

SINIR DIŞI ETME İŞLEMİ ve AİLE YAŞAMINA SAYGI HAKKI: ÇATIŞAN MENFAATLER ve ESAS ALINAN ÖLÇÜTLER

*The Process of Deportation and the Right to Respect for Family Life:
Conflicting Interests and Considered Criteria*

Aslı BAYATA CANYAŞ*

Özet

Devletler, milli güvenlik, genel sağlık ve ahlakın korunması gibi kamusal menfaatleri tehdit eden bir yabancıyı ülkelerinden sınır dışı edebilir. Ancak yabancının sınır dışı edileceği ülkede ailesinin olması durumunda aile hayatına saygı hakkı ve bu hak çerçevesinde bireysel nitelikli menfaatler de devreye girebilir. Bu durumda, sınır dışı etme yoluyla korunmak istenen kamusal menfaatler ile aile hakkına saygı hakkına dayalı bireysel menfaatler çatışabilir. Söz konusu menfaat çatışmasında, AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında temel olarak adil bir dengenin yakalanmasından söz edildiği görülmekte; kanunilik, meşru amaç ve demokratik toplum gerekliliklerine uygunluk gibi ölçütler uyarınca değerlendirme yapılmaktadır. Bu çerçevede, çalışmada, aile kavramının içerik ve kapsamı, sınır dışı edilme işlemi göz önünde tutularak hangi andaki ailenin varlığının esas alınacağı, çatışan menfaatler ve menfaat dengelemesinde ne tür ölçütlerden hareket edileceği, sınır dışı edilecek ülkede karşılaşılabilecek olası güçlükler ve bunların etkisi gibi konular analiz edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Sınır dışı, aile yaşamı, kamusal menfaatler, çatışan menfaatler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türk Anayasa Mahkemesi.

Abstract

States may deport a foreigner from their country who threatens their public interests such as the protection of national security, public health and public moral. However, if the foreigner has a family in a country which they have been deported, the right to respect for family life may also need to be protected. In this case, the public interests that are sought to be protected by deportation and the individual interests on the basis of respect for the right of the family may come into conflict. In the conflict of interest in question, it is understood that the decisions of the ECtHR and the Constitutional Court refer to achieving a fair balance and examination is made in accordance with some criteria such as legality, legitimate purpose and compliance with the requirements of a democratic society. In this context, the content and scope of the concept of family, the moment when the existence of the family will be taken into account by considering the deportation process, the conflicting interests and what kind of criteria will be used in balancing the interests, the possible difficulties that may be encountered in the country to be deported and their effects will be analyzed in this study.

Keywords: Deportation, family life, public interest, conflicting interests, European Court of Human Rights, Turkish Constitutional Court.

* Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

* Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 06.04.2023

* Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 28.09.2023

* Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı, aslicanyas@hacettepe.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-8304-6095>.

GİRİŞ

Devletler, yabancıların ülkelerine girişini, ülkelerinde kalışını ve ikametini denetleme hakkına sahiptir¹. Söz konusu denetimin sonucunda devletlerin, egemenlik haklarına dayalı olarak, kamusal menfaatlerine aykırı şekilde hareket eden yabancıları ülkelerinden sınır dışı edebilmeleri mümkündür². Kamusal menfaatler kapsamında özellikle kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığını tehdit eden bir yabancıнын sınır dışı edilmesi sonucu ortaya çıkabilmektedir³.

Uluslararası boyut bakımından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS)⁴ ek 4 ve 7 Nolu Protokoller kapsamında sınır dışı edilme konusuna ilişkin olarak aşağıda inceleneceği üzere kimi hükümler getirilmiştir. Ayrıca sınır dışı işleminin AİHS'ne aykırılık teşkil edebileceği, AİHS'e taraf devletlerin Sözleşme kaynaklı yükümlülükleri ile bağlantılı olabileceği ve kimi zaman da bu yükümlülüklerle aykırılık oluşturabileceği kabul edilmektedir⁵. Bu kapsamda öne çıkan hükümlerden ilki olabilecek AİHS'nin "kişi özgürlüğü ve güvenliğini" konu edinen 5. maddesinin birinci fıkrasının f bendinde "herhangi bir kişinin sınır dışı edilmesi amacıyla tutuklanmasının, kişi özgürlüğüne ve güvenliğine aykırılık oluşturmayacağı" belirtilmiştir. AİHS'nin 3. maddesinin de sınır dışı etmeyle ilgili olarak gündeme gelebileceği olasılıklar olabilir. Örneğin, sınır dışı etme işleminin uygulanması sonucunda yabancıнын gönderileceği ülkede işkenceyle karşılaşma riski söz konusu olabilir⁶. Ayrıca sınır dışı edilmesi düşünülen yabancıнын sınır dışı edileceği ülkede ailesinin olması durumunda AİHS m. 8 kapsamında aile yaşamına saygı hakkı ve bu hakkın ihlali de ortaya çıkabilir. Son olarak, AİHS (m. 13) kapsamında "etkili başvuru hakkı" çerçevesinde, sınır dışı etme kararına karşı, yabancıya tarafsız ve bağımsız ulusal bir merciiye başvurma olanağının da tanınması ve başvurusunun incelenip değerlendirilmesi gerekir⁷.

¹ Rona Aybay, *Yabancılar Hukuku* (1.B., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2005) 227.

² Aysel Çelikel ve Günseli Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (26.B., Beta 2021) 127; Vahit Doğan, *Türk Yabancılar Hukuku* (5. B., Savaş Yayınevi 2020) 110; Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (1. B., Beta 2014) 104; Nuray Ekşi, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sığınmacı ve Mültecilerin Türkiye'den Sınır Dışı Edilmelerini Engelleyen Haller", (2008) 82(6) İstanbul Barosu Dergisi, 2806.

³ Esra Dardağan Kibar, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi", 2012 11(2) Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, 57.

⁴ RG 19/03/1954-8662.

⁵ Nuray Ekşi, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinin Yabancıların Sınır Dışı Edilmesine Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu" (2009) 1-2 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 120. Devletin kamu düzenini korumak amaçlı olarak yabancıyı sınır dışı edebilme hakkı, AİHM kararlarında da söz konusu edilmektedir: Örneğin, Vilvarajah ve diğerleri/Birleşik Krallık, B. No: 13163/87, 30/10/1991, § 102.

⁶ Aybay (n 1) 235.

⁷ Aybay (n 1) 236.

AİHS'ne ek 4 ve 7 Nolu Protokoller kapsamında ise şu düzenlemeler getirilmiştir: 4 Nolu Protokolün 4. maddesinde yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmesinin yasaklandığı görülmektedir. 7 Nolu Protokolün 1. maddesinde de sınır dışı edilme usulü düzenlenmiş ve sınır dışı edilmesi düşünülen yabancıya sınır dışı edilme kararına itiraz kapsamında çeşitli güvenceler sağlanmıştır⁸: Kural, usuli güvencelerin yabancıya sağlanması olsa da istisnai olarak -ulusal güvenlik ya da kamu düzeni açısından gerekli olması halinde-, belirtilen güvenceler kendisine tanınmadan da bir yabancının sınır dışı edilebilmesinin mümkün olduğuna dikkat çekilmelidir⁹.

Türkiye Cumhuriyeti Devletinin taraf olduğu Avrupa İkamet Sözleşmesinde de¹⁰ (m. 3/1) sınır dışı edilme için “milli güvenlik, kamu düzeni ve genel ahlak” gibi gerekçelerden söz edildiği görülmektedir. Bu gerekçelerin yanı sıra, Avrupa İkamet Sözleşmesinde (m. 3/2) yabancının ülkeden doğrudan sınır dışı edilmesini önleyici birtakım güvencelere yer verilmektedir. Ek olarak Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin 1951 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi¹¹, Avrupa Sosyal Şartı¹², gibi metinlerde de konuyla bağlantılı hükümler yer almaktadır. Keza, Vatansızların Hukuki Statüsüne Dair Anlaşma'da da¹³ (m. 31) hükümler vardır.

Sınır dışı etme konusuna anayasal açıdan yaklaşıldığında ise sınır dışı etme kararının, Anayasa'nın 19. maddesinde düzenlenmiş olan kişi özgürlüğü ve güvenliğine bir istisna olarak görüldüğü söylenebilir¹⁴. Ayrıca, sınır dışı etmenin Anayasa'nın 23. maddesinde düzenlenen yerleşme ve seyahat özgürlüğünü ilgilendiren bir boyutu olduğundan da söz edilebilir¹⁵. Zira, seyahat özgürlüğü kapsamında bireyin istemediği yere gitmeme hakkının da olduğu düşünülünce, yabancının sınır dışı edilmesi halinde yerleşme ve seyahat hakkını ilgilendiren bir boyut ortaya çıkacaktır¹⁶. Sınır dışı edilmesi söz konusu olan yabancının

⁸ Güvenceler konusu ile bağlantılı olarak yabancıya hakkında sınır dışı kararı verilmesi halinde, belli bir süre tanınmasının gerekliliği ve önemi hakkında bkz. Esra Dardağan, Yabancılar Hukuku Açısından Sınır Dışı Etme 1993 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) 117.

⁹ Rona Aybay, “Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınır Dışı Edilme”, (2003) 2(2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 167.

¹⁰ RG T. 17.9.1989, S. 20285.

¹¹ RG T. 5.9.1961, S. 10898.

¹² RG T. 4.7.1989, S. 20215.

¹³ RG T. 25.10.2014- 29156.

¹⁴ Aybay (n 1) 228; Doğan (n 2) 110-111; Bülent Çiçekli, Yabancılar ve Mülteci Hukuku (6. B., Seçkin 2016) 165; Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, “Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi”, (2013) 108 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 212.

¹⁵ Sedat Sirmen, “Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar” (2009) 67(3) Ankara Barosu Dergisi, 30.

¹⁶ Aybay (n 1) 230-231.



Türkiye’de ailesi bulunması durumunda ise “Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması” başlıklı Anayasa’nın 20. maddesi kapsamında aile hayatına saygı perspektifinde de değerlendirme yapılmaktadır¹⁷.

Yasal düzeyde ise, YUKK’da¹⁸ bir yabancı hakkında hangi hallerde sınır dışı kararı alınabileceği belirtilmiştir. Bu noktada, sınır dışı edilmede korunmak istenen menfaatin, kamusal nitelikli olduğuna dikkat çekilmelidir. Sınır dışı etme sebepleri YUKK’un 54. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmiştir. Ayrıca YUKK’un 54. maddesinin ikinci fıkrasında uluslararası koruma statüsü sahibi olan yabancılar bakımından sınır dışı etme sebeplerinin düzenlenmiş olduğu görülmektedir¹⁹. YUKK’un 54. maddesinin ilk ve ikinci fıkrası incelendiğinde, ilk fıkrada geçen “...sınır dışı kararı alınır.” şeklindeki kesinlik içeren ifadeden farklı olarak; uluslararası koruma statüsü başvuru sahipleri ile statü sahiplerinin “sınır dışı edilebileceği” belirtilmek yoluyla idareye takdir hakkının tanındığı görülmektedir²⁰. Türkiye’de geçici koruma altında olan yabancıların sınır dışı edilebilmesi konusunda mevzuatta açık bir düzenleme yer almamaktadır²¹. Anayasa Mahkemesinin 11.11.2015 tarihli kararı²² da göz önünde tutulduğunda, bu kişiler bakımından sınır dışı kararı alınamayacağı ileri sürülmektedir²³. Diğer yandan, Geçici Koruma Yönetmeliği’nin geçici 1. maddesinde sınır dışına ilişkin bir hükmün yer almadığı; kararda ifade edilen “geri göndermeme ilkesi”nin geçici koruma kapsamında bulunan Suriyelilerin Suriye’ye gönderilmesini yasakladığı ve başka bir ülkeye sınır dışı edilmelerinin mümkün olduğu belirtilmektedir²⁴. Ayrıca bu karardan hareketle geçici koruma kapsamındaki tüm yabancıların sınır dışı edilmeyeceğinin kabul etmenin isabetli olmayacağı da doktrinde ifade edilen görüşler arasında yer almaktadır²⁵.

¹⁷ Örneğin, Anayasa Mahkemesi’nin 15.03.2022 tarihli kararı, A.A.A. Başvurusu, B. No: 2018/36516; 22.2.2022 tarihli kararı, Selçuk Karakaya Başvurusu B. No: 2018/29245.

¹⁸ Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, 6458-4/4/2013, RG: 11/4/2013-28615.

¹⁹ YUKK’da ayrıca sınır dışı edilmek için gerekli şartları taşısa da hakkında sınır dışı kararı verilmesi mümkün olmayan kişiler de düzenlenmiştir: YUKK m. 55.

²⁰ Çelikel/ Gelgel (n 2) 130; Doğan (n 2) 116.

²¹ Ancak Geçici Koruma Yönetmeliği’nin (RG 22.10.2014-29153)12. maddesi uyarınca statüsü sona erenler bakımından Yönetmeliğin 14. maddesi gereği sınır dışı işlemi uygulanabileceği düşünülebilir.

²² Anayasa Mahkemesi, “Birleşmiş Milletler (BM) Mülteciler Yüksek Komiserliği’nin, Türkiye Hükümeti tarafından yürürlüğe konulan geçici koruma rejiminin bir parçası olarak uluslararası koruma arayan Suriyelilerin, Suriye’den gelen mültecilerin ve vatansız kişilerin Türkiye’ye kabul edildiğini ve istekleri dışında Suriye’ye geri gönderilmeyeceklerini kabul ettiklerine atıfta bulunmuş; ayrıca 6458 sayılı Kanun’a dayalı olarak çıkarılan Geçici Koruma Yönetmeliği ile güvenceleri belirlenen geçici koruma statüsünün, başvuru hakkında uygulandığını ve bir sınır dışı etme kararından söz edilemeyeceğini” de vurgulamıştır: K.A. Başvurusu, 11.11.2015, B. No: 2014/13044.

²³ Çelikel/Gelgel (n 2) 132-133.

²⁴ Doğan (n 2) 118.

²⁵ Doğan (n 2) 118.

Sınır dışı edilme hakkındaki temel düzenlemelere bu genel bakışın ardından, çalışmanın asıl konusu olan sınır dışı edilme ve sınır dışı edilmek istenen yabancının Türkiye’de ailesinin olması durumu ele alınabilir: Bu çerçevede, temel sorun, yabancının sınır dışı edilmesi halinde, aile yaşamına saygı hakkının ihlali sonucunun ortaya çıkıp çıkmayacağıdır. Sınır dışı edilme sonucunda aile bütünlüğünün bozulabilecek olmasının yanı sıra yabancının sınır dışı edileceği ülkeye ailesini götürmesi mümkün olmayabilir. Yabancının, ailesinden ayrılmama, onlarla birlikte hayatını sürdürme yönünde bireysel menfaatleri söz konusu olabilir; ayrıca aile bireylerinin de yabancı ile aile bütünlüğü içinde yaşama yönünde karşılıklı menfaatleri söz konusu olabilir. Böyle bir durumda, sınır dışı edilme nedenine dayalı olarak korunmak istenen kamusal menfaatler ile aile yaşamının korunması hakkı çerçevesinde bireysel menfaatler çatışma içine girebilir ve bu menfaatler arasında bir denge kurularak hangi yöndeki menfaatin daha çok öne çıktığına objektif olarak karar verme gereği doğabilir²⁶. Bu durumda, konuya ilişkin ayrı bir çalışma konusu olabilecek kamusal menfaatler konusu ayrı tutularak, söz konusu menfaat dengelemesi çerçevesinde, aile hayatı kapsamında hangi ölçütlerden hareket edileceği noktasının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

AİHM’in birçok kararında²⁷, sınır dışı edilmesine karar verilen yabancının, sınır dışı edilmek istendikleri ülkedeki aile hayatlarına yönelik menfaatlerini, AİHS Sözleşmesinin 8. maddesi uyarınca “özel ve aile hayatına saygı hakkı²⁸” kapsamında değerlendirdiği görülmektedir. Bu doğrultuda, AİHM, bir bireyin aile yakınlarının bulunduğu ülkeden ayrılmak zorunda kalması durumunda, aile hayatına saygı hakkının ihlali sonucunun ortaya çıkabileceği olasılığından hareket etmektedir²⁹. AİHS (m.8) kapsamında aile yaşamının ihlalinden söz edebilmek için, “sınır dışı edilecek kişinin sınır dışı edileceği ülkede ailesinin bulunmasının yanı sıra, sınır dışı edilmesi halinde aile yaşamının bozulması” gibi ölçütlerden hareket edilmektedir.

²⁶ Sınır dışı etme durumunda aile hayatına saygı ve milli güvenlik, kamusal güvenlik ve düzenin korunması gibi menfaatler arasındaki ilişkinin önemine ilişkin olarak Haluk Kabaalioglu/ Nuray Ekşi, “Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesi” (2004) 24, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 507.

²⁷ Örneğin, Nasri/Fransa, B. No: 19465/92, 13/7/1995, § 34; Berrehab/Hollanda, B. No: 10730/84, 21/06/1988; § 23.

²⁸ AİHS m. 8: “Özel ve aile hayatına saygı hakkı”

“(1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.
(2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”

²⁹ Örneğin, Boulitif/İsviçre, B. No: 54273/00, 2/8/2001, § 39.



Bu kapsamda, çalışmada aile kavramından ne anlaşılması gerektiği; sınır dışı etme kararı göz önünde bulundurularak hangi an'daki ailenin varlığının dikkate alınacağı; bireysel ve kamusal menfaatler arasında nasıl bir dengenin kurulabileceği ve ne gibi ölçütlerin dikkate alınacağı; sınır dışı edilecek olan ülkede aile hayatının devam ettirilip ettirilemeyeceği; yerel makamların denetimin boyutu gibi konular AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararları dikkate alınarak karşılaştırmalı bir bakış açısıyla irdelenecektir.

I. AİLE KAVRAMI

Sınır dışı etmenin aile hayatına saygı hakkına etkisini değerlendirirken “aile” kavramından ne anlaşılması gerektiği sorusu akla gelen ilk sorulardandır. Uluslararası İnsan Hakları Hukuku boyutuyla ailenin açık bir tanımının olmadığı ve somut olayın nitelikleri göz önünde bulundurularak, esnek bir yorumla “kültürel farklılıklar, ekonomik ve duygusal bağılıklar” gibi etkenlerin ailenin varlığını ortaya koymada değerlendirildiği görülmektedir³⁰.

AİHM'in ise aile kavramını³¹ tanımlarken aile arasında “biyolojik, sosyal ve duygusal bağların varlığını” göz önünde bulundurduğu görülmektedir: Bu doğrultuda, AİHM, baba ile evlilik dışı doğmuş olan çocuğu veya fiilen henüz aile hayatı kurulmamış da olsa gerçek bir evliliğe dayalı ilişkiyi de aile kavramı kapsamında görmektedir³². Mahkeme, birlikte geçirilen zamanı, ilişkinin kalitesini ve ebeveynin çocuk karşısında oynadığı rolü göz önünde bulundurarak, koruyucu aile ile çocuk arasında da bir aile hayatının varlığını kabul edebilir³³. Bu olasılığın yanı sıra tarafların arasında resmi bir evlilik olmadan, aynı çatı altında oturmaları durumunda da yani *de facto* aile bağlarının söz konusu olması durumunda da gerçek ve mevcut bir aile yaşamının varlığı kabul edilmektedir³⁴. Bu çerçevede, AİHM, aile hayatının korunmasında resmi bir evlilik

³⁰ UNHCR, “Summary Conclusions: Family Unity, Expert Roundtable Organized by UNHCR and the Graduate Institute of International Studies, Geneva, Switzerland, 8–9 November 2001”: Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection, (Ed. Feller et al.), CUP, (2003), 606: <http://www.unhcr.org/419dbfaf4.pdf> (Erişim tarihi 26.10.2022).

³¹ AİHM'in aynı cinsten birliktelikleri önceleri “özel hayata saygı hakkı” çerçevesine gördüğü; ancak daha yeni kararlarında aile hayatına saygı hakkı içinde değerlendirdiği söylenebilir: Schalk ve Kopf/Avusturya, B. No: 30141/04-24.6.2010. Aile birleşimi ve aynı cinsten birliktelikler hak. ayrıca bkz. Pajic/ Hırvatistan, 68453/13- 23.02.2016 ve Taddeuci ve McGall/ İtalya, 51362/09-30.06.2016.

³² Paradiso ve Campanelli/ İtalya, B. No: 25358/12, 24/1/2017, § 140, 141.

³³ Moretti ve Benedetti / İtalya, B. No: 16318/07, 27.4.2010 §§ 48-52.

³⁴ Johnston ve Diğerleri/ İrlanda, B. No: 9697/82, 18.1.1986, § 56. Konu hakkında bkz. Cf Pieter van Dijk/ GJH van Hoof, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights (3. B., Kluwer 1998) 504–508; Daniel Thym, “Respect For Private and Family Life Under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right To Regularize Illegal Stay?”, (2008) 57, International and Comparative Law Quarterly, 89-90. Frances Nicholson, “The Right to

bağının varlığını şart koşmamaktadır: Aile hayatının varlığının belirlenmesinde esas ölçüt, resmi bir evlilik bağı değil; yakın kişisel bağların gerçekten var olup olmadığıdır³⁵. AİHM, devletlerin, yabancı ve vatandaş arasında gerçekleştirilen evliliğin salt ikamet izni almak amacıyla yapılmış olup olmadığını denetleme ve gerektiğinde bu tür evlilikleri engelleme yetkisinin mevcut olduğunu; bu yöndeki bir denetimin Sözleşme'nin 12. maddesinde düzenlenmiş olan evlenme hakkını ihlal etmeyeceğini de kabul etmektedir³⁶.

AİHM'in aileyi bir bütün olarak ele aldığı ve her bir aile bireyini değerlendirerek sonuca ulaştığı görülmektedir³⁷. AİHS'in 8. maddesi kapsamında aileye yönelik bireylerden yola çıkılarak, sonuç olarak tüm aile temelinde bir değerlendirme yapılmaktadır ve yaşadıkları ülkeden ayrılmak durumunda kalmaları halinde aile bireylerinin çekeceği zorluklar dikkate alınmaktadır.

Ailenin ebeveynler ve çocukları kapsayacak şekilde çekirdek aileyi mi yoksa daha geniş olacak yönde mi yorumlanacağı sorusu da cevaplanması gereken bir başka sorudur. AİHM kararlarında ailenin, genelde çekirdek aileyi kapsayacak şekilde ele alınmakta olduğu ve aile kavramını oldukça dar yorumlama yönünde bir eğilimin olduğu gözlemlenmektedir³⁸. Çekirdek aile kapsamında "eşler arasındaki ilişkiler" ile "ebeveyn ve çocukları arasındaki ilişkiler" ele alınmaktadır. Diğer yandan büyükanne ve büyükbabanın da torunları üzerinde önemli bir etkisi ve sıkı bağları olabileceğinden hareketle bu ilişkiler de aile kavramı içinde yorumlanabilmektedir³⁹. Çekirdek aile dışındaki aile bireyleri ile örneğin, üçüncü derece ve sonrası aile üyeleri ile aile ilişkisinin varlığını kabul etmek için ise AİHM, genel olarak olağan duygusal bağların ötesinde bir ihtiyaç duyma, bağımlılık ilişkisinin olması gerektiğini vurgulamaktadır⁴⁰. Henüz müstakil bir aile kurmamış olan genç yetişkin çocuklar⁴¹ ile gerçek

Family Life and Family Unity of Refugees and Others in Need of International Protection and the Family Definition Applied", Legal And Protection Policy Research Series, UNHCR, Division of International Protection, (2008) 23: <https://www.unhcr.org/5a8c40ba1.pdf> (Erişim tarihi 26.10.2022)

³⁵ K. ve T./ Finlandiya [BD], B. No: 25702/94, 12/7/2001, § 150; Marckx/Belçika, B. No: 6833/74, 13/6/1979, § 31.

³⁶ O'donoghue ve diğerleri/Birleşik Krallık, B. No: 34848/07, 14/12/2010, § 87; Frasiç/Polonya, B. No: 22933/02, 5/1/2010, § 89.

³⁷ Jeunesse v. Hollanda, B. No: 12738/10, 3.10.2014, § 117.

³⁸ Örneğin, *Slivenko/ Letonya* [BD], B. No: 48321/99, 9/10/2003, § 94.

³⁹ Marckx/ Belçika, B. No: 6833/74, 13.06.1979, § 45.

⁴⁰ Senchishak/Finland, B. No: 5049/12, 18.11.2014. Ayrıca bkz. Mark Klaassen, "Between Facts and Norms: Testing Compliance with Article 8 ECHR in Immigration Cases" (2019) 37(2) Netherlands Quarterly of Human Rights 160.

⁴¹ Örneğin, *Bouchelkia/ France*, B. No: 23078/93, 29/01/97, § 41. Yetişkin çocuklar bakımından ancak olağan duygusal bağların ötesine geçen bir bağımlılık ilişkisinin varlığı halinde ve somut olay nezdinde AİHS m. 8 kapsamında değerlendirme yapıldığına ilişkin tespit için bkz. Esra Dardağan Kibar/ Doğa Elçin/ Ogün Erşan Aydınlı, "Anayasa Mahkemesi'nin Sherapat Yagmyrova



bir evlat edinme ilişkisine dayalı çocuklar da aile kavramına dahil edilebilmektedir⁴². Çocuk ve ebeveyn arasındaki ilişkileri değerlendirirken AİHM'in, örneğin "çocukla ebeveynler arasında biyolojik bağın yokluğuna, çocukla ilişkinin kısa bir süreye dayalı olmasına, çocukla ilişkinin hukuki açıdan tanımlanmamış olmasına, ebeveynsel bir planlamanın olmayışına ve nitelikli duygusal bağın var olmamasına" dayalı olarak fiili bir aile bağının varlığının kabul edilemeyeceğine hükmettiği görülmektedir⁴³. Bu çerçevede, çocukla ebeveyn arasında salt biyolojik bağ da yeterli değildir; sıkı ilişkinin varlığı esastır⁴⁴. Başvurucunun sınır dışı edilmesinin söz konusu olduğu durumlarda, çocuğun yüksek yararı, esenliği ve özellikle çocukların, başvurucunun sınır dışı edileceği ülkede karşılaşacağı zorlukların ciddiyeti değerlendirilmekte; çocuğun yaşamakta olduğu ve gitmesinin söz konusu olacağı ülkedeki sosyal, kültürel bağlarının yanı sıra aile bağları da dikkate alınmaktadır⁴⁵. Diğer açıdan ise, başvurucunun sınır dışı edilmesi halinde, geride kalan çocuğun kaldığı ülkede karşılaşacağı zorluklar da değerlendirme konusu yapılmalı ve menfaat dengelemesinde bu nokta da hesaba katılmalıdır⁴⁶.

AİHM'in aile kavramı kapsamında genel olarak çekirdek aileyi öne çıkarması, aile hayatı yönünden önemli bir rol oynayabilecek nitelikteki akrabalık ilişkilerini göz ardı etme olasılığı doğurduğu için eleştirilmektedir⁴⁷. Ayrıca, sınır dışı etmenin aile hakkına saygı hakkını ihlal etmediği sonucuna varılsa dahi, "özel hayata saygı hakkını ihlal edip etmediğinin" de değerlendirme konusu yapılabilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir⁴⁸.

Kararı Üzerine Bazı Değerlendirmeler", Public and Private International Law Bulletin, Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan, (2020) 40(2) 1485.

⁴² *Pini ve Diğerleri/Romanya*, B. No: 78028/01 ve 78030/01, 22.6.2004, § 148.

⁴³ *Paradiso ve Campanelli/İtalya*, B. No: 25358/12, 24/1/2017, § 157.

⁴⁴ *Guide, 77; L./ Hollanda*, B. No: 45582/ 99, 01.06.2004, § 37.

⁴⁵ *Üner / Hollanda*, B. No: 46410/99, 18.10.2016, § 58; *Udeh / İsviçre* B. No: 12020/09, 16.4.2013 § 52.

⁴⁶ Gareth Davies, "The Family Rights of European Children: Expulsion of Non-European Parents", European University Institute Working Papers, RSCAS, 04 (2012)/, 10: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/20375/RSCAS_2012_04.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Erişim Tarihi: 16.01.2023)

⁴⁷ Detaylı analiz için bkz. Alan Desmond, "The Private Life of Family Matters: Curtailing Human Rights Protection for Migrants Under Article 8 of the ECHR", *The European Journal of International Law* (2018) 29 (1) 269. Aile hayatına ilişkin olarak somut olay nezdinde, daha esnek bir yaklaşımın benimsenebileceğine ilişkin doktrindeki görüşlerin analizi için bkz. Dardağan Kibar/Elçin/ Erşan Aydınlı (n 41)1486.

⁴⁸ Desmond (n 47) 278-279. Örneğin, *Slivenko/ Letonya* [BD], B. No: 48321/99, 9/10/2003 davasında aile hayatına saygı hakkı kapsamında değil; özel hayata saygı hakkı çerçevesinde değerlendirme yapılarak karara varılmıştır.

Aile yaşamının halihazırda mevcut olması gerekir⁴⁹. Ayrıca, eşlerin ikamet edecekleri ülkenin vatandaşı olmadıkları durumlarda, ikamet ülkesine yerleşmelerini kabul etme yönündeki bir yükümlülüğün, devletlerin kamusal makamlarına aile hayatına saygı hakkı (AİHS m. 8) kapsamında yükletilemeyeceği de AİHM tarafından kabul edilmektedir⁵⁰.

Anayasa Mahkemesi'nin de "aile" kavramını ve sınırlarını açıklarken AİHM ile içerik ve kapsam açısından genel olarak paralel nitelikte bir anlayışa sahip olduğu görülmektedir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi, 15.03.2022 tarihli kararında (A.A.A. Başvurusu, B. No: 2018/36516) aile hayatının, "gerçek, fiilen yakın ve kişisel bağların kurulmuş olduğu aile birlikteliklerini" içermesi gerektiğine; sınır dışı işleminin tesis edildiği tarihte yabancı kişinin bulunduğu ülkede bir özel ve/veya aile hayatının mevcut olup olmadığının ortaya konulması zorunluluğuna; sınır dışı etme ve ülkeye kabul ile ilgili başvurularda aile kavramının çekirdek aile olarak yani çiftler arasındaki ilişkiler ile ebeveyn ve küçük çocuklar arasındaki ilişkileri kapsayacak şekilde ele alınmasına vurgu yapmıştır. Somut olayda başvurucunun Suriye vatandaşı eşi ve küçük yaştaki çocuğu ile yaklaşık beş yıldır Türkiye'de yasal ikamet iznine sahip olarak birlikte yaşamasına bağlı olarak *mevcut aile hayatı* bulunduğu açık olduğu belirtilmiştir.

Kanımızca anne-baba ve çocuktan oluşan çekirdek aile dışında aradaki bağıllık ilişkisi dikkate alınarak ilişkilerin kapsamını genişletecek şekilde aile kavramını ele alma ihtiyacı ortaya çıkabilir. YUKK uyarınca da "Tanımlar" başlıklı 3(1)a bendinde aile üyelerinin tanımlandığı ve "Aile üyeleri: Başvuru sahibinin veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişinin eşini, ergin olmayan çocuğu ile bağımlı ergin çocuğunu" şeklinde bir tanıma yer verildiği görülmektedir. YUKK kapsamında her ne kadar aile açıkça tanımlanmamış da olsa aile üyeleri esas alınarak ebeveyn ve çocuk temelli, dar bir anlayış öne çıkmış gözükmektedir. Kanımızca, özellikle çocukların varlığı halinde, üstün yararları esas alınarak, anne ve baba dışındaki aile bireyleri de çocuk ile aralarındaki bakım, bağıllık ve duygusal ilişki göz önünde tutularak aile kavramı içinde değerlendirilebilmelidir ve gerekli hallerde daha esnek bir yorum yapılabilir.

Anayasa Mahkemesi, 22.2.2022 tarihli (Selçuk Karakaya Başvurusu B. No: 2018/29245) kararında ise başvurucu hakkında uygulanan yurda giriş yasağı sonucunda, aile hayatına saygı hakkına müdahale edilip edilmediğinin tespitinde, başvurucunun aile hayatı hakkında ayrıntılı bilgi sahibi olunmasının kritik önemde olduğunun açık olduğunu vurgulamıştır. Bu çerçevede, başvurucunun, ülkeye giriş

⁴⁹ European Court of Human Rights, Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights, Right to Respect for Private and Family Life, Home and Correspondence, 31.08.2022, s. 78: https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf (Erişim tarihi: 04.10.2022).

⁵⁰ Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık [BD], B. No: 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28/5/1985, § 68.



yaşağı nedeniyle ailesi ile bağlarının koparıldığını ileri sürmesi üzerine, Türkiye’de düzenli ve sürekli bir aile hayatına sahip olmadığı değerlendirilmiş olduğu için bu kişinin aile hayatına müdahalede bulunulmadığı sonucuna varılmıştır. Bu nedenle, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna hükmedilmiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi’nin Türkiye’de başvurucunun “düzenli ve sürekli bir aile hayatına” sahip olup olmadığına değerlendirilmiş olmasını bir ön koşul olarak aradığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesinin 17.11.2021 tarihli kararında (N.O. Başvurusu, 2018/36798) ise başvurucunun, “aile fertlerinin Türk vatandaşı olması, küçük yaşta Türkiye’ye gelmesi nedeniyle menşei ülkeyle bir bağının mevcut olmaması, Türkiye’de vefat eden babasının mezarının İstanbul’da bulunması, annesinin kanser tedavisi gördüğü” yönündeki iddiaları gözetildiğinde, söz konusu iddialar nezdinde değerlendirilme yapılması gerektiğini belirttiği görülmektedir. Kararda, aile ilişkilerinin ve bağının sorgulanması; ailenin, sınır dışı edilmek istenen bireye muhtaçlığı ve bağıllık durumunun tahlil edilmesi noktalarının önem kazandığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesinin 21.07.2020 tarihli kararında⁵¹ ise (Sherapat Yagmyrova, 2017/11905) başvuru kabul edilmez bulunmuştur: Başvurucu anne, 26 ve 27 yaşlarındaki iki kızının aile ilişkisine dayalı duygusal bağları aşacak şekilde desteğine ihtiyaç duyduklarını ve aralarında bir bağımlılık ilişkisi bulunduğunu ortaya koyacak bir kanıt sunmamıştır. Bu nedenle aile yaşamının bulunup bulunmadığına ilişkin olgular değerlendirilmemiştir.

II. HANGİ ANDAKİ AİLENİN ESAS ALINACAĞI

Bir yabancıdan ülkeden sınır dışı edilmesi yönünde karar alınmasının ardından fiilen ülkeden çıkarılmasına kadar belli bir süre geçebilecektir. Bu süre boyunca kişinin aile hayatında bazı değişiklikler söz konusu olabilir. Örneğin, evlenme, boşanma, bir çocuğun dünyaya gelmesi, evlat edinilmesi gibi durumlar ortaya çıkabilecektir. Bu doğrultuda, hangi andaki aile hayatının aile hayatına saygı çerçevesinde ele alınması gerektiği sorusu akla gelebilir: Aile hayatını tespit açısından sınır dışı edilme kararının verildiği an mı esas alınmalıdır, yoksa kesinleştiği ve uygulanabilir olduğu an dikkate alınarak bu anki aile hayatı mı göz önünde tutulmalıdır?

AİHM, bu soruya yanıt olarak aile hayatına müdahale oluşturan tedbirin/yaşağın kesinleştiği tarihi esas alarak; bu tarih itibarıyla mevcut bir aile hayatının olup olmadığını dikkate almaktadır⁵². Anayasa Mahkemesi de benzer şekilde aile hayatına müdahale oluşturan tedbirin- örneğin, sınır dışı kara-

⁵¹ Kararın aile hayatı ile ilişkili detaylı analizi için bkz. Dardağan Kibar/ Elçin/ Erşan Aydın (n 41)1484-1487.

⁵² Maslov/Avusturya [BD], B. No: 1638/03, 23/6/2008, § 61; Yıldız/Avusturya, B. No: 37295/97, 31/10/2002, § 34.

rını kesinleşme tarihini esas alarak, bu an itibariyle aile hayatının varlığını değerlendirmektedir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi'nin 15.3.2022 tarihli bir kararına (Gulnura Toktomambetova Başvurusu, B. No: 2018/29906) konu olayda 1977'de Kırgızistan'da doğan başvuru, Kırgızistan Cumhuriyeti vatandaşlarıdır. Başvurucunun 2006 yılında bir Türk vatandaşı ile gerçekleştirdiği evlilikten 2008 doğumlu bir çocuğu bulunmaktadır. Başvurucu, ailesiyle birlikte Türkiye'de yaşamaktadır. Başvurucunun çalışma izni olmadan çalıştığına tespit edilmesi nedeniyle hakkında sınır dışı etme ve terke davet kararı alınmıştır. Sınır dışı ve terke davet işleminin iptali için başvuru tarafından idare mahkemesinde dava açılmış ve dava reddedilmiştir. Kararın gerekçesinde, başvuru, çalışma izni olmadan belirtilen yerde çalıştığı gerekçesiyle hakkındaki sınır dışı kararında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Başvurucu, "aile hayatına saygı hakkı" kapsamında Türkiye'de evli olduğunu, eşiyile birlikte yaşadığını ve ilkokula giden Türk vatandaşı bir çocuğu olduğunu dayanak göstererek ailevi durumunun dikkate alınmasını ve vatandaşlık için gerekli şartları taşıdığını, izinsiz çalışmaya dayalı sınır dışı kararının iptal edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Öncelikle, başvuru, aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiasının kabul edilebilir olduğuna karar veren Anayasa Mahkemesi, çözüme kavuşturulması gereken ilk konunun **sınır dışı işleminin kesin, nihai ve icra edilebilir hâle geldiği tarihte yabancı kişinin bulunduğu ülkede özel ve/veya aile hayatının mevcut olup olmadığının ortaya konulması olduğunu**, Peri Kırık (B. No: 2015/19795, 9/1/2019) kararına da atıfta bulunarak ele almıştır. Bu çerçevede, başvuru, bir Türk vatandaşı ile evli olduğu, bu evliliğinden bir çocuğunun bulunduğunu belirterek başvuru, Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında yer alan bir aile hayatı olduğunun açık olduğundan hareketle eş ve çocuğu ile birlikte yaşadığı Türkiye'den sınır dışı ve terke davet işlemine karar verilmesinin, aile hayatına saygı hakkına müdahale teşkil ettiği sonucuna varılmıştır.

Anayasa Mahkemesi, 15.03.2022 tarihli kararında da (A.A.A. Başvurusu, B. No: 2018/36516) benzer şekilde aile hayatının gerçek, fiilen yakın ve kişisel bağların kurulmuş olduğu aile birlikteliklerini içermesi gerektiğine ve **sınır dışı işleminin tesis edildiği tarihte yabancı kişinin bulunduğu ülkede bir özel ve/veya aile hayatının mevcut olup olmadığının ortaya konulması zorunluluğuna** (Peri Kırık, B. No: 2015/19795, 9/1/2019, § 32) değinmiştir.

Yabancı hakkındaki sınır dışı edilme kararının kesinleştiği tarihte Türkiye'de bir ailesi olmayıp, kesinleşme tarihinden sonraki süreçte Türkiye'de örneğin bir Türk vatandaşı ile evlenmesi ya da Türk vatandaşı bir çocuğunun dünyaya gelmesi vb. halinde nasıl hareket edileceği de bir sorun olarak ortaya çıkabilir. Zira görülmektedir ki Anayasa Mahkemesi kararları uyarınca aile hayatının hangi anda var olduğuna ilişkin olarak "sınır dışı işleminin kesin,



nihai ve icra edilebilir” olduğu an esas alınmaktadır. Bu tür bir olasılıkta, yabancıнын idari makamlara yeniden başvurarak Türkiye’de aile hayatının ortaya çıktığını ortaya koyarak hakkındaki sınır dışı kararının aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiğini ileri sürmesi gerektiği kanısındayız. Bu talebinin idarece dikkate alınmaması üzerine sınır dışı edilmek istenen kişi, tekrar yargı yoluna başvurabilecektir.

III. AİLE HAYATINA SAYGI HAKKI VE KAMUSAL MENFAATLER ÇATIŞMASI

Ülkede ailesi bulunan yabancıнын bu ülkeden sınır dışı edilmesi olasılığında, genel kamu düzeninin, kamu sağlığının korunması, göç kontrolüne ilişkin kamusal menfaatler ile yabancıнын ülkedeki aile hayatına saygı hakkının korunması yönündeki bireysel menfaat çatışma içine girebilmektedir⁵³. Bu durumda, söz konusu menfaat çatışmasının çözülmesi ve dengelenmesi açısından nasıl hareket edilmesi gerektiği sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu noktada, sınır dışı etme kararındaki meşru amaç ile aile hayatına saygı hakkı arasındaki “denge esas alınmalı; müdahalenin orantısız oluşu önlenmelidir⁵⁴. Demokratik toplum gerekliliklerine uygunluk ve bu doğrultuda orantılılık kapsamında daha az bir müdahale ile de amaca ulaşıp ulaşılamayacağı sorgulanmalıdır⁵⁵. Zira ailenin önemi ve ailenin bir arada bulunması hem evrensel düzeyde uluslararası insan-cıl hukuk kapsamında hem de bölgesel olarak kabul görmektedir⁵⁶.

Aile hayatına saygı hakkı ve sınır dışı edilmenin altında yatan kamusal menfaatler dengelemesinde AİHM, “kanunilik, meşru amaç, demokratik toplum gerekliliklerine uygun olma ve orantılılık ilkelerini” göz önünde tutmaktadır⁵⁷. Müdahale, “milli güvenliğin korunması, kamusal güvenlik, ülkenin ekonomik refahı” amaçları gözetilerek “suçun önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın korunması ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” gerekliliğiyle ortaya çıkmış olmalıdır⁵⁸.

Bu çerçevede *Boultif* davasında sıralanan ve bu nedenle “*Boultif* ölçütleri” olarak adlandırılan ölçütler uyarınca öngörüyü ve orantılılığı sağlamak amacıyla, “başvurucunun sınır dışı edilmesine sebep olabilecek suçun niteliği ve ciddiyeti, başvurucunun ülkede kalış süresi, suçun işlenmesinden itibaren geç-

⁵³ Slivenko/Letonya [BD], B. No: 48321/99, 9/10/2003, § 94.

⁵⁴ Ergin Ergül, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme* (Yargı Yayınevi 2012) 308. Örneğin, Berrehab/ Hollanda (3/1987/126/177; 10730/84, 28.05.1988) davasında korunmak istenen kamusal menfaatler ve aile yaşamına saygı hakkı çerçevesindeki bireysel menfaatler arasında orantısızlık olduğuna hükmedilmiştir.

⁵⁵ Klaassen (n 40) 160.

⁵⁶ UNHCR, Summary Conclusions 604.

⁵⁷ Örneğin, Slivenko/Letonya [BD], B. No: 48321/99, 9/10/2003, § 99-129.

⁵⁸ Konu hakkında bkz. Klaassen (n 40) 160.

miş olan süre ve bu süre boyunca başvuruçunun gösterdiği tutum, ilgili kişilerin uyrukluğu, başvuruçunun ailevi durumu, başvuruçunun eşinin ilişkiye başladıkları sırada suçtan haberinin olup olmadığı, çocukların yaşı ve gitmelerinin söz konusu olduğu ülkede eşin karşılaşılabileceği zorlukların derecesi” dikkate alınabilmektedir⁵⁹. Üner/ Hollanda davasında⁶⁰ ise bu kriterlere ek olarak çocukların menfaati ve refahı ile gidecekleri devlette karşılaşıacakları zorluklar ile ev sahibi ülke ve gidecekleri ülke ile sosyal, kültürel ve ailesel bağlarının sıklığı da göz önünde bulundurulmuştur⁶¹. Üner davasında da görüldüğü üzere çocuklara ilişkin olarak özellikle çocuğun yaşı, ailevi bağlarının yoğunluğu ve ev sahibi ve gitmesi olası ülkedeki bağları dikkate alınmaktadır⁶². Üner davasında eklenen ölçütlere öncelikle, ebeveynin işlediği suç nedeniyle sınır dışı edildiği durumlarda başvurulduğu görülmekle birlikte, daha sonraki süreçte cezai nitelikte olmayan örneğin, göç düzenlemelerinin ihlali sonucu sınır dışı edilme hallerinde de başvurulduğu görülmüştür⁶³.

Boultif kriterleri, başvuruçunun aile yaşamının varlığının sorgulanmasını esas almaktan ziyade, daha çok başvuruçunun ülkeye entegrasyonunu irdelemeye yönelik bir içeriğe sahip olduğu iddiasıyla eleştirilmektedir⁶⁴. Entegrasyonu sorgulamaya yönelik yapısıyla *Boultif* kriterlerinin, AİHS 8. madde kapsamında “aile yaşamına saygı” çerçevesinde değil de “özel yaşama saygı” hakkı kapsamında değerlendirme yapmaya daha uygun düştüğü ileri sürülmektedir⁶⁵. Bu doğrultuda her ne kadar AİHS 8. madde uyarınca “aile yaşamı” da “özel yaşam” da eşit düzeyde koruma altında olsa da nitelendirmenin doğru

⁵⁹ Boultif/İsviçre, B. No:54273/00, 02.08.2001, § 48.

⁶⁰ Üner/Hollanda, B. No: 46410/99, 18/10/2006, § 57-58 Ayrıca, A.A./Birleşik Krallık B. No: 8000/08, 20.09.2011, § 63, 68 davasında AİHM, sınır dışı etmenin, suçü önleme amacına hizmet etmesinden söz etmiş; suçün işlendiği andan itibaren geçen süre ile failin daha sonraki tutumunun önemi üzerinde durmuştur. Bu çerçevede, failin yeni suçlar işlememesinin ve kendini rehabilite etme yönünde çaba göstererek topluma uyum sağlamaya çalışmasının da belirleyici olabileceğine dikkat çekmiştir. Failin tekrar suç işleme olasılığının düşük olduğu durumlarda idarenin sınır dışı etme kararlarını çok daha sağlam gerekçelerle desteklemeleri gerekliliğini vurgulamıştır.

⁶¹ Konu hakkında bkz. Klaassen (n 40) 160.

⁶² Mathieu Leloup, “The Principle of the Best Interests of the Child in the Expulsion Case Law of the European Court of Human Rights: Procedural Rationality as a Remedy for Inconsistency” (2019) 37(1) Netherlands Quarterly of Human Rights, 54.

⁶³ Leloup (n 61) 54.

⁶⁴ Georgios Milios, “The Immigrants’ and Refugees’ Right to ‘Family Life’ (2018) 25(3) International Journal on Minority and Group Rights, 427. *Boultif* kriterlerinin esas alındığı Onur/ Birleşik Krallık B. No: 27319/07- 17.02.2009 davasında “ailenin Türkiye’de yeni bir yaşam kurabilmesinin mümkün olması, başvuruçunun eşinin Türkiye’de yaşayabilecek oluşu, çocukların yeni bir yaşama uyum sağlayacak yaşta olmaları, vatandaşlığın mevcudiyetinden hareketle istedikleri zaman ülkedeki yakınlarını ziyaret edebilecek durumda olmaları” göz önünde bulundurularak kamusal menfaatler ile aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde orantılılık değerlendirilmesi yapılmış ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmediğine hükmedilmiştir.

⁶⁵ Milios (n 63) 427.



yapılmasının önemine de değinilmektedir⁶⁶. Diğer yandan, aile yaşamının varlığını sorgulamada ülkede belli bir sürenin geçirilmiş olmasının önemi olmadığı; buna karşın özel yaşama saygı hakkı çerçevesinde ülkeye belli bir süre boyunca entegre olmuş olmanın arandığı da belirtilmektedir⁶⁷. Aile yaşamına saygı hakkı kapsamındaki değerlendirmede ise “evliliğin süresi, çift arasında gerçek bir aile bağının var olup olmadığı, çocukların varlığı, yaşları, çocukların yüksek menfaatleri ile refahları” gibi ölçütlerin esas alınmasına yoğunlaşılması gerektiği vurgulanmaktadır⁶⁸.

Palancı/ İsviçre⁶⁹ davasında ise “başvurucunun çocukluğunu Türkiye’de geçirmiş olması, dolayısıyla kültürel ve ailesel bağlarının mevcut oluşu, ailenin Türkiye’ye gidebilecek durumda oluşu, çocukların Türkiye’ye uyum sağlayacak yaşta olmaları ve Türkçe bilmeleri” gibi *Boultif* davasındaki ölçütlerin yanı sıra “başvurucunun artan borçları, bunları ödeyememesi ve ailesinin nafakasını aksatması” gibi mali nitelikli durumu da değerlendirme konusu yapılmıştır. Anılan karar, *Boultif* ölçütlerine ek olarak başvurucunun mali durumunun da inceleme konusu yapılarak yapılamayacağı, bu durumda aile kavramına dayalı bir analizden daha da uzaklaşabileceği yönünde eleştirilmiştir⁷⁰.

Ndidi/ Birleşik Krallık davasında⁷¹ AİHM, başvurucunu uzun süre ve giderek artan şekilde suç işlemeye devam ettiğini, 2006 tarihinde bakanlık tarafından yapılan uyarıya rağmen eylemlerini sürdürdüğünü, ergin olmasından sonra da eylemlerinden vazgeçmediğini göz önünde bulundurarak hakkında verilmiş olan sınır dışı kararının, AİHS’nin 8. maddesini ihlal etmediğine hükmetmiştir. Kararın karşı oyunda ise, başvurucunun, son suç işleme tarihinden itibaren 10 yıl gibi uzun bir süre boyunca herhangi bir suç işlememiş olmasının göz ardı edildiği belirtilmiştir. Bu sürede başvurucunun kendisini rehabilite etme konusunda ciddi çaba gösterdiği ve topluma tekrar uyum sağlamaya çalıştığı ifade edilerek; başvurucunun toplum için bir risk teşkil edip etmediğini değerlendirirken tüm bu etkenlerin göz önünde bulundurulması gerektiği vurgulanmıştır. Bu ölçütlerden hareketle, kanımızca değerlendirmede geçmişte işlenmiş olan suçun niteliği, ağırlığı, üzerinden ne kadar sürenin geçmiş olduğu, failin kamusal makamlarca kendisine yapılan uyarılara riayeti, failin iyileşme isteği ile suçun işlenmesinden sonra gösterdiği tutumun yanı sıra geleceğe yönelik olarak da toplum bakımından teşkil ettiği riskin ağırlığı; tekrar benzer ve aynı suçları işleyip işlemeyeceği gibi noktaların göz önünde tutulabileceği söylenebilir. Bir başka deyişle, hem suçun işlenme zamanı ve sonrası göz önünde tutularak

⁶⁶ Milios (n 63)411.

⁶⁷ Milios (n 63) 411.

⁶⁸ Milios (n 63) 427.

⁶⁹ Palancı/ İsviçre, B. No: 2607/08- 25.03.2014.

⁷⁰ Milios (n 63) 428.

⁷¹ Ndidi/ Birleşik Krallık, B. No: 41215/14, 14.09.2017.

geçmişe; hem de olası tekrarı ve tekrarlanması halinde topluma vereceği zarar dikkate alınarak geleceğe yönelik etkisi değerlendirme konusu yapılmalıdır. Bir eşin sınır dışı edilmesi üzerine diğer eşin de sınır dışı edilen ülkeye gitmesi durumunda gittiği ülkede çekebileceği olası güçlükler de AİHM tarafından dikkate alınabilmektedir⁷².

Anayasa Mahkemesi de AİHM ile benzer menfaatleri göz önünde tutmakta; bu çerçevede, sınır dışı edilmekle korunmak istenen kamusal menfaatler ile aile hayatına saygı hakkının korunması arasındaki dengeden söz etmekte; yarışan menfaatler arasında denge kurmaya dikkat etmektedir: Örneğin, Anayasa Mahkemesi 22.2.2022 tarihli (Selçuk Karakaya Başvurusu B. No: 2018/29245) kararında, başvurunun ülkeye girişinin yasaklanması bağlamında gözetilen kamusal menfaatler ile aile hayatının korunmasındaki bireysel menfaatler arasında adil bir dengenin sağlanmasından söz etmektedir.

Ayrıca söz konusu dengenin varlığını sorgularken “*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*” başlıklı Anayasa’nın 13. maddesi kapsamında değerlendirme yapan Anayasa Mahkemesi örneğin, 15.3.2022 tarihli bir kararında (Gül-nura Toktomambetova Başvurusu, B. No: 2018/29906) “müdahalenin kanuni dayanağının ve meşru bir amacının olup olmadığı, demokratik toplum gereklerine ve ölçülülük ilkelerine uygun olup olmadığı konularının” tartışılması gerektiğini belirterek aynı ölçütler dahilinde değerlendirme yapan AİHM ile paralel bir anlayış benimsemiştir. Kanunilik kapsamında başvurunun sınır dışı edilmesine ilişkin uygulamanın, 6458 sayılı Kanun hükümlerine dayandığı görülmüştür. Bu kapsamda başvurunun aile hayatına yönelik müdahalenin kanuni bir temelini olduğu ve 6458 sayılı Kanun’un ilgili hükümlerinin kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır. Meşru amaç kapsamında, çalışma izni olmadan çalıştığı dikkate alınarak başvurunun sınır dışı edilmesinde, *kamu düzeninin korunması, ülkenin ekonomik refahı, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması* amaçlarının gözetildiğine ve başvuruya konu müdahalenin meşru bir amaç taşıdığına hükmedilmiştir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri kapsamında ise, *ilgili hak yönünden getirilen sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmasını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendisini göstermesi* gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca Anayasa’nın 13. maddesinde “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “ölçülülük” kriterleri iki ayrı ölçüt olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki ölçüt arasında ayrılmaz bir ilişki olduğu ifade edilmiştir. Ölçülülük ilkesinin, *sınırlama için kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye uygun olmasını ifade eden elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşmak bakımından zorunlu olmasına işaret eden gereklilik ve araçla amacın orantısız bir ölçü içinde bulunmaması ile sınırlamanın ölçüsüz*

⁷² Boultif/İsviçre, B. No:54273/00, 02.08.2001, § 48; Üner/Hollanda, B. No: 46410/99, 18/10/2006, § 62-66.



bir yükümlülük getirmemesi anlamına gelen orantılılık unsurlarını içermesi gerektiği ele alınmıştır. Bu çerçevede, söz konusu ölçütler dikkate alınarak, “bireyden beklenen fedakârlık” ile “müdahalenin özünde yatan meşru amaç” arasında adil bir dengelemeye gidilmesi noktasının altı çizilmiştir.

Devletlerin, ülkelerindeki yabancıları sınır dışı etme konusunda geniş takdir yetkileri bulunmasına karşın, sınır dışı edilen yabancıların ülkede güçlü ailevi bağlara sahip olduğu durumlarda “aile hayatı” ile “sınır dışı işleminin uygulanması bağlamında gözetilen kamusal menfaat” arasında adil bir denge kurulması gerektiği hatırlatılmıştır.

Sonuç olarak, mahkeme kararında *kamu düzeninin korunması, ülkenin ekonomik refahı, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması hususlarındaki kamusal menfaat ile başvurucunun aile hayatına saygı hakkı arasında bir dengeleme yapılmamış olmasının yanı sıra somut olay özelinde çatışan menfaatler dikkate alındığında başvurucunun sınır dışı edilmesinin “orantısız” olduğu sonucuna varılmıştır.* Bu gerekçelerle de Anayasa’nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin 16.12.2020 tarihli (A. G. Başvurusu, 2018/6143) kararında da kamusal menfaatler ile başvurucunun aile hayatına saygı hakkı arasındaki adil dengeden söz edildiği görülmektedir: Karara konu olayda başvurucunun eşi ile küçük yaşlardaki dört çocuğu 2014 yılında Türk vatandaşlığına geçmiştir. Buna rağmen İdare Mahkemesince kararında işlemin başvurucunun aile hayatı üzerinde doğuracağı etkiler bakımından bir inceleme ve dengelemenin yapılmamış olduğu; başvurucunun belirtilen husustaki talep ve itirazlarının karşılanmadığı tespit edilmiştir. Başvurucunun aile hayatına saygı hakkı ile ilgili hiçbir gerekçeye yer verilmemiş olmasından hareketle, yurda giriş yasağı ile ilgili idari ve yargısal süreçte kararlarda yer verilen gerekçelerin aile hayatına saygı hakkı bağlamında yeterli olmadığı görülmüştür. Sonuç olarak da kamu düzeni ve güvenliğinin korunması hususundaki kamusal menfaat ile başvurucunun aile hayatına saygı hakkı arasında bir dengeleme yapılmamış olduğu ve kararlarda yer verilen unsurların da bu dengelemeye imkân verecek ayrıntı ve açıklıkta olmadığına hükmedilmiştir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesince, Anayasa’nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 09.01.2019 tarihli (Peri Kırık Başvurusu, B. No: 2015/19795) ve farklı yönde sonuca ulaşan bir kararında ise kamusal menfaatler ve bireysel menfaatler nezdinde değerlendirme yapılmasının ardından müdahalenin ölçülü olduğuna kanaat edilmiştir. Dolayısıyla menfaat dengelemesinin ardından müdahalenin yeterli bir temele sahip olduğu ve orantısızlık içermediği sonucuna varılmıştır. Söz konusu karara konu olayda başvurucunun, yıllardır Türkiye’de yaşadığını ve Türkiye’de kurulu düzeninin bulunduğunu ileri sürdüğü görülmektedir. Başvurucu, ayrıca kızının boşanma sürecinde ol-

masından dolayı kendisiyle birlikte yaşadığını, kızının eşinden şiddet görmesi nedeniyle maddi ve manevi olarak desteğine ihtiyaç duyduğunu ve geçim masraflarını kendisinin karşıladığını iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesince, başvurunun kızıyla olan bağının, Anayasa'nın 20. maddesi uyarınca *mevcut aile hayatı* kapsamında değerlendirilebileceği kanaatine varılmıştır. Ancak, başvurunun Türkiye'ye yasal giriş hükümlerini ihlal etmesi, hakkında giriş yasağı bulunmasına rağmen Türkiye'ye geldiğinin tespit edilmesi, dolayısıyla konuya ilişkin yasal düzenlemeleri ısrarlı şekilde ihlal etmesi sebebiyle sınır dışı edilmiş olması, hakkındaki isnadın ağırlığı ve önemi dikkate alınarak "kamu düzeninin korunması" amacının daha ağır bastığına hükmedilmiştir. Ayrıca, sınır dışı edilecek ülke olan Azerbaycan'da başvurunun ve ailesinin birlikte yaşamasının önünde çok ciddi engeller bulunduğunun kanıtlanamamış olması da dikkate alındığında gözetilen meşru amaç karşısında aile hayatına saygı hakkına yapılan müdahalenin yeterli bir temele sahip olduğu, keyfilik içermediği, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bulunmadığı ve ölçülü olduğu sonucuna varılmıştır. Peri Kırık davasında aile bireyleri arasındaki bağın, örneğin AİHM'in Senchishak/ Finland kararına kıyasla daha esnek bir şekilde ele alındığına işaret edilmektedir⁷³.

Sonuç olarak, hem AİHM hem Anayasa Mahkemesi'nin sınır dışı etme işleminin aile hayatına etkisi noktasında doğrudan kamusal menfaatlere üstünlük tanıyarak öncelik vermediğini, orantılılık gereğince bireysel menfaatleri de öne çıkarabildiği görülmektedir. Bu noktada, özellikle bir çocuğun varlığının ve sınır dışı edilecek yabancından ayrılmasının söz konusu olduğu durumlarda, çocuğun üstün yararı ve bağlılık ile muhtaçlık durumu, hangi ülkede yaşamasının yararına olduğu vb. koşullar göz önünde bulundurularak, menfaat dengelemesine gidilmesi gerektiği kanısındayız. Çocuğun üstün yararı karşısındaki sınır dışı edilme kararının altında yatan kamusal menfaat, ancak vazgeçilemez ve ödün verilemez nitelikte, toplumun geneline yoğunlaşmış bir menfaat ise ağır basmalıdır. Örneğin, toplum açısından ciddi tehdit teşkil eden bir suçun işlenmesi, suçun tekrarlanması olasılığının yüksek oluşu gibi koşullar mevcut olmalıdır. Ancak bu tür ciddi bir tehdit karşısında, menfaat dengelemesinde kamusal menfaatler, çocuğun üstün yararına baskın gelmeli; aksi halde ise çocuğun yararı öne çıkarılmadık, görüşünderiz.

IV. YETKİLİ MAKAMLARIN VE MAHKEMELERİN DETAYLI DENETİMİ

AİHM, devletlerin yetkili makamlarının, göç alanında devletin sahip olduğu takdir hakkı ve AİHS m. 8 kapsamında aile hayatına saygı hakkı arasında detaylı bir analiz yaparak, dengeyi kurmalarını gerektiğinin altını çizmek-

⁷³ Dardağan Kibar/ Elçin/Erşan Aydınlı (n 41) 1487.



tedir. AİHM, tatminkâr gerekçelerin mevcut olmadığı; sınır dışı etme kararı verilirken orantılılık ilkesinin, yerel makamlarca yüzeysel olarak değerlendirildiği durumlarda, Sözleşme'nin 8. maddesine aykırılık durumunun ortaya çıkabildiğine hükmedebilmektedir⁷⁴.

Benzer yaklaşım ve sınır dışı edilme kararının uygulanması durumunda, başvurunun Türkiye'de aile hayatının varlığına bağlı olarak ileri sürdüğü gerekçelerin yeterince araştırılması ve mahkemelerce verilen kararların gerekçeye bağlaması zorunluluğu, Anayasa Mahkemesi nezdinde de karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, Anayasa Mahkemesi'nin 16.03.2022 tarihli kararına (Aisulu Aldenova Başvurusu, B. No: 2018/10055) konu olay şöyle gelişmiştir: İstanbul'da bulunan bir restoranda yapılan denetimde başvurunun izinsiz çalıştığına yönelik tutanak tutulmuştur. İstanbul Valiliği İl Göç İdaresi Müdürlüğü tarafından başvurunun çalışma izni olmadan çalıştığı tespit edildiğinden bahisle sınır dışı edilmesine ve otuz gün içinde Türkiye'yi terke davet edilerek kendisine çıkış izin belgesi düzenlenmesine karar verilmiştir. Karara karşı İstanbul İdare Mahkemesinde dava açılmış ve Mahkeme, başvurunun kollukta alınan ifadesinde yer alan restorana eğlenmeye gittiğine ilişkin beyanına itibar edilmediği vurgulanarak anılan işyerinin mesul müdürünün başvurunun çalıştığı beyan etmesi ve çalışma belgelerini sunmaması nedeniyle başvurunun izinsiz çalıştığı hususunun sabit olduğunu belirtmiştir. Diğer yandan, başvuru hakkında Kazakistan Cumhuriyeti Almatı Adliye Komitesi tarafından 16/6/2017 tarihli, apostil onaylı evlenme ehliyet belgesi düzenlenmiştir. 13/3/2018 tarihinde ise başvurunun Türk vatandaşı E.Ü. ile olan evlilik dışı birlikteliğinden bir bebek dünyaya gelmiştir. Doğumun gerçekleştiği Özel G. Hastanesince düzenlenen aşı kartında bebeğin baba adı olarak Türk vatandaşı E.Ü.'nün ismi, irtibat numarası olarak da E.Ü.'nün taraf olduğu kira sözleşmesinde yer alan cep telefonu numarası yer almaktadır. Ayrıca, bebeğin, Türkiye Cumhuriyeti kimlik kartında baba adı olarak E.Ü.'nün ismi bulunmaktadır.

Başvuru, Türkiye'de yaşadığını, Türk vatandaşı E.Ü. ile nişanlı olduğunu ve bu birliktelikten bebeklerinin dünyaya geldiğini, ülkesine geri gönderilmesi hâlinde ailesi ve toplum tarafından dışlanacağını belirterek aile hayatına saygı hakkının, kötü muamele yasağının ve yaşam hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi, öncelikle, başvurunun sınır dışı işleminin tesis edildiği tarihte yabancı kişinin bulunduğu ülkede bir özel ve/veya aile hayatının mevcut olduğunu belirtmiştir. Ardından, Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca "kanunilik, meşru amaç ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ve ölçülülük" kapsamında değerlendirme yapmıştır.

13/3/2018 tarihinde doğan bebeğin, idari işlemin tesis edildiği ve bu işleme dair yargılamanın devam ettiği süreçte henüz dünyaya gelmemiş olduğunu; başvurunun sınır dışı edilmesi hâlinde nişanlısı olduğunu belirttiği E.Ü. ile olan

⁷⁴ Örneğin, I.M./İsviçre, B. No: 23887/16, 9/4/2019.

birlikteliğinin, evlenme niyetlerinin ve aile birliğinin ortadan kalkacağını vurgulamıştır. Nitekim Kazakistan Cumhuriyeti'nin ilgili makamınca başvuru hakkında düzenlenmiş 16/6/2017 tarihli evlenme ehliyet belgesinin de başvuru tarafından bireysel başvuru dosyasında sunulmuş olduğunu belirtmiştir.

İdare Mahkemesi kararında başvurunun sınır dışı edilme kararına yönelik olarak aile hayatına saygı hakkı kapsamındaki iddiaları tartışılmaksızın başvurunun çalışma izni olmadan çalıştığı hususunun sabit olduğundan bahisle davanın reddine karar verilmiştir.

Ancak Anayasa Mahkemesince, idari işlemin, başvurunun aile hayatı üzerinde doğuracağı etkiler bakımından bir inceleme ve dengelemenin İdare Mahkemesi tarafından yapılmadığı; başvurunun sınır dışı edilmesi ile ilgili idari ve yargısal süreçte ortaya konulan kararların gerekçelerinin aile hayatına saygı hakkı bağlamında yeterli olmadığı belirtilmiştir. Ayrıca, kamu düzeninin korunması hususundaki kamusal menfaat ile başvurunun aile hayatına saygı hakkı arasında bir dengeleme yapılmamış olduğu da belirtilerek Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Benzer şekilde, Anayasa Mahkemesi'nin, 15.03.2022 tarihli kararında da (A.A.A. Başvurusu, B. No: 2018/36516) yabancı başvurunun sınır dışı edilmesi ve aile hayatına saygı hakkına etki kapsamında, somut olayda başvurunun Suriye vatandaşı eşi ve küçük yaştaki çocuğu ile yaklaşık beş yıldır Türkiye'de yasal ikamet iznine sahip olarak birlikte yaşamasına bağlı olarak *mevcut aile hayatı* bulunduğu açık olduğu belirtilmiştir. Ancak derece mahkemelelerinin kararlarında başvurunun eşinin ve çocuğunun geçici koruma belgesi ile Türkiye'de olduğu belirtilmesine rağmen Dairenin kararında işlemin başvurunun aile hayatı üzerinde doğuracağı etkiler bakımından bir incelemenin ve dengelemenin yapılmamış olduğu, başvurunun belirtilen husustaki talep ve itirazlarının karşılanmadığı, aile hayatına saygı hakkı ile ilgili hiçbir gerekçeye yer verilmediği anlaşıldığı belirtilerek Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir⁷⁵.

Son olarak, Anayasa Mahkemesinin 19.10.2021 tarihli kararında (K.A. Başvurusu, B. No: 2017/38596) başvurunun, kardeşi, eşi ve çocuklarıyla birlikte yaklaşık on dört yıldır Türkiye'de yaşaması; kız kardeşiyle ticaretle uğraşması; ülkesi-

⁷⁵ Benzer şekilde Anayasa Mahkemesinin 17.11.2021 tarihli kararında (N.O. Başvurusu, 2018/36798) idare mahkemesi tarafından idari işlemin başvurunun aile hayatı üzerinde doğuracağı etkiler bakımından bir inceleme ve dengelemenin yapılmamış olduğu, aile hayatına saygı hakkı ile ilgili hiçbir gerekçeye yer verilmediğinin anlaşılmasından hareketle yurda giriş yasağı ile ilgili idari ve yargısal süreçte ortaya konulan kararların gerekçelerinin aile hayatına saygı hakkı bağlamında yeterli olmadığı, kamu düzeni ve güvenliğinin korunması hususundaki kamusal menfaat ile başvurunun aile hayatına saygı hakkı arasında bir dengeleme yapılmadığı gibi kararlarda yer verilen unsurların da bu dengelemeye imkân verecek ayrıntı ve açıklıkta olmadığı sonucuna varılmıştır. Tüm bu gerekçelerle Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.



ne dönmeyişinin aile üyeleri ve kendisi yönünden “maddi ve manevi bütünlüklerine” ilişkin ciddi tehlikeler barındırması iddialarına karşın mahkemenin, idari işlemin başvurusunun aile hayatı üzerinde doğuracağı etkiler ile menşee ülkede var olduğu iddia edilen risklere ilişkin araştırma ve değerlendirme yapmadan karar vermiş olduğu ve yargılama bir bütün hâlinde değerlendirildiğinde yargısal süreçteki kararların gerekçelerinin aile hayatına saygı hakkı bağlamında yeterli olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesince, Anayasa’nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Kararlarda görüldüğü üzere, başvurusunun sınır dışı edilmek istendiği ülkedeki aile hayatının varlığına yönelik itirazının detaylı bir şekilde sorgulanması ve sınır dışı etme kararının, başvurusunun aile hayatını nasıl etkileyeceğinin analiz edilmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

V. BAŞVURUCUNUN SINIR DIŞI EDİLECEĞİ ÜLKEYE AİLESİNİ GÖTÜREBİLMESİ OLASILIĞI

AİHM’in sınır dışı edilecek kişinin ailesi ile birlikte başka bir ülkeye gidecek orada yaşamını sürdürmesi mümkün ise aile yaşamının bozulduğundan söz edilemeyeceğini ele alan kararları mevcuttur⁷⁶.

Benzer şekilde Anayasa Mahkemesinin de sınır dışı edilme kararının aile hayatına etkisini değerlendirirken, yabancının sınır dışı edileceği ülkeye ailesini götürebilme ve bu ülkede ailesiyle birlikte yaşayabilmesine engel bir durumun olup olmadığını dikkate alabildiği görülmektedir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi’nin, başvurusunun ailesiyle sınır dışı edileceği ülkeye dönüp dönemeyeceği konusunu da irdelediği 31.03.2022 tarihli kararında (D.A. Başvurusu, B. No: 2019/5336) başvuru, sınır dışı edilme kararı nedeniyle kötü muamele yasağı ile aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği dayanak gösterilerek yapılmıştır. Başvurucu, diğer sebeplerin yanı sıra sınır dışı edilmesi halinde, Türkiye’de yaşayan ailesinden ayrılmak zorunda kalacağını ve bu nedenle aile bütünlüğünün bozulacağını belirterek aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini öne sürmüştür.

Ancak Anayasa Mahkemesi başvurusunun, ailesinden neden ayrılmak zorunda kalacağını, Türkiye’deki aile fertlerinin ülkelerine neden geri dönemeyecekleri konusunu “inandırıcı bir izahla” ortaya koyamadığını belirtmiştir. Bu sonuca ulaşırken öncelikle başvurusunun çifte vatandaşlığı da dikkate alınarak Suriye’de güvenli bölgelerin oluşundan; Lübnan’da ise Hristiyanların güvenliğini tehdit edecek bir riskin bulunduğu dair bir tespitin olmayışından yola çıkmıştır. Ayrıca başvurusunun ailesinin uluslararası koruma başvurusunun reddi de göz önünde bulundurulduğunda, aile bütünlüğünün ne sebeple bozulacağı noktasının cevapsız kaldığına ve sonuç olarak aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

⁷⁶ Ekşi (n 2) 108-109.

Söz konusu karar bakımından Anayasa Mahkemesinin, sınır dışı edilmek istenen yabancının ailesinin “ülkelerine geri dönebilecek durumda olması” noktasını esas alarak hareket ettiği görülmektedir. Ailenin ülkeye dönebilmesinin mümkün olması karşısında aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmediğine kanaat edilmiştir.

Benzer şekilde, Anayasa Mahkemesi’nin 30.09.2020 tarihli bir başka (Majid Momtaz Başvurusu, 2017/24261) kararına konu olayda başvuru; başarılı bir iş yaşamı olduğunu, İran’da saygın bir aileye mensup olduğunu, uzun yıllardır Türkiye’de yaşadığını, Türk vatandaşıyla evli olup iki çocuğu bulunduğunu, çocuklarından birinin üniversitede, diğerinin ise lisede öğrenim gördüğünü, sınır dışı edilerek İran’a gönderilmesi hâlinde eşi ve çocuklarıyla bağının kopacağını, aile bütünlüğünün bozulacağını belirtmiştir. Başvurucu, bu nedenlerle özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesince başvuru konusu müdahalenin kamu düzeninin korunması meşru amacına dayandığının açık olduğu belirtilmiştir. Ayrıca devletin kamu düzenini korumak üzere yabancıların ülkeye girişini ve ikamet etmesini denetleme ve ülkede hukuka uygun şekilde bulunmayan yabancılarla ilgili tedbirler alma konusundaki takdir yetkisinin daha geniş olduğu vurgulanmıştır.

Anayasa Mahkemesince, bireysel başvuru formunda başvurunun, eşi hakkında hiçbir bilgi vermemiş olduğunu; İran’da saygın bir aileye mensup olduğunu belirttiğinin; ailesi ile İran’a veya başka ülkeye gitmelerinde ve aile hayatlarını orada sürdürmelerinde ciddi engeller bulunduğuna dair somut bilgi ve bulgulara dayalı hiçbir açıklama yapmamış olduğunun altı çizilmiştir. Sınır dışı edileceği ülkeye ailesinin de başvuruyla birlikte gitmeyi tercih etmesi durumunda bazı zorluklarla karşılaşılması mümkün olsa da bu olgunun tek başına sınır dışı edilme-ye engel oluşturmayacağı açık olduğu belirtilmiştir.

Bu durumda başvurunun eylemlerinin kamu düzeni ve güvenliği açısından tehlike oluşturduğunun tespit edilmesi nedeniyle -isnadın ağırlığı ve önemi, ayrıca sınır dışı edilecek ülke olan İran’da başvurunun ve ailesinin birlikte yaşamalarının önünde çok ciddi engeller bulunduğunun kanıtlanmadığı da dikkate alındığında- gözetilen meşru amaç karşısında aile hayatına saygı hakkına yapılan müdahalenin yeterli bir temele sahip olduğu, keyfilik içermediği anlaşılmış; müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır. Anayasa Mahkemesince tüm bu gerekçelerle Anayasa’nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

İlgili kararları da göz önünde bulundurulduğunda Anayasa Mahkemesi’nin yabancının sınır dışı edileceği ülkeye, Türkiye’de bulunan ailesini de götürebilme olasılığını değerlendirdiği görülmektedir. Ayrıca ailenin, sınır dışı edilecekleri ülkede belli bir ölçüde zorluk yaşamalarını da olağan karşılandığının altı çizilmelidir. Buna karşın, ailenin gidecekleri ülkede olağan dışı zorluklarla karşılaşabilecek durumda olmaları durumunda, özellikle AİHM kararları da dikkate alındığında çocukların varlığı halinde, çocuğun üstün menfaati de dikkate alınarak olağan dışı



uyumsuzluk sorunları yaşayabilmesi olasılığında bireysel menfaatlerin öne çıkacağı kanısındayız. Bu durumda menfaat dengelemesinde kamusal menfaatler karşısında bireysel menfaatler ağır basabilecek ve sınır dışı edilmenin, aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiğine hükmedilebilecektir.

SONUÇ

Devletlerin kamu güvenliğini, kamu düzenini, kamu sağlığını tehdit eden bir yabancıyı ülkelerinden sınır dışı edebilmeleri uluslararası hukukta genel olarak kabul görmektedir. Bununla birlikte, sınır dışı edilme halinde söz konusu kamusal menfaatler ile bireysel bazı menfaatler çatışma haline girebilir. Söz konusu bireysel menfaatlerin başında, yabancının sınır dışı edilmek istendiği ülkede ailesinin olmasına bağlı olarak, aile hayatına saygı hakkının korunması gelmektedir. Bu durumda, yabancının sınır dışı edilmesi yoluyla korunması amaçlanan kamusal menfaatler ile aile hakkına saygı göz önünde tutularak bireysel menfaatler arasında adil bir denge kurma ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bu dengeleme sonucunda hangi menfaatin üstün tutulması gerektiğine karar verilecektir.

Çalışmada, belirtilen menfaat dengelemesinde, AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararları temelinde şu genel sonuçlara ulaşılmıştır: AİHM, aileyi genel olarak ebeveyn ve çocuklardan oluşan çekirdek aileyi kapsayacak şekilde ele almaktadır. Bununla birlikte, aralarındaki sıkı ilişkiye bağlı olarak büyükanne-büyükbaba ile torun arasındaki ilişkiler ile olağan duygusal bağların ötesinde bir bağ mevcutsa üçüncü derece ve sonrası aile ilişkileri de kapsam dahilinde olabilmektedir. Kanımızca da çekirdek aile dışında aradaki bağlılık ilişkisi dikkate alınarak ilişkilerin kapsamını genişletecek şekilde aile kavramını ele alma ihtiyacı ortaya çıkabilir. Henüz ayrı bir aile kurmamış olan genç yetişkin çocuklar ile gerçek bir evlat edinme ilişkisine dayalı çocuklar da aile kavramı içindedir. Çocuk ve ebeveyn arasındaki ilişkileri değerlendirirken AİHM'in, "çocukla ebeveynler arasında biyolojik bağın yokluğuna, çocukla ilişkinin kısa bir süreye dayalı olmasına, çocukla ilişkinin hukuki açıdan tanımlanmamış olmasına, ebeveynsel bir planlamanın olmayışına ve nitelikli duygusal bağın var olmamasına" dayalı olarak fiili bir aile bağının varlığının kabul edilemeyeceğine hükmettiği görülmektedir. AİHM, ailenin varlığı için salt *de facto* aile bağlarını da yeterli görebilmekte ve resmi bir evliliğin varlığını şart koşmamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin de "aile" kavramını ve sınırlarını açıklarken AİHM ile içerik ve kapsam açısından genel olarak paralel nitelikte bir anlayışa sahip olduğu görülmektedir. Anayasa Mahkemesi de ailenin varlığı için "gerçek, fiilen yakın ve kişisel bağların kurulmuş olmasını" aramakta; sınır dışı işleminin tesis edildiği tarihte yabancı kişinin bulunduğu ülkede özel ve/veya aile hayatının mevcut olup olmadığının ortaya konulması zorunluluğunu vurgulamaktadır. Sınır dışı etme ve ülkeye kabul ile ilgili başvurularda aile kavramının, çekirdek aile olarak yani çiftler arasındaki ilişkiler ile ebeveyn ve küçük çocuklar arasındaki ilişkileri

kapsayacak şekilde ele alınmasını öne çıkarmaktadır. Anayasa Mahkemesince de gerekli görülen hallerde ve aradaki bağıllık ve bakım gibi etkenlere bağlı olarak çekirdek aile dışı ilişkilerin de aile kavramı içinde dikkate alınabileceği kanısındayız. Özellikle, bir çocuğun varlığı durumunda, çocuğun üstün yararı esas alınarak anne-babanın dışındaki aile ilişkileri de kapsam dahiline alınabilmelidir. Aile hayatına saygı hakkı kapsamında değerlendirilme yapılamaması durumunda, ülkeye entegrasyonun boyutu göz önünde bulundurularak “özel hayata saygı” nezdinde de analiz yapılabilmesinin mümkün olduğunu düşünmekteyiz. Bu olasılıkta aile hayatının ve bağıllık ilişkisinin sorgulanmasından ziyade, ülkede geçirilmiş olan zaman, ülke ile bağ kurmuş olmak ve bağın bireyin yaşamına etkisi gibi noktalar-dan hareket edilebilir.

AİHM, aile hayatına müdahale oluşturan tedbirin/ yasağın kesinleştiği tarihi esas alarak; bu tarih itibariyle mevcut bir aile hayatının olup olmadığını değerlendirmektedir. Anayasa Mahkemesi de aynı şekilde, sınır dışı işleminin kesin, nihai ve icra edilebilir hâle geldiği tarihte yabancı kişinin bulunduğu ülkede özel ve/veya aile hayatının mevcut olup olmadığını araştırmaktadır. Bununla birlikte, sınır dışı edilme işleminin kesinleştiği tarihten sonra ve Anayasa Mahkemesine başvuru sürecinde evlilik, bir çocuğun dünyaya gelmesi, evlat edinme gibi bir aile bağı ortaya çıkmışsa bu durumu içeren yeni bir başvurunun idari makamlara yapılabileceği ve bu başvuru nezdinde yeni bir sürecin başlatılabileceği kanısındayız.

Aile hayatına saygı hakkı ve sınır dışı edilmenin altında yatan kamusal menfaatler dengelemesinde AİHM, “kanunilik, meşru amaç, demokratik toplum gerekliliklerine uygun olma ve orantılılık ilkelerini” göz önünde tutmaktadır. Müdahale, “milli güvenliğin korunması, kamusal güvenlik, ülkenin ekonomik refahı” amaçları gözetilerek “suçun önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın korunması ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” gerekliliğiyle ortaya çıkmış olmalıdır. Bu çerçevede içtihat kapsamında ortaya çıkmış olan “sınır dışı edilmeye konu suçun niteliği ve ciddiyeti, sınır dışı edilmek istenen ülkede kalış süresi, suçun işlenmesinden itibaren geçmiş olan süre ve bu süre boyunca başvuru tutumu, sınır dışı edilmek istenen ülkede başvuru eşi ve çocuklarının bulunup bulunmadığı, çocuklarının yaşı, ikamet süresi, eşi varsa eşinin sınır dışı edilme nedeni hakkında önceden bilgi sahibi olup olmadığı, başka bir ülkede aile yaşamını sürdürmeye engel bir durumun olup olmadığı” gibi etkenler değerlendirilmektedir. Ayrıca çocukların menfaati ve refahı ile gidecekleri ülkede karşılaşacakları zorluklar da göz önünde bulundurulmaktadır.

Anayasa Mahkemesi de benzer bir yaklaşım izlemekte, sınır dışı edilmekle korunmak istenen kamusal menfaatler ile aile hayatına saygı hakkının korunması yönündeki bireysel menfaatler arasındaki dengeden söz etmekte; yarışan menfaatler arasında denge kurmaya dikkat etmektedir. Anayasa'nın 13. maddesinde “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “ölçülülük” kriterleri iki ayrı ölçüt olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki ölçüt arasında ayrılmaz bir ilişki olduğunu



ifade etmektedir. Bu çerçevede, söz konusu ölçütler dikkate alınarak, “bireyden beklenen fedakârlık” ile “müdahalenin özünde yatan meşru amaç” arasında adil bir dengelemeye gidilmesi noktasının altı çizilmiştir. Dolayısıyla hem AİHM hem Anayasa Mahkemesi’nin sınır dışı etme işleminin aile hayatına etkisi noktasında doğrudan kamusal menfaatlere üstünlük tanıyarak öncelik vermediğini, orantılılık gereğince bireysel menfaatleri de öne çıkarabildiği görülmektedir. Bu noktada bir çocuğun ve ondan ayrılmanın söz konusu olduğu durumlarda, çocuğun, sınır dışı edilmek istenene bağlılık ve muhtaçlık durumu ile çocuğun hangi ülkede yaşayabileceği gibi koşullar da göz önünde bulundurulmalıdır. Kanımızca, bu koşullar göz önüne tutularak çocuğun üstün yararı ile sınır dışı edilme kararının altında yatan kamusal menfaat dengelenmeli ve kamusal menfaat, ancak vazgeçilemez ve ödün verilemez nitelikte, toplumun geneline yoğunlaşmış bir menfaat ise ağır basmalıdır.

AİHM, sınır dışı kararı verilirken yetkili makamlarca, orantılılık ilkesinin gözetilmesi ve tatminkâr gerekçelerin sunulması gerektiğini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi de benzer şekilde, mahkemelerin sınır dışı edilme kararı sonucunda Türkiye’de aile hayatının varlığına bağlı olarak ileri sürdüğü gerekçeleri yeterince araştırması ve kararlarını bu yön itibarıyla de gerekçeye bağlamasından söz etmektedir. Dolayısıyla aile hayatının varlığının, yetkili mercii ve mahkemelerce yeterli düzeyde araştırılıp sorgulanmış olması, aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

Son olarak, AİHM’in sınır dışı edilecek kişinin ailesi ile birlikte başka bir ülkeye giderek orada yaşamını sürdürmesi mümkün ise aile yaşamının bozulduğundan söz edilemeyeceğini ele alan kararları mevcuttur. Benzer şekilde Anayasa Mahkemesinin de sınır dışı edilme kararının aile hayatına etkisini değerlendirirken, yabancının sınır dışı edileceği ülkeye ailesini götürebilme ve bu ülkede ailesiyle birlikte yaşayabilmesine engel bir durumun olup olmadığını değerlendirdiği görülmektedir. Ailenin gidecekleri ülkede olağan dışı zorluklarla karşılaşabilecek durumda olmalarına bağlı olarak, özellikle çocukların varlığı halinde, çocuğun üstün menfaati de dikkate alınarak olağan dışı uyumsuzluk sorunları yaşayabilmesi olasılığında bireysel menfaatlerin öne çıkacağı ve sınır dışı işleminin, aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiği sonucuna ulaşılabileceği kanısındayız.

KAYNAKÇA

- Aybay R, *Yabancılar Hukuku* (1.B., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2005).
- Aybay R, “Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınır Dışı Edilme” (2003) 2(2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 141-172.
- Çelikel A ve Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (26.B., Beta 2021).
- Çiçekli B, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku* (6. B., Seçkin 2016).

Dardağan Kibar E ve Elçin D ve Erşan Aydın O, “Anayasa Mahkemesi’nin Sherapat Yagmyrova Kararı Üzerine Bazı Değerlendirmeler”, Public and Private International Law Bulletin, Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan, (2020) 40(2), 1477-1506.

Dardağan E, *Yabancılar Hukuku Açısından Sınır Dışı Etme* (Ankara 1993) (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Davies G, “The Family Rights of European Children: Expulsion of Non-European Parents”, European University Institute Working Papers, RSCAS, 2012/04, s. 1-31: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/20375/RSCAS_2012_04.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Erişim Tarihi: 16.01.2023)

Desmond A, A “The Private Life of Family Matters: Curtailing Human Rights Protection for Migrants Under Article 8 of the ECHR”, (2018) 29(1) The European Journal of International Law, 261-279.

Doğan V, *Türk Yabancılar Hukuku* (5. B., Savaş Yayınevi 2020).

Ekşi N, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (1. B., Beta 2014).

Ekşi N, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 6. maddesinin Yabancıların Sınır dışı Edilmesine Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu” (2009)1-2 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 119-139.

Ekşi N, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sığınmacı ve Mültecilerin Türkiye’den Sınır Dışı Edilmelerini Engelleyen Haller” (2008) 82(6) İstanbul Barosu Dergisi 2803- 2837.

Ergül E, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme* (Yargı 2012).

European Court of Human Rights, Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights, Right to Respect for Private and Family Life, Home and Correspondence, 31.08.2022: https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf (Erişim tarihi: 04.10.2022).

Kabaalioğlu H ve Ekşi N, “Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesi”, (2004) 24 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 503-523.

Kibar Dardağan E, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi” (2012) 11(2) Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi 53-74.

Klaassen M, “Between Facts and Norms: Testing Compliance with Article 8 ECHR in Immigration Cases” (2019) 37(2) Netherlands Quarterly of Human Rights 157-177.



Leloup M, “The Principle of the Best Interests of the Child in the Expulsion Case Law of the European Court of Human Rights: Procedural Rationality as a Remedy for Inconsistency” (2019) 37(1) Netherlands Quarterly of Human Rights 50-68.

Milios G, “The Immigrants’ and Refugees’ Right to ‘Family Life’”, International Journal on Minority and Group Rights (2018) 25(3) 401-430.

Nicholson F, “The Right to Family Life and Family Unity of Refugees and Others in Need of International Protection and the Family Definition Applied”, Legal And Protection Policy Research Series, UNHCR, Division of International Protection, (2008) 1-46: <https://www.unhcr.org/5a8c40ba1.pdf> (Erişim tarihi 26.10.2022).

Özçelik Bayraktaroğlu G, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesi” (2013) 108 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 108, 2013 211-258.

Sirmen S, “Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar” (2009) 67(3) Ankara Barosu Dergisi 29-45.

Thym D, “Respect For Private and Family Life Under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right To Regularize Illegal Stay?” (2008) 57 International and Comparative Law Quarterly 87–112.

UNHCR, “Summary Conclusions: Family Unity, Expert Roundtable Organized by UNHCR and the Graduate Institute of International Studies, Geneva, Switzerland, 8–9 November 2001”: Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection, (Ed. Feller et al.), CUP, (2003) 604-608: <http://www.unhcr.org/419dbfaf4.pdf> (Erişim tarihi 26.10.2022).

Van Dijk C P ve Van Hoof GJH, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights (3. B., Kluwer 1998).