

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE BİRLEŞMİŞ MİLLETLER İNSAN HAKLARI KOMİTESİNİN KARARLARINDA YABANCILARIN AİLE YAŞAMI HAKKI

*Yrd. Doç. Dr. Songül ATAĞ**

I- GENEL OLARAK

Başta Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi olmak üzere uluslararası alanda kabul edilmiş olan genel insan hakları belgelerinin hemen hepsinde aile yaşamı hakkı güvence altına alınmış ve bu hakka yönelik yasadışı ve keyfi müdahaleler yasaklanmıştır. Örneğin, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 12. maddesi; Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 17. maddesi; Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 16. maddesi; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesi; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesi ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının 7. maddesi bu hakkı koruma altına alan düzenlemeler içinde yer almaktadır.

Söz konusu belgelerde aile yaşamı hakkı ayrı bir madde içinde düzenlenmemiş, genellikle özel yaşam hakkını düzenleyen maddeler içinde ele alınmıştır. Bunun nedeni, aile yaşamının özel yaşam hakkının bir parçası olarak değerlendirilmesidir. Aile yaşamının yanı sıra, ayrıca konut ve haberleşme hakları da aynı maddeler içinde düzenlenmektedir. Özel yaşam, aile yaşamı, konut ve haberleşme hakları birbirleriyle kesişen dört temel haktır. Bunlar gerçekte bir bütün oluşturan “özel yaşamın” farklı unsurlarıdır. Bu nedenledir ki, bu dört hak için çoğu zaman genel bir başlık olarak “özel yaşam hakkı” kavramı kullanılmaktadır.

Bu çalışmada esas itibarıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesine taraf olan ülkelerde bulunan yabancıların aile yaşamı hakkının korunması konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin vermiş olduğu kararlar incelenerek her iki organın konuya ilişkin yaklaşımları değerlendirilmiştir.

* Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

II- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN YAKLAŞIMI

A- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Öngördüğü Düzenleme

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin¹ (bundan sonra Sözleşme olarak anılacaktır) 8. maddesi özel yaşamın diğer boyutlarıyla birlikte aile yaşamını da güvence altına alan bir düzenlemeye yer vermiştir. Özel yaşamın ve aile yaşamının korunması başlığını taşıyan 8 (1). madde şöyledir: "Herkes özel yaşamına, aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir".

8 (1). maddede düzenlenen hak mutlak bir hak değildir. Sözleşmeye taraf devlet yine Sözleşmede belirtilmiş olan neden veya nedenlere dayanarak bu hakta sınırlama yapabilecektir. Bu konudaki düzenleme 8. maddenin 2. fıkrasında yer almıştır. Buna göre: "Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi ancak ulusal güvenlik, kamu ehliyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olması koşuluyla söz konusu olabilir".

Madde metninde yer alan özel hayata "saygı" ifadesi, Sözleşmenin koruma alanını zayıflatmaktadır. Sözleşmenin kabul edilmiş sürecine bakıldığında bu durum daha iyi anlaşılabilir. Bu süreçte önce "dokunulmazlık" önerilmiş, sonra "hukuk dışı müdahalelerden başışık olma" haline gelmiş ve nihayet kabul edilen metin "saygı gösterilmesi" şeklinde olmuştur².

Sözleşme yabancıların aile yaşamının korunması ile ilgili ayrı bir hüküm içermemektedir. Ancak Sözleşmede öngörülen hakların ihlaline ilişkin iddiaları inceleme yetkisine sahip olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (bundan sonra Mahkeme olarak anılacaktır) ilk kez Abdulaziz, Cabalas ve Balkandali v. Birleşik Krallık davasında³ yabancıların aile birleşimi amacıyla bir taraf devletin ülkesine giriş yapmaya çalışmaları durumunda Sözleşmenin 8.maddesinin uygulanabilir olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme yabancıların sınır dışı edilmelerinin aile yaşamlarını etkilemesi durumunda da 8. madde-

¹ Avrupa insan Hakları Sözleşmesi 1950 yılında imzalanmış, 1953 yılında da yürürlüğe girmiştir.

² D. Feldman, Civil Liberties and Human Rights in England and Wales, Clarendon Press, Oxford, 2002, s. 515, Aktaran Sultan ÜZELTÜRK, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliği Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s. 158.

³ Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28 May 1985.

nin uygulanabileceğini ilk kez Berrehab v. Hollanda kararında⁴ kabul etmiştir⁵.

B- Aile Yaşamına Saygı Hakkının Koruduğu Alan

8. Madde, ne aile yaşamı hakkının ne de korunan diğer hakların tanımına yer vermiştir. Hükümdeki, özellikle özel yaşam ve aile yaşamı gibi kavramlar, hukuki uygulamaya kesinlik kazandıracak kadar belirgin bir içeriğe ve belli sınırlara sahip değildir⁶.

Sözleşme aile kavramına açıklık getirmemiş olmakla beraber, Mahkeme vermiş olduğu kararlarda Sözleşmenin 8. maddesinin düzenlemiş olduğu aile yaşamı hakkının hangi tür ilişkileri kapsadığı ve koruduğu konusuna açıklık getirmiştir. Bu alandaki kararlar incelendiğinde Mahkemenin aile yaşamı kavramını geniş yorumladığı görülmektedir.

Mahkeme, Bronda v. İtalya kararında⁷ aile yaşamının genel olarak anne ve baba ile evlilik dışı olanlar da dahil olmak üzere onlara bağımlı olan çocukları ve büyükanne ile büyükbabayı da içerdiğini belirtmiştir. Moustaquim

4 Berrehab v. the Netherlands, 10730/84, 21 June 1988.

5 Sözleşmeye taraf bir devletin ülkesinde bulunan bir yabancının sınır dışı edilmeye karşı yasal olarak dayanabileceği diğer bir güvence de 4. Protokolün 2. maddesinde yer almaktadır. Madde şöyledir: “1- Bir devletin ülkesi içinde usulüne uygun olarak bulunan herkes, orada serbestçe dolaşma ve ikametgâhını seçebilme hakkına sahiptir. 2- Herkes, kendi ülkesi de dahil, herhangi bir ülkeyi terk etmekte özgürdür. 3- bu haklar, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler olarak ve yasayla öngörülmuş sınırlamalara tabi tutulabilir. 4- Bu maddenin 1.fikrasında sayılan haklar, belli yerlerde, yasayla konmuş ve demokratik bir toplumda kamu yararının gerektirdiği sınırlamalara tabi tutulabilir”. Hakkında sınır dışı edilme kararı verilmiş olan bir yabancının dayanabileceği usulü güvenceler de Sözleşmenin 7. Protokolünün 1. maddesinde düzenlenmiştir. Madde şöyledir: “1- Bir devlet ülkesinde kurallara uygun olarak ikamet eden bir yabancı, yasaya uygun şekilde verilmiş bir kararın uygulanması dışında sınır dışı edilemez ve a- sınır dışı edilmesine karşı gerekçeleri öne sürebilmesine, b- durumunu yeniden inceletmeye, c- yukarıdaki amaçlarla, yetkili bir merci önünde veya bu merci tarafından tayin edilecek biri ya da birileri önünde temsil ettirmesine izin verilecektir. 2- Sınır dışı edilmenin kamu düzeni, yararı ya da ulusal güvenlik nedenleri açısından gerektiği durumlarda, bir yabancı, yukarıdaki 1.maddenin (a), (b) ve (c) bentlerinde öngörülen haklarını kullanmadan sınır dışı edilebilir”.

6 Şeref GÖZÜBÜYÜK- A. Feyyaz GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 330.

7 Bronda v. Italy, 22430/93, 9 June 1998.

v. Belçika kararında⁸ kardeşler arasındaki ilişkiyi de aile yaşamı içinde değerlendirmiştir.

Gül v. İsviçre kararında⁹, evlilik birliği içinde doğan çocuğun bu ilişkinin ipso jure parçasını oluşturduğunu; bu nedenle, çocuk ile ebeveynleri arasında doğumdan itibaren “aile yaşamını” meydana getiren bir bağ oluştuğunu kabul etmiştir. Ancak, aile yaşamını evliliğe dayalı ilişkilerle sınırlamamıştır. Boughanemi v. Fransa kararında¹⁰, çocuğun evlilik içi doğan bir çocuk olup olmadığına bakılmaksızın çocuk ile ebeveynleri arasında aile bağının olduğunu kabul etmiştir. Marckx v. Belçika kararında¹¹ da bekâr anne ve çocuğu arasındaki ilişkinin aile ilişkisi içinde yer aldığını açıklamış ve onların normal bir aile yaşamı sürdürmesini sağlayacak önlemler alma konusunda devletin pozitif yükümlülüğünün olduğunu belirtmiştir.

Mahkemeye göre, eşlerin boşanmış olması çocuk ile ebeveynler arasındaki aile yaşamının devam etmesine engel değildir. Berrahab v. Hollanda kararı ile Chorfi v. Belçika kararlarında¹², çocuk ile ebeveynleri arasındaki ilişkinin eşlerin boşanmasından sonra da devam edeceğini kabul etmiş ve eşlerin birlikte yaşamaması, onlar ile çocukları arasındaki aile yaşamını sona erdirmez demiştir.

C- Devletin Yükümlülükleri ve Takdir Yetkisi

8. maddenin aile yaşamının korunması konusunda taraf devletlere yüklediği yükümlülük yalnızca keyfi müdahalede bulunmayı yasaklayan negatif bir yükümlülük değildir. Maddede yer alan “saygı gösterilmesi” ifadesi, devletin yalnızca müdahalede bulunmamayı değil, aynı zamanda bu hakların fiilen ve gerçekten kullanılmasına olanak verecek önlemleri alma konusunda pozitif bir yükümlülük yüklediğini de ifade etmektedir.

Devletin negatif yükümlülüğü, aile yaşamının korunması amacıyla belirli eylemleri yapmaktan kaçınmasını ifade eder. Yabancıların aile yaşamı söz konusu olduğunda, vatandaş olmayan kişinin bir taraf devletin ülkesinden gönderilmesi eğer o kişinin aile yaşamına bir müdahale oluşturacaksa, devletin negatif yükümlülüğü söz konusu olur. Devlet bu tür bir yükümlüğün gereği olarak o kişiyi sınır dışı etmekten kaçınmalıdır. Devletin pozitif yükümlülüğü ise, aile yaşamının korunması amacıyla devletin somut adımlar atması

8 Moustaquim v. Belgium, 12313/86, 18 February 1999.

9 Gul v. Switzerland, 23218/94, 19 February 1996.

10 Boughanemi v. France, 22070/93, 24 April 1996.

11 Marckx v. Belgium, 6833/74, 13 June 1979.

12 Chorfi v. Belgium, 2794/93, 7 August 1996.

gereken durumları ifade eder. Örneğin, ailenin birleşmesi amacıyla bir aile üyesinin ülkeye giriş yapmasına izin vermek bu tür bir yükümlülüğün sonucudur.

Mahkeme ilk olarak *Kroon ve Diğerleri v. Hollanda* kararında¹³ 8. maddenin temel hedefi ile ilgili olarak şu değerlenmeyi yapmıştır; 8. maddenin temel hedefi bireyleri kamu otoritelerinin keyfi eylemlerine karşı korumaktır. Bunun yanı sıra, aile yaşamına etkili bir şekilde saygı gösterilmesinin doğasında var olan pozitif yükümlülükleri de içermektedir. Ancak, devletin bu düzenlemeden kaynaklanan pozitif ve negatif yükümlülükleri arasındaki sınırları net olarak belirlemek mümkün değildir. Bununla beraber, uygulanabilir ilkeler benzerdir. Her iki durumda da, toplumun bir bütün olarak menfaatleri ile bireylerin yarışan menfaatleri arasında adil bir denge kurulmasına çalışılmalıdır ve her iki durumda da devletler belirli ölçüde takdir yetkisine sahiptirler.

Devletler, ülkeden gönderme ve sınır dışı etme de dahil, vatandaş olmayan kişilerin kendi topraklarına girişlerini kontrol etme hakkına sahiptirler. Mahkeme, bu konuda devletlerin takdir yetkisinin olduğunu kabul etmektedir. Ancak bunu yaparken, Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmemelidir.

Dava, ister 8. maddenin 1. fıkrası altında başvuruçunun haklarını güvence altına almak için makul ve uygun önlemler almak konusunda devletin üstlendiği pozitif yükümlülükle bağlantılı olarak analiz edilsin ya da ister kamu makamlarının müdahalesinin 2. paragrafa uygun olarak haklı kılınması açısından analiz edilsin, her iki durumda da bireylerin ve bir bütün olarak toplumun yarışan menfaatleri arasında adil bir denge kurulmasına önem verilmelidir.

Mahkeme devletlere tanınan takdir yetkisi konusunda çelişkili bir yaklaşım ortaya koyduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Örneğin *Kroon ve Diğerleri v. Hollanda* kararında, çocuk ve ebeveynlerin menfaatleri öne çıkarılarak devlete çok az bir takdir yetkisi tanınmışken, *Gül v. İsviçre* kararında devlete tanınan takdir yetkisi geniş yorumlanmıştır. Benzer şekilde *Ahmut v. Hollanda* kararında¹⁴ da Mahkeme geniş bir takdir yetkisi kullanılmasına olanak tanımıştır¹⁵.

¹³ *Kroon and Others v. the Netherlands*, 18535/91, 27 October 1994.

¹⁴ *Ahmut v. the Netherlands*, 21702/93, 28 November 1996.

¹⁵ Sarah Van WALSUM, Comment on the Sen Case. How wide is the Margin of Appreciation Regarding the Admission of the Children for Purposes of Family Reunification?, *European Journal of Migration and Law* 4, 2003, s. 514.

D- Karar Örnekleri

Mahkeme, yabancıların aile yaşamlarını etkileyen düzenlemelerin ve onları uygulama yöntemlerinin ilkesel olarak 8. madde altında incelenebileceğini onaylamış ve aile bireylerinin birlikte yaşamları hakkının 8. madde tarafından korunduğunu kabul etmiştir.

Mahkeme, yabancıların aile yaşamı hakkının ihlali iddiasını içeren bir başvuruyu incelediğinde, öncelikle bir aile yaşamının mevcut olup olmadığını araştırmakla işe başlamaktadır. Aile yaşamının mevcut olduğuna kanaat getirmesi durumunda, aile yaşamı hakkına bir müdahalenin söz konusu olup olmadığını araştırmaktadır. Yapılan işlemin ya da alınan önlemin müdahale oluşturduğu kanaatine ulaşması durumunda, mevcut müdahalenin ulusal yasalara uygunluğunu incelemektedir. Son olarak, müdahalenin meşru amacının olup olmadığını ve demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olup olmadığını değerlendirmektedir.

Bu alanda incelediği başvurularda, Sözleşmenin yabancılara istedikleri ülkeye girme, orada yerleşme ya da bir aile yaşamı kurma hakkını garanti etmediğini belirten Mahkeme, bu konudaki görüşünü ilk olarak Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. Birleşik Krallık kararında ortaya koymuştur. Mahkemeye göre, 8. madde, taraf devletlerin vatandaş olmayan bir kişinin ülkeye girişini reddetme ya da sınır dışı etme yetkisinin alanına sınırlamalar koymaktadır. Ancak bu tür bir sınırlama, taraf devlete evli çiftlerin evliliklerini sürdürecekleri yer konusundaki tercihlerine saygı duyma ve kendi topraklarında ailenin birleşmesine izin verme konusunda genel bir yükümlülük yüklemeye ulaşmaz. Taraf devletin ülkesinde kalma taleplerinin reddi, şayet bu kişiler aile yaşamlarını başka bir yerde gerçekçi bir şekilde sürdüremeyeceklerse, müdahale olarak kabul edilebilir. Mahkeme bu görüşünü bu alanda yapılan diğer başvurularda da sistematik bir biçimde tekrarlamıştır¹⁶.

Mahkeme bu konuda değerlendirme yaparken başvuruculardan öncelikle aile yaşamını kendi ülkelerinde ya da eşlerinin ülkelerinde oluşturmalarına engel olan güçlükleri ortaya koymalarını ya da onlardan bunun beklenmemesi için özel nedenlerin olduğunu kanıtlayabilmelerini istemektedir. Şayet çiftler aile yaşamını başka yerde sürdürmelerine neden olan engelleri ortaya koyamazlarsa, Mahkeme, devletin konuya ilişkin kararında meşru bir amaç olup olmadığını incelemeye gerek görmemekte ve ihlal olmadığına karar vermektedir.

¹⁶ Bkz. Gul v. İsviçre; Berrehab v. Hollanda; Cruz Varas ve Diğerleri v. İsveç, 15576/89, 20 March 1991.

Abdulaziz, Cabalas ve Balkandalı v. Birleşik Krallık davasında Mahkeme bu konu üzerinde de durmuştur. Söz konusu davada, başvurucular Birleşik Krallıkta oturma hakkına sahip kişilerdir. Bunlar yabancılarla evlenmiş ve eşlerinin bu ülkeye gelmelerine izin verilmesi için başvuru yapmışlardır. Ancak bu talepleri ilgili devlet tarafından reddedilmiştir. Mahkeme, başvurucuların aile yaşamını kendi ülkelerinde ya da eşlerinin ülkelerinde sürdürmelerine engel olan nedenleri ortaya koymadıklarını ve bunu neden yapamayacakları konusunda özel nedenlerin varlığını da kanıtlayamadıklarını göz önüne alarak 8. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Sözleşme, istedikleri ülkede yaşama olanağını yabancılara sağlamamakla beraber eğer sınır dışı edilmeleri ya da ülkeye girişlerinin engellenmesi durumunda aile yaşamlarına yönelik bir müdahale söz konusu ise, Sözleşmenin ihlal edildiğini ileri sürebilme ve 8. maddeye dayanarak sınır dışı edilmelerinin engellenmesini ya da ülkeye giriş yapmalarına izin verilmesini isteme olanağı tanınmaktadır.

Mahkemeye yapılan başvuruların birkaçı, Sözleşmeye taraf devletin ülkesinde bulunan yabancıların kendi çocuklarını buldukları ülkeye getirebilmek için yaptıkları başvurularla ilgilidir. Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu üç karar özellikle önem taşımaktadır. Bunlar Gül v. İsviçre, Ahmut v. Hollanda ve Şen v. Hollanda¹⁷ kararlarıdır. Bu kararların üçü de, ailenin birleşmesi amacıyla çocuklarını kendi buldukları ülkeye getirmek isteyen yabancılar tarafından yapılan başvurularla ilgili verilmiş kararlardır.

Bunlardan ilki Gül v. İsviçre kararıdır. Türk vatandaşı olan başvurucu İsviçre'den siyasi sığınma talebinde bulunmuştur. Bu talebi reddedilmiş, ancak insancıl nedenlerle İsviçre'de kalmasına izin verilmiştir. Bu izin yalnızca kendisi, ciddi bir rahatsızlığı olan eşi ve kendisiyle birlikte İsviçre'de bulunan kızı için verilmiştir. İsviçre makamları Türkiye'de kalan oğlunun İsviçre'ye gelmesine izin vermemiştir.

Mahkeme, başvurucu ile sekiz yaşındaki oğlu arasında 8. madde dâhilinde bir aile yaşamı olduğunu kabul etmiştir. Başvurucunun aile yaşamına müdahale olup olmadığı sorusuna da şu yanıtı vermiştir; Başvurucunun iltica talebi reddedilmiş ve insancıl nedenlerle oturma izni verilmiştir. İsviçre yasalarına göre bu tür bir oturma izni ailenin birleşmesine olanak tanıyan bir izin değildir. Başvurucu İsviçre'de bulunduğu süre içinde, oğlunu ziyaret etmek amacıyla Türkiye'ye gitmiştir. Bu durum Türkiye'ye dönmemesinin kendisi için bir risk taşımadığını göstermektedir. Onların aile yaşamlarını Türkiye'de geliştirmelerine engelleyen nedenler mevcut görünmemektedir.

¹⁷ Sen v. the Netherlands, 31465/96, 21.12.2001.

Bu olasılık daha gerçekçidir çünkü oğlu hep Türkiye’de yaşamış, bu ülkenin kültürel ortamında büyümüştür. Bütün bu koşullar göz önüne alındığında başvurucunun aile yaşamına yönelik bir müdahalenin gerçekleştiği söylene-
mez.

Mahkemeye benzer bir kararı Ahmut v. Hollanda davasında da vermiştir. Davaya konu olan olay şöyledir; Fas vatandaşı olan başvurucu, boşandığı eşini ve beş çocuğunu ülkesinde bırakarak Hollanda’ya gelmiştir. Çocuklardan ikisi daha sonra öğrenci vizesi alarak babalarının yanına gelmişlerdir. Başvurucunun eski eşi bir trafik kazasında vefat ettiği için çocukların bakımını büyükanneleri üstlenmiştir. Bu süreçte Hollanda vatandaşlığını kazanmış olan başvurucu, büyükannenin çocuklara bakamayacak kadar yaşlı olduğu gerekçesiyle çocuklarını Hollanda’ya getirmek istemiştir. Ancak Hollanda makamları buna izin vermemişlerdir.

Mahkemeye yapılan başvuruda, en küçük çocuk olan Souffiane’nin durumu gündeme getirilmiştir. Mahkeme başvuru ile ilgili kararını verirken şu unsurları göz önüne almıştır; küçük çocuğun Fas’ta hala bir ailesi vardır. Başvurucu Hollanda vatandaşlığını elde etmesine rağmen Fas vatandaşlığını da korumaktadır. Onun Fas’a dönmesi ve orada bir aile yaşamı geliştirmesinin önünde bir engel yoktur. Çocuğundan ayrılarak Hollanda’ya yerleşmiş olması başvurucunun kendi tercihidir. Bu koşullar altında Hollanda hükümetinin başvurucunun menfaatleri ile göçmenliğin kontrol edilmesi yoluyla kendi menfaatleri arasında adil bir denge kurmamış olduğu söylenemez. Bu nedenle ihlal söz konusu değildir.

Söz konusu karara muhalif kalan Yargıç Martens itirazlarını şu hususlarda ortaya koymuştur; ailenin birleşmesi konusunun ele alındığı davalarda, eğer göçmenlerin arkada bırakmış oldukları bir aileleri mevcutsa bu durumda Abdulaziz, Cabalas, Balkandalı v. Birleşik Krallık kararındaki gerekçeler uygulanmamalıdır, çünkü bu davada bir ailenin birleştirilmesi değil, kurulması söz konusu edilmiştir. Bir ailenin kurulmasının değil, mevcut bir ailenin birleştirilmesinin söz konusu olduğu durumlarda, yerleşilen ülke, orada oturma statüsü elde etmiş olan yabancılar tarafından yapılan tercihe ilkesel olarak saygı duyma yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle, devlet geride bırakılan aile üyelerini kural olarak kabul etmelidir.

Mahkemeye, her iki davada da devletin takdir yetkisinin sınırlarını geniş çizmiştir. Taraf devletin ülkesine aile üyelerinden birinin, özellikle de bir

çocuğun girmesine izin vermemek, gerçekte, o devletin ülkesinde yasal olarak bulunan kişileri o devleti terk etmeye zorlamak anlamına gelmektedir¹⁸.

Şen v. Hollanda kararı yabancıların çocuklarının ülkeye kabulü hakkında verilen diğer önemli bir karardır. Bu karar, mahkemenin bu konuda daha önce vermiş olduğu kararlardan önemli bir ayrılığı ifade etmektedir. Başvurucu Şen, Hollanda'ya 1977 yılında 12 yaşındayken gelmiş ve o zamandan beri bu ülkede yaşamıştır. 1982 yılında kısa bir süreliğine Türkiye'ye dönmüş ve burada bir evlilik yapmıştır. Eşi 1986 yılında Hollanda'ya gelmiştir, ancak üç yaşında olan kızları Sinem'i Türkiye'de teyzesinin yanında bırakmıştır. Ailenin Hollanda'da iki çocuğu daha olmuştur. Hollanda hükümeti, Sinem ile ailesi arasında aile bağlarının zayıflamış olduğu gerekçesiyle, Sinem'e ülkeye giriş vizesi vermemiştir.

Aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğini sonucuna ulaşan Mahkeme şu gerekçelere dayanmıştır; Ahmet ve Gül davalarından farklı olarak, Şen ailesinin ülkelerine dönmeye engel olan temel bir güçlük vardır. Şen ailesi Hollanda'da uzun yıllardan beri yasal olarak yaşamaktadır. Onların diğer iki çocuğu Hollanda'da doğmuş, orada okula gitmiş ve Hollanda'nın kültürel atmosferi içinde yaşamışlardır. Bu koşullar altında Sinem'in Hollanda'ya gelmesi, onların aile yaşamı geliştirilebilmelerinin en uygun olan yoludur.

Aile yaşamının ihlali iddiasıyla yapılan başvuruların önemli bir kısmını, bulunduğu ülkede suç işlemiş olduğu için hakkında sınır dışı edilme kararı verilen yabancılar tarafından yapılan başvurular oluşturmaktadır. Mahkeme bu konuda yapılan başvurularda genellikle suç işleyen kişinin sınır dışı edilmesinin mümkün olduğunu kabul etmekte, ancak sınır dışı kararının, izlenen meşru amaçla orantılı olması şartını aramaktadır. Mahkemenin sınır dışı kararını ihlal olarak değerlendirdiği kararları arasında Moustaquim v. Belçika kararı ile Boultif v. İsviçre kararı¹⁹ yer almaktadır.

Moustaquim v. Belçika kararında Mahkeme kararını verirken şu noktaları göz önüne almıştır; Fas vatandaşı Bay Moustaquim iki yaşında Belçika'ya gelmiştir. O zamandan beri yaklaşık yirmi yıldır ailesiyle birlikte Belçika'da yaşamaktadır. Bütün ailesi Belçika'da oturmaktadır. Ailesiyle ilişkileri hiçbir zaman kopmamıştır. Bütün eğitimi Fransızca almıştır. Gönderileceği Fas'ta hiçbir yakını bulunmamaktadır ve Arapça bilmemektedir.

¹⁸ Helene LAMBERT, The European Court of Human Rights and the Rights of Refugees and Other Persons in Need of Protection to Family Reunion, International Journal of Refugee Law, Vol.11, No.3, 1999, s. 442.

¹⁹ Boultif v. Switzerland, 54273/00, 2 August 2001.

Başvurucu işlediği suçtan dolayı sınır dışı edildiği için Mahkeme, ilgili devletin Sözleşme ile tümüyle bağdaşan bir amaçla, düzenin korunması amacıyla hareket ettiğini kabul etmiştir. Ancak başvurunun içinde bulunduğu koşullar dikkate alındığında mevcut menfaatler arasında uygun bir denge kurulmamıştır. Bu nedenle, sınır dışı kararı izlenen meşru amaçla orantılı değildir.

Mahkeme bu davada başvurunun sınır dışı edileceği ülkede kalış süresini özellikle dikkate almıştır. Ancak başvurunun işlediği suçun ağır bir suç olması durumunda, sınır dışı edileceği ülkede kalmış olduğu süre artık etkili bir unsur olmamaktadır.

Örneğin, *Boughanemi v. Fransa* kararında²⁰ başvurunun sınır dışı edildiği ülkede geçirmiş olduğu süre, onun sınır dışı edilmesini engelleyecek bir etken olarak görülmemiştir. Tunus vatandaşı olan başvuru sekiz yaşından beri ailesi ve on kardeşi ile birlikte Fransa'da yaşamıştır. Yirmi bir yaşından beri defalarca suç işlemiş ve bu nedenle birçok kez hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Kamu düzenini tehlikeye soktuğu gerekçesiyle Fransa'dan sınır dışı edilmiş, ancak bir süre sonra yasa dışı yollarla Fransa'ya geri dönmüştür. Bu süreçte bir Fransız vatandaşı ile yaşamaya başlamış ve ondan bir çocuğu olmuştur. Fransa'dan tekrar sınır dışı edilen başvuru aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek Mahkemeye başvurmuştur.

Mahkeme, başvurunun yirmi yıldan beri Fransa'da yaşadığını ve çocuğu ile bir aile ilişkisi kurduğuna dikkat çekmiş ve başvurunun sınır dışı edilmesi durumunda aile yaşamına müdahalenin söz konusu olacağını kabul etmiştir. Ancak başvurunun sınır dışı edilmesi defalarca suç işlemiş olmasından kaynaklanmakta ve kamu düzeninin korunması ile suçların önlenmesi meşru amaçlarına dayanmaktadır. Bu nedenle ihlal söz konusu değildir.

Şuç işleyen kişinin sınır dışı edilmesi sorununun ele alındığı önemli kararlardan biri *Boultif v. İsviçre* kararıdır. Mahkeme, vatandaş olmayan bir kişinin sınır dışı edilmesinde 8 (2). madde altında alınan önlemin orantılılığını taktir ederken dikkate alınması gereken unsurların neler olduğunu ayrıntılı olarak ilk kez bu kararda ortaya koymuştur. Mahkeme, eşlerden birinin sınır dışı edilmesi halinde eşlerin birlikte yaşamasının artık çok zor olacağı vakalarla ilgili olarak şimdiye kadar çok az karar vermiş olduğunu belirtmiş ve bu konunun temel sorun olduğu davalarda, alınan önlemin demokratik toplumda gerekliliğini incelemek için yol gösterici ilkeleri belirlemeye gerek duyduğunu açıklamıştır.

²⁰ *Boughanemi v. France*, 22070/93, 24 April 1996.

Mahkemeye göre, suç işlediği gerekçesiyle sınır dışı edilme kararıyla karşı karşıya kalan kişiler tarafından yapılan başvuruları incelerken şu unsurlar göz önüne alınmalıdır; başvurucu tarafından işlenen suçun niteliği ve ağırlığı; sınır dışı edileceği ülkede kalış süresi; ilgili kişilerin vatandaşlığı; evliliğin süresi; çiftlerin gerçek ve etkili bir aile ilişkisi sürdürdüğünü ortaya koyan diğer etkenler; aile ilişkisine girildiği sırada eşin, diğer eş tarafından işlenmiş olan suçu bilip bilmediği; çocukların varlığı ve yaşları.

Karara konu olan olayda başvuruyu yapan Bay Boulouf Cezayir vatandaşıdır. İsviçreli bir bayanla evlenmiştir. İşlediği bir suçtan dolayı bir süre cezaevinde kalmıştır. Serbest bırakıldığında İsviçre makamları oturum hakkını yenilemeyi reddetmişlerdir. Mahkeme bu başvuruyu incelerken özellikle başvurunun eşi ile birlikte Cezayir’de yaşamasının mümkün olup olmadığını incelemiştir. Başvurucunun eşi İsviçre vatandaşıdır. Cezayir’de hiç yaşamamıştır, o ülkeyle hiçbir bağı yoktur ve Arapça bilmemektedir. Bu koşullar altında, eşile birlikte Cezayir’de yaşamasının beklenilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

Mahkeme, başvurunun eşi İsveç vatandaşı olduğu için, başvurunun Cezayir’e gönderilmesinin onların aile yaşamına müdahale olduğunu kabul etmektedir. Bu durumda, söz konusu müdahalenin yasaya uygunluğu, 8 (2). maddede belirtilen meşru amaçlardan birine dayanıp dayanmadığı ve demokratik bir toplumda gerekliliği konusunda karar vermek gerekmektedir.

Mahkeme sınır dışı kararının İsviçre yasalarına dayanılarak verildiğini saptamıştır. Bu nedenle yasaya uygundur. 2. paragrafta belirtilen amaçlardan ikisine dayanılarak verilmiştir. Bunlar suç işlenmesini ve düzensizliği önlemektir. Ancak mahkemenin görevi, başvurunun oturum hakkının yenilmesinin reddedilmesi durumunda, başvurunun aile yaşamına saygı ile suç işlenmesinin ve düzensizliğin önlenmesi şeklindeki iki ayrı menfaat arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını saptamayı da içermektedir. Söz konusu değerlendirmeyi yapan Mahkeme, başvurunun aile yaşamını İsviçre dışında sürdürmesinin pratik olarak imkânsız olduğu görüşüne varmıştır. Diğer yandan da, başvurunun İsviçre’de yaşamasının kamu düzeni için ciddi bir tehlike oluşturmadığına dikkat çekmiş ve bu nedenle müdahalenin izlenen amaçla orantılı olmadığını sonucuna varmıştır.

Bu davada başvurunun lehine karar verilmiş olmakla beraber, söz konusu kararın Sözleşmeye taraf devletlere, yabancılara oturum izni vererek onların aile yaşamlarına saygı gösterme konusunda genel bir yükümlülük yüklenmediği açıktır. Nitekim Mahkeme bu konuyla ilgili verdiği diğer bazı kararlarda sınır dışı kararının Sözleşmeyi ihlal etmediği görüşüne varmıştır.

Örneğin *Nwoso v. Danimarka* kararı²¹ ile yakın bir tarihte verilmiş olan *Üner v. Hollanda* kararı²² bunlardan ikisidir.

Nwoso v. Danimarka davasında, Nijerya vatandaşı olan Bay *Nwosu* Danimarkalı bir kadınla evlenmiştir. Kısa bir sonra boşanmış ve Danimarkalı başka bir kadınla evlenmiştir. Bu arada uyuşturucuyla bağlantılı ağır bir suç işlemiştir. Danimarka makamları halen cezaevinde bulunan başvurucunun, cezasını bitirdikten sonra sınır dışı edilmesine karar vermiştir. Başvurucu, ülkesine gönderilmesi durumunda Danimarka'da işlediği suçtan dolayı Nijerya'da cezalandırılacağını söylemiş ve bu nedenden dolayı eşinin kendisiyle Nijerya'ya gelip yerleşemeyeceğini belirtmiştir.

Mahkeme karar verirken şu hususları dikkate almıştır; başvurucunun işlediği suç ağır bir suçtur. Danimarka'da bulunduğu süre içinde ülkesi Nijerya ile bağlarını korumuş, Nijerya'yı üç kez ziyaret etmiş ve yeni bir pasaport almıştır. Onun Danimarka ile ilişkisi esas itibariyle bir Danimarka vatandaşıyla evli olmasıyla sınırlıdır. Başvurucunun Danimarka'da işlemiş olduğu suçtan Nijerya makamlarının bilgi sahibi olacağı ve onu cezalandırabileceği iddiası inandırıcı değildir. Eşinin onunla birlikte Nijerya'ya dönmesi ve aile yaşamlarını orada sürdürmemeleri için bir neden yoktur. Bu yüzden aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğinden söz edilemez.

Mahkemenin *Boultif v. Hollanda* kararında başvurucunun eşinin başvuru ile birlikte Cezayir'e gitmesi durumunda karşılaşacağı zorlukları göz önüne almışken, *Nwoso v. Danimarka* kararında başvurucunun eşinin başvuru ile birlikte Nijerya'ya gitmesi durumunda karşılaşacağı zorlukları göz önüne almamış olması dikkate değerdir.

Mahkeme *Nwoso v. Danimarka* davasında başvurucunun işlemiş olduğu suçun ağırlığı üzerine durmuş ve kararını buna dayanarak vermiştir. Ancak başvurucunun ağır bir suç işlediği gerçeği, eşinin onunla birlikte yabancı bir ülkeye gitmesi durumunda karşı karşıya kalacağı zorlukların ağırlığını değiştirmez. Mahkemenin bu güçlüğü de ele almış olması beklenirdi²³.

Mahkeme, benzer bir dava olan *Üner v. Hollanda* davasında da ihlal olmadığı kararına varmıştır. Türk vatandaşı olan başvurucu, 12 yaşındayken ailesi ile birlikte Hollanda'ya yerleşmiştir. Kamusal alanda huzuru bozan fiillerinden dolayı birkaç kez cezalandırılmıştır. Hollanda vatandaşı bir ba-

21 *Nwoso v. Denmark*, 50359/99, 10 July 2001.

22 *Uner v. the Netherlands*, 46410/99, 5 July 2005.

23 Christa WIJNAKKER-Peter BOELES, Case Reports (a) European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (b) International Covenant on Political and Civil Rights, *European Journal of Migration and Law* 4, 2002, s. 264.

yanla birlikte yaşamaya başlamış ve bu birliktelikten bir çocukları olmuştur. Daha sonra birlikte yaşamaya son vermiş olmalarına rağmen, görüşmeyi sürdürmüşler ve çocuk ile baba arasında yakın bağlantı devam etmiştir. Başvurucu son olarak bir kişiyi öldürmek ve diğerini yaralanmaktan dolayı ceza almıştır. Cezaevinden çıktıktan sonra sınır dışı edilmiştir.

Mahkeme sınır dışı kararının Hollanda yasalarına uygun olan ve meşru amaçlar izleyen bir müdahale olduğunu kabul etmiştir. Müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı konusunda ise, *Bouldif v. Hollanda* kararında ortaya konulan rehber ilkelerin göz önüne alınacağını belirtmiştir.

Mahkeme kararını verirken özellikle başvurunun işlemiş olduğu suçun ağırlığı ve daha önce de suç işlemiş olduğu gerçeği üzerinde durmuş ve bu nedenle başvurunun kamu düzeni için tehlikeli olduğunu düşünmek konusunda meşru bir temelin olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme ayrıca başvurunun çocukları küçük olduğu için, Türkiye'ye gitmeleri durumunda adapte olabileceklerini düşünmektedir. Bu noktaların yanı sıra sınır dışı kararının belirli bir süre için verilmiş olduğunu göz önüne alarak aile yaşamına saygı hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Mahkeme, *Boultif v. Hollanda* kararında ortaya konulmuş olan rehber ilkelerin göz önüne alınacağını belirtmiş olmasına rağmen, bu kararda ortaya koyduğu görüşten uzaklaşmıştır. Çocukların Türkiye'ye adapte olacağını düşünmüş, ancak Hollanda vatandaşı olan annenin çocuklarıyla birlikte gitmesi durumunda yaşayacağı zorlukları göz önüne almamıştır. Mahkemenin daha önceki yaklaşımını değiştirdiği ve özellikle suç işleyen kişiler söz konusu olduğunda aile yaşamının korunmasına daha az önem verdiği görülmektedir.

Devletlerin, vatandaş olmayanları sınır dışı etme hakkını kullanarak, ağır suçları önleme konusunda meşru bir menfaatinin olduğu düşünülebilir. Ancak bu durumlarda dahi, aile yaşamının korunmasındaki bireylerin menfaatleri ile devletlerin sınır dışı etmeden kaynaklanan menfaatleri arasında denge kurulmasına çalışılmalıdır. Mahkemenin özellikle suç işleyen kişilerin sınır dışı edilmesi söz konusu olduğunda devletin takdir yetkisini geniş yorumladığı ve aile yaşamının korunması hakkı karşısında devletin menfaatlerini öne çıkardığı söylenebilir.

III- BİRLEŞMİŞ MİLLETLER İNSAN HAKLARI KOMİTESİNİN YAKLAŞIMI

A- Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin Öngördüğü Düzenleme

Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi²⁴ (bundan sonra Sözleşme olarak anılacaktır) aile yaşamı hakkını güvence altına alan diğer önemli bir belgedir. Bu konu, Sözleşmenin 17. maddesinde şöyle düzenlenmiştir:

Hiç kimsenin özel yaşamına, ailesine, konutuna ve haberleşmesine yasadışı ya da keyfi bir şekilde müdahalede bulunulamaz, kimsenin onur ve itibarına yasadışı bir şekilde saldırılamaz.

Herkes bu tür müdahalelere karşı yasa tarafından korunma hakkına sahiptir.

17. maddenin yanı sıra Sözleşmenin 23(1). maddesi de ailenin korunması ile ilgili şöyle bir hüküm içermektedir: Aile toplumun doğal ve temel grup birimidir ve toplum ve devlet tarafından korunma hakkına sahiptir.

Sözleşme yabancıların aile yaşamının korunması konusunda ayrı bir düzenleme içermemektedir. Yabancıların aile yaşamına yönelik ihlallerle ilgili olarak Komiteye yapılan başvurularda genellikle Sözleşmenin 17. ve 23. maddelerinin ihlal edildiği ileri sürülmektedir. Komite de bu alanda yapılan başvuruları bu maddeler açısından incelemektedir²⁵.

²⁴ Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi 1966 yılında kabul edilmiş, 1976 yılında da yürürlüğe girmiştir.

²⁵ Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 12. ve 13. maddesi de Sözleşmeye taraf bir devletin ülkesinde bulunan bir yabancıyı sınır dışı edilmeye karşı yasal olarak dayana-bileceği düzenlemeler içermektedirler. 12. madde; "1- Bir devletin ülkesi üzerinde yasal olarak bulunan herkesin orada özgürce dolaşma ve ikametgahını seçme hakkı vardır. 2- Herkes, herhangi bir ülkeyi, kendisinin de dahil olmak üzere, terk etmekte özgürdür. 3- Yukarıda belirtilen haklar kanunun öngördüğü ve ulusal güvenliğin, kamu düzeninin, kamu sağlığı veya ahlakının, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için zorunlu olan nedenler ve bu Sözleşmede tanınan diğer haklarla bağdaşanlar dışında hiçbir kısıtlamaya konu olamazlar. 4- Hiç kimse kendi ülkesine girme hakkından keyfi olarak mahrum edilemez." 13. madde; "Bu Sözleşmeye taraf bir devletin ülkesinde yasal olarak bulunan bir yabancı ancak yasaya uygun olarak alınmış bir karar uyarınca sınır dışı edilebilir ve ulusal güvenliğin zorunlu kıldığı haller dışında, sınır dışı edilmesine karşı neden öne sürebilme ve durumunu yetkili makama ya da bu makam tarafından özel surette yetkili kılınmış bir veya birkaç kişi tarafından, bunlar önünde kendisini temsil ettirerek, incelemek hakkına sahiptir."

B- Aile Yaşamı Hakkının Koruduğu Alan

Aile yaşamı hakkını ele alan 17. madde ne bu hakkın ne de madde içinde korunan diğer hakların tanımına yer vermiştir. Sözleşmenin içerdiği hakların uygulanmasını izlemek ve taraf devletlerin bu haklara saygı gösterip göstermediğini denetlemek amacıyla kurulmuş olan İnsan Hakları Komitesi²⁶, 17. maddeye ilişkin olarak yayınlamış olduğu 16 sayılı Genel Yorumda²⁷ bu madde içinde yer alan kavramlara açıklık getirmiştir²⁸.

Komite 16 sayılı Genel Yorumunda “aile” kavramının ilgili taraf devletlerin toplumunda bu kavrama verilen bütün anlamları kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiğini belirtmiş ve taraf devletlere Komiteye sunmuş oldukları raporlarda “aile” kavramına kendi toplumlarında verilen anlama yer vermeleri çağırısı yapmıştır.

Ailenin korunması görevini devlete yükleyen 23. maddede de bu kavrama açıklık getirilmemiştir. Komite 23. maddeye ilişkin 19 sayılı Genel Yorumunda²⁹, “aile” kavramını ele almıştır. Komiteye göre, “aile” kavramı bazı açılardan devletten devlete, hatta bir devlet içinde bölgeden bölgeye değişebilir. Bu nedenle standart bir tanım ortaya koymak olanaksızdır. Ancak bir devletin yasaları ve uygulamaları altında bir kişi grubu aile olarak tanımlanıyorsa, 23. maddede tanınan korumanın bu gruba sağlanması gerekmektedir.

Komite, bireysel şikâyetlerle ilgili vermiş olduğu kararlarda da aile kavramının geniş yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Örneğin, Ngambi ve Nebol v Fransa (1179/2003)³⁰ kararında, “aile” kavramının, Sözleşmenin amaçları açısından, ilgili toplumda anlaşıldığı biçimiyle bir aileyi içine alan her şeyi kapsayan bir şekilde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Komiteye göre, herhangi bir vakada resmi evlilik bağlarının olmaması, -özellikle de bölgesel geleneksel uygulamaların olduğu durumlarda,- böyle bir ailenin korunması zorunluluğunu ortadan kaldırmaz.

26 İnsan Hakları Komitesi 1976 yılında kurulmuş ve 1977 yılında da çalışmaya başlamıştır.

27 CCPR General Comment No.16, Thirty-second session, 08.04.1988.

28 Komite, Sözleşmenin maddelerini yorumlayan, devletlerin Sözleşme ile üstlenmiş oldukları yükümlülükleri yerine getirmeleri konusunda atmaları gereken adımlara yer veren, onlara bu konuda yol gösteren Genel Yorumlar yayınlamaktadır. Şimdiye kadar toplam otuz bir tane Genel Yorum yayınlamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>.

29 CCPR, Genel Comment No.19, Thirty-ninth session, 1990.

30 CCPR/C/81/D/1179/2003.

C- Devletin Yükümlülükleri ve Takdir Yetkisi

17. maddenin taraf devletlere yüklediği yükümlülük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin yüklediği yükümlülük gibi, yalnızca negatif değil aynı zamanda pozitif yükümlülüğü de içermektedir. Komite 17. maddede yer alan hakların korunması konusunda devletlere düşen yükümlülükleri de 16 sayılı Genel Yorumunda ele almıştır. Komitenin görüşüne göre;

17. madde kişilerin özel yaşamına, ailesine, konutuna, haberleşmesine ve onur ve itibarına yönelik yasadışı ve keyfi müdahaleyi yasaklamakta ve herkesin bu tür müdahale ve saldırılara karşı yasalar tarafından korunma hakkı olduğunu belirtmektedir. Bu hak, devlet yetkililerinden ya da gerçek veya tüzel kişilerden gelsin, bu türden her müdahale ve saldırıya karşı güvence altına alınması gereken bir haktır. Bu maddenin yüklediği yükümlülük, devletin bu tür müdahalelerin ve saldırıların yasaklanması ve aynı zamanda bu hakkın korunması amacıyla yasal ve diğer önlemleri almasını gerektirir.

Komitenin yaptığı bu yorum doğrultusunda, taraf devletler, özel yaşam hakkına özel kurumlardan gelecek müdahalelere karşı, hem medeni hem de cezai çözüm olanakları sunmak zorundadır. Özel yaşama yönelik en büyük müdahaleler özel kurumlar tarafından gerçekleştiği için bu daha büyük bir önem taşımaktadır³¹.

17. madde yasal olmayan her tür müdahaleyi yasaklayarak, bu maddede tanınan haklar açısından etkili bir koruma sağlamaktadır. Maddede yer alan “yasadışı” kavramı, yasa tarafından öngörülen durumlar dışında hiçbir müdahalenin yapılamaması anlamına gelmektedir.

Ancak bu maddenin sağladığı koruma açısından eksik olan nokta, bu hakka yasa ile sınırlama getirilmesine izin verilirken, hangi nedenlerle sınırlama yapılabileceğinin tek tek belirtilmemiş olmasıdır. Örneğin, ifade özgürlüğünü düzenleyen 19. maddede veya sendika hakkını düzenleyen 22. maddede bu hak ve özgürlüklerin sınırlama nedenleri tek tek belirtilmiştir. Bunlar milli güvenlik, kamu düzeni, kamu sağlığı ya da kamu ahlakının korunması gibi nedenlerdir.

17. maddede sınırlamaya izin verilirken, sınırlama nedenlerinin belirtilmemiş olması ve sınırlamanın sınırının belirlenmemiş olması bir eksikliktir. Bu durumda, yasayla olması koşuluyla, Sözleşmenin diğer maddelerinde yer alan sınırlama nedenlerinin dışında başka takdiri nedenlere dayanarak bu

³¹ Sarah JOSEPH- Jenny SCHULTZ- Melisa CASTAN, The International Covenant on Civil and Political Rights, Cases, Materials and Commentary, Oxford University Press, 2004, s. 488.

hakların sınırlanabileceği düşünülebilir. Ancak bu yaklaşımın kabul görmesi söz konusu hakları kullanılamaz hale getirebilir.

Bu nedenledir ki, Komite aynı Genel Yorumda yasa tarafından yapılabilecek müdahalenin sınırlarını ortaya koymuş ve yasa koyucunun bu konudaki takdir yetkisine sınırlama getirmiştir. Komitenin bu konuda getirdiği sınırlamalar şunlardır: “Öncelikle devlet tarafından izin verilen müdahale, Sözleşmenin amaçlarına, hedeflerine ve hükümlerine uygun olan yasa temeline dayanmalıdır. Ayrıca Sözleşmeye uygun müdahaleler söz konusu olduğunda dahi, ilgili yasal düzenlemeler bu tür müdahalelere hangi koşullarda izin verilebileceğini ve müdahalenin sınırlarını net olarak belirlemelidir. Yasanın izin verdiği müdahalenin kullanımına ilişkin karar yalnızca yasayla belirlenmiş yetkililer tarafından alınmalıdır”.

Komite “keyfi müdahale” kavramına da yine aynı Genel Yorumda açıklık getirmiştir. Komitenin görüşüne göre, “keyfi müdahale” kavramı aynı zamanda yasanın izin verdiği müdahalelerin dahi, Sözleşmenin hükümlerine, amaçlarına ve hedeflerine uygun olmasını ve her bir vakanın kendi koşulları içinde makul olmasını gerektirmektedir.

Komite, bireysel şikâyetlerle ilgili vermiş olduğu kararlarda da keyfi müdahale kavramlarına açıklık getirmektedir. Komite müdahalenin gerçekleştiği sonucuna ulaştığı her başvuruda, bu müdahalenin keyfi olup olmadığını da incelemektedir. Komite’ye göre, bir müdahalenin keyfi olmaması için, söz konusu müdahalenin ulaşılmak istenen sonuçla orantılı olması ve söz konusu vakanın koşullarında gerekli olması zorunludur. Eğer yapılan müdahale bu koşulları taşıyorsa keyfi bir müdahale söz konusu demektir.

D- Karar Örnekleri

Sözleşmede yer alan hakların ihlalden mağdur olduğunu ileri süren bireyler tarafından yapılan şikâyetleri inceleme yetkisine sahip olan Komite³², sayıları fazla olmamakla beraber, yabancıların aile yaşamına yönelik müdahaleleri konu edinen şikâyetleri de ele almıştır.

Komite, bu yöndeki şikâyetleri incelerken öncelikle 17. maddenin güvence altına almış olduğu haklara yönelik bir müdahale olup olmadığını incelemektedir. Müdahale olduğu görüşüne varması durumunda, söz konusu müdahalenin bir yasaya dayanıp dayanmadığını ve keyfi olup olmadığını incelemektedir. Şayet müdahale yasadışı veya keyfi ise, bu durumda ihlal olduğu sonucuna ulaşmaktadır.

³² Bireysel şikâyet başvurularını inceleme yetkisi, 1976 yılında yürürlüğe girmiş olan Birinci Seçmeli Protokol ile Komiteye tanınmıştır.

Komite, aile üyelerinden birinin sınır dışı edilmesinin, bu kişinin aile yaşamına yönelik bir müdahale oluşturabileceğini kabul etmektedir. Ancak, yalnızca aile üyelerinden bazılarının taraf devletin ülkesinde kalma hakkının olması diğer aile üyelerine de bu ülkede kalma olanağı tanımaz. Diğer aile üyelerinden ülkeyi terk etmelerinin istenmesi halinde, bu durum aileye yönelik bir müdahalenin gerçekleştiği anlamına gelmez.

Komitenin bu değerlendirmeyi yaptığı kararlardan biri *Byahuranga v. Danimarka* (1222/2003)³³ kararıdır. Uganda vatandaşı olan başvuru, 1984 yılında Danimarka'ya yerleşmiş ve Tanzanya vatandaşı bir kadınla evlenmiştir. Bu evlilikten iki çocukları olmuştur. Başvurucunun eşi ve çocukları Danimarka'da oturma statüsü elde etmişlerdir. Uyuşturucuyla bağlantılı bir suçtan dolayı mahkûm olan ve hakkında ülkeden sınır dışı edilme kararı verilen başvuru, sınır dışı edilmesi durumunda aile yaşamına keyfi bir müdahalenin söz konusu olacağını iddia etmekte ve ayrıca taraf devletin 23(1). maddede tanımlandığı şekliyle toplumun doğal ve temel birimi olan aileyi koruma görevini ihlal ettiğini belirtmektedir.

Komite, iki çocuklu bir aile babasının sınır dışı edilmesine karar verilmesi ve aileyi ya babayla birlikte gitme ya da babadan ayrı olarak o ülkede kalma kararı vermeye zorlamanın aileye yönelik bir müdahale olarak nitelendirilebileceğini belirtmiştir. Bu müdahaleye Danimarka Yabancılar Yasası olanak tanımaktadır. Ancak müdahale yasaya dayandırılrsa dahi, sözleşmenin amaçlarına, hedeflerine ve hükümlerine uygun olmalıdır ve vakanın koşullarında makul olmalıdır. Komiteye göre, aile yaşamına yapılan müdahalenin haklı olup olmadığını değerlendirirken, bir yandan ilgili kişinin sınır dışı edilmesi konusunda taraf devletin ileri sürdüğü gerekçelerin önemi ve diğer yandan sınır dışı etmenin sonucu olarak aile üyelerinin yaşayacağı sıkıntının derecesi gibi kriterlerle değerlendirme yapılmalıdır. Mevcut vakada, taraf devlet, başvuru aile yaşamına müdahaleyi başvuru işlediği suçların niteliği ve ciddiliği gerekçesiyle haklı göstermeye çalışmaktadır. Bu gerekçeler başvuru aile yaşamına müdahaleyi haklı göstermeye yetmektedir. Bu nedenle başvuru Uganda'ya geri gönderilmesi durumunda 17. ve 23(1). maddenin ihlali söz konusu olmayacaktır.

Komite bu kararı verirken geride kalan aile üyelerinin menfaatlerini dikkate almamıştır. Buna gerekçe olarak, Bay Byahuranga'nın yalnızca kendi hakkı açısından şikayette bulunmuş olmasını göstermiştir. Ancak Komite-

³³ CCPR/C/82/D/1222/2003.

nin bu yaklaşımı oldukça şekilci bir yaklaşım olarak değerlendirilmekte ve bu nedenle eleştirilmektedir³⁴.

Komite Byahuranga v. Danimarka kararında eş ve çocukların durumunu dikkate almazken, Madafferi v. Avustralya (1011/2001)³⁵ kararında ise, başvuruçunun sınır dışı edilmesi durumunda eş ve çocuklarının yaşayacakları zorluklar üzerinde önemle durmuştur. Bay Madafferi ile eşi birlikte başvuru yapmış ve ayrıca başvuruyu çocukları adına da yaptıklarını belirtmişlerdir. Bu nedenle Komite, eş ve çocukların durumunu da incelemiştir.

Madafferi v. Avustralya vakasında, başvuru İtalyan vatandaşıdır ve İtalya'da iki yıl hapis yatmıştır. Turist vizesiyle gelmiş olduğu Avustralya'da vizesi bittikten sonra da kalmış ve kısa bir süre sonra da bir Avustralya vatandaşı ile evlenmiştir. Bu evlilikten dört çocuğu olmuştur. Başvuruçucu Avustralya'da yapmış olduğu evliliğe dayanarak oturma izni almak için başvurmuştur, ancak bu talebi reddedilmiştir. Bunun nedeni, İtalya'da almış olduğu cezadan dolayı, Avustralya Göçmen Yasası altında "kötü karakterli" kişi olarak tanımlanmasıdır.

Komite, dört küçük çocuğu olan bir aile babasının sınır dışı edilmesinin ve aileyi onunla gitme ya da taraf devletin ülkesinde kalma şeklinde bir seçim yapmaya zorlamanın aileye yönelik bir müdahale oluşturduğu kanaatinde. Komiteye göre, şayet Bayan Madafferi ve çocukları ailenin bölünmesini engellemek amacıyla İtalya'ya gitmeye karar verirlerse, bilmedikleri ve dilini konuşamadıkları bir ülkede, kendilerine yabancı olan bir ortam içinde yaşamak zorunda kalacaklardır. Bu nedenle, şayet sınır dışı kararı uygulanırsa, bu durum sözleşmenin 17.maddesine aykırı olarak aile yaşamına müdahale oluşturacaktır.

Byahuranga v. Danimarka ile Madafferi v. Avustralya kararları karşılaştırıldığında, Byahuranga v. Danimarka vakasında Komitenin kararını başvuruçunun Danimarka'da ağır bir suç işlemiş olması gerçeği üzerine dayandığı görülmektedir. Komite, sınır dışı kararının aile yaşamına müdahale oluşturduğunu kabul etmiştir. Ancak başvuruçucu o ülkede ağır bir suç işlemiş olduğu için bu müdahalenin Sözleşmeyi ihlal etmediği sonucuna varmıştır. Madafferi v. Avustralya vakasında ise, başvuruçucu sınır dışı edileceği ülke olan Avustralya'da suç işlememiştir. Komiteye göre, onun yirmi yıl önce

34 Bkz. Pieter BOELES-Marianne BRUINS, Case Report of the European Court of Human Rights, the Human Rights Committee and the Committee Against Torture, *European Journal of Migration and Law* 7, 2005, s. 338.

35 CCPR/C/81/D/1011/2001.

İtalya'da işlemiş olduğu suça dayanarak sınır dışı edilmesi Sözleşmeyi ihlal edecektir.

Komite, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarında olduğu gibi, suç işleyen bir kişinin sınır dışı edilmesine ilişkin kararlara karşı yapılan başvurularda devletin takdir yetkisini geniş yorumlamaktadır. Özellikle de başvuruçunun sınır dışı edildiği ülkede eş ve çocuklarının olmaması durumunda 17. maddenin ihlal edilmediği yönünde karar vermektedir. Böylesi bir durumda anne, baba ve kardeşlerin o ülkede yaşıyor olmasını dikkate almamaktadır.

Canepa v. Kanada (558/1993)³⁶ kararı buna örnektir. Bu başvuruya konu olan olayda, İtalyan vatandaşı olan başvuruçucu beş yaşında iken ebeveynleri ile birlikte İtalya'dan Kanada'ya göç etmiştir. On üç yaşında uyuşturucu kullanmaya başlamış, sonraki yıllarda da çok sayıda suç işlemiştir. İşlediği suçlardan dolayı defalarca tutuklanmış ve hakkında sınır dışı edilme kararı alınmıştır. Başvuruçucu, sınır dışı edilmesinin aile yaşamına müdahale oluşturduğunu ileri sürmektedir, çünkü sınır dışı edilmesi durumunda Kanada'da yaşayan babası, annesi ve erkek kardeşinden oluşan çekirdek ailesinden ayrılacaktır.

Komite, taraf devletin sunduğu delillere dayanarak şu saptamayı yapmıştır: Başvuruçucu genellikle uyuşturucu elde edebilmesi için gerekli olan parayı sağlamak amacıyla birçok kez hırsızlık yapmıştır. Onun sınır dışı edilmesi yasaya dayanmakta ve kamu güvenliği ile kamu yararının korunması açısından gerekli görülmektedir. Ayrıca başvuruçunun Kanada'da ne eşi ne de çocukları vardır. Kanada'da bulunan anne ve babası ise, onun suç işlemesini engelleyememiştir. Başvuruçucu, bu açılardan ailesinin desteğinin gelecekte ona nasıl yararlı olabileceğini ya da ailesinden ayrılmasının onun durumunu nasıl kötüleştirebileceğini ortaya koyamamıştır. Aile bağları içinde ekonomik bağımlılık söz konusu değildir. Bu gerçekler dikkate alındığında aile yaşamı hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmaktadır.

Komite, aile yaşamının korunmasıyla bağlantılı olan yasal düzenlemelerin ayrımcılık içermesini Sözleşmeye aykırı bulmaktadır. Aumeeruddy-Cziffra ve 19 Diğer Kadın v. Mauritian (35/1978)³⁷ vakasında kadınlara karşı ayrımcılık içerdiği öne sürülen Göçmenlik Yasasını ve Sınır dışı Yasasını ele almıştır. Başvuruçular söz konusu iki yasada yapılan değişiklikten önce Mauritius vatandaşlarıyla evli olan yabancı kadın ve erkeklerin aynı oturma statüsüne sahip olduklarını belirtmişlerdir. Ancak yeni düzenleme bu

³⁶ CCPR/C/59/D/558/1993.

³⁷ CCPR/C/0P/1 at 67.

konuda ayrımcılık yapmaktadır. Mauritiuslu kadınların yabancı eşleri oturma statülerini kaybetmekte ve oturma izni için tekrar başvuru yapmak zorunda kalmaktadırlar. Ancak yeni düzenleme Mauritiuslu erkeklerle evli olan yabancı kadınların statüsünü etkilememektedir.

Komite, Mauritiuslu kadınlarla evli olan erkeklerin oturma statülerindeki belirsizlik ve sınır dışı edilmeleri olasılığının aile yaşamına yönelik bir müdahale olduğunu kabul etmiştir. Mevcut durumda cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılmıştır. Bu durum başvuru sahiplerinin haklarını kullanmalarını etkilemiştir. Bu ayrımın yapılmasını haklı kılacak bir gerekçe gösterilmemiştir. Bu nedenle 17(1). madde ile bağlantılı olarak 2(1). madde ve 3. madde³⁸ ihlal edilmiştir. Aynı zamanda, söz konusu çiftler Sözleşmenin 23(1). maddesi anlamında bir "aile" oluşturmaktadırlar. Bu nedenle onlar bu maddenin gerektirdiği şekilde toplum ve devlet tarafından korunmayı hak etmektedirler.

Sınır dışı kararının uygulanması durumunda özellikle çocukların eğitimi ve sosyal ilişkilerinin olumsuz etkilenmesi olasılığı karşısında Komite hem 17. maddenin hem de 24(1). maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmaktadır. Bu konuda örnek verilebilecek karar *Winata ve So Lan Li v. Avustralya* (930/2000)³⁹ kararıdır.

Başvuruculardan Bay Winata 1985 yılından, Bayan Li ise 1988 yılından beri yasal oturma statüleri olmaksızın Avustralya'da kalmaktadırlar. Başvurucular 1988 yılından beri birlikte yaşamaktadırlar ve bu birliktelikten bir çocukları olmuştur. Başvurucuların çocuğu olan Barry Avustralya'da doğmuş ve on yıl boyunca orada ikamet etmiş olduğu için 1998 yılında bu ülkenin vatandaşı olmuştur. Çocuğun vatandaşlığa geçmesinden sonra anne ve babası Avustralya'da yasal olarak kalabilmek için vize başvurusunda bulunmuşlar, ancak bu talepleri reddedilmiştir.

Komite, bir taraf devletin ülkesinde izinsiz olarak kalan kişileri o ülkenin sınır dışı edebilme hakkına sahip olduğunu kabul etmektedir. O ülkede çocuk dünyaya getirmeleri ve bu çocuğun doğumla ya da sonradan o ülkenin vatandaşlığını kazanması, çocuğun anne ve babasının o ülkeden sınır dışı edilmesi kararını keyfi hale getirmez. Ancak devletin bu konudaki takdir yetkisi sınırsız değildir. Söz konusu vakada, başvuru sahipleri on dört yıldır bu ülkede kalmaktadır. Şimdi on üç yaşında olan çocukları Avustralya'da doğmuş ve büyümüşdür. Bu ülkede okula gitmiş ve sosyal ilişkiler geliştirmiştir.

³⁸ 3. madde, "Bu Sözleşmeye taraf olan devletler bu Sözleşmede yer alan tüm kişisel ve siyasi haklardan erkeklerle kadınların eşit şekilde yararlanması hakkını sağlamayı taahhüt ederler".

³⁹ CCPR/C/72/D/930/2000.

Bu süre dikkate alındığında, söz konusu kararı keyfi bir karar olmaktan çıkarmak için, taraf devlet göçmenlik yasasındaki düzenlemelerin dışında, anne ve babayı ülkeden göndermeyi haklı kılacak ek gerekçeler sunmalıdır. Taraf devlet bu konuda ek gerekçeler sunmamıştır. Komite bu nedenle söz konusu kararın keyfi olduğuna ve uygulamaya konulması durumunda, Sözleşmenin 23. maddesiyle birlikte 17. maddesini ihlal edeceğine ve ayrıca Barry Winata'ya bir çocuk olarak gerekli koruma tedbirleri sağlanmadığı için onun açısından 24(1). maddenin⁴⁰ ihlal edileceğine karar vermiştir.

Bu vakada dikkat çekici olan husus, tarafların Komiteye yaptıkları sunumlarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına atıf yapmış olmalarıdır. Hem taraf devlet hem de başvuru kendi iddialarını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin konuyla ilgili olarak vermiş olduğu kararlara dayandırmışlardır. Taraf devlet Boughanemi v. Fransa kararı ile Ahmet v. Hollanda kararını örnek vermiş ve Mahkemenin 8. maddeyi değerlendirirken, bu maddenin çiftlere oturacağı yeri seçme konusunda olanak tanımadığını belirttiğine dikkat çekmiştir. Buna karşılık başvurucular ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, “aile yaratmak” amacıyla bir devlete giriş yapmak isteyenlere karşı kısıtlayıcı bir yaklaşım içindeyken, bir devlette halihazırda oluşmuş bulunan mevcut ailelere karşı çok daha liberal bir tutum benimsediğini ileri sürmüşlerdir.

IV- SONUÇ

Aile yaşamı hakkını güvence altına alan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesi ile Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 17. maddesi arasında bazı farklar olmakla beraber, büyük ölçüde benzer oldukları söylenebilir. Aradaki en önemli fark, 17. maddede yer alan haklara yasa ile müdahalede bulunulmasına izin verilirken, hangi nedenlerle müdahale edilebileceğinin belirtilmemiş olmasıdır. Bu açıdan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin daha etkili bir koruma sağladığı söylenebilir. Sözleşmenin 8. maddesinde sınırlama nedenleri tek tek belirtilmiş ve bu belirtilen nedenler dışında başka bir nedenle sınırlama yapılmasına izin verilmemiştir. Diğer bir fark ise, 8. maddede yer alan özel yaşama “saygı” ifadesidir. Bu tür bir ifade 17. maddede yer almamış ve müdahaleyi daha net bir dille yasaklayan bir ifade kullanılmıştır.

40 24(1). madde, “Her çocuğun, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, ulusal ya da toplumsal köken, servet veya soy gibi herhangi bir ayrımcılık yapılmaksızın, ailesi, toplum ve devlet tarafından alınacak ve bir küçük olarak durumunun gerektirdiği koruma önlemlerine hakkı vardır”.

Her iki madde metninde bazı farklılıklar olmakla beraber, her ikisinin de taraf devletlere getirdiği yükümlülük hem negatif hem de pozitif bir yükümlülüktür. Taraf devletler bu tür müdahalelerin ve saldırıların engellenmesi amacıyla yasal ve diğer önlemleri almak zorundadırlar. Bu madde ile bağdaşmayan müdahalelerden kaçınma ve böylesi eylemlerin işlenmesini engelleyecek yasal çerçeveyi sağlama yükümlülüğü altındadırlar.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile İnsan Hakları Komitenin kararları karşılaştırıldığında, her iki organın kararlarında büyük ölçüde benzerlik olduğu görülmektedir. Özellikle tarafların Komiteye yaptıkları sunumlarda Mahkemenin kararlarına atıf yapmaları dikkat çekicidir. Her iki organ da yabancıların aile yaşamı hakkını, devletin aileye müdahale hakkıyla dengeleme yoluna gitmektedir. Bunu yaparken her bir başvuruyu kendi koşulları içinde değerlendirmektedirler. Ancak, suç işleyen yabancıların sınır dışı edilmesi söz konusu olduğunda hem Mahkeme hem de Komite taraf devletin takdir yetkisinin genişleyeceğini kabul etmektedir.