



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

© Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2012. İşbu çeviri, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Vakıf Fonu'nun desteğiyle yapılmıştır (www.coe.int/humanrightstrustfund). Bu çeviri, Mahkeme'yi bağlamamaktadır. Daha fazla bilgi için, bu belgenin sonunda bulunan, telif haklarına ilişkin belgeyi okuyunuz.

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2012. This translation was commissioned with the support of the Human Rights Trust Fund of the Council of Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). It does not bind the Court. For further information see the full copyright indication at the end of this document.

© Conseil de l'Europe/ Cour Européenne des Droits de l'Homme, 2012. La présente traduction a été effectuée avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). Elle ne lie pas la Cour. Pour plus de renseignements veuillez lire l'indication de copyrights/droits d'auteur à la fin du présent document.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARI

BÜYÜK DAİRE

MASLOV/AVUSTURYA DAVASI

(Başvuru no. 1638/03)

STRAZBURG

23 Haziran 2008

Nihai karardır. Şekli düzeltmeler yapılabilir.

Maslov/Avusturya davasında,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, aşağıdaki üyelerden oluşan Büyük Daire:

Jean-Paul Costa, *Mahkeme Başkanı*,
Nicolas Bratza,
Peer Lorenzen,
Françoise Tulkens,
Josep Casadevall,
Ireneu Cabral Barreto,
Karel Jungwiert,
Elisabeth Steiner,
Alvina Gyulumyan,
Ineta Ziemele,
Isabelle Berro-Lefèvre,
Päivi Hirvelä,
Giorgio Malinverni,
András Sajó,
Mirjana Lazarova Trajkovska,
Ledi Bianku,
Nona Tsotsoria, *Yargıçlar*

ve Vincent Berger, *Hukukçu*,

6 Şubat ve 28 Mayıs 2008 tarihlerinde, kapalı oturumda yapılan müzakerelerden sonra, 28 Mayıs 2008 tarihinde, aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Bu dava, Avusturya Cumhuriyeti'ne karşı, Bulgar vatandaşı olan Bay Youri Maslov'un ('başvuran'), 20 Aralık 2002 tarihinde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin ('Sözleşme'), 34. maddesi uyarınca, Mahkeme'ye sunulan, 1638/03 numaralı başvuru sonucu görülmektedir.

2. Başvuran, Mahkeme önünde, Viyana Barosu'na bağlı olarak avukatlık yapmakta olan Bay Deuretsbacher tarafından temsil edilmiştir. Avusturya Hükümeti ('Hükümet'), Federal Dışişleri Bakanlığı'nın Uluslararası Hukuk Bölüm Şefi olan, Büyükelçi Bay F. Trauttmansdorff tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuran, özellikle, hakkında alınan ülkede kalma yasağının ve Bulgaristan'a gönderilmek üzere sınır dışı edilmesinin, özel yaşamı ve aile yaşamına saygı gösterilmesi hakkını ihlal ettiğini öne sürmektedir.

4. Başvuru, Mahkeme'nin Birinci Seksiyonu'na tevdi edilmiştir (Mahkeme İç Tüzüğü'nün 52/1. maddesi). 2 Haziran 2005 tarihinde, bu Seksiyon'un, yargıçlar, Christos Rozakis, Snejana Botoucharova, Anatoli Kovler, Elisabeth Steiner, Khanlar Hajiyeve, Dean Spielmann ve Sverre Erik Jebens'ten ve Yazı İşleri Müdürü Søren Nielsen'den oluşan bir Dairesi, başvurunun kısmen kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir. 22 Mart 2007'de, aynı Seksiyon'un, yargıçlar, Christos Rozakis, Loukis Loucaides, Nina Vajić, Elisabeth Steiner, Khanlar Hajiyeve, Dean Spielmann, Sverre Erik Jebens ve Yazı İşleri Müdürü Søren Nielsen'den oluşan bir Dairesi, üç oya karşı dört oyla verdiği kararda, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine ve savunmacı devletin, başvurana, yargılama giderleri için 5.759,96 Avro ödemesi gerektiğine hükmetmiştir.

5. 24 Eylül 2007'de, Büyük Daire kurulu, Sözleşme'nin 43. maddesi gereğince, Hükümet'in, davanın, Büyük Daire'ye gönderilmesi talebine hak vermiştir.

6. Büyük Daire, Sözleşme'nin 27/2, 27/3. maddeleri ve İç Tüzüğün 24. maddesine göre oluşturulmaktadır.

7. Hem Hükümet hem de başvuran, görüş sunmuşlardır. Bulgar Hükümeti, yargılamaya müdahale etme hakkını kullanmamıştır (Sözleşme'nin 36/1. maddesi).

8. Strazburg'da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde, 6 Şubat 2008 tarihinde, kamuya açık duruşma yapılmıştır (İç Tüzüğün, 59/3. maddesi).

– *Hükümet'i temsilen hazır bulunanlar :*

Bay F.TRAUTTMANSDORFF,
Bayan B.OHMS,
Bay C.SCHMALZL,

görevli,

danışmanlar ;

– *Başvurayı temsilen hazır bulunanlar*

Bay M.DEURETSBACHER,

danışman.

Mahkeme, Bay Deuretsbacher ve Bay Trauttmansdorff'un beyanlarını ve birçok yargıcın sorduğu sorulara verdikleri cevapları dinlemiştir.

9. Daha sonra, yedek yargıç olan András Sajó, duruşmaya katılamayan Rıza Türmen'in yerine katılmıştır (İç Tüzük, madde 24/1).

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

10. Başvuran, 1984 yılının Ekim ayında doğmuştur ve Bulgaristan'da yaşamaktadır.

11. 1990 yılının Kasım ayında, altı yaşında olan başvuran, ebeveynleri, erkek ve kız kardeşleriyle birlikte Avusturya'ya gelmiş ve yasal şekilde, bu ülkede oturmuştur. Yasal olarak çalışan ebeveynleri, aradan geçen zamanda Avusturya vatandaşlığını almışlardır. İlgili, Avusturya'da okula başlamıştır.

12. 1998 yılı sonunda, başvuran hakkında bir ceza davası açılmıştır. Başvuranın, araba hırsızlığı, mağazalardan, para çekme makinelerinden hırsızlık yapmasından, stoklama alanından şişe çalmak, bir erkek çocuğunu, annesinden 1.000 Avusturya Şilini çalmaya zorlamak, aynı çocuğu itmek ve tekmelemek ve vücudunda yaralar çıkmasına neden olmak ve sahibinin izni olmadan, bir aracı kullanmış olmasına ilişkin şüpheler bulunmaktaydı.

13. 8 Mart 1999'da, başvuran, sürekli oturma izni almıştır (*Niederlassungsbewilligung*).

14. 7 Eylül 1999'da, Viyana Çocuk Mahkemesi (*Jugendgerichtshof*), başvuranın, Kasım 1998 ve Haziran 1999 arasında gerçekleştirmiş olduğu yirmi iki adet, çete ile birlikte zorla içeri girerek hırsızlık yapma ve çete ile birlikte zorla içeri girerek hırsızlık yapmaya teşebbüsten (*gewerbsmäßiger Bandendiebstahl*), çete kurmaktan (*Bandenbildung*), şantaj yapmaktan (*Erpressung*), cebir ve şiddet kullanmaktan (*Körperverletzung*) ve bir aracın izinsiz kullanılmasından (*unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs*) dolayı suçlu bulmuştur. Çocuk mahkemesi, ilgiliyi, on üç ayının infazı ertelenmek üzere, on sekiz ay hapis cezası almasına karar vermiş ve başvuranın, uyuşturucu bağımlıları için bir kür izlemesine hükmetmiştir.

15. 11 Şubat 2000 tarihinde, başvuran yakalanmış ve Haziran 1999 ve Ocak 2000 tarihleri arasında işlemiş olduğu zorla içeri girerek hırsızlık yapmaktan dolayı bir dizi ceza takibi başlatılmıştır. İlgili ve suç ortaklarının, mağaza ve restoranlara zorla girerek, para ve mal çaldıklarından şüphelenilmektedir. 11 Şubat 2000 tarihinde, Viyana Çocuk Mahkemesi, başvuranın tutuklanmasına karar vermiştir.

16. 25 Mayıs 2000 tarihinde, aynı mahkeme, başvurana, on sekiz adet nitelikli hırsızlık suçu işlemekten ve nitelikli hırsızlığa teşebbüs etmek suçundan, on beş ay hapis cezası vermiştir. Cezayı belirleyen mahkeme, başvuranın, itiraflarını, hafifletici neden ve suçları birçok kez işlenmesini ve ilgilinin aldığı son hapis cezasından hemen sonra yeni suçlar işlemiş olmasını da ağırlaştırıcı neden olarak kabul etmiştir. Mahkeme, başvuranın, ebeveynleriyle yaşıyor olsa da, onlardan eğitim almadığını, evine gelmediğini ve okulu bıraktığını tespit etmiştir. Mahkeme, başvuranın, kürü takip etme emrini de yerine getirmemiş olduğunu tespit etmiştir. Sonuç

olarak, mahkeme, 7 Eylül 1999 tarihli cezanın ertelemesini kaldırmıştır. Bu karardan sonra, başvuran hapis cezasını çekmiştir.

17. 3 Ocak 2001’de, Viyana Federal Polis Yönetimi (*Bundespolicieidirektion*), 1997 Yabancılar Kanunu’nun (*Fremdengesetz*) 36. maddesinin 1. ve 2. bentlerine dayanarak, başvuran hakkında, on yıllık oturma yasağı vermiştir. Federal Polis Yönetimi, başvuranın, mahkûmiyetlerini dikkate alarak, Avusturya’da oturmasının, kamu çıkarına aykırı olduğuna karar vermiştir. İlk mahkûmiyetinden sonra yeni suçlar işlediği için, düzenin korunmasında ve suçun önlenmesindeki genel yarar, genç adamın Avusturya’da kalmaktaki yararından daha üstün idi.

18. Avukat yardımı alan başvuran, istinaf yoluna başvurmuştur. Başvuran, oturumunun yasaklanmasının, Sözleşme’nin 8. maddesinde güvence altına alınan haklarını ihlal ettiğini çünkü küçük olduğu için, Avusturya’ya altı yaşında gelmiş olduğunu, tüm ailesinin bu ülkede yaşadığını ve Bulgaristan’da hiç akrabası olmadığını belirtmiştir. Başvuran, aynı zamanda, 1997 Yabancılar Kanunu’nun, küçüklüğünden beri Avusturya’da yasal olarak yaşayan bir yabancı hakkında oturum yasağı kararı verilemeyeceğini öngören 38/1 (4). maddesini öne sürmektedir.

19. 19 Temmuz 2001 tarihli bir kararla, Viyana Kamu Güvenliği Yönetimi (*Sicherheitsdirektion*), istinaf başvurusunu reddetmiş ve Federal Polis Yönetimi’nin kararını onaylamıştır.

20. 17 Ağustos 2001 tarihinde, başvuran, idare mahkemesine (*Verwaltungsgerichtshof*) ve Anayasa Mahkemesi’ne (*Verfassungsgerichtshof*) başvuru yapmıştır. Başvuran, Avusturya’ya altı yaşındayken geldiğini, Bulgarca konuşmadığını ve Bulgaristan’da, ne akrabalarının ne de sosyal ilişkilerinin olduğunu altını çizmiştir. Başvuran, halen küçük olduğuna dikkat çekmiştir.

21. 18 Eylül 2001’de, idare mahkemesi, oturum yasağının, Sözleşme’nin 8/2. maddesine uygun olduğu gerekçesiyle, ilgilinin talebini reddetmiştir. Mahkeme, başvuranın, Avusturya’ya, altı yaşında gelmiş olduğunu tespit etmiştir. Oysa sabit içtihadı göre, Yabancılar Hakkında Kanun’un 38/1 (4). maddesindeki oturum yasağı, sadece, üç yaşından önce ülkeye yerleşmiş kişilerle ilgiliydi. Başvuranın işlediği suçların ağırlığı ve sayısı ve ilk mahkûmiyetinden hemen sonra yeni suçlar işlemiş olmasını dikkate alan idare mahkemesi, oturum yasağının, ilgilinin, Avusturya’daki oturum süresi ve bu ülkedeki aile bağlarına rağmen, 8. maddede güvence altına alınan haklarına orantısız bir müdahale oluşturmadığına karar vermiştir.

22. 19 Eylül 2001 tarihli bir kararla, Anayasa Mahkemesi, kararın verilmesini beklerken, sınır dışı kararının yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir.

23. Erken salıverilmeden faydalanmayan başvuran, 24 Mayıs 2002 tarihinde salıverilmiştir. Mahkeme önündeki duruşmada, başvuranın danışmanı, müvekkilinin, tutukluluğu süresince öğrenimini tamamladığını

ve salıverildikten sonra, başvuranın, aile taşımacılık şirketinde babasına yardım ettiğini belirtmiştir.

24. 25 Kasım 2002’de, Anayasa Mahkemesi, başvuranın talebinin başarısızlıkla sonuçlanacağı kanaatinde olduğu için, başvuranın talebinin reddine karar vermiştir.

25. Aralık 2002’de, başvurana birçok kez oturum yasağı tebliğ edilmiş fakat sonuç alınamamıştır.

26. 18 Ağustos 2003’te, Viyana Federal Polis Yönetimi, ilgilinin, Avusturya’yı terk etmesini emreden yeni bir karar vermiştir.

27. 14 Ekim 2003’te, bu karar, önce, ailesinin adresindeki başvurana tebliğ edilmiştir daha sonra, Viyana Federal Polis Yönetimi, ilgilinin, sınır dışı edilmesi için, tutuklanmasına karar vermiştir. İlgili, 27 Kasım 2003 tarihinde yakalanmıştır.

28. 22 Aralık 2003 tarihinde, başvuran Sofya’ya gönderilmek üzere sınır dışı edilmiştir. Duruşmada, danışmanı tarafından verilen bilgilere göre, başvuran Bulgaristan’da yeni suçlar işlememiştir ve orada bir iş bulmuştur.

29. Duruşmada, Hükümet, Mahkeme’yi, oturum yasağının, verilmesinden on yıl sonra yani, 3 Ocak 2011’de sona ereceğinden bilgilendirmiştir (bkz. 17. paragraf).

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

A. Yabancılar Hakkında Kanun

30. 1997 Yabancılar Hakkında Kanunu (*Fremdengesetz*), olaylar zamanında yürürlükte idi. Mevcut olayla ilgili 36-38. maddeler aşağıdaki şekilde kaleme alınmıştır:

Madde 36

‘1) Bir yabancı hakkında, oturum yasağı kararı verilebilmesi için, oturumunun:

1. kamusal huzur, düzen ve güvenlik için tehlike oluşturması ya da,

2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8/2. maddesindeki diğer kamu çıkarlarıyla çatışması gerekmektedir.

2) 1. bent anlamındaki olayların varlığı, özellikle, bir yabancının

1. Bir Avusturya mahkemesi tarafından üç aydan fazla ağır hapis cezasına, infazı kısmen ertelenen bir hapis cezasına ya da altı aydan fazla ve infazı ertelenen bir hapis cezasına ya da suç fiillerinin işlenmesine yönelik aynı zararlı eğilim nedeniyle kesin kararla birden fazla mahkum edilmiş olması halinde kanıtlanmış olmaktadır.’

Madde 37

‘1) Bir oturma yasaklanması kararının, yabancının, özel yaşamı ya da aile yaşamına müdahale oluşturma riski bulunması halinde, bu müdahalenin yapılmasına, sadece, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8/2. maddesindeki amaçlardan biri bağlamında acil bir gereklilik olması halinde izin verilmelidir.

2) (...) Bir oturma yasağı, yabancının ve ailesinin durumu üzerindeki etkilerinin, böyle bir tedbirin alınmaması durumundaki sonuçlardan daha ağır olması halinde kesinlikle kabul edilemez. Yukarıdaki etkenlerin dengelenmesinde, özellikle aşağıdaki koşullar dikkate alınmalıdır:

1. oturma süresi ve yabancının veya aile fertlerinin entegrasyon derecesi;
2. aile bağları ve diğer bağların sağlamlığı.’

Madde 38

‘1) Oturma yasağı aşağıdaki durumlarda alınamaz:

(...)

4. Yabancının, ev sahipliği yapan ülkede, küçüklüğünden beri yaşıyor olması ve uzun senelerdir oraya yasal şekilde yerleşmiş olması.’

31. İdare mahkemesi, Yabancılar Hakkında Kanun’un 38/1 (4) maddesi anlamında, sadece, Avusturya’da, üç yaşından beri oturan yabancıların, orada ‘küçüklüklerinden’ beri yaşamış olduklarının kabul edileceğine karar vermiştir (örneğin, bkz. 17 Eylül 2001 tarihli karar, no. 96/18/0150, 2 Mart 1999 tarihli karar, no. 98/18/0244 ve 21 Eylül 2000 tarihli karar, no. 2000/18/0135).

B. Medeni Kanun

32. Medeni Kanun’un (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) 21/2. maddesi aşağıdaki şekilde kaleme alınmıştır:

‘On sekiz yaşına girmemiş olan kişiler, küçük sayılır : (...)’

Medeni Kanun’un bu versiyonu, 1 Temmuz 2001’de yürürlüğe girmiştir. Bu tarihten önce, reşit olma yaşı on dokuz idi.

III. İLGİLİ ULUSLARARASI BELGELER**A. Avrupa Konseyi Enstrümanları**

33. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin aşağıdaki iki Tavsiye Kararı, bu dava çerçevesinde özel bir önemi haizdir.

34. İlk olarak, Bakanlar Komitesi'nin Rec (2000) 15 sayılı ve Göçmenlerin uzun süreli oturumunda güvenliğe ilişkin Tavsiye Kararı, özellikle aşağıda yazılanları öngörmektedir:

‘4. Sınır dışı edilmeye karşı korunmaya ilişkin olarak

a) Uzun süredir ülkede yaşayan bir göçmenin sınır dışı edilmesi kararı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadı ışığında ve orantılılık prensibine göre, aşağıdaki kriterleri dikkate almalıdır:

- ilgilinin kişisel davranışı;
- oturumunun süresi;
- hem göçmen hem de ailesi için sonuçları;
- göçmen ve ailesinin, ülke ile olan bağları.

b) 4a) bendinde belirtilen orantılılık prensibi gereğince, üye devletler, oturumun süresi ve türü ve göçmenin işlediği suçun ağırlığını dikkate almalıdırlar. Üye devletler, uzun süredir ülkede bulunan bir göçmenin, aşağıdaki hallerde sınır dışı edilmemesi gerektiğini de öngörebilirler:

- Yalnızca, erteleme olmaksızın, iki yıllık bir cezayı geçen bir suçtan dolayı mahkûm edilmiş olması durumu hariç olmak üzere, beş yıllık oturumdan sonra;
- Yalnızca, erteleme olmaksızın, beş yıllık hapis cezasını geçen bir suçtan dolayı mahkûm edilmiş olması durumu hariç olmak üzere, on yıllık oturumdan sonra;

Yirmi yıllık oturumdan sonra, bir göçmen sınır dışı edilmemelidir.

c) Bir üye devletin topraklarında doğmuş olan ya da oraya on yaşından önce kabul edilmiş ve yasal ve sürekli şekilde orada oturan göçmenler hakkında, on sekiz yaşına girdikten sonra, sınır dışı kararı verilemez.

Kural olarak, uzun süredir oturan küçük göçmenler hakkında sınır dışı edilme tedbiri alınmaz.

d) Her halükarda, her üye devlet, milli mevzuatında, uzun süredir ülke topraklarında yaşayan bir göçmenin sınır dışı edilmesine, göçmenin, kamu güvenliği ya da devletin güvenliği için ciddi bir tehdit oluşturması halinde sınır dışı edilmesini öngörebilmelidir.’

35. İkinci olarak, Aile Birleştirmesi Talebi Kabul Edilen Kişilerin Hukuki Statüsü Hakkında Rec (2002)4 sayılı Tavsiye Kararı, bir oturma izninin geri alınması ya da yenilenmemesi ya da bir aile ferdinin sınır dışı edilmesinin öngörülmesi halinde:

‘(...) Üye devletlerin, söz konusu kişinin, doğum yeri, ülke topraklarına girdiğinde kaç yaşında olduğu, aile ilişkileri, geldiği devlette ailesinin bulunup bulunmadığı ve geldiği devlette sosyal ve kültürel bağlarının sağlamlığı gibi kriterleri dikkate almalıdırlar. Çocukların yararı ve huzuru, özel bir özen gerektirmektedir.’

B. Birleşmiş Milletler'in Enstrümanları

36. 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilen, ve Avusturya'nın da taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, aşağıdaki hükümleri öngörmektedir:

Madde 1

'Bu sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.'

Madde 3

'1. Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir'

Madde 40

'1. Taraf Devletler hakkında ceza yasasını ihlal ettiği iddia edilen ve bu nedenle itham edilen ya da ihlal ettiği kabul edilen her çocuğun; çocuğun yaşı ve yeniden topluma kazandırılmasının ve toplumda yapıcı rol üstlenmesinin arzu edilir olduğu hususları göz önünde bulundurularak, taşıdığı saygınlık ve değer duygusunu geliştirecek ve başkalarının da insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygı duymasını pekiştirecek nitelikte muamele görme hakkını kabul ederler.'

37. Çocuk Hakları Komitesi, Avusturya hakkındaki ikinci periyodik raporunda (CRC/C/15/Add. 251, 31 Mart 2005, 53 ve 54. paragraf), yabancı menşeli küçükleri orantısız şekilde etkileyen, on sekiz yaşının altındaki kişi sayısındaki artıştan dolayı kaygılı olduğunu ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 40. maddesi gereğince, çocuklar için adaletle sorunları olan çocukların yeniden uyum sağlayıp entegre olmalarını kolaylaştırmak için gerekli tedbirleri almalarını tavsiye etmektedir.

38. Çocuk Adaletinde Çocuk Haklarına İlişkin 10 (2007) sayılı Genel Görüş'te (CRC/C/GC/10, 25 Nisan 2007, paragraf71), Çocuk Hakları Komitesi, çocuk adaleti alanında alınması gereken tedbirlere ilişkin olarak aşağıdakileri belirtmektedir (Mahkeme'nin Yazı İşleri'nin çevirisi) :

'Komite, bir suç için benimsenen karşılığın her zaman, sadece, suçun koşulları ve ağırlığına değil, çocuğun yaşı, sorumluluğu, durumu ve ihtiyaçları ve özellikle de uzun vadede, toplumun çeşitli ihtiyaçlarıyla orantılı olması gerektiğinin altını çizmektedir. Sadece cezalandırmaya yönelik bir işleyiş Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 40/1. maddesinde öngörülen temel prensiplere uymamaktadır (...). Bir çocuğun ağır suçlar işlemesi halinde, suç işleyeninin durumuyla ve kamu güvenliğinin korunması ve benzer suçların cezalandırılması gereksinimiyle orantılı tedbirler alınmalıdır. Çocukların durumunda, benzer mülahazaların, her zaman, çocuğun iyiliği, yararı ve yeniden uyumlu hale getirilmesi karşısında değeri düşürülmelidir.'

C. Avrupa Birliği Hukuku ve Uygulaması

39. Avusturya ve Bulgaristan, sırasıyla, 1 Ocak 1996 ve 1 Ocak 2007 tarihlerinden beri, Avrupa Birliği üyesi olduklarından, başka bir üye devlet ya da üçüncü bir devlet vatandaşlarının sınır dışı edilmesinde dikkate alınacak koşullar da dâhil olmak üzere, göç sorunlarını işleyen iki direktifin belirtilmesi gerekmektedir.

40. Konsey'in 25 Kasım 2003 tarihli ve 2003/109/CE sayılı olan ve uzun süredir ülke topraklarında yaşayan ve üçüncü bir devlet vatandaşı olan kişilerin statüsüne ilişkin direktifin, ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

Madde 12

'Uzaklaştırmaya karşı koruma

1. Üye devletler, uzun süreli oturma izni olan bir kişi hakkında, sadece, bu kişinin, kamu düzeni veya kamu güvenliği için gerçek ve yeterince ciddi bir tehdit oluşturması halinde, uzaklaştırma kararı alabilirler.

2. 1. bentte belirtilen karar, ekonomik nedenlerle haklı çıkarılamaz.

3. Uzun süreli oturma izni olan bir kişi hakkında uzaklaştırma kararı almadan önce, üye devletler, aşağıdaki unsurları dikkate alırlar:

- a) ülke topraklarında oturma süresi;
- b) ilgili kişinin yaşı;
- c) kendisi ve aile fertleri için sonuçları;
- d) oturduğu ülke ile olan bağları ve kendi ülkesiyle bağının olmaması.

(...)'.

41. Konu hakkındaki ikinci Avrupa Birliği metni olan, Avrupa Parlamentosu ve Konsey'in, Avrupa Birliği Vatandaşlarının ve Aile Fertlerinin Üye Devletlerin Topraklarında Dolaşım ve Serbest İkamet Hakkına İlişkin, 29 Nisan 2004 tarihli ve 2004/38/AT sayılı direktifi aşağıdaki kısımları öngörmektedir:

Madde 27

'Genel Prensipler

1. Bu Kısım'daki hükümlerin gözetilmesi koşuluyla, üye devletler, vatandaşlığı ne olursa olsun, kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı gerekçeleriyle, bir Avrupa Birliği vatandaşının ya da bir aile ferdinin, dolaşım ve ikamet özgürlüğünü kısıtlayabilirler. Bu gerekçeler, ekonomik amaçlarla öne sürülemezler.

2. Kamu düzeni ya da kamu güvenliği tedbirleri, orantılılık prensibine dayanmalı ve sadece, ilgili kişinin, kişisel davranışı üzerine kurulu olmalıdır. Daha önceki ceza alanındaki mahkûmiyetlerin varlığı, bu tedbirlerin alınması için gerekçe oluşturmak için tek başına yeterli değildir.

İlgili kişinin davranışı gerçek, mevcut ve toplum için temel bir yarar için yeterince ciddi olmalıdır. Bireysel duruma doğrudan bağlı olmayan ya da genel önleme ilişkin olan nedenler dikkate alınamaz.

(...)'.

Madde 28

‘Uzaklaştırmaya karşı koruma

1. Ev sahipliği yapan üye devlet, kamu düzeni ya da kamu güvenliği gerekçeleriyle, bir ülkeden uzaklaştırma kararı almadan önce, özellikle, ilgilinin, toprakları üzerinde kalma süresini, yaşını, sağlık durumunu, ailevi ve ekonomik durumunu, ev sahipliği yapan üye devletle sosyal ve kültürel bütünleşmesini ve kendi ülkesiyle olan bağlarının yoğunluğunu dikkate alır.

2. Ev sahipliği yapan üye devlet, topraklarında, sürekli oturma izni almış bir Avrupa Birliği vatandaşı ya da bir aile ferdi hakkında, kamu düzeni ya da kamu güvenliği gerekçeleriyle uzaklaştırma kararı alamaz.

3. Vatandaşlığı ne olursa olsun, kararın, üye devletler tarafından tanımlanmış olan kamu güvenliğine ilişkin ciddi nedenlere dayanması hali dışında, bir Avrupa Birliği vatandaşı hakkında, uzaklaştırma kararı, aşağıdaki hallerde alınamaz:

a) söz konusu kişilerin, ev sahipliği yapan bir üye devlette, son on yıl boyunca ikamet etmiş olması halinde ya da,

b) uzaklaştırmanın, 20 Kasım 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’de öngörüldüğü gibi, çocuğun yararına olması durumu hariç, söz konusu kişilerin küçük olması halinde.’

42. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı’nın (ATAD) içtihadı, her kabul edilmeme ya da sınır dışı edilme kararının, ilgili kişinin kişisel davranışına ve bu kişinin, kamu düzeni, kamu güvenliği ya da kamu sağlığı için yeterince gerçek ve mevcut bir tehdit yaratıp yaratmadığının değerlendirilmesine dayanması gerektiğini göstermektedir.

43. 29 Nisan 2004 tarihli *Orfanopoulos c. Land Baden-Württemberg et Oliveri c. Land Baden-Württemberg* kararında (C-482/01 ve C-493/01, numaralı davaların hüküm kısmı, 3-5), ATAD:

‘3. 64/221 sayılı direktifin 3. maddesi, ulusal mahkemelerin, başka bir üye devletin vatandaşı hakkında alınan sınır dışı kararının yasallığını kontrol ederken, yetkili makamların son kararından sonra olan ve ilgili kişinin davranışının, kamu düzeni için oluşturduğu mevcut tehdidin kaybolması ya da azalmasını içerebilecek olayların unsurlarını dikkate almadıkları yönündeki ulusal uygulamaya karşı çıkmaktadır. Bu özellikle, bir yandan, sınır dışı edilme kararıyla diğer yandan, bu kararın, yetkili

mahkeme tarafından değerlendirilmesi arasında geçen süreç durumunda söz konusudur.

4. 64/221 sayılı direktifin 39 AT ve 3. maddeleri, özel suçlar nedeniyle ve sınır dışı edilmesi gerektiği karinesine dayanarak ve kişisel davranışları ve kamu düzeni için oluşturduğu tehdit dikkate alınmaksızın hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş olan bir vatandaşın, bir üye devletin topraklarından başka bir üye devletin topraklarına gönderilmek üzere sınır dışı edilmesine yönelik ulusal mevzuata karşı çıkmaktadır.

5. 64/221 sayılı direktifin 39 AT maddesi, özel suçlar nedeniyle mahkûm edilmiş olan ve kamu düzeni için mevcut bir tehdit oluşturan ve ev sahipliği yapan üye devlette uzun yıllar boyunca ikamet etmiş olan ve sınır dışı edilme kararına karşı ailevi koşulları öne sürebilecek olan bir üye devletin vatandaşının, sınır dışı edilmesine, milli makamlar tarafından her duruma göre yapılan, mevcut durumdaki, meşru çıkarlar arasındaki adil dengenin nerede bulunduğu dair sorunun değerlendirmesinin, Avrupa Birliği hukukunun genel prensiplerine riayet edilerek yapılmış olması ve özellikle de aile yaşamının korunması gibi, temel haklara saygı gösterilmesinin dikkate alınarak yapılması koşuluyla, karşı çıkmamaktadır.’

44. 31 Ocak 2006 tarihli *Avrupa Toplulukları Komisyonu/İspanya (C-503/03 no.lu davanın hüküm kısmının 1. noktası)* kararında, ATAD, aşağıdaki ifadeleri kullanmıştır:

‘(...) 14 Haziran 1985’te Şengen’de imzalanan Müşterek Sınırlarda Uygulanan Kontrollerin Kademeli Olarak Kaldırılmasına İlişkin Anlaşma’ya üye devletlerin topraklarına girmesi reddedilen Bay Farid ve bu ülke topraklarına girmek için kendilerine, bu kişilerin varlığının toplumun temel çıkarı için ağır, mevcut ve yeterince ciddi bir tehdit oluşturup oluşturmadığı kontrol edilmeden ve sadece, Şengen bilgi sisteminde kabul edilmemeleri gerektiğinin belirtilmiş olması nedeniyle, üye bir devletin vatandaşlarının eşleri olan üçüncü ülke vatandaşları olan Bay Farid ve Bouchair’e vize vermeyen İspanya, Konsey’in 64/221/CEE sayılı ve 25 Şubat 1964 tarihli ve Yer değiştirme ve ikamet konusunda, kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı gerekçeleriyle, yabancılara uygulanan özel tedbirlerin düzenlenmesine ilişkin 64/221/CEE no.lu Konsey direktif gereğince kendisine düşen yükümlülükleri ihlal etmiştir.’

HUKUK

I. SÖZLEŞME’NİN 8. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

45. Başvuran, hakkında verilen, oturum yasağından ve Bulgaristan’a gönderilmek üzere sınır dışı edilmiş olmasından şikâyet etmektedir. Sözleşme’nin, hükümleri aşağıdaki şekilde kaleme alınmış olan, 8. maddesini öne sürmektedir:

‘1. Herkes özel ve aile hayatına, (...) saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç

işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.’

A. Daire’nin kararı

46. Daire, başvuranın, özel yaşamı ve aile yaşamına saygı gösterilmesi hakkına bir müdahale yapılmış olduğunun tartışma konusu olmadığını tespit etmektedir.

47. Daire, söz konusu tedbirin, 1997 Yabancılar Kanunu’nun 36/ 1. maddesinin iç hukuktaki temeli olduğunu ve idare mahkemesinin sabit içtihadına göre, sadece, en fazla üç yaşından beri Avusturya’da yasal olarak ikamet eden yabancılar hakkında oturma yasağı kararı verilmesini devre dışı bırakan bu Kanun’un 38/1 (4) maddesinin uygulamasının reddedilmesinin, keyfi olmadığını kabul etmiştir. Bunun dışında, Daire, tarafların, müdahalenin, meşru amacının, düzenin korunması ve suçun önlenmesine ilişkin bir meşru amacı olduğu konusunda anlaşıklarını tespit etmiştir.

48. Mahkeme’nin 8. maddeye ilişkin olan ve suçtan dolayı mahkum edilmiş olan yabancıların sınır dışı edilmesiyle ilgili sabit içtihadını ve özellikle de Büyük Daire’nin *Üner /Hollanda* ([Büyük Daire], no. 46410/99, 57-58. paragraflar, AİHM 2006-XII) kararını hatırlattıktan sonra, Daire, özellikle aşağıdaki etkenlerin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir:

- başvuranın işlediği suçların ağırlığı ve türü;
- ilgilinin, ev sahipliği yapan ülkede kalma süresi;
- suçların işlenmesi ve söz konusu tedbirin alınması arasında geçen süre ve başvuranın, bu süreçteki tutumu;
- ev sahipliği yapan ülke ve gönderilecek ülkedeki sosyal, kültürel ve ailevi bağları.

49. Bu etkenleri, mevcut olayda dikkate alan Daire, başvuranın, Avusturya’ya altı yaşında ailesiyle birlikte geldiğini, Almanca konuştuğunu, Avusturya’da okumuş olduğunu, işlediği suçların ağır olmasına rağmen, çocuk suçluluğunun tipik örnekleri olduğunu ve biri hariç, şiddet ya da uyuşturucu kaçakçılığıyla ilgili olmadıklarını dikkate almıştır. Bunun dışında, Daire, başvuranın, Mayıs 2002’de salıverilmesinden, Aralık 2003’te sınır dışı edilmesine kadar gösterdiği iyi tutuma, Avusturya’daki sosyal, kültürel ve ailevi bağlarının sağlamlığına ve kendi ülkesi olan Bulgaristan’la bağının olmamasına önem vermiştir. Bu unsurlar dikkate alındığında, Daire, on yıllık bir oturma yasağının, süresinin kısıtlı olmasına rağmen, hedeflenen meşru amaçlarla orantısız olduğu kanaatine varmıştı. Buradan hareketle, Daire, Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

B. Tarafların İddiaları

1. Başvuran

50. Oturum yasağı verildiğinde, halen küçük olduğunun altını çizen başvuran, bu tedbirin her şeyden önce, ‘aile yaşamına’ saldırı oluşturduğunu öne sürmektedir.

51. Başvuran, Daire’nin verdiği karara katılarak, Daire’nin haklı olarak, suçların işlendiği dönemde, kendisinin ergen olmasını ve biri hariç olmak üzere, işlediği suçların şiddet eylemi içermemesine, bir önem atfettiğini belirtmektedir. Nihayet, başvuran, Hükümet’in, bir uyuşturucu bağımlısının işlediği hırsızlık gibi suçların, uyuşturucu kaçakçılığı kadar ağır olduklarına ilişkin iddiasına karşı çıkmaktadır. Bunun dışında, başvuran, salıverildikten sonra ailesiyle yaşamış olduğunu ve sınır dışı edildiğinde, annesinin kendisine, ilk haftalarda yardım etmek için, Bulgaristan’a kadar eşlik ettiğini öne sürerek, aile bağlarının güçlü olduğunu öne sürmektedir. Başvuran, ayrıca, tüm öğrenimini Avusturya’da yapmış olduğunu belirtmekte ve suçların işlendiği dönemde okulu bırakmış olsa bile, hapis cezasını çektiği sürece, okulu bitirdiğini eklemektedir.

52. Nihayet, başvuran, Bulgaristan’da, aile bağları ya da sosyal bağlarının olmadığını belirtmektedir. Bulgarca bilme konusunda, başvuran, Mahkeme önündeki duruşmada, ailesinin, Bulgaristan’daki Türk azınlıktan olduğunu belirtmektedir. Sonuç olarak, Bulgarca bilmemektedir.

2. Hükümet

53. Hükümet, oturum yasağının, başvuranın özel yaşamı ve aile yaşamına müdahale oluşturduğuna itiraz etmemektedir. Bununla birlikte, Hükümet, hakkında tedbir alındığı dönemde, başvuranın küçük olmasına karşın, yargılama boyunca, reşit olma yaşına girmiş olduğunu tespit etmektedir. Hükümet, bir yetişkin ve ebeveynleri arasındaki ilişkinin, ‘aile hayatı’ olarak görülemeyeceğini eklemektedir.

54. Hükümet, görüşlerini, müdahalenin gerekli olduğu noktasında yoğunlaştırmıştır. Hükümet, Daire’nin, kararında, devletin takdir marjını dikkate almadığını öne sürmektedir. Hükümet’e göre, Daire, Mahkeme içtihadından çıkan temel prensiplerin dikkate alınıp alınmadığını incelememiş ve kendi değerlendirmesini, milli makamların yapmış olduğu dengeleme ile değiştirmiştir. Daire, böylelikle, bir istinaf mahkemesi ya da ‘dördüncü derece’ mahkemesi olarak hareket etmiştir.

55. Hükümet, Mahkeme’nin içtihadının açık olmamasını eleştirmekte ve bu içtihadın dinamizmini ve farklı dairelerin yaklaşım ve açıklama farklılıklarını dikkate alarak, milli makamların, Sözleşme’nin 8. maddesini ihlal eden kararlar almayı önlemekte zorlandıklarını öne sürmektedir.

56. Hükümet, Daire’nin kararının, *Boultif/İsviçre* (no. 54273/00, paragraf 48, AİHM 2001-IX) ve *Üner* (yukarıda adı geçen karar, paragraf

57) kararlarındaki kriterleri doğru şekilde uygulamadığı kanaatindedir. Hükümet'e göre, başvuranın işlediği suçlar, ağır suçlardı. Söz konusu olan, bir uyuşturucu bağımlısı tarafından işlenen suçlardı ve bu suçlara verilen önemin, uyuşturuculara ilişkin mevzuattaki suçlarla aynı olması gerekirdi. Bununla birlikte, verilen en yüksek cezanın, Küçüklere ilişkin Mahkemeler Kanunu'nun 5/4. maddesi uyarınca, yarısının indirilmiş olduğu dikkate alınırsa, verilen cezanın çok ağır olduğu tespit edilmelidir. Bunun dışında, başvuranın, sağlam aile bağları yoktur çünkü *Boulti* ve *Üner* (adı geçen kararları) davalarındakinin aksine, ebeveynlerinden eğitim almamış, kendi ailesini kurmamış, sağlam sosyal bağları oluşmamış ve entegre olmamıştır ve okulu bıraktığı için, mesleki eğitim almamış ve Avusturya'da hiç çalışmamıştır.

57. Hükümet, daha önce, hayatının, ilk altı yılını Bulgaristan'da geçiren başvuranın, Bulgarca bilgisinin olduğunu öne sürmüştür. Bununla birlikte, duruşmada, Hükümet, ilgilinin bu dili bilmiyor olmasına ilişkin açıklamaya itiraz etmemiştir (bkz. yukarıdaki 52. paragraf).

58. Hükümet, bunun yanı sıra, Daire'nin, kararında, kesinleşen karar sonrasında meydana gelen olaylara, özellikle de, başvuranın, Mayıs 2002'de salıverilmesinden sonra Aralık 2003'te sınır dışı edilmesine kadar olan iyi haline önem atfetmiş olduğunu öne sürmektedir.

59. *Kaya/Almanya* (no. 31753/02, paragraf 57, 28 Haziran 2007) davasını öne süren Hükümet, dikkate alınması gereken tarihin, iç prosedürde, oturum yasağının kesinleşme tarihi olduğunu ve sonuç olarak, Mahkeme'nin, daha sonraki hiçbir olayı dikkate almaması gerektiğini öne sürmektedir. Kesinleşen karardan sonra gerçekleşen olayların dikkate alınmasına izin veren her türlü yorum, 35/1. maddenin koyduğu ve bir sözleşmecî devletin, sadece, iç hukuk düzeninde, öne sürülen ihlalleri telafi etme imkânı olduktan sonra, sorumluluğunun ortaya konabileceğine ilişkin iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralına aykırı olmaktadır. Aslında, iç hukuk, oturum yasağının ya başvuranın talebi üzerine ya da resmi makamların talebi üzerine, tedbirin alınmasını gerektiren nedenlerin ortadan kalkmasından sonra, kaldırılma imkânını öngörmektedir.

60. Hükümet, bu davanın, normalde, oturum yasağının kesinleştiği tarihle sınır dışı edilme kararının arasındaki sürenin çok kısa olması açısından, alışılmadık bir dava olduğunu tespit etmektedir. Mevcut olayda geçen ciddi süre, resmi makamların, başvuranı sınır dışı etmek için, reşit olmasını beklemiş olmalarıyla açıklanmaktadır.

C. Mahkeme'nin değerlendirmesi

1. Başvuranın özel yaşamı ve aile yaşamına saygı gösterilmesi hakkına müdahale olup olmadığı hakkında

61. Mahkeme, başvuran hakkında verilen oturum yasağının verilmesi ve icra edilmesinin, ilgilinin, 'özel ve aile yaşamına' saygı gösterilmesi hakkına bir müdahale oluşturduğu kanaatindedir. Mahkeme, 8. madde anlamında, aile hayatının varlığı sorununun, oturum yasağı tedbirinin kesinleştiği dönemdeki durum ışığında değerlendirilmesi gerektiğini hatırlatmaktadır (*El Boujaïdi/Fransa*, 26 Eylül 1997 tarihli karar, *Kararlar ve davalar* 1997-VI, s. 1990, paragraf 33, *Ezzouhdi/Fransa*, no. 47160/99, paragraf 25, 13 Şubat 2001, *Yildiz/Avusturya*, no. 37295/97, paragraf 34, 31 Ekim 2002, *Mokrani/Fransa*, no. 52206/99, paragraf 34, 15 Temmuz 2003 ve adı geçen *Kaya*, paragraf 57).

62. Başvuran, oturum yasağı kararının verildiği tarihte reşit değildir. Reşit olma yaşı olan on sekiz yaşına, Kasım 2002'de, tedbirin Anayasa Mahkemesi tarafından kararın verilerek kesinleşmesinden sonra girdiğinde halen ebeveynleriyle yaşamaktaydı. Her halükarda, Mahkeme, halen kendi ailesini kurmamış olan gençlerle ilgili bazı kararlarda, bu kişilerin ebeveynleriyle ve diğer aile fertleriyle olan bağlarının, 'aile hayatı' olarak görülebileceğini kabul etmiştir (*Bouchelki/Fransa*, 29 Ocak 1997 tarihli karar, *Raporlar* 1997-I, s. 63, paragraf 41, adı geçen *El Boujaïdi*, paragraf 33, ve adı geçen *Ezzouhdi*, paragraf 26).

63. Bunun dışında, Mahkeme, tüm göçmenlerin, sınır dışı edilecekleri ülkelerde kaldıkları süreden bağımsız olarak, 8. madde anlamında, 'aile yaşamı' olmadığını hatırlatmaktadır. Bununla birlikte, 8. madde, aynı zamanda, benzerleriyle ve dış dünya ile ilişki kurma hakkını koruduğu ve bazen, bir bireyin sosyal kimliğinin unsurlarını da kapsadığı için, yerleşik göçmenler ve yaşadıkları topluluk arasındaki sosyal bağların tümünün, 8. madde anlamında 'aile hayatı' kavramının bir parçası olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. 'Aile yaşamının' varlığından bağımsız olarak, bir göçmenin sınır dışı edilmesi, özel yaşamına saygı gösterilmesi hakkına bir müdahale olarak görülür. Mahkeme, 'özel hayatın' unsurlarından ziyade 'aile hayatının' unsurlarına dikkat çekilmesi gerektiğine, önüne gelen davanın koşullarına bakarak karar verecektir (adı geçen *Üner*, paragraf 59).

64. Sonuç olarak, söz konusu tedbirler, hem 'özel hayata' hem de 'aile hayatına' saldırı oluşturmaktadır.

65. Bu müdahale, 2. bent çerçevesinde gerekli değil ise, yani, 'kanunla öngörülmüş', bu hükümde sıralanan meşru amaçları olan ve 'demokratik bir toplumda' bu amaçları gerçekleştirmek için gerekli olma koşullarına uymaması halinde, Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal etmektedir.

2. 'Kanunla öngörülmüş olma'

66. Söz konusu tedbirin, iç hukuktaki dayanağı, Yabancılar Kanunu'nun 36/1. maddesidir. Başvuran, idare mahkemesinin, bu Kanun'un 38/1. maddesini keyfi olarak uygulamayı reddettiğine ilişkin iddiada ısrar etmemektedir. Büyük Daire, Daire ile aynı şekilde, idare mahkemesinin sabit içtihadına göre, 38/1 (4). maddenin, sadece, Avusturya'da, üç yaşından itibaren ve yasal şekilde yaşamış olan yabancılara uygulandığını tespit etmektedir (31 ve 47. paragraflar). Başvuran, Avusturya'ya altı yaşında gelmiştir. Büyük Daire, Daire'nin, söz konusu müdahalenin 'kanunla öngörülmüş' olduğuna ilişkin sonucundan farklı bir sonuca ulaşmaya gerek görmemektedir.

3. 'Meşru amaç'

67. Müdahalenin, 'düzenin korunması ve cezaların önlenmesi' olan meşru amacı güttüğü tartışılmamaktadır.

4. 'Demokratik toplumda gereklilik'

68. Çözülmesi gereken esas sorun, müdahalenin, "demokratik toplumda gerekli olup olmadığıdır". Konu hakkındaki temel prensipler, Mahkeme'nin içtihadında yerleşmiştir ve yakın bir geçmişte aşağıdaki şekilde özetlenmiştir (adı geçen, Üner, 54-55 ve 57-58. paragraflar) :

'54. Mahkeme, yerleşik bir uluslararası hukuk prensibine göre, devletlerin, sözleşmelerden doğan taahhütlerinden vazgeçmeksizin, vatandaşlığı olmayan kişilerin ülke topraklarına girişlerini kontrol etme hakları olduğunu kabul etmektedir (diğerlerinin yanı sıra bkz. 28 Mayıs 195 tarihli karar, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali/Birleşik Krallık*, seri A no. 94, s. 34, paragraf 67, 21 Ekim 1997 tarihli *Boujlifa /Fransa*, kararı, *Kararlar ve Davalar 1997-VI*, s. 2264, paragraf 42). Sözleşme, bir yabancının belli bir ülkeye girme ya da ikamet etme hakkını güvence altına almamaktadır ve sözleşmecî devletlerin, kamu düzeninin korunması görevini üstlenirken, suçlu bir yabancıyı sınır dışı etme hakları vardır. Bununla birlikte, konu hakkındaki kararları, 8. maddenin 1. bendinde korunan bir hakka saldırı oluşturduğu sürece, bu kararların, yasal bir dayanağı olmalıdır ve demokratik bir toplumda gerekli olmalıdırlar yani, zorunlu bir toplumsal gerekçeleri olmalı ve hedeflenen meşru amaçla orantılı olmalıdırlar (*Dalia /Fransa*, 19 Şubat 1998, *Raporlar 1998-I*, s. 91, paragraf 52, *Mehemi/Fransa*, 26 Eylül 1997, *Raporlar 1997-VI*, s. 1971, paragraf 34, adı geçen *Boultif/İsviçre*, paragraf 46, ve *Slivenko/Letonya* [Büyük Daire], no. 48321/99, AİHM 2003-X, paragraf 113).

55. Mahkeme, bu prensiplerin, bir yabancının, ev sahibi ülkeye, yetişkin iken mi yoksa çok genç bir yaşta mı girdiği yoksa orada mı doğduğu sorunundan bağımsız olarak uygulandığı kanaatindedir. Mahkeme, bu anlamda, uzun süredir ülkede kalan göçmenlerin sınır dışı edilmemesine ilişkin 1504 (2001) sayılı ve Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin almış olduğu, diğerlerinin yanı sıra, üye devletleri, uzun süredir ülkede kalan ve ev sahibi ülkede doğmuş ya da orada yetişmiş olan göçmenlerin, hiçbir durumda sınır dışı edilmemelerinin güvence altına alınmasını öngören Tavsiye Kararı'na atıfta bulunmaktadır (bkz. 37. paragraf). Sözleşmecî devletlerin bir kısmı, uzun süredir ülkede kalan ve ülkede doğmuş ya da genç yaşında

ülkeye girmiş olan göçmenlerin, hukuki sicillerine (bkz. 39. paragraf) dayanarak sınır dışı edilemeyeceklerini öngören kanun ve yönetmelikler çıkarmışsalar da, 2. bendin, 1. bentte öngörülen haklara açıkça istisnalar getirilebileceğini öngören, maddesinden, mutlak bir sınır dışı edilmeme hakkı çıkmamaktadır.

(...)

57. Bu koşullar altında, Sözleşme'nin 8. maddesi, herhangi bir yabancılar kategorisine, mutlak bir sınır dışı edilmeme hakkı vermese de, Mahkeme'nin içtihadı, bir yabancının sınır dışı edilmesinin, bu hükmün ihlal ettiği koşulların bulunduğunu göstermektedir (bkz. örneğin, *Moustaquim/Belçika*, adı geçen *Beldjoudi/Fransa* ve *Boultif /İsviçre*; ayrıca bkz. *Amrollahi/Danimarka*, no. 56811/00, 11 Temmuz 2002, *Yılmaz/Almanya*, no. 52853/99, 17 Nisan 2003, ve *Keles/Almanya*, no. 32231/02, 27 Ekim 2005). Adı geçen *Boultif* kararında, Mahkeme, bir sınır dışı tedbirinin, demokratik bir toplumda gerekli ve gerçekleştirilmek istenen meşru amaçla orantılı olup olmadığının değerlendirilmesi için kullanılması gereken kriterleri sıralamıştır. Daire'nin verdiği kararın 40. maddesinde bulunan bu kriterler, şunlardır:

- başvuranın işlediği suçun türü ve ağırlığı;
- ilgilinin, sınır dışı edilmesi gereken ülkede ikamet ettiği süre;
- suçtan sonra geçmiş olan süre ve başvuranın bu süreçteki tutumu;
- ilgili kişilerin vatandaşlığı;
- başvuranın ailevi durumu ve özellikle, evliliğinin süresi ve bir çift olarak aile hayatının etkili olduğunu kanıtlayan diğer etkenler;
- aile ilişkisi kurulurken, eşin, suçtan haberinin olup olmadığı sorunu;
- bu evlilikten çocukların olup olmadığı ve varsa, yaşları ve
- başvuranın sınır dışı edildikten sonra gönderileceği ülkede karşılaşabileceği zorlukların ağırlık derecesi.

58. Mahkeme, *Boultif* kararında tespit edilmiş olan kriterlerde zımnen bulunan iki kriteri açıklamalıdır:

- çocukların yararı ve rahatlığı, özellikle de, başvuranın, sınır dışı edilip gönderilmesi gereken ülkede karşılaşabileceği zorlukların ağırlık derecesi ve
- ev sahibi ve gönderilen ülke ile olan, sosyal, kültürel ve ailevi bağların sağlamlığı.

İlk noktaya ilişkin olarak, Mahkeme, mevcut içtihadının bunu yansıttığını hatırlatmakta (bkz. örneğin, *Şen/Hollanda*, no. 31465/96, paragraf 40, 21 Aralık 2001, *Tuquabo-Tekle ve diğerleri/Hollanda*, no. 60665/00, paragraf 47, 1 Aralık 2005) ve bunun, Bakanlar Komitesi'nin Rec (2002) 4 sayılı ve Aile Birleştirmesi Talebi Kabul Edilmiş Olan Kişilerin Hukuki Statüsüne ilişkin Tavsiye Kararıyla (bkz. 38. paragraf) birleştğini tespit etmektedir.

İkinci noktayla ilgili olarak, başvuranın, *Boultif* davasında, İsviçre'ye geldiğinde yetişkin olsa da, Mahkeme'nin, '*Boultif* kriterlerinin', başvuruların, ev sahibi ülkede doğmuş ya da o ülkeye genç yaşta gelmiş olmaları halinde uygulandıklarına karar vermiş olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir (bkz. *Mokrani/Fransa*, no. 52206/99, paragraf 31, 15 Temmuz 2003). Sonuçta, bir kişinin, ev sahibi ülkede kalma süresini, dikkate alınacak unsurlardan biri olması kararının altındaki gerekçe, bir kişinin, bir ülkede uzun süre kaldığında, bu ülkeyle bağlarının daha güçlü olduğu ve kendi ülkesiyle olan bağlarının daha zayıf olduğu varsayımı bulunmaktadır. Bu mülahazalar ışığında, Mahkeme'nin, yabancıların, çocukluklarının bir kısmını ya da tamamını ev sahibi ülkede geçirmiş, orada yetişmiş ve eğitimlerini almış olmalarına ilişkin özel durumu dikkate alacağı açıktır.'

69. Adı geçen *Üner* ve *Boultif* (paragraf 48) kararlarında, Mahkeme, demokratik bir toplumda, bir sınır dışı edilme kararının gerekliliğini ve izlenen meşru amaçla orantılı olma niteliğini değerlendirmek için ve önceki kararlarda zımni olan, uygulanacak kriterleri ortaya koymaya özen göstermiştir.

70. Mahkeme, içtihadından ve *Boultif* ve *Üner* kararlarından çıkan kriterlerin, 8. maddenin, ulusal mahkemelerce uygulanmasını kolaylaştırmaya yönelik olsalar da, bunların ağırlığının, her davanın özel koşullarına göre değiştiğinin altını çizmektedir. Bunun dışında, mevcut olaydaki gibi, başvuranın, 8. maddeyle güvence altına alınan haklarına yapılan müdahalenin, düzenin korunması ve suçların önlenmesi, meşru amaçlarını gerçekleştirmeye yönelik olması halinde (bkz. 67. paragraf), yukarıda belirtilen kriterler, hangi ölçüde, başvuranın karmaşa yaratabileceği ya da ceza eylemleri yapma riski bulunduğunu tespit etmeye yaramalıdır.

71. Burada olduğu gibi, sınır dışı edilmesi gereken kişinin, kendi ailesini kurmamış olan bir genç yetişkin olması halinde, dikkate alınması gereken kriterler şunlardır:

- başvuranın işlediği suçun türü ve ağırlığı;
- ilgilinin, sınır dışı edilmesi gereken ülkede kalma süresi;
- suçun işlenmesinden itibaren geçen süre ve bu süreçten sonra, başvuranın tutumu;
- başvuranın, ev sahipliği yapan ülke ve gönderileceği ülke ile olan, sosyal, kültürel ve aile bağlarının sağlamlığı.

72. Mahkeme, ilgili kişinin yaşının da, adı geçen kriterlerin uygulanmasında dikkate alınabileceğini belirtmektedir. Örneğin, bir başvuran tarafından ilenen suçun, türü ve ağırlığının değerlendirilmesi için, bu suçun, kişinin, ergenliğinde mi yoksa yetişkin iken mi işlediği incelenmelidir (örneğin, bkz. *Moustaoui/Belçika*, 18 Şubat 1991, seri A no. 193, s. 19, paragraf 44, ve *Radovanovic/Avusturya*, no. 42703/98, paragraf 35, 22 Nisan 2004).

73. Bunun dışında, başvuranın, sınır dışı edilmesi gereken ülkede kalma süresi ve ev sahipliği yapan ülkedeki sosyal, kültürel ve aile bağları incelenirken, ilgili kişinin, ülkeye çocukluğu ya da gençliğinde gelmiş

olması halinde ya da yetişkin yaşta gelmiş olması halinde aynı değildir. Bu ayırım, Avrupa Konseyi'nin farklı enstrümanlarında, özellikle de, Bakanlar Komitesi'nin Rec (2001) 15 ve Rec (2002) 4 sayılı Tavsiye Kararları'nda ortaya çıkmaktadır.

74. 8. madde, ev sahibi ülkede doğmuş ya da genç yaşta gelmiş olan kişiler de dahil olmak üzere, belli bir yabancılar kategorisine, mutlak bir sınır dışı edilmeme hakkı vermese de (adı geçen, *Üner*, paragraf 57), Mahkeme, çocukluklarının önemli bir kısmını ya da tamamını ev sahibi ülkede geçirmiş ve orada yetişip, eğitimi orada almış olan yabancıların özel durumunun dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir (adı geçen *Üner*, paragraf 58 *in fine*).

75. Özet olarak, Mahkeme, ev sahipliği yapan ülkede, uzun süredir kalan ve çocukluğunun ve gençliğinin önemli bir kısmını ya da tümünü yasal olarak geçirmiş olan göçmenin ve özellikle de ilgili kişinin, ergenliği süresince, sınır dışı edilme tedbirinin temelindeki suçları işlemiş olması durumunda, bir göçmenin sınır dışı edilmesi için çok sağlam nedenler olması gerektiği kanaatindedir.

76. Nihayet, Mahkeme, milli makamların, demokratik bir toplumda, 8. maddenin koruduğu bir hakkın icra edilmesine yapılan müdahalenin gerekliliği ve söz konusu tedbirin, hizmet ettiği amaçla orantılı olup olmadığına karar vermek için belli bir takdir marjlarının olduğunu hatırlatmaktadır (*Slivenko/Lettonay* [BD], no. 48321/99, paragraf 113, AİHM 2003-X, ve *Berrehab/Hollanda*, 21 Haziran 1988, seri A no. 138, s. 15, paragraf 28). Bununla birlikte, Mahkeme'nin sabit içtihadına göre, Mahkeme'nin görevi, söz konusu tedbirlerle, mevcut çıkarlar arasında yani, bir yandan, ilgilinin, Sözleşme ile korunan hakları ile toplumun çıkarları arasında adil bir dengeyi gözetip gözetmediğinin tespit edilmesidir (diğerlerinin yanı sıra bkz. yukarıda adı geçen, *Boultif*, paragraf 47). Bu takdir marjı, hem kanun hem de uygulayan kararlara, bu kararların, bağımsız bir mahkemeden çıkmaları halinde bile, bunlara ilişkin Avrupa seviyesinde bir denetim ile birlikte gündeme gelmektedir (bkz. *mutatis mutandis*, *Société Colas Est et autres/Fransa*, no. 37971/97, paragraf 47, AİHM 2002-III). Mahkeme, bir sınır dışı edilme tedbirinin, 8. madde ile uyumlu olup olmadığını değerlendirecek olan son merciidir.

b) Yukarıda belirtilen prensiplerin mevcut olaya uygulanması

i. Başvuranın işlediği suçların türü ve ağırlığı

77. Mahkeme, başvuranın, söz konusu suçları, Kasım 1998 ila Ocak 2000 arasında, on dört ila on beş yaşları arasında, bir yıl üç aylık bir sürede işlemiş olduğunu tespit etmektedir (bkz. 14 ve 15. paragraflar).

78. Eylül 1999'da, ilgili, ilk kez, yirmi iki adet, çete ile birlikte zorla içeri girerek hırsızlık yapma ve çete ile birlikte zorla içeri girerek hırsızlık yapmaya teşebbüsten, çete kurmaktan, şantaj yapmaktan (*Erpressung*), cebir ve şiddet kullanmaktan ve bir aracın izinsiz kullanılmasından dolayı suçlu bulunmuştur. İlgili, on üç ayının infazı ertelenmek üzere, on sekiz ay hapis cezası almıştır. Bunun dışında, başvuranın, uyuşturucu bağımlıları için bir arınma kürü izlemesine hükmedilmiştir.

79. İkinci kez, Mayıs 2002'de, başvurana, on sekiz adet nitelikli hırsızlık suçu işlemekten ve nitelikli hırsızlığa teşebbüs etmek suçundan, on beş ay hapis cezası verilmiştir. Söz konusu arınma kürünü yapmamış olduğu için, mahkeme, ilk cezadaki infazın ertelenmesinin kaldırılmasına karar vermiştir.

80. Büyük Daire, Daire gibi, başvuranın işlediği suçların, ağır suçlar olduklarını ve başvuranın ağır bir ceza olan, toplamda iki yıl dokuz ay hapis cezası aldığını tespit etmektedir. Hükümet'e göre, bu suçların ağırlık derecesi, uyuşturuculara ilişkin mevzuattaki suçlarla aynı olmalıdır çünkü uyuşturucu bağımlısı olan başvuran, bu suçları uyuşturucu tüketimine maddi kaynak sağlamak için işlemiştir. Mahkeme, bu bakış açısını paylaşmamaktadır. Uyuşturucu kaçakçılığına ilişkin olarak, Mahkeme, ulusal makamların, bu sorunun yayılmasına katkıda bulunanlara karşı sert bir duruşları olduğu doğrudur (bkz.örneğin, *Dalia/Fransa*, 19 Şubat 1998, *Raporlar* 1998-I, s. 92, paragraf 54, ve *Baghli/Fransa*, no. 34374/97, paragraf 48, AİHM 1999-VIII). Bununla birlikte, Mahkeme, aynı tutumu, uyuşturucu tüketicileri için sergilememektedir (adı geçen *Ezzouhdi*, paragraf 34).

81. Mahkeme'ye göre, mevcut durumda, belirleyici unsur, başvuranın, suçu işlediği genç yaşı ve suçların, biri dışında, şiddet suçu olmamasıdır. Bu unsur, mevcut durumu, ilkinde hırsızlık ve ikincisinde, bir yetişkin tarafından işlenen, taksirle adam öldürme ve cebir ve şiddet suçları olmak üzere, şiddet suçlarının işlenmiş olduğu ve bu suçların, sınır dışı tedbirinin temelinde oldukları yukarıda adı geçen, *Boultif* ve *Üner* davalarından farklıdır. Başvuranın, mahkûm edilmesine neden olan davranışı inceleyen Mahkeme, suçların birçoğunun, zorla içeri girerek banka ATM'lerinden, arabalardan, mağazalardan, restoranlardan hırsızlık ve para ve mal çalma olduğunu tespit etmektedir. Başvuranın şiddet kullanarak işlemiş olduğu tek suç ise, başka bir oğlan çocuğunu iterek, ona tekme atması ve çocuğun yaralanmasına olmasıdır. Bu eylemlerin ve verilen zararın ağırlık derecesini düşürmeden, Mahkeme, bunların, gençlerin işleyeceği suçlar olduğu kanısındadır.

82. Mahkeme'ye göre, reşit olmayan bir kişinin işlediği suçlar, hakkında oturum yasağı verilmesine neden oluyorsa, çocuğun yararının dikkate alınması gereklidir. Mahkeme'nin, 8. maddeye ilişkin içtihadı, bu yükümlülüğün, yabancıların sınır dışı edilmesi de dahil olmak üzere (adı geçen *Üner*, paragraf 58) değişik çerçevelerdeki durumunu (çocuğunun

korunması alanında, örneğin, bkz. *Scozzari et Giunta/İtalya* [BD], no. 39221/98 ve 41963/98, paragraf 148, AİHM 2000-VIII) göstermektedir. *Üner* davasında, Mahkeme, çocukların durumunu, sınır dışı edilmesi gereken kişinin aile fertleri olarak incelemiştir. Mahkeme, başvuranın çocuklarının yüksek yararı ve iyiliğinin, özellikle de, bu çocukların, ilgilinin gönderileceği ülkede çekebileceği zorlukların, bir sınır dışı kararının, demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığının değerlendirilmesi için kriter olduğunun altını çizmektedir. Mahkeme, çocuğun yüksek yararını dikkate alma yükümlülüğünün, aynı zamanda, sınır dışı edilmesi gereken kişinin, kendisinin, küçük olması ya da mevcut durumda olduğu gibi, sınır dışı edilme kararının temelinde, ilgilinin, küçükken işlediği suçların bulunması durumunda uygulandığı kanaatindedir. Bu bağlamda, Mahkeme, Avrupa Birliği hukukunun, küçükler, sınır dışı edilmeye karşı farklı bir koruma sunduğunu tespit etmektedir (bkz. 41. paragraf, 2004/38/CE no.lu direktif, madde 28/3 b)). Bunun dışında, çocuğun yüksek yararının dikkate alınması yükümlülüğü, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde de yer almaktadır (bkz. 36. paragraf).

83. Genç bir suçlunun, sınır dışı edilmesine ilişkin olarak, Mahkeme, çocuğun yüksek yararının dikkate alınması yükümlülüğünün, çocuğun, entegre olmasının kolaylaştırılmasını da gerektirdiği kanısındadır. Bu bağlamda, Mahkeme, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 40. maddesinin, çocuğun entegre olmasını, çocuk adaletinin bir amacı haline getirdiğini tespit etmektedir (bkz. 36-38. paragraflar). Mahkeme'ye göre, bu amaç, ailevi, sosyal bağların, sınır dışı edilmeye koparılmasıyla elde edilemez ve bundan dolayı, sınır dışı kararı, son çözüm yolu olmalıdır. Mahkemeye göre, Avusturya makamları, bu unsurları yeterince dikkate almamışlardır.

84. Özet olarak, Mahkeme'ye göre, uzun süredir göçmen olan bir kişinin, küçükken, bir çoğu şiddet suçu olmayan suçları işlemesi nedeniyle sınır dışı edilmesi haklı çıkarılamaz (ergenlik döneminde, özellikle, nitelikli hırsızlık, yataklik, araç imha etme, iki adet şiddet ve cebir ve bir adet tehdit suçu nedeniyle mahkum edilen bir başvurana ilişkin olarak, adı geçen *Moustaquim*, paragraf 44, ve oturum yasağının, başvuranın küçükken işlemiş olduğu hırsızlık suçu nedeniyle küçükken sınır dışı edilmesine ilişkin olarak, *Jakupovic/Avusturya*, no. 36757/97, paragraf 27, 6 Şubat 2003).

85. Aksine, Mahkeme, şiddet içeren suçların, bir küçük tarafından işlenmeleri halinde bile, sınır dışı edilme kararının temelinde olabileceklerini belirtmiştir (Mahkeme'nin, on yedi yaşında, şiddet kullanarak tecavüz suçu işlemiş olan ve mahkum edilmiş olan başvuran hakkında verilen sınır dışı edilmesi kararı konusunda 8. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiş olduğu adı geçen *Bouchelkia*, s. 65, paragraf 51; *Hizir Kilic/Danimarka*, no. 20277/05, ve *Ferhat Kilic/Danimarka*, no. 20730/05, 22 Ocak 2007, kararlarında, Mahkeme, on altı ve on yedi yaşlarında işlemiş oldukları hırsızlığa teşebbüs, cebir ve şiddet ve taksirle

ölüme sebebiyet verme suçlarından mahkum olmalarından sonra, haklarında alınan sınır dışı edilme kararlarına ilişkin şikayetlerinin kabul edilemez olduğuna karar vermiştir).

ii. Başvuranın ikamet süresi

86. 1990 yılında, altı yaşında Avusturya'ya gelmiş olan başvuran, çocukluğunun kalanını ve ergenliğini bu ülkede geçirmiştir. Başvuran, orada, yasal olarak, ebeveynleri, erkek ve kız kardeşi ile ikamet etmiş ve 1999 yılında sürekli oturma izni almıştır.

iii. Başvuranın işlediği suçlardan sonraki dönemdeki tutumu

87. Yukarıda tespit edildiği gibi, başvuran, Ocak 2000'den sonra, yeni suç işlememiştir. Bu suçlardan sonra, başvuranın tutumunu inceleyen Daire, Aralık 2003'teki sınır dışı edilmeye kadar geçen süreci dikkate almıştır. Daire, ilgilinin, Mayıs 2002'de, salıverildikten sonra göstermiş olduğu iyi tutuma önem vermiş ve sınır dışı edilmesinden sonraki on sekiz ay boyunca başka hiçbir suç işlemediğini tespit etmiştir.

88. Hükümet, Daire'nin, kesin karardan sonraki olayları dikkate almaması gerektiği fikrindedir (bkz. 58-59. paragraflar). Hükümet, idare mahkemesinin, kararını, başvuranın salıverilmesinden önce almış olduğunu öne sürmektedir. Her halükarda, hem idare mahkemesi hem de Anayasa Mahkemesi, kararlarını, mevcut olayda, Viyana Kamu Güvenliği Yönetimi'nin 19 Temmuz 2001 tarihli kararı olan, idare mahkemesinin ortaya çıkardığı olaylara dayanarak almışlardır.

89. Mahkeme, *Boultif* kararının (adı geçen kararın, 51. paragrafı), kullanılacak kriter olarak, 'suçlardan sonra geçen zaman ve başvuranın bu süreçteki tutumu' olduğunu belirttiğini tespit etmektedir. Bu davada, Mahkeme, 1994'te, suçların işlenmesinden sonra, ilgilinin, 2000 yılında, İsviçre'ye gidişine kadar geçen süreci, başvuranın hapisteki örnek davranışının ve daha sonraki işinin, kamu düzeni ve kamu güvenliği için gelecekte tehlike oluşturmaya yönelik endişeleri azalttığına karar vererek, dikkate almıştır. Bununla birlikte, bu davanın olaylarında, İsviçre Federal Mahkemesi'nin, Kasım 1999'da verdiği kesin kararla, başvuranın, '2000 yılında kesin olmayan bir tarihte gidişi' arasındaki süreç belli değildir (aynı şekilde, bkz. 19 ve 22. paragraflar) Daha sonraki bir davada, Avusturya İdare Mahkemesi'nin Aralık 1996'da verdiği karar ile başvuranın Temmuz 1997'deki gidişi arasındaki yedi ay konusunda, Mahkeme, başvuranın, Nisan 1994'teki son mahkûmiyetinden sonra Aralık 1996'da, yargılamanın sonuna kadar geçen süreçteki, iyi halini dikkate almıştır (adı geçen *Yildiz*, 24-26 ve 45. paragraflar).

90. *Boultif* kararındaki muhakeme (adı geçen, 51. paragraf) dikkate alındığında, suçun işlenmesi ve ilgili kişinin sınır dışı edilmesi arasında, iyi halin gösterildiği uzun bir sürenin geçmesi, bu kişinin, toplum için oluşturduğu riskin değerlendirilmesini etkilemektedir.

91. Bu bağlamda, Mahkeme'nin 3. maddeye ilişkin sabit içtihadına göre, Mahkeme'nin kararını vermesinden önce, bir sınır dışının söz konusu olması halinde, başvuranın, sınır dışı edildikten sonra gönderileceği ülkede karşılaşılabileceği riskin, sözleşmecî devletin, sınır dışı sırasında dikkate almış olduğu ya da alması gereken koşullara göre değerlendirilmesi gerekir. Başvuranın, davanın, Mahkeme tarafından incelenirken henüz sınır dışı edilmemiş olduğu durumlarda, dikkate alınacak süreç, Mahkeme önündeki yargılama sürecidir (*Saadi/İtalya* [BD], no. 37201/06, paragraf 133, 28 Şubat 2008). Bu tip davalarda, Mahkeme, sınır dışı edilme kararını veren nihai karar tarihindeki durumu incelememektedir.

92. Mahkeme, Hükümet'in, Sözleşme'nin 35/1. maddesini ileri sürerek, nihai karardan sonra gerçekleşen olayların dikkate alınmaması gerektiğine ilişkin iddiadan ikna olmamıştır. Şüphesiz, iç hukuk yollarının tüketilmesi yükümlülüğü, devletlerin, eylemlerinden ötürü, uluslararası organlar önünde sorumlu tutulmalarından önce, iç hukuk düzenlerinde, durumu telafi etme imkânlarının olmasını gerektirmektedir (*Akdivar ve diğerleri/Türkiye*, 16 Eylül 1996, *Raporlar* 1996-IV, s. 1210, paragraf 65). Bununla birlikte, sınır dışı edilme davalarında, sadece, oturma yasağını zorunlu kılan nihai karar ve sınır dışının etkin şekilde gerçekleştirilmesi arasında uzun bir zaman geçmesi durumunda, benzer bir sorun gündeme gelmektedir.

93. Bu bağlamda, Mahkeme, kendi görevinin, başvuranın, sınır dışı edilme kararının değil, etkin şekilde sınır dışı edilmesinin Sözleşme'yle uyumunu değerlendirmek olduğunun altını çizmektedir. Burada, *mutadis mutandis*, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın, *Orfanopoulos et Oliveri* kararında, 64/221 sayılı direktifin 3. maddesinin, başka bir üye devlet vatandaşının sınır dışı edilmesinin yasallığını değerlendirmek için, milli mahkemelerin, yetkili makamların son kararından sonraki olayları dikkate almasına karşı olduğuna ilişkin kararında benimsediği tutum söz konusu gibi görünmektedir (bkz. 43. paragraf). Sonuç olarak, böyle davalarda, kendi sistemini, yeni olayları dikkate alacak şekilde düzenlemek, devlete düşmektedir. Bu gidişat, oturma yasağının kesinleştiği tarihte, 'aile hayatının' varlığının, başvuranın, 'aile hayatının' o tarihten sonra sona erdiğine ilişkin bir unsurun bulunmaması halinde, değerlendirilmesi ile uyumsuz değildir (bkz. 61. paragraf). Durumun böyle olmasına rağmen, başvuran, her zaman, 8. madde anlamında, 'aile hayatına' saygı gösterilmesi hakkının korunmasını öne sürebilir (bkz. 63. paragraf).

94. Hükümet, bu bağlamda, bir oturma yasağını gerektiren koşulların halen mevcut olup olmadığının kontrol edileceği bir prosedürün, başvuranın talebi üzerine ya da resmi makamların inisiyatifıyla başlatılabileceğini belirtmektedir. Böylelikle, mevcut olayda, resmi makamların, yeni bir değerlendirme yapma imkânları bulunmaktaydı.

95. Buradan hareketle, Mahkeme, başvuranın, son suçunu işlediği tarih olan Ocak 2000'den, sınır dışı edilme tarihi olan Aralık 2003'e kadar geçen zamanı dikkate alacaktır. Yaklaşık üç yıl on bir aylık bu sürecin, 11 Şubat

2000'den 24 Mayıs 2002'ye kadar olan, iki yıl üç buçuk ayını, ilgili, hapisteye geçirmiştir. Salıverilmesinden, sınır dışı edilmek üzere, tutuklanmış olduğu 27 Kasım 2003'e kadar geçen süreçte, başvuran, Avusturya'da, yeni suç işlemeyen, bir buçuk yıl boyunca kalmıştır. Bununla birlikte, *Boultif* davasındaki durumun aksine (adı geçen kararın, 51. paragrafı), Mahkeme, başvuranın hapis hanesindeki tutumu hakkında ya da erken salıverilmeden faydalanıp faydalanmadığı hakkında ve salıverilmesinden sonra, ilgilinin durumunun, hangi ölçüde istikrarlı olduğu konusunda bir bilgiye sahip değildir. Böylece, Daire'den farklı olarak, Mahkeme, 'suçların işlenmesinden sonra geçen zaman ve başvuranın, bu süreçteki tutumunun', diğer kriterlere göre, daha az önemli olduğunu, özellikle de, başvuranın küçükken işlediği suçların çoğunluğunun şiddet yoluyla işlenmediği kanaatinde dir.

iv. Ev sahipliği yapan ülke ve kendi ülkesi ile olan sosyal, kültürel ve aile bağlarının sağlamlığı

96. Mahkeme, başvuranın, çocukluk ve gençliğinde eğitim yıllarını, Avusturya'da geçirmiş olduğunu tespit etmektedir. Başvuran, Almanca konuşmaktadır ve tüm eğitimini, tüm yakınlarının yaşadığı Avusturya'da almıştır. Başvuranın, esas sosyal, kültürel ve aile bağları bu ülkededir.

97. İlgilinin, kendi ülkesiyle olan bağlarına gelince, Mahkeme, ilgilinin, ikna edici şekilde, sınır dışı edildiği zaman, ailesinin Bulgaristan'daki Türk topluluğuna ait olması nedeniyle Bulgarca konuşmadığını anlattığını tespit etmektedir. Başvuran, Bulgaristan'da hiç okula gitmemiş olması sebebiyle, Kiril alfabesinde yazmayı ya da okumayı bilmiyordu. Kendi ülkesiyle başka sıkı bağlarının olduğu da, ne kanıtlanmış ne de öne sürülmüştür.

v. Oturum yasağının süresi

98. Nihayet, müdahalenin orantılılığının değerlendirilmesi için, Mahkeme, oturum yasağının süresini dikkate almaktadır. Mahkeme'nin içtihadına atıfta bulunan Daire, bir oturum yasağının süresinin, diğerlerinin yanı sıra dikkate alınması gereken bir etken olduğunun altını çizmiştir (oturum yasağının süresiz olduğu davalarda, tedbirin orantısız olduğuna karar verilmiş olmasına ilişkin sonuçlar için, bkz. adı geçen *Ezzouhdi*, paragraf 35, *Yilmaz/Almanya*, no.52853/99, 48-49. paragraflar, 17 Nisan 2003, ve adı geçen *Radovanovic*, paragraf 37; oturum izninin süreli olmasının, tedbirin orantılı olduğuna ilişkin karar verilmesine neden olduğu davalara örnek olarak, bkz. adı geçen *Benhebbba*, paragraf 37, *Jankov/Almanya* (karar), no. 35112/92, 13 Ocak 2000, ve adı geçen *Üner*, paragraf 65).

99. Büyük Daire, Daire'nin, oturum yasağının sınırlı süreli olmasının, mevcut olayda karar vermek için belirleyici olmadığı yönündeki fikrine katılmaktadır. Genç olması dikkate alındığında, on yıllık oturma yasağı,

hayatının belirleyici bir dönemi olan Avusturya’da geçirdiği zamanı temsil etmektedir.

vi. Sonuç

100. Anlatılanlara göre, özellikle de, bir istisna durum hariç olmak üzere, başvuranın küçükken işlediği suçların şiddet yoluyla işlenmemiş olmaları ve devletin, ilgilinin, topluma entegrasyonunu kolaylaştırma yükümlülüğü, başvuranın Avusturya’da yasal olarak kalmış olduğu süre, Avusturya ile olan, aile, sosyal ve dil bağları ve kendi ülkesiyle bağının bulunmadığını dikkate alan Mahkeme, oturum yasağının dayatılmasının, meşru amaç olan, ‘düzenin korunması ve suçun önlenmesi ile’ orantısız olduğu kanaatindedir. Böylece, bu tedbir, ‘demokratik bir toplumda gerekli değildir’.

101. Sözleşme’nin 8. maddesi ihlal edilmiştir.

II. SÖZLEŞME’NİN 41. MADDESİ

102. Sözleşme’nin 41. maddesine göre,

‘Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder.’

A. Tazminat

1. Daire’nin kararı

103. Daire, benzer davalarda verilen kararları dikkate almış (adı geçen *Yildiz*, paragraf 51, adı geçen *Jakupovic*, paragraf 37, *Radovanovic/Avusturya* (adil tazmin), no. 42703/98, paragraf 11, 16 Aralık 2004, ve adı geçen *Mehemi*, paragraf 41) ve başvuranın görmüş olabileceği manevi zarar için ihlal tespitinin, adil tazmin oluşturduğuna karar vermiştir.

2. Tarafların görüşleri

104. Başvuran, ailesinden uzaklaştığı için görmüş olduğu manevi zarara ilişkin olarak 5.000 Avro ödenmesi talebinde ısrar etmektedir.

105. Hükümet’e göre, ihlal tespiti, yeterli adil tazmini oluşturmaktadır.

3. Mahkeme’nin kararı

106. Mahkeme, sınır dışı edilmesinden sonra başvuranın, sıkıntı ve kaygı yaşamış olduğu kanaatindedir. Hakkaniyet çerçevesinde karar veren Mahkeme, başvurana, manevi tazminat olarak, uygulanabilecek her türlü

vergi ile birlikte, 3.000 Avro ödenmesine (adı geçen *Mokrani*, paragraf 43) karar vermektedir.

B. Yargılama Giderleri

1. Daire'nin kararı

107. Daire, başvurana, iç hukuktaki prosedür ve Sözleşme'ye ilişkin yargılamanın yapılmasından, kararın verilmesine kadar, yargılama giderleri için, katma değer vergisi (KDV) dahil olmak üzere, 5.759,96 Avro ödenmesine karar vermektedir. Bu miktar, aşağıdaki gibi dağıtılmaktadır: ulusal yargılama için, 3.797,96 Avro ve Mahkeme önündeki prosedür için 1.962 Avro.

2. Tarafların görüşleri

108. Büyük Daire önünde, başvuran, iç hukuka ilişkin olan taleplerini yinelemektedir. Sözleşme çerçevesinde yapılan yargılama için, başvuran, 6.879,84 Avro'su Büyük Daire önündeki prosedür için olmak üzere, KDV dahil olmak üzere, toplam 12.190 Avro ödenmesini talep etmektedir. Bunun dışında, başvuran, danışmanının, duruşmaya katılması için yol ve konaklama masrafı olarak 457,26 Avro ödenmesini talep etmektedir.

109. Hükümet, Daire önündeki yargılamanın sonuna kadar yapılan masraflara denk gelen 5.759,96 Avro'nun, Daire tarafından tamamen verilmesine hükmedilmiş olduğuna işaret etmektedir. Hükümet, Büyük Daire önündeki yargılama giderleri için hiçbir görüş sunmamaktadır.

3. Mahkeme'nin kararı

110. İç hukuktaki yargılama ve Sözleşme çerçevesinde yapılan yargılama giderleri için, Daire'nin karar vermesine kadar, Büyük Daire, Daire ile aynı yönde, bu giderlerin gerçekten yapıldığı, gerekli oldukları ve oranlarının makul olduğu kanaatindedir ve 5.759,96 Avro'nun ödenmesini onaylamaktadır. Büyük Daire önündeki yargılama giderlerine gelince, Büyük Daire, bunların, gerçekten yapıldığı, gerekli oldukları ve oranlarının makul olduğu kanaatindedir. Büyük Daire, talep edilen miktar olan, 6.879,84 Avro'nun, KDV dahil olmak üzere ve 457,26 Avro'nun da yol ve konaklama masrafları olmak üzere, toplamda 7.337,10 Avro'nun ödenmesine karar vermektedir.

111. Sonuç olarak, Mahkeme, başvurana, yargılama giderleri için, toplamda 13.097,06 Avro ödenmesine karar vermektedir.

C. Gecikme Faizi

112. Mahkeme, Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi kolaylıklarına uyguladığı faiz oranına üç puanlık bir artışın eklenmesinin uygun olduğuna karar vermiştir.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME

1. Bir oya karşı on altı oyla, Sözleşme'nin 8. maddesinin *ihlal edildiğine*;
2. Bir oya karşı on altı oyla;
 - a) Savunmacı devletin, başvurana, üç ay içinde, manevi tazminat olarak, uygulanabilecek her türlü vergi ile birlikte, 3.000 Avro (üç bin Avro) ve yargılama giderleri için de, uygulanabilecek her türlü vergi ile birlikte, 13.097,06 Avro'yu ödemesine;
 - b) Bu sürenin sona erdiği tarihten itibaren ödemenin yapılmasına kadar, Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli olan marjinal kredi kolaylığı oranının üç puan fazlasına eşit oranda faiz uygulanmasına;
3. Oybirliğiyle, fazlaya ilişkin adil tazmin talebinin reddine,

KARAR VERMİŞTİR.

İşbu karar Fransızca ve İngilizce olarak hazırlanmış ve Strazburg'daki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde, 23 Haziran 2008 tarihinde, kamuya açık duruşmada ilan edilmiştir.

Vincent Berger
Hukukçu

Jean-Paul Costa
Mahkeme Başkanı

© Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2012. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin resmi dilleri, İngilizce ve Fransızca'dır. İşbu çeviri, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Vakıf Fonu'nun desteğiyle yapılmıştır (www.coe.int/humanrightstrustfund). Bu çeviri, Mahkeme'yi bağlamamaktadır ve Mahkeme, bu çevirinin kalitesine ilişkin olarak hiçbir sorumluluk almamaktadır. Bu çeviri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat veritabanı olan HUDOC'tan veya HUDOC'un ilettiği diğer veritabanlarından indirilebilir (<http://hudoc.echr.int>). Bu çeviri, ticari olmayan amaçlarla ve davanın adının tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ve İnsan Hakları Vakfı'na atıfta bulunmak suretiyle alıntılanabilir. Bu çeviriyi kısmen veya tamamen, ticari amaçlarla kullanmak isteyenlerin, bunu aşağıdaki adrese bildirmeleri gerekmektedir: publishing@echr.coe.int.

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2012.

The official languages of the European Court of Human Rights are English and French. This translation was commissioned with the support of the Human Rights Trust Fund of the Council of Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). It does not bind the Court, nor does the Court take any responsibility for the quality thereof. It may be downloaded from the HUDOC case-law database of the European Court of Human Rights (<http://hudoc.echr.int>) or from any other database with which the Court has shared it. It may be reproduced for non-commercial purposes on condition that the full title of the case is cited, together with the above copyright indication and reference to the Human Rights Trust Fund. If it is intended to use any part of this translation for commercial purposes, please contact publishing@echr.coe.int.

© Conseil de l'Europe/ Cour Européenne des Droits de l'Homme, 2012.

Les langues officielles de la Cour Européenne des Droits de l'Homme sont le français et l'anglais. La présente traduction a été effectuée avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). Elle ne lie pas la Cour, et celle-ci décline toute responsabilité quant à sa qualité. Elle peut être téléchargée à partir de HUDOC, la base de jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (<http://hudoc.echr.int>), ou de tout autre base de données à laquelle HUDOC l'a communiquée. Elle peut être reproduite à des fins non commerciales, sous réserve que le titre de l'affaire soit cité en entier et s'accompagne de l'indication de copyright ci-dessus ainsi que de la référence au Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme. Toute personne souhaitant se servir de tout ou partie de la présente traduction à des fins commerciales est invitée à le signaler à l'adresse suivante : publishing@echr.coe.int.