Belçika hukukunda bir vesayet biçimi olarak irk edilmektedir. *Kafalah*, bahsedilen yasal metinlerde bir aile bağı olarak tanınmaktadır. Ayrıca bu dosya kapsamında, resmi olmayan vesayet sözleşmesi hazırlanmış ve onaylanmıştır.

3.5 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de fiili (*de facto*) aile ağlarının biyolojik veya evlat edinme ilişkisi olmasa bile, aile bağı oluşturduğuna hükmetmiştir. Mahkemeye göre, bir yetişkin ve bir çocuğun birlikte geçirdiği süre, ilişkinin kalitesi ve yetişkinin çocuk karşısında oynadığı rol dikkate alınmalıdır. Bir çocukla aile bağının olduğu durumlarda Devlet, bu bağın güçlenmesine izin verecek ve çocuğun aileye entegrasyonunu kolaylaştırmak için hukuki koruma sağlayacak biçimde hareket etmelidir.⁴

3.6 Başvurucular, C.E.'nin artık Fas'ta bir ailesi olmadığını ve bu nedenle onun biyolojik ailesi tarafından bakılması gerektiğini önermenin bir anlamı olmadığını belirtmektedir. Ayrıca C.E. Fas'ta doğup Belçikalı bir baba ve Fas kökenli Belçikalı bir anne tarafından himaye altına alındığından, C.E.'nin karma bir kültürel geçmişi bulunmaktadır. "Kendi ülkesine ve kültürüne" atıfta bulunmak, dosyanın gerçekleriyle hiçbir ilgisi olmayan klişeden başka bir şey değildir.

3.7 Başvurucular, Komite'nin çocuğun dinlenme hakkı hakkındaki 12 (2009) sayılı genel yorumunun, Devletlerin, yaşlarına ve olgunluk derecelerine göre kendi görüşlerini oluşturabilen çocukların, kendilerini etkileyen tüm konularda bu görüşleri özgürce ifade etme hakkına sahip olmalarını sağlaması gerektirdiğini ileri sürmektedir.⁵ C.E. dinlenilemeyecek kadar küçükse de Devlet, onun çıkarının ne olduğunu nazara almalı ve bunun ifade edilmesini sağlamalıdır.

3.8 Son olarak başvurucular, Sözleşme'nin 20. Maddesinin, *kafalaha* uygulanabilen, yukarıda bahsedilmiş 19 Ekim 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi ışığında okunması gerektiğini savunmaktadır.

Taraf Devlet'in kabul edilebilirlik ve esasa ilişkin görüşleri

4.1 Taraf Devlet, 26 Eylül 2017 tarihli gözlemlerinde, mevcut tüm iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle başvurunun irk edilemez olduğunu ileri sürmektedir. Göçmen Bürosu tarafından 5 Eylül 2016 tarihin-

4 Başvurucu, Mahkeme'nin *Wagner ve J.M.W.L. v. Lüksemburg* (No. 76240/01, 6 Ekim 2011), *Moretti ve Benedetti v. İtalya* (No. 16318/07, 27 Nisan 2010), *Harroudj v. Fransa* (No. 43631/09, 4 Ekim 2012) ve *Chbihi Loudoudi ve diğerleri v. Belçika* (No. 52265/10, 16 Aralık 2014) davalarındaki kararlara atıfta bulunmaktadır.

5 Genel Yorum No. 12, para. 1.

de alınan kararın iptali için yapılan başvuru, Yabancılar Dava Konseyi'nde halen derdesttir. Konsey, sadece bir idari kararın hukuka uygunluğunu gözden geçirse ve idari makamların yerine geçerek yeni irk arar veremezse de davadaki vakıları değerlendirirken, makamların takdir yetkilerini kullanma biçimlerini nazara almaktadır. Bu nedenle bu kanun yolu etkilidir. Buna ek olarak başvuru, Konsey'den daha hızlı irk arar almalarını sağlayacağı, yürütmeyi durdurma etkisi bulunan bir değerlendirme için başvuruda bulunmamıştır. Yürütmenin durdurulması, mutlaka kalma iznine yol açmasa da davaya konu kararı veren idari makam, yeni bir kararın gerekli olup olmadığını belirlemek için başvuruyu yeniden gözden geçirmelidir.

4.2 Taraf Devlet, esasa ilişkin yorumlarında, *kafalah* ve evlat edinmenin iki farklı kurum olduğunu belirtmektedir. *Kafalah*, Belçika hukukunda soybağı ilişkisi oluşturmayan, iptali mümkün ve çocuk yetişkinliğe ulaştığında sona eren bir kurum olarak bilinen özel vesayet (*tutelle officieuse*) şeklinde adlandırılan, kuruma benzetilebilir. Öte yandan evlat edinme ise çocuğun, soybağı ilişkisinden faydalanmasını sağlar ve çocuğa daha fazla koruma sağlar. Bu nedenle, evlat edinme sıkı bir şekilde düzenlenmekte ve bir dizi güvenceye tabi tutulmaktadır.

4.3 Değişim geçirmeden önce evlat edinmeye ilişkin hükümler, *kafalah* ile himaye altına alınmış çocuğa evlat edinme hazırlıkları tamamlanıncaya kadar Belçika'da kalma izni bahşetmekteydi ve evlat edinme tamalandıktan sonra çocuk, süresiz olarak kalabilmekteydi. Evlat edinme hükümleri, 24 Nisan 2003 tarihli bir kanunla, 29 Mayıs 1993 tarihli Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi'nin Belçika'da yürürlüğe koymak için değiştirilmiştir. Ülkelerarası evlat edinmenin çocuğun yüksek yararına ve temel haklarına saygı gösterilmesini sağlayan güvenceler, Belçika yasalarına dahil edilmiştir. Bu değişikliğin sonucunda, menşe ülkesinde (Fas gibi) evlat edinme veya evlat edinme için yerleştirme gibi kurumlar olmayan bir çocuğun, evlat edinme hazırlığı için Belçika'ya taşınması artık mümkün değildir.

4.4 Belçika Medeni Kanunu da (md. 361 ila 363) *kafalah* düzenlemesi kapsamında himaye altına alınan bir çocuğun aşağıdaki koşullar yerine getirildiği sürece evlat edinilmesini mümkün kılmak için değiştirilmiştir: (a) evlat edinen ebeveynler, evlat edinme için hazırlık kursu almış ve uygun bulunmuş olmalıdır; (b) çocuğun evlat edinme başvurusu, çocuğun menşe ülkesi tarafından ilgili topluluk merkezi makamına iletilmiş olmalıdır; (c) ilgili merkezi makam ve çocuğun menşe ülkesindeki muadili eşleşmeye izin vermeden evlat edinen ebeveynler ile çocuğu velayeti altında bulunduran

kişiler arasında önceden hiçbir temas kurulamaz; (d) evlat edinmeye elverişli çocuğun hem annesinden hem de babasından mahrum olması veya terk edilmiş olarak ilan edilmesi ve menşe ülkesinin yetkililerinin koruma altına alınmış olması gerekir ve (e) menşe ülkenin yetkili makâmı, çocuğu bir tür devlet koruması altına almış ve (oraya) yerleşmek üzere yurt dışına çıkarılmasına izin vermiş olmalıdır. 2014 ve 2015 yıllarında Fas'tan 25 çocuk, Belçika'da *kafalah* temelinde evlat edinilmiştir. Fas, Belçikalı ebeveynlerin yurt dışından evlat edinmesinde evlat edinilen çocukların sayısı bakımından ikinci sırada yer almaktadır

4.5 Taraf Devlet ayrıca, 19 Ekim 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 33. maddesine atıfta bulunmaktadır. Maddeye göre, bir makam, çocuğun *kafalah* aracılığıyla yerleştirilmesini düşünürse ve bu yerleştirme başka bir akit devlette yapılacaksa, önce bu devletin merkezi makamına danışmalı ve çocuk hakkında önerilen yerleşim gerekçelerini bildiren bir rapor vermelidir. *Kafalah* aracılığıyla yerleştirme kararı, ancak talepte bulunulan devletin merkezi makamı veya diğer yetkili makamı, çocuğun yüksek yararı ışığında yerleştirmeye rıza verdikten sonra alınabilir.

4.6 Taraf devlet, eldeki dosyada başvuruçuların Medeni Kanun'un 365-1 maddesinde belirtilen gereklilikleri karşılamadığını not etmektedir. Ne var ki, evlat edinmeyi planlamak için gereken bilgileri elde etmek oldukça kolaydır. Topluluk Merkezi Makâmı, farklı prosedürler hakkında bilgiler içeren internet sitesine ve yardım hattına sahiptir. Başvuruçular tarafından 27 Aralık 2012 tarihinde Yabancılar Dava Kurulu'na yapılan iptal başvurusunda ise, C.E.'nin evlat edinilmesinin istenmediği belirtilmektedir. Taraf Devlet'e göre *kafalah* aracılığıyla yerleştirme, bir çocuğu başka bir ülkeye götürmeyi, onu bulunduğu coğrafi ve kültürel çevresinden koparmayı içeriyorsa, çocuğu böyle bir düzenlemeyle himayesi altına alanların önce çocuk için oturma izni alma olanaklarını hesaba katması beklenir.

4.7 Başvuruçular, C.E.'nin annesi tarafından terk edildiğini ve bir yetimhaneye yerleştirildiğini not etse de Fas'ta C.E.'nin onların bakımına verilmesi için izlenen prosedür hakkında, yetimhaneye doğrudan temasa geçildiğine dair herhangi bir belirti veya C.E.'nin hangi gerekçeler ışığında başvuruçuların himayesine bırakıldığına ilişkin hiç bir bilgi sunulmamıştır. C.E.'yi başvuruçuların emanetine bırakma kararının, C.E.'nin yüksek yararının kapsamlı bir şekilde nazara alınmasıyla verildiğinin –herhangi bir uluslararası evlat edinme olayında olacağı gibi- garantisi bulunmamaktadır. Dahası, *kafalah* ile yerleştirme hükmü ve yurtdışına seyahat etme yetkisi, *kafalah* başvurusunda bulunanların Fas'ta ikamet ettiği belirtilmektedir.

Yukarıda belirtilen seyahat etme yetkisi, C.E.'nin yurt dışındaki kalıcı yerleşimi için verilmemiştir.

4.8 Taraf Devlet özel vesayetin, (özel) vasinin gözetimi altındaki küçüğü desteklemeyi, yetiştirmeyi ve küçüğü kendi geçimini sağlamaya hazırlamayı taahhüt ettiği bir vesayet biçimi olduğunu belirtmektedir. Vasinin velayetten kaynaklan hakları, çocuk mutad olarak onunla birlikte kaldığı sürece geçerlidir. Ayrıca bu vesayet biçimi de çocuğun üstün yararının etkili ve kapsamlı bir şekilde nazara alınacağına dair garanti sunmaz.

4.9 Belçika makamları tarafından çocuğun Belçika'da kabul edileceği koşullara ilişkin kapsamlı bir araştırmadan sonra uygunluk beyanı verilmesine yol açacak yöntem olan çocuğu *kafalah* altında evlat edinme prosedürü izlenmediği için, Fas makamları da bu koşulları doğrulayamamıştır ve *kafalah* düzenlemesi çocuğun yurt dışına yerleşmesine izin vermeyi amaçlamamıştır. Belçika makamları çocuğa oturma izni vermenin C.E.'nin yararına olacağını telakki etmemektedir.

4.10 Başvurucuların C.E.'yi evlat edinmeme tercihi veya yasayı bilmemeleri, Belçika Devleti'ni ciddi bir insani acil durum dışında, ki C.E.'nin dosyasında böyle bir duruma işaret edilmemiştir, C.E.'nin yararına ve korunmasına yönelik olarak konulan kuralları ihlal ederek C.E.'ye oturma izni vermeye mecbur kılmaz.

4.11 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, önceki ülkeye kabul olayında özel ve aile hayatı hakkına müdahale edilmediği görüşündedir.⁶ C.E. okula gitmektedir ve iki başvurucudan biri olan N.S. Fas'taki işinden gelir elde etmektedir, ancak ne N.S ne de eşi Y.B. Belçika'da herhangi bir gelirleri bulunduğunu ortaya koymamıştır. Başvurucular kaynaklarının kökeni ispatlanmayan, sahip olduklarını paylaşan dezavantajlı insanlardan oluşan bir toplulukta yaşamaktadır. Fas'ta C.E.'ni çevresinde bulunan kişilerin de kim olduğu açık değildir.

4.12 Taraf Devlet, başvurucular tarafından atıfta bulunulan davalardaki (*Harroudj v. Fransa, Wagner ve J.M.W.L. v. Lüksemburg ve Chbihi Loudoubi ve diğerleri v. Belçika*) çocuklar yasal olarak ilgili ülkelere girdiğinden ve daha sonra normal aile yaşamları geliştirmeye devam ettiğinden, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin bu davalara ilişkin kararlarının karşılaştırılabilir olmadığını işaret etmektedir.

⁶ *Ahmut v. Hollanda*, 28 Kasım 1996 (No. 21702/93) başvurusuna ilişkin mahkeme kararı.

4.13 Taraf Devlet Sözleşme'nin 12. maddesine atıfta bulunarak, C.E.'nin ilk karar verildiğinde 1, ikinci karar verildiğinde ise 5 yaşında olduğundan hareketle, C.E.'nin kendi görüşlerini oluşturabileceğini savunmanın zor olduğunu kaydetmektedir. Ayrıca, onu etkileyen yerleştirme veya evlat edinme işlemlerinde çocuğun görüşlerinin alınması açık bir gereklilik olsa da oturma izni verilip verilmeyeceği değerlendirilirken böyle bir ihtiyaç bulunmamaktadır.

4.14 Son olarak, C.E. Fas makamları tarafından gözetildiği ve Fas'ta *kafalah* düzenlemesine yerleştirildiği için Sözleşme'nin 20. maddesine uyulmuştur. Oturma izni verilmesine ilişkin mesele, 20. madde ile ilgili değildir.

Başvurucunun Taraf Devlet'in görüşleri hakkında yorumları

5.1 5 Aralık 2017 tarihli yorumlarında başvurucular, hali hazırda Yabancılar Dava Konseyi önünde derdest olan yargılamaların etkili bir hukuk yolu garantisi sunmadığına dikkat çekmektedir. Konsey, Taraf Devletin de kabul ettiği gibi, yalnızca bir kararı bozabilir; bu dosyanın gösterdiği gibi, bozulan kararı bir başkasıyla değiştiremez. Göçmenlik Bürosu vize başvurusunu ilk reddetme kararından dört yıl sonra, yasa dışı olduğu için iptal edilen kararlar neredeyse aynı olan bir kararı tekrar vermiştir. Dahası, oturma izni vermeyi reddetmeye ilişkin yürütmenin durdurulması, Taraf Devlet'in belirttiği gibi yürütmeyi durdurmadan yararlanana Belçika'ya giriş hakkı tanımaz ve bu nedenle etkili bir çözüm yolu değildir.

5.2 Olaylara gelince, başvurucular N.S.'nin devlet okulunda matematik öğretmesi için işe alındığını ve Y.B.'nin 2005'ten beri Belçika'nın La Poudrière komününde yaşadığını ve bahçıvan olarak çalıştığını izah etmektedir. Y.B.'nin ilk evliliğinden iki çocuğu ve üç torunu bulunmaktadır. Başvurucular, Nisan 2006'da Fas'ın Marakeş kentinde evlenmiş ve Eylül 2007'ye kadar kesintisiz bir arada yaşamıştır. Mayıs 2009'da N.S. Belçika'da oturma izni almış ve La Poudrière'e taşınmak amacıyla Fas'taki kamu hizmetinden erken emekli olmak için adımlar atmıştır.⁷ Nihayetinde kamu görevlisi statüsüyle ilişkisi kesilmiş ve Ağustos 2017'den bu güne aşamalı olarak erken emekliliği devşirmiştir.

5.3 Başvurucular, C.E.'nin yetim olduğunu ve Faslı yetkililer tarafından terk edilmiş bir çocuk olarak resmen tanındığı için Fas'ta kendisine bakacak bir ailesi olmadığını belirtmektedir. C.E. başvurucular tarafından hi-

7 Şubat 2013'te Belçika vatandaşlığına kavuşmuştur.

maye altına alındığından beri, sürekli olarak N.S.'nin Marakeş'teki evinde yaşamış ve yakınlardaki bir özel okula devam etmiştir. Ara sıra N.S.'nin annesi veya kız kardeşi tarafından bakılmıştır. C.E. terk edildiği için travma geçirmiştir ve başvuruçulara derinden bağlıdır. Tüm ayrılıklar, özellikle N.S.'den olanlar, C.E. için oldukça acı verici olmuştur. 2016 yılında C.E., N.S.'nin Belçika'ya yaptığı gezilerden biri sırasında hastaneye kaldırılmıştır. N.S. ağırlıklı olarak Fas'ta yaşamaktadır ve iki haftalık dönemler için yılda bir ila üç kez Belçika'ya seyahat etmektedir. Y.B., Belçika'da yaşamaktadır ve yılda iki ila üç ayı N.S. ve C.E. ile Fas'ta geçirmektedir.

5.4 Başvuruçular, Fas'ta yürütülen adli işlemlere itiraz edilmediğini belirtmektedir. Taraf Devlet, Fas'ta konsolosluk ve büyükelçilik gibi araçlara sahip olmasına rağmen, son altı yılda bir kez bile herhangi bir soruşturma yürütmemiş veya yetkili Fas makamlarından bilgi almaya çalışmamıştır. Başvuruçulara göre bu tür bir eylemsizlik, Taraf Devlet'in pasif tutumunu ve C.E.'ye çözüm bulmaktaki isteksizliğini göstermektedir. Diğer yandan başvuruçular tarafından başlatılan prosedürler, mevcudiyetlerinin devamlılığını ve etkililiğini tasdik etmektedir.

5.5 Başvuruçular bir Fas mahkemesinin C.E.'nin ülkeden ayrılmasına izin verdiğini ve bu mahkemenin Y.B.'nin Belçikalı olduğuna tamamen vakıf olduğuna işaret etmektedir. Başvuruçular, münhasıran Fas ikamet ediyor olsalardı bile, vatandaşı oldukları ülkeye yerleşebilirlerdi.

5.6 Başvuruçuların uygunluğu ile ilgili olarak, başvuruçuların uygunluğunu ve Belçika'daki yaşam koşullarını tespit etmek için Fas'ta kapsamlı adli işlemler yürütülmüştür. Belçikalı bir yargıç tarafından onaylanan özel vesayet, C.E. için başka bir güvence sağlamaktadır. Ayrıca, başvuruçuların La Poudrière komünündeki gönüllü statüsü, mali bağımsızlıklarının bir göstergesidir. Buna ek olarak başvuruçular, Belçika'da ve Fas'ta birer daireye sahiptir.

5.7 Başvuruçular, Belçika'da kendilerine sunulan tek prosedür olan insani vize başvurusu ve özel vesayet prosedüründen yararlanmışlardır. Başvuruçular ve çocuk arasındaki önceki temaslar, *kafalah* düzenlemesinin Belçika hukukuna göre evlat edinmeye dönüştürülmesi olasılığını dışlamıştır.

5.8 Başvuruçular, uzun veya kısa süreli vize verilmesine yönelik dört ret kararının hiçbirinde çocuğun yüksek yararına yapılan bir gönderme bulunmadığını vurgulamaktadır. *Kafalah* kurumunun Belçika tarafından tanınmaması, başvuruçular gibi uluslararası bir ailenin, aile bağlarının bulunduğu Fas ve Belçika arasında gidip gelme özgürlüğünü engellemiştir.

Ailenin, ilaveten gelişme hakkı bulunmaktadır. Taraf Devlet'in tutumunun etkisi, ailenin bir arada yaşamasını engellemektir. C.E.'nin Fas'ta yalnız kalmasını önlemek için N.S.'nin orada onunla birlikte yaşaması, böylelikle vatandaşı olduğu ülkede yaşama ve Y.B. ile birlikte yaşama hakkında vazgeçmesi anlamına gelmektedir. Dahası, vatandaşı olduğu ülkede yaşamayı, Belçika'daki faaliyetini ve ailesini feda etmelidir. Bu tutum aynı zamanda C.E.'nin Belçika'da yaşayan ailesiyle bağ kurmasını da engellemektedir.

Başvuruculardan ek bilgiler

6. Başvurucular 3 Mayıs 2018 tarihli bir mektupta, Yabancılar Dava Konseyi'nin 26 Nisan 2018 tarihinde 19 Temmuz 2016 tarihli vize reddi kararını hükümsüz kılan bir karar yayınladığını bildirmektedir. Konsey, itiraz edilen kararda, başvurularda C.E.'nin özel vasisi olarak hareket etmeleri için onay verilen Tournai Çocuk Mahkemesi kararından hiç bahsedilmemiş olmasını nazara almıştır.

Komite önündeki meseleler ve işlemler

Kabul edilebilirlik değerlendirmesi

7.1 Bir başvuruda yer alan herhangi bir iddiayı değerlendirmeden önce Komite, İhtiyari Protokol'de yer alan usul kurallarından 20. maddeye uygun olarak, başvurunun İhtiyari Protokol kapsamında kabul edilebilir olup olmadığına karar vermelidir.

7.2 Komite, Taraf Devletin, 19 Temmuz 2016 tarihli Göçmenlik Bürosu tarafından yapılan ikinci ret kararının iptali için yapılan temyiz başvurusunun, mevcut başvurunun Komite'ye sunulduğu tarihte halen Yabancılar Dava Konseyi önünde derdest olduğu ve başvurulardan temyiz ettikleri kararın askıya alınmasını talep etmedikleri için başvurunun kabul edilemez olduğu yönündeki iddiasını kaydeder. Bununla birlikte Komite, başvurulardan 26 Nisan 2018 tarihinde Yabancılar Dava Konseyi'nin vizenin reddedilmesine ilişkin kararın geçersiz olduğuna hükmettiğini ve Konsey'in, kararları diğer kararlarla ikame edemeksizin, yalnızca kararların yasallığını gözden geçirme konusunda sınırlı bir yetkiye sahip olduğu yönündeki savlarına dikkat çeker. Bunun sonucu olarak, Göçmenlik Bürosu tarafından yeni bir kararın verilmesi gerekmektedir. Dahası, Göçmenlik Bürosu başvuru sahiplerinin başvurularını 27 Kasım 2017 ve 19 Temmuz 2016'da olmak üzere iki kez reddetmiştir. Bu nedenle üçüncü bir başvurunun başarılı olması olası görünmemektedir. İtiraz konusu kararın yürütmesinin durdu-

rulmasına ilişkin olarak Komite, tarafların yürütmenin durdurulmasının ikamet izni tesis edileceği anlamına gelmeyeceği ve bu nedenle etkili bir yol olduğunun söylenemeyeceği yönündeki iddialarını kaydeder. Yukarıdakilerin ve özellikle başvuruçuların ilk vize başvurusunun üzerinden yedi yıl geçmiş olması ve ilk iki başvuruyu reddeden aynı makamın üçüncü başvuruyu değerlendireceği gerçeği ışığında Komite, başvuruçuların mevcut ve etkili tüm iç hukuk yollarını tükettiği görüşündedir. Bu nedenle Komite İhtiyari Protokol'ün 7 (e) maddesi uyarınca, başvurunun kabul edilebilirliğini ilan etmenin önünde herhangi bir engel bulunmadığı kanaatindedir.

7.3 Komite, başvuruçuların Sözleşme'nin 20. maddesine atıfta bulunurken, iddialarını ispat edemediklerini kaydeder. Dolayısıyla Komite, bu iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olduğu ve dolayısıyla Seçmeli Protokol'ün 7 (f) maddesi uyarınca kabul edilemez olduğu sonucuna varmıştır.

7.4 Bununla birlikte Komite, başvuruçuların C.E.'ye karşı uyuştuğuna temelinde ayrımcılık yapıldığına (Sözleşme, madde 2), Belçika göçmenlik makamları tarafından yürütülen prosedürler sırasında çocuğun yüksek yararının ve çocuğun dinlenilme hakkının göz ardı edildiğine (Sözleşme, madde 3 ve 12) ve son olarak aile birleşimine (Sözleşme, madde 10) yönelik iddialarını yeterince ispatlamış olduğundan bu iddiaları, kabul edilebilir ilan ederek bu iddiaların esastan incelenmesi gerektiğine karar vermiştir.

Esasa ilişkin değerlendirmeler

8.1 Komite mevcut başvuruyu Seçmeli Protokol'ün 10 (1) maddesine göre taraflarca sunulan tüm bilgiler ışığında değerlendirmiştir.

8.2 Komite, başvuruçuların Belçika göçmenlik makamlarının vize vermeyi reddettiği dört olayda çocuğun yüksek yararının göz ardı edildiği yönündeki iddialarını dikkate almaktadır. Komite ayrıca, Taraf Devlet'in bu kararların 1993 tarihli Lahey Sözleşmesi'ne ülke içinde geçerlilik kazandırmak üzere değiştirilen mevcut yasayla uyumlu olduğu ve böylece ülkelerarası evlat edinmede çocuğun yüksek yararını teminat altına aldığı yönündeki iddialarını da dikkate almaktadır.

8.3 Komite, çocuklarla ilgili tüm eylemlerde çocuğun yüksek yararının birincil düşünce olması ve "kavramın çocuğun içinde bulunduğu durum, bağlam ve ihtiyaçları nazara alınarak, ilgili çocuğun veya çocukların özel durumuna göre bireysel olarak ayarlanması ve tanımlanması; bireysel kararlar için çocuğun yüksek yararının, söz konusu çocuğun özel koşulları ışığında değerlendirilmesi ve belirlenmesi"⁸ gerektiğini hatırlatmaktadır.

8 Çocuğun yüksek yararının öncelikli olarak dikkate alınması hakkına ilişkin genel yorum No. 14 (2013),

8.4 Komite ayrıca, açıkça keyfi olmadığı veya adaleti tanımama anlamına gelmediği sürece, olaylar ile delilleri incelemenin ve iç hukuku yorumlama ve uygulamanın ulusal makamlara ait olduğunu hatırlatmaktadır.⁹ Bu nedenle davaya konu vakaları ve delilleri değerlendirmek Komite'nin görevi değildir; ancak Komite değerlendirmesinde, ulusal makamların değerlendirmede bulunurken keyfi davranmaktan veya hak dağıtmaktan kaçınmasını ve çocuğun üstün yararının birincil öncelik olarak nazara alınmasını sağlamalıdır.

8.5 Bu dosyada Komite, Belçika göçmenlik makamlarının, *kafalah* düzenlemesi oturma hakkı tesis etmeye temel teşkil edemediği için ve başvuru- ruların aşağıda sayılan: (a) C.E.'ye Fas'taki biyolojik ailesi bakmadığını, (b) başvuru- ruların C.E.'yi Fas'ta bırakarak onun eğitimi sağlayamadıklarını ve (c) başvuru- ruların C.E.'yi desteklemek için finansal araçlara sahip oldukları hususlarını ispatlayamadıkları için vize vermeyi reddettiğini göz- lemlemektedir. Bununla birlikte Komite genel nitelikteki bu nedenlerin, C.E.'nin biyolojik ailesi tarafından bakılabilmemesinin pek olası görünmediği- ne ve her durumda desteklenmediğine ilişkin özel durumunun –özellikle de bilinmeyen bir babadan dünyaya gelmesi ve doğumda biyolojik annesi tarafından terk edilen bir çocuk olarak durumunu- dikkate alınmadığını ortaya koyduğunu gözlemlemektedir. Başvuru- ruların gerekli mali imkan- lardan yoksun olduğu iddiası, Faslı yetkililerin *kafalah* yoluyla yerleştirme- ye izin verme kararının başvuru- ruların sosyal ve mali durumunu dikkate almış olduğu gerçeğinin nazara alınmadığı ihtimalini ortaya koymaktadır. Faslı yetkililer, Başvuru- rulara C.E. için *kafalah* düzenlemesi tesis ederek başvuru- ruların mali durumunun tatmin edici olduğunu kabul ederken, Belçikalı yetkililer de başvuru- ruların C.E.'nin vasileri olarak hareket etme- lerine izin vererek aynısını yapmıştır. Taraf Devlet, genel anlamda *kafalah* düzenlemesine imkan tanıyan Fas prosedürlerini sorgulamakta, ancak bu işlemlerin gerekli güvenceleri hangi şekilde karşılamadığını belirtme- mektedir. Son olarak C.E.'yi Fas'ta bırakma fikri, bir çocuğu yetimhaneye bırakarak eğitim ihtiyaçlarıyla ilgilenmek ile çocukla yaşarken onun duygu- sal, sosyal ve finansal ihtiyaçları ile bir ebeveyn olarak ilgilenmeyi istemek arasındaki farkın nazara alınmadığını işaret edebilmektedir. Bu düşünce, göçmenlik makamlarının 2011'den beri başvuru- ruları ve C.E.'yi birbirleri- ne bağlayan duygusal bağları hiç dikkate almadığını göstermektedir. *Kafa- lah* aracılığıyla tesis edilmiş yasal ilişkiye ek olarak, göçmenlik makamları

(madde 3 (1)), para. 32).

9 U.A.I. v. İspanya (CRC/C/73/D/2/2015), para. 4.2, ve A.Y. v. Danimarka (CRC/C/78/D/7/2016), para. 8.8.

C.E.'nin doğumundan bu yana N.S.'nin C.E. ile olan yaşamını veya yıllar boyunca bir arada yaşamalarıyla doğal olarak oluşmuş fiili aile bağlarını dikkate almadığı izlenimini oluşturmaktadır.¹⁰

8.6 Başvurucuların Sözleşme'nin 12. maddesine dayanan iddiaları ile ilgili olarak Komite, C.E.'nin ilk karar sırasında 1 yaşında, ikinci karar sırasında 5 yaşında olduğunu, bu tarihlerde kendi görüşlerini oluşturma yeteneği bulunmadığı ve çocuğun kendi görüşlerini oluşturmaya ve görüşlerini ifade etmesine izin verilmesi ihtiyacının, oturma izninin tesis edilmesine ilişkin kuralların uygulanmasının amaçları açısından haklı görülmeyeceğine ilişkin Taraf Devlet'in iddialarını dikkate almaktadır.

8.7 Bununla birlikte, Komite, "12. madde, çocuğun görüşlerini ifade etme hakkına herhangi bir yaş sınırlaması getirmediğine ve Taraf Devletlerin, yasada veya uygulamada, çocuğun çocuk olma hakkını kısıtlayacak yaş sınırlamaları düzenlemesi yapmaktan caydırdığına [...] Çocuğun, konunun kendisini etkileyen tüm yönleriyle ilgili kapsamlı bilgiye sahip olması gerekli olmasa da konu hakkında kendi görüşlerini uygun şekilde oluşturabilmeye yetecek kadar bilgiye sahip olması gerek(tiğİne)" [...] dikkat çekmektedir.¹¹ Ayrıca "Çocuğun görüşlerini dikkate almayan veya görüşlerine yaşlarına ve olgunluklarına göre gereken ağırlığı vermeyen herhangi bir kararın, çocuğun veya çocukların yüksek yararlarının belirlenmesini etkileme olasılığına saygı göstermeyeceğini [...] Çocuğun çok küçük olması veya hassas bir durumda olması (örneğin engelli olması, bir azınlık grubuna mensup olması, göçmen olması vb.) çocuğu görüşlerini ifade etme hakkından mahrum bırakmayacağını ve de çocuğun yüksek yararının belirlenmesinde çocuğun görüşlerine verilen ağırlığı azaltmayacağını; bu gibi durumlarda çocuklar için eşit hakların kullanılmasını güvence altına almak için belirli tedbirlerin kabul edilmesi, çocukların karar verme sürecinde kendilerine bir rol sağlayan bireysel bir değerlendirmeye tabi olması gerektiğini"¹² dikkate almaktadır.

8.9 Yukarıdaki bilgiler ışığında Komite, C.E. için yapılan vize başvurusunu değerlendirirken çocuğun yüksek yararını özel olarak nazara almayarak ve C.E.'nin dinlenilme hakkına imkan tanımayarak, Taraf Devlet'in Sözleşme'nin 3. ve 12. maddelerini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.

10 Bununla ilgili olarak bkz. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin *Wagner ve J.M.W.L. v. Lüksemburg, Moretti ve Benedetti v. İtalya ve Harroudj v. Fransa* davaları hakkındaki kararları.

11 Genel yorum No. 12 (2009), para. 21.

12 Genel yorum No. 14 (2013), para. 53 ve 54.

başvurusunu acilen yeniden gözden geçirme yükümlülüğü altındadır. Çocuğun yüksek yararı göz önünde bulundurulurken Taraf Devlet, C.E. ile başvuruçular arasında fiili olarak oluşturulmuş aile bağlarını dikkate almalıdır. Taraf Devlet ayrıca, gelecekte benzer ihlallerin meydana gelmesini önlemek için gerekli her şeyi yerine getirmekle yükümlüdür.

10. Komite Taraf Devlet'in İhtiyari Protokol'e taraf olmakla, Sözleşme'nin ihlal edilip edilmediğini belirleme konusunda Komite'nin yetkisini tanıdığını belirtmektedir.

11. İhtiyari Protokol'ün 11. maddesi uyarınca Komite, Taraf Devlet'ten mümkün olan en kısa sürede ve her halde 180 gün içinde Komitenin görüşlerini yürürlüğe koymak için aldığı önlemler hakkında bilgi vermesini talep etmektedir. Taraf Devlet'ten ayrıca Sözleşme'nin 44. maddesi uyarınca bu tür tedbirler hakkında bilgileri, sunduğu raporlara eklemesini istemektedir. Son olarak, Taraf Devlet'ten bu Görüşlerin yayınlanması ve geniş ölçekte yayması talep edilmektedir.

5. BÖLÜM

Çocuk Hakları Sözleşmesi ve
İklim Değişikliği Krizi

Birleşmiş Milletler

CRC/C/88/D/108/2019

Çocuk Hakları
Sözleşmesi
düzenlenmemiş metin

Dağıtım: Genel
8 Ekim 2021
İngilizceden çevrilmiştir.
Orijinal Dil: İngilizce

Çocuk Hakları Komitesi

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin Başvuru Usulü Hakkında SeçmeliP-rotokolü Kapsamında 108/2019 Numaralı başvuruya İlişkin Çocuk Hakları Komitesi kararı^{*,**}

<i>Başvurucular:</i>	Chiara Sacchi ve diğerleri (Scott Gilmore ve diğerleri (Hausfeld LLP) tarafından temsil edilmektedir ve Ramin Pejan ve diğerleri (Earthjustice))
<i>Mağdur (iddia Edilen):</i>	Başvurucular
<i>Taraf Devlet:</i>	Türkiye
<i>Başvuru Tarihi:</i>	23 Eylül 2019
<i>Karar Tarihi:</i>	22 Eylül 2021
<i>Konu:</i>	İklim değişikliğinin sonuçlarının önlenmemesi ve hafifletilmemesi
<i>Usulî Sorunlar:</i>	Yetki; mağdur statüsü, iç hukuk yollarının tüketilmemesi; iddiaların kanıtlanması
<i>Sözleşme Maddeleri:</i>	3, 6 (1-2), 24 ve 30
<i>İhtiyari Protokol Maddeleri:</i>	5 (1), 7 (e) ve (f)

0.1 Başvurucular Arjantin vatandaşı Chiara Sacchi, Brezilya vatandaşı Catarina Lorenzo, Fransa vatandaşı Iris Duquesne, Almanya vatandaşı Rina Ivanova, Hindistan vatandaşı Ridhima Pandey, Marshall Adaları vatandaşları David Ackley III, Ranton Anjain ve Litokne Kabua; Nijerya vatandaşı

* Çeviren Gökçe GÖKÇEN

** Komitenin 88. oturumunda kabul edilmiştir. (6-24 Eylül 2021).

** Başvurunun incelenmesinde yer alan Komite üyeleri: Suzanne Aho, Aissatou Alassane Sidikou, Hynd Ayoubi Idrissi, Rinchen Chopel, Bragi Gudbrandsson, Philip Jaffe, Sopia Kiladze, Gehad Madi, Faith Marshall-Harris, Benyam Dawit Mezmur, Clarence Nelson, Mikiko Otani, Luis Ernesto Pedernera Reyna, Zara Ratou, José Ángel Rodríguez Reyes, Ann Marie Skelton, Velina Todorova and Benoit Van Keirsbilck.

Deborah Adegbile, Palau vatandaşı Carlos Manuel, Güney Afrika vatandaşı Ayakha Melithafa, İsveç vatandaşları Greta Thunberg ve Ellen-Anne; Tunus vatandaşı Raslen Jbeili; Amerika Birleşik Devletleri vatandaşları Carl Smith ve Alexandra Villaseñor'dur. Başvuru sırasında bütün başvuru-
cuların yaşları 18'in altındadır. Başvuruculara göre Taraf Devlet, iklim de-
ğişikliğinin sonuçlarını önleme ve hafifletme konusunda ihmalden dolayı
Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında madde 6 (1-2), 24 ve 30'da güvence
altına alınan haklarını ihlal etmiştir.¹ Seçmeli Protokol, Taraf Devlet açısın-
dan 26 Mart 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

0.2 Seçmeli Protokol'ün 8. Maddesi ve Komite'nin Usul Kuralları'nın 18
(4) numaralı kuralı gereğince, 20 Kasım 2019 tarihinde Başvurular Hakkın-
da Çalışma Grubu, Komite adına Taraf Devlet'ten iddialar hakkında göz-
lemlerinden ayrı olarak başvurunun kabul edilebilirliğine dair görüşlerini
istemiştir.

Başvuruculara göre olaylar

2. Başvurucular Taraf Devlet'in iklim değişikliğine sebep olup bunu sür-
dürerek başvuru-
cuların yaşam, sağlık ve kültür hakkına saygı, koruma ve
gerçekleştirme konusunda gerekli önleyici ve koruyucu tedbirleri almadık-
larını iddia etmektedirler. Başvurucular, iklim krizinin soyut ve geleceğe
dair bir tehdit olmadığını iddia etmektedir. Küresel sıcaklığın 1.1°C yük-
selişi günümüzde sarsıcı sıcak hava dalgalarına sebep olmakta; bulaşıcı
hastalıkların yayılmasını, orman yangınlarını, ekstrem hava olaylarını, sel-
leri ve deniz seviyesinin yükselmesini hızlandırmakta ve bu durum küresel
çapta milyonlarca kişinin insan haklarına aykırılık oluşturmaktadır. Yaşamı
tehdit eden bu etkilere karşı fizyolojik ve ruhsal açıdan en savunmasız du-
rumda olan çocuklar, bu zararların yükünü yetişkinlerden çok daha fazla
ve çok daha uzun süre taşıyacaklardır.²

Şikâyet

3.1 Başvurucular yaşamı tehdit eden iklim değişikliğine taksirle sebep
olarak ve bunu sürdürerek Taraf Devlet'in yaşam, sağlık ve kültür haklarına
saygı, koruma ve gerçekleştirme konusunda gerekli önleyici ve koruyucu
tedbirleri almadığını iddia etmektedir. Başvurucular, iklim krizinin soyut

1 Başvurucular aynı şikâyeti Arjantin, Brezilya, Fransa, Almanya ve Türkiye hakkında yapmıştır. Bu başvurular
104-108/2019 numaralarıyla kaydedilmiştir.

2 Başvurucuların ileri sürdüğü olaylar hakkında daha fazla bilgi için bkz. Sacchi ve diğerleri/Almanya
(CRC/C/88/DR/107/2019), para. 2.1-2.6.

ve geleceğe dair bir tehdit olmadığını iddia etmektedir. Küresel sıcaklığın 1.1°C yükselişi günümüzde sarsıcı sıcak hava dalgalarına sebep olmakta; bulaşıcı hastalıkların yayılımını, orman yangınlarını, ekstrem hava olaylarını, selleri ve deniz seviyesinin yükselmesini hızlandırmakta ve bu durum küresel çapta milyonlarca kişinin insan haklarına aykırılık oluşturmaktadır. Yaşamı tehdit eden bu etkilere karşı fizyolojik ve ruhsal açıdan en savunmasız durumda olan çocuklar, bu zararların yükünü yetişkinlerden çok daha fazla ve çok daha uzun süre taşıyacaklardır.

3.2 Başvurucular, gecikmenin her gününün kalan “karbon bütçesi”ni, yani iklimin ekolojik ve insan sağlığı konusunda yaratacağı durdurulamaz ve geri döndürülemez kritik eşiğe ulaşmasından önce karbon salınımının halen mümkün olduğu miktarı daha da tükettiğini iddia etmektedir. Başvurucular Taraf Devlet’in diğer devletlerle birlikte yakın bir risk yarattığını; bu durumun zararı hafifletmeye yönelik fırsatları ve gelecek kuşakların güven içinde yaşamasını imkânsız kılacağını iddia etmektedirler.

3.3 Başvurucular iklim krizinin bir çocuk hakları krizi olduğunu ileri sürmektedir. Sözleşme’ye Taraf Devletler çocukların devredilemez yaşam hakkına saygı göstermek, bu hakkı korumak ve geliştirmekle yükümlüdür. Diğer tüm haklar da bu haktan türemektedir. İklim değişikliğini önlemek insan hakları açısından zorunludur. İklim krizi bağlamında uluslararası insan hakları hukuku açısından yükümlülükler, uluslararası çevre hukuku kural ve ilkeleriyle belirlenmiştir. Başvurucular, Taraf Devlet’in (i) iç hukuk ve ulus ötesi insan hakları ihlalleri bakımından öngörülebilir ihlallerin önlenmesi; (ii) küresel iklim olağanüstü hali karşısında uluslararası işbirliği; (iii) belirsizlik karşısında yaşamın korunması için ihtiyatlılık ilkesinin uygulanması ve (iv) çocuklar ve gelecek kuşaklar için kuşaklar arası adaletin sağlanması konularında Sözleşme’den kaynaklanan yükümlülüklerine aykırı davrandığını iddia etmektedir.

Madde 6 (1-2)

3.4 Başvurucular Taraf Devlet’in eylem ve ihmalleriyle, başvurucuların çocukluk dönemlerini, iklim değişikliğinin sıcaklık, seller, fırtınalar, hastalık, kuraklık ya da kirli hava gibi insan sebepli, öngörülebilir ve yaşamı tehdit eden riskleriyle karşı karşıya bırakan iklim krizini sürdürdüğünü iddia etmektedir. Bilimsel konsensüs, yaşamı tehdit eden risklerin, dünyanın 1.5 °C’ye kadar ve daha fazla ısınmasıyla başvurucuların hayatları boyunca çoğalacağını göstermektedir.

Madde 24

3.5 Başvurucular Taraf Devlet'in eylem ve ihmalleriyle iklim krizini sürdürmesinin, astımdan duygusal travmaya kadar şimdiden ruhsal ve fiziksel sağlıklarını etkilediğini iddia etmektedir. Bu zararlar Sözleşme'nin 24. maddesinde yer alan sağlık hakkını ihlal etmektedir ve dünya ısınmaya devam ettikçe zararlar artacaktır (bkz. para. 2.2).

Madde 30

3.6 Başvurucular Taraf Devlet'in iklim krizine katkılarının Alaska'dan Marshall Adaları'na ve Sapmi'ye kadar yerli başvurucuların bin yıllık geçim yöntemlerini şimdiden tehlikeye attığını iddia etmektedir. Başvuruculara göre bunlar yalnızca temel geçim kaynağı değil, aynı zamanda dünyada var olmanın, görmenin ve davranışın belli bir biçimi olarak kültürel kimliklerinin de bir parçası olarak görülmelidir.

Madde 3

3.7 Taraf Devlet karbonsuzlaştırmayı erteleyen iklim politikalarını destekleyerek iklim değişikliğinin yükünü ve bedelini çocuklara ve gelecek kuşaklara yönlendirmektedir. Bunu yaparken Taraf Devlet, gelecek kuşaklar için çocukların haklardan yararlanmasını güvence altına alma yükümlülüğünü ihlal etmiş ve kuşaklararası hakkaniyet ilkesine aykırı davranmıştır. Başvurucular, şikayetlerinin Sözleşme'de yer alan haklarının ihlal edildiğini belgelediğini, fakat iklim krizinin kapsamının az sayıda çocuğun yaşadığı zarara indirgenemeyeceğini not etmektedir. Sonuç olarak risk altında olan, her yerde, her çocuğun haklarıdır. Yalnız ve diğer devletlerle uyumlu davranan Taraf Devlet, iklim krizini durdurmak için uygun tedbirleri derhal almazsa iklim değişikliğinin yıkıcı etkileri Sözleşme'nin herhangi bir yerde çocuk haklarını koruma yetisini ortadan kaldıracaktır. Çocuğun üstün menfaatini gözeterek akılcı davranan hiçbir devlet, böyle bir gecikmenin yükünü dayatmayacaktır. Cevap verenin politikalarını meşrulaştıracak tek maliyet-çıkartıcı analiz, çocukların yaşamından kısmak ve kısa vadeli ekonomik çıkarları çocuk haklarının üstünde tutmaktır. Başvurucuların ve diğer çocukların üstün menfaatini Taraf Devlet'in iklim faaliyetlerinde daha az bir değerle konumlamak, Sözleşme'nin 3. maddesinin doğrudan ihlalidir.

3.8 Başvurucular Komite'nin şu sonuçlara varmasını talep etmektedir: 1) iklim değişikliği bir çocuk hakları krizidir; 2) Taraf Devlet, diğer devletlerle birlikte iklim krizinin önlenmesi ve hafifletilmesi için gerekli tedbirlere dair mevcut bilimsel delilleri kasten görmezden gelerek iklim krizi-

ne sebep olmuştur ve bu krizi pekiştirmektedir ve 3) yaşamı tehdit eden iklim değişikliğini pekiştirerek Taraf Devlet, başvuruçuların yaşam, sağlık ve çocuğun üstün yararının gözetilmesi haklarıyla birlikte yerli toplulardan gelen başvuruçuların kültürel haklarını ihlal etmektedir. Başvuruçular Komite'nin şu tavsiyelerde bulunmasını talep etmektedir: 1) Taraf Devlet, mevzuatını ve politikalarını mevcut en iyi bilimsel delilleri temel alarak gözden geçirmeli ve gerektiğinde değiştirmelidir. Bunu yaparken uyum ve azaltım girişimlerinde kaynakların mümkün olan en yüksek seviyeye çekilmesini gözetmelidir. Burada amaçlar: (i) başvuruçuların haklarının korunması ve (ii) özellikle iklim değişikliğine uyum ve azaltımın yük ve maliyetinde çocuğun üstün menfaatinin öncelik haline getirilmesi olmalıdır. 2) Taraf Devlet uluslararası işbirliği eylemi girişiminde bulunmalı ve var olan girişimlerdeki çabalarını artırmalıdır. Başvuruçuların ve diğer çocukların vazgeçilmez haklarının korunması, daha büyük zararların önlenmesi, iklim krizinin hafifletilmesi için bağlayıcı ve uygulanabilir tedbirlerin alınması amaçlanmalıdır. 3) 12. madde bakımından Taraf Devlet, çocuğun dinlenilme ve görüşlerini özgürce ifade etme hakkını iklim krizini hafifletme ve adaptasyon konusunda, bu beyanlara cevaplar da dahil olmak üzere bütün uluslararası, ulusal ve ulusalüstü girişimlerde güvence altına almalıdır.

Taraf Devlet'in kabul edilebilirlik hakkında gözlemleri

4.1 20 Mayıs 2020 tarihinde Taraf Devlet, kabul edilebilirlik ve başvurunun esası hakkında gözlemlerini kaydetmiştir.³ Taraf Devlet, başvurunun yetkisizlik, iç hukuk yollarının tüketilmemesi ve kabul edilebilirlik iddiasının dayanaktan yoksunluğu sebebiyle kabul edilemez olduğu görüşündedir.

4.2 Taraf Devlet başvuruçuların, hakkında başvuru olan devletlerin iç hukuk yollarının çok maliyetli olduğu argümanını not etmektedir. Taraf Devlet, İhtiyari Protokol'ün 7. maddesinin (e) bendinde yer alan istisnalar içinde iç hukuk yollarının maliyetinin yer almadığını hatırlatmaktadır. İnsan Hakları Komitesi'nin iç hukuk yollarının maliyetinin başvuruçunun bu yolları tüketmesi gerekliliğini ortadan kaldırmadığını belirttiği kararını da ayrıca not etmektedir.⁴

3 Bu kararın amacı doğrultusunda yalnızca Taraf Devlet'in kabul edilebilirlik hakkında gözlemleri yansıtılacaktır.

4 P.S./Danimarka, (CCPR/C/45/D/1990).

4.3 Başvurucular, Taraf Devletlerin hiçbirinin ulusal mahkemelerinin diğer devletlerin iklim faaliyetlerine çözüm sağlayamayacağını, hakkında başvuru yapılan Taraf Devletlerden her birinin iç hukuk yollarını küresel bir iklim olayı konusunda tüketmeye çalışmanın başvurucular açısından gereğinden fazla bir yük getireceğini iddia etmiştir. Taraf Devlet bu argümanı not etmektedir. Taraf Devlet, bu argümanın da İhtiyari Protokol madde 7(e)'de yer alan istisnalar arasında bulunmadığını ve Taraf Devletlerin diğer devletlerin iklime dair eylemlerine çözüm sağlama yükümlülüğünün de olmadığını belirtmektedir. Buna karşılık Taraf Devletlerin iç hukuk yollarının başvuruculara ilgili devlette telafi sağlayabileceğini de not etmektedir. Bu nedenle başvuru konusunda Taraf Devletlerin iç hukuk yollarının tüketilmesi, başvurucuların iddia ettikleri zararların karşılanmasını sağlayabilecektir.

4.4 Taraf Devlet, çocukların temel haklarının ihlali iddiasını incelemek için etkili iç hukuk yollarının bulunduğunu belirtmektedir. Anayasa'nın 90. maddesi gereğince usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bu nedenle kişiler, Sözleşme'de güvence altına alınan haklarını ulusal mahkemelerde ileri sürebilmektedir. Ayrıca Anayasa'nın 148. maddesi gereğince herkes Anayasa Mahkemesi'ne Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin kamu otoriteleri tarafından ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuru yapabilir. Anayasa'nın 56. maddesi herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını tanımakta ve Devlet'e çevreyi geliştirme, çevre sağlığını koruma ve çevrenin kirlenmesini önleme yükümlülüğü getirmektedir. Bu nedenle başvurucuların Sözleşme'de ve Türk hukuk sisteminde korunan hakları bakımından Anayasa Mahkemesi'ne etkili başvuru yapma imkanları da bulunmaktadır.

4.5 Taraf Devlet başvurucuların iç hukuk yollarını tüketmenin yersiz bir gecikmeye neden olacağı argümanını hatırlatmaktadır. Taraf Devlet, bu iddianın Türkiye bakımından herhangi bir delil ve dayanakla desteklenmediğini belirtmektedir. Taraf Devlet bu nedenle başvurucuların bu iddiasının dayanaktan yoksunluk nedeniyle bertaraf edilmesini talep etmektedir.

4.6 Taraf Devlet son olarak başvurucuların, Taraf Devlet'in doğrudan ya da dolaylı eylemleri sonucunda ortaya çıktığını iddia ettikleri maddi ve manevi zararı kanıtlamak için herhangi bir delil sunmadıklarını ifade etmektedir. Bu nedenle Taraf Devlet, kendi eylem veya ihmali ile iddia edilen zarar arasında bir illiyet bağının kurulamayacağı görüşündedir.

Kabul edilebilirlik konusunda Taraf Devlet'in gözlemleri hakkında başvuruçuların yorumları

5.1 25 Kasım 2020'de, başvuruçular Taraf Devlet'in kabul edilebilirlik konusunda yorumlarını iletmişlerdir. Bu yorumda başvurunun kabul edilebilir olduğu savunulmuş ve Komite'nin bu şikayeti inceleme yetkisinin bulunduğu, başvurunun yeterli dayanağının olduğu ve iç hukuk yollarına başvurunun faydasız olacağı argümanları yinelenmiştir.

5.2 Taraf Devletler, ülkelerinde sera gazı salınımına sebep olan ekonomik faaliyetler üzerinde etkin bir denetime sahiptir. Bu salınımlar başvuruçuların iklim değişikliği nedeniyle haklarının ihlal edilmesine katkı sunmaktadır. Başvuruçular, devletin kendi topraklarının dışındaki yükümlülüklerinin yalnızca kişisel veya ülkesel kontrolüyle sınırlı olmadığı argümanını hatırlatmaktadır. Ülke dışı yükümlülükler, devletin kendi ülkesindeki faaliyetlerin sınır ötesinde doğrudan ve öngörülebilir zarar doğurması halinde de söz konusu olmaktadır. Başvuruçulara göre, Taraf Devletin ülkesindeki GHG salınımını etkin bir biçimde düzenleme yetkisinin bulunduğu tartışmasızdır. Taraf Devlet, sıcaklık artışını 1,5 °C ya da altında tutmayı amaçlayan Paris Anlaşması'na aykırı olarak salınımı sınırlamak için azami kaynakları kullanmamıştır. Taraf Devlet'in emisyonları iklim değişikliğinin tek sebebi değildir, fakat sebeplerinden biridir ve bu sorun ancak Taraf Devlet'in çabasıyla hafifletilebilir. Başvuruçular ihtilaf konusu illiyet bağına atıfla, örneğin Taraf Devlet'in her bir başvuruçunun hakkının güncel ya da yakın ihlaline sebep olduğu sorusunun başvurunun esasına dair bir mesele olduğunu ileri sürmektedir. Kabul edilebilirlik aşamasında iklim değişikliğinin neden olduğu yaşam, sağlık ve kültürel haklarının güncel ve yakın ihlalleri konusunda gerekçeli iddialarını sunmuşlardır. Başvuruçular son olarak hak ihlallerinin tamamıyla öngörülebilir olduğunu belirtmektedir. Onlarca yıldır iklim konusunda çalışan bilim insanları kontrolsüz salınımların tüm dünyada çocuklar üzerinde doğrudan bir etkisinin olacağı uyarısını yapmışlardır. 1990 yılında Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli (IPCC) ilk raporuyla uluslararası toplumu uyarılmış ve emisyonların sınırlandırılmasında yetersiz kalırsa küresel ısınmanın, sıtmanın yayılması ve ölümcül yangınlardan yükselen denizin mercanları yok etmesine kadar tam da bugün başvuruçuları tehdit eden ya da yaşadıkları etkilerin meydana geleceğine dikkat çekmişti.⁵

5 IPCC, Policymaker Summary of Working Group II (Potential Impacts of Climate Change) at 88, 102- 03, 107-08 (1990).

5.3 Başvurucular Taraf Devlet'in emisyonları sınırlamaması nedeniyle her birinin zarar gördüğü ve daha da büyük ve geri dönülemez zarar riskiyle karşı karşıya olduklarını ifade etmektedirler. Taraf Devlet'in iklim değişikliğiyle mücadelede eylem ve ihmalleri, başvuruculara doğrudan ve kişisel zarar vermekte ve onları öngörülebilir risklere maruz bırakmaktadır. İklim değişikliğinin zararlarıyla ilgili iddialar, her ne kadar tüm dünyada çocuklar aynı tecrübeyi yaşıyor ya da benzer risklerle karşılaşılıyor olsa da, bir *actio popularis* değildir.

5.4 Başvurucular iç hukuk yollarının başarılı sonuçlanma ümidi olmadığını ileri sürmektedir. Başvuruculara göre Taraf Devlet, iç hukuk yollarını tüketme gerekliliğinin başka ülkelerde yaşayan başvurucular için adil olacağını kanıtlayamamıştır. Devlet pratiği ve opinio juris, Diplomatik Koruma Hakkında Taslak Maddeler'in 15. maddesinin (c) bendinde belirtildiği gibi, sınır ötesi çevre zararlarında mağdur, menşe ülkeyle gönüllü bir ilişki kurmadığında ve devletin yarattığı kirlilikten zarar görme riskini varsaymadığında iç hukuk yollarının tüketilmesine gerek yoktur.⁶ Başvurucular ayrıca Taraf Devlet'in yabancı devlet bağışıklığını kabul ettiğini, bu davada ileri sürülen güncel iddialar ve talepler hakkında ulusal organların inceleme yapamayacağını, zira bu iddiaların birden fazla sınırı ve devleti ilgilendiren sınır ötesi insan hakları ihlallerini de içerdiğini belirtmektedir. Devlet bağışıklığı, diğer devletlerin sebep olduğu sınır ötesi zararların telafisini imkânsız kılmaktadır.

5.5 Başvurucular Taraf Devlet'in iç hukuk yollarının etkisiz olacağını belirtmektedir.⁷ Türk idare hukukuna göre dava açılabilmesi için kişisel menfaat koşulu aranmaktadır. Başvurucuların hiçbiri Türkiye'de doğmamış, burada ikamet etmemekte ya da burada mülkleri olmadığından menfaat koşulu yasal olarak tanınmamaktadır. Benzer bir şekilde, Anayasa Mahkemesi'nin kişi bakımından yetki incelemesinde başvurucuların mağdur statüsü tanınmayacaktır, zira hiçbiri Türkiye'ye yaşamamaktadır ya da çevresel zararlara yakın bölgelerde mülk sahibi değildir. Sözleşme'nin doğrudan iç hukuka aktarılmamış olması ve iklim krizine bağlı olarak spesifik hukuki taleplerin ileri sürülmesini sağlayacak başka bir düzenlemenin de bulunmaması, iç hukuk yollarının çok büyük bir ihtimalle etkili sonuç vermeyeceğini göstermektedir. Başvurucular, ayrıca çocukların iklim krizinin

6 Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-eighth session, (2006), article 15 (c) at 48–49.

7 Başvurucular yorumlarının D ekine gönderme yapmaktadır, Başak Çalı ve Kerem Altıparmak'ın uzman raporu.

etkilerinden korunmasını amaçlayan madde 6, 24 ve 3'ün uygulanmasına yönelik mevzuatın olmamasından dolayı iç hukuk yollarının etkisiz olacağını ileri sürmektedir. Her ne kadar 2005 yılında yürürlüğe giren Çocuk Koruma Kanunu Sözleşme'nin bazı bölümlerini kapsasa da bu kanunun kapsamı çocukların istismara ve ihmale karşı korunması ve yargının idaresi konularıyla sınırlıdır. Başvuruculara göre Anayasa Mahkemesi, çevre konularında kamu makamlarına geniş bir takdir marjı tanıdığı için de buraya yapılacak bir başvuru etkisiz olacaktır. Başvurucular, Mahkeme'nin "çevresel zararların nasıl sonlanacağı ya da azaltılacağını belirleme görevini" kendisinde görmediğini hatırlatmaktadır.⁸ Son olarak, Taraf Devlet Sözleşme'nin 30. maddesine çekince koyduğundan başvuru Anayasa Mahkemesi ya da diğer ulusal mahkemeler önünde madde 30 bakımından herhangi bir taleplerini ileri süremeyeceklerdir.

5.6 Başvurucular, davanın özgün koşullarının ulusal yargılamalarda makul olmayan bir gecikmeye sebep olacağını belirtmektedir. Zira beş farklı Taraf Devlette yıllar sürecek olan beş farklı davanın takibi gerekecektir. Başvurucular ayrıca Türk yargı sisteminde gecikmelerin bir engel teşkil ettiğini belirtmektedir. İdari davalar istinaf aşamaları dahil en az iki yıl sürmekte, Anayasa Mahkemesi'nin karar vermesi için beş yıldan uzun bir süre beklenebilmektedir.

5.7 Başvurucular Taraf Devlet'in Sözleşme'nin 30. maddesine çekince koyduğunu hatırlatmaktadır.⁹ Başvuruculara göre bu çekince, Sözleşme'nin amacı ve konusuyla uyumsuzdur ve uygulanması halinde bu Türk vatandaşlarıyla sınırlı tutulacaktır.

5.8 Başvurucular, Sözleşme'nin 51. maddesinde açıkça "[a] Bu Sözleşme'nin amacı ve konusuyla bağdaşmayan hiçbir çekinceye izin verilmeyecektir." denildiğini belirtmektedir. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (ILC) Andlaşmalara Çekince İleri Sürülmesi İçin Uygulama Rehberi'nde "[a] Çekince, andlaşmanın *raison d'être*'ini zedeleyecek şekilde temel bir unsurunu etkiliyorsa konu ve amacıyla bağdaşmamış olur.¹⁰" Böyle bir "aslı unsur" andlaşmanın genel yapısına etki eden ve yorumlanacağı bağlamda olmazsa olmaz bir norm, bir hak ya da yükümlülük olabilir ve çıkarıldığı

8 Mehmet Kurt başvurusu, Baş. No. 2013/2552, K.T. 25.2.2016, para. 78; Ahmet İsmail Onat başvurusu, Baş. No. 2013/6714, K.T. 21.4.2016, para. 87.

9 Çekince şu şekildedir: "Türkiye Cumhuriyeti, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 17, 29 ve 30. maddelerini Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Andlaşması'nın sözü ve ruhu-na uygun olarak yorumlama ve uygulama hakkını saklı tutar."

10 Report of the International Law Commission on the work of its 59th session, 2007 Y.B. Int'l Law. Comm'n , vol. II, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/2007/Add.1 (Part 2) at 33 (2007).

ya da değiştirildiği takdirde andlaşmanın *raison d'être*'i feda edilmiş olur.¹¹ [Devletin] "iç hukukunun uygulanmasını"¹² güvence altına alan bir çekincenin geçerliliği, ilgili andlaşmanın konu ve amacıyla uyumluluğuna bağlıdır.¹³ Bir devlet ya da uluslararası örgüt tarafından devletin iç hukukunun ya da uluslararası örgütün kurallarının bütünlüğünün korunması amacıyla ve andlaşmanın bazı hükümlerinin hukuki etkilerini bertaraf etme veya değiştirme amacıyla ileri sürülen bir çekince, ancak andlaşmanın konu ve amacıyla uyumlu olması halinde geçerli olabilir.¹⁴ Bir Devlet, "İlgili uluslararası andlaşma Taraf Devletlerin uygulamasını değiştirme amacını taşısa dahi Devlet, iç hukukunu yeni bir uluslararası yükümlülüğü reddetmek için bir mazeret olarak kullanamaz".¹⁵ Başvurucular, kültürel hakların Sözleşme'nin konu ve amacında merkezi bir yer tuttuğunu belirtmektedir. Sözleşme'nin Başlangıç metni de çocuğun "tam ve uyumlu gelişimi"ni temel amacı olarak belirlemektedir. Böyle bir gelişimi sağlayarak Taraf Devletler, "her halkın geleneklerinin ve kültürel değerlerinin taşıdığı önemi göz önünde tutmalıdır". Madde 4, Taraf Devletlerin "Bu Sözleşme'de tanıyan hakların uygulanması amacıyla gereken her türlü yasal, idari ve diğer tedbirleri" alacağını düzenlemektedir. Bu haklara kültür hakkı da dahildir. Özellikle "Ekonomik, sosyal ve kültürel haklarla ilgili olarak, Taraf Devletler sahip oldukları kaynakları azami ölçüde kullanarak ve ihtiyaç duyulduğunda uluslararası işbirliği çerçevesinde tedbirler alırlar." 11 No.lu Genel Yorum'da Komite, şu ifadeleri kullanmıştır: "Sözleşme'de yerli çocuklara özel bir referans yapılması, onların haklardan tam anlamıyla yararlanabilmesi için özel tedbirlere ihtiyaç duyduklarını göstermektedir."¹⁶ Başvuruculara göre Sözleşme, Başlangıç Metni'nden genel yorumlara kadar "bütünüyle, iyiniyet kurallarına uygun olarak ve bağlamı içinde"¹⁷ çözümlendiğinde çocuğun kültür hakkının Sözleşme'nin asli bir unsuru olduğu açıkça görülmektedir. Komite'nin Taraf Devlet'e madde 30'a konulan çekincenin geri alınması konusunda birçok tavsiyede bulunduğu da hatırlatılmalıdır.¹⁸ Her ne kadar Komite bu çekinceyi tanımış olsa da bunun uygu-

11 a.g.e, m. 37.

12 Özel Raportör, Alain-Peller, *Tenth report on reservations to treaties*, A/CN.4/558/Add.1, para. 103 (June 30, 2005), https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_558.pdf.

13 ILC Uygulama Rehberi, m. 32.

14 a.g.e.

15 Report of the International Law Commission on the work of its 59th session, at 51.

16 CRC, General Comment No. 11 (2009) Indigenous children and their rights under the Convention, U.N.Doc. CRC/C/GC/11, para. 5.

17 ILC Uygulama Rehberi, m. 38.

18 CRC, Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child: Turkey, 27th Sess., CRC/C/15/

lanmasını Türkiye'deki Taraf Devlet vatandaşlarıyla sınırlamalıdır. Çekince, Taraf Devlet'in ülke sınırları dışında yetkisinin bulunabileceği yerlerde yerli ve diğer halkların kültür hakkını koruma ve güvence altına alma yükümlülüğünü ortadan kaldırmamalıdır.

Üçüncü Taraf Görüşü

6. 1 Mayıs 2020 tarihinde David R. Boyd ve John H. Knox, Komite'ye üçüncü taraf görüşlerini sunmuşlardır. Boyd ve Knox, Birleşmiş Milletler'in güvenli, temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevreden yararlanma hakkından kaynaklanan yükümlülüklerden sorumlu şimdiki ve önceki raportörleridir.¹⁹

Duruşma

7.1 Komite'nin 19. usul kuralı doğrultusunda daveti üzerine iki tarafın yasal temsilcileri 10 Eylül 2021 tarihinde videokonferans yöntemiyle Komite üyelerinin sorularını yanıtlarak görüşlerini açıklamıştır.

Başvurucuların Sözlü Beyanları

7.2 Başvurucular, Anayasa Mahkemesi'ne Anayasa'nın 148. maddesi kapsamında bir başvurunun etkin bir tazmin sağlamayacağı argümanlarını tekrarlamışlardır. Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapabilmek için öncelikle idari yargı yollarını tüketmeleri gerektiğini, Taraf Devlet'in sınırları içinde doğmadıkları, burada yaşamadıkları ve mülk sahibi olmadıkları için başvuruculardan hiçbirinin davasının bu yolla kabul edilmeyeceğini belirtmişlerdir. Ayrıca idari yargıda sonuç alındığı düşünülse dahi Anayasa Mahkemesi'nin benzer şekilde sınırlayıcı incelemesinde başarılı olamayacaklarını ifade etmişlerdir. Anayasa Mahkemesi'nin başvuru sahibinin söz konusu eylemden "kişisel" olarak ve "doğrudan" etkilenmiş olmalarını arayacağını, Mahkeme'nin bu koşulu çevresel zarara fiziksel olarak yakın olma anlamında yorumladığını ve çevreyi etkileyen bir projeye yakın bir konut ya da mülke sahip olmayanların başvurusunu daha önce kabul edilemez bulunduğunu ileri sürmüşlerdir.

7.3 Başvurucular ayrıca kişi bakımından yetkinin kabul edilmesi halinde dahi Anayasa Mahkemesi'nin bazı temel iddiaları incelemeyeceği görü-

Add.152, 12 (July 9, 2001), CRC, Concluding Observations: Turkey, 60th Sess., CRC/C/TUR/CO/2-3, 9 (July 20, 2012).

19 Daha fazla bilgi için bkz. *Sacchi ve diğerleri/Almanya* (CRC/C/88/DR/107/2019), para. 6.1-6.5.

şündedirler. Kültür hakkına dayanan iddialarının Anayasa Mahkemesi'nin konu bakımından yetkisinin dışında kaldığını ifade eden başvuruçular, Mahkeme'nin yalnızca İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa'da ortak olarak korunan haklar bakımından başvuruları inceleyebildiğini belirtmişlerdir. Kültürel haklar Anayasa Mahkemesi'nin konu bakımından yetkisinin dışında kalmaktadır. Başvuruçular buna ek olarak, Taraf Devlet'in azınlıklara mensup olan kişilerin haklarını ancak 1923 yılında imzalanan Lozan Andlaşması'nda öngörüldüğü üzere Rum ve Yahudi azınlıklarla sınırlı olarak tanıdığını belirtmiştir. Azınlıklara mensup olan kişilerin ve çocukların haklarının bu denli dar yorumlanmasıyla, Taraf Devlet'in ülkesinde yaşayan diğer azınlık gruplarının çocuklarının hakları dışarıda bırakılmaktadır. Buna Marshall Adaları ve Alaska da dahildir. Ayrıca yabancı devlet bağışıklığı da başvuruçuların Fransa, Almanya, Brezilya ve Arjantin karşısında ileri sürdüğü iddiaların Taraf Devlet mahkemeleri önünde sonuçsuz kalmasına yol açacaktır.

7.4 Başvuruçular son olarak Anayasa Mahkemesi'nde yargılamanın makul bir sürede yapılmayacağı görüşündedir. Altın madenciliğinin etkileriyle ilgili olan *Ertuğrul Barka ve diğerleri* başvurusunda idare mahkemeleri ve Anayasa Mahkemesi önündeki yargılamanın 14 yıl sürdüğünü belirtmektedirler. Başvuruçular bu yüzden iç hukuk yollarına başvurulması halinde yargılamanın buna benzer ya da daha uzun bir sürede sonuçlanacağını ve iklim eyleminin bu kadar bekleyemeyeceğini dile getirmektedir.

Taraf Devletin Gözlemleri

7.5 Taraf Devlet, başvuruçuların iklim değişikliği ve bunun küresel sonuçları hakkında endişelerini paylaştığını vurgulamakta, fakat bireysel başvurunun iklim değişikliği ve küresel ısınmayla mücadele için doğru bir yöntem olmadığını ifade etmektedir.

7.6 Taraf Devlet, başvuruçuların hiçbirinin Türkiye'de ikamet etmediğinden Taraf Devlet'in yetkisine tâbi olmadıklarını belirtmektedir. Sözleşme ve Protokollerine göre Devlet'in yetkisi öncelikle ülkeyle sınırlıdır. Bu kuralın temel istisnalarından biri ise İnsan Hakları Komitesi'nin 31 No.lu Genel Yorum'unda belirtildiği üzere Devlet'in ülkesinin dışında etkin bir denetimin olmasıdır. Bu olayda başvuruçuların iddiaları, söz konusu istisnaların herhangi birine yakın dahi değildir ve başvuruçuların Taraf Devlet ile hiçbir hukuki ya da fiili bağı yoktur. Böylesi bir ülke dışı yetkinin kabulü, aleyhinde başvuru yapılan Devletlerin küresel bir boyutta ve bütün diğer Devletler üzerinde etkin bir denetiminin olduğunun da kabulü anlamına

gelecektir. Bu denli geniş bir yorum, yetki bakımından kabul edilemez bir belirsizlik yaratacak, yetki kavramının aşınmasına neden olacak ve temel bir ilke olan Devlet egemenliğini zayıflatacaktır. Taraf Devlet ayrıca iddia edilen eylem ve ihmallerinin başvuru üzerinde doğrudan ve makul bir şekilde öngörülebilir bir etkisinin olmadığını, illiyet bağının kurulamayacağını, Taraf Devlet'te salınan sera gazlarının binlerce kilometre uzakta yaşayan bireyler üzerinde doğrudan ve öngörülebilir bir etkisinin bulunmadığını savunmaktadır. Belli bir ülkede salınımların belli bir yer ya da bölgeyi doğrudan etkilediğini saptamak mümkün değildir. Bir Devlet'in küresel iklim değişikliği fenomenine katkısı, başvuru yaşam koşullarına doğrudan ve belirli bir etkiyle hukuken denk görülemez.

7.7 İç hukuk yollarının tüketilmesi konusunda Taraf Devlet Anayasa'nın 148. maddesine göre herkesin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerinden birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabileceğini tekrarlamaktadır. Olağan hukuk yollarının tüketilmesi, Anayasa Mahkemesi'ne başvuru için bir ön koşuldur. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi birçok kararında, "telafisi mümkün olmayan zarar"ın ortaya çıkabileceği hallerde bireysel başvurunun, vatandaş olmayanlar dahil herkes tarafından ve olağan hukuk yollarının tüketilmesine gerek olmaksızın yapılabileceğine hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi çevre faaliyetlerinin sonuçlarına dair birçok başvuruyu yaşam hakkının, özel ve aile yaşamına saygı hakkının ve mülkiyet hakkının olumsuz etkilendiği durumlarda kabul edilebilir bulmuş ve esastan incelemiştir. Örneğin Mehmet Kurt başvurusunda Anayasa Mahkemesi, bir hidroelektrik santralin kurulması hakkında şikâyeti incelemiş ve kamu otoritelerinin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği, başvuru maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Başka bir örnek olan Binali Özkaradeniz ve diğerleri kararında Anayasa Mahkemesi, kanalizasyon atığının temizlenmemesi üzerine yapılan şikâyeti incelerken kamu makamlarının yükümlülüklerini yerine getirmediği ve başvuru özel yaşam ve aile yaşamına saygı haklarının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

7.8 Taraf Devlet ayrıca herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğunu belirten Anayasa'nın 56. maddesinin altını çizmektedir. "Herkes" ifadesiyle Anayasa, vatandaş olan ve olmayan ayrımı yapmamaktadır. Vatandaş olmayanlar Anayasa Mahkemesi önünde vatandaşlarla aynı başvuru imkanına sahiptir. Çocuklar da yasal temsilcileri aracılığıyla Mahkeme'ye başvurabilmektedir. Diğer tazmin yollarının yanında kamu otoritelerinin eylem ve işlemlerinden dolayı menfaatleri ihlal edi-

lenler idari yargı yoluna başvurabilmektedir. Taraf devlet “menfaat ihlali” kavramının “hak ihlali”nden çok daha geniş olduğuna ve Danıştay’ın bu kavramı oldukça geniş yorumladığına dikkat çekmektedir. Danıştay, nükleer santral projesinin çevresel etkileriyle ilgili olarak Greenpeace Türkiye’nin açtığı bir davada başvurucuların kişisel menfaatlerinin etkilendiği sonucuna varmıştır. Buna ek olarak Çevre Kanunu’na göre çevreyi kirleten veya çevreye zarar veren bir etkinlikten zarar gören herkes bu etkinliğin durdurulması için gerekli tedbirlerin alınmasını isteyebilir. Çevre Kanunu, mahkemelere erişimde vatandaş olan ve olmayan ayrımı yapmamaktadır.

7.9 Taraf Devlet, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun 57 ABD Doları olduğunu bildirmektedir. Bu ücrete ek olarak başka bir masraf istenmemektedir. Danıştay’a açılacak bir iptal davasının yaklaşık olarak 70 ABD Dolarına ve idare mahkemelerine açılacak bir davanın yaklaşık olarak 30 ABD Dolarına mâl olduğunu belirtmektedir. Ödeme zorluğu çekenler içinse adli yardımdan yararlanma imkânı bulunmaktadır. Adli yardımdan yararlananlar dava bedellerinden muaf olmakta ve herhangi bir ücret ödemeksizin davalarında avukatla temsil edilebilmektedirler. Anayasa Mahkemesi, adli yardım konusunda vatandaş olan ve olmayan ayrımı yapmamaktadır. 2021 yılının Temmuz ayı itibarıyla vatandaş olmayanlar tarafından 63 adli yardım başvurusu alınmış ve bu başvurulardan hiçbiri reddedilmemiştir. İdari yargıda adli yardım, müteakibliyet ilkesine tâbidir. Bu koşul *de facto* ya da Devletler arası ikili ya da çok taraflı anlaşmalarla sağlanabilmektedir.

7.10 Taraf Devlet 2020 yılında idari yargıda davaların ortalama sekiz ayda, Danıştay’da bir yıl altı ayda, Anayasa Mahkemesi’nde ise iki buçuk yılda sonuçlandığına dikkat çekmektedir. İdari Yargılama Usulü Kanunu’na göre çevre sorunları hakkında bazı uyuşmazlıklar hızlandırılmış usule tâbidir, böylece yargılamanın etkinliğinden ödün verilmeksizin sıradan davalardan daha hızlı sonuçlandırılırlar.

Başvurucularla Duruşma

8. Komite’nin davetiyle ve 19 No.lu Usul Kuralına uygun olarak başvurucuların 11’i 28 Mayıs 2021 günü videokonferans yöntemiyle Komite önünde hazır bulunmuşlardır. Taraf Devlet temsilcileri bu duruşmada bulunmamıştır. Başvurucular Komite’ye iklim değişikliğinin günlük yaşamlarını nasıl etkilediğini, Taraf Devletlerin iklim değişikliği konusunda neler yapması gerektiği hakkında görüşlerini ve Komite’nin başvurularını neden değerlendirmesi gerektiğini açıklamışlardır.

Komite Önündeki İhtilaflar ve İşlemler

Kabul edilebilirlik incelemesi

9.1 Başvurulardaki iddiaların değerlendirilmesinden önce Komite, 20 No.lu Usul Kuralı gereğince iddianın Seçmeli Protokol'e göre kabul edilebilir olup olmadığını incelemelidir.

Yetki

9.2 Komite, başvuruçuların Taraf Devlet'te ikamet etmemesi, burasıyla hukuki ve fiili ilişkisinin olmaması nedeniyle Taraf Devlet'in başvurunun yetkisizlik dolayısıyla kabul edilemez olduğu görüşünü ele almaktadır. Komite ayrıca başvuruçuların şu görüşlerine dikkat çekmektedir: Başvuruçular, Taraf Devlet'in iklim değişikliğine ülkedeki ve sınır ötesindeki etkilerinin öngörülebilir sonuçlarının mağdurları olduklarını, Taraf Devlet'in sınırları içinde bilinçli olarak karbon salınımı yaptığı, buna izin verdiği ya da karbon kirliliğini teşvik ettiğini belirtmiştir. Komite başvuruçuların, Taraf Devlet'in iklim krizini sürdüren eylem ve ihmallerinin çocukluklarından bugüne iklim değişikliğinin öngörülebilir, yaşamı tehdit eden riskleriyle karşı karşıya bıraktığı görüşünün altını çizmektedir.

9.3 Sözleşme'nin 2. maddesinin (1) fıkrasına göre Taraf Devletler, "yetkileri altında bulunan her çocuğun" haklarına saygı gösterme ve güvence altına alma yükümlülüğüne sahiptir. Seçmeli Protokol'ün 5. Maddesinin (1) fıkrasına göre Komite'nin Sözleşme'de yer alan haklardan herhangi birinin Taraf Devlet'in yetkisi altında ve Taraf Devlet tarafından ihlal edilmesiyle mağdur olduğunu iddia eden kişi ya da grup adına başvuruları alma ve değerlendirme yetkisi bulunmaktadır. Komite Sözleşme ya da Seçmeli Protokol'de yetkiye dair "ülke" kavramına hiçbir atıf yapılmamış olsa da, ülke dışı yetkininin dar yorumlanması gerektiğini gözlemektedir.²⁰

9.4 Komite İnsan Hakları Komitesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin ülke dışı yetkiye dair içtihadını hatırlatmaktadır.²¹ Bununla

20 Bkz. diğerlerinin yanı sıra Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi Danışma Görüşü, para. 81 ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, *Catan ve diğerleri/Moldova Cumhuriyeti ve Rusya*, Baş. No. 43370/04, 8252/05 ve 18454/06.

21 Bkz. diğerlerinin yanı sıra: İnsan Hakları Komitesi, Sözleşme'ye Taraf Devletlerin genel hukuki yükümlülükleri hakkında Genel Yorum No. 31; İnsan Hakları Komitesi yaşam hakkı konusunda Genel Yorum No. 26; İnsan Hakları Komitesi, *Munaf/Romanya* (CCPR/C/96/D/1539/2006), para. 14.2; *A.S. ve diğerleri/Malta* (CCPR/C/128/D/3043/2017); *A.S. ve diğerleri/İtalya*, (CCPR/C/130/DR/3042/2017); İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, *Andreou/Türkiye*, Baş. No. 45653/99, 27 Ekim 2009, para. 25 ve *Gürcistan/Russia (II)*, Baş. No. 38263/08, 21 Ocak 2021. Ayrıca bkz. iş sektörünün çocuk hakları üzerinde etkisine ilişkin Genel Yorum No. 16, para. 39; Sonuç Gözlemleri: Norveç (CRC/C/NOR/CO/5-6) para. 27 ve CRC/C/86/D/77/2019, CRC/C/85/D/79/2019-CRC/C/85/D/109/2019.

birlikte söz konusu içtihat, bu davadaki olay ve koşullardan çok farklı fiili durumlara uygulanmış ve geliştirilmiştir. Komite önündeki başvuru, iklim değişikliğine bağlı olarak sınırları aşan bir zararın yarattığı özgün bir yetki sorunuyla ilişkilidir.

9.5 Komite ayrıca Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin OC-23/17 numaralı Çevre ve İnsan Haklarına Dair Danışma Görüşü'nü hatırlatmaktadır. Bu görüşün Komite önündeki başvurudaki yetki sorunu bakımından özel bir önemi vardır. Zira burada çevrenin korunmasıyla ilgili olarak ülke dışı yetkinin kapsamı netleştirilmiştir. Mahkeme, uluslararası sözleşmede yer alan hakların sınır ötesinden zarar gördüğü durumda, ülke içinde gerçekleşen eylem ve ülke dışında bulunan kişinin haklarına müdahale arasında illiyet bağının bulunduğu hallerde kişilerin haklarının menşe Devlet yetkisi altında ihlal edildiği anlaşılmaktadır. Yetkinin uygulanması, menşe Devlet'in ülke dışında zarara ve bunun sonucunda insan hakları ihlaline sebep olan eylemler üzerinde etkin bir denetim uygulanmasına bağlıdır.²² Sınır ötesi zararların olduğu hallerde Devlet'in yetkisinin kullanımı, şu anlayışta temellenir: Devlet, ülkesinde ya da yetkisi altındaki faaliyetlerde etkin bir denetime sahiptir ve ülkesi dışındaki kişilerin insan haklarının zarar görmesini engelleyebilecek konumdadır. Bu tür faaliyetlerin olumsuz etkilerinin potansiyel mağdurları, menşe Devlet'in yetkisi altındadır. Burada amaçlanan, Devlet'in sınır ötesi zararı önleme yükümlülüğüne aykırı davranmaktan sorumlu tutulabilmesidir.²³ Mahkeme bu doğrultuda sınır ötesi çevre zararını önlemenin uluslararası çevre hukukunun tanıdığı bir yükümlülük olarak kabul edilebileceğini; Devletlerin böylece kendi ülkelerinde, etkin denetimleri ya da otoriteleri altında başlayan faaliyetlerin sınırları dışındaki kişilere dikkate değer zararlar vermesi halinde sorumlu tutulabileceklerini belirtmektedir.²⁴

9.6 İnsan Hakları ve İklim Değişikliği Hakkında Ortak Açıklamasında²⁵ iklim değişikliğinin yaşam hakkı gibi, gıda hakkı gibi, konut, sağlık, su hakkı ve kültürel haklar gibi Sözleşme tarafından korunan insan haklarının kullanımına dikkate değer riskler doğurduğu ifade edilmiştir. İklim değişikliği-

22 Danışma Görüşü, para. 104 (h)

23 Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevre ve İnsan Haklarına Dair Danışma Görüşü OC-23/17 (yaşam hakkı ve kişi saygınlığı haklarını koruma ve güvence yükümlülüğü bağlamında çevreye dair devlet yükümlülükleri: İnsan Hakları Amerika Sözleşmesi'nin 4(1) ve 5(1) maddelerinin madde 1(1) ve 2 ile ilişkili olarak yorumlanması ve kapsamı), 15 Kasım 2017, para. 101-102.

24 a.g.e. para. 103.

25 "İnsan Hakları ve İklim Değişikliği" hakkında Ortak Açıklama, CEDAW, CESC, CMW, CRC, CRPD, 16 Eylül 2019.

nin insan haklarına öngörülebilir zararını önlemek için gerekli tedbirlerin alınmaması ya da böyle bir zarara yol açan faaliyetleri denetlememek Devletlerin insan hakları yükümlülüklerinin ihlalini oluşturabilir.

9.7 Yukarıda sayılanlar göz önünde tutulduğunda, Komite bu olayda uygun yetki testinin Amerikalıların İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevre ve İnsan Haklarına Dair Danışma Görüşü'nde benimsenen test olduğu görüşündedir. Buna göre sınır ötesi zarar meydana geldiğinde çocuklar, Seçmeli Protokol madde 5(1)'in amacı doğrultusunda söz konusu Devlet'in eylem veya ihmali ile ülke dışındaki çocukların haklarında meydana gelen olumsuz etki arasında illiyet bağı varsa ve Devlet'in bu emisyon kaynakları üzerinde etkin denetimi bulunuyorsa salınımın yapıldığı Devlet'in yetkisinin altındadır. Komite ayrıca Devlet'in sorumluluğunu gerektiren unsurların esasa ilişkin inceleme konusu olsa da mağdurların uğradıklarını iddia ettikleri zararların Devlet tarafından eylem ya da ihmal anında makul olarak öngörülebilir olmasının yetki incelemesini ilgilendirdiği görüşündedir.²⁶

9.8 Komite, başvuru sahiplerinin iklim değişikliği ve bunu izleyen çevresel zarar ile bunun insan haklarına etkisinin kolektif ve küresel bir sorun olduğundan yanıtın da küresel olması gerektiği, bununla birlikte Devletlerin kendi eylem ve ihmalleri ile iklim değişikliğine katkıları nedeniyle yine de sorumluluk taşıdıkları iddiasını dikkate almaktadır. Komite başvuru sahiplerinin Taraf Devlet'in sınırları içinde olan, fakat sınır ötesi bir etkiye sahip karbon emisyonlarının kaynağı üzerinde etkin bir denetiminin bulunduğu görüşünün de altını çizmektedir.

9.9 Komite, Taraf Devlet'te başlayan karbon emisyonlarının iklim değişikliğini kötüleştirmede katkısının bilimsel açıdan genel olarak kabul edilip doğrulandığını ve Taraf Devlet ülkesinin içinde ve dışında iklim değişikliğinin kişilerin haklardan yararlanmasında olumsuz bir etkisinin bulunduğu da aynı şekilde kabul edildiğini belirtmektedir. Komite, Taraf Devlet'in emisyonların kaynağı olan faaliyetleri düzenleme ve bu düzenlemelerin uygulanmasını sağlama yetkisi bulunduğundan emisyonlarda etkin bir denetiminin olduğu görüşündedir.

9.10 Paris Anlaşması'nda yansıtılan ortak ve farklılaştırılmış sorumluluk ilkesiyle uyumlu olarak Komite, iklim değişikliğine sebep olmadıkça ortaklığın Taraf Devlet'in kendi sınırları içinde başlayan ve nerede olurlarsa olsunlar

26 Amerikalıların İnsan Hakları Mahkemesi Danışma Görüşü, para. 136. Ayrıca bkz. ihtiyatlılık ilkesine ilişkin para. 175-180. İnsan Hakları Amerika Sözleşmesi'nin yetkiye ilişkin 1. maddesi ve Sözleşme'nin 2. maddesi arasındaki benzerlik de dikkate değerdir.

çocuklara zarar verebilecek emisyonlardan kaynaklanabilecek bireysel sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı düşüncesindedir.²⁷

9. 11 Öngörülebilirlik unsuru açısından Komite, başvuruçuların Taraf Devlet'in iklim değişikliğine onlarca yıldır süren katkılarının olumsuz etkisini bildiği, Birleşmiş Milletler Çerçeve Sözleşmesi'ni 1992'de ve Paris Anlaşması'nı 2016'da imzaladığı argümanını kaydetmektedir. Bu argümana Taraf Devlet karşı çıkmamıştır. Karbon emisyonlarının Sözleşme'de de bulunan haklar dahil olmak üzere²⁸ insan haklarının kullanımı üzerindeki kümülatif etkisini gösteren bilimsel deliller ışığında Komite, Taraf Devlet'in ülkesinde başlayan karbon salınımları hakkında eylem ve ihmallerinin Taraf Devlet bakımından makul olarak öngörülebilir olduğu görüşündedir.

9.12 Taraf Devlet'in sınırları dışındaki çocuklara makul olarak öngörülebilir zararlara sebep olabilecek karbon salınımları üzerinde etkin bir denetimi olduğunu tespit eden Komite, şimdi yetki sorusunu yanıtlamak amacıyla başvuruçuların varlığını iddia ettiği zarar ve Taraf Devlet'in eylem ve ihmalleri arasında yeterli bir illiyet bağı bulunup bulunmadığını incelemiştir. Bu bağlamda Komite, Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin konumuyla²⁹ aynı doğrultuda, sınır ötesi zararla ilgili olarak, bütün olumsuz etkilerin sınır ötesi zararı doğuran faaliyetlerin meydana geldiği Devlet'in sorumluluğunu doğurmayacağını belirtmektedir. Yetkinin, olaya özgü koşullara dayanılarak kanıtlanması gerektiği ve zararın "önemli" olması gerektiği görüşündedir.³⁰ Bu bakımdan Komite, Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun tehlikeli faaliyetlerin sınır ötesi zararlarının önlenmesine ilişkin taslak maddeleri hakkında gözlemlerini not etmektedir. Bu gözleme göre söz konusu faaliyetler, yalnızca önemli sınır ötesi zararları içermekte ve "önemli" kavramı, "saptanabilir" olmaktan daha büyük, ancak "ciddi" ya da "esaslı" olma derecesine varması gerekmeyen bir zarara işaret etmektedir. Mahkeme ayrıca zararın örneğin insan sağlığı, sanayi, mülk, çevre ya da tarım gibi konularda diğer Devletlerde gerçek bir hasara yol açmasını ve bu hasarların olgusal ve objektif standartlarla ölçülebilir olmasını aramaktadır.³¹

27 Bkz. Sözleşme'nin, Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin Başlangıç Metni ve 3. maddesi, Paris Anlaşması'nın 2 ve 3. maddeleri. Ayrıca bkz. Devletlerin Uluslararası Haksız Fiil Sorumluluğu Taslak maddeleri, madde 47, para. 8.

28 IPCC (2013) *Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* and IPC Special Report, 'Global Warming of 1.5°C: Summary for Policymakers', 2018.

29 Danışma Görüşü, para. 102.

30 Danışma Görüşü, para. 81, 102.

31 International Law Commission (2001) Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, Article 2, International Law Commission, Commentaries on the draft articles on prevention of

Mağdur statüsü

9.13 Bu olaya özgü koşullarda Komite, başvurucuların Sözleşmesel hakların cevap veren Taraf Devletlerin iklim değişikliğine katkıda bulunan eylem ve ihmalleriyle ihlal edildiği iddialarını ve dünya ısındıkça zararın büyüyeceği iddiasını ele almaktadır. Başvurucuların yangınların dumanlarından ve ısınmayla ilişkili kirlilikten başvurucuların bazılarının astım hastalığının ilerlemesi ve hastaneye yatışın gerekmesiyle; vektör aracılı hastalıkların yoğunlaşması ve yayılmasının başvurucuları etkilemesiyle, bazı başvurucuların bir yıl içinde birçok kez sıtmaya yakalanmasıyla ya da dang humması ateşi ve chikungunya hastalığına yakalanmasıyla; aşırı sıcak hava dalgalarının başvurucuların birçoğunun sağlığını tehdit etmesiyle; başvurucuların bazılarının kuraklık nedeniyle su güvenliğinin tehdit edilmesiyle; başvurucuların bazılarının aşırı fırtına ve sele maruz kalmasıyla; yerel başvurucuların yaşam ve geçim düzeyinin riske girmesiyle; Marshall Adaları ve Palau'da suyun yükselmesinin birkaç on yıl içinde yaşanılmaz hale gelebileceği gerçeğiyle ve başvurucuların iklim değişikliği nedeniyle ruh sağlığının etkilendiği ve bazılarının iklim anksiyetesi yaşamalarıyla bireysel olarak zarar gördükleri iddialarına dikkat çekmektedir.³² Komite, başvurucuların çocuk olarak iklim değişikliğinden özellikle etkilendikleri görüşündedir. Bu etki, hem tecrübeye hem de derhal harekete geçilmezse hayatlarının geri kalanında iklim değişikliğinin potansiyel etkisini içermektedir. Çocuklara bu özel etki nedeniyle, Sözleşme'ye Taraf Devletlerin çocukların özel olarak korunma ve hukuksal korunma haklarının olduğunu tanımaları ile birlikte devletler, çocukları öngörülebilir zarardan koruma yükümlülüklerini artırmışlardır.³³

9.14 Yukarıda belirtilenler göz önünde bulundurulduğunda, Komite başvurucuların yetki koşulunun sağlandığını yeterli bir biçimde kanıtladıkları ve Sözleşmesel haklarına topraklarındaki karbon emisyonları makul olarak öngörülebilir olduğundan Devlet'in eylem ve ihmalleri sonucunda müdahale edildiği sonucuna varmıştır. Komite ayrıca başvurucuların kişisel olarak gerçek ve dikkate değer bir zararı tecrübe ettiklerini, dolayısıyla mağdur statülerini ilk bakışta (prima facie) açıklayabildikleri sonucuna varmıştır. Bu nedenle Komite, İhtiyari Protokol'ün 5(1) maddesinin söz konusu başvuruyu değerlendirmeye engel olmadığına karar vermiştir.

transboundary harm from hazardous activities, Yearbook of the International Law Commission 2001, vol. II, Part II (A/56/10), art. 2, para. 4, and Advisory Opinion, para. 136.

32 Ayrıca bkz. para. 2.2.

33 Başlangıç Metni, A/HRC/31/52, para. 81, CRC Report of the 2016 day of general discussion 'Rights and the Environment, p. 23.

İç hukuk yollarının tüketilmesi

9.15 Komite, Taraf Devlet'in iç hukuk yollarının tüketilmemesi sebebiyle başvurunun kabul edilemez olduğu iddiasını inceleyecektir. Komite, başvuru- ruların iç hukuk yollarının tüketilmesinde duruma özgü engellerle kar- şılaşıacakları, bu yolların gereğinden fazla maliyetli olduğu, sürenin makul olmayan bir şekilde uzun olacağı ve etkin bir hukuki telafinin sağlanamaya- cağı argümanlarını kaydetmektedir. Komite ayrıca devletin uluslararası iş- birliği yükümlülükleri ve dış politika ile diğer devletlerin egemenlikten kay- naklanan bağışıklıklarıyla ilgili olarak ulusal mahkemelerin büyük olasılıkla iddiaları reddedeceği iddialarını da dikkate almaktadır. Ancak bu bağlam- da Komite, Taraf Devlet'in iç hukuk yollarının başvuru- culara açık olduğu argümanına da dikkat çekmektedir: Anayasa Mahkemesi'ne İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde ve Anayasa'da ortak olarak düzenlenen hak ve öz- gürlüklerin kamu gücü tarafından ihlal edilmesi iddiasıyla başvuru yapma, idari dava açma ya da Çevre Kanunu kapsamında dava açma buna dahildir. Taraf Devlet'in vatandaş olmayanların ve çocukların bu başvuruları yapa- bileceği ve adli yardımın da mümkün olduğu bilgisini de Komite not et- mektedir. Komite ayrıca ulusal mahkemelerin büyük olasılıkla dayanaktan yoksunluk nedeniyle iddiaları reddedeceği iddiasının da altını çizmektedir.

9.16 Komite, başvuru- cuların makul bir onarım sağlayabilecek olan bü- tün adli ve idari yollara başvurmaları gerektiğini hatırlatmaktadır. Komite, objektif olarak başarı şansı olmayan, örneğin uygulanacak ulusal mevzu- ata göre iddiaların kaçınılmaz olarak reddedileceği veya yüksek mahke- melerin yerleşik içtihadına göre başarılı sonuç almanın mümkün olmadığı durumlarda iç hukuk yollarının tüketilmesine gerek olmadığını belirtmek- tedir. Buna karşılık Komite, iç hukuk yollarının etkin olmadığına dair salt şüp- he ya da varsayımların bu yolları tüketme gerekliliğini ortadan kaldır- mayacağını ifade etmektedir.³⁴

9.17 Bu olayda Komite, başvuru- cuların Taraf Devlet'te hiçbir iç hukuk yoluna başvurmamış olduğunu not etmektedir. Komite, başvuru- cuların mevcut başvuru yollarında maliyet, makul olmayan süre ve etkili bir onarım şansının düşük olması nedeniyle olaya özgü engellerle karşılaşıacakları ar- gümanını dikkate almaktadır. Taraf Devletin uluslararası işbirliği nedeniyle dış politika ve yabancı devlet bağışıklığının da iddiaların ulusal mahkeme- lerde reddedileceğine sebep olacağı argümanı da ayrıca not edilmektedir. Komite buna karşılık Taraf Devlet'in uluslararası işbirliğine katılmamasının başvuru- cuların talep ettiği özel tazmin türüyle bağlantılı olarak ileri sürül- düğünü ve bu tazminin etkin bir telafinin sağlanması için gerekli olduğu-

34 (CRC/C/83/D/60/2018), para. 6.5.

nun yeteri kadar kanıtlanmadığını belirtmektedir. Komite, buna ek olarak Taraf Devlet'in Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, idari yargı ya da Çevre Kanunu kapsamında ulusal mahkemelere dava yollarının başvuruculara açık olduğu görüşünü dikkate almaktadır. Başvurucuların bu yolları neden izlemediğinin genel olarak başarı şansı düşüklüğü şüphesinin ötesinde gerekçelendirilmemesi halinde Komite, başvurucuların Sözleşme'de yer alan hakların ihlal edildiği iddiasıyla makul olarak etkin ve elverişli olan iç hukuk yollarını tüketmemiş oldukları sonucuna varmaktadır.

9.18 Başvurucuların yabancı devletlerin egemenlikten kaynaklı bağımsızlıklarının Taraf Devlet'te iç hukuk yollarının tüketilmesine engel olduğu argümanı ile ilgili olarak Komite, söz konusu bağımsızlığın ancak başvurucuların şikayetin yöneldiği bütün Taraf Devletler aleyhinde Taraf Devlet ile birlikte ulusal mahkemeye başvuru yaparak belli bir tazmin talep etmeleri halinde gündeme gelebileceğine dikkat çekmektedir. Bu olayda Komite, başvuru yollarının etkin bir onarım sağlamayacağı hallerde uygulanacak olan İhtiyari Protokol'ün 7(e) maddesi kapsamında bir istisnanın varlığına dair argümanlarını yeteri kadar temellendirmedikleri sonucuna varmıştır.

9.19 Komite Taraf Devlet'te başvurulacak yolların makul olmaktan uzun bir süre alacağı argümanını ve başvurucuların Taraf Devlet'te 14 yıl süren bir davaya atıf yaptıklarına dikkat çekmektedir. Buna karşılık Komite, başvurucuların söz konusu dava ile bu olayda başvurulabilecek yollar arasındaki bağlantıyı ya da karar verme süreçlerinin makul olmayan bir şekilde uzayacağı veya İhtiyari Protokol madde 7(e)'de belirtilen anlamda etkili bir onarım sağlamayacağını kanıtlamadıklarını belirtmektedir. Bu değerlendirme, Taraf Devlet'in söz konusu yargılamalar için ortalama süreye dair verdiği bilgi ışığında yapılmıştır. Komite iç hukuk yollarının etkili ya da kullanılabilir olmadığını kanıtlamaya dair belirli bir bilginin verilmemesi ve başvurucuların Taraf Devlet'te ulusal hukuk yollarına başvurmamış olmaları nedeniyle iç hukuk yollarının tüketilmediği sonucuna varmıştır.

9.20 Sonuç olarak Komite, iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması sebebiyle İhtiyari Protokol madde 7(e) bakımından başvurunun kabul edilemez olduğu kararına varmıştır.

10 Dolayısıyla Komite:

(a) Başvurunun İhtiyari Protokol'ün 7(e) maddesi bakımından kabul edilemez olduğuna;

(b) Kararın Taraf Devlet ve başvuruculara tebliğ edilmesine karar vermiştir.

ÇOCUK HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN BAŞVURU USÛLÜ HAKKINDA İHTİYARİ PROTOKOL*

Bu Protokol'e taraf olan devletler,

Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda belirtilen ilkeler uyarınca insanlık ailesinin tüm üyelerinin, varlıklarına içkin olan insan onurunun ve eşit ve devredilemez haklarının tanınmasının, dünyada özgürlük, adalet ve barışın temeli olduğunu *göz önünde bulundurarak,*

Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne (bundan böyle "Sözleşme" olarak anılacaktır) taraf olan devletlerin Sözleşme'de yer alan hakları kendi yetki alanları içindeki her çocuğa, çocuğun kendisinin, ebeveyninin veya vasisinin ırkı, rengi, cinsiyeti, dili, dini, siyasi veya başkaca görüşleri, ulusal, etnik veya sosyal kökeni, mülkiyeti, engellilik durumu, doğum veya başka bir statüsü nedeniyle hiçbir ayırım yapılmaksızın tanıdığını *dikkate alarak,*

İnsan haklarının ve temel özgürlüklerin tümünün evrenselliğini, bölünmezliğini, karşılıklı bağımlılığını ve aralarında bulunan ilişkiyi bir kez daha *teyit ederek,*

Çocuğun, onur sahibi ve gelişim hâlinde yetenekler taşıyan, hak öznesi bir insan olma durumunu da *teyit ederek,*

Çocukların özel ve bağımlı konumlarının, haklarının ihlal edildiği durumlarda ihlale yönelik telafi ve tazminat arayışlarında çocuklar için gerçek güçlükler yaratabileceğini *kabul ederek,*

Bu Protokol'ün, çocukların haklarının ihlal edildiği durumlarda şikâyette bulunmalarına olanak tanıyan ulusal ve bölgesel mekanizmaları güçlendireceğini ve tamamlayacağını *göz önünde bulundurarak,*

Çocuk haklarının ihlaline yönelik telafi ve tazminat arayışlarında çocuğun üstün yararının gözetilmesi gereken başlıca husus olması gerektiğini ve bu tür telafi ve tazminat işlemleri sırasında her aşamada çocuk açısından duyarlı usûllere duyulan ihtiyacın dikkate alınması gerektiğini *göz önünde bulundurarak,*

* Çeviren: Furkan YILMAZ

Taraf devletleri, hakları ihlal edilen çocuğun ulusal düzeyde etkili telafi ve tazminat yollarına erişimini sağlayacak uygun ulusal mekanizmalar geliştirmeleri yönünde *teşvik ederek*,

Çocuk haklarının geliştirilmekle ve korunmakla görevli ulusal insan hakları kuruluşlarının ve ilgili diğer uzman kuruluşların bu konuda oynayabilecekleri rolün önemini *anımsayarak*,

Söz konusu ulusal mekanizmaları pekiştirmek ve tamamlamak, Sözleşme'nin ve uygun düştüğü ölçüde çocuk satışı, çocuk fuhuşu, çocuk pornografisi ve çocukların silahlı çatışmalara dâhil edilmesine ilişkin ihtiyari protokollerin uygulanmasını daha da ilerletmek amacıyla, Çocuk Hakları Komitesi'nin (bundan böyle "Komite" olarak anılacaktır) bu Protokol'de öngörülen görevleri yerine getirmesinin uygun olacağını *göz önünde bulundurarak*,

Aşağıdaki hususlarda anlaşmıştır:

I. KISIM

GENEL HÜKÜMLER

Madde 1 - Çocuk Hakları Komitesinin Yetkisi

1. Bu Protokol'e taraf olan devlet, Komitenin bu Protokol'de öngörülen yetkisini tanır.
2. Komite, bu Protokol'e taraf olan bir devlete ilişkin yetkisini, söz konusu devletin taraf olmadığı bir belgede yer alan hakların ihlaline ilişkin durumlar için kullanamaz.
3. Komite, bu Protokol'e taraf olmayan bir devlete ilişkin hiçbir başvuruyu kabul etmez.

Madde 2 - Komitenin Görevlerine Yön Veren Genel İlkeler

Komite, bu Protokol tarafından kendisine verilen görevleri yerine getirirken çocuğun üstün yararı ilkesini rehber edinir. Komite ayrıca çocuğun haklarını ve görüşlerini dikkate alır, yaşına ve olgunluk düzeyine göre çocuğun görüşlerine gereken ağırlığı verilir.

Madde 3 - Usûl Kuralları

1. Komite, bu Protokol tarafından kendisine verilen görevleri yerine getirirken izlenecek usûl kurallarını belirler. Bu sırada, usûllerin çocuk açısından duyarlı olmasını güvence altına alma amacıyla bu Protokol'ün özellikle 2. maddesini dikkate alır.

2. Komite, çocuğun kendisi adına hareket edenler tarafından manipüle edilmesini önleyecek güvenceleri usûl kurallarına dâhil eder ve çocuğun üstün yararına uymadığı anlaşılan başvuruları incelemeyi reddedebilir.

Madde 4 - Koruma Tedbirleri

1. Taraf devlet, kendi yetki alanındaki kişilerin, bu Protokol uyarınca Komiteye yapılan başvuruların veya Komiteyle yapılan işbirliğinin sonucunda herhangi bir insan hakkı ihlaline, kötü muameleye veya tehdide maruz kalmamalarını sağlamak için gereken tüm adımları atar.

2. İlgili kişinin veya kişilerden oluşan bir grubun kimliği, bu kişiler açıkça rıza göstermedikçe kamuya açıklanamaz.

II. KISIM

BAŞVURU USÛLÜ

Madde 5 - Bireysel Başvurular

1. Başvurular, ilgili taraf devletin yetki alanı içinde, o devletin taraf olduğu aşağıdaki belgelerde yer alan haklardan herhangi birinin söz konusu Devlet tarafından ihlal edildiğini ileri süren bir kişi veya grup tarafından veya bunlar adına sunulabilir:

(a) Sözleşme;

(b) Sözleşme'ye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fuhuşu ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol;

(c) Sözleşme'ye Ek Çocukların Silahlı Çatışmalara Dâhil Olmaları Konusunda İhtiyari Protokol.

2. Bir başvurunun bir kişi veya grup adına yapılması hâlinde, başvuru sahibi, ilgili kişilerin rızası olmaksızın onlar adına hareket etmeyi haklı gösterecek gerekçeler sunmadığı sürece başvuru, söz konusu kişilerin rızası alınarak yapılır.

Madde 6 - Geçici Tedbirler

1. Komite, bir başvurunun alınması ile bu başvuru hakkında esasa ilişkin karar verilmesine kadar geçecek süre içinde, ilgili taraf devletten, istisnai durumlarda ihlalin mağdurunun veya mağdurlarının telafisi mümkün olmayan zararlara uğramalarını önlemek üzere gerekli geçici tedbirler alınması konusunu acilen değerlendirmesi talebinde bulunabilir.

2. Komitenin bu maddenin 1. fıkrası uyarınca takdir yetkisini kullanmış olması, başvurunun kabul edilebilirliği veya esası ile ilgili herhangi bir karar verildiği anlamına gelmez.

Madde 7 - Kabul Edilebilirlik

Komite başvuruyu aşağıdaki durumlarda kabul edilemez sayar:

(a) Başvurucunun kimliğinin belli olmaması;

(b) başvurunun yazılı olmaması;

(c) başvurunun, başvuru yapma hakkının kötüye kullanımı niteliği taşıması veya Sözleşme ve/veya Sözleşme'nin İhtiyari Protokollerinin hükümleriyle bağdaşmaması;

(d) başvuru konusunun Komite tarafından daha önce ele alınmış veya bir başka uluslararası soruşturma ya da çözüm yolu usulü kapsamında derdest olması;

(e) mevcut iç hukuk yollarının tamamen tüketilmemiş olması. İç hukuk yollarına başvurmanın makul olmayan bir şekilde uzaması veya etkili bir çözüm getirme ihtimalinin düşük olması hâlinde bu kural uygulanmayacaktır.

(f) Başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması veya yeterince kanıt sunulmaması;

(g) başvuru konusu olayların bu tarihten sonra hâlâ devam etmesi durumu hariç, başvuru konusu olayların ilgili taraf devlet açısından bu Protokol'ün yürürlüğe girdiği tarihten önce ortaya çıkmış olması,

(h) başvurucunun söz konusu süre içinde başvuruyu yapmasının mümkün olmadığını gösterebildiği durumlar hariç, başvurunun iç hukuk yollarının tüketilmesini izleyen bir yıl içinde yapılmamış olması.

Madde 8 - Başvurunun Gönderilmesi

1. Komite, bir başvuruyu ilgili taraf devlete atıfta bulunmaksızın kabul edilemez bulmadıkça, kendisine bu Protokol çerçevesinde gönderilen her başvuruyu mümkün olan en kısa sürede kamu ile paylaşmadan ilgili taraf devletin dikkatine sunar.

2. Taraf devlet, Komiteye, konuyu açıklığa kavuşturan ve varsa telafi ve tazmin yönündeki müdahalesini anlatan yazılı açıklama veya beyanlar sunar. Taraf Devlet, cevabını mümkün olan en kısa sürede ve her halükarda altı ay içinde iletir.

Madde 9 - Dostane Çözüm

1. Komite, Sözleşme'de ve/veya Sözleşme'nin İhtiyari Protokollerinde yer alan yükümlülüklerle saygı temelinde meselenin dostane bir çözüme

kavuşturulması amacıyla ilgili taraflar arasında arabuluculuk misyonu üstlenir.

2. Komitenin yardımlarıyla dostane çözüme dayalı bir anlaşmaya varılması hâlinde bu Protokol çerçevesinde yapılan başvurunun değerlendirilmesi sona erer.

Madde 10 - Başvuruların Değerlendirilmesi

1. Komite, bu Protokol kapsamında alınan başvuruları mümkün olan en kısa sürede, bu belgelerin ilgili taraflara ulaştırılmış olması kaydıyla, kendisine sunulan tüm belgelerin ışığında değerlendirir.

2. Komite, bu Protokol çerçevesinde alınan başvuruları incelerken kapalı toplantılar yapar.

3. Komite geçici tedbir talebi varsa başvurunun değerlendirilmesi sürecini hızlandırır.

4. Komite, ekonomik, sosyal veya kültürel hakların ihlal edildiği iddialarını içeren başvuruları incelerken, Sözleşme'nin 4'üncü maddesi uyarınca taraf devlet tarafından atılan adımların makul olup olmadığını dikkate alır. Komite, bunu yaparken, taraf devletin Sözleşme'deki ekonomik, sosyal ve kültürel hakların uygulanmasıyla ilgili bir dizi önlem alabileceğini göz önünde bulundurur.

5. Komite, bir başvuruyu inceledikten sonra, gecikmeksizin, söz konusu başvuru hakkındaki görüşlerini, varsa tavsiyeleriyle birlikte ilgili taraflara iletir.

Madde 11 - Takip

1. Taraf devlet, varsa tavsiyeleriyle birlikte Komitenin görüşlerini gerektiği şekilde dikkate alacak, Komitenin görüş ve tavsiyeleri ışığında alınan ve alınması öngörülen tedbirlere ilişkin bilgileri de içeren yazılı bir yanıtı Komiteye sunacaktır. Taraf devlet cevabını mümkün olan en kısa sürede ve her halükarda altı ay içinde iletir.

2. Komite, taraf devleti, Komite tarafından uygun görülmesi hâlinde, Sözleşme'nin 44'üncü maddesi, Sözleşme'ye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fuhuşu ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol'ün 12'nci maddesi veya Sözleşme'ye Ek Çocukların Silahlı Çatışmalara Dâhil Olmaları Konusunda İhtiyari Protokol'ün 8'inci maddesi uyarınca taraf devletin görüş veya tavsiyeleri doğrultusunda aldığı tedbirler veya varsa dostane çözüme dayalı anlaşmanın uygulanması hakkında daha fazla bilgi sunmaya davet edebilir.

Madde 12 - Devletler Arası Başvurular

1. Bu Protokol'e taraf olan bir devlet, her zaman, bir taraf devletin başka bir taraf devletin taraf olduğu aşağıdaki belgelerden herhangi biri kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmedeği iddiasını içeren başvurularını alma ve değerlendirme konusunda Komitenin yetkisini tanıdığını beyan edebilir:

(a) Sözleşme;

(b) Sözleşme'ye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fuhuşu ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol;

(c) Sözleşme'ye Ek Çocukların Silahlı Çatışmalara Dâhil Olmaları Konusunda İhtiyari Protokol.

2. Komite, böyle bir beyanda bulunmamış bir taraf devlet hakkındaki başvuruları veya böyle bir beyanda bulunmamış bir taraf devletten gelen başvuruları kabul etmez.

3. Komite, Sözleşme'de ve Sözleşme'nin İhtiyari Protokollerinde yer alan yükümlülüklerle saygı temelinde, meselenin dostane bir çözüme kavuşturulması amacıyla ilgili taraf devletler arasında arabuluculuk misyonu üstlenir.

4. Bu maddenin 1. fıkrası uyarınca yapılan beyan, taraf devletler tarafından Birleşmiş Genel Sekreterliğine tevdi edilir, Genel Sekreterlik beyanın kopyalarını diğer taraf devletlere iletir. Beyan Genel Sekreterliğe bildirimde bulunmak suretiyle her zaman geri çekilebilir. Söz konusu geri çekme, bu madde çerçevesinde daha önce yapılan bir başvurunun konusu itibarıyla incelenmesini engellemez; ilgili taraf devlet yeni bir beyanda bulunmadıkça, beyanın geri çekildiğine ilişkin bildirim Genel Sekreterlik tarafından alınmasından itibaren herhangi bir taraf devletten bu madde çerçevesinde yeni bir başvuru alınmaz.

III. KISIM

TAHKİKAT USÛLÜ

Madde 13 - Ağır veya Sistemik İhlallerde Tahkikat Usûlü

1. Komite, bir taraf devletin, Sözleşme'de veya Sözleşme'nin İhtiyari Protokollerinde çocuk satışı, çocuk fuhuşu ve çocuk pornografisi veya çocukların silahlı çatışmalara dâhil olmaları ile ilgili olarak belirtilen hakları ağır veya sistemik biçimde ihlal ettiğine ilişkin güvenilir bilgiler elde etmesi halinde, taraf devleti bu bilgilerin değerlendirilmesinde işbirliği yapmaya ve bu bağlamda söz konusu bilgilere ilişkin gözlemlerini gecikmeksizin iletmeye davet eder.

2. Komite, ilgili taraf devlet tarafından sunulan gözlemleri ve kendisine ulaşan diğer güvenilir başka bilgileri dikkate alarak Komite üyelerinden birini veya birkaçını bir tahkikat yürütmek ve Komiteye ivedilikle rapor vermek üzere görevlendirebilir. Gerekli görüldüğü hâllerde ve taraf devletin onayıyla, bu tahkikat ilgili devletin ülkesine yapılacak bir ziyareti de içerebilir.

3. Tahkikat gizlilik içinde yürütülür ve sürecin her aşamasında taraf devletle işbirliği yapılır.

4. Komite, tahkikatın bulgularını değerlendirdikten sonra bu bulguları, varsa görüş ve tavsiyeleri ile birlikte gecikmeksizin ilgili taraf devlete iletir.

5. İlgili taraf devlet Komite tarafından iletilen bulguları, görüş ve tavsiyeleri aldıktan sonra mümkün olan en kısa sürede ve her halükarda altı ay içinde gözlemlerini Komiteye sunar.

6. Bu maddenin 2'nci fıkrası çerçevesinde yapılan bir tahkikata ilişkin işlemler tamamlandıktan sonra Komite, ilgili taraf devlete danışarak, bu Protokol'ün 16'ncı maddesinde öngörülen raporda yapılan çalışmaların sonuçlarına da yer verebilir.

7. Taraf devletlerden her biri, bu Protokol'ün imzalanması, onaylanması veya Protokol'e katılım sırasında, 1'inci fıkrada sıralanan belgelerin bazılarında veya hepsinde yer alan haklara ilişkin olarak Komitenin bu maddede belirtilen yetkisini tanımadığını beyan edebilir.

8. Bu maddenin 7'nci fıkrası çerçevesinde bir beyanda bulunan taraf devlet, Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine bildirimde bulunarak bu beyanını istediği zaman geri çekebilir.

Madde 14 - Tahkikat Usûlünün Takibi

1. Komite, gerekirse, 13'üncü maddenin 5'inci fıkrasında belirtilen altı aylık sürenin bitiminden sonra, ilgili taraf devleti, bu Protokol'ün 13'üncü maddesi çerçevesinde yürütülen bir tahkikat sonucunda alınan veya alınması öngörülen tedbirler hakkında kendisini bilgilendirmeye davet edebilir.

2. Komite, 13'üncü madde uyarınca yürütülen bir tahkikat bağlamında alınan tedbirler hakkında Komitenin uygun gördüğü hâllerde, Sözleşme'nin 44'üncü maddesi, Sözleşme'ye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fuhuşu ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol'ün 12'nci maddesi veya Sözleşme'ye Ek Çocukların Silahlı Çatışmalara Dâhil Olmaları Konusunda İhtiyari Protokol'ün 8'inci maddesi uyarınca taraf devleti daha fazla bilgi vermeye çağırabilir.

IV. KISIM

SON HÜKÜMLER

Madde 15 - Uluslararası Yardım ve İşbirliği

1. Komite, ilgili taraf devletin onayıyla, teknik danışmanlık veya yardıma ihtiyaç duyulduğunu gösteren başvuru ve tahkikatlarla ilgili görüş veya tavsiyelerini, varsa taraf devletin bu görüş ve tavsiyeler hakkındaki gözlem ve önerileriyle birlikte Birleşmiş Milletlerin uzman kuruluşlarına, fonlarına, programlarına ve diğer yetkili organlara iletebilir.

2. Komite ayrıca, ilgili taraf devletin onayıyla, bu Protokol kapsamında ele alınan başvurularda gündeme gelen konuları, kendi yetki alanı dâhilinde olmak kaydıyla, Sözleşme'de ve/veya Sözleşme'nin İhtiyari Protokollerinde yer alan hakların uygulanmasında ilerleme kaydetmesi amacıyla taraf devletlere yardımcı olabilecek uluslararası tedbirlerin uygulanabilirliği konusunda karar vermelerini sağlamak üzere yukarıda bahsi geçen organların dikkatine sunabilir.

Madde 16 - Genel Kurula Rapor Sunulması

Komite, Sözleşme'nin 44'üncü maddesinin 5'inci fıkrası uyarınca iki yılda bir Genel Kurula sunduğu rapora bu Protokol çerçevesinde gerçekleştirdiği çalışmaların bir özetini de dâhil eder.

Madde 17 - İhtiyari Protokolün ve Protokol Hakkında Bilginin Dağıtılması

Taraf devletlerden her biri, bu Protokol'ü geniş çapta bilinir kılmayı ve dağıtmayı, Komitenin başta taraf devletin kendisini ilgilendiren görüş ve tavsiyelerine erişimi kolaylaştırmayı, söz konusu bilgileri uygun ve etkin araçlarla ve erişilebilir formatlar vasıtasıyla engelliler dâhil olmak üzere yetiştiren ve çocuklara ulaştırmayı taahhüt eder.

Madde 18 - İmza, Onay ve Katılım

1. Bu Protokol, Sözleşme'yi veya Sözleşme'ye ek ilk iki İhtiyari Protokol'den en az birini imzalayan, onaylayan veya birine katılan tüm devletlerin imzasına açıktır.

2. Bu Protokol, Sözleşme'yi veya Sözleşme'ye ek ilk iki İhtiyari Protokol'den en az birini onaylayan veya birine katılan her devletin onayına tabidir. Onay belgeleri Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine tevdi edilir.

3. Bu Protokol, Sözleşme'yi veya Sözleşme'ye ek ilk iki İhtiyari Protokol'den en az birini onaylayan veya birine katılan her devletin katılımına açıktır.

4. Katılım, katılım belgesinin Genel Sekreterliğe tevdi edilmesiyle sonuca varır.

Madde 19 - Yürürlüğe Giriş

1. Bu Protokol, onuncu onay veya katılım belgesinin tevdiinden itibaren üç ay sonra yürürlüğe girer.

2. Onuncu onay veya katılım belgesinin tevdiinden sonra bu Protokol'ü onaylayan veya Protokol'e katılan her devlet için bu Protokol, kendi onay veya katılım belgesini tevdiinden itibaren üç ay sonra yürürlüğe girer.

Madde 20 - Yürürlüğe Giriş Sonrası Meydana Gelen İhlaller

1. Komite, yalnızca bu Protokolün yürürlüğe girmesinden sonra meydana gelen Sözleşme'de ve/veya Sözleşme'ye ek ilk iki İhtiyari Protokol'de yer alan hakların taraf devlet tarafından ihlal edilmesi durumunda yetkilidir.

2. Bir devletin bu Protokole yürürlüğe girmesinden sonra taraf olması halinde, söz konusu devletin Komite karşısındaki yükümlülükleri, yalnızca, Sözleşme'de ve/veya Sözleşme'ye ek ilk iki İhtiyari Protokol'de yer alan hakların bu Protokol'ün ilgili devlet açısından yürürlüğe girmesinden sonra ihlal edilmesine ilişkin olacaktır.

Madde 21 - Değişiklikler

1. Herhangi bir taraf devlet bu Protokol'de değişiklik yapılmasını teklif edebilir ve teklifi Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine sunabilir. Genel Sekreterlik değişiklik tekliflerini taraf devletlere ileterek telifleri değerlendirmek ve karara bağlamak üzere bir toplantı yapılmasını uygun bulup bulmadıklarını kendisine bildirmelerini taraf devletlerden talep eder. Genel Sekreterliğin bildirim yaptığı tarihten itibaren dört ay içinde taraf devletlerin en az üçte birinin böyle bir toplantıyı desteklemesi hâlinde, Genel Sekreterlik, Birleşmiş Milletler himayesinde bu toplantı düzenler. Toplantıda hazır bulunan ve oy kullanan taraf devletlerin üçte iki çoğunluğuyla kabul edilen herhangi bir değişiklik Genel Sekreterlik tarafından onay için Genel Kurula ve daha sonra kabul için taraf devletlerin her birine sunulur.

2. Bu maddenin 1'inci fıkrası çerçevesinde kabul edilen ve onaylanan bir değişiklik, tevdi edilen kabul belgelerinin sayısının, değişikliğin kabul edildiği tarihteki taraf devlet sayısının üçte ikisine ulaşmasını izleyen otuzuncu gün yürürlüğe girer. Bundan sonra değişiklik, herhangi bir taraf

devlet açısından, kendi kabul belgesini tevdi etmesini izleyen otuzuncu gün yürürlüğe girer. Değişiklik, yalnızca bu değişikliği kabul eden taraf devletler açısından bağlayıcıdır.

Madde 22 - Çekilme

1. Herhangi bir taraf devlet, Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine yazılı bildirimde bulunmak suretiyle istediği zaman bu Protokolden çekilebilir. Çekilme, ilgili bildirim Gen. Sekreterlik tarafından alındığı tarihten bir yıl sonra geçerlilik kazanır.

2. Çekilme, çekilmenin geçerlilik tarihinden önce 5'inci veya 12'nci maddeler uyarınca yapılan herhangi bir başvuru veya 13'üncü madde uyarınca başlatılan herhangi bir tahkikat hakkında bu Protokol hükümlerinin uygulanmasına devam edilmesini engellemez.

Madde 23 - Genel Sekreterliğin Tevdi Makamı Olma ve Bildirim Görevi

1. Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği bu Protokol'ün tevdi makamıdır.

2. Genel Sekreterlik tüm devletleri aşağıdaki hususlarda bilgilendirir:

(a) Bu Protokol'e ilişkin imzalar, onaylar ve katılımlar;

(b) bu Protokolün ve 21'inci maddeye göre yapılan değişikliklerin yürürlüğe giriş tarihleri;

(c) bu Protokolün 22'nci maddesine göre gerçekleşen çekilmeler.

Madde 24 - Diller

(1) Arapça, Çince, İngilizce, Fransızca, Rusça ve İspanyolca metinleri aynı derecede geçerli olan bu Protokol, Birleşmiş Milletler arşivlerinde muhafaza edilir.

(2) Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği bu Protokol'ün onaylı kopyalarını tüm devletlere iletir.

"Beyan

Türkiye Cumhuriyeti, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin Başvuru Usûlü Hakkında İhtiyari Protokol'de öngörülen Çocuk Hakları Komitesi'nin yetkisine ilişkin olarak, Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne, Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne Ek Çocukların Silahlı Çatışmalara Dâhil Olmaları Konusunda İhtiyari Protokol'e, Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fuhuşu ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol'e koymuş olduğu çekincelerin ve ileri sürdüğü beyanların geçerliliğini tamamen koruduğunu beyan eder".