

## Anayasa Mahkemesi'nin Sherapat Yagmyrova Kararı\* Üzerine Bazı Değerlendirmeler

### Some Reviews on Sherapat Yagmyrova Decision\* of Constitutional Court

Esra Dardoğan Kibar<sup>†</sup>, Doğa Elçin<sup>\*\*</sup>, Oğün Erşan Aydınli<sup>\*\*\*</sup>

#### Öz

Anayasa Mahkemesi, 2020 yılında *Sherapat Yagmyrova (Yagmurova)* tarafından, kendisinin sınır dışı edilmesi nedeniyle özel ve aile hayatına saygı hakkının, eşitlik ilkesinin, kötü muamele ve işkence yasağının; idari gözetim altında tutulma nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılmış olan bireysel başvuruya ilişkin bir karar vermiştir. Bu kararda başvurucunun özel hayat ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiası açıkça dayanaktan yoksun olması; eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddiası da benzer şekilde dayanaktan yoksun olması; kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiası ise kanun yollarının tüketilmemesi sebebiyle kabul edilemez olarak değerlendirilmiştir. Söz konusu bireysel başvuru kararı hem güncel tarihli olması hem ihlal iddialarının çokluğu hem de Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli konulardaki son yaklaşımlarını yansıtmaması nedeniyle dikkat çekmektedir. Öte yandan karara konu olay bulaşıcı hastalık nedeniyle sınır dışı edilme gibi tartışmalı bir konuyu da içermesi sebebiyle karar incelemeye değer görülmüştür. Çalışmada başvurucunun iddiaları hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları hem de Anayasa Mahkemesi'nin daha önce verdiği kararlar ışığında ele alınmıştır. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi'nin *Sherapat Yagmyrova (Yagmurova)* kararında vermiş olduğu karar değerlendirilerek başvuruya konu edilen iddialar hakkında çeşitli değerlendirmeler yapılmıştır.

#### Anahtar Kelimeler

*Sherapat Yagmyrova (Yagmurova)* Kararı, Sınır Dışı Etme, Aile Hayatına ve Özel Hayata Saygı Hakkı, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkı

#### Abstract

Constitutional Court has delivered a judgement dealing with her assortment that was put forward by *Sherapat Yagmyrova (Yagmurova)* including violation of private and familial life, principle of equality, cruel treatment and torture for her deportation, and violation of personal liberty and security resulted from her being kept under detention. In this judgement, due to violation of the applicant's private and familial life hasn't been based upon any ground; and her assessment on violation about equality principle and interdiction of discrimination also doesn't have any ground; and also, her assessment on personal liberty and security would not be admitted since not being exhausted of domestic remedies. The aforementioned application judgement calls attention due to both its current date and the abundance of assertion of violation and it also reflects the latest attitude of the Constitutional Court on various questions. On the other hand, since the subject of decision includes a controversial topic such as being deported due to a communicable disease has been considered to be evaluated. In this study, the applicant's assertion has been evaluated in the light of both previous judgments of the Constitutional Court and European Court of Human Rights. Within this scope, the

\* Sorumlu Yazar: Esra Dardoğan Kibar (Prof Dr.), Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: esra.dardagankibar@atilim.edu.tr ORCID: 0000-0001-7622-1246

\*\* Doğa Elçin (Doç. Dr.), Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: dogaelcin@atilim.edu.tr ORCID: 0000-0002-5218-8709

\*\*\* Oğün Erşan Aydınli (Arş. Gör.), Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: ogun.aydinli@atilim.edu.tr ORCID: 0000-0002-0665-3753

Atf: Dardagan Kibar E, Elcin D, Aydınli OE, "Anayasa Mahkemesi'nin Sherapat Yagmyrova Kararı\* Üzerine Bazı Değerlendirmeler" (2020) 40(2) PPIL 1477. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.832066>

judgement of the Constitutional Court about *Sherapat Yagmyrova (Yagmurova)* has been evaluated and the subjects dealing with application have been taken into account.

**Keywords**

*Sherapat Yagmyrova* Decision, Expulsion, Right to Respect for Private and Family Life, Right to Equality and Non-Discrimination, Right to Liberty and Security

**Extended Summary**

In our paper, the first issue to be analysed has been the alleged violation of the right to respect for private and family life embodied and guaranteed in articles 20 and 41 of the Constitution.

The applicant maintained that her deportation was in breach of the right to respect for private and family life by invoking that her deportation and removal to Turkmenistan would result in rupture of her family ties with her daughters and in damages in family integrity. This allegation has been declared inadmissible by the Turkish Constitutional Court (Court) as being manifestly ill-founded. Concerning the alleged violation of the right to respect for family life, in the absence of evidence about the existence of additional relationship of dependence between the applicant and her adult daughters, the normal emotional family ties have been considered by the Court as insufficient to motivate the guarantees embodied in articles 20 and 41. On the other hand, the Court declared that the applicant couldn't prove that she has established in Turkey strong ties to be protected in the sphere of the right to respect for private life.

Our study on alleged violation of the right to respect for family life due to deportation is focused on the definition of family life in the jurisprudence of Court and the European Court of Human Rights (ECHR). The restrictive view adopted by the ECHR in conceptualizing the family life in the sphere of article 8 of the European Convention of Human Rights (Convention) excludes, in migration cases, the relationship between parent and adult children unless they can demonstrate additional elements of dependence. This view which constitutes a model for the Court is analysed and discussed in consideration of relevant cases. A previous judgment rendered by the Court may be considered as adopting less rigid approach in comparison to dominant approach in the jurisprudence of ECHR.

The assessment of the alleged violation of the right to respect to private life appears to play a somewhat secondary role by regards to the examination of deportation cases by the ECHR for the purposes of the guarantees provided by the article 8 of the Convention. The essential subject of discussion in the decision of Court concerning the right to respect to private life is the emphasizing of the lack of evidence in the application file for long-time and "lawful" residence in Turkey. This issue has been analysed by taking into consideration relevant decisions of the ECHR.

In this study, deportation from the standpoint of public health and on which cases will communicable diseases be considered as justification of deportation has been discussed. According to World Health Organisation, the possibility of contraction of an infectious disease of foreigners, whose standard of living is low and who fall short of treatment opportunity and vaccination in the origin, transit, destination country as well as other foreigners in the country who are in the need of international protection, is higher. Research have been shown that the risk of contraction to an infectious disease spread from the refugees among the citizens of the country is lower in comparison with the citizens in the country.

Public health and security are the most encountered reasons of deportation in enforcement, among others. Nevertheless, it is emphasized that deportation of a foreigner who has an infectious disease should be considered as a last resort. Because during the execution of deportation, the opportunity of treatment has been more difficult and thus the possibility of contamination is higher.

Although Administrative Court has searched deficient examination on deportation with the reasons of public health, the reason have not been based on concrete events and proof, it has been understood that the deportation judgement about the applicant with the public health reasons doesn't put forward any concrete data on infringe of prohibition of equality and so the assertion of the applicant hasn't been based on any principle.

The applicant was taken under administrative detention to be deported. The administrative detention decision was appealed, but the appeal was dismissed. The decision regarding this appeal is final judgement according to Turkish law. Later, the administrative detention decision was lifted by the administration. The applicant also alleged that her right to freedom and security of person was violated due to this administrative detention. However, the Court stated that the person could claim this violation in administrative courts. Therefore, the Court rejected the request with the reason of the legal remedies were not exhausted. Considering the previous decisions of the Court, it has decided that if the appeal against the decision of administrative detention is rejected, individual application can be filed. However, in this decision, the Court stated that it was possible to proceed to the administrative court since the administrative detention was terminated by the administration. However, in our opinion, in the lights of previous decisions of the Court, there is no legal interest of applying to the administrative court since there is a final court decision since administrative courts would be bound by final judgement on administrative detention appeal.

## Anayasa Mahkemesi'nin Sherapat Yagmyrova Kararı\* Üzerine Bazı Değerlendirmeler

### Giriş

Anayasa Mahkemesi'nin *Sherapat Yagmyrova (Yagmurova)* Başvurusu üzerine vermiş olduğu 21.07.2020 tarihli kararında, sınır dışı edilme kararı nedeniyle özel hayat ve aile hayatına saygı hakkının, eşitlik ilkesinin, kötü muamele ve işkence yasağının; idari gözetim altında tutulma nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği yönündeki iddialar değerlendirilmiştir<sup>1</sup>.

İlgili olaylar kısaca özetlenecek olursa, başvuru Türkmenistan uyruklu *Yagmyrova (Yagmurova)*, 1964 doğumludur. Başvurucunun 1991 ve 1990 doğumlu iki kızı bulunmaktadır. Başvurucu, 19.07.2016 tarihinde Batum'a gitmek üzere Atatürk Havalimanı'nda iken yapılan pasaport kontrolünde, başvurucunun daha önceki soyadının *Yagmyrova* olduğu anlaşılmış, hakkında vize ihlali ve ikamet izninin geçersiz olması nedeniyle 28.07.2012 tarihinde yurda giriş yasağı koyulduğu, buna karşın yasa dışı yollardan Türkiye'ye geldiği tespit edilmiştir. Yapılan sağlık kontrolünde başvurucunun TPHA testlerinin pozitif çıktığı, *sifilis* bulaşıcı hastalığı olduğu anlaşılmıştır. İstanbul Valiliği tarafından 20.07.2016 tarihinde Türkiye'ye giriş kurallarını ihlal ettiği, kamu düzenini ve kamu sağlığını tehdit ettiği, kaçma ve kaybolma riski bulunduğu gerekçeleriyle başvuru hakkında sınır dışı ve idari gözetim kararı alınmıştır<sup>2</sup>. Başvurucu 20.07.2016 tarihinde sınır dışı edilmek üzere İstanbul İl Göç İdaresi Müdürlüğü Geri Gönderme Merkezine yerleştirilmiştir. Başvurucunun idari gözetim kararına karşı yaptığı itiraz İstanbul 2. Sulh Ceza Hakimliğinin 02.08.2016 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Söz konusu karar aynı tarihte kesinleşmiştir. Bununla birlikte İstanbul İl Göç İdaresi Müdürlüğüne başvurucunun mide rahatsızlığı olması ve düzenli olarak ilaç tedavisi görmesi dikkate alınarak on beş günde bir imza vermesi şartıyla 22.08.2016 tarihinde salıverilmesine karar verilmiştir<sup>3</sup>.

Başvurucu, 28.07.2016 tarihinde sınır dışı edilmesi kararına karşı İstanbul 1. İdare Mahkemesinde iptal davası açmıştır. Başvurucu dava dilekçesinde iki kızının Türkiye'de üniversite eğitimi aldığını, sınır dışı edilmesi hâlinde aile birliğinin bozulacağını belirtmiş; ayrıca ek beyan dilekçesi vererek özel bir hastaneden temin ettiği raporu sunarak test sonucunun geçirilmiş eski hastalığı gösterdiğini ve aktif bulaşıcı hastalığı olmadığını belirtmiştir<sup>4</sup>. Davalı idare birinci savunma dilekçesinde, davacının Ahıska Türkü olmadığı hâlde Ahıska Türklerine verilen 14.04.2010 tarihli

1 Başvuru 21.03.2017 tarihinde yapılmış olup, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur. Komisyonda başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiş; Bölüm başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığı'na gönderilmiş, Bakanlık görüş bildirmemiştir.

2 Anayasa Mahkemesi, 2017/11905, 21.7.2012, para 8.

3 ibid para 9.

4 ibid para 10.

ikamet tezkeresi düzenlendiğinden bahisle tahdit kaydı bulunduğu, ayrıca 30.07.2009 tarihli semti meçhul tahdit kaydı ve 13.12.2011 tarihli N-99 (istizanlı vize) tahdit kaydı bulunduğu belirtilmiştir. Ayrıca Ahıska Türklerine verilen ikametgâh belgesi düzenlendiğinden bahisle resmî belgede sahtecilik suçundan Mersin 2. Asliye Ceza Mahkemesinde kamu davası açıldığı ifade edilmiştir. Başvurucunun TPHA testlerinin pozitif çıktığı, *sifilis* hastalığı olduğu, kamu düzenini ve kamu sağlığını tehdit ettiği ifade edilmiştir. Başvurucunun istizanlı vize tahdit kodu koyulmasına rağmen ön izin alınmadan 06.04.2014 tarihinde ülkeye giriş yaptığı anlaşıldığından legal yollardan geldiğinin kabul edilmeyeceği savunulmuştur<sup>5</sup>.

İdare Mahkemesi, 26.12.2016 tarihinde davayı kesin olarak reddettiği kararında, süresi dolmuş olan tahdit kayıtları nedeniyle davacının Türkiye'ye girişinin yasa dışı sayılamayacağı ve tahdit kayıtları neden gösterilerek sınır dışı etme kararı alınmasının hukuka uygun olmadığı ancak hakkında TPHA *sifilis* tanısı bulunduğundan kamu sağlığı açısından tehdit oluşturduğu sabit görülerek sınır dışı edilmesine ilişkin işlemin hukuka aykırı olmadığı ifade edilmiştir<sup>6</sup>. Karar başvurucuya 27.02.2017 tarihinde tebliğ edilmiş, başvurucu 21.03.2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur<sup>7</sup>.

Bu çalışmada, Anayasa Mahkemesi'nin *Sherapat Yagmyrova (Yagmurova)* Başvurusu üzerine verdiği karar, özel hayat ve aile hayatına saygı hakkının, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddialar ve kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı açısından değerlendirilmeye çalışılacaktır.

## I. Özel Hayat ve Aile Hayatına Saygı Hakkının İhlâl Edildiğine İlişkin İddia

### A. Başvuruya Temel Oluşturan Olay ve Olgular- İddianın İçeriği

Başvuru tarihinde yaklaşık 53 yaşında bulunan başvurucu *Sherapat Yagmyrova*, 26 ve 27 yaşında iki çocuğa sahiptir<sup>8</sup>. Başvurucu, beyanına göre, iki kızıyla birlikte yaşamaktadır<sup>9</sup>. *Yagmyrova* başvuru formunda ev hanımı olduğunu belirtmiştir. Başvuruda, *Yagmyrova*'nın herhangi bir işte çalıştığına, kızlarının eğitim ve bakım masraflarını üstlendiğine, kızlarının onun bakım ve yardımına muhtaç olduğuna ilişkin bir iddia veya bilgiye yer verilmemiştir<sup>10</sup>.

5 ibid para 11.

6 ibid para 12.

7 ibid para 14. Başvurucunun sınır dışı işlemine yönelik tedbir kararı verilmesi istemi, Anayasa Mahkemesinin 23.03.2017 tarihli kararı ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 73. maddesi uyarınca reddedilmiştir. 14.12.2017 tarihinde resmî belgede sahtecilik suçundan açılan dava sonucunda başvurucunun, suçun yasal unsurlarının oluşmadığından beraatine karar verildiği anlaşılmıştır. Bkz ibid para 16.

8 ibid paras 8, 40.

9 ibid para 30.

10 ibid para 40.

Başvurucu, Türkiye’de kızlarıyla birlikte yaşadığını, kızlarının çalışma ve öğrenci ikamet izinlerinin bulunduğunu, sınır dışı edilerek Türkmenistan’a gönderilmesi halinde, birlikte yaşadığı kızlarıyla bağının kopacağını, aile bütünlüğünün bozulacağını ifade etmiştir. *Yagmyrova*, bu nedenlerle, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür<sup>11</sup>.

## B. İddianın Anayasa Mahkemesi Tarafından İncelenmesi

### 1. İddiaya İlişkin İncelemede Esas Alınan Düzenlemeler ve İçtihat

Özel hayat ve aile hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın değerlendirilmesinde, Anayasa Mahkemesi tarafından esas alınan genel ilkeler, Anayasa’nın, aile hayatına saygı hakkını güvence altına alan 20. maddesinin birinci fıkrası ve ailenin korunması için devlete ödevler yükleyen 41 maddesinde yer almaktadır<sup>12</sup>. Kararda, ayrıca, “İlgili Hukuk” başlığı altında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS), özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesi zikredilip, hükmün uygulanmasına dair Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadı özetlenmiştir.

Özetlenen içtihadta vurgulanan hususlar şu şekilde özetlenebilir:

Yabancı kişinin yakın aile bireylerinin bulunduğu bir ülkeden ayrılmak zorunda olması, bazı koşullarda, aile hayatına saygı hakkının ihlaline yol açabilir<sup>13</sup>. AİHM birçok içtihadında, belirli suçları işlemiş olmaları dolayısıyla kamu düzeni açısından tehlike oluşturdukları düşüncesiyle sınır dışı edilmelerine karar verilen başvuruçular tarafından aile hayatına saygı bağlamında ileri sürülen ihlal iddialarını değerlendirmiş, söz konusu işlemlerin kişilerin aile hayatına müdahale oluşturduğunu belirtmiştir<sup>14</sup>. Ancak AİHS bir yabancının istediği ülkeye girme, ülkede ikamet etme veya aile hayatını belli bir ülkede kurma hakkını güvence altına almamaktadır. Sözleşmeciler devletler yabancıların ülkeye giriş, ülkede ikamet ve ülkeden sınır dışı edilmelerini denetleme hakkına sahiptir<sup>15</sup>.

Sözleşme tarafından sağlanan güvenceler, esas olarak ülkede yasal olarak ikamet eden yabancıları kapsar. Bununla birlikte, belli koşullar altında ülkede hukuka aykırı olarak ikamet eden yabancıların da aile hayatına saygı hakkına ilişkin olarak Sözleşme’nin tanıdığı güvencelerden yararlanmaları söz konusu olabilir. Ancak göç kontrolü ve kamu düzeninin korunması için söz konusu olan gereklilikler aile hayatına saygı hakkının sınırlandırılmasında devlete geniş takdir yetkisi verir<sup>16</sup>.

11 ibid.

12 ibid paras 31-33.

13 ibid para 23.

14 ibid para 27.

15 ibid paras 20-21.

16 ibid para 24.

Sözleşme'nin 8. maddesinin sağladığı güvenceler açısından, sınır dışı etme ve ülkeye kabul ile ilgili davalarda, aile kavramı çekirdek aile sınırlı olarak anlaşılmaktadır. Çiftler arasındaki ilişkilerle anne-baba ve küçük çocuklar arasındaki ilişkiler bu kavram kapsamında mütalâa olunur. Yetişkin çocuklar aileye bağımlı ve muhtaç oldukları ispat edildiği ölçüde aile kavramına dâhil edilirler<sup>17</sup>. Mevcut aile hayatının söz konusu olup olmadığı, aile hayatına yönelik tedbirin kesinleştiği, nihai hâle geldiği tarih itibariyle dikkate alınır<sup>18</sup>.

## 2. Anayasa Mahkemesi Tarafından Yapılan İnceleme ve Değerlendirme

Anayasa Mahkemesi, ilk olarak 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun ve İçtüzüğü'nün ilgili hükümlerine dayanarak, ihlal iddialarının kanıtlanması külfetinin başvurucuya düştüğünü ifade etmiştir. Bu kurallar uyarınca, ihlal edildiği öne sürülen hak ve özgürlükler ile dayanılan Anayasa hükümlerinin, ihlal gerekçelerinin, temel alınan delillerin ve ihlal iddiasına esas olan idarî işlem veya kararların aslı veya örneğinin dava dilekçesine eklenmesi gerekir. Başvuruda, ihlal iddiasının dayandırıldığı tüm olaylar sunulmalı, hükmün esasını etkileyecek argümanlar başvuru dilekçesinde yer almalıdır<sup>19</sup>.

Aile hayatı kavramına dair mütalâada, Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerinde hükme bağlanmış olan aile hayatına saygı hakkı, kamusal makamların bu konudaki pozitif yükümlülüğü ve buna ilişkin içtihat vurgulandıktan sonra, sınır dışı etme ve ülkeye kabulle ilgili başvurularda, aile kavramının çekirdek aile olarak, çiftler arasındaki ilişkiler ile anne-baba ve küçük çocuklar arasındaki ilişkileri kapsayacak şekilde ele alınmasının gerektiği belirtilmiştir. Yetişkin çocukların aile kavramına dâhil edilmeleri, aileye bağımlı ve muhtaç oldukları ispat edilebildiği ölçüde mümkündür<sup>20</sup>. Somut olayda, başvurucunun kızları, başvuru tarihi itibariyle, 26 ve 27 yaşlarında yetişkin kişilerdir. Başvurucunun herhangi bir işte çalıştığına dair bilgi mevcut değildir. Başvurucu, kızlarının eğitim ve bakım masraflarını üstlendiği veya kızlarının kendisinin bakım ve yardımına muhtaç olduğu konusunda hiçbir iddiada bulunmamış, herhangi bir somut bilgi vermemiştir. Başvurucu ile kızları arasında duygusal bağlar bulunduğu kuşku yoksa da yetişkin çocukların aileye bağımlı ve muhtaç oldukları ispatlanmadığından sadece aile olmaktan kaynaklanan duygusal bağlar, Anayasa'nın 20. ve 40. maddelerinde hükme bağlanan güvenceleri harekete geçirmeye yeterli görülmemiştir<sup>21</sup>.

Öte yandan, kararda başvurucunun Türkiye'de uzun yıllardır yasal olarak bulunduğunu ortaya koyamadığı, başvuruda, özel hayata saygı kapsamında korunması

17 ibid para 25.

18 ibid para 26.

19 ibid paras 34, 36.

20 ibid para 39.

21 ibid para 40.

gereken kişisel, sosyal ve ekonomik güçlü bağlar kurulduğunun da kanıtlanmadığı ifade edilmiştir<sup>22</sup>.

Sonuçta, somut olayda başvurunun iddiasına ilişkin delilleri sunma ve temel hak ve özgürlüğünün ihlal edilmesine ilişkin açıklamalarda bulunma yükümlülüğünü yerine getirmediği ifade edilerek başvurunun “özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlali” iddiası ile ilgili kısmının “açıkça dayanaktan yoksun olması” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir<sup>23</sup>. Bu itibarla, Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük ilkesi açısından değerlendirme yapılmamıştır.

### C. Karar Hakkında Değerlendirme

#### 1. Aile Hayatına Saygı Hakkının İhlali İddiasının Ele Alınışı

Aile hayatına saygı hakkının somut olayda ihlal edilip edilmediğine ilişkin Anayasa Mahkemesi değerlendirmesinde, aile kavramına başvurunun yetişkin çocuklarının dâhil edilmemesinin belirleyici unsur olduğu görülmektedir.

İlgili kişinin, çocuklarının veya aile bağı içinde olduğu diğer aile üyelerinin bulunduğu ülkeden sınır dışı edilmesi veya aile üyelerinin bulunduğu ülkede bu kişilerle birlikte olmasının engellenmesinin AİHS m.8 açısından aile hayatına saygı hakkına yönelik müdahale oluşturabileceği kabul edilir<sup>24</sup>. AİHM içtihadında, sınır dışı etme işleminin AİHS m.8’ini ihlalini oluşturup oluşturmadığı tespit edilirken başvurunun sınır dışı edildiği/ edileceği ülke ve gönderileceği ülke ile bağlarının kapsamı dikkate alınır<sup>25</sup>.

Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği üzere, başvuru *Yagmyrova* hakkında sınır dışı etme ve idari gözetim kararı, Türkiye’ye giriş kurallarını ihlal ettiği, kamu düzenini ve sağlığını tehdit ettiği, kaçma ve kaybolma riski bulunduğu gerekçesiyle alınmıştır<sup>26</sup>. İdare Mahkemesi kararında, *Yagmyrova*’nın ülkeye girişinin giriş yasaklarının süresinin 2012’de dolmuş olması sebebiyle yasaya aykırı sayılmayacağı bildirilmiştir<sup>27</sup>. Esasen, Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği gibi, belirli koşullar altında ülkede hukuka aykırı olarak bulunan yabancıların aile yaşamının da AİHS m. 8’in sağladığı güvencelerden yararlanması söz konusu olabilir<sup>28</sup>. Anayasa Mahkemesi

22 ibid para 41.

23 ibid paras 41-42.

24 Ursula Kilkelly, *Le droit au respect de la vie privée et familiale, Un guide sur la mise en œuvre de l’article 8 de la Convention Européenne des Droits de l’Homme* (Conseil de l’Europe 2003), 60-61. İlgili içtihat hakkında bkz. Anayasa Mahkemesi, ‘Sherapat Yagmyrova’ (n 2) paras 23-27.

25 ibid 61.

26 ibid 8.

27 ibid 12.

28 ibid 24.



kararının aile kavramına odaklanması dolayısıyla, somut olayda İdare Mahkemesi kararında ifade edildiği üzere, yasa dışı giriş de söz konusu olmadığından yabancının ikametinin hukuka uygun veya hukuka aykırı olmasının aile hayatına saygı hakkının değerlendirilmesine etkisi üzerinde ayrıntılı olarak durulmayacak, bu hususa kısaca özel hayata saygı hakkının ihlali iddiasına dair kısımında değinilecektir<sup>29</sup>.

Anayasa Mahkemesi kararında, AİHM içtihadında belirlenen ilkelere geniş atfı yapılmıştır. AİHM içtihadı söz konusu kararla irtibatlı olarak incelendiğinde, temel nokta, AİHS m.8 kapsamında, aile kavramının içeriğinin, göçle ilgili konularda daha dar olarak belirlenmesidir. Genel olarak, m.8 açısından, aile, anne-baba ve küçük çocuklar dışında, anne-baba ile ergin çocuklar, büyük anne, büyük baba, nişanlı çiftler gibi yakınlar arasındaki bağlar üzerinden tanımlanır<sup>30</sup>. Anne-babanın birbiriyle evli olup olmaması, küçük çocuğun ebeveyniyle birlikte yaşayıp yaşamaması dikkate alınmaz<sup>31</sup>. Ancak göçle ilgili olaylarda, anne-baba ve küçük/ bağımlı yetişkin çocukları arasındaki ilişkileri içine alan bir aile kavramsallaştırması söz konusudur<sup>32</sup>. Yetişkin kardeşler arasındaki veya anne-baba ve yetişkin çocukları arasındaki ilişkiler, ancak somut olayın koşullarına bağlı olarak AİHS m. 8'de öngörülen korumanın kapsamına girebilir. İlke olarak, Anayasa Mahkemesi kararında da vurgulandığı gibi, sınır dışı etme ve ülkeye giriş alanında (göçle ilgili konularda) yetişkinler arasındaki ilişkiler, normal, duygusal bağların ötesine geçen bağımlılık unsurlarının varlığı tespit edildiği takdirde m. 8 kapsamında koruma görebilir<sup>33</sup>.

Yetişkin aile bireyleri arasındaki ilişkiler açısından AİHS m. 8 kapsamında korumanın gündeme gelmesini sağlayacak durumlar konusunda, AİHM'nin oldukça kısıtlayıcı bir yaklaşım benimsediği söylenebilir. Örneğin, *Senchishak v. Finland* kararına (no 5049/12, 18.11.2014) esas olan olayda, Finlandiya vatandaşı olan kızının yanında yaşayan 72 yaşındaki Rus kadının ikamet izni talebi Finlandiya makamlarınca reddedilip, hakkında ülkeden uzaklaştırma kararı verilmiştir. AİHM, 8. madde açısından yaptığı inceleme sonucunda, başvurusunun 5 yıl boyunca kızının

29 İkametin yasal veya yasa dışı oluşuna göre farklılaşan kistaslar hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. Mark Klaassen, 'Between facts and norms: Testing compliance with Article 8 ECHR in immigration cases' (2019) 37 (2) Netherlands Quarterly of Human Rights 157, 160 vd.

30 Alan Desmond, 'The Private Law 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, 266; Doğa Elçin, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Aile İkamet İzni: Aile Hayatı Hakkı mı? Aile Birleşimi Hakkı mı?' (2017) 30 (1) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 117, 130-131; Ivana Roagna, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları* (Avrupa Konseyi 2012), 28.

31 Desmond (n 30) 266.

32 Göç hukukuna giren olaylarda, çekirdek aile içi ilişkiler m.8 kapsamında ele alınmakla birlikte, bu ilişkiler mevcut olduğunda da, aile hayatının nitelik ve doğasının değerlendirildiği görülmektedir. *Üner v. Netherlands* App no. 46410/99 (ECHR, 18 October 2006) kararında, başvurusunun partneri ve bu beraberlikten doğan çocuğu ile kısa süre birlikte yaşadığına dikkat çekilmiş, bu durumda aile hayatına müdahalenin aile hayatı üzerindeki etkisinin, daha uzun süre aile hayatı sürdürme halleriyle aynı bulunmayacağı sonucuna varılmıştır (para. 61).

33 Council of Europe, 'Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights Right to respect for private and family life, home and correspondence' < <https://www.refworld.org/docid/5a016ebe4.html> > Erişim Tarihi 4 December 2020, 380. İlgili bazı kararlar için bkz. *S. & S. V. United Kingdom* App no. 10375/83 (ECHR 10 December 1983); *Slivenko v. Latvia* App no. 48321/99 (ECHR 9 October 2003); *A. S. v. Switzerland* App no 39350/13 (ECHR 30 June 2015).

yanında yaşamasının AİHS m.8 kapsamında aile hayatı teşkil etmediğini tespit etmiştir. Başvurucunun sağlık sebepleriyle günlük hayatında dış yardıma muhtaç olmasının kızının yanında yaşama zorunluluğunu beraberinde getirmediği, Rusya’da da sağlık kurumlarının bulunduğu vurgulanmıştır<sup>34</sup>.

Bu kısıtlayıcı bakışın nispeten esnekleştiğini akla getiren az karar vardır. *Maslov v. Austria* kararında<sup>35</sup>, ülkeden uzaklaştırma kararı alındığında ergin olmayıp karar nihaileştiğinde ergin olan ve anne-babası ile birlikte yaşayan kişi ile ilgili olarak, duruma göre aile hayatı hakkına yönelik müdahalenin söz konusu olabileceği kabul edilmiştir. Bu yaklaşım, henüz kendi ailesini kurmamış genç yetişkinlerin anne-baba ve diğer yakın aile üyeleri ile ilişkilerinin m. 8 anlamında aile hayatı teşkil ettiğini teyit eden önceki içtihatla desteklenmiştir<sup>36</sup>.

Sağır-dilsiz, okuması yazması olmayan başvurunun sınır dışı edilmesi ile ilgili olarak, AİHM bu kişinin ancak ailesi içinde asgari psikolojik ve toplumsal dengeye ulaşabildiğini kabul ederek ölçülülük açısından m. 8/2’ye aykırılık bulunduğunu ve söz konusu tedbirin aile hayatına saygıya yönelik ihlal oluşturabileceğini bildirmiştir. Başvurucu pek çok suça karışmış, genel olarak anne-babası, bazen yetişkin kardeşleriyle yaşayan yetişkin bir kişidir. Burada, dezavantajlı yetişkin birey ile diğer yetişkin aile üyeleri arasındaki ilişkinin duygusal bağı aşan bir bağımlılık ilişkisi olarak kendini gösterdiği dikkat çekmektedir<sup>37</sup>. Kararda, aile kavramı başlı başına analiz konusu teşkil etmemiş, “demokratik bir toplum içinde zorunlu” bir müdahalenin mevcut olup olmadığına ilişkin tartışma içinde ele alınmıştır<sup>38</sup>.

Belirtilen kısıtlayıcı yaklaşım, gerek bazı kararlarda açıklanan azınlık görüşlerinde, gerek doktrinde eleştirilmektedir. Eleştiriler, AİHM tarafından benimsenen genel yaklaşımda, aile kavramının ülkelere, toplumlara göre farklılaşan algılanış tarzlarının ve somut olayın özelliklerinin dikkate alınmaması noktalarında toplanmaktadır<sup>39</sup>.

Anayasa Mahkemesinin esastan incelediği, sınır dışı etme işlemi sonucunda aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiası içeren bir bireysel başvuruda (*Peri Kırık* başvurusu), ilk bakışta, aile kavramının nispeten esnek yoruma tâbi tutulduğu söylenebilir<sup>40</sup>. Kararda, Azerbaycan vatandaşı olan başvuru kadını, başvuru tarihinde 22 yaşında olan kızı arasındaki bağ, Anayasa’nın 20. maddesi anlamında mevcut aile bağı olarak kabul edilmiştir. Başvurucunun kızının, eşinden boşandıktan sonra, annesi ile birlikte yaşaması ve geçim masraflarının annesi tarafından karşılanması anne ile

34 *Senchishak v. Finland* App no 5049/12 (ECHR 18 November 2014), para 57.

35 *Maslov v. Austria* App no 1638/03 (ECHR 23 June 2008).

36 ibid para 62. Kararın, aile kavramına yönelik genel yaklaşıma istisna getirmediği yönünde bkz. Desmond (n 30) 267.

37 *Nasri v. France*, App no 18/1994/465/546, (ECHR 21 June 1995), paras 44, 46.

38 ibid paras 38 vd.

39 Geniş tahlil için bkz. Desmond (n 30) 269-271.

40 Anayasa Mahkemesi, 2015/19795, 9.1.2019 (*Peri Kırık*).

yetişkin kızı arasındaki ilişkinin Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında ele alınmasında etkili olmuştur. Bu nedenle, ihlal iddiasının mahiyeti gereği, başvurunun aile hakkına saygı hakkı açısından değerlendirilmesi uygun görülmüştür<sup>41</sup>. Bununla birlikte, somut olayda anne ve kızının Azerbaycan'da yaşamalarına bir engel bulunduğu ilişkin somut bilgi ve bulgu bulunmadığı ifade edilmiştir<sup>42</sup>. Öte yandan, sınır dışı etme işleminin başvuruçunun Türkiye'ye giriş kurallarını "ısrarlı şekilde" ihlal etmesi sonucu tesis edildiği, isnadın ağırlığı sebebiyle kamu düzenini koruma amacının ağır bastığı tespit edilmiştir. Gözetilen meşru amaç karşısında, aile hayatına saygı hakkına yönelik müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bulunmadığı ve ölçülü olduğu sonucuna varılarak başvuru reddedilmiştir. *Peri Kırık* kararında, AİHM'nin *Senchishak v. Finland* kararına nazaran, yetişkin aile fertleri arasındaki destek ilişkisinin daha güçlü biçimde gözetildiği, dolayısıyla daha esnek bir aile algılayışının kendini gösterdiği dikkat çekmektedir. *Senchishak v. Finland* kararında, yaşlı ve engelli kadınla ona destek olan kızı arasında 5 yılı bulan birlikte yaşam AİHS m.8 anlamında "aile hayatı" olarak kabul edilmemiştir.

İnceleme konusu kararla *Peri Kırık* kararı arasında, aile kavramına yaklaşım açısından farklılık mevcut mudur? *Yagmyrova* kararında, başvurunun kabul edilmez bulunuşu, ileri sürülen iddiaların doğruluğunu destekleyecek nitelikte delil sunulamamasına dayandırılmıştır. Başvurucu kadın ile kızları arasında, aile olmaktan kaynaklanan duygusal bağları aşacak nitelikte destek, bağımlılık ilişkisi bulunduğu tespit edilememiştir. *Peri Kırık* kararına esas teşkil eden olayda ise, başvuruçunun kızının geçim masraflarını karşılaması söz konusudur. Anlaşıldığı kadarıyla bu durumun varlığına ilişkin inandırıcı deliller mevcuttur. Buna bağlı olarak, başvuru ile kızı arasında aile hayatının mevcut olduğu sonucuna varılmıştır. Sonuç olarak, iki karar arasında aile kavramına yaklaşım açısından bir yorum farklılığından söz edilemez.

İnceleme konusu kararda, aile hayatına saygı hakkı kapsamında değerlendirilebilecek, aile olmaktan kaynaklanan olağan duygusal bağların ötesine geçen bakım ve destek ilişkileri tespit edilemediğinden bahisle kabul edilmezlik kararı verilmiş, aile hayatının mevcudiyetine ilişkin olguların niteliği üzerinden tartışma yapılmamıştır. Böyle bir tartışmaya yer olsaydı, kanaatimizce, *Peri Kırık* başvurusu kararı göz önünde tutularak, AİHM kararlarındaki genel eğilime kıyasla daha esnek yaklaşım benimsenebileceği öngörülebilir.

## 2. Özel Hayata Saygı Hakkının İhlali İddiasının Ele Alınışı

İnceleme konusu kararda, başvuruçunun özel hayata saygı hakkı çerçevesinde korunması gerekli bir durumu olduğunu iddia etmediği, Türkiye'de uzun yıllardır yasal olarak bulunduğunu ortaya koymadığı, Türkiye'de özel hayata saygı hakkı kapsamında

41 ibid para 34.

42 ibid para 51.

korunması gereken kişisel, sosyal ve ekonomik güçlü bağlar kurduğunu kanıtlayamadığı bildirilmiştir. Aile hayatına saygı hakkı ihlali iddiası ile birlikte, özel hayata saygı hakkı ihlali iddiası da kabul edilemez bulunmuştur. Burada da iddianın açıkça dayanaktan yoksunluğu sebebiyle kabul edilemezlik kararı verildiğinden, ayrıca başvuruda özel hayata saygı hakkı çerçevesinde korunması gereken bir durum belirtilmediğinden, belirtilen hakkın varlığına işaret eden olgular üzerinden değerlendirme yapılmamıştır. Bu itibarla, sınır dışı etme işleminden kaynaklanan başvuruların AİHM tarafından, özel hayata saygı hakkı açısından nasıl değerlendirildiği üzerinde kısa bilgi verilecek, daha sonra kararda öne çıkan “ikametinin yasal olup olmadığı” hususunun özel hayata saygı hakkına yönelik tespitler üzerindeki etkisine değinilecektir.

AİHM kararlarında, sınır dışı etme işlemi ile ilgili başvurularda ileri sürülen AİHS m. 8’e yönelik ihlal iddiaları, daha ziyade aile hayatına saygı hakkı açısından ele alınmıştır. *Üner v. Netherlands* kararında, başvuru incelenirken aile hayatı veçhesine mi, özel hayat veçhesine mi odaklanılması gerektiğinin somut olayın kendi şartlarına göre değerlendirileceği ifade edilmişse de<sup>43</sup>, doktrinde vurgulandığı gibi, iki veçhe açısından da değerlendirme yapmaya engel yoktur; esasen, aile kavramına yönelik kısıtlayıcı yaklaşım özel hayat yönünden bağımsız değerlendirme yapılmasını daha da önemli kılar<sup>44</sup>. Kişinin uzun süre yaşadığı ülkeden sınır dışı edilmesi, bu ülkede tesis ettiği kişisel, toplumsal, ekonomik vs. bağlarının kopması anlamına gelir. Bu açıdan, sınır dışı etme kararları ile ilgili başvurularda özel hayata saygı hakkının değerlendirilmesi önemli bir gerekliliktir.

*Slivenko v. Latvia* kararı, sınır dışı etme işlemine yönelik başvurunun aile hayatına saygı hakkından bağımsız olarak, özel hayata saygı hakkı çerçevesinde değerlendirildiği ender kararlardan biridir. Kararda, ailenin Rusya’ya zorunlu göçe tâbi tutulmasının aile hayatına saygı hakkının ihlali olmadığı bildirilmiş; buna karşılık, kişilerin doğdukları günden itibaren, kesintisiz olarak, özel hayatlarını oluşturan kişisel, sosyal, ekonomik ilişkiler ağı geliştirdikleri ülkeden uzaklaştırılmalarının özel hayata saygı hakkına yönelik müdahale teşkil ettiği kabul edilmiştir<sup>45</sup>. Ancak bu kararın temelindeki olayın şartları oldukça farklı ve özeldir. Sınır dışı etme işleminin temelinde ilgililerin tehlikeli veya genel olarak hukuka aykırı eylemleri değil, Rusya ve Letonya arasında, Rus askerî birliklerinin çekilmesine ilişkin olarak akdedilmiş antlaşma vardır. Bu nedenle, *Slivenko v. Latvia* kararının farklı durumlara ilişkin başvurular üzerindeki etkisinin tartışmalı olduğu belirtilmiştir<sup>46</sup>. Ancak sonraki dönemlerde, az sayıda da olsa, sınır dışı etme kararlarının m. 8 açısından değerlendirilmesinin özel hayata saygı hakkı üzerinden gerçekleştirildiği başka kararlar verilmiştir. Bu kararlar daha ziyade küçük yaşta geldiği ve beşerî-sosyal

43 *Üner v. Netherlands* (n 32) para 59; aynı yönde bkz. *Maslov v. Austria* (n 35) para 63.

44 Bkz bu yönde, *Desmond* (n 30) 272-274.

45 *Üner v. Netherlands* (n 32) para 96.

46 Geniş inceleme için bkz. *Desmond* (n 30) 274-275; Sylie da Lomba, “Vulnerability and The Right to Respect for Private Life as an Autonomous Source of Protection against Expulsion under Article 8 ECHR” (2017) 6 (4) *Laws*.

bağlarının yoğunlaştığı ülkeden sınır dışı edilen kişileri ilgilendirmektedir<sup>47</sup>. Belirtilen kararlardan inceleme konusu olaya dair sonuç çıkarmak zordur.

Anayasa Mahkemesi kararında yer alan özel hayata saygı hakkına ilişkin değerlendirmenin ilginç bir yönü, başvuruçunun “Türkiye’de uzun yıllardır yasal olarak bulunduğunu ortaya koyamadığının” vurgulanmasıdır. Sınır dışı etme kararlarına yönelik başvurularda, özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilebilmesi için, başvuruçunun uzaklaştırıldığı ülkede yasal olarak ikamet etmesi zorunlu mudur? İlgili AİHM kararlarında özel hayata saygı hakkı tek başına ender olarak değerlendirildiğinden, genel bir eğilimden söz etmek için erken olabilir<sup>48</sup>. Ancak çocukluk hayatının tamamını veya büyük bir kısmını ev sahibi ülkede hukuka uygun olarak ikamet ederek geçirmiş “yerleşik göçmenin” sınır dışı edilmesinin, ancak çok ciddi sebepler bulunması hâlinde haklı gösterilebileceği belirtilmektedir<sup>49</sup>. Bu bağlamda, AİHM ağır suçlardan mahkûm edilmiş çocuksuz göçmenin sınır dışı edilmesinde özel hayat açısından ihlal bulmamıştır. Kararda ergin olduktan sonra birden çok suça karışan başvuruçunun uzun süre içinde yaşadığı topluma entegre olmadığı, geldiği ülkenin hukukuna riayet etme iradesini göstermediği vurgulanmıştır<sup>50</sup>. Buna karşılık, m. 8 yönünden ihlal bulunduğu hükmedilen *Butt v. Norway* kararında<sup>51</sup>, Norveç’te yasal olmadan uzun süre ikamet eden kişilerin yaşadıkları ülke ile olan güçlü aile hayatı ve özel hayat bağları olduğu vurgulanmış<sup>52</sup>, sınır dışı kararına temel teşkil eden suçun uzun süre önce işlendiği göz önünde tutulmuştur<sup>53</sup>. Sonuçta, ilgili hakkında alınmış olan sınır dışı etme kararında, göç politikalarının uygulanması konusunda taraf devletlere tanınan takdir yetkisinin sınırlarının aşıldığı, kamusal menfaatlerle özel hayat ve aile hayatın korunmasına ilişkin özel menfaatler arasında denge kurulamadığı ifade edilmiştir<sup>54</sup>. *Butt v. Norway* kararında, özel hayat ve aile hayatı birlikte ele alınmıştır. Ancak, bu karar göz önüne alındığında, AİHM içtihadı uyarınca, özel hayata saygı hakkının sadece yasal ikamet sahipleri açısından değerlendirileceği yönünde

47 Konuya ilişkin olup, başvuruçunun yasal ikametinin vurgulandığı kararlar için bkz. *A.A. v. United Kingdom* App no. 8000/08 (ECHR, 20 September 2011), 49; *A. H. Kahn v. United Kingdom* App no. 6222/10 (ECHR 20 December 2011), paras 32, 41.

48 Özel hayata saygı hakkının aile hayatına saygı hakkı karşısındaki ikincil konumunun eleştirisi ve çözüm önerileri için bkz. da Lomba (n 46) 7 vd.

49 Council of Europe (n 33) 64.

50 *Levakovic v. Denmark* App no. 7841/14 (ECHR, 23 October 2018), 44-45; Council of Europe (n 33) 63-64.

51 *Butt v. Norway* App no. 47017/09 (ECHR, 4 December 2012).

52 ibid para 87.

53 ibid para 89.

54 ibid para 90.

sonuç çıkarmak zorlaşmaktadır<sup>55</sup>. Öte yandan, inceleme konusu karar açısından, başvurunun Türkiye’de hukuka aykırı ikamet ettiği ve bunun sonucunda hakkında giriş yasağı getirildiği tespit edilmekle birlikte, sınır dışı etme işleminin yasaya aykırı giriş gerekçesiyle alınmasının İdare Mahkemesi tarafından hukuka uygun görülmediği de göz önünde tutulmalıdır.

## II. Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

### A. Başvuruya Temel Oluşturan Olay ve Olgular- İddianın İçeriği

Başvurucunun Anayasa Mahkemesine başvurusuna neden olan ve İstanbul 1. İdare Mahkemesince verilen sınır dışı edilme kararında hukuka uygun bulunan tek neden, başvurunun *sifilis* bulaşıcı hastalığı tanısının bulunması ve bu nedenle kamu sağlığı açısından tehdit oluşturmasıdır. İstanbul 1. İdare Mahkemesi kararında, süresi dolmuş olan tahdit kayıtları nedeniyle davacının Türkiye’ye girişinin yasa dışı sayılmayacağı ve tahdit kayıtları neden gösterilerek sınır dışı etme kararı alınmasının hukuka uygun olmadığı ancak hakkında TPHA (+) *sifilis* tanısı bulunduğundan kamu sağlığı açısından tehdit oluşturduğu sabit görülerek sınır dışı edilmesine ilişkin işlemin hukuka aykırı olmadığı ifade edilmiştir<sup>56</sup>.

Başvurucu, güncel laboratuvar sonuçlarına göre TPHA (+) bulgusunun yeni gelişmiş *sifilisi* değil, eskiden geçirilmiş sifilisi gösterdiğini, aktif bulaşıcı hastalığı olmadığını iddia etmiştir<sup>57</sup>. Başvurucu; İstanbul 1. İdare Mahkemesi kararının önceki kararıyla ve AİHM kararlarıyla çeliştiğini belirtmiştir. İstanbul İdare Mahkemesinin Hepatit B hastalığı olan bir kişi hakkında verdiği emsal kararı belirterek bu hastalığın kamu sağlığı için tehdit oluşturmadığı sonucuna varıldığını, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin *Kiyutin/Rusya* kararının da bu doğrultuda olduğunu ifade etmiştir. Başvurucunun aktif bulaşıcı hastalığı olduğu kabul edilse bile hastalığı nedeniyle sınır dışı edilmesine karar verilmesinin ayrımcılık oluşturacağı ifade edilmiştir<sup>58</sup>.

55 İkamet izni talebinin reddine ilişkin olarak, aksi yönde verilmiş bir karar için bkz. *Pormes v. Netherlands* App no. 25402/14 (ECHR, 28 July 2020). Küçük yaşta, babasıyla birlikte geldiği Hollanda’da, yetişkin olana kadar geçerli ikamet izni olmadan yaşayan başvurunun geçici ikamet izni talebi, işlediği saldırı suçları nedeniyle, kamu düzeni bakımından tehlike oluşturduğu gerekçesi ile reddedilmiştir. AİHM m. 8 yönünden ihlal bulunmadığına hükmetmiştir. Kararda, başvurunun Hollanda ile güçlü bağlarının bulunduğu tespit edilmekle birlikte, işlenen suçların ağırlığı karşısında, devlet menfaatlerinin başvurunun özel menfaatlerine nazaran ağırlıklı olduğu kabul edilmiştir. Kararın ilginç yönü, yasal olmayan ikamet ihlal bulunup bulunmadığının tayininde belirleyici faktör olmadığının ima edilmesidir. Başvurucunun ikameti yasalara uygun olmadığı halde, farklı menfaatlerin çatışması sebebiyle, bu menfaatlerin “nötr” bir hareket noktasından değerlendirilmesi gerekli görülmiştir. Bu itibarla, her ne kadar varılan sonuç farklı olsa da yasal olmayan ikamet değerlendirilmesi açısından, bu kararlar *Butt v. Norway* kararı arasında yaklaşım benzerliği bulunduğu söylenebilir. Karar değerlendirmesi için bkz. Mark Klaassen, “A Right to Regularize Unlawful Residence? Pomes v. Netherlands Untangled” (Strasbourgobservers, 2020) <<https://strasbourgobservers.com/category/cases/pomes-v-the-netherlands/>> Erişim tarihi 17 November 2020.

56 Anayasa Mahkemesi, ‘Sherapat Yagmyrova’ (n 2) para 12.

57 ibid para 43.

58 ibid.

## B. İddianın Anayasa Mahkemesi Tarafından İncelenmesi

### 1. İddiaya İlişkin İncelemede Esas Alınan Düzenlemeler ve İçtihat

İddiaya ilişkin incelemede esas alınan düzenlemelere, ulusal hukuk ve uluslararası hukuk bakımından ayrı ayrı yer verilmiştir. İddiaya ilişkin ulusal hukuk düzenlemesi, 04.04.2013 tarih ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 54. ve 57. maddeleridir. 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, 54. madde birinci fıkrasında, sınır dışı edilme nedenleri hüküm altına alınmıştır. Bu nedenlerden biri de 54. Madde birinci fıkrası d bendinde düzenlenen yabancının kamu düzeni veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturmasıdır<sup>59</sup>.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 57. madde ikinci fıkrasına göre, hakkında sınır dışı etme kararı alınanlardan kaçma ve kaybolma riski bulunan, Türkiye'ye giriş veya çıkış kurallarını ihlal eden, sahte ya da asılsız belge kullanan, kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın Türkiye'den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayan, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar hakkında valilik tarafından idari gözetim kararı alınır. Hakkında idari gözetim kararı alınan yabancılar, yakalamayı yapan kolluk birimince geri gönderme merkezlerine kırk sekiz saat içinde götürülür.

İddiaya ilişkin uluslararası hukuk düzenlemeleri ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. ve 14. maddeleridir.

### 2. Anayasa Mahkemesi Tarafından Yapılan İnceleme ve Değerlendirme

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi ve Sözleşme'nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine yönelik iddiaların soyut olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığını, mutlaka Anayasa ve Sözleşme kapsamında yer alan diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınması gerektiğini ifade etmiştir<sup>60</sup>.

Ayrımcılık iddiasının incelenebilmesi için başvuruçunun kendisiyle benzer durumdaki kişilere yönelik farklı uygulamaların meşru bir temeli olmaksızın ırk, renk, cinsiyet, din, dil vb. ayrımcı bir nedene dayandığını makul delillerle ortaya koyması

59 Aysel Çelikel and Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (25th edn, Beta 2020) 124-125. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun madde 19'da, sınır dışı edilme nedenleri "*İçişleri Bakanlığınca memlekette kalması umumi güvenliğe, siyasi ve idari icaplara aykırı sayılan yabancılar verilecek muayyen müddet zarfında Türkiye'den çıkmaya davet olunur. Bu müddetin sonunda Türkiye'yi terk etmeyenler sınır dışı edilebilirler*" olarak ifade edilmiştir. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Genel Gereğesinde, sınır dışı etme uygulamasını berrak bir temele oturtmak amacıyla mevzuatta dağınık bir biçimde yer alan sınır dışı etme nedenlerini somut bir düzenlemeye kavuşturulması bakımından bu düzenlemenin önemine doktrinde vurgu yapılmıştır. Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi", 2013 (108) TBB Dergisi 211, 216. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu yürürlüğe girmeden önceki dönemde değerlendirme için bkz. Lütfi Duran, "Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi" (1980) 2 İnsan Hakları Yılı 3, 4 vd.

60 Anayasa Mahkemesi, 'Sherapat Yagmyrova' (n 2) para 44.

gerektiğine vurgu yapılmıştır<sup>61</sup>. Anayasa Mahkemesi, somut olayda başvurunun, kendisiyle aynı durumda olanlardan farklı bir uygulamaya maruz kaldığına ilişkin bir açıklama yapılmadığı gibi başvurunun iddialarını olasılıklara dayandırarak hangi nedenle ayrımcılık yapıldığına ilişkin somut bir bilgi sunmadığını, dolayısıyla başvuru tarafından ileri sürülen iddiaların temellendirilemediği sonucuna ulaşmıştır<sup>62</sup>. Başvurunun, kamu sağlığı nedeniyle sınır dışı edilmenin eşitlik ilkesinin ihlal edildiğine ilişkin kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir<sup>63</sup>.

### C. Karar Hakkında Değerlendirme

Çalışmamızın bu bölümünde kamu sağlığı açısından sınır dışı etme ve bulaşıcı hastalıkların hangi olaylarda kamu sağlığı gerekçe gösterilerek sınır dışı etme nedeni olarak kabul edilebileceği tartışılacaktır. Bu tartışmaya geçmeden önce kamu sağlığı nedeniyle sınır dışı etmeye ilişkin kaynağını ulusal hukukta ve kaynağını uluslararası hukukta bulan iç hukuk kurallarına değinilecektir. Son olarak kamu sağlığı nedeniyle sınır dışı etme, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı bağlamında değerlendirilecektir.

Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde, yabancıların sınır dışı edilmeleri nedenlerine ve sınır dışı edilmenin usulüne dair güvenceler bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği" başlıklı 5. maddesinde, herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliğine sahip olduğu hüküm altına alınmış; bu güvencenin istisnaları sıralanmıştır. Bunlarda biri de Sözleşme'nin 5. maddesinin f bendinde yer alan bir kimsenin sınır dışı edilmesi amacıyla tutuklanmasının kişi özgürlüğü ve güvenliğine aykırılık teşkil etmeyeceği istisnasıdır.

AİHS'e Ek 7 Numaralı Protokol'ün birinci maddesinde, yabancıların sınır dışı edilmelerine yönelik usuli güvenceler getirilmiştir. Buna göre bir devlet ülkesinde yasal olarak ikamet eden bir yabancı kanuna uygun şekilde verilmiş bir kararın uygulanması dışında, sınır dışı edilemez ve sınır dışı edilmesine karşı neden öne sürmesine, davasının yeniden ele alınmasına, yetkili makam ya da makamlarca atanmış kişi veya kişiler önünde temsil edilmesine izin verilmek zorundadır. Bununla birlikte sınır dışı edilmenin, kamu düzeni ve ulusal güvenlik nedenleriyle gerekli kılınan hâllerde birinci fıkrada öngörülen güvenceler sağlanmadan da yabancı sınır dışı edilebilir<sup>64</sup>.

Avrupa İkamet Sözleşmesi'nin 3. maddesine göre, "Âkit devletlerin ülkesinde yasal olarak ikamet eden diğer taraf devletlerin vatandaşları ancak millî güvenliği tehdit ettikleri veya kamu düzenini veya genel ahlakı bozdukları takdirde sınır dışı edebilirler".

61 ibid para 45.

62 ibid para 46.

63 ibid para 47.

64 Halil Kabaaloğlu and Nuray Ekşi, "Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi", 2004 (24/1-2) MHB (Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan) 503, 514.



Avrupa İkamet Sözleşmesi'ne İlişkin Protokol'ün 1. Kısımında, taraf devletlerin, millî güvenliğe karşı bir tehdit veya kamu düzeni veya genel ahlaka karşı suç teşkil eden durumları, kendi millî ölçülerine göre takdir haklarının bulunduğu düzenlenmiştir. Avrupa İkamet Sözleşmesi'nde kamu sağlığının tehdit edilmesi nedeniyle bulaşıcı hastalık taşıma ayrıca sınır dışı edilme nedeni olarak düzenlenmemiştir.

Avrupa Sosyal Şartı'nın<sup>65</sup> 19. maddesinin 8. fıkrasına göre, taraf devletlerin ülkesinde yasal olarak ikamet eden göçmen işçiler, millî güvenliği tehlikeye sokmak, kamu menfaatini ihlal etmek nedenleri dışında sınır dışı edilemezler. Türkiye'nin Avrupa Sosyal Şartına dair sunmuş olduğu ulusal rapora göre, sınır dışı etme nedenleri, uyuşturucu bulundurma, uyuşturucu trafiği, sahte para bulundurma, tarihi eser kaçakçılığı, güvenliği tehlikeye sokmak, dolandırıcılık, bulaşıcı hastalık ve AIDS'tir<sup>66</sup>.

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin<sup>67</sup> 13. maddesine göre taraf devletlerin ülkesinde yasal olarak ikamet eden, diğer taraf devlet vatandaşları yasaya uygun olarak verilmiş bir karar olmadıkça sınır dışı edilemez<sup>68</sup>. Millî güvenlik açısından sakınca olmayan hallerde, sınır dışı edilme kararına karşı yabancıların, yetkili makamlar önünde kendisini savunmasına imkân verilmelidir.

Yabancıların ciddi sağlık sorunları nedeniyle seyahat etmesinin mümkün olmaması ve sınır dışı edildiği ülkede tıbbi bakım olanaklarına ulaşamaması nedeniyle hakkında tesis edilen sınır dışı etme kararının AIHS'nin 3. maddesi bağlamında ele alındığı pek çok AIHM kararı<sup>69</sup> bulunmakla birlikte bulaşıcı hastalık ve kamu sağlığı nedeniyle sınır dışı edilmenin temel hak ve özgürlükler bağlamında sınırlarının nadiren değerlendirildiği görülmektedir.

Bulaşıcı hastalık ve kamu sağlığı nedeniyle sınır dışı edilme konusunda kategorik olarak yasaklama getirilmesi, kişilere özgü durumların dikkate alınmaması, insani mülahazalarla istisnalar tanınmasını tümüyle engelleyen düzenlemeler çıkarılması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. ve 14. maddelerinin ihlali kabul edilmiştir<sup>70</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yabancıların ülkeye girişleri,

65 18.10.1961 yılında imzalanan Avrupa Sosyal Şartı, 1965 yılında yürürlüğe girmiştir. Türkiye 18.10.1961 tarihinde imzalamış ve 16.06.1989 tarihinde onaylamıştır, RG 04.07.1989/20215.

66 Bülent Çiçekli, *Yabancılar ve Polis* (Seçkin 2003) 99.

67 Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, 16.12.1966 tarihinde imzalanıp, 23.03.1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme'yi 2003 yılında onaylamıştır RG 21.07.2003/25175.

68 Madde metninden, yasallık güvencesinden, sadece sözleşmeye taraf devletlerin ülkesinde yasal olarak ikamet eden yabancıların yararlanabileceği, ülkeye usulsüz giriş yapmış veya yasaya aykırı olarak ikamet eden yabancıların, ilgili karar kanuna uygun olmasa da sınır dışı edilebileceği sonucu çıkarılamaz. Ülkeye usulsüz olarak giriş yapan veya ülkede usulsüz olarak ikamet eden yabancıların sınır dışı edilme kararı da kanuna uygun olarak verilmek zorundadır. Rona Aybay and Esra Dardağan, *Yabancılar Hukuku* (3rd edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2010) 233, 234, 244.

69 André Den Exter, "Strasbourg Medical Expulsion Rulings: Beyond the Deathbed Requirement", (2019) 6 European Journal of Health Law 115, 116 vd.; Elaine Exter, "Medical-related expulsion and interpretation of article 3 of the European Convention on Human Rights" (2013) 6 (1-2) Inter-American and European Human Rights Journal 36, 43 vd.

70 *Kyutin v. Russia*, App no. 2700/10 (ECHR, 10 March 2011), 68-74; European Court of Human Rights, "Thematic Report: Health-Related Issues in the Case-Law of the European Court of Human Rights" <[https://www.echr.coe.int/Documents/Research\\_report\\_health.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_health.pdf)> Erişim Tarihi 4 December 2020.

ülkeden sınır dışı edilmeleri veya ikamet izni verilmemesi gibi kısıtlamaların kolera, sarı ateş ya da ağır nefes darlığı sendromu (SRAS) ve bazı grip türlerinde olduğu gibi kısa bir kuluçka dönemi olan ve ciddi anlamda bulaşıcı olan hastalıklara karşı etkili olabileceğini kabul etmektedir. Mahkeme'ye göre bu tip hastalıklara yakalanmış kişilerin bir ülkeye girişlerine getirilen kısıtlamalar bu hastalıkların yayılmasının, söz konusu yolcuların ülkede bulunmaları, basit temasları ya da hava parçacıklarının dışa atılması nedeniyle yayabilecekleri hastalığın bu kişilerin ülkeye alınmayarak engellenmesine katkıda bulunabilir. Ancak bu şekilde bulaşıcı olduğu kanıtlanamayan hastalıklara sahip yabancılara getirilen kısıtlamalar bakımından kişilerin kamu sağlığına oluşturduğu risklerin somut ve bireysel durumlar gözetilerek gerekçelendirilmesi gereklidir<sup>71</sup>.

Benzer şekilde devletin sağlık nedenlerine dayanarak farklı muamelelerde bulunmasının zorlayıcı nedenleri ve objektif gerekçelerinin sunulmaması; sağlık nedenleriyle ayrımcılık kabul edilerek Sözleşme'nin 8. ve 14. maddelerinin ihlali olarak kabul edilmiştir<sup>72</sup>. HIV+ kişilerin sınır dışı edilmesinin yerleşik Avrupa konsensüsünü yansıtmadığı, diğer üyelerde destek bulmadığı belirtilmiştir<sup>73</sup>.

Dünya Sağlık Örgütü'ne göre, uluslararası koruma ihtiyacı olan yabancılar kadar ülkede bulunan diğer yabancıların, menşe, transit veya hedef ülkede bulaşıcı hastalıklara yakalanma olasılığı, yaşam standartlarının düşük olması, tedavi ya da aşı imkânlarına ulaşamama gibi nedenlerle daha fazladır<sup>74</sup>. Diğer yandan araştırmalar göstermektedir ki ev sahibi ülkenin popülasyonun göçmenlerden yayılan bulaşıcı hastalıklara yakalanması riski ülkede bulunan vatandaşlara kıyasla daha düşüktür<sup>75</sup>. Özellikle tedavisi ya da aşısı bulunan bulaşıcı hastalıkların ülkede bulunan yabancılardan ev sahibi ülkenin popülasyonuna bulaşma ve kamu sağlığını etkileme potansiyeli çok az görülmektedir<sup>76</sup>.

Yabancıların sınır dışı edilme nedenleri arasında kamu sağlığı ve güvenliği uygulamada en sık başvurulanan sınır dışı etme nedenidir. Bununla birlikte bulaşıcı hastalığı bulunan bir yabancıların ülkeden çıkarılması veya sınır dışı edilmesinin son çare olarak düşünülebileceği vurgulanmaktadır<sup>77</sup>. Çünkü sınır dışı etme kararının

71 *Kyutin v. Russia* (n 70) 68. European Court of Human Rights, 'Press Unit: Health October 2020' <[https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Health\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Health_ENG.pdf)> Erişim Tarihi 4 December 2020, 7-8.

72 *Novruk v. Russia*, App no. 31039/11, 76810/12, 14618/13, 13817/14 (ECHR, 15 March 2016) para. 95-112. Selman Karakul, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı", (2017) 4 (1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 17, 22.

73 *Ibrogimov/Russia*, App no. 32248/12 (ECHR 15 May 2018), paras 20-23; Ali Bal, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa Konsensüsüne Başvurması" (2019) 21 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27, 45.

74 World Health Organization, 'Report on the Health of Refugees and Migrants in the WHO European Region, No Public Health without Refugee and Migrant Health' <<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/311347/9789289053846-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Erişim Tarihi 4 December 2020, 24.

75 ibid.

76 ibid, 25.

77 ibid.

uygulanması sırasında yabancının tedavi olanaklarına ulaşma ihtimali daha zor olmakta ve bulaşıcı hastalığı bulaştırma ihtimali de böylelikle artmaktadır<sup>78</sup>.

Sınır dışı edilme ve idari gözetim, kişi özgürlüğü ve güvenliğinin sınırlanmasının bir yönüdür. Bulaşıcı hastalık nedeniyle kişi özgürlüğü ve güvenliğinin sınırlanmasında belirtilen ölçütlerin, sınır dışı edilmede de şüphesiz dikkate alınması gereklidir. Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 5. Madde Rehberi'nde<sup>79</sup>, bir kişinin, bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek amacıyla tutulmasının “kanuna uygunluğu” değerlendirilirken dikkate alınacak başlıca koşullar; bulaşıcı hastalığın yayılmasının kamu sağlığı veya güvenliği açısından tehlike arz edip etmediğini; ve daha hafif tedbirlerin kamu yararının korunması bakımından yetersiz görülmesi nedeniyle, hastalığın yayılmasının önlenmesi için, bulaşıcı hastalık taşıyan kişinin tutulmasının başvuru son çare olup olmadığıdır. Bu koşullar bulunmaksızın özgürlükten yoksun bırakmanın dayanağı da ortadan kalkacaktır<sup>80</sup>.

İdare, şartların bulunması hâlinde sınır dışı etme kararı alacaktır. Bir başka deyişle şartların bulunduğu tespitinde idareye takdir yetkisi tanınmamıştır<sup>81</sup>. Doktrinde, “kamu düzeni”, “kamu güvenliği” ve “kamu sağlığı” kavramlarının anlamlarının belirsiz olması nedeniyle<sup>82</sup>, idarenin işlemin nedenini belirlemede ya da neden olarak gösterilen belirsiz kavramı belirli hâle getirme biçiminde kendisini gösterecek önemli bir takdir yetkisinin bulunduğu altı çizilmiştir<sup>83</sup>. Bu sınır dışı etme nedeni, diğer bentlere girmeyen her durumun bu bent çerçevesinde sınır dışı nedeni olarak kabul edilmeye yol açacak derecede çok geniş kapsamlı<sup>84</sup> ve idareye geniş bir takdir yetkisi tanıyan hüküm olarak değerlendirilmiştir<sup>85</sup>. Egemenlik gücüne dayalı olarak takdir yetkisinin kullanılması ile temel hak ve özgürlüklere müdahale ihtimalinin konuyu tartışmaya açık hâle getirdiği vurgulanmıştır<sup>86</sup>.

Kamu sağlığı açısından tehdit oluşturma nedeniyle sınır dışı edilme, temel hak ve özgürlüğün, kişi özgürlüğü ve güvenliğinin güvence altına aldığı yaşam kesitini, “norm alanını” daraltma sonucunu doğuran bir sınırlamadır<sup>87</sup>. Dolayısıyla, idarenin

78 World Health Organization, ‘Public Health Aspects of Migrant Health: a Review of Evidence on Health Status for Refugees and Asylum Seekers in the European Region’ <[https://www.euro.who.int/\\_data/assets/pdf\\_file/000\\_4/289246/WHO-HEN-Report-A5-2-Refugees\\_FINAL.pdf](https://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/000_4/289246/WHO-HEN-Report-A5-2-Refugees_FINAL.pdf)> Erişim Tarihi 4 December 2020, 10.

79 European Court of Human Rights, ‘Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights, Right to Liberty and Security’ <[https://www.echr.coe.int/documents/guide\\_art\\_5\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_5_eng.pdf)> Erişim Tarihi 4 December 2020, 24.

80 ibid 22.

81 Vahit Doğan, *Türk Yabancılar Hukuku* (4th edn, Savaş 2019) 116.

82 Aydoğan Asar, *Yabancılar Hukuku (Temel Konular)* (6th edn, Seçkin 2020) 157.

83 Bayraktaroğlu Özçelik (n 59) 227.

84 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu yürürlüğe girmesinden önce aynı yönde görüş için bkz. Duran (n 59) 10; Halil Kalabalık, “İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Durumlarla Karşılaştırılması”, (1997) 1 (2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 205, 212.

85 Bayraktaroğlu Özçelik (n 59) 228.

86 Asar (n 6) 159.

87 Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları 1982), 22.

sebeup unsuru bakımından takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilmekle birlikte sebeup unsurunun somut olay ve delillere dayandırılma zorunluluğu bulunmaktadır<sup>88</sup>. Doktrinde kamu sağlığı nedeniyle sınır dışı edilmede, bireysel değerlendirme yapılması gerekliliğine uygun olarak, fuhuş durumunda bile sağlık raporuna dayanması zorunluluğu bulunduğu ifade edilmiştir<sup>89</sup>. *Yagmyrova* kararında ise kamu sağlığı nedeniyle sınır dışı edilme, bir sağlık raporuna dayanmakla birlikte bulaşıcı hastalığı taşıyan yabancının kamu sağlığını tehdit ettiğine yonelik somut bir tespit yapılmamıştır<sup>90</sup>.

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin değerlendirmelerine gore, bulaşıcı hastalık ve AIDS tek başına sınır dışı edilme gerekçesi olamaz. Sınır dışı edilme işleminin kamu sağlığı nedenine dayanması ancak sınır dışı edilecek yabancının uygun tedaviden kaçınması ve bu durumun kamu menfaatini tehdit etmesi koşuluyla haklı kabul edilebilir<sup>91</sup>.

Anayasa Mahkemesi kararına konu olayda, başvurucunun uygun tedaviden kaçındığına yonelik bir tespit yapılmamış olup bu durumun kamu menfaatini tehdit ettiğine dair bir somut durum değerlendirilmesi yapılmamıştır. Diğer yandan başvurucunun, İstanbul İl Goc İdaresi Muddurluğunce mide rahatsızlığı olması ve duzenli olarak ilac tedavisi gormesi dikkate alınarak on beş gunde bir imza vermesi şartıyla 22.08.2016 tarihinde salıverilmesi de somut durumda bulaşıcı hastalığı yayma ve kamu sağlığını tehdit etme yonunden bir tehdit bulunmadığının gosterGESidir. Son olarak başvurucunun guncel laboratuvar sonuçlarına gore TPHA (+) bulgusunun yeni gelişmiş *sifilisi* değil, eskiden geçirilmiş *sifilisi* gosterdiği, aktif bulaşıcı hastalığı olmadığına dair iddiaları değerlendirilmeksizin kamu sağlığı nedeniyle sınır dışı edilmesinin hukuka uygun bulunması eksik inceleme yapıldığını ortaya koymaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde duzenlenen eşitlik ilkesi ve Sozleşme'nin 14. maddesinde duzenlenen ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine yonelik iddiaların değerlendirilmesine geğilecek olursa; Avrupa İnsan Hakları Sozleşmesi'nin 14. maddesine gore, bu Sozleşmede tanınan hak ve ozgurluklerden yararlanmak, cinsiyet,

88 Merve Akbulut, *Tuirk Yabancılar Hukukunda İdari Goretim* (On İki Levha Yayıncılık 2020), 134.

89 ibid 134.

90 İstanbul 1. İdare Mahkemesinin 27.02.2016 tarihli kararında, Tuirk vatandaşıyla evli olan ve bu evlilikten bir cocuğu bulunan Guircistan vatandaşının aile ikamet izni talebinin reddine ilişkin işlemin iptali davasında, davacının Hepatit C hastalığını taşıdığı yonundeki iddiaların, tam teşekkullu bir hastaneden davacının kamu sağlığını tehlikeye sokacak bir hastalığı olup olmadığının tespit edilmesi ve Bulaşıcı Hastalıklar Suvveysan ve Kontrol Esasları Yonetmeliği'nin Ek-III Bolumunde Anti-HCV pozitifliği ve tamamlayıcı testlerle duğrulama gerektiği hususları gocz onune alınmaksızın işlem yapılması yeterli inceleme yapılmadan bahisle idarece hukuken geçerli bir sebeup ortaya konularak tesis edilmiş bir işlem bulunmaksızın ikamet izni başvurusunun uygun gorumemesi ve sınır dışı edilecek yabancılar kapsamına alınması yonunde tesis edilen işlem hukuka aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Karar ozeti için bkz. Nuray Ekşi, *Milletlerarası Özel Hukuk II Pratik Çalışma Kitabı* (Beta 2016) 148-153. İstanbul 1. İdare Mahkemesi, 30.05.2016 tarihli bir diğer kararında ise çalışma izni bulunmaksızın konsomatrislik yapan ve muayene sırasında bulaşıcı hastalık taşıdığı tespit edilen Kırğızistan vatandaşının sınır dışı etmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı yonunde karar vermiştir. Karar ozeti için bkz. ibid 180-182.

91 Bulent Cicekli, "Avrupa Sosyal Şartının Yabancılarla Sağladığı Guvenceler ve Tuirkiye" (2002) 22 (1) MHB 21, 49.

ırk, renk, dil, din, siyasi ve diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi başka bir durum nedeniyle hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanmalıdır<sup>92</sup>.

Anayasal eşitlik güvenceleri, kanun önünde eşitlik veya kanunların eşit koruması olarak anılmakta ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerden eşit olarak yararlanmalarını sağlamakta böylece keyfi ayrımları önlemeyi amaçlamaktadır. Bu yönüyle bir anayasal güvence olmaktan öte her hukuk düzeninde bulunması gereken genel ve evrensel bir ilkedir<sup>93</sup>. Bütün insanlar eşit onur ve değer taşıdığı için sadece olgusal anlamda değil normatif anlamda da bütün insanların eşit işlem görmeye hakkı vardır<sup>94</sup>. Bu yönüyle eşitlik, özgürlüğün ön şartı ve aynı zamanda tamamlayıcısıdır<sup>95</sup>. Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi, kanun önünde eşitlik, ayırım yapma yasağı, temek hak ve özgürlüklerden eşit şekilde yararlanmayı içerecek şekilde bireyler arasında dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzer yönlerden ayırım yapmamayı ve idarenin ve mahkemelerin kanunları herkese eşit olarak uygulamasını emreder. Anayasa'da yer alan ayırım yapılamayacak konular, madde metninde sayılanlarla sınırlı değildir ve "benzeri sebeplerle" ifadesiyle ayırım yapılamayacak alanların genişletilmesine olanak tanıdığı gibi eşitlik ilkesi de güçlendirilmiştir<sup>96</sup>.

Eşitlik ilkesi ile birlikte yer alan ayrımcılık yasağı ise toplumun bazı üyelerinin diğer bireylere sağlanan hak ve ayrıcalıklardan yosun bırakılmamasıdır. Bir başka deyişle, bazı birey ya da toplulukların kategorik olarak ırk, cinsiyet veya herhangi bir özellik sebebiyle belirli bir sınıflandırma içine sokulmasıdır<sup>97</sup>.

Her ne kadar İstanbul 1. İdare Mahkemesi kararında kamu sağlığı nedeniyle sınır dışı edilme yönünden eksik inceleme yapması, sebep unsurunun somut olay ve delillere dayandırılma zorunluluğunun yerine getirilmemesi söz konusu olsa da; başvuruçunun kamu sağlığı nedeniyle hakkında verilen sınır dışı etme kararının eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağını ihlal ettiği yönündeki iddialarına ilişkin somut bir bilgi sunmadığı, dolayısıyla başvuruçunun tarafından ileri sürülen iddiaların temellendirilemediği görülmektedir.

92 Maddenin düzenlemiş biçiminden, öncelikle Sözleşme kapsamında güvence altına alınmış bir temel hakkın ihlal edilip edilmediğinin tespiti; daha sonra ayrımcılığa maruz kalmama hakkının ihlal edilip edilmediğinin belirleneceği gibi bir sonuç çıkarılabilirse de doktrinde, ayrımcılık yasağı kapsamında Sözleşmede teminat altına alınmış olan bir hakkın ihlal edilmesinin zorunlu olmadığı, salt eşitlik ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiğinin öne sürülebileceği ifade edilmiştir. Aybay and Dardağan, 58 vd. Dolayısıyla devletlerin, bireyler arasında objektif, haklı bir neden ile kabul edilebilir bir denge bulunmaksızın 14. maddede öngörülen nedenlerle ayırım yapmış sayılması için bir hak ve özgürlüğün ihlal edilmiş olması zorunlu değildir. Bkz. Safa Reisoğlu, *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları* (1st edn, Seçkin 2001), 126-127. Ayrıca meşru sınırlamaların uygulanması nedeniyle ortaya çıkan ayrımcılık da 14. maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir. Şeref Gözübüyük and Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi* (6th edn, Turhan 2005) 401.

93 Merih Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi* (Yetkin 2003) 126.

94 ibid 23; Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri* (7th, Yetkin 1993) 8.

95 ibid 12.

96 Öden (n 93) 141.

97 Françoise Bouchet-Saulnier, *İnsancıl Hukuk Sözlüğü* (İletişim 2002) 35.

### III. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkı Açısından

İncelemeye konu yapılan bireysel başvurunun konularından bir diğerini ise idari gözetim altında tutulma nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiası oluşturmaktadır.

#### A. Başvuruya Temel Oluşturan Olay ve Olgular

Kararın olay ve olgular başlığı altında verilen bilgilerden *Sherapat Yagmyrova* hakkında İstanbul Valiliği tarafından Türkiye'ye giriş kurallarını ihlal ettiği, kamu düzenini ve sağlığını tehdit ettiği, kaçma ve kaybolma riski bulunduğu gerekçesiyle sınır dışı ve idari gözetim kararı alındığı anlaşılmaktadır<sup>98</sup>. *Yagmyrova*, idari gözetim kararına itiraz etmiş ve yapmış olduğu itiraz İstanbul 2. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından 2/8/2016 tarihinde reddedilmiştir<sup>99</sup>. Daha sonra başvurusunun yaşadığı sağlık sorunları nedeniyle İstanbul İl Göç İdaresi Müdürlüğüne 22/8/2019 tarihinde salıverilmesine karar verilmiştir<sup>100</sup>.

#### 1. Anayasa Mahkemesi Tarafından Yapılan İnceleme ve Değerlendirme

Mahkeme bahsi geçen iddiaya ilişkin olarak yaptığı incelemede 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 2. maddesi uyarınca idari fonksiyona giren her türlü işlem veya eylem sebebiyle oluşan zararın tazmini amacıyla tam yargı davası açılabileceğini<sup>101</sup>; idari gözetim kararı olmaksızın idari gözetim altına alınan kişilerin bu yola başvurabileceğini<sup>102</sup>; hakkında idari gözetim kararı alınanların ise bu karara ilişkin itirazın yetkili sulh ceza hâkimi tarafından kabul edilmesi hâlinde yine tam yargı davası açabileceğini<sup>103</sup> ifade etmiştir. Buna ek olarak idari gözetimin idarece sonlandırılması durumunda da tam yargı davası açılabileceği de belirtilmiş; tam yargı davasının etkili bir başvuru yolduğu değerlendirilerek başvurusunun talebinin kanun yollarının tüketilmemesi sebebiyle kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir<sup>104</sup>.

#### B. Karar Hakkında Değerlendirme

Bireysel başvuruya konu yapılan olaya ve Anayasa Mahkemesi'nin incelemesine bakıldığında değerlendirmeye elverişli çeşitli konuların bulunduğu görülmektedir. Bunlar, idari gözetim kararının hukuki niteliği ve yetkili makam; sulh ceza hâkimliğine itirazın idare mahkemesinde açılacak bir davaya etkisi; tam yargı davasının etkili bir başvuru yolu olup olmadığıdır.

98 Anayasa Mahkemesi (n 2) para 8

99 ibid para 9.

100 ibid.

101 ibid para 54.

102 ibid para 55.

103 ibid para 56.

104 ibid paras 56, 57, 58.

## 1. İdari Gözetim Kararında Yetkili Makam

Doktrinde ve uygulamada idari gözetim kararının idari bir işlem olduğu noktasında herhangi bir görüş ayrılığı mevcut değildir<sup>105</sup>. İdari gözetim 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun (YUKK) 57. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre idari gözetim kararını almaya yetkili makam valiliklerdir. Yine Kanun'da idari gözetimin devamı hususunda gerekli değerlendirmeyi valiliğin yapacağı düzenlenmiştir. Kanun'da idari gözetim kararının sona erdirilmesinde yetkili makama ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak idare hukukunda vücut bulan “*yetkilerin paralelliği ilkesi*” gereği, aksine kanuni düzenleme bulunmaması hâlinde, bir işlemi yapmaya yetkili olan makamın o işlemin değiştirilmesinde, ilga edilmesinde ve geri alınmasında da yetkili olduğu bildirilmektedir<sup>106</sup>. Bu durumda idari gözetimin sona erdirilmesinde de yetkili makam yine valiliklerdir.

Bireysel başvuruya konu olan olaya bakıldığında, hakkında idari gözetim kararı alınan başvurucunun 22/8/2016 tarihinde İstanbul İl Göç İdaresi Müdürlüğüne salıverilmesine karar verildiği anlaşılmaktadır. Söz konusu olayda, ilk bakışta, idari işlemi yapan makam ile sona erdiren makam farklı gibi gözükmemekte ve akla idare hukukunda kamu düzeninden olan yetkiye<sup>107</sup> ilişkin bir hukuka aykırı olup olmadığı sorusu gelebilmektedir.

Göç İdaresi Genel Müdürlüğü ilk olarak YUKK ile Türk hukukundaki yerini almıştır. Kanun'un “Göç İdaresi Genel Müdürlüğü” başlığını taşıyan beşinci kısmı genel müdürlüğe ilişkin hükümlerden oluşmaktaydı. Yine genel müdürlüğün taşra teşkilatı Kanun'un 106., 109. ve 121. maddelerine dayanılarak hazırlanan 2013 tarihli “Göç İdaresi Genel Müdürlüğü Taşra Teşkilatı Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliği<sup>108</sup>” ile oluşturulmuştur. 2018 yılında Kanun'un genel müdürlüğe ilişkin 103. ila 120. maddeleri arasındaki hükümler, 703 sayılı kanun hükmünde kararnamenin<sup>109</sup> 71. maddesinin f bendi ile ilga edilmiştir. Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün kuruluşu ise “Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi<sup>110</sup>”nin 158.

105 Nuray Ekşi, *6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim* (Beta 2014) 89, 90; Aydoğan Asar, *Yabancılar Hukuku* (3rd edn, Seçkin 2017) 152; Vahit Doğan, *Türk Yabancılar Hukuku* (Savaş 2016) 126; Neva Övünç Öztürk, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi* (Seçkin 2015) 462; Burak Huysal and Begüm Şermet, “6458 Sayılı Kanun Çerçevesinde Haklarında Sınır Dışı Kararı Alınan Yabancılar”, *Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan Cilt II* (Beta 2014) 2215. Bayraktaroğlu Özcelik (n 59) 240; Anayasa Mahkemesi, 2014/15769, 30/11/2017 (B. T. [GK]), 70.

106 Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt I* (2nd edn, Ekin 2009) 754; Şeref Gözübüyük and Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar* (13th edn, Turhan 2019) 1272; Metin Günday, *İdare Hukuku* (10th edn, İmaj 2015) 135.

107 Kemal Gözler ‘Cilt I’ (n 106) 744; Şeref Gözübüyük and Turgut Tan (n 106) 350.

108 Göç İdaresi Genel Müdürlüğü Taşra Teşkilatı Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliği, RG 14.11.2013/28821.

109 Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Kanun Hükmünde Kararname Numarası: 703, RG 9.07.2018/30473.

110 Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, RG 15.07.2010/30479.

maddesiyle yeniden düzenlenmiştir<sup>111</sup>. Kararname'nin 162. maddesinde Kanun'un ilga edilen 109. maddesi ile paralel olarak genel müdürlüğün taşra teşkilatı kurmaya yetkili olduğu belirtilmiştir. Anılan yönetmeliğin 4. maddesinin üçüncü fıkrasında genel müdürlüğün taşra teşkilatı olarak kurulacak il müdürlüklerinin valiliğe bağlı olarak görev yapacakları düzenlenmiştir. Bu nedenle olayda idari gözetim kararı yine valilik tarafından kaldırıldığından söz konusu olayda yetki yönünden herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

## 2. Sulh Ceza Hâkimliği Kararının İdare Mahkemesi'nde Açılacak Davaya Etkisi

Mahkeme yaptığı incelemede *Sherapat Yagmyrova*'nın başvurusunun, tam yargı davası açılabilmesi gerekçesiyle kabul edilemez olduğuna ilişkin hükmünü verirken, daha önce verdiği 2014 tarihli *B. T.* kararına<sup>112</sup> dayanmıştır<sup>113</sup>. Anılan kararda Anayasa Mahkemesi sulh ceza hâkimliğine idari gözetim kararı hakkında yapılan itirazın idare mahkemesinde açılacak davalara etkisini ele almıştır. Buna göre, idari gözetim kararının hukuka uygunluk denetimi sulh ceza hâkimliği tarafından yapıldığından idare mahkemesinde söz konusu idari işlemin iptali amacıyla dava açılmayacaktır<sup>114</sup>. Bununla birlikte hukuka aykırı idari gözetim kararı nedeniyle uğranılan zararın tazminine ilişkin davalar hakkında mevzuatta göreve ilişkin ayrıca bir hüküm bulunmadığından bu talebin idare mahkemesinde açılacak tam yargı davası ile istenebileceği; ancak tam yargı davasında yapılacak incelemede mahkemenin idari gözetim kararının hukuka uygun olup olmadığını inceleme yetkisinin bulunmadığı belirtilmiştir<sup>115</sup>. Sulh ceza hâkimliklerinin yapılan başvurulara ilişkin verdikleri kararlara ilişkin olarak ise Anayasa Mahkemesi ikili bir ayırım yapmaktadır. Hâkimliğin yapılan başvuruyu kabul etmesi üzerine, başka bir deyişle idari gözetim kararının hukuka aykırı olduğuna hükmetmesi hâlinde, kişilerin tam yargı davası açabileceği; bu durumda başvurulabilecek bir “kanun yolu” bulunduğundan bu kişilerin bireysel başvuru yoluna gidemeyeceklerine hükmedilmiştir<sup>116</sup>. Hâkimliğin başvuruyu reddetmesi hâlinde, yani idari işlemin hukuka uygun olduğuna hükmedilmesi hâlinde ise sulh ceza hâkimliğinin kararı kesin olduğundan, bu durum tekrar idare mahkemesi tarafından incelenemeyeceğinden tam yargı davası açılmayacak ve böyle kişiler başkaca bir kanun yolu bulunmadığından bireysel başvuruda bulunabilecektir<sup>117</sup>.

111 Türk hukukundaki mevcut durumda bahsedilen yönetmeliğin kendinden sonra yürürlüğe girmiş bir düzenlemeye ilişkin olduğu görülmektedir. Kanaatimizce bu olumsuz durum yeni bir yönetmeliğin düzenlenmesi ile giderilmelidir.

112 Anayasa Mahkemesi ‘B. T. [GK]’ (n 105).

113 Anayasa Mahkemesi ‘Sherapat Yagmyrova’ (n 2) paras 54-56.

114 ibid para 70.

115 ibid para 71.

116 ibid para 73.

117 ibid para 72.



Tam yargı davası, uyuşmazlığın tüm boyutları ile ele alınarak, davacının azami düzeyde korunacağı şekilde karara bağlandığı; idarenin bir işlem, eylem ya da eylemsizliği ile ihlal edilmiş bir hakkın yerine getirilmesini ya da ortaya çıkan zararların tazmini sağlayan bir idari dava türüdür<sup>118</sup>. Başvuruya konu olan olayda kişinin idari gözetim nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini iddia ettiği ve bundan doğan maddi, manevi zararının tazminini talep ettiği anlaşılmaktadır. Sözleşme dışı idari bir işlemde dolayı doğan zarardan idarenin sorumlu olabilmesi için idarenin kusurlu ya da kusursuz sorumluluğunun bulunması gerekmektedir<sup>119</sup>. Somut olayda idarenin kusursuz sorumluluğu söz konusu olamayacağından ancak kusurlu sorumluluğu söz konusu olabilecektir. İdarenin kusurlu sorumluluğunun doğabilmesi için idari işlemin kusurlu olması gerekmektedir. İdare hukukunda idari işlemler bakımından kusur ile hukuka aykırılık arasında sıkı bir bağ olduğu; hukuka aykırılık yokluğunun kusurun yokluğu anlamına geldiği bildirilmektedir<sup>120</sup>. Bu durumda sulh ceza hâkimliğinin idari gözetimi hukuka uygun bulması hâlinde, söz konusu hüküm kesin olduğundan idare mahkemesi hâkimini bağlayacaktır<sup>121</sup>. Tam aksi durumda ise, yani sulh ceza hâkimliğinin işlemi hukuka aykırı bulması hâlinde ise, açılacak olan tam yargı davasında idare mahkemesi hâkimi söz konusu idari işlemin hukuka aykırı olduğu hususunda yine sulh ceza hâkimliğinin vermiş olduğu karar ile bağlı olacaktır.

Olayda 22/8/2016 tarihinde İstanbul İl Göç İdaresi, başvuruçunun sağlık durumunu göz önüne alarak kişinin 15 günde bir imza vermesi koşuluyla salıverilmesine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu incelemede, idari gözetimin idare tarafından sonlandırılması hâlinde, tıpkı idari gözetim kararına karşı yapılan başvuruda sulh ceza hâkimliğinin kararın hukuka aykırı olduğuna hükmetmesi hâlinde olduğu gibi, tam yargı davası açılabilirliğine hükmetmiştir<sup>122</sup>. Anılan “idari yükümlülük”, Kanun’un “idari gözetime alternatif yükümlülükler” düzenlediği 57/A maddesinin birinci fıkrasının b bendinde yer alan “bildirimde bulunma” yükümlülüğüdür. Olaydan anlaşıldığı kadarıyla, idarece idari gözetim kararı *ilga edilmiş*, yerine idari gözetime alternatif yükümlülükleri konu alan yeni bir idari işlem tesis edilmiştir. Anayasa Mahkemesi bahsedilen kararında, 2014 tarihli *A.A.* kararına<sup>123</sup> atıfta bulunmuştur. *A. A.* kararı incelendiğinde sulh ceza hâkimliği nezdinde idari gözetim kararına karşı yargı yoluna başvurulmadığı görülmektedir<sup>124</sup>. İncelemeye konu bireysel başvuru kararında ise, her ne kadar idari gözetim idarece sonlandırıldıysa da, idari gözetimin

118 Şeref Gözübüyük and Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku* (4th edn, Turhan 2010) 692; Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku* (2nd edn, Ekin 2017) 170; Halil Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü Hukuku* (Sayram 2016) 208.

119 Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt II* (2nd edn, Ekin 2009) 1042.

120 ibid 1088.

121 Sulh ceza hâkimliklerine idari gözetimi konu alan bir başvuruda bulunulduğunda hâkimliğin vermiş olduğu kararın idare mahkemesinde açılacak bir davaya etkisi daha detaylı bir çalışmanın konusunu teşkil ettiğinden çalışmada bu konuya ayrıca yer verilmemiştir.

122 Anayasa Mahkemesi, ‘Sherapat Yagmyrova’ (n 2) para 56.

123 Anayasa Mahkemesi, 2014/18827, 20/12/2017 (*A. A.*).

124 ibid paras 9-15.

konu edildiği ve hukuka uygun bulunduğu bir mahkeme kararı mevcuttur. İdarenin idari gözetimi sonlandıran işlemi, idari gözetime ilişkin işlemi geleceğe yönelik olarak ortadan kaldırdığından, ortada hâkim kararıyla hukuka uygun bulunan bir idari gözetim kararı mevcuttur. Bu durum yine Anayasa Mahkemesi'nin *Yagmyrova* kararında da belirttiği içtihadı göz önüne alındığında başvurusunun tam yargı davası açamaması anlamına gelmektedir. Anılan nedenlerle kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin yapmış olduğu incelemede kişinin başvurusunun kabul edilemez olduğuna hükmetmesi tartışmaya açık olarak gözükmemektedir.

### 3. Etkili Bir Başvuru Yolu Olarak Tam Yargı Davası

İdari gözetim kararı nedeniyle zarara uğrayan kişiler tam yargı davasının etkili bir başvuru yolu olup olmadığı değerlendirilmesinde sulh ceza mahkemesinin idari gözetim kararına karşı görevlendirilmiş olması gerçeğinden bağımsız olarak yapılamayacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin geliştirdiği içtihat uyarınca kişiler tam yargı davasına ancak idari gözetim kararının sulh ceza hâkimliğince hukuka aykırı olduğuna hükmedilmesi hâlinde başvurabilecektir<sup>125</sup>. Çünkü mahkemeye göre idare mahkemelerinin idari gözetim kararının hukuka uygunluk denetimi yapma “yetkisi” bulunmamaktadır. Bu yetki münhasıran sulh ceza hâkimliklerine verildiğinden ancak hâkimlikçe kararın hukuka aykırı olduğuna hükmedilmesi hâlinde idare mahkemesi bu işlemde doğan zararın tazminine hükmedebilecektir. Daha önce de belirtildiği gibi, *Yagmyrova* kararında mevcut bir mahkeme kararı olduğundan Anayasa Mahkemesi'nin kendi içtihatı ile çeliştiği söylenebilecektir. Bu durumda mahkemenin içtihatı gereği etkili bir başvuru yolunun varlığından bahsedilemeyecektir.

### Sonuç

Anayasa Mahkemesi'nin incelemeye konu yapılan *Yagmyrova* kararı, yukarıda çeşitli açılardan incelenmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda başvurusunun aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiası bakımından Mahkeme'nin, AİHM içtihatlarıyla da paralel olarak, aile kavramını dar yorumladığı; ancak sınırlı hâllerde yetişkin çocuklar ile ebeveynleri arasındaki ilişkinin AİHS m. 8 kapsamında değerlendirilebileceğine ilişkin görüşünü sürdürdüğü görülmektedir. Mahkeme, bu iddiaya ilişkin olarak yaptığı değerlendirmede iddiaya ilişkin delillerin sunulmaması, açıklamalarda bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sebebiyle iddiayı kabul edilemez bulmuştur. Ancak kanaatimizce Mahkeme tarafından, aile hayatının mevcudiyetine ilişkin olguların niteliğinin ele alınmış olması hâlinde Mahkeme'nin bu konudaki yerleşik AİHM içtihadına kıyasla daha esnek bir yaklaşım benimseyebileceği söylenebilecektir. Yine benzer şekilde özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine

125 Anayasa Mahkemesi 'B. T. [GK]' (n 105) paras 70-74, 117.

ilişkin iddia da açıkça dayanaktan yoksun olması sebebiyle Mahkeme tarafından kabul edilemez bulunmuş; ayrıca başvuruda özel hayata saygı hakkı çerçevesinde korunması gereken bir durum belirtilmediğinden özel hayata saygı hakkının somut olaydaki yerine ilişkin ayrıca bir değerlendirme yapılmamıştır. Sınır dışı etme işlemi ile ilgili başvurulara ilişkin AİHM kararlarında özel hayata saygı hakkı belirtildiği gibi sıklıkla aile hayatına saygı hakkının gölgesinde kalmıştır. Ancak kanaatimizce kişilerin uzun süredir hayat ilişkilerinin merkezi konumunda olan bir ülkeden kopması, ilgili başvurularda özel hayata saygı hakkının ayrıca ele alınmasını gerektirmektedir. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi'nin özel hayata saygı hakkının ihlali için kişinin ülkede “yasal olarak” bulunmuş olması gerektiğine ilişkin kanaati tartışmaya açık gözükmemektedir. Ayrıca, Mahkeme'nin yapmış olduğu değerlendirmede başvurucunun yasaya aykırı giriş nedeniyle sınır dışı edilmesi işleminin İdare Mahkemesince hukuka uygun bulunmadığı yönündeki değerlendirmeyi göz önüne almamış olması bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

Başvurucunun eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddiası özetle, başvurucunun sifilis bulaşıcı hastalığı nedeniyle sınır dışı edilmesine rağmen çeşitli yargı kararlarına konu olmuş olaylarda başka bir bulaşıcı hastalık olan Hepatit B hastalığı olan kişilerin ise sınır dışı edilmemesine dayanmaktadır. Genel ve evrensel bir ilke olan eşitlik, kanun önünde eşitlik, kanunların eşit korunması olarak anılmakta; kişilerin temel hak ve özgürlüklerden eşit olarak yararlanmasını sağlamaktadır. Ayrımcılık yasağı ise dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce gibi sebeplerle hiç kimsenin diğer bireylere sağlanan hak ve ayrıcalıklardan yoksun bırakılmamasıdır. Başvurucunun bu iddiasını da tıpkı aile hayatına özel hayat ve aile hakkına saygı hakkına ilişkin iddiasında olduğu gibi somutlaştırmamıştır.

Son olarak kişi hürriyeti ve güvenliği açısından yapılan incelemede Anayasa Mahkemesi'nin başvurucunun, idare tarafından idari gözetimin sonlandırılması nedeniyle, tam yargı davası açabileceğine ve bu nedenle başvurunun kabul edilemez olduğuna hükmettiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki içtihadına bakıldığında idare mahkemelerinin sınır dışı etme işlemlerine karşı yapacakları incelemede, somut olayda varsa, sulh ceza hâkimlikleri tarafından verilen kararlarla bağlı olduğuna işaret edildiği görülmektedir. İncelemeye konu yapılan olaya bakıldığında, her ne kadar idare tarafından sonlandırılmış olsa da, sulh ceza hâkimliğinin hukuka uygun bulunduğu bir idari gözetim kararının bulunduğu görülmektedir. Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilen içtihadı göre başvurucunun tam yargı davası açamayacağı, nitekim idare mahkemesinin sulh ceza hâkimliği tarafından verilen karar ile bağlı olması gerektiği düşünülebilir. Sulh ceza hâkimlikleri tarafından verilen kararların idare mahkemelerine etkisi çok daha detaylı bir inceleme gerektirse de en azından Mahkeme'nin başvurunun kabul edilemez olduğuna hükmetmesi kendi içtihadı açısından çelişkili gözükmemektedir.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The authors have no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The authors declared that this study has received no financial support.

---

## Bibliyografya/Bibliography

### Makale ve Kitaplar/Journal and Books

- Akbulut M, *Türk Yabancılar Hukukunda İdari Gözetim* (On İki Levha Yayıncılık 2020).
- Asar A, *Yabancılar Hukuku* (3rd Edn, Seçkin 2017).
- Asar A, *Yabancılar Hukuku* (6th Edn, Seçkin 2020).
- Bal A, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa Konsensüsüne Başvurması” (2019) 21 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27-82.
- Bayraktaroğlu Özçelik G, “Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi”, (2013) (108) TBB Dergisi 211-258.
- Bouchet-Saulnier F, *İnsancıl Hukuk Sözlüğü* (İletişim 2002).
- Council Of Europe, ‘Guide On Article 8 Of The European Convention On Human Rights Right To Respect For Private And Family Life, Home And Correspondence’ < <https://www.refworld.org/docid/5a016ebe4.html>> Erişim Tarihi 4 December 2020.
- Çelikel A And Öztekin Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (25th Edn, Beta 2020).
- Çiçekli B, “Avrupa Sosyal Şartının Yabancılar Sağladığı Güvenceler Ve Türkiye”, (2002) 22 (2) MHB, 21-55.
- Çiçekli B, *Yabancılar Ve Polis* (Seçkin 2003).
- Da Lomba S, “Vulnerability And The Right To Respect For Private Life As An Autonomous Source Of Protection Against Expulsion Under Article 8 ECHR” (2017) 6 (4) Laws 2017, 6 – 32.
- Den Exter A, “Strasbourg Medical Expulsion Rulings: Beyond The Deathbed Requirement”, (2019) 6 European Journal Of Health Law, 115-124.
- Desmond A, “The Private Law 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* (Savaş 2016).
- Doğan V, *Türk Yabancılar Hukuku* (4th Edn, Savaş 2019).
- Duran L, “Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesi” (1980) 2 İnsan Hakları Yıllığı, 3-33.
- Ekşi N, *6458 Sayılı Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda İdari Gözetim* (Beta 2014).
- Ekşi N, *Milletlerarası Özel Hukuk II Pratik Çalışma Kitabı* (4th Edn, Beta 2016).
- Elçin D, “Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda Aile İkamet İzni: Aile Hayatı Hakkı Mı? Aile Birleşimi Hakkı Mı?”, 2017 (30) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 117-198.
- European Court Of Human Rights, ‘Press Unit: Health October 2020’ < [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Health\\_ENG.Pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Health_ENG.Pdf)> Erişim Tarihi 4 December 2020.

- European Court Of Human Rights, 'Thematic Report: Health-Related Issues In The Case-Law Of The European Court Of Human Rights' <[https://www.echr.coe.int/Documents/Research\\_Report\\_Health.Pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Research_Report_Health.Pdf)> Erişim Tarihi 4 December 2020.
- Gözler K, *İdare Hukuku* (2nd Edn, Ekin 2009).
- Gözübüyük Ş And Gölcüklü F, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme Ve Yargılama Yöntemi* (6th Turhan 2005).
- Gözübüyük Ş And Tan T, *İdare Hukuku Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku* (4th Edn, Turhan 2010).
- Gözübüyük Ş And Tan T, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar* (13th Edn, Turhan 2019).
- Günday M, *İdare Hukuku* (10th Edn, İmaj 2015).
- Huysal B And Şermet B, "6458 Sayılı Kanun Çerçevesinde Haklarında Sınır Dışı Kararı Alınan Yabancılar", İn *Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan Cilt II* (Beta 2014).
- Kabaalioğlu H And Ekşi N, "Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi", (2004) 24 (1-2) MHB (Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan), 503-522.
- Kalabalık H, "İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı Ve Benzer Durumlarla Karşılaştırılması", (1997) 1 (2) Gazi Ünivrsitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 205-232.
- Kalabalık H, *İdari Yargılama Usulü Hukuku* (11th Edn, Sayram 2016).
- Kapani M, *Kamu Hürriyetleri* (7th Edn, Yetkin 1993).
- Kaplan G, *İdari Yargılama Hukuku* (2nd Edn, Ekin 2017).
- Karakul S, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı", (2017) 4 (1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17-58.
- Kilkelly U, *Le Droit Au Respect De La Vie Privée Et Familiale, Un Guide Sur La Mise En Œuvre De L'article 8 De La Convention Européenne Des Droits De L'Homme* (Conseil De l'Europe 2003).
- Klaassen M, "A Right To Regularize Unlawful Residence? Pomes V. Netherlands Untangled" (Strasbourgobservers, 2020) <<https://strasbourgobservers.com/category/cases/pomes-v-the-netherlands/>> Erişim Tarihi 17 November 2020.
- 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.
- Öztürk NÖ, *Mültecinin Hukukî Statüsünün Belirlenmesi* (Seçkin 2015).
- Reisoğlu S, *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları* (Seçkin 2001).
- Roagna I, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata Ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları* (Avrupa Konseyi 2012).
- Rona A and Esra D, *Yabancılar Hukuku* (3rd, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2010).
- Sağlam F, *Temel Hakların Sınırlanması Ve Özü* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları 1982).
- Webster E, "Medical-Related Expulsion And Interpretation Of Article 3 Of The European Convention On Human Rights" (2013) 6 (1-2) Inter-American And European Human Rights Journal, 36-53.
- World Health Organization, 'Report On The Health Of Refugees And Migrants In The WHO European Region, No Public Health Without Refugee And Migrant Health' <<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/311347/9789289053846-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=Y>> Erişim Tarihi 4 December 2020.

### **Mahkeme Kararları/Opinions**

- Novruk v. Russia, App no. 31039/11, 76810/12, 14618/13, 13817/14 (ECHR, 15 March 2016).
- S. & S. V. United Kingdom App no 10375/83 (ECHR 10 December 1983).
- Nasri v. France, App no 18/1994/465/546, (ECHR 21 June 1995).
- Slivenko v. Latvia App no 48321/99 (ECHR 9 October 2003).
- Üner v. Netherlands App no 46410 /99 (EHCR, 18 October 2006).
- Maslov v. Austria App no 1638/03 (ECHR 23 June 2008).
- Kyutin v. Russia, App no 2700/10 (ECHR, 10 March 2011).
- A.A. v. United Kingdom App no 8000/08 (ECHR, 20 September 2011).
- Butt v. Norway App no 47017/09 (ECHR, 4 December 2012).
- Senchishak v. Finland App no 5049/12 (ECHR 18 November 2014).
- A. S. v. Switzerland App no 39350/13 (ECHR 30 June 2015).
- Anayasa Mahkemesi, 2014/15769, 30/11/2017 (B. T. [GK]).
- Anayasa Mahkemesi, 2014/18827, 20/12/2017 (A. A.).
- Ibrogimov/Russia, App no 32248/12 (ECHR 15 May 2018).
- Levakovic v. Denmark kararı App no 7841/14 (ECHR 23 October 2018).
- Anayasa Mahkemesi, 2015/19795, 9.1.2019 (Peri Kırık).
- Anayasa Mahkemesi, 2017/11905, 21.7.2020 (Sherapat Yagmyrova).
- Pormes v. Netherlands App no 25402/14 (ECHR, 28 July 2020).
- A. H. Kahn v. United Kingdom App no 6222/10 (ECHR 20 December 2011).