

AIHM'İN VELJKOVIC-JUKIC / İSVİÇRE KARARI ANALİZİ VE SUÇA KARIŞAN YABANCILARIN SINIR DIŞI EDİLMESİNDE UYGULANAN KRİTERLER

Muhammet Hamza MUŞ

AIHM Secondment Hukukçu

ÖZET

Başvuru (Veljkovic-Jukic v. İsviçre¹) 26 Ağustos 2014 tarihinde yapılmış, karar 7 hâkimden oluşan Daire tarafından verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (bundan böyle “Mahkeme”) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (bundan böyle “Sözleşme”) 8. maddesi (Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı) kapsamında yaptığı inceleme sonucunda oy çokluğuyla ihlal olmadığına karar vermiştir.

Dava 14 yaşından beri İsviçre’de yaşamakta olan Hırvat vatandaşının uyuşturucu ticareti yapmaktan suçlu bulunması nedeniyle daimi oturum izninin iptali ve sınır dışı edilme ihtimali ile ilgilidir.

Mahkeme başvuran ve ailesinin Federal Yüksek Mahkeme tarafından önerilen sınır dışı edilecek ülkelere (Bosna ve Hersek, Hırvatistan, Sırbistan) büyük zorluklarla karşılaşmaksızın entegre olabileceklerini ve

başvuranın uyuşturucu ticareti yapmaktan suçlu bulunduğu vurgulanmış, bu sebeplerle ulusal makamların takdir yetkisini aşmadığı sonucuna varmıştır.

Mahkeme başvuranın İsviçre’ye girişinin 7 yıl boyunca yasaklanması kararına rağmen Federal Yabancılar Kanunu uyarınca bu kararın geçici olarak askıya alınmasını talep edebileceğini ve ailesini İsviçre’de ziyaret edebileceğini vurgulamıştır.

OLAYLAR

Başvuran Renata Veljkovic-Jukic Hırvat vatandaşı olup 1980 doğumludur. İsviçre’nin Gerlafingen köyünde Sırbistan vatandaşı olan kocası ve 2007, 2008 ve 2012 doğumlu üç çocuğuyla birlikte yaşamaktadır. Başvurana 1995 yılında 14 yaşında iken, kocasına ise 1991 yılında 8 yaşında iken oturum hakkı tanınmıştır.

Başvuran 2010 yılı Nisan ayında yaklaşık olarak 1 kg eroin ve 56 gram kokaini 126.000,00 CHF (frank) karşılığında satmaktan ve kokain etkisinde araç kullanmaktan dolayı yargılanmıştır. 2012 yılı Haziran ayında Zürih Kantonu Yüksek Mahkemesince başvuranın uyuşturucu ticareti ve trafik güvenliğini tehlikeye atma suçlarına ilişkin cezalarının onanması sonucu başvuran 3 yıl hapis cezası ile cezalandırılmıştır. Başvuran yarı açık cezaevinde cezasını infaz ederek 2013 yılında tahliye olmuştur.

Solothurn Kantonu Göçmen Bürosu başvuranın hakkında verilen hüküm ve aldığı cezayı göz önüne alarak 2013 yılı Eylül ayında daimî oturum iznini iptal etmiş ve İsviçre’den sınır dışı edilmesine karar vermiştir. Başvuranın itirazları ilk derece ve temyiz mahkemelerince reddedilmiştir. Federal Yüksek Mahkeme kararında başvuranın sınır dışı edilmesinde kamu güvenliğini sağlamanın başvuranın kişisel yararını korumaya nazaran daha öncelikli olduğunu ve aynı gerekçenin başvuran gibi 15 yıldan

¹ *Veljkovic-Jukic/İsviçre*, no. 59534/14, 21 Temmuz 2020 (bu yazı italik olmasın)



uzun süredir İsviçre'de hukuka uygun olarak ikamet eden kişiler için de uygulanabilir olduğunu vurgulamıştır. Federal Yüksek Mahkeme başvuranın 14 yıl boyunca çocukluğunun geçtiği Bosna Hersek veya Sırbistan ya da Hırvatistan'a dönüşüne mani olunmadığını, yine eşi ve çocuklarının İsviçre'de kalmayı tercih etmesi durumunda onları ziyaret ederek veya iletişim vasıtalarıyla onlarla görüşebileceğini, ayrıca tekrardan oturum iznine başvurma hakkının bulunduğunu belirtmiştir.

Solothurn Kantonu Göçmen Bürosu, 2014 yılı ağustos ayında, başvuranın İsviçre'ye girişini 31 Ağustos 2014 – 30 Ağustos 2021 tarihleri arasında yasaklayan sınır dışı etme kararını yayınlamış fakat sınır dışı etme kararı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önündeki dava nedeniyle uygulanmamıştır.

ŞİKÂyetLER

Başvuran Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı'na dair Sözleşme'nin 8. maddesine dayanarak cezai suçu nedeniyle daimi oturum izninin iptal edildiğinden şikâyet etmektedir.

Mahkeme'nin Kararı

Mahkeme başvuranın eşi ve çocuklarıyla beraber çok uzun süredir İsviçre'de yaşamakta olması sebebiyle oturum izninin iptal edilmesi sonucu özel ve aile hayatına müdahalede bulunulduğunu, müdahalenin Federal Yabancılar Kanunu uyarınca hukuka uygun olduğunu ve suçun önlenmesi meşru amacını taşıdığı belirtilmiştir.

Mahkeme müdahalenin demokratik toplumda gerekliliğini incelerken oturum izninin iptaline dair verilen kararın başvuranın uyuşturucu ticaretinden suçlu bulunmasından dolayı verildiğini, uyuşturucunun insanlar üzerindeki yıkıcı etkisi dikkate alındığında ulusal makamlarca bunun yayılmasını önlemedeki sert tutumu daima haklı bulduğunu fakat mevcut davada Federal Yüksek Mahkeme kararını verdiğinde başvuranın 17 yıldır İsviçre'de ikamet ediyor oluşu ve şartlı tahliye olduktan sonra kusurlu bir davranışta bulunmamış olduğu göz önüne alındığında karşılıklı çıkarların değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Başvuranın gençlik döneminin bir kısmını menşei ülkesi Bosna Hersek'te geçirdiği, annesinin hala orada yaşamakta olduğu, kocasının Sırbistan vatandaşı olduğu, bu sebeplerle muhtemel sınır dışı ülkeleri olan Bosna Hersek, Sırbistan veya Hırvatistan'da aile bütünlüğünü sağlamanın başvuran için her ne kadar zor olacağı da imkânsız olmadığı, çocuklarının da 7, 11 ve 13 yaşlarında olup yeni bir ortama uyum sağlayabilecek yaşta oldukları belirtilmiştir.

Mahkemeye göre mevcut davada ulusal makamlar olayları yeterli ve ayrıntılı bir şekilde incelemiş ve başvuranın kişisel yararı ile kamu yararı arasında dengeyi kurmuştur. Federal Yüksek Mahkeme uyuşturucu ticareti suçuna dayanarak gerçekleştirilen müdahaleyi

Üner/Hollanda² davasında düzenlenen kriterlere dayanarak incelemiştir. Özellikle başvuranın kişisel durumu, İsviçre'deki hayatının bütünlüğü, başvuran ve ailesinin menşei ülkesinde karşılaşılabileceği zorluklar ulusal mahkemelerce değerlendirilmiştir. Federal Yüksek Mahkeme başvuranın 18 yıl İsviçre'de yaşadıkdan sonra sınır dışı edilmesine dair alınan kararın ağır bir karar olduğunu fakat çocukluğunun büyük bir dönemini Bosna Hersek'te geçirdikten sonra 15 yaşında İsviçre'ye geldiğini ve genç yaşta (34 yaşında) olduğunu vurgulamış, Bosna Hersek veya Hırvatistan ya da Sırbistan'a dönmeyişinin imkânsız olmadığını belirtmiştir. Federal Yüksek Mahkeme çocukların durumunu ayrıca inceleyerek annelerinden ayrı kalmalarının aile hayatına ağır bir müdahale teşkil edeceğini fakat başvuranın kocasının başvuranla beraber menşei ülkesine gidebileceğini ve çocukların hala yeni bir ortama entegre olmakta sorun yaşamayacak yaşta olduklarını belirtmiştir.

Mahkeme ulusal makamların, özellikle Federal Yüksek Mahkeme'nin, yeterli ve ikna edici bir inceleme yaptığını ve kamu yararı ile bireysel yarar arası dengeyi gözettiğini vurgulamıştır. Ayrıca başvuranın 30 Ağustos 2021 yılına kadar toplam 7 yıllık süre boyunca İsviçre'ye girişinin yasaklandığını ve Federal Yabancılar Kanunu uyarınca sınır dışı etme kararının geçici olarak askıya alınmasını talep ederek ailesini İsviçre'de ziyaret edebileceğini belirtmiştir.

Sonuç olarak başvuranın işlediği suçun önemi ve başvuran ile ailesinin büyük zorluklarla karşılaşmaksızın sınır dışı edilmesi önerilen ülkelere uyum sağlayabileceği dikkate alındığında, Mahkeme İsviçre ulusal makamlarınca takdir yetkisinin aşılmadığına, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Fakat arzu edilenin, ulusal makamlarca sınır dışı etme kararının uygulanması öncesinde Federal Yüksek Mahkeme kararından sonra meydana gelen gelişmelerin, özellikle başvuranın yargılama sürecindeki davranışları ile Federal Yabancılar Kanunu'nun 43. bölümü uyarınca yeniden oturum iznine başvurma hakkının dikkate alınarak durumunun tekrar değerlendirilmesi olduğunu vurgulamıştır.

Suçla Karışan Yabancıların Sınır Dışı Edilmesinde Uygulanan Kriterler

Sözleşme yabancıların ülkeye girişini veya orada yaşamalarını güvence altına almamaktadır. Sözleşmeye taraf devletler, ülkeye girdikleri yaş önem arz etmeksizin, ülkede doğmuş dahi olsalar yabancıların ülkeye girişi ile oturum hakkını kontrol etme, suçla karışmış yabancıları sınır dışı etme yetkisine sahiptirler. Her ne kadar

taraf devletlerden birçoğu erken yaşta gelip uzun dönem ülkede yaşayan yabancıları suç (adli sicil / sabıka) kaydına dayanarak sınır dışı etmeyi yasaklayan kanuni düzenleme veya politika kuralları oluşturmuş ise de Sözleşme'nin 8. maddesinden ülkeden sınır dışı etmeyi yasaklayacak nitelikte bir mutlak hak çıkarmak mümkün değildir. Fakat çocukluğunu ve gençlik hayatının bütünü veya büyük bölümünü ev sahibi ülkede hukuka uygun olarak geçiren göçmeni sınır dışı etmeyi makul kılacak gerekçeler de oldukça ağırdır. Bu anlamda Mahkeme içtihadının oluşmasında önemli rol oynayan bazı kararlara değinmekte fayda bulunmaktadır.

Üner/Hollanda

Üner davasında Mahkeme başvuranın Hollanda ile bağlarının güçlü olduğunu kabul etmekle beraber, eşi ve ilk çocuğuyla oldukça kısa bir süre bir arada yaşadığını, ikinci çocuğuyla hiç bir araya gelmediğini, Türkiye ile bağları kalmadığını söylenemeyeceğini belirtmiştir. Ayrıca adam öldürme ve saldırı suçlarının niteliği gereği ağır suçlar olduğu ve önceki mahkûmiyetleri göz önüne alındığında cezai eğilimler gösterdiğini belirtmiştir. Sınır dışı kararı verildiğinde çocuklarının 1,5 ve 6 yaşlarında olduğunu, yeni koşullara uyum sağlayabilecek yaşta olduklarını, Hollanda vatandaşlıkları olduğu dikkate alındığında, babaları ile beraber Türkiye'ye gidecek dahi olsalar Hollanda'ya dönerek aile üyelerini ziyaret etmekte sıkıntı yaşamayacaklarını vurgulamıştır. Sonuç olarak, işlediği suçların niteliği ve ağırlığı ile sınır dışı etme kararının 10 yıllı sınırlı olduğu dikkate alındığında sınır dışı etme kararının güdülen amaçla orantılı olduğuna ve demokratik toplum gereklerine aykırı olmadığına, adil dengeyi gözetildiğine, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

Büyük daire tarafından verilen bu karar Mahkemenin içtihadında yol gösterici bir öneme sahiptir. Sınır dışı etme kararı sonucu özel ve aile hayatına saygı hakkına gerçekleştirilen müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı ve sağlanmak istenen meşru amaçla orantılı olup olmadığı hususlarını incelerken Mahkeme genellikle bu kararda oluşturduğu kriterleri³ uygulamaktadır. "Üner kriterleri" şu şekildedir:

1. Başvuran tarafından gerçekleştirilen suçun niteliği ve ağırlığı
2. Başvuranın sınır dışı edileceği ülkede kaldığı süre
3. Suçun işlendiği zamandan beri geçen süre ve başvuranın bu süreçteki davranışları
4. Başvuran ve ilgili kişilerin uyrukları / vatandaşlıkları

² Üner/Hollanda [BD], no. 46410/99, ECHR 2006-XII.

³ Üner/Hollanda [BD], no. 46410/99, §§ 57-60, ECHR 2006-XII.

5. Başvuranın ailevi durumu, evlilik süresi, çiftlerin aile hayatını etkileyen diğer faktörler
6. Başvuranın eşinin başvuran tarafından işlenen suçununla ailevi ilişki kurduğu esnada bilip bilmediği
7. Evlilik sonucu doğan çocuklarının olup olmadığı ve onların yaşları
8. Sınır dışı edilecek ülkede başvuranın eşinin karşılaşılabileceği zorlukların ağırlığı
9. Çocukların yararı için en iyi olanın ne olduğu, başvuranın herhangi bir çocuğunun sınır dışı edilecek ülkede karşılaşılabileceği zorlukların ağırlığı
10. Ev sahibi ülke veya sınır dışı edilecek ülke ile sosyal, kültürel ve aile bağlarının sağlamlığı

Boultif/İsviçre

*Boultif*⁴ davasında, Cezayir vatandaşı olan başvuranın 1992 yılında turist vizesiyle İsviçre'ye geldiği, 1993'te İsviçre vatandaşı M.B. ile evlendiği, 1998'de hırsızlık suçu ve başka suçlardan hüküm giydiği 2 yıl hapis cezasının infazına başlandığı, bunun üzerine oturma izninin yenilenmediği ve 2000 yılında sınır dışı edildiği belirtilmiştir. Başvuranın ailesinin Arapça konuşmayı bilmediği, Cezayir'e başvuranla birlikte dönmelerinin beklenemeyeceği, İsviçre dışında aile hayatı kurmalarının önünde ağır engeller bulunduğu ve İsviçre dışında yaşamalarının hemen hemen imkânsız olduğu, İsviçre makamlarınca oturma izninin yenilenmediği dönemde kamu düzenine nispeten sınırlı bir tehlike arz ediyor olduğu vurgulanmıştır. Müdahalenin orantılı olmadığına, oybirliğiyle özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Kolonja/Yunanistan

*Kolonja*⁵ davasında Mahkeme, başvuranın aile hayatını ve sadece 1999 yılında ağır bir suç işlemiş olduğunu dikkate alarak hayat boyu ülkeye girişinin yasaklanması sonucu özel ve aile hayatının ihlal edildiğine karar vermiştir. Söz konusu davada Mahkeme müdahalenin orantılılığını *Üner kriterlerini* uygulamak suretiyle incelemiştir. İlk olarak, Yunan makamların başvuranı 1999 yılında tahliye ederken herhangi bir suç potansiyeli göstermemiş oluşunu ve sınır dışı edildiği takdirde eşiyile çocuklarının ağır ruhsal ve ekonomik sorunlarla karşılaşılabileceğini kabul ettikleri belirtilmiştir. İkinci olarak, başvuranın Arnavutluk'a döndüğü 2012 yılına kadar Yunanistan'da yaklaşık olarak 20 yıl kalmış olduğu ve bu sürenin de yaşı dikkate alındığında neredeyse hayatının yarısına tekabül ettiği, yani Yunanistan'ın başvuranın özel ve aile hayatının uzun zamandır

merkezi olduğu saptanmıştır. Üçüncü olarak, Yunan Mahkemesi'nin 2011 yılında verdiği kararda başvuranın cezasını çektikten sonra kamu düzenini bozucu nitelikte herhangi bir davranışının bulunmadığını, başvuranın ailesinin kendilerine ait evde düzenli bir şekilde ikamet ettiğini, başvuranın kamu düzeni aleyhine tehlike oluşturmadığını ve serbest bırakıldığı takdirde kaçma şüphesinin bulunmadığını belirttiği vurgulanmıştır. Bu sebeple mevcut davada başvuranın suç geçmişinin aleyhine verilen ülkeye giriş yasağını belirleyici nitelikte olmaması gerektiği ifade edilmiştir. Yine Yunan idare mahkemesi tarafından başvuran sınır dışı edildiği takdirde Yunanistan'da kurduğu aile ilişkilerinin ağır zarar göreceği, başvuranın eşi ile bir çocuğunun Yunan vatandaşlığını elde ettiği ve ebeveynleri ile erkek kardeşlerinin Yunanistan'da yasal oturma izniyle yaşamakta olduğu hususlarının değerlendirildiğine dikkat çekilmiştir. Dördüncü olarak, başvuranın eşi ve iki çocuğunun Yunan vatandaşı oldukları, hayatları boyunca Yunanistan'da yaşadıkları, Arnavutluk ile hiçbir bağlarının olmadığı, 6 yaşındaki çocuğunun anne ve babasıyla birlikte büyümesinin üstün yararına uygun olduğu belirtilmiştir. Sonuç olarak başvuranın özel ve aile hayatı ile kamu yararı arasında adil bir denge sağlanmadığına karar verilmiştir.

Levakovic/Danimarka

*Levakovic*⁶ davasında ise Mahkeme yine Üner kriterlerini uygulayarak ebeveynleri ile herhangi bir bağlılığı olmayan, çocuğu bulunmayan, ağır suçlara karışmış, hukuka uymamakta ısrarlı tavırlar sergileyen, suç işlediği yaşta ergin olan başvuranın özel ve aile hayatına müdahale olmadığına karar vermiştir. Mahkeme kararında, Danimarka şehir mahkemesinin başvuranın kişisel koşullarını dikkatlice değerlendirdiği, Mahkeme içtihatlarıyla oluşturulan kriterleri dikkate alarak yarışan haklar arası dengeyi sağladığı, yerleşik göçmenleri sınır dışı etmek için sağlam gerekçeler gerektiğini göz önünde bulundurarak yaptığı değerlendirmede başvuranın yetişkinken işlediği 3 ayrı hırsızlık suçundan mahkûm olduğunu, bu suçların niteliğini ve ağırlığını, bunlardan birinin özel mülkiyette diğerinin ise silahlı şekilde bankada gerçekleştirilmiş olduğunu, her iki hırsızlık suçunun da askıya alınan sınır dışı etme emrinin deneme süresi içinde işlenmiş olduğunu ve bu nedenlerle sınır dışı edilmesini haklı kılan sağlam gerekçelerin bulunduğunu kabul ettiği vurgulanmıştır. Başvuranın çocuğunun olmadığı, ebeveynleri veya kardeşleriyle arasında bağımlılık bulunduğu iddiasının olmadığı ve yetişkin olduğu, bu nedenle aile hayatına müdahale olmadığı, müdahalenin yalnızca özel hayatı ile sınırlı olduğu ifade edilmiştir. Hayatının büyük kısmı Danimarka'da yaşamış



olmasına rağmen Danimarka toplumuyla bağlarının zayıf olduğu sonucuna varılmıştır. Başvuranın Danimarka kanunlarına uymamakta ısrar ettiği, suçlu olarak bir hayat sürdüğü, *Maslov/Avusturya*⁷ davasının aksine ulusal makamların sınır dışı etme kararını çocukken işlenen suçlara dayandırmadığı belirtilmiştir. Sonuç olarak ulusal makamlarca kamu yararı ile başvuranın özel hayatı arası adil dengenin gözetilerek sınır dışı etme kararının verildiğine Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

Bouchelkia/Fransa

*Bouchelkia*⁸ davasında Mahkeme 17 yaşındayken şiddet kullanarak tecavüz suçu işlemekten mahkûm olan başvuranın hakkında verilen sınır dışı edilmesi kararı nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkeme kararında suçun niteliğine dikkat çekerek başvuranın yaşının küçük olmasının işlediği suçun ağırlığına gölge düşürmeyeceğini vurgulamıştır. Mahkeme devamla sınır dışı edilme kararı verildiğinde başvuranın 20 yaşında olduğunu, çocuğunun olmadığını, menşei ülkesi ile bağlarının devam etmekte olduğunu ve yakın akrabalarının menşei ülkesinde yaşamaya devam ettiklerini belirtmiştir. Son olarak, sınır dışı etme kararı sonrasında yasadışı bir göçmen iken yeni bir aile hayatı kurmuş olmasının sınır dışı etme kararının gerekliliğine hanel getirmeyeceğini de eklemiştir.

Kılıc/Danimarka

*Kılıc*⁹ davasında Mahkeme orantılılık incelemesi de yapmak suretiyle başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur. Başvuran 1986 yılına Türkiye'de doğmuştur. 1990 yılında annesiyle beraber 1986'dan beri Danimarka'da yaşayan babasının yanına gelmiştir. Çocukluğunun büyük dönemini Danimarka'da geçirmiş, 1999-2001 yılları arasında 8 ay kadar Türkiye'de kalmıştır. Başvuran iki yılda bir Türkiye'ye annesinin akrabalarının yanına uzun süreli tatile gitmektedir. Başvuranın ailesinin Türkiye'de apartmanları vardır. Başvuran Türkçe ve Danca konuşmaktadır. 25 Mart 2003 yılında başvuran Şehir Mahkemesi'nde iki ayrı saldırı suçundan yargılanmıştır. Başvuran işlediği ilk suçta, bisikletli birini başı da dâhil vücudunun çeşitli bölgelerine vurmak suretiyle ağır şekilde yaralamış, diz kapağını kırmıştır. İkinci suçta ise hırsızlık için bir eve girmiş, ev sahibine yakalanmış, ev sahibini önceki suçta olduğu gibi başına da vurmak suretiyle yaralamıştır. Her iki suçtan 40 gün hapis cezası almış ve cezası şartlı tahliye ile ertelenmiştir. 6 Mayıs 2003 yılında biri okul müdürüne karşı, diğeri polis memuruna karşı olmak üzere iki ayrı saldırı suçundan yargılanarak çocuk cezaevinde dört ay ve daha sonra bir gençlik kurumunda on iki ay geçirmeye mahkûm edilmiştir. 14 Ağustos 2003 tarihinde başvuran ve kuzeni (Hızır Kılıc) hırsızlığa teşebbüs, nitelikli saldırı ve adam öldürme

4 *Boultif/Yunanistan*, no. 54273/00, 2 Ağustos 2001.

5 *Kolonja/Yunanistan* [BD], no. 49441/12, §§ 57-58, 19 Mayıs 2016.

6 *Levakovic/Danimarka*, no. 7841/14, §§ 42-45, 23 Ekim 2018.

7 *Maslov/Avusturya* [BD], no. 1638/03, § 62, 23 Haziran 2008.

8 *Bouchelkia/Fransa*, no. 23078/93, 29 Ocak 1997.

9 *Kılıc/Danimarka* (kk.), no. 20730/05, 22 Ocak 2007.

suçlarından gözaltına alınmıştır. Doğu Danimarka Yüksek Mahkemesi kararında belirtildiği üzere 9 Ağustos 2003 tarihinde başvuran 16 yaşında, kuzeni ise 17 yaşındayken İtalyan bir turisti bıçakla tehdit ederek parasını istemişler, başvuranın kuzeni tarafından bıçaklanan turist kaçmaya çalışmış, başvuran ve kuzeni tarafından kovalanarak yakalanmış, başvuranın kuzeni tarafından defalarca bıçaklanmak suretiyle öldürülmüştür. 8 Aralık 2004 tarihli psikiyatri raporunda başvuranın akıl hastalığı olmadığı fakat ergenlikten beri esrar kullanmaktan kaynaklı sorumluluktan kaçma yönünde kişilik bozukluğu bulunduğu belirtilmiştir. Danimarka Yüksek Mahkemesi başvuruna 8 yıl hapis cezası, kuzenine ise hırsızlığa teşebbüs ile nitelikli saldırı ve adam öldürme suçlarından 10 yıl hapis cezası vermiş, her ikisine de cezalarını çektikten sonra uygulanmak üzere süresiz olarak sınır dışı etme kararı vermiştir. Karara yapılan itiraz üzerine Temyiz Mahkemesi, başvuranın 3 yaşında Danimarka'ya geldiğini, kuzeninin ise Danimarka'da doğması nedeniyle ikinci nesil göçmen olduğunu, ikisinin de gençliklerinin ve okul çağlarının Danimarka'da geçtiğini, ebeveynleri ve kardeşlerinin Danimarka'da yaşıyor olduklarını, bu nedenlerle Danimarka ile bağlarının kuvvetli olduğunu fakat her şeye rağmen Türkçe konuşmayı bildiklerini, Türkiye ile bağlarının bulunduğunu ve Türk kültürüne aşina olduklarını, iki yılda bir Türkiye'de sahip oldukları büyük bir aileyi ziyaret ettiklerini, işledikleri suçlar da dikkate alındığında sınır dışı edilmelerinin ne Yabancılar Kanunu'na ne de Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı olmadığını belirterek kararı onamıştır. Mahkeme başvuran suçlu bulunduğu ve aleyhine sınır dışı etme kararı verildiğinde onun 17 yaşında olduğunu, eşi ve çocuğunun olmadığını, bu nedenle aile hayatına değil özel hayatına müdahalede bulunulduğunu vurgulamıştır. Mahkeme devamlı, Temyiz Mahkemesinin kararında belirttiği hususları tekrar ederek, başvuranın işlediği suçların ağır nitelikte suçlar olduğunu ve aşırı şiddet eğilimi gösterdiğini, bu nedenlerle başvuranın özel hayatı ile suçun önlenmesine dair kamu yararı arasında adil dengenin gözetilmek suretiyle başvuranın özel hayatına yapılan müdahalenin yeterli gerekçelerle desteklediğini ve orantılı olduğunu belirterek başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.

Maslov/Avusturya

Maslov davasında başvuranın çocukken (reşit değilken) işlediği, büyük ölçüde şiddet içermeyen suçlardan kaynaklı mahkûmiyet kararına dayanılarak verilen sınır dışı emri nedeniyle özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Başvuran Avusturya'ya 1990 yılında 6 yaşındayken gelmiş, ebeveynleri ve iki kardeşiyle hukuka uygun olarak yaşamaktadır. 1999 yılında sınırsız yerleşim izni elde etmiştir. Başvuran 14

ve 15 yaşlarındayken işlediği hırsızlık yapma ve çete ile birlikte zorla içeri girerek hırsızlık yapmaya teşebbüs (*gewerbsmäßiger Bandendiebstahl*), çete kurmak (*Bandenbildung*), şantaj yapmak (*Erpressung*), cebir ve şiddet kullanmak (*Körperverletzung*), izinsiz araç kullanmak (*unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs*) suçlarından çocuk mahkemesinde yargılanarak suçlu bulunmuş ve hapis cezasına çarptırılmıştır. 2001 yılında 16 yaşındayken Federal Polis Yönetimi mahkûmiyet kararına dayanarak başvuran aleyhine 18 yaşından itibaren geçerli olmak üzere 10 yıllık sınır dışı etme kararı vermiştir. Başvuran cezasını çektikten sonra 2003 yılı aralık ayında Bulgaristan'a sınır dışı edilmiştir. Mahkeme başvuranın sınır dışı edilmesi suretiyle özel ve aile hayatına saygı hakkına müdahalede bulunulduğunu, söz konusu müdahalenin hukuka uygun olduğunu ve suçun önlenmesi meşru amacını taşıdığını saptadıktan sonra müdahalenin orantılı olup olmadığını incelemiştir. Orantılılık incelemesinde başvuranın yaşı, söz konusu suçları çocuk yaşta iken işlemiş olduğu ve suçların biri dışında şiddet suçu olmadığı hususlarının mevcut davada belirleyici unsurlar olduğu vurgulanmıştır. Bu yönüyle mevcut dava şiddet suçları işlemeleri nedeniyle haklarında sınır dışı etme kararı alınan *Boultif v. Switzerland* ve *Üner v. the Netherlands* davalarından ayrıldığı ifade edilmiştir. Mevcut davada başvuranın işlediği suçların birçoğunun zorla girmek suretiyle ATM, araba, mağaza ve restoranlardan hırsızlık olduğu, şiddet unsuru içeren tek suçunun başka bir erkek çocuğu itmesi ve tekme atması sonucu yaralaması olduğu, bu suçların gençlerin işleyeceği suçlar olduğu belirtilmiştir. Bu nedenlerle başvuranın çocukken işlediği şiddet suçu olmayan suçlara dayanılarak sınır dışı edilmesinin makul olmadığına karar verilmiştir. Şiddet unsuru içeren suçlar söz konusu olduğunda ise çocuk tarafından işlenmiş olsa dahi sınır dışı edilmenin makul olacağı birçok kararda vurgulanmıştır¹⁰. Çocuk suçluya yönelik sınır dışı etme tedbirleri söz konusu olduğunda, çocuğun yüksek yararını dikkate alma yükümlülüğü içinde çocuğun yeniden entegrasyonunu kolaylaştırma yükümlülüğünün de yer aldığı ve bu tedbire daima son çare olarak başvurulması gerektiği ifade edilmiştir. Başvuranın tahliye olduktan sonra 18 ay boyunca Avusturya'da tekrar suça karışmaksızın yaşadığı, başvuranın sosyal, kültürel, dilsel ve ailesel bağlarının tüm akrabalarının yaşadığı Avusturya'da olduğu, menşei ülkesiyle kanıtlanmış hiçbir bağının olmadığı belirtilmiştir. Mahkeme'ye göre sınır dışı etme kararının süreli oluşunun mevcut davada bir önemi bulunmamaktadır. Başvuranın genç yaşı dikkate alındığında, neredeyse Avusturya'da yaşadığı süreye ve hayatının belirleyici bir dönemine denk

¹⁰ *Bouchelkia/Fransa, (Ferhat) Kılıç/Danimarka ve (Hızır) Kılıç/Danimarka.*

gelen 10 yıllık sınır dışı etme kararı hedeflenen meşru amaçla orantısızdır ve demokratik bir toplumda gerekli değildir. Sonuç olarak başvuranın özel ve aile hayatına saygı hakkı ihlal edilmiştir.

Moustaquim/Belçika

*Moustaquim*¹¹ davasında başvuran ergenlik döneminde işlediği yaklaşık bir yıllık döneme yayılan nitelikli hırsızlık, çalıntı mal ticareti, araç imha etme, saldırı, tehdit suçlarından oluşan toplam 26 ayrı suçun 22'sinden suçlu bulunmuştur. Mahkeme en son mahkum olduğu suç ile sınır dışı edilme kararının verilmesi arasında 3 yıldan fazla süre bulunduğunu, başvuranın 2 yaşındayken Belçika'ya geldiğini ve 20 yıldır ailesiyle birlikte Belçika'da yaşıyor olduğunu, menşei ülkesi Fas'a sadece 2 kez tatile gittiğini, tüm eğitimini Fransızca aldığını, sınır dışı edilme kararı verildiği tarihte tüm yakın akrabalarının (ebeveynleri ve kardeşlerinin) uzun süredir Belçika'nın Liège kentinde yaşıyor olduklarını, başvuranın en büyük çocuğunun Belçika vatandaşlığı elde ettiğini diğer üç çocuğunun da Belçika da doğduğunu vurgulamış ve başvuranın aleyhine sınır dışı edilme kararı verilmek suretiyle aile hayatına gerçekleştirilen müdahalenin hedeflenen kamu yararına nazaran orantılı olmadığına, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Jakupovic/Avusturya

*Jakupovic*¹² davasında başvuranın 16 yaşındayken Bosna Hersek'e sınır dışı edilmesi nedeniyle özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Başvuranın aleyhine ikamet yasağı verildiğinde sadece 4 yıldır Avusturya'da yaşamakta olduğu, önceki eğitimini menşei ülkesinde gittiği okulda aldığı, bu nedenle menşei ülkesinin diline ve kültürüne aşina olduğu ve durumunun ikinci kuşak göçmenlerle karşılaştırılmayacağı, yine de ikamet yasağının özel ve aile hayatına ağır müdahalede bulunduğu belirtilmiştir. Başvuranın 12 yaşındayken 6 yaşındaki kardeşiyle birlikte annesinin yanına yerleşmek amacıyla Avusturya'ya geldiği, Bosna Hersek'te yakın akrabasının bulunmadığı, 16 yaşındaki birini yakın zamanda silahlı çatışmaların olduğu ve hiç yakın akrabasının bulunmadığı bir ülkeye sınır dışı etmek için sağlam gerekçelerin bulunması gerektiği, başvuranın sadece 2 ayrı hırsızlık suçundan suçlu bulunduğu ve bu suçlara ilişkin hapis cezalarının ertelendiği, suçların şiddet unsuru içermediği de dikkate alındığında Avusturya makamlarının takdir marjını aştığı ve sınır dışı etme kararının orantılı olmadığına karar vermiştir. Mahkeme silah bulundurma yasağının

¹¹ *Moustaquim/Belçika*, no. 12313/86, 18 Şubat 1991

¹² *Jakupovic/Avusturya*, no. 36757/97, 6 Şubat 2003.

ciddiyetini küçümsememekle beraber, bundan dolayı başvuran hakkında suç duyurusunda bulunulduğuna dair dosyada herhangi bir delilin yer almadığını da kararında vurgulamıştır.

Zakharchuk/Rusya

*Zakharchuk*¹³ davasında Üner kriterleri altında yaptığı inceleme sonucu Mahkeme başvuranın annesinin onun finansal veya tıbbi ya da başka şekilde yardımına muhtaç olduğunu ispatlayacak belgeleri sunmadığını, sınır dışı edilmeden iki gün önce gerçekleştirdiği evliliğini ulusal mahkemeler önünde ileri sürmediğini ve esasa etkisinin olmadığını, normal duygusal bağ dışında annesi ile arasında 8. madde kapsamında aile hayatının koruyucu alanından yararlanacak derecede bağımlılık bulunmadığını, fakat 1980 yılında Sovyetler Birliği'nde doğduğu ve çocukluğunun bir dönemi hariç 2011 yılında sınır dışı edilene kadar hayatının büyük bir dönemini Rusya'da geçirdiğini, yerleşik göçmenlerin topluma kurduğu sosyal bağların bütünlüğüne müdahalenin 8. madde kapsamında olduğunu, bu nedenle başvuranın özel ve aile hayatına müdahalede bulunulduğunu tespit etmiştir. Yine Mahkeme, başvuranın çocukluğunun büyük bir dönemini (6 aylıktan – 15 yaşa) Polonya'da geçirdiğini, uzun süre Rusya'da oturmasına rağmen Polonya vatandaşı olarak kalmaya devam ettiğini ve pasaportunu düzenli olarak yenilediğini, sınır dışı edilmeden önce hakkı olduğu halde Rus vatandaşı olma arzusu göstermediğini, Polonya ile bağları bulunduğunu belirtmiştir. Başvuranın sınır dışı edilmesine dayanak olan suçun ağır bir suç olduğunu, suç işlediğinde *Maslov v. Austria* davasının aksine 16 değil 24 yaşında olduğunu bu nedenle çocuk olarak değerlendirilemeyeceğini vurgulamıştır. Mahkeme devamlı, ulusal mahkemelerin başvuranın Rusya'da yaşadığı sürenin uzunluğunu ve hem Rusya hem de Polonya ile olan bağlarını ayrı ayrı değerlendirdiğini, Polonya vatandaşlığını koruduğu ve oraya ziyarette bulunduğu hususlarını incelediğini belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme, mağdurun kafatası dâhil vücuduna zarar verecek nitelikte işlenen kasten yaralama suçunun ağır bir suç olduğunu, bu suçun başvuranın toplum açısından tehlike arz eden doğasını yansıttığını, bu nedenle 8 yıllık sınır dışı etme kararının makul olduğunu ifade etmiştir. Sonuç olarak yarışan haklar arasında adil dengenin ulusal makamlarca sağlandığı kanaatine vararak Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. ■

¹³ *Zakharchuk/Rusya*, no. 2967/12, §§ 46-64, 17 Aralık 2019.