

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**YABANCILARIN ÜLKEDEN
UZAKLAŞTIRILMASINA İLİŞKİN KARARLARDA
ÇOCUĞUN YÜKSEK MENFAATİ İLKESİNİN ROLÜ**

Tezli Yüksek Lisans Tezi

MERVE SİZER

Ankara,2020

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**YABANCILARIN ÜLKEDEN
UZAKLAŞTIRILMASINA İLİŞKİN KARARLARDA
ÇOCUĞUN YÜKSEK MENFAATİ İLKESİNİN ROLÜ**

Tezli Yüksek Lisans Tezi

MERVE SİZER

DR. ÖĞR. ÜYESİ NEVA ÖVÜNÇ ÖZTÜRK

Ankara,2020

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (ULUSLARARASI ÖZEL HUKUK) ANABİLİM DALI**

**YABANCILARIN ÜLKEDEN
UZAKLAŞTIRILMASINA İLİŞKİN KARARLARDA
ÇOCUĞUN YÜKSEK MENFAATİ İLKESİNİN ROLÜ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Neva Övünç ÖZTÜRK

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

İmzası

1- Doç. Dr. Doğa ELÇİN

2- Doç. Dr. Kaya Burak ÖZTÜRK

3- Dr. Öğr. Üyesi Neva Övünç ÖZTÜRK

Tez Savunması Tarihi: 06.07.2020

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Dr. Öğr. Üyesi Dr. Neva Övünç ÖZTÜRK danışmanlığında hazırladığım “Yabancıların Ülkeden Uzaklaştırılmasına İlişkin Kararlarda Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin Rolü (Ankara.2020) ” adlı yüksek lisans tezimdaki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tarih: 06.07.2020
MERVE SİZER

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	V
GİRİŞ.....	1
I. SORUNUN TESPİT EDİLMESİ	1
II. ÇALIŞMA KONUSU	2
III. KONUNUN ÖNEMİ	3
IV. ÇALIŞMA PLANI	4
V. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	5

BİRİNCİ BÖLÜM

ÇOCUĞUN YÜKSEK MENFAATİ İLKESİNE DAİR GENEL BİLGİLER	8
I. ÇHS MD. 3(1)' İN HUKUKİ ANALİZİ	8
A. “Çocuklarla İlgili Tüm İşlemlerde” (In All Actions Concerning Children)	9
1. “Tüm İşlemlerde” (In All Actions)	9
2. Çocuklar” (Children)	10
3. “İlgili” (Concerning)	13
B. Çocuğun Yüksek Menfaatini Gözetmekle Yükümlü Kılınan Kurum ve Kuruluşlar	15
1. “Kamusal ya da Özel Sosyal Yardım Kurumları” (Public Or Private Social Welfare Institutions)	15
2. “Mahkemeler” (Courts of Law)	16
3. “İdari Makamlar” (Administrative Authorities)	16
4. “Yasama Organları” (Legislative Bodies)	16
C. “Birinci Planda Gözetilme” (A Primary Consideration)	17
II. ÜLKEDEN UZAKLAŞTIRMAYA KARAR VERME SÜRECİNDE ÇOCUĞUN YÜKSEK MENFAATİ İLKESİNİN ETKİLERİNİN TESPİTİ	19
A. Çocuğun Yüksek Menfaatinin Usuli Etkisi	20
1. Bireysel Muamele	22
2. Gerekçelendirme	24
3. Süre	25
4. Vasıflı Personellerin Yetkilendirilmesi.....	25
5. Çocuk Dostu Bilgi Toplama Yolları	26
a. Yaş Tespiti	26
b. Mülakat.....	30
c. Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması	30
6. Temsilci Atanması	31
7. İspat Yükü ve İspat Standardı	32

8. Değerlendirme Süresince Çocuğun Bakım ve Güvenliğinin Güvence Altına Alınması	34
B. Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin Yorumlayıcı Etkisi	35
1. Geri Gönderme Yasağının Çocuk Odaklı Tanımlanması	36
2. Çocuk Odaklı Risk Değerlendirmesi	41
C. Asli Hak Etkisi	44

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI HUKUKTA

ÇOCUĞUN YÜKSEK MENFAATİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ 46

I. ÇOCUĞUN YÜKSEK MENFAATİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ GEREKLİLİĞİ 46

A. Çocuğun Yüksek Menfaatinin Öncelikle Gözetilmesi Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi Bakımından	46
B. Evrensel Bir Uygulamaya İmkân Sağlanması Bakımından	48
C. Çocuk İçin Kalıcı Çözümlerin Bulunması Bakımından	50
D. AİHM İçtihatlarına Uyum Sağlanması Bakımından	51

II. ÇOCUĞUN YÜKSEK MENFAATİ DEĞERLENDİRME SÜRECİ AŞAMALARI 57

A. Çocuğun Menfaatlerinin Tespiti	59
1. Çocuğun Menfaatlerinin Tespitinde Somut Olay Bağlamında İzlenecek Yöntem	59
a. Bilgi Toplama	61
aa. Çocuğa İlişkin Bilgi Toplama	62
bb. Çocuğun İçinde Bulunduğu (Hukuki, Sosyal ve Kültürel) Koşullar ile Menşe Ülke Hakkında Bilgi Toplama	63
b. Kontrol Listesi Hazırlanması	64
c. Çocuğun Sonuçlarından Etkileneceği Karara Dayalı Olarak Menfaatlerin Belirlenmesi	68
2. Menfaatlerin Belirlenmesinde Dikkate Alınan Hususlar	72
a. Çocuğun İçinde Bulunduğu Somut Koşullar	72
b. Çocuğun Görüş ve İfadeleri	74
c. ÇHS’de Yer Alan Haklar	75
B. Menfaatlerin Dengelenmesi (Balancing Test)	78
1. Çocuğun Yüksek Menfaatinin Dengeleme Aşamasında Taşıdığı Önem	78
2. Çocuğun Yüksek Menfaatinin Diğer Menfaatler Karşısında Ağırlığı	80
3. Çocuğun Yüksek Menfaatinin Karşısında Yer Alan Menfaatler	81

III. AİHM’İN ÜLKEDEN UZAKLAŞTIRMAYA İLİŞKİN İÇTİHADINDA AİHS MD. 8

ÇERÇEVESİNDE ÇOCUĞUN YÜKSEK MENFAATİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ 85

A. Çocuğun Yüksek Menfaatinin Değerlendirilmesinde Dikkate Alınan Hususlar	89
1. Yaş	89
2. Ev Sahibi Ülke ve Çocuğun Uzaklaştırılacağı Ülke İle Bağlar	92
3. Etkili Aile Bağları	92

B. AİHM'in İnceleme Yöntemindeki Değişimin Çocuğun Yüksek Menfaatinin Değerlendirilmesi Üzerinde Etkisi	96
1. Usuli Yaklaşımın Belirlenmesi	96
2. Usuli Yaklaşımın Avantajları.....	99
3. Değerlendirme.....	100

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ÜLKEDEN UZAKLAŞTIRMAYA İLİŞKİN KARARLARDA ÇOCUĞUN YÜKSEK MENFAATİ İLKESİNİN ETKİSİ 102

I. GENEL OLARAK..... 102

A. Türk Hukukunda Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesine Yaklaşım.....	102
B. Türk Hukukunda Geri Gönderme Yasağının Uygulanmasında Çocuğun Yüksek Menfaatinin Etkisi.....	106

II. TÜRK HUKUKUNDA YABANCILARIN ÜLKEDEN GÖNDERİLMESİNE İLİŞKİN KARAR VERME SÜRECİNDE ÇOCUĞUN YÜKSEK MENFAATİ İLKESİNİN ETKİLERİNİN TESPİTİ. 109

A. Sınır Dışı Etme Kararının Verilmesi Sırasında Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin Rolü	109
1. Türk Yabancılar Hukukunda Sınır Dışı Etme Kararı.....	109
2. Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin İşlerlik Kazanması.....	113
a. Hakkında Sınır Dışı Etme Kararı Verilemeyecek Kişilerin Tespitinde Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin İşlerlik Kazanması	113
b. Ailesiyle Birlikte Sınır Dışı Edilen Çocuklar Bakımından Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin İşlerlik Kazanması.....	115
aa. Çocuğa Sağlanan Güvenceler Bakımından	115
bb. Bireysel Değerlendirme Bakımından.....	116
c. Sınır Dışı Etme Kararının Aile Hayatına Müdahale Teşkil Etmesi Halinde Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin İşlerlik Kazanması	118
3. Sınır Dışı Etme Kararı Verilmesi Aşamasında Çocuğun Yüksek Menfaatinin Değerlendirilmesi.....	121
a. Çocuğun Menfaatlerinin Belirlenmesi.....	121
b. Çocuğun Menfaatlerinin Diğer Menfaatlerle Dengelenmesi.....	122
aa. Çocuğun Menfaatlerinin Belirleyici Faktör Teşkil Etmemesi	122
bb. Çocuğun Yüksek Menfaati Dışındaki Menfaatlerin Tespiti	124
cc. Diğer Menfaatlerin Niteliği	124
dd. Diğer Menfaatlerin Aynı Zamanda Çocuğun Menfaatleri Arasında Yer Aldığı Durumların Tespiti.....	125
B. Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında İadenin Reddi Hükmünün Uygulanmasında Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin Etkileri	125

1. Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ile Çocuğun Yüksek Menfaati Arasındaki İlişkinin Tespiti	126
a. Sözleşmenin Amacı ile Çocuğun Yüksek Menfaati Arasındaki İlişki	126
b. İadenin Reddi Hükümleri ile Çocuğun Yüksek Menfaati Arasındaki İlişki	128
c. Gönüllü Çözüm ile Çocuğun Yüksek Menfaati Arasındaki İlişki	132
d. Bakım Tedbirlerinin Alınması ve Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesi Arasındaki İlişki	133
2. Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesi Işığında İadenin Reddi Hükümlerinin Uygulanması .	135
<i>C. Çocukların Kalıcı Çözüm Yolları Çerçevesinde Ülkeden Uzaklaştırılmasında Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin Etkisi</i>	<i>140</i>
1. Türk Hukukunda Refakatsiz ve Ailesinden Ayrı Düşmüş Çocuklara İlişkin Genel Açıklamalar:	141
a. Refakatsiz ve Ailesinden Ayrı Düşmüş Çocukların Tanımlanması:	141
b. Refakatsiz veya Ailesinden Ayrı Düşmüş Çocukların Yaş Tespiti ve Kendilerine Yasal Temsilci Atanması	143
c. Refakatsiz ve Ailesinden Ayrı Düşmüş Çocuklar İçin Bakım Ve Güvenlik Tedbirleri	145
2. Refakatsiz veya Ailesinden Ayrı Düşmüş Çocukların Aile Birleşimi Yoluyla Ülkeden Gönderilmesinde Çocuğun Yüksek Menfaati	148
a. Türk Hukukunda Aile Birleşimi İşlemleri	149
b. Aile Birleşimine Karar Verme Sırasında Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesi	150
3. Gönüllü Geri Dönüş	154
a. Gönüllü Geri Dönüş Hükümlerinin Refakatsiz veya Ailesinden Ayrı Düşmüş Çocuklar Bakımından Uygulanmasında Çocuğun Yüksek Menfaatinin Rolü	155
b. Gönüllü Geri Dönüş Hükümlerinin Çocuklu Aileler/Ebeveynler Bakımından Uygulanmasında Çocuğun Yüksek Menfaatinin Rolü	158
SONUÇ VE DEĞERLENDİRME	160
KAYNAKÇA	163
ÖZET	177
ABSTRACT	178

KISALTMALAR

Admin	Administration
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
A.g.e./a.g.e.	Adı geçen eser
A.g.m./a.g.m.	Adı geçen makale
App. No.	Application number
art.	Article
Baş. No.	Başvuru numarası
Bkz./bkz.	Bakınız
BMMYK	Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği
C.	Cilt
civ.	Civil
CRC	UN Committee on the Rights of the Child
CRIN	Child Rights International Network
ÇHS	Çocuk Hakları Sözleşmesi
E.	Esas
EASO	European Asylum Support Office
ECtHR/ ECHR	European Court of Human Rights
ECRE	European Council on Refugees and Exiles
eds.	Editörler
et. al.	And others (ve diğerleri)
E.T.	Erişim Tarihi
EWCA	England and Wales Court of Appeal
FC	Federal Court
FCA	Federal Court of Australia
haz.	Hazırlayan
HCA	High Court of Australia

IAC	Immigration and Asylum Chamber
ICC	International Children Center
INS	Immigration and Naturalization Service
IOM	International Organization for Migration
K.	Karar
<i>MIEA</i>	Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs
MCI	Minister of Citizenship and Immigration
MIMA	The Minister for Immigration and Multicultural Affairs
md.	Madde
No.	Numara
NZCA	New Zealand Court of Appeal Reports
OHCHR	Office of the High Commissioner for Human Rights
Para/ para	Paragraf
PICUM	Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants
RAIO	Refugee, Asylum, and International Operations
RG	Resmî Gazete
S.	Sayı
s.	Sayfa
SCR	Supreme Court Reports
SSHD	Secretary of State for the Home Department's
TBB	Türkiye Barolar Birliği
UKSC	United Kingdom Supreme Court
UKUT	United Kingdom Upper Tribunal
UNHCR	United Nation High Commissioner for Refugees
UNICEF	United Nations Children's Fund
USCIS	United States Citizenship and Immigration Services

U.Y.	Uygulama Yönetmeliği
vb.	Ve benzeri
vol.	Volume
YUKK	Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu



GİRİŞ

I. Sorunun Tespit Edilmesi

Çocuklar, yetişkin bireylerden farklı olarak uluslararası hukukta kaynağını Çocuk Hakları Sözleşmesi (ÇHS)'den alan, 'çocuk koruması (*child protection*)' ¹ olarak adlandırılan özellikli bir korumanın öznesidirler. Çocuklarla ilgili diğer hukuki işlemlerde olduğu gibi, çocukların sonuçlarından doğrudan etkileneceği bir ülkeden uzaklaştırma kararı verilirken de bu ayrıcalıklı korumanın dikkate alınması gerekmektedir. Zira günümüzde devletlerin sınırları üzerindeki yetkilerini, uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerine uygun şekilde kullanabilecekleri kabul edilmektedir.²

Türkiye, 1994 yılından bu yana ÇHS'ye taraftır.³ Anayasamızın md. 90(5) hükmüne göre usulüne uygun şekilde yürürlüğe girmiş olan uluslararası sözleşmeler iç hukukun bir parçasıdır.⁴ Bunun bir sonucu olarak Türk yetkili makamları, çocukları ilgilendiren bütün işlemlerde çocuğun yüksek menfaatini öncelikle gözetmekle yükümlüdür.⁵

¹ **SAVE THE CHILDREN**, "Save the Children and Child Protection", 2007, https://resourcecentre.savethechildren.net/node/7586/pdf/sc_child_protection_definition_20071.pdf, (E.T. 09.05.2020), s. 1.

² **BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, G.:** "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi", TBB Dergisi, 2013, C. I, S. 108, s. 211-258. s. 212.

³ Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 20.11.1989 tarih ve 44/25 sayılı kararı ile kabul edilmiş ve 02.09.1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye 14.09.1990 tarihinde imzalamıştır. 09.12.1994 tarih ve 4058 sayılı "Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun" çıkarılmıştır. Bkz. RG 11.12.1994 / 22138. Bakanlar Kurulu 23.12.1994 tarih ve 94/6423 sayılı kararı ile ÇHS'nin onaylanmasını kararlaştırmıştır: Bkz. RG 27.01.1995//22184. Türkiye, Sözleşme'nin onay belgesini 04.04.1995 tarihinde depo etmiş ve Sözleşme Türkiye bakımından 04.05.1995 tarihinden itibaren yürürlük kazanmıştır.

⁴ **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası**, (RG 09.11.1982/ 17863), **md. 90(5):** "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır."

⁵ **ÇHS md. 3(1):** "Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün işlemlerde, çocuğun yüksek menfaati öncelikli bir düşünce olmalıdır." Sözleşmenin orijinal metninde 'çocuğun yüksek menfaatleri'nden (*the best interests of the child*) söz edilmektedir. Çocuğun yüksek menfaati tek bir menfaat olmayıp çocuğa ilişkin

Tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de uluslararası hareketlilik artmakta düzenli ve düzensiz yollarda ülkemize gelen ve burada yaşayan çok sayıda yabancı birey bulunmaktadır. Bunların bir kısmı yetişkin olduğu gibi önemli bir kısmı da çocuklardan oluşmaktadır. Yabancı olarak Türkiye’de bulunan çocuklar ve/veya aile bireylerinin devlet tarafından bir tedbir olarak veya sözleşmelerden doğan yükümlölüklerinin bir gereği uygulanan ülkeden uzaklaştırma, çocuğu ilgilendiren faaliyetler arasında yer almaktadır. Dolayısıyla, çocuğun ya da beraberinde çocuk olan yabancı bireylerin ülkeden gönderilmesi söz konusu olduğunda bu bireylerin ülkeden gönderilip gönderilmeyeceklerine çocuğun yüksek menfaati ilkesi temelinde karar verilmelidir. Buna karşılık Türk hukuku mevzuatında çocuğun yüksek menfaati ilkesine genel bir ilke olarak yer verilmediği; çocuğun veya ebeveynlerinin ülkeden uzaklaştırılması sonucunu doğuran işlemler sırasında yetkili makamlarca bu kurala yeterince riayet edilmediği anlaşılmaktadır.

II. Çalışma Konusu

Çalışmamızda Çocuk Hakları Komitesi’nin çocuğun yüksek menfaatini, usul kuralı, yorumlayıcı ilke ve asli hak olmak üzere üç boyutlu bir kavram olarak nitelendirmesinden yola çıkılarak; çocuğun yüksek menfaatinin üç boyutlu karakterinin, ülkede yabancı olarak bulunan bireylerin ülkeden uzaklaştırılıp uzaklaştırılmayacağına karar verme sürecine etkileri araştırılmaktadır. Ayrıca geri gönderme yasağı ile çocuğun yüksek menfaati ilişkisi belirlenerek ÇHS md. 3(1) hükmünün somut olay bağlamında nasıl işlerlik kazandığı ortaya koyulmakta; konuya ilişkin Türk hukuku mevzuat ve uygulamaları, Türkiye’nin çocuğun yüksek menfaati ilkesine yönelik uluslararası yükümlölükleri çerçevesinde değerlendirilmektedir.

menfaatlerinin tamamını ifade etmektedir. Çalışmamız boyunca bu ifade tekil veya çoğul olarak kullanılmıştır.

III. Konunun Önemi

Çocuğun yüksek menfaati ilkesi, her ne kadar iç hukukumuzda bütün çocuklar bakımından geçerli genel bir ilke olarak düzenlenmemiş olsa da Anayasa md. 90(5) hükmü dolayısıyla devletin yetki alanı içerisinde bulunan tüm çocuklar bakımından geçerli temel bir uluslararası hukuk ilkesidir. Bu nedenle başta çocuk üzerinde önemli etkiler doğuran ülkeden uzaklaştırmaya ilişkin kararlar olmak üzere, çocuklarla ilgili bütün işlemlerde çocuğun yüksek menfaatinin öncelikle gözetilmesi yükümlülüğünün içeriğinin tespiti, Türk hukuku bağlamında bir ihtiyaç olarak görülmektedir.⁶ Buna karşılık iç hukukta konuya ilişkin bir düzenlemenin olmayışı, çocuğun yüksek menfaati ilkesinin yetkili makamlar nezdinde gerçekleştirilen işlemler sırasında dikkate alınmasını zorlaştırmaktadır. Bu durum ise özellikle kendisinin veya ebeveynlerinin ülkeden uzaklaştırılması gibi çocuk üzerinde önemli etkiler doğuran işlemlerin gerçekleştirilmesi sonucunda, çocuklar bakımından telafisi imkansız zararların oluşmasına yol açabilmektedir.⁷ Zira çocuğun yüksek menfaati ilkesine riayet edilmemesi, ülkeden uzaklaştırma bağlamında, geri gönderme yasağının yetişkin odaklı bir şekilde anlaşılıp uygulanmasına ve çocuklara özel diğer asli ve usuli güvencelerin sağlanamamasına sebebiyet vermektedir. Bu durum ise Türkiye'nin taraf olduğu başta ÇHS olmak üzere; yaşam hakkı, işkence yasağı, aile hayatına saygı gibi temel hak ve özgürlükleri düzenleyen uluslararası sözleşmelere aykırılık teşkil edebilecek niteliktedir. Bu nedenle çocuğun yüksek menfaati ilkesinin ülkeden uzaklaştırma kararlarına etkisinin tespit edilmesi oldukça önemlidir.

⁶ **TBB**, Çocukların Adalet Erişim Hakkı Çerçevesinde Hukuki Yardım Hizmetlerine Dönük İhtiyaç Analizi, (haz. Neva Öztürk, Gökçen Taner, Ersoy KONTACI) Ankara 2019, (Çocukların Adalet Erişim Hakkı), <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/627.pdf>, (E.T. 07.05.2020), s. 131.

⁷ **TBB**, Çocukların Adalet Erişim Hakkı, s. 130.

IV. Çalışma Planı

Çalışmamız kapsamında “*Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesine Dair Genel Bilgiler*” başlıklı ilk bölümde, ilkenin kaynağını aldığı ÇHS md. 3(1) hükmü ele alınarak çocuğun yüksek menfaati kavramının somut olay bağlamında usul kuralı, yorumlayıcı hukuk ilkesi ve asli hak olarak karar verme süreçlerine etkisi üzerinde durulmuştur. Böylece ülkeden uzaklaştırmaya karar verme sürecinde çocuk odaklı bir bakış açısına imkân verecek ölçüde temel hukuki zemin oluşturulması hedeflenmiştir.

“*Uluslararası Hukukta Çocuğun Yüksek Menfaatinin Değerlendirilmesi*” başlığını taşıyan ikinci bölümde, çocuğun yüksek menfaatinin somut olayda dikkate alınması gereken tek husus değil; öncelikle gözetilmesi gereken bir husus olduğundan hareketle, çocuğun menfaatlerinin belirlenmesi ve diğer menfaatler karşısında dengelemeye tabi tutulması aşamalarını içeren değerlendirme süreci, Çocuk Hakları Komitesi’nin 14 no.lu genel yorumu ve gelişmiş ülke kararları çerçevesinde ortaya koyulmuştur. Bu bölümde ayrıca son yıllarda çocuğun yüksek menfaati ilkesine, kararlarında gittikçe daha fazla yer veren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)’in çocuğun yüksek menfaati ilkesine yaklaşımına da yer verilmiştir. AİHM çocuğun yüksek menfaati ilkesini, bir uluslararası hukuk ilkesi olarak dikkate almakta; AİHS md. 8 çerçevesinde değerlendirmeye dahil etmektedir. AİHM’in son yıllarda usuli denetim yoluna daha fazla yönelmesi, çocuğun yüksek menfaati ilkesine yaklaşımına da etkide bulunmuştur. AİHM, içtihadında çocuğun yüksek menfaati ilkesine sürekli ve tutarlı olarak değil; kendine has bir metotla yer verdiğinden dolayı, AİHM’in ülkeden uzaklaştırmaya dair içtihadında çocuğun yüksek menfaati ilkesi, ayrı bir başlık altında ele alınmıştır. Bu bölümde amaç, taraf devletlerin çocuğun yüksek menfaatinin öncelikle gözetilmesine dair uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerinin çerçevesinin belirlenmesidir. Zira gerek ÇHS md. 3(1) bağlamında Çocuk Hakları Komitesi, gerekse AİHS md. 8 çerçevesinde AİHM, bireysel başvuru yoluyla denetim yapmakta; taraf

devletlerin çocuğun yüksek menfaati ilkesine riayet etmemesi, uluslararası sorumluluğuna yol açmaktadır.

Çalışmanın “*Türk Hukukunda Ülkeden Uzaklaştırmaya İlişkin Kararlarda Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesi*” başlığını taşıyan üçüncü bölümü ise Türk hukuku mevzuatı ve uygulama örnekleri çerçevesinde, çocuğun yüksek menfaati ilkesinin yerinin belirlenmesini konu almakta; ayrıca uluslararası yükümlülüklerle uygun bir mevzuat ve hukuki uygulamaya imkân verilmesine ilişkin önerilerimizi içermektedir. Bu bölümde öncelikle “*çocuğun yüksek menfaati ilkesinin Türk hukukundaki yeri*” ve ülkeden uzaklaştırma kurumu ile yakın ilişki içerisinde bulunan “*geri gönderme yasağının Türk hukukunda çocuklara uygulanması*” hususları üzerinde durulmuş; daha sonra; “*sınır dışı*”, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair 25 Ekim 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi (Çocuk Kaçırma Sözleşmesi)⁸” çerçevesinde çocuğun iadesi ve “*kalıcı çözüm yollarının uygulanması*” bağlamında ülkeden uzaklaştırma sonucu doğurabilecek bir karar verilirken çocuğun yüksek menfaati ilkesinin etkileri ele alınmıştır.

V. Konunun Sınırlandırılması

Çalışma kapsamında ülkeden uzaklaştırma, devletin yetkisi altında bulunan bireylerin her ne surette olursa olsun yetki alanından çıkarılması sonucunu doğuran fiiller için bir üst başlık olarak kabul edilmiştir.⁹ Zira devletlerin yetkisi altında bulunan bireylere karşı pozitif yükümlülükleri olduğu; dolayısıyla yetkisi altında bulunan bireylerin temel hak ve özgürlüklerini doğrudan ihlal etmese de bireyi ciddi tehlike altında olabileceği bir başka devlete göndermeyerek, onu olası insan hakları ihlallerinden

⁸ Söz konusu Sözleşme, Türkiye adına 21 Ocak 1998 tarihinde imzalanmış; 3 Kasım 1999 tarihli ve 4461 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuştur. 29 Aralık 1999 tarihli ve 99/13909 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanmasını takiben 15 Şubat 2000 tarihli ve 23965 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Onay belgesi, 31 Mayıs 2000 tarihinde tevdi yeri olan Hollanda Dışişleri Bakanlığına iletilmiş, Sözleşme, Türkiye açısından 1 Ağustos 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir

⁹ ERGÜL, sınır dışı etme, geri gönderme ve geri verme kavram ve işlemlerini genel olarak ‘ülkeden uzaklaştırma işlemleri’ üst başlığı altında incelemektedir. **ERGÜL, E.:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku’ nda Sınır Dışı Etme Geri Gönderme ve Geri Verme, Ankara 2012, s. 38.

koruma yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmektedir.¹⁰ Çocuğun yüksek menfaati ise çocuklarla ilgili her işlemde öncelikle gözetilmesi gereken bir husustur.

Çalışmamız genel olarak tüm ülkeden uzaklaştırma işlemlerini kapsıyor olsa da Türk hukukuna ilişkin açıklamalarımızın yer aldığı üçüncü bölüm çerçevesinde çocuğun yüksek menfaati ilkesinin etkin bir şekilde işlerlik kazandığı ve araştırma sorusunun cevaplandırılabilmesine hizmet edebilecek ülkeden uzaklaştırma türleri tespit edilmiş ve Türk hukuku bağlamında bu türlerle sınırlı bir inceleme gerçekleştirilmiştir. Burada sayılanların yanı sıra sınırdan geri çevirme, suçluların iadesi ve ülkelerarası evlat edinme sözleşmesi çerçevesinde çocuğun ülkeden gönderilmesi, üçüncü ülkeye yerleştirme de çocuğun yüksek menfaati ilkesinin etki gösterebileceği diğer ülkeden uzaklaştırma türleri arasında sayılabilecek niteliktedir. Ancak niteliği itibariyle çocuğun yüksek menfaatinin değerlendirilebilmesi için devletin sınırları içerisine girmiş olma zorunluluğu bulunduğundan dolayı sınırdan geri çevirme, herhangi bir değerlendirmeyi içermemektedir. Bu nedenle sınırdan geri çevirme, çalışma kapsamına dahil edilmemiştir. Suçluların iadesi ise; genellikle ebeveynlerinin iade edilmesine ilişkin olarak uygulama alanı bulmakta; aile birliği çerçevesinde çocuğun yüksek menfaatinin gündeme geldiği bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Ebeveynlerden birinin suçluların iadesi yoluyla ülkeden uzaklaştırılmasına karar verilirken dikkate alınması gereken hususlar, ebeveynlerin sınır dışı edilmesine karar verilirken dikkate alınması gereken hususlar ile büyük ölçüde benzerlik gösterdiğinden dolayı suçluların iadesi konusu da çalışmaya dahil edilmemiştir. Ayrıca devletin, yetkisi altında bulunan bir çocuğu ülkelerarası evlat edinme yoluyla ülkeden göndermesi de esas itibariyle ülkeden uzaklaştırma kapsamında ele alınabilecek nitelikte olmasına rağmen; çocuğun yüksek menfaatinin evlat edinmeye ilişkin meselelerde temel düşünce (*the paramount consideration*) teşkil etmesinden dolayı çalışma kapsamında yapmış olduğumuz genel açıklamalar, evlat edinme işlemleri

¹⁰ ÖZTÜRK, N.: Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi, Ankara 2015, s. 118, dn. 391.

bakımından tam anlamıyla geçerlilik kazanmamaktadır. Zira evlat edinme işlemleri sırasında yalnızca çocuğun menfaatlerinin gözetilmesi öngörölmüş; konuya ilişkin diğler menfaatlerin etki göstermesine müsaade edilmemiştir. Bu nedenle ölkelerarası evlat edinme bağlamında çocuğun ölkeden gönderilmesi de çalışma kapsamına alınmamıştır. Üçüncü öлкеye yerleştirme işlemleri de yerel makamlarca gerçekleştirilen işlemler arasında yer almayıp Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) tarafından yürütöldüğü için çalışmada konu edilmemiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

ÇOCUĞUN YÜKSEK MENFAATİ İLKESİNE DAİR GENEL BİLGİLER

I. ÇHS md. 3(1)'in Hukuki Analizi

Çocuğun yüksek menfaati kavramı, yerel ve uluslararası çok sayıda hukuki metinde düzenlenmiş olmasına rağmen, dünyada neredeyse bütün devletlerce kabul edilmiş olan ÇHS'nin 3. maddesinde yer almasıyla birlikte uluslararası hukukun genel bir ilkesi haline gelmiştir.¹¹ Bu nedenle ÇHS md.3(1), çocuğun yüksek menfaati ilkesinin temelini oluşturan özel bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. ÇHS md. 3, üç fıkradan oluşmaktadır. Çocuğun yüksek menfaati ilkesi ise birinci fıkrasında düzenlenmektedir:

“Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün işlemlerde, çocuğun yüksek menfaati öncelikli düşünce olmalıdır.”¹²

¹¹ **DEGOL A, DINKU S.:** “Notes On The Principle “Best Interest Of The Child”: Meaning, History and Its Place Under Ethiopian Law, Mizan Law Review, 2011, vol. 5 No.2, s. 319-337, s. 321

¹² Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 22184 sayılı, 27 Ocak 1995 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanmış olan Türkçe çevirisinde md. 3(1), “*Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün işlemlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.*” şeklinde çevrilmiştir. Oysa Sözleşme'nin İngilizce ve Fransızca orijinal metinleri incelendiğinde 3. Madde çerçevesinde çocuğun menfaatlerinin ‘temel düşünce’ olarak değil; ‘öncelikli gözetilmesi gereken bir düşünce’ (a primary consideration/ une considération primordiale) olarak düzenlenmiş olduğu anlaşılmaktadır. Sözleşmenin orijinal metni için bkz. <https://treaties.un.org/doc/Treaties/1990/09/19900902%2003-14%20AM/Ch_IV_11p.pdf>, (E.T. 03.06.2020); çalışmamız kapsamında, Viyana Anlaşmalar Hukuku sözleşmesi (Viyana Sözleşmesi)'nin 33. Maddesinin 2.fıkrasından hareketle orijinal metne sadık kalınması açısından resmî Türkçe çevirisinden farklı ifadeler kullanılmıştır. Bkz. 1969 Vienna Convention on International Treaties, United Nations, Treaty Series, vol.1155, s.331. Viyana Sözleşmesi 27 Ocak 1980 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>>, (E.T. 16.05.2020).

Diğer iki fıkra ise çocuğun yüksek menfaati ile ilgili olmakla birlikte devletlerin yasal ve idari önlemler alması, çocuğun bakım ve korunmasını güvence altına alması ile ilişkilidir.¹³

ÇHS md. 3(1), taraf devletlerin çocuklarla ilgili işlemler gerçekleştiren tüm makamları bakımından çocuğun yüksek menfaati ilkesine riayet etme yükümlülüğü öngörmektedir. Bundan dolayı söz konusu hükmün Çocuk Hakları Komitesi'nin ortaya koyduğu standartlar ekseninde anlamlandırılması önem taşımaktadır. Bu doğrultuda aşağıda ÇHS md.3(1)'de yer alan ifadelerin Sözleşme çerçevesinde nasıl anlaşılması, yorumlanması gerektiğine yönelik açıklamalara yer verilmiştir.

A. “Çocuklarla İlgili Tüm İşlemlerde” (*In All Actions Concerning Children*)

1. “Tüm İşlemlerde” (*In All Actions*)¹⁴

Türk Dil Kurumu'na göre, '*işlem*', bir işi sonuçlandırmak için yapılan iş veya uygulamaların hepsi, işin geçtiği evrelerin tamamı, muamele ve muamelat anlamlarına gelmektedir.¹⁵

ÇHS md. 3(1) hükmü, çocuğun yüksek menfaatinin öncelikle gözetilmesine ilişkin hakkın, çocukları ilgilendiren tüm işlemlerde güvence altına alınmasını sağlamayı

¹³ ÇHS md. 3' ün iki ve üçüncü fıkraları şu şekilde düzenlenmiştir:

“(2): Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar.

(3): Taraf Devletler, çocukların bakımı veya korunmasından sorumlu kurumların, hizmet ve faaliyetlerin özellikle güvenlik, sağlık, personel sayısı ve uygunluğu ve yönetimin yeterliliği açısından, yetkili makamlarca konulan ölçülere uymalarını taahhüt ederler.”

¹⁴ Orijinal metinde '*actions*' olarak ifade edilen kavramın Türkçe'ye '*faaliyet*', '*hareket*', '*girişim*', '*icraat*' olmak üzere çeşitli şekillerde çevrilmesi mümkündür. Tüm bu kelimelerin anlamlarını bünyesinde barındırmasından dolayı '*action*' kavramının karşılığı olarak '*işlem*' kelimesi tercih edilmiştir.

¹⁵ Bkz. <https://sozluk.gov.tr>

amaçlamaktadır. Çocuk Hakları Komitesi'nin ifadesiyle bir çocukla ya da genel olarak çocuklarla ilgili, her tür fiil, davranış, öneri, hizmet, usul ve diğer önlemler dahil olmak üzere her işlemde çocuğun yüksek menfaati birinci derecede dikkate alınmalıdır. Çocuğun haksızlığa uğraması karşısında *harekete geçmeme* ve *her türlü ihmâl* sayılacak durumlar da¹⁶ bu maddenin uygulanması bakımından '*işlem*' sayılmaktadır.¹⁷

2. Çocuklar” (Children)

Çocuk Hakları Sözleşmesi, kendisine uygulanan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşından küçük her insanı çocuk olarak kabul etmektedir.¹⁸ Bu hususu düzenleyen ÇHS md. 1 hükmü nedeniyle, on sekiz yaşından önce ergin kılındığı ülke hukukuna tabi çocuklar, on sekiz yaşını tamamlamadıkları halde ÇHS' nin korumasından faydalanamamaktadırlar.¹⁹ Ayrıca ÇHS'nin kişi bakımından sınırlarını belirleyen md. 1 hükmü, ÇHS'nin doğumdan önceki dönemi kapsayıp kapsamadığıyla ilgili bir ifadeye de yer vermemektedir. ÇHS'nin, kültürel farklılıklara sahip çok sayıda devlet tarafından kabul edilmesinin bu hükmün getirdiği esneklik sayesinde olduğu düşünülmektedir.

Sözleşme hükümlerinin, doğumdan önceki dönemi kapsayıp kapsamadığı konusu tartışmalı olmakla birlikte konumuz bakımından ülkeden gönderme kararından

¹⁶ Çocuk Hakları Komitesi' nin Uluslararası Çocuk Merkezi (International Children Center- ICC) tarafından çevirilmiş olan 14 No.lu Genel Yorumu' nda bu kavramın karşılığı olarak '*girişim*' kelimesi kullanılmıştır. '*Girişim*' bir işe girişme, teşebbüs anlamına gelen aktif faaliyetlere işaret etmektedir (bkz. <https://sozluk.gov.tr>). Oysa Çocuk Hakları Komitesi' nin '*actions*' kavramı için uygun gördüğü yorumlama biçimi, bu kavramın "*pasif kalma*" ve "*ihmal*" sayılacak durumları da kapsamı yönündedir.

¹⁷ UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29.05.2013, CRC /C/GC/14, (General Comment No. 14), <<https://www.refworld.org/docid/51a84b5e4.html>>, (E.T. 04.05.2020), para. 7.

¹⁸ **ÇHS md. 1:** "Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır."

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), Legislative History on the Convention on the Rights of the Child, Geneva 2007.

etkilenecek olan hamile kadınlara muamele konusunda önem taşımaktadır.²⁰ Ana rahmindeki çocukların da sözleşme kapsamına girebileceğini düşünen yazarlar olduğu gibi²¹ genel olarak kabul edilen yaklaşım, henüz doğmamış çocukların Sözleşme hükümlerinden faydalanamayacağı yönündedir.²² ÇHS' nin dibacesinde, çocuğun doğum sonrasında olduğu kadar doğum öncesinde de uygun yasal korumayı da içeren özel güvence ve korumaya ihtiyacı olduğu vurgulanmıştır.²³ Kanaatimizce ÇHS'nin dibacesini de kapsayan uluslararası bir belge olduğu dikkate alınarak anne karnındaki çocuğun da yüksek menfaatleri öncelikle düşünülmeli, hamile kadınlara, çocuğun doğduktan sonra içinde bulunacağı koşullar dikkate alınarak muamelede bulunulmalıdır.

Hükümün uygulanması bakımından, “*çocuklar*” terimi, işlem ya da karardan doğrudan ya da dolaylı olarak etkilenecek olan çocuk bireyleri ifade etmektedir. Çocuk Hakları Komitesi, Devletlerin, çocukları ilgilendiren her girişiminde ‘*bir çocuk*’ ‘*bir grup*’ ya da ‘*genel olarak*’ çocukların yüksek yararını değerlendirme ve birinci planda gözetme yükümlülükleri olduğunu sıklıkla belirtmektedir.²⁴ Dolayısıyla hükümde geçen ‘*çocuklar*’ ifadesi, bireysel olarak ‘*çocuk*’la sınırlı değildir. Aynı zamanda ‘*belirli bir grup çocuk*’ ya da ‘*genel olarak çocuklar*’ için de geçerlilik taşımaktadır. ALSTON ve FREEMAN, hükümde ‘*çocuk*’ kelimesinin iki farklı şekilde kullanıldığına dikkat çekmektedirler. Çocukları ilgilendiren her türlü işlem ifadesindeki kullanımın çoğul; ‘*çocuğun yüksek menfaatleri(the best interest of the child)*’ ifadesindeki kullanımın tekil olmasının ise, hükmün uygulama alanının genişliğine işaret ettiğini ifade etmektedirler.²⁵

²⁰ Ayrıca bkz. **POBJOY, J. M.:** “The Best Interests of the Child Principle as an Independent Source of Protection”, International Comparative Law Quarterly, 2015, vol. 64, S. 2, s. 327-363, s. 348, dn.105.

²¹ Bkz. **JOSEPH, R.:** Human Rights and Unborn Child, Boston 2009, s. 121.

²² Bkz. **ALSTON, P.:** “The Unborn Child and Abortion Under the Draft Convention on the Rights of the Child” (The Unborn Child) Human Rights Quarterly, 1990, vol. 12, S. 1, s. 156-178, s. 156.

²³ “(...)Çocuk Hakları Bildirisi’ nde de belirtildiği gibi ‘*çocuğun gerek bedensel gerek zihinsel bakımdan tam erginliğe ulaşmamış olması nedeniyle doğum sonrasında olduğu kadar, doğum öncesinde de uygun yasal korumayı da içeren özel güvence ve koruma gereksiniminin bulunduğu*’ nu hatırla tutarak...”

²⁴ General Comment No.14, para. 19.

²⁵ **ALSTON, P.:** "The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights", International Journal of Law and the Family, 1994, vol. 8, S. 1, s. 1-25, s. 14; **FREEMAN, M.:** Article 3

Buna göre taraf devletler, ülke genelinde bir faaliyette bulunacağı veya bir politika uygulayacağı zaman, ‘genel olarak çocuklar’ı veya konuya ilişkin olarak ‘bir grup çocuğun menfaatleri’ni öncelikli olarak gözetmelidir. Örneğin göç konusunda bir politikanın uygulanmasına karar verilirken genel olarak çocukların ve bir grup çocuğun, örneğin refakatsiz çocukların, menfaatlerinin birinci planda gözetilmesi gerekmektedir.

Çocuk Hakları Komitesi de bazı ülke raporlarında, hükmün bahsedildiği şekilde geniş uygulama alanına işaret etmektedir. Örneğin 1999 tarihli Benin raporunda şu ifadeler yer verilmiştir:

‘Komite, Sözleşme’nin genel ilkelerinin, yalnızca politika tartışmalarına ve karar verme sürecine rehberlik etmekle kalmayıp, aynı zamanda adli ve idari kararlarda, projelerde, çocuklar üzerinde etkisi olan programlar ve hizmetlerin tüm yasal mevzuata uygun şekilde entegre edilmesini sağlamak için daha fazla çaba sarf edilmesi gerektiği görüşündedir.’²⁶

‘Çocuklarla ilgili tüm işlemler’ ifadesine yönelik sözü edilen yaklaşım, tek bir çocuğu ilgilendiren bir kararda bir çocuğun haklarının genel olarak tüm çocuklarla aynıymış gibi ele alınması gerektiği anlamına da gelmemektedir.²⁷ ÇHS md. 3(1) hükmü, çocuğun bireysel koşullarının her bir somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmesini öngörmektedir.

Kanada Yüksek Mahkemesi, 1994 tarihli *Thompson v. Thompson* kararında, Uluslararası Çocuk Kaçırma Sözleşmesi’nde yer alan ‘çocukların menfaati’ ifadesinin, tek bir çocuğun değil *bütün çocukların* menfaatini korumak olarak yorumlanması gerektiği belirtilmiştir.²⁸ Oysa bütün çocukların menfaatlerinin korunması uğruna tek bir

The Best Interests of the Child, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, (eds. André Alen, Johan Vande Lanotte et. al.), Boston-Leiden 2007, s. 46.

²⁶ CO Benin, CRC/C/15/Add. 106, para. 14; Benzer yönde tavsiyeler 2019 tarihli *Somali* raporunda da yer almaktadır. Bkz. CRC/C/SOM/1, para. 35, 91.

²⁷ General Comment No.14, para. 24.

²⁸ **BOZDAĞ, G. G.:** Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Red Nedenleri, Ankara 2014, s. 95.

çocuğun menfaat(ler)inden de vazgeçilmemelidir. Örneğin ebeveyni tarafından başka bir ülkeye kaçırılmış olan çocuğun mutad mesken ülkesine iadesi, menfaat(ler)ine aykırılık teşkil etmesine rağmen; bu fiilin özendirilmemesi ve çocuk kaçırma fiilinin caydırılması, böylece bütün çocukların menfaatlerinin korunması amacıyla çocuğun iadesinin sağlanması, ÇHS'nin amaçlarıyla bağdaşan bir yaklaşım değildir. BOZDAĞ, tek bir çocuğun menfaat(ler)ini koruyamayan bir koruma mekanizmasının bütün çocukların menfaatlerini korumaktan aciz olacağını savunmaktadır.²⁹ Kanımızca bu husus, çocuğun yüksek menfaatinin belirlenmesi ve karşı menfaatlerle dengelenmesi süreçlerine yer verilmek suretiyle çözüme kavuşturulabilecektir.³⁰

3. “İlgili” (*Concerning*)

Çocuk Hakları Komitesi, “*ilgili*” teriminin geniş bir içeriği olduğunu; en başta bireysel olarak çocukla, bir grup olarak çocuklarla ya da genel olarak çocuklarla doğrudan ilgisi bulunan önlemleri ve kararları, sonra da kendileri doğrudan hedef olmasa bile belirli bir çocuk, bir grup çocuk ya da genel olarak çocuklar üzerinde etkisi olan işlemleri ifade ettiğini belirtmektedir.³¹ Ayrıca çocuklarla ilgili işlemleri, çocukları hedef alanlar (*örneğin çocukların sağlığı, bakımı ve eğitimi ile ilgili olanlar*) ve ayrıca çocukları ve toplumun diğer kesimlerini ilgilendirenler (*örneğin çevre, konut ve ulaşım meseleleriyle ilgili girişimler*) olmak üzere ikiye ayırmıştır.³²

Çocuk Hakları Komitesi, çocuğun yüksek menfaatlerinin öncelikle gözetilmesi yükümlülüğünün, yalnızca çocuğun sonuçlarından doğrudan etkileneceği karar ve

²⁹ A.g.e., s. 96.

³⁰ İkinci Bölüm

³¹ General Comment No. 14, para. 19.

³² CRC, General Comment No. 7 (2005): Implementing Child Rights in Early Childhood, 20.09.2006, CRC/C/GC/7/Rev.1, (General Comment No. 7), <<https://www.refworld.org/docid/460bc5a62.html>>, (E.T. 16.05.2020), para. 13(b)

işlemler bakımından değil; çocuğun doğrudan muhatapı olmadığı fakat dolaylı olarak çocuk üzerinde önemli etkileri olabilecek karar ve işlemler için de geçerli olacağını; hükümdeki “*ilgili*” ifadesinin, bu etkiye de işaret ettiğini açıkça belirtmektedir.³³ Örneğin bir çocuğun kendisinin ülkeden gönderilmesine karar verilmesi, çocuğun bizzat muhatap olduğu bir işlemken; ebeveynlerinden biri hakkında sınır dışı veya iade kararı verilmesi³⁴, çocuğun sonuçlarından önemli ölçüde etkileneceği bir işlem olarak kabul edilebilmektedir.

Çocuk Hakları Komitesi, söz konusu dolaylı ilişkinin, hayatın doğal akışına uygun bir sınırdan olması gerektiğine vurgu yapmaktadır. Nitekim taraf devletlerin bütün işlemlerinin çocuklar üzerinde az ya da çok mutlaka bir etkisi bulunmaktadır. Fakat devlet tarafından atılan her adımda, çocuğun yüksek menfaatinin tam ve ayrıntılı değerlendirilmesi sürecine yer verilmesi gerekmez. Çocuk Hakları Komitesi’ne göre; herhangi bir karar veya işlem bir çocuk ya da çocuklar üzerinde ‘*önemli bir etki yaratacaksa*’ çocuğun menfaatini gözetmek üzere daha fazla koruma sağlanması ve daha ayrıntılı prosedürlere başvurulması gerekli hale gelir. Bundan dolayı ‘*ilgili*’ ifadesinin, her somut olayda ayrıca değerlendirilerek işlemin çocuk üzerindeki etkisinin araştırılması ve bu doğrultuda işlem yapılması önerilmektedir.³⁵ Belirtmek gerekir ki çocuğun ebeveynlerinden birinin veya her ikisinin ülkeden gönderilmesi, çocuk üzerinde önemli etkiler doğuracak düzeyde işlemlerdir. Bundan dolayı yetkili mercilerinin bir işlem tesis ederken, işlemin sonuçlarından doğrudan etkilenecek bir çocuğun var olup olmadığını

³³ CRC, General Comment No. 5 (2003): General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child, 27.11.2003, CRC/GC/2003/5, (General Comment No. 5), <<https://www.refworld.org/docid/4538834f11.html>>, (E. T. 04.05.2020), para. 12.

³⁴ UN Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, Joint General Comment No. 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration, 16.11.2017, CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, (Joint General Comment No. 3), <<https://www.refworld.org/docid/5a1293a24.html>>, (E. T. 04.05.2020), para. 31.

³⁵ General Comment No.14, para. 20.

resen araştırmaları gerektiğini söylemek mümkündür. Zira byle durumlarda ocuğun yüksek menfaatinin öncelikle gözetilerek muamele edilmesi ykmllğ işlerlik kazanmaktadır.

B. Çocuğun Yüksek Menfaatini Gözetmekle Yükümlü Kılınan Kurum ve Kuruluşlar

ocuk Hakları Sözleşmesi çerçevesinde taraf devletlerin çocuğun yüksek menfaatini gözetme ykmllkleri, kamusal ve özel tüm sosyal yardım kurumlarını, mahkemeler ve idari makamlar ile yasama organlarını içine alan kapsamlı bir yükümlülüktür. ocuk Hakları Komitesi, sayılan kurum ve kuruluşların dar anlamda (*stricto sensu*) yorumlanmaması gerektiğini belirtmektedir.³⁶

1. “Kamusal ya da zel Sosyal Yardım Kurumları” (*Public Or Private Social Welfare Institutions*)

“Kamusal ya da özel sosyal yardım kurumları” ifadesi ile yaptıkları çalışmalar ve aldıkları kararlar ile çocukları ve haklarının gerçekleşmesini etkileyen tüm kurumlar kastedilmektedir. Bunların arasında çocukların haklardan faydalanmalarını sağlayacak hizmetlerin sunulmasında rol oynayan, devlet adına veya devlet kurumlarına bir alternatif olarak hizmet veren özel sektör kuruluşları, kr amacı güden veya gönüllülük esasına dayanan, sivil toplum kuruluşları da yer almaktadır. ocuk Hakları Komitesi, bu kurumları medeni hak ve özgürlükler (rneğin doğum kaydı, her ortamda şiddete karşı koruma vb.) ile ilgili olanlar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar (rneğin bakım, sağlık, evre, eğitim, iş, dinlenme, oyun vb.) ile ilgili olan kurumlar olmak üzere ikiye ayırmış ve her iki grup kurumun da bu hükmün kapsamına girdiğini ifade etmiştir.³⁷

³⁶ General Comment No.14, para. 26.

³⁷ General Comment No.14, para. 12(c).

2. “Mahkemeler” (*Courts of Law*)

Çocuk Hakları Komitesi, “mahkemeler” ibaresini; ‘*bir sınırlama yapılmaksızın herhangi bir hususa ilişkin tüm yargısal süreçlerin yürütüldüğü; çocuklarla ilgili tüm yargısal işlemlerin gerçekleştirildiği yerler*’ olarak açıklamaktadır. Bu kapsamda yargısal faaliyette bulunan makamlar, mahkeme olarak adlandırılmasa dahi bu kapsamda değerlendirilmelidir. Uzlaştırma ve arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yolları da buna dahildir.³⁸

3. “İdari Makamlar” (*Administrative Authorities*)

Çocuk Hakları Komitesi, idari makamlarca alınan kararların, her düzeyde, örneğin, hakkında sınırdışı etme kararı verilmesi, sığınma, göç, vatandaşlık hakkı, ikamet izni, eğitim vb. alanlarda, çok geniş ve kapsamlı olabileceğini vurgulamaktadır.³⁹ İdari makamlar tarafından alınan kararlar, çocuğun yüksek menfaatine göre değerlendirilmeli ve uygulanmalıdır. Ayrıca kamu gücünün karşısında çocuğun zayıf konumunun güçlendirilmesi amacıyla idari makamlarca alınan kararların denetime açık olması önem taşımaktadır.

4. “Yasama Organları” (*Legislative Bodies*)

Taraf devletlerin yükümlülüklerinin “yasama organlarını” da içine alacak şekilde genişletilmesi, ÇHS md. 3(1)’in yalnızca bireysel olarak çocuğa değil; genel olarak çocuklara da ilişkin olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Çocuklar üzerinde önemli etkiler doğuran herhangi bir kanun, yönetmelik veya uluslararası sözleşmenin kabul edilmesinde çocuğun yüksek menfaati ilkesinin yönlendirici ilke olması gerektiğine işaret edilmektedir.⁴⁰ Diğer yandan bir sözleşmeye taraf olarak devletler, iç hukuklarını

³⁸ General Comment No.14, para. 27.

³⁹ General Comment No.14, para. 30.

⁴⁰ General Comment No. 14, para. 31.

sözleşme ile uyumlu hale getirme yükümlülüğü altına girmektedirler.⁴¹ Dolayısıyla yasama organı olarak görev yapan makamların, taraf olunan sözleşmenin genel ilkesi olarak sayılan bir kuralını, yasama faaliyeti sırasında gözetmesi, uluslararası yükümlülüklerinin de bir gereği olmalıdır. Örneğin ülkeye giriş, ülkede ikamet veya ülkeden uzaklaştırmaya ilişkin yerel mevzuatın çocuğun yüksek menfaatine uygun şekilde düzenlenmesi, devletlerin ÇHS’den doğan yükümlülüklerine dahildir.

C. “Birinci Planda Gözetilme” (*A Primary Consideration*)

“Birinci Planda Gözetilme”, Çocuk Hakları Komitesi’ne göre, çocuğun yüksek menfaatinin, söz konusu olaya ilişkin diğer hususlarla aynı düzeyde ele alınamayacağı, diğer menfaatlere göre daha öncelikli bir konumda olduğu anlamına gelmektedir.⁴² Bu güçlü konumun gerekçesi, çocuğun durumunun özel olması; yetişkin bireylerin yardımına ihtiyaç duyması, olgunluk düzeyleri, çoğu kez de çocukların kendi menfaatlerini savunabilme imkanlarının yetişkinlere göre daha az olmasıdır. Zira çocukların menfaatleri ön plana çıkarılmadıkça, bunların dikkate alınmama olasılığı bulunmaktadır.⁴³ Somut olayın özelliklerine göre, diğer menfaatlerin çocuğun menfaatleriyle eşit seviyede olabileceğine yönelik düşünceler de mevcuttur.⁴⁴

Öte yandan evlat edinme sistemlerine ilişkin olarak ÇHS md. 21’de, çocuğun yüksek menfaatinin “birinci planda gözetilecek bir düşünce (*a primary consideration*)” değil; ‘temel düşünce’ (*the paramount consideration*) olması gerektiği düzenlenmiştir.⁴⁵

⁴¹ General Comment No. 5, para. 1.

⁴² General Comment No.14, para. 37.

⁴³ General Comment No. 14, para. 37.

⁴⁴ ZH v SSHD, UKSC 4, 01.02.2011.

⁴⁵ ÇHS md. 21’ in İngilizce orijinal metninde şu ifadeler yer almaktadır: “*States Parties that recognize and/or permit the system of adoption shall ensure that the best interests of the child shall be the paramount consideration(...)*”

Yüksek menfaatlerin “birinci planda gözetilmesi” ile “temel düşünce” olarak kabul edilmesi arasında önemli bir farklılık bulunmaktadır. Zira, ÇHS md. 21’de olduğu gibi, ‘temel düşünce’ ifadesi, çocuğun yüksek menfaatinin, somut olaya ilişkin karar verme sürecinde, ‘belirleyici faktör’ olmasına işaret etmektedir.⁴⁶ Ancak, ÇHS md. 3(1)’de düzenlendiği haliyle kural, çocuğu ilgilendiren her hususta çocuğun yüksek menfaatinin *öncelikli olarak* gözetilmesidir. Bunun anlamı, çocuğun menfaatleri dışında diğer menfaatlerin de göz önünde tutulması gerekliliğidir.

‘Birinci planda gözetilecek bir düşünce olması (a primary consideration)’, çocuğun yüksek menfaatinin diğer hususlar ile arasındaki *öncelik* ilişkisine işaret etmektedir.⁴⁷ Ancak, diğer hususlarla birlikte değerlendirildiğinde, çocuğun yüksek menfaatinin diğer menfaatlerce aşılması da mümkün olacaktır.⁴⁸ Oysa ÇHS md. 21’de düzenlendiği haliyle evlat edinmeye ilişkin işlemlerde ‘temel düşünce (the paramount consideration)’ ifadesi, diğer hususlardan ayrı; çocuğun yüksek menfaatinin *belirleyici* niteliğine işaret etmektedir. Çocuğun yüksek menfaatinin temel düşünce (the paramount consideration) olarak nitelendirildiği durumlarda, diğer hususların kümülatif değerlendirilerek çocuğun yüksek menfaatini aşması mümkün olmayacaktır. Burada yüksek menfaat artık “öncelikle”(primary) olmanın da ötesinde “temel olarak (the paramount consideration) gözetilecektir.”⁴⁹ Çocuğun anne-babasıyla birlikte olmasına

⁴⁶ FREEMAN, s. 60.

⁴⁷ DETRICK, birinci planda gözetilecek bir düşünce anlamına gelen ‘a primary consideration’ ifadesinin önüne niteleyici olarak ‘the’ yerine ‘a’ nin tercih edilmesinin, öteki menfaatlerin de dikkate alınacağına; çocuğun menfaatinin ise menfaatler arasında biri olmasına işaret ettiğini ifade etmektedir. DETRICK, S.: A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Hague-Boston-London 1999, s. 91; Aynı yönde, FREEMAN, s. 61, POBJOY, s. 362.

⁴⁸ ÇHS’ nin taslak çalışmaları sırasında bu husus dile getirilmiştir: UN Doc E/CN.4/L.1575, para. 24; ALSTON ve POBJOY’ a göre ‘a primary consideration’ ifadesinde niteleyici olarak ‘the’ değil de ‘a’ kullanılması, somut olay bağlamında çocuğun menfaatlerinin yanı sıra başka ağır basan menfaatlerin de olabileceğine işaret etmektedir. POBJOY, s. 362; ALSTON, s. 13; Sözleşmenin Fransızca orjinal metninde de 3.madde ile 21. maddede öncelikle gözetilme ve temel düşünce olma arasında fiil bakımından bir ayrım yapılmadığı; her iki hükümde de öncelik ilişkisine işaret eden ‘considération primordiale’ ifadesinin yer aldığı, fakat anlam farklılığının ‘une’ ve ‘la’ niteleyicileri ile gösterildiği anlaşılmaktadır. Fransızca orijinal metni için bkz. https://treaties.un.org/doc/Treaties/1990/09/19900902%2003-14%20AM/Ch_IV_11p.pdf, (E.T. 03.06.2020).

⁴⁹ General Comment No. 5, para. 45(11)

ilişkin ÇHS md. 10'da da 'çocuğun yüksek menfaati gerektirmedikçe' ifadesine yer verilerek; aile birliğine ilişkin konularda da çocuğun yüksek menfaatine belirleyici bir etki tanınmıştır.⁵⁰

Dolayısıyla, lafzi yorumla çocuğun yüksek menfaati, evlat edinme ve aile birliği hususlarında karar alınırken belirleyici faktör; diğer hususlarda ise öncelikle gözetilecek bir husus olarak düzenlenmiştir. Sözleşmenin Resmî Gazete'de yayınlanmış olan Türkçe çevirisinde ise hem 3. Maddede hem de 21. maddede 'temel düşünce' ifadesine yer verildiği; orijinal metinde geçen 'öncelikle gözetilecek bir düşünce' ile 'temel düşünce' olması arasındaki kavramsal farklılığın gözardı edildiği anlaşılmaktadır.⁵¹

II. Ülkeden Uzaklaştırmaya Karar Verme Sürecinde Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin Etkilerinin Tespiti

Çocuğun yüksek menfaati, uluslararası hukukun genel bir ilkesi olarak kabul edilmektedir.⁵² Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin dünyada neredeyse bütün devletlerce onaylanmış olması ve çocuğun yüksek menfaatinin düzenleyen 3.maddesinin birinci fıkrasının, hiçbir çekinceye yer olmaksızın kabul edilmesi, çocuğun yüksek menfaatinin, uluslararası hukukta geniş çevrelerce tanınmasının yolunu açmıştır. Sınırlarının belirsiz olması ve içeriği hakkında Sözleşme'de herhangi bir tanımın bulunmayışı, ilkenin tüm dünyada yeknesak bir düzlemde uygulanmasını zorlaştırıyor olsa da, ÇHS'nin resmî organı sıfatı taşıyan Çocuk Hakları Komitesi'nin konuya ilişkin açıklamalarıyla bu sorun aşılma çalışılmaktadır.

⁵⁰ **ÇHS md. 9(1):** "Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun; ana-babasından, onların rızası dışında ayrılmamasını güvence altına alırlar. Ancak, ana-babası tarafından çocuğun kötü muameleyle maruz bırakılması ya da ihmâl edilmesi durumlarında ya da ana-babanın birbirinden ayrı yaşamaları nedeniyle çocuğun ikametgâhının belirlenmesi amacıyla karara varılması gerektiğinde, bu tür bir ayrılık kararı verilebilir."

⁵¹ R.G. 27.01.1995/22184.

⁵² **MCADAM, J.:** "Seeking Asylum Under the Convention for the Rights of the Child: A Case for Complementary Protection", (Seeking Asylum) 2006, International Journal of Children's Rights, vol. 14, S. 3, s. 251-274, s. 252.

Çocuğun yüksek menfaati, çocuğu ilgilendiren herhangi bir olayda, uyuşmazlıkta veya bir hakkın yerine getirilmesinde, farklı karakterlerde işlerlik kazanabilmektedir. Çocuk Hakları Komitesi'nin 2013 tarihli 14 no. lu genel yorumunda ilkenin üç yönlü bir konsept olduğuna dikkat çekilmiştir.⁵³ Bu husus Genel Yorum no.14'ün yayınlanmasından önce de bazı yazarlarca ifade edilmiştir.⁵⁴ Çocuk Hakları Komitesi'ne göre çocuğun yüksek menfaati, maddi hukuk karakterli *asli bir hak*, *yorumlayıcı hukuk kuralı* ve aynı zamanda bir *usul kuralı* olma özelliği göstermektedir.⁵⁵ Ülkeden uzaklaştırmaya ilişkin karar verme sürecinde de kavramın üç boyutlu etkisinin işlerlik kazandığı görülmektedir.

A. Çocuğun Yüksek Menfaatinin Usuli Etkisi

Çocuğun yüksek menfaati ilkesinin ülkeden göndermeye ilişkin karar verme sürecinde en önemli etkisi, karar verilirken veya bir işlem tesis edilirken, karar veya işlemin çocuk üzerindeki etkilerinin tüm boyutlarıyla ortaya koyulmasıdır. Bununla birlikte Çocuk Hakları Komitesi, çocukların sonuçlarından etkileneceği bir karar alındığı durumlarda, yalnızca kararın çocuk üzerindeki etkisinin değerlendirilmesini yeterli bulmamakta; çocuğun yüksek menfaatinin gerektirdiği diğer usuli güvencelerin de çocuğa sunulması gerektiğini ifade etmektedir.⁵⁶ Böylece çocuğun sonuçlarından etkileneceği bir işlem gerçekleştirilirken, işlemin bütün aşamaları çocuğun yüksek

⁵³ General Comment No. 14, para. 6.

⁵⁴ ALSTON, çocuğun yüksek menfaatinin temelde üç rolü olduğunu ifade etmiştir. Yazara göre çocuğun yüksek menfaatinin yer aldığı ÇHS md.3/1 hükmü, ilk olarak, gerekçelendirmeye olanak veren yardımcı bir kuraldır. Sözleşmedeki tüm hakların uygulanmasında çocuğun yüksek menfaati destekleyici bir role sahiptir. Çocuk Hakları Komitesi de ülke raporlarında sözleşmede yer alan diğer hakların ihlal edildiğine ilişkin yorum ve tavsiyelerde bulunurken çoğunlukla çocuğun yüksek menfaati ilkesine de atıfta bulunması bunun göstergesidir. İkinci olarak, çocuğun yüksek menfaati ilkesinin bağdaştırıcı bir rolü vardır. Sözleşmede yer alan hükümlerin uygulanması konusunda bir ihtilaf ortaya çıktığında çocuğun yüksek menfaati, bu ihtilafı çözmekte uzlaştırıcı bir işlev görmektedir. Üçüncü olarak bir duruma uygulanacak pozitif bir kural bulunmadığı hallerde taraf devletlerin uygulamalarını ve mevzuatını değerlendirmek için bir temel teşkil edebilir; var olan hukuksal boşluğu tamamlayabilir. ALSTON, s. 16.

⁵⁵ General Comment No. 14, para. 6.

⁵⁶ General Comment No. 14, para. 6(c).

menfaatine uygun şekilde gerçekleştirilmiş olacaktır. Çocuğun yüksek menfaatinin usuli karakteri, karar verme sürecinin çocuğun yüksek menfaatlerinin öncelikle gözetilerek gerçekleştirilmesinin yanı sıra; bu süreçte çocuğa sağlanan diğer usuli güvencelere ilişkindir. Çocuklarla ilgili işlemlerde süreç boyunca çocuğa ilişkin bilgi toplama, süre, çocuğun ifadelerini dikkate alma, çocuğun işlem süresince güvenliğini ve bakımını güvence altına alma başta olmak üzere; çocuğa ilişkin her türlü kararda hukuki gerekçenin açıklanması, kararların yüksek menfaatine uygun olarak değiştirilebilir esneklikte ve denetime açık olması gibi güvenceler bunlardan bazılarıdır.⁵⁷

Ülkeden uzaklaştırmaya ilişkin karar verme sürecinde ülkeden uzaklaştırma kararlarının muhataplarının genellikle ülkede yabancı olarak bulunan bireyler olması, özellikle kararın sonuçlarının çocuk üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak etkilerinin de bulunabilecek olması, bazı özel güvencelerin sağlanmasını gerektirmektedir. Çocuğun anladığı dilde sürecin işleyişi hakkında kendisine bilgilendirme yapılması, *süreç devam ederken* kalacak yer temin edilmesi, gözetim altında tutma tedbirinin, mümkün olduğunca, çocuğa uygulanmaması, karar verme sürecinde aile birliğine özen gösterilmesi, çocuğa özel adli süreçlerin işletilmesinin sağlanması çocuğun yüksek menfaatinin usuli karakterinin gerektirdiği ve bu çerçevede değerlendirilebilecek olan birtakım önlemlerdir.

Çocuk Hakları Komitesi, bireysel başvuru üzerine incelediği davalarda sıklıkla çocuğun yüksek menfaati ilkesini bir usul kuralı olarak ele almakta, ülkeden uzaklaştırmaya ilişkin işlemler sırasında çocuğun yüksek menfaatinin idari ve yargısal süreçlerin ayrılmaz bir parçası olduğunu ifade etmektedir.⁵⁸ Bu gerekliliklerden her ne kadar burada ülkeden uzaklaştırmaya karar verme sürecinde dikkate alınması gereken temel ilkeler olarak söz edilmekteyse de bu kurallar, çocuğun yüksek menfaatinin usuli

⁵⁷ General Comment No. 14, para. 85 vd.

⁵⁸ Joint General Comment No. 3, para. 30.

karacterinin bir yansıması olarak görülüp çocuğun dahil olduğu her hukuki sürecin gerçekleştirilmesinde göz önünde tutulmalıdır. Yukarıda da yer verildiğı üzere, çocuğun yüksek menfaatinin usuli etkisi; bireysel muamele, gerekçelendirme, süre, vasıflı personellerin yetkilendirilmesi, çocuk dostu bilgi toplama yollarının benimsenmesi, temsilci atanması, ispat yükü ve ispat standardı, çocuğun bakım ve güvenliğinin sağlanması’ hususlarında birtakım güvencelerin getirilmesini gerektirmektedir. Belirtilen bu hususlar aşağıda daha ayrıntılı şekilde incelenmiştir.

1. Bireysel Muamele

Çocuğa, sonuçlarından doğrudan etkileneceğı bir işlemin gerçekleştirilmesi sırasında refakatsiz veya ailesiyle birlikte olmasına bakılmaksızın bireysel olarak muamele edilmesi; durumunun özel olarak değerlendirilmesi, oldukça önemli bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. TUITT’in çocuk mültecilere ilişkin ortaya koyduğu tespiti, konumuz bakımından özellikle ailesiyle birlikte olan çocuklara bireysel olarak muamele edilmeleri konusunda da geçerlilik kazanmaktadır:

“Kuşkusuz, çocuk mültecilerin yasal (süreç içerisinde) görünürlüğü, sadece menşe Devletlerinden değil; ailelerinden de ayrıldıktan sonra mümkün olabilmektedir. Bu nedenle, sosyolojik bir fenomen olarak çocuk mülteciliğın dünyaca bilinmesine rağmen, belirli bir yasal kategoriye ifade eden çocuk mülteci, çağdaş hukuk söylemindeki varlığını, refakatsiz mülteci çocuğun varlığına borçludur.”⁵⁹

Halbuki çocuğa bireysel muamele edilmesi ve kendisine uygulanacak bir işlem söz konusu olduğunda, sürece etkide bulunabilmesine müsaade edilmesi, ÇHS md. 12’de

⁵⁹ TUITT,P.: “The State, the Family and the Child Refugee” in, Fottrell, D.: Revisiting Children Rights: 10 Years of the UN Convention on the Rights of the Child, the Hague- London- Boston 2000, s. 154.

düzenlenmiş olan katılım hakkının⁶⁰ bir gereğidir. Katılım hakkı kavramı, çocuğun kendisini ilgilendiren her işlemin sonucuna etki edebileceği bir diyalog ortamını tarif etmektedir. Bu gereklilik, çocuğun ÇHS'deki tüm hakların öznesi olarak görüldüğünün bir ifadesidir. Bireysel muamele, çocuğu etkileyen her türlü adli ve idari işlemde çocuğun görüşlerine başvurulmasını da kapsamaktadır. Çocuk Hakları Komitesi, bu hükmün hiçbir sınırlama olmaksızın tüm işlemler için geçerli olacağını vurgulamaktadır.⁶¹ Dolayısıyla çocuğun bir işleme taraf olmasından dolayı kendisini etkileyen işlemlerin yanı sıra; çocuğun taraf olmadığı halde sonuçlarından etkileneceği her türlü adli ve idari işlemde, örneğin çocuğun ebeveynlerinden birinin sınır dışı edilmesi veya çocuğun aile birliğine etki eden başka hususlara ilişkin karar verilirken çocuğun görüşlerine başvurulması, çocuğun yaşı ve olgunluk düzeyine göre gerekli ağırlığın verilmesi gerekmektedir.

ÇHS md. 12'ye göre:

“1. Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak gereken özeni göstermek suretiyle tanırlar.

2. Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır.”

Çocuk Hakları Komitesi, çok küçük yaşlardan itibaren çocuğun görüş oluşturabileceğini; bu nedenle çocuğun kendi görüşlerini oluşturma yeteneği

⁶⁰ CRC, *General comment No. 12 (2009): The right of the child to be heard*, 20.07.2009, CRC/C/GC/12, (General Comment No. 12), <https://www.refworld.org/docid/4ae562c52.html>, (E.T.: 04.05.2020), para. 3.

⁶¹ General Comment No. 12, para. 32.

olmadığı varsayımıyla hareket edilmemesi ve çocuğun kendi görüşlerini oluşturup oluşturamayacağının her zaman taraf devletlerce değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.⁶²

2. Gerekçelendirme

Çocuğun yüksek menfaatinin usuli karakteri, çocuğu ilgilendiren her kararın dayanaklarının ortaya konulmasını, gerekçelendirilmesini ve ayrıntılı olarak açıklanmasını gerektirmektedir. Somut olayda çocuğun menfaatlerinin diğer hususlarla birlikte gözetildiğinin belirtilmesi yeterli değildir.⁶³

Çocuk Hakları Komitesi, değerlendirme sürecinin ÇHS'den doğan yükümlülöklere uygun şekilde gerçekleştirilebilmesi için dikkat edilmesi gereken hususlara işaret etmiştir.⁶⁴ Buna göre, çocukla ilgili somut koşullar açıkça ifade edilmeli, değerlendirmede hangi hususların daha önemli bulunduğu açıklanmalı, bu öğelerin içeriğı ve bunlara ne kadar ağırlık verildiğı hakkında ayrıntılı bilgi verilmelidir. Karar verme sürecinde somut olaya ilişkin değerlendirme tamamlandığında, çocuğun görüş ve düşüncelerine aykırı bir sonuca ulaşılmışsa, bunun nedeni açıkça belirtilmelidir.⁶⁵ Yaş ve olgunluk düzeyine göre Çocuğun görüş ve ifadelerine ne kadar ağırlık verildiğı, hangi aşamalarda çocuğun görüşlerine başvurulduğu hakkında ayrıntılı açıklamalara yer verilmelidir.⁶⁶ Çocuğun yüksek menfaatinin somut olaya ilişkin dikkate alınan hususlardan, öncelikle gözetilecek nitelikte olmasına rağmen, yalnızca biri olduğu dikkate alınarak eğer tercih edilen çözüm çocuğun yüksek menfaatlerini gerçekleştiriyorsa, bunun nedenleri açıklanmalıdır. Somut olaya ilişkin tüm hususlar ve

⁶² General Comment No. 12, para. 20.

⁶³ General Comment No. 14, para. 97.

⁶⁴ General Comment No. 14, para. 85 vd.

⁶⁵ General Comment No. 14, para. 97.

⁶⁶ General Comment No. 14, para. 97.

çocuğun yüksek menfaati dışındaki diğer menfaatlerin tamamı açık olarak belirtilmeli; bunlardan hangilerine *neden* daha fazla ağırlık tanındığı açıklanmalıdır.⁶⁷ Çocuk Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 14'te İzlenen mantık silsilesinin ve diğer menfaatlerin çocuğun menfaatlerini geri plana itecek kadar güçlü görülmesinin sebeplerinin ortaya konulması gerektiğini açıkça ifade etmiştir.

3. Süre

Zaman çocuklar ve yetişkinler için farklı işlemektedir. Zira uzun süren karar alma süreçlerindeki gecikmelerin, çocukların gelişimi üzerinde olumsuz etkileri olabilmektedir. Sözgelimi, yetişkinler için geçen, bireyin fiziksel ve psikolojik gelişimi üzerinde önemli bir etki doğurmayacak bir süre, çocuklar için düşünüldüğünde çocuğun gelişim sürecini sekteye uğratabilecek kadar uzun bir süre teşkil edebilmektedir. Bundan dolayı, çocukları etkileyen tüm işlemler gibi çocuğun menfaatlerinin değerlendirilmesi sürecinde de çocuklara ilişkin meselelerin öncelikle ele alınması ve sürecin *mümkün olan en kısa sürede* tamamlanması yerinde olacaktır. Bununla birlikte, sürecin kısa sürede tamamlanması, çocuğun menfaatlerinin feda edilmesi sonucunu doğuracak, yüzeysel bir değerlendirmeye sebep olmamalıdır. Değerlendirmeye ilişkin öngörülen tüm aşamaların çocuğun yüksek menfaatlerine uygun şekilde tamamlanmasından asla taviz verilmemelidir.⁶⁸

4. Vasıflı Personellerin Yetkilendirilmesi

Çocuklar hem yetişkinlerden daha hassas yapıları hem de kendilerine has özelliklere sahip olmalarından dolayı özel bir kategori oluşturmaktadır.⁶⁹ Her çocuğun kendi özellikleri ve ihtiyaçları vardır ve bu ihtiyaçlar, çocukların gelişimleri süresince

⁶⁷ General Comment No.14, para. 97.

⁶⁸ General Comment No.14, para. 93.

⁶⁹ General Comment No. 14, para. 94.

değişime uğrayıp farklılaşmaktadır. Çocuklara ilişkin bir karar verme sürecinde ise çocuğa ilişkin fiziksel, psikolojik, sosyal ve ekonomik şartların tamamının multidisipliner bir yaklaşımla değerlendirilmesi gerekmektedir.⁷⁰ Bu nedenle değerlendirme süreci, diğer alanların yanı sıra çocuk psikolojisi, çocuk gelişimi ve somut olayın özelliklerine göre ilgili diğer insani ve toplumsal gelişim alanlarında eğitim görmüş, çocuklarla çalışma deneyimine sahip ve elde edilen bilgileri objektif açıdan değerlendirebilecek profesyonellerce gerçekleştirilmelidir.⁷¹

5. Çocuk Dostu Bilgi Toplama Yolları

Çocuğun yüksek menfaatinin gözetilmesi ilkesinin usuli karakteri, bilgi toplama yollarının çocuğun menfaatlerine uygun olmasını; buna yönelik çocuk dostu yöntemler geliştirilmesini gerektirmektedir. Nitekim çocuklarla ilgili karar verme sürecinin tamamında çocuğun korunması ve haklarından en yüksek düzeyde faydalandırılması oldukça önemlidir. Konumuzla ilgili olarak bilgi toplama yollarına ilişkin olarak “yaş tespiti, mülakat, kişisel verilerin korunması” hususlarının öne çıktığı görülmektedir.

a. Yaş Tespiti

Özellikle menşe ülkesi dışında bulunan ve yaşını gösteren herhangi bir belgeye sahip olmayan refakatsiz çocuklar bakımından, yaş tespitinin çocuğun menfaatlerine uygun olarak, yalnızca fiziksel görünümü değil aynı zamanda psikolojik, ruhsal ve mental gelişimini de dikkate alacak yollar tercih edilmesi oldukça önemlidir.⁷² Zira bireyin 18

⁷⁰ United Nation High Commissioner for Refugees (UNHCR), Guidelines on Assessing and Determining the Best Interests of the Child, November 2018, (BIP Guidelines 2018), <https://www.refworld.org/docid/5c18d7254.html>, (E.T. 05.05.2020), s. 31.

⁷¹ **KALVERBOER, M.E. /BELTMAN, D./ van OS, C.. /ZILJSTRA, E.A.E.:** “The Best Interests of the Child in Cases of Migration: Assessing and Determining the Best Interests of the Child in Migration Procedures” The International Journal of Children s Rights, 2017, vol. 25, s. 114-139, **s. 129; European Asylum Support Office (EASO),** Practical Guide on the best interests of the child in asylum procedures, EASO Practical Guides Series, 2019, s. 19; **IOM, UNICEF, OHCHR, Save the Children, PICUM, ECRE, Child Circle,** “Guidance to Respect Children’s Rights in return Rolicies and Practices - Focus on the EU Legal Framework”, 2019, s. 27.

⁷² General Comment No.6, para. 31(i).

yaşından küçük ya da büyük olması, ÇHS'nin sağladığı korumadan faydalanması açısından belirleyici etkiye sahiptir. Bunun yanında, çocuğun hangi yaş grubu arasında olduğunun tespiti de menfaat değerlendirmesinde esas alınacak hususlardan biridir.

Çocuk Hakları Komitesi, yaş tespitinin bireyin ÇHS'de yer alan haklardan faydalanması için ön koşul olması nedeniyle temel bir husus olduğuna işaret etmektedir.⁷³ Yabancı olarak bulunduğu ülkede, ÇHS'nin sağladığı koruma kapsamına girmemesi, çocuğun haksız bir şekilde ülkeden uzaklaştırılmasına sebep olabilmektedir. Bundan dolayı menşe ülkesi dışında refakatsiz olarak bulunan, kimliğini belirlemeye yarayan belgelere de sahip olmayan bireyler bakımından yaş tespiti çok önemlidir. Bir yönüyle bireyin Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin sağladığı koruma kapsamına girip girmediğinin tespit edilmesi; diğer yönüyle çocuğun yaşına ve gelişim düzeyine uygun bir muamelede bulunulması bakımından yaş, belirleyici bir faktör teşkil etmektedir. Çocuk Hakları Komitesi'nin içtihadında yaş tespitine ilişkin hususlar genellikle bireyin 18 yaşının altında olup olmamasıyla ilgili olarak karşımıza çıkmaktadır. Genellikle çocuk yaşta olduğunu iddia eden başvuruçular, vardıkları ülkede taraf devlet makamları tarafından fiziksel özelliklerine göre testlerden geçirilerek 18 yaşından büyük oldukları değerlendirilmekte ve ülkeden uzaklaştırılma riskiyle karşı karşıya kalmaktadırlar. Çocuk Hakları Komitesi'nin ise kısa zamanda çok sayıda verdiği kararlarla bu konuya ilişkin tutarlı bir içtihat geliştirdiğini söylemek mümkündür:

“12.3 Komite, reşit olmadığını iddia eden bir gencin yaşının belirlenmesinin temel önemde olduğunu düşünmektedir. Sonuç, o kişinin çocukken ulusal makamlarca korunma hakkına sahip olup olmayacağını belirler. Benzer şekilde bu nokta Komite için de çok büyük öneme sahiptir, Zira Sözleşme'de yer alan haklardan yararlanılması bu karara bağlıdır. Bu nedenle, bir kişinin yaşını belirlemek için

⁷³ N.B.F. v. Spain (CRC/C/79/D/11/2017), (CRC: N.B.F. v. Spain), para. 12(3).

adil bir süreç yürütülmesi ve çıkan sonuca çocuğun itiraz etmesine fırsat verilmesi zorunludur. Bu süreç devam ederken birey, şüpheden yararlanmalı ve kendisine çocuk olarak muamele edilmelidir. Dolayısıyla Komite, yaş belirleme sürecinde çocuğun yüksek menfaatinin birinci planda dikkate alınması gereken bir husus olması gerektiğini düşünmektedir.”⁷⁴

Çocuk Hakları Komitesi’nin incelediği bir bireysel başvuruda, taraf devlet, çocuğun sınırlar arasına yerleştirilen tel örgülerden atlamayı becerebildiğine göre 18 yaşından büyük olduğu görünümü verdiğini ve yaş tespiti yapılmasına gerek duyulmadığını ifade etmiş; bunun üzerine Komite, yalnızca fiziksel özelliklerin değil aynı zamanda psikolojik ve ruhsal özelliklerin de yaş tespitinde dikkate alınması gerektiğine işaret etmiştir.⁷⁵

Çocuk Hakları Komitesi, konuya ilişkin içtihadında çocuğun yüksek menfaatine uygun bir yaş tespiti sürecini şu ifadelerle tarif etmektedir:

“12(4) Komite, kimlik belgelerinin veya diğer uygun kanıtların bulunmadığı durumlarda, yaş hakkında güvenilir bir ölçüm yapmak için, devletlerin çocuğun uzman çocuk doktorları veya vasıflı diğer profesyoneller tarafından yürütülen fiziksel ve psikolojik gelişimi hakkında kapsamlı bir değerlendirme yapması gerektiğini hatırlatır. Bu tür değerlendirmeler, çocukların görüşmeleri ve uygun olduğu takdirde, eşlik eden yetişkinler de dahil olmak üzere, çocuğun anladığı bir dilde hızlı, çocuk dostu, cinsiyete duyarlı ve kültürel olarak uygun bir şekilde yapılmalıdır. Aksine kanıt olmadıkça mevcut belgeler orijinal kabul edilmeli ve çocuklar tarafından yapılan bildirimler dikkate alınmalıdır. Yaşı

⁷⁴ CRC: *N.B.F. v. Spain*, para. 12(3); *J.A.B. v. Spain* (CRC/C/81/D/22/2017), (CRC: *J.A.B. v. Spain*), para. 13(3); *R.K. v. Spain* (CRC/C/82/D/27/2017), (CRC: *R.K. v. Spain*) para. 9; *M.T. v. Spain* (CRC/C/82/D/17/2017), (CRC: *M.T. v. Spain*), para. 13(3).

⁷⁵ CRC: *D.D. v. Spain* (CRC/C/80/D/4/2016)

değerlendirilmekte olan birey şüpheden yararlandırılmalıdır. Devletler, diğer hususların yanı sıra, geniş hata payları olan ve ayrıca çocuk için travmatik sonuçlar doğurabilecek ve gereksiz hukuki işlemler yapılmasını gerektiren kemik ve diş muayenesi gibi fiziki özelliklerin analizine dayanan tıbbi yöntemler kullanmaktan kaçınmalıdır.

12(5) Mevcut davada, Komite şunları kaydetmektedir: (a) yaşının tespiti için, kayıtsız bir şekilde İspanyol topraklarına gelen başvuru, sol elinin röntgeni ve iddia edildiği üzere, özellikle psikolojik testler olmaksızın yalnızca fiziksel incelemelerden oluşan tıbbi testlere tabi tutulmuştur. Sürecin bir parçası olarak, başvuru ile mülakat yapıldığına dair kayıtlar mevcut değildir. (b) Yapılan testlerin güvenilirliği hakkında, söz konusu tıp merkezi, Greulich ve Pyle Atlas'a göre, olası bir hata payı bırakmadan, başvuru kemik yaşının 19'dan daha fazla olduğunu tespit etmiştir. (c) Bu tıbbi sonuç temelinde, Granada Yüksek Mahkemesi'nin çocuk soruşturma hizmeti, başvuru yasal yaşta (reşit) olduğunu belirten bir karar çıkarmıştır.

12(7) Taraf devlet, başvuru açıkça reşit yaşta görüldüğü ve doğrudan yetişkin olarak kabul edildiğini buna rağmen, yine de yaş tespiti için tıbbi testler yapıldığını belirtmesi karşısında Komite, taraf devlete Genel Yorum No.6'yı hatırlatır. Buna göre yaş değerlendirmelerinde, bireyin fiziksel görünümüne ek olarak bireyin psikolojik olgunluğu dikkate alınmalıdır. Yaş tespitinin bilimsel, güvenli ve tarafsız bir yaklaşımla çocuğa ve cinsiyete duyarlı bir şekilde yapılması; belirsizliğin devam ettiği durumlarda ise şüpheden birey yararlandırılması ve bireye çocuk olarak muamele edilmesi gerekmektedir.”⁷⁶

⁷⁶ CRC: N.B.F. v. Spain, para. 12(7).

b. Mülakat

Çocuk Hakları Komitesi, katılım hakkının tam olarak yerine getirilmesi için taraf devletlerin, çocuğun kendine saygı duyulduğunu hissettiği, görüşlerini ifade ederken güvende olabileceği bir ortam sağlamaları gerektiğini ifade etmektedir.⁷⁷ Bu bağlamda yaşça küçük çocuklara, kendi deneyimlerini, bakış açılarını ve isteklerini açıkça anlatabilecekleri, oyun, vücut dili, drama, çizim, boyama gibi çeşitli iletişim biçimleri ile kendilerini ifade etme imkânı tanınmalıdır.

Ayrıca içinde bulundukları özel durumlardan dolayı kendisine anlatılanları anlayamayan veya görüşlerini açıklamakta zorlanan çocukların da bu haktan yararlandırılmasına yönelik gerekli tedbirler alınmalıdır.⁷⁸ Örneğin engelli çocuklarla karşılıklı iletişime geçme konusunda uzmanlardan yardım alınmalı; yabancı uyruklu çocukların anladıkları dilde kendilerini ifade edebilmelerine imkân verilmelidir.⁷⁹

Bununla birlikte çocuğun savaş, şiddet, cinsel istismar mağduru olması veya uluslararası koruma ihtiyacı içinde olduğu durumlarda, çocuğun tam korunmasını temin ederek görüşlerine başvurulmalı, uzman ve psikologlar eşliğinde deneyimleri sorulmalıdır.⁸⁰ Yanlış bir uygulamanın çocuk üzerinde travmatik sonuçlar doğurabileceği unutulmamalıdır.

c. Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması

Uluslararası nitelik taşıması bakımından ülkeden uzaklaştırmaya ilişkin iş ve davalarda, gerek çocuğa ilişkin gerekse uzaklaştırılacağı ülkeye ilişkin bilgi edinme sürecinde çocuğun kişisel verilerinin korunması büyük önem taşımaktadır.⁸¹ Uzaklaştırılacağı ülkeye ilişkin bilgi edinme esnasında, ülkelerarası adli yardım sistemleri vasıtasıyla veya bizzat çocukla ve onunla temas halinde olan kişilerle görüşmeler

⁷⁷ General Comment No. 12, para. 21.

⁷⁸ General Comment No. 14, para. 54.

⁷⁹ UNHCR, A Framework for the Protection of Children, 2012, <https://www.unhcr.org/50f6cf0b9.pdf>, (E.T. 04.06.2020), s. 23.

⁸⁰ A.g.m., s. 27.

⁸¹ IOM et. al., s. 26.

yapılırken; bütün aşamalarda çocuğun menfaatlerine uygun hareket edilmesi; gerekli düzeyde bilgi toplanması, çocuğun hassas bilgilerinin üçüncü kişilerle paylaşılmasında dikkatli ve ölçülü olunması gerekmektedir. Toplanan veriler, çocuğun yüksek menfaati değerlendirmesinde kullanılmadan önce doğrulanmalı ve analiz edilmelidir.⁸²

6. Temsilci Atanması

Çocuk Hakları Komitesi, çocuğa temsilci atanmasına ilişkin gerekliliği *NBF* kararında şu şekilde sıralamıştır:

*“12.8 Komite ayrıca, başvurucunun taraf devlet ülkesine vardığı sırada ve yaş belirleme sürecinde, kendisine **çıkartmalarını savunması için bir vasi veya temsilci atanmadığına** dair iddialarına dikkat çekmektedir. Komite, taraf devletlerin, reşit olmadığını iddia eden tüm gençlere, en kısa sürede varışta ve ücretsiz olarak, gerekli **dil becerilerine sahip nitelikli bir yasal temsilci** atamaları gerektiğini düşünmektedir. Komite, bu tür kişiler için yaş belirleme sürecinde bir temsilcinin sağlanmasının, onların şüpheden yararlandırıldığına eşdeğer olduğu ve çocuğun yüksek menfaatine ve dinlenilme haklarına saygı göstermenin temel bir garantisi olduğu görüşündedir. Bunun yapılmaması, yaş belirleme süreci, Sözleşmenin uygulanması için başlangıç noktası olduğundan, Sözleşme'nin 3. ve 12. Maddelerinin ihlali anlamına gelir. Zira bireyin zamanında temsil edilmemesi, büyük bir adaletsizlikle sonuçlanabilir.*

12.3 Komite, reşit olmadığını iddia eden bir gencin yaşının belirlenmesinin temel önemde olduğunu düşünmektedir. Sonuç, o kişinin çocukken ulusal koruma hakkına sahip olup olmayacağını belirler. Benzer şekilde bu nokta Komite için de çok büyük öneme sahiptir, Zira Sözleşme'de yer alan haklardan yararlanılması bu

⁸² General Comment No. 14, para. 92.

karara bağlıdır. Bu nedenle, bir kişinin yaşını belirlemek için adil bir süreç yürütülmesi ve çıkan sonuca çocuğun itiraz etmesine fırsat verilmesi zorunludur. Bu süreç devam ederken birey, şüpheden yararlanmalı ve kendisine çocuk olarak muamele edilmelidir. Dolayısıyla Komite, yaş belirleme sürecinde çocuğun yüksek menfaatinin birinci planda dikkate alınması gereken bir husus olması gerektiğini düşünmektedir.”⁸³

12.9 Yukarıdakiler ışığında, Komite, çocuk olduğunu iddia eden başvurunun, yaş belirleme prosedürüne, Sözleşme kapsamındaki haklarını korumak için gereken güvencelerin eşlik etmediğini düşünmektedir. Mevcut davanın koşullarında, özellikle başvurunun yaşını belirlemek için kullanılan yollar ve bu süreçte kendisine yardımcı olacak bir temsilcinin bulunmamasından dolayı, komite, çocuğun yüksek menfaatinin yaş belirleme sürecinde öncelikli bir husus olarak dikkate alınmadığı, bu sebeplerle Sözleşmenin 3 ve 12. maddelerinin ihlal edildiği görüşündedir.”

7. İspat Yükü ve İspat Standardı

Çocuğun kendisini ilgilendiren bir karar sürecine katılımı ve katkısı, yaşına ve olgunluk düzeyine göre değişecektir. Fakat değerlendirme sürecine esas teşkil edecek bilgi ve belgelerin edinilmesinde yetişkin bir bireyden beklenen özen ve sorumluluğun çocuktan beklenilmemesi gerekir.⁸⁴ Bu durum özellikle konumuz bakımından düşünüldüğünde daha da önemlidir. Zira çocuk olmanın sebep olduğu bir zayıflık ve hassasiyet, çocuğun menşe ülkesinin dışında bulunmasıyla, hatta sınır dışı tehdidi altında

⁸³ CRC: *N.B.F. v. Spain*, para. 12(3); CRC: *J.A.B. v. Spain*, para. 13(3).

⁸⁴ **UNHCR**, *Guidelines on International Protection No. 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 22 December 2009, HCR/GIP/09/08, (Kılavuz İlkeler), para. 72.

bulunmasıyla daha da artmaktadır.⁸⁵ Bunun gibi, refakatsiz ve ailesinden ayrı düşmüş olma, uluslararası koruma ihtiyacı içerisinde bulunma, engellilik hali ve benzeri güçlükler yaşayan çocuklar söz konusu olduğunda bilgi toplama sürecinde yetkili kişilerin daha aktif bir rol alması beklenmektedir. Örneğin, ülkede sığınmacı olarak bulunan çocuklarda durum böyle olabilir. Menşe ülkesinden kaçarak gelen bu çocukların, ayrılırken yanlarına yaş, kimlik veya aile bilgilerini gösteren resmî belgeler almaları mümkün olmayabilir. Böyle durumlarda, bilgi toplama sürecinde yetkili kişilerin çabası önem kazanmaktadır.

Somut olaya ilişkin bilgilerde şüpheye düşüldüğünde, çocuğun iddialarına öncelik verilmesi, ispat yükünün ise hafifletilmesi önem taşımaktadır. Genel olarak ispat yükünün karar merci ile başvuran arasında paylaşılması kabul ediliyor olsa da⁸⁶ çocuk mülteciler söz konusu olduğunda BMMYK, bu yükün ağırlıklı olarak karar mercii üzerinde olduğunu ifade etmektedir.⁸⁷ Bunun yanı sıra BMMYK, çocuk mültecilerin taleplerinin değerlendirilmesinde çocuk mültecinin şüpheden serbestçe yararlandırılması (A liberal benefit of doubt) ölçüsünü kabul etmektedir.⁸⁸

“Eğer somut olaya ilişkin olguların doğruluğu belirlenemezse ve/veya çocuk talebini tam olarak dile getiremiyorsa, o zaman incelemeyi yapan kişinin tüm bilinen koşullar temelinde bir karar vermesi gerekir ki bu da şüphenin ilgili lehine yorumlaması konusunda serbest bir uygulamayı gerektirebilir.”*

⁸⁵ Kalverboer et. al. s. 115.

⁸⁶ OHCHR, “Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims”, Geneva 16 December 1998, <<https://www.refworld.org/pdfid/3ae6b3338.pdf>>, (E.T. 04.06.2020), para. 6.

⁸⁷ UNHCR, Kılavuz İlkeler, para. 73

⁸⁸ UNHCR, Kılavuz İlkeler, para. 73. Ayrıca Birleşik Krallık’ın yerel düzeyde yayınlamış olduğu rehberde bu hususa işaret edilmiştir: “Karar makamının çocuğun taleplerine ilişkin olguların tespit ve belirlenmesinde artırılmış yükünün bulunduğu farkında olmaları gerekir. Buna somut bilgi, belge ve kanıtların toplanmasında aktif rol alma ihtiyacı da dahildir.”

Çocuk mültecinin şüpheden serbestçe yararlandırılması ilkesine İngiltere⁸⁹, ABD⁹⁰ ve Kanada⁹¹ içtihadında da rastlanmaktadır. Aynı yaklaşım, ABD⁹² ve Birleşik Krallık⁹³ ta yayınlanmış olan rehberlerde de yansıma bulmaktadır:

“Şüpheden mültecinin yararlandırılması ilkesi, çocuklar söz konusu olduğunda, özellikle çocuğun talebine ilişkin hususları detaylandıramadığı durumlarda daha cömert uygulanmalıdır.”

Buradan hareketle özellikle güç durumdaki çocuklar söz konusu olduğunda çocuğa sağlanan bu kolaylığın ülkeden göndermeye ilişkin karar verme sürecinde çocuğun yüksek menfaatinin usuli karakterinin bir yansıması olarak görmek mümkündür.

8. Değerlendirme Süresince Çocuğun Bakım ve Güvenliğinin Güvence Altına Alınması

Çocuğun ülkeden uzaklaştırılıp uzaklaştırılmayacağına karar verme sürecinde çocuğun bakım ve güvenliğinin güvence altına alınması özellikle konumuz bakımından önem taşıyan bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira menşe ülkesi dışında, kendisi ve/veya ailesinin ülkeden gönderilmesi söz konusu olan çocukların, değerlendirme devam ederken bakım ve güvenliğinin sağlanması, ÇHS’nin genel ilkelerinden biri olan yaşama

⁸⁹ **AA (unattended children) Afghanistan v. SSHD**, CG [2012] UKUT 00016 (IAC), 06.01.2012, para. 117; **AA (Afghanistan) v SSHD**, UKSC 40, 24.07.2015, para. 21; **HK (Afghanistan) v SSHD**, EWCA Civ 315, 16.03.2012, para. 34; **DS (Afghanistan) v. SSHD**, [2011] EWCA Civ 305, United Kingdom: Court of Appeal (England and Wales), 22.03.2011, para. 14.

⁹⁰ **Abay et. al v. Ashcroft**, 368 F.3d 634, United States: Court of Appeals for the Sixth Circuit, 19.05.2004, s. 10.

⁹¹ **Canada (MCI) v. Patel**, 2008 FC 747, [2009] 2 F.C.R. 196, 17.06.2008, para. 11.

⁹² U.S. Department of Justice Immigration and Naturalization Service(INS), Guidelines For Children's Asylum Claims, 10.12.1998,(INS, Guideline) <<https://www.refworld.org/docid/3f8ec0574.html>>, (10.05.2020), s. 20; United States Citizenship and Immigration Services (USCIS), Refugee, Asylum, and International Operations (RAIO) Combined Training Program, Children's Claims, <https://www.uscis.gov/sites/default/files/files/nativedocuments/Childrens_Claims_LP_RAIO.pdf>, (E.T. 10.05.2020), s. 42.

⁹³ **HOME OFFICE**, Processing Children's Asylum Claims, 15.08.2019, <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/825735/children_s-asylum-claims-v3.0ext.pdf>, (E.T. 10.05.2020), s. 38.

ve gelişme hakkının bir gereğidir. Bu nedenle değerlendirme süresince çocuğun güvenliği, yeme-içme, sağlık hizmetlerine erişimi başta olmak üzere gelişiminin devamını sağlayacak önlemlerin alınması zorunludur. Tutukluluk ve gözetim altında tutma tedbirlerinin uygulanmasında çocuğun ihtiyaçları ve içinde bulunduğu somut koşullar dikkate alınmalıdır. Çocuğu özgürlüğünden mahrum bırakacak tedbirlere, gerektiği durumlarda, ancak son çare olarak başvurulmalıdır.⁹⁴

B. Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin Yorumlayıcı Etkisi

Çocuk Hakları Komitesi, çocuğun yüksek menfaati ilkesinin, çocuğa ilişkin her durumda çerçeve kabul edilmesi gereğine işaret ederek özellikle bir hükmün veya bir durumun yeterince açık olmaması, birden çok anlama gelmesi halinde, çocuğun yüksek menfaati açısından en uygun olan yorumun seçilmesini önermiştir.⁹⁵ Bu hususta Sözleşme ve İhtiyari Protokollerinde yer alan haklar da yorum için gerekli çerçeveyi sunmaktadır. Çocuğun yüksek menfaatini konu alan ÇHS md. 3(1), diğer tüm haklara zemin oluşturduğundan dolayı doktrinde “*şemsiye hüküm (umbrella provision)*” olarak değerlendirilmektedir.⁹⁶ Belirtmek gerekir ki çocuğun yüksek menfaati ilkesinin yorumlayıcı niteliği yalnızca ÇHS’de yer alan hükümlerle sınırlı bir geçerlilik alanına sahip değildir. Uluslararası hukukun emredici ilkesi⁹⁷ olarak çocuğun yüksek menfaati ilkesi, çocuklarla ilgili her durumda uygulanması söz konusu olan bir hükmün

⁹⁴ CRC, *General comment No. 6 (2005): Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin*, 01. 09. 2005, CRC/GC/2005/6, (General Comment No. 6.) <<https://www.refworld.org/docid/42dd174b4.html>>, (E.T. 16.05.2020), para. 61.

⁹⁵ General Comment No. 14, para. 6(b).

⁹⁶ MCADAM, J.: *Complementary Protection in International Refugee Law*, (Complementary Protection), New York 2007, s. 177.

⁹⁷ MCADAM, *Seeking Asylum*, s. 251.

yorumlanmasında, belirsiz durumların açıklığa kavuşturulmasında işlerlik kazanmaktadır.⁹⁸

Yabancıların ülkeden gönderilmesine ilişkin olarak çocuğun yüksek menfaatinin yorumlayıcı etkisi büyük önem taşımaktadır. Yaş ayrımı yapılmaksızın getirilen düzenlemelerin çocuk odaklı yorumlanması ve değerlendirilmesi çocuğun yüksek menfaatinin yorumlayıcı etkisinin bir yansımasıdır. Nitekim büyük ölçüde yetişkin deneyimleriyle şekillenen ülkeden uzaklaştırmaya dair uygulama örnekleri, çocuğa özel koşulların gözden kaçırıldığını, çocuk bireylere özel standartların getirilmesinde çocuk odaklı bir değerlendirmenin gerekli olduğunu ortaya koymaktadır.

Konumuz çerçevesinde, çocuğun yüksek menfaatinin yorumlayıcı etkisi, iki şekilde karşımıza çıkmaktadır: Birincisi, Çocuk Hakları Komitesi'nin yaklaşımıyla geleneksel geri gönderme yasağı korumasını çocuğa özel bir forma dönüştürmesi; ikincisi ise çocuğa özel zarar risklerinin dikkate alınması ve çocuğun zayıf konumunun hesaba katılması suretiyle risk değerlendirmesinin çocuk odaklı bir şekilde gerçekleştirilmesidir.

1. Geri Gönderme Yasağının Çocuk Odaklı Tanımlanması

Geri gönderme yasağı, 1951 Sözleşmesi'nde yer aldıktan sonra genel nitelikli insan hakları sözleşmeleri olarak kabul edilen BM İÖS, AIHS ve BM MSHS'den kaynağını alan yaygın bir uygulanma alanına sahip hale gelmiştir. BM İÖS'de açıkça geri gönderme yasağına yer verilmiş olmakla birlikte yasak, AIHS ve BM MSHS açısından içtihat ve yorum yoluyla uygulanmaktadır.⁹⁹ Bu sözleşmeler kişi yönünden kapsamaları itibariyle genel nitelikli insan hakları sözleşmeleri olduğundan dolayı bu düzenlemelerden temel alınarak uygulanan geri gönderme yasağı tüm bireyler için geçerli

⁹⁸ **GOODWIN-GILL, G.S. /HURWITZ, A.:** “‘Memorandum’ in Minutes of Evidence Taken Before the E.U. Committee(Sub-Committee E)”, in House of Lords Select Committee on the E.U.(2002) *Defining Refugee Status and Those in Need of International Protection*, London, The Stationery Office (Oral Evidence Section)

⁹⁹ **ÖZTÜRK,** s. 118.

olmaktadır. Çocuk Hakları Sözleşmesi ise genellikle geri gönderme yasağının uygulanmasında bir kaynak olarak dikkate alınmamaktadır. Bundan dolayı geri gönderme yasağı uygulamasının genellikle çocuklar ile ilişkilendirilmediği ve yetişkin deneyimleri ile şekillendiği görülmektedir. BMMYK ise geri gönderme yasağının uygulanmasında çocuğun karşı karşıya olacağı risklerin çocuklar üzerinde farklı etkiler doğurabileceğine, yasağın uygulanmasında Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin dikkate alınması gerektiğine sıklıkla dikkat çekmektedir.¹⁰⁰

Çocuk Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 6'da ÇHS çerçevesinde geri gönderme yasağını tanımlamış ve devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmesine yönelik standartlar ortaya koymuştur.¹⁰¹ 2017 yılında ise Çocuk Hakları Komitesi ile Tüm Göçmen İşçiler ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunması Komitesi, Ortak Genel Yorum No.3'te bu yükümlülükler sınırdan geri çevirme yasağını da ekleyerek tekrar etmişlerdir:

“46. Komiteler, bazı taraf devletlerin geri göndermeme ilkesinin dar bir tanımına geçerlilik kazandırmayı tercih etmesinden endişe duymaktadır. Sözleşme(ÇHS)'den kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesinde devletler, çocuğu sınırdan geri çevirmeyeceği gibi; çocuğun gönderileceği veya daha sonra gönderileceği ülkede, çocuğun telafisi mümkün olmayan örneğin, yalnızca bunlarla sınırlı kalmamak kaydıyla Sözleşme(ÇHS)'nin 6 ve 37. Maddelerinde sözü edilen gibi, zararlarla karşılaşmasına ilişkin gerçek bir riskin varlığına inanılması için önemli sebeplerin bulunması halinde, çocuğu buralara göndermemelidir. Burada sözü edilen “geri gönderme yasağı ilkesi, sözleşme ile güvence altına alınan hakları ihlal edenin devlet dışı aktörler mi olduğuna, bu

¹⁰⁰ **UNHCR**, Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, <<https://www.unhcr.org/4d9486929.pdf>>, (E.T. 10.05.2020), s. 9, dn. 41. **UNHCR**, BIP Guidelines 2018, s. 77, 84, 102.

¹⁰¹ General Comment No. 6, para. 26- 27.

ihlallerin kasıtlı mı, yoksa belirli fiillerin veya ihmallerin dolaylı sonuçları olarak mı ortaya çıktığına bakılmaksızın her durumda geçerlidir.”¹⁰²

Şu hâlde Çocuk Hakları Komitesi tarafından ortaya konulmuş olan geri gönderme yasağı tanımının esas alınması çocuğun yüksek menfaatinin yorumlayıcı karakterinin bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır. Çocuğun özel ihtiyaçlarını ve çocuğa özel hakları tanıyan ve düzenleyen ÇHS çerçevesinde belirtilen formunun gözardı edilmesi, taraf devletler için ÇHS’den doğan uluslararası yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelebilecektir.¹⁰³ Zira çocuk haklarını düzenleyen temel metin niteliğinde ÇHS’nin resmî yorumlayıcı organı açıkça bir geri gönderme yasağı tanımını yapmış olmasına rağmen, çocuklar söz konusu olduğunda da diğer insan hakları sözleşmelerinin kaynaklık ettiği geri gönderme yasağı standardının uygulanması çocuğun yüksek menfaatine uygun düşmemektedir.¹⁰⁴

Çocuk Hakları Komitesi ise geri gönderme yasağına ilişkin incelemenin çocuğun yüksek menfaati temelinde gerçekleştirilmesini beklemektedir. Bunun anlamı, bir yandan risk değerlendirmesinin çocuk odaklı, çocuğun yaşı ve cinsiyetine duyarlı bir şekilde gerçekleştirilmesi (yorumlayıcı etki)¹⁰⁵ diğer yandan ise çocuğun yüksek menfaatinin öncelikli bir husus olarak idari ve yargısal karar verme süreçlerinin ayrılmaz bir parçası haline getirilmesidir (usuli etki).¹⁰⁶ Çocuk Hakları Komitesi, böyle bir karar verme süreci sonunda çocuğun ülkeden uzaklaştırılması durumunda çocuğun güvende olmasını, kendisine uygun bakımın sağlanmasını ve çocuğun ÇHS’ deki haklarından faydalanmasını güvence altına alacağını öngörmektedir.¹⁰⁷

¹⁰² Joint General Comment No. 3, para. 46.

¹⁰³ **POBJOY, J.:** The Child in International Refugee Law (The Child), London 2017, s. 191.

¹⁰⁴ **POBJOY,** The Child, s. 191.

¹⁰⁵ *Z.H. ve A.H. v. Denmark*, CRC/C/82/D/32/2017, (CRC: Z.H. ve A.H v. Denmark) ,para. 8.5.

¹⁰⁶ Joint General Comment No. 3, para. 30.

¹⁰⁷ Joint General Comment No. 3, para. 29, 33.

Çocuk Hakları Komitesi'nin, geri gönderme yasağını, çocuğun yüksek menfaati değerlendirmesinde çocuğun ülkeden gönderilmesini önleyen bir eşik olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır. Örneğin Komite'nin geri gönderme yasağı ile çocuğun yüksek menfaati ilkelerini birlikte değerlendirmiş olduğu *Z.H. ve A.H. v. Denmark*¹⁰⁸ başvurusunda, Danimarka' da sığınma başvuruları reddedilen ve 4 yıldır Danimarka'da yaşayan bir çift, haklarında ülkeden uzaklaştırma kararı verilmesi üzerine çocukları adına Çocuk Hakları Komitesi'ne başvurmuş ve menşe ülkeleri Arnavutluk'a gönderildikleri takdirde aile arasındaki kan davası nedeniyle çocuklarının fiziksel, psikolojik ve ruhsal olarak zarar göreceğini ve ülkeden uzaklaştırılmalarına ilişkin kararın uzun yıllardır Danimarka'da yaşayan ve orada eğitim gören çocuklarının yüksek menfaatlerine uygun olmayacağını ve ÇHS md. 3'e aykırılık oluşturacağını iddia etmişlerdir.

Taraf devlet başvuruya şu şekilde yanıt vermiştir:

“6.6, Göç Temyiz Kurulu 18 Temmuz 2018 tarihli kararında, Yabancılar Yasası'nın 9 (c) (1) maddesinin, Danimarka'da oturma izni olmayan uzun bir süre kalan kişilere oturma izni verilmesi için genel bir hak sağlamadığını kaydetmiştir. Başvurucuların çocuklarının Danimarka'daki ilkokula, anaokuluna gittikleri, Danimarka dili konuştukları ve Danimarka'da arkadaş çevresine sahip olmalarının oturma izni verilmesine yol açamayacağı düşünülmüştür. Temyiz kurulu, çocukların Danimarka ile bazı bağlar kurmuş olabileceğini dikkate aldığını, ancak, ailenin Danimarka'ya gelişlerinden bu yana, çeşitli yerel yargılama süreleri boyunca sadece geçici oturma izinlerine sahip olduğu düşünüldüğünde bu durumun, tek başına Yabancılar Yasası'nın 9 (c) (1) uyarınca başvurularda oturma izni verilmesini gerektirmediğini tespit etmiştir. Bu

¹⁰⁸ CRC: Z.H. ve A.H. v. Denmark.

nedenle, çocuğun yüksek menfaati ilkesini göz önünde bulundurarak, başvuruçuların oturma izni başvurusunu reddetmenin Danimarka'nın uluslararası yükümlölüklerine aykırı olmadığını tespit etmiştir.”

Bunun üzerine Komite şu sonuca ulaşmıştır:

“8.5 Komite, bireylerin uzaklaştırılacağı devlette telafi edilemez zarara ilişkin gerçek bir riskin var olup olmadığının çocuğun yaşına ve cinsiyetine duyarlı bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğini hatırlatır; Çocuğun yüksek menfaatinin, çocuğun ülkeden uzaklaştırılmasına ilişkin kararların, çocuğun ülkeden gönderildiği takdirde güvende olmasını ve kendisine uygun bakımın sağlanmasını ve haklarından faydalanmasını sağlayacak bir prosedür uyarınca alınması gerektiğine dikkat edilmelidir. Bir çocuğun ülkeden gönderilmesine ilişkin herhangi bir idari veya adli karar verme sürecinin ayrılmaz bir parçası olarak çocuğun yüksek menfaati açıkça güvence altına alınmalıdır.

8.7 Mevcut davada, Komite, Göçmenlik Temyiz Kurulunun 18 Temmuz 2018 tarihli kararında, ailenin ikamet başvurusuna karar verirken **çocukların yüksek menfaatlerini açıkça göz önünde bulundurarak, sağlık ve eğitim durumları, Danimarka'yla olan bağları dahil olmak üzere çocukların kişisel koşullarını kapsamlı bir şekilde değerlendirdiğini** kaydeder. Komite, başvuruçuların, Kurul tarafından varılan sonuçlara katılmamalarına karşın, Kurulun başvuruçular tarafından sunulan olguları ve delilleri açıkça keyfi veya başka türlü adaletin tesis edilmesinden kaçınma şeklinde değerlendirdiğini de göstermemiştir.

Ayrıca başvuruçular, Arnavutluk'a döndükten sonra çocuklarının Sözleşme'de yer alan haklarına telafi edilemez bir zarar geleceğine dair gerçek, spesifik ve kişisel bir riskin varlığını gerekçelendiren hiçbir argüman da sunmamışlardır. (...)

Yukarıdakilerin tümü ışığında, Komite başvurucuların Arnavutluk'a döndüklerinde çocuklarının haklarına telafi edilemez bir zarar geleceğine dair gerçek, spesifik ve kişisel bir riskin varlığını gerekçelendiremediklerini düşünmektedir. Bu nedenle Komite, başvurunun bu kısmının yeterince desteklenmediğini ve Protokol'ün 7 (f) maddesi uyarınca kabul edilemez olduğunu düşünmektedir.”

2. Çocuk Odaklı Risk Değerlendirmesi

Geri gönderme yasağının çocuğa özel tanımlanmasının yanı sıra yasağın uygulanmasında ve çocuğa ilişkin risk değerlendirmesinin yapıldığı her durumda çocuğun yüksek menfaatinin yorumlayıcı etkisi göze çarpmaktadır. Çocuk Hakları Komitesi, geri gönderme yasağına ilişkin açıklamalarında çocuğa özel bir değerlendirme yapılmasının altını çizmiştir¹⁰⁹:

“27(...) Bu tür ciddi ihlallerin oluşturduğu riskin değerlendirilmesi yaşa ve cinsiyete duyarlı biçimde yapılmalı ve bu arada gıda yardımlarının ve sağlık hizmetlerinin yetersizliğinin çocuklar açısından doğurabileceği ciddi sonuçlar da hesaba katılmalıdır.”

Yabancı yerel mahkeme kararları incelendiğinde, ailesiyle birlikte olan çocuklar bakımından bireysel değerlendirmenin gerçekleştirilmesine dair yakın zamanda gelişmeler görülmeye başlanmıştır. TUITT bu gelişimin sebebinin refakatsiz çocukların sayısının artması olarak göstermektedir.¹¹⁰ Bunun etkisiyle risk değerlendirmesinin çocuk odaklı yapılmasının da önünün açıldığını söylemek mümkündür. BMMYK, mülteci

¹⁰⁹ General Comment No. 6, para. 27.

¹¹⁰ TUITT, s. 154.

tanımına ilişkin kriterlerin yetişkin deneyimleri ışığında uygulandığını ve bu durumun çocuklar için mülteci taleplerinin yanlış değerlendirilmesine sebep olduğunu farklı zamanlarda ifade etmiştir.¹¹¹ Mülteci statüsü belirleme işlemleri de bir risk değerlendirmesi süreci içerdiğinden dolayı, çocuğa ilişkin taleplerin yanlış değerlendirilmesine yol açan bu hususun; geri gönderme yasağının işlerlik kazanıp kazanmadığının tespitinde ve diğer risk değerlendirme süreçlerinde de yol gösterici olduğu düşünülebilir. BMMYK'nın konuya ilişkin uyarılarının özellikle zulüm kavramının yaş odaklı değerlendirilmesi ve çocuğa özel zulüm türlerinin dikkate alınması etrafında yoğunlaştığı görülmektedir.¹¹² Zira çocuklar, zayıf ve hassas yapıda olmalarından dolayı yetişkinler için zulüm teşkil etmeyebilecek bazı fiiller çocuklar üzerinde ciddi sonuçlar doğurabilmektedir.¹¹³ Bu tür durumlarda yaş odaklı değerlendirme oldukça önemlidir.

Her ne kadar konuya ilişkin uygulama yetişkin odaklı gelişim göstermiş olsa da son yıllarda yabancı ülkelerde, karar mercilerinin başvuranın yaşını dikkate almaya ve risk değerlendirmesini yaş odaklı gerçekleştirmeye başladığı görülmektedir.¹¹⁴ Çocuk Hakları Komitesi ve BMMYK, çocuğun yüksek menfaati ilkesinin, zararın çocuk açısından değerlendirilmesini gerektirdiğinden söz etmektedir. Bu değerlendirme, çocuğun haklarının veya menfaatlerinin, söz konusu zarardan nasıl etkilendiği veya etkileneceğine dair bir analizi içerebilmektedir. BMMYK El Kitabında ifade edildiği üzere her başvurunun koşullarının gösterdiği farklılık nedeniyle, neyin zulüm teşkil

¹¹¹ **UNHCR**, Kılavuz İlkeler, para. 1.

¹¹² 1951 sözleşmesi çerçevesinde çocuk mültecilerin talepleri, elbette, mülteci tanımının kriterlerinin tamamı bakımından yetişkinlerden farklılık gösterecektir. Fakat araştırma sorumuza cevap bulabilmek açısından çocuğun yüksek menfaatinin yorumlayıcı karakterinin etkisini, zulüm kavramı üzerinden ve bununla sınırlı olarak göstermek uygun görülmüştür.

¹¹³ **UNHCR**, Guidelines on Policies and Procedures in Dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum, February 1997, <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b3360.html>>, (E.T. 06.05.2020), para. 8(6).

¹¹⁴ **Liu v. Ashcroft**, 380 F.3d 307, United States: Court of Appeals for Seventh Circuit, 17.08.2004, para. 314; **Kim v. Canada (MCI)**, 2010 FC 720, 30.06.2010, para. 61.

edeceğine dair yorumların da değişiklik göstermesi kaçınılmazdır.¹¹⁵ Nitekim bir yetişkin söz konusu olduğunda zulüm düzeyine çıkmayabilen kötü muamele, yaş, olgunluk ve gelişme düzeyleri itibariyle daha hassas ve savunmasız konumundan dolayı çocuk söz konusu olduğunda zulüm şeklini alabilmektedir.¹¹⁶ Fiillerin ciddiyetini ve bunların çocuk üzerindeki etkisini doğru bir şekilde değerlendirebilmek için her bir somut olayın koşullarının incelenmesi ve söz konusu çocuğa yönelik bir eşik belirlenmesi gereklidir.¹¹⁷

Bununla birlikte, BMMYK Yürütme Komitesi, 2007 yılında, zulmün çocuklara özgü şekillerinin olabileceğini de kabul etmiştir.¹¹⁸ BMMYK Yürütme Komitesi, çocuk yaşta askere alma, çocuk kaçakçılığı ve kadın sünnetini (*female genital mutilation-FGM*) çocuğa özgü zulüm şekilleri arasında saymıştır. Bunların yanı sıra aile içi şiddet ve istismar, zorla veya küçük yaşta evlendirme, zorla çalıştırma, çocuk pornografisi, çocuk işçiliğini de çocuğa özgü zulüm çeşitleri arasında saymak mümkündür. Bununla birlikte her ne kadar henüz içtihadı çok fazla yansıtmamış olsa da gelişmiş bazı ülkelerin uygulamalarında, son yıllarda bu hususa ilişkin gelişmeler de dikkat çekmektedir. Kanada¹¹⁹, Birleşik Krallık¹²⁰ ve ABD'nin¹²¹ yerel düzeyde yayınlamış olduğu

¹¹⁵ **UNHCR**, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, April 2019, HCR/1P/4/ENG/REV. 4, (Handbook 2019), <https://www.refworld.org/docid/5cb474b27.html>, (E.T. 06.05.2020), para. 52.

¹¹⁶ **UNHCR**, Handbook 2019, para. 4-5. Ayrıca Avustralya Yüksek Mahkemesi bir kararında şuna hükmetmiştir : “Ebeveynlerin durumunda kanunların ve genel prosedürlerin uygulanması olarak kabul edilebilecek (önlemler), çocuk söz konusu olduğunda zulüm teşkil edebilir”, Chen Shi Hai v. MIMA , [2000] HCA 19, 13.04.2000, para. 79.

¹¹⁷ **UNHCR**, Kılavuz İlkeler, para. 15

¹¹⁸ **UNHCR**, Executive Committee of the High Commissioner’s Programme, “Conclusion on Children at Risk, No. 107 (LVIII)- 2007 Executive Committee 56th session, A/AC.96/104, 05.10.2007, <https://www.unhcr.org/excom/exconc/4717625c2/conclusion-children-risk.html>, (E.T. 06.05.2020).

¹¹⁹ Chairperson Guideline 8: Procedures With Respect to Vulnerable Persons Appearing Before the IRB, Guideline issued by the Chairperson pursuant to paragraph 159(1)(h) of the Immigration and Refugee Protection Act, 15.12.2012, <https://irb-cisr.gc.ca/en/legal-policy/policies/Pages/GuideDir08.aspx>, (E.T. 10.05.2020).

¹²⁰ **HOME OFFICE**, s. 40.

¹²¹ **INS**, Guideline, s. 36-40.

rehberlerde çocuğa özel zulüm çeşitlerine dikkat edilmesine dair uyarılara yer verildiği görülmektedir.

C. Asli Hak Etkisi

Çocuk Hakları Komitesi, herhangi bir konuda karara varmak üzere farklı menfaatlerin göz önünde bulundurulması halinde, çocuğun yüksek menfaatinin tespit edilerek öncelikle gözetilmesi; belirli bir çocuğa, bir grup çocuğa veya genel olarak çocuklara ilişkin bir karar alınacaksa, bu hakkın mutlaka güvence altına alınması gerektiğini ifade etmektedir. Zira bu yönüyle çocuğun yüksek menfaati, taraf devletlere asli bir yükümlülük getirmektedir.

Çocuk Hakları Komitesi, Sözleşmenin 3.maddesinin 1.fıkrasında düzenlenmiş olan çocuğun yüksek menfaati ilkesinin doğrudan uygulanabilir nitelik taşıdığını; bunun doğal bir sonucu olarak, mahkemelerde de doğrudan atıfta bulunulabileceğini ifade etmektedir.¹²²

Bir uluslararası sözleşmenin veya uluslararası sözleşmede yer alan bir hükmün, doğrudan uygulanabilir (*self executing*) nitelikte olması, o hükmün ulusal yasa koyucu tarafından ayrıca bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaksızın iç hukukun bir parçası olabileceği anlamına gelmektedir.¹²³

Dolayısıyla Çocuk Hakları Komitesi'nin, çocuğun yüksek menfaati ilkesini konu alan Sözleşmenin 3. Maddesinin 1. Fıkrası hükmüne doğrudan uygulanabilir nitelik tanınmasından yola çıkılarak söz konusu kuralın iç hukuklarda ayrıca tanınmasına gerek olmaksızın mahkemelerde doğrudan talep edilebileceğini söylemek mümkündür.

¹²² General Comment No. 14, para.

¹²³ **AYBAY, R.:** "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", TBB Dergisi, 2007, S. 70, s. 187-213, s. 206; **GÜNGÖR, G.:** "Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin Bazı Hükümlerinin 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu Üzerindeki Etkisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 63, S. 3, s. 479-508, s. 483.

Üç boyutlu bir kavram olmasının bir sonucu olarak çocuğun yüksek menfaati, karar verme sürecinin tamamına etki etmektedir. Asli bir hak olarak çocuğun yüksek menfaati, yabancıların ülkeden gönderilmesine karar verme sürecinde yorumlayıcı ve usuli karakterinin gerektirdikleri ile birlikte, çocuğun yüksek menfaatinin öncelikle gözetilmediğinin ileri sürülmesine ilişkin bir hak sağlamaktadır. Geri gönderme yasağı ise çocuğun yüksek menfaati ile birlikte koruma sağlamakta; çocuğun yüksek menfaati değerlendirmesi içerisinde bir eşik olarak varlık göstermektedir. Yabancı yerel mahkeme kararlarında son yıllarda yansıma bulmuş olan bu yaklaşım, çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıntılı bir şekilde ortaya koyulacaktır.



İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI HUKUKTA

ÇOCUĞUN YÜKSEK MENFAATİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. Çocuğun Yüksek Menfaatinin Değerlendirilmesi Gerekliği

A. Çocuğun Yüksek Menfaatinin Öncelikle Gözetilmesi Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi Bakımından

ÇHS md. 3(1)' in metninde, '*çocuğun yüksek menfaati, öncelikle gözetilecek olan bir düşünce olmalıdır.*' ifadesine yer verilmiştir.¹²⁴ Söz konusu hükümde gereklilik ifade eden '*olmalıdır (shall be)*' sözcüğü, taraf devletlere mutlak bir yükümlülük getirmektedir.¹²⁵ Yani çocuğu ilgilendiren herhangi bir husus hakkında karar verilirken çocuğun yüksek menfaatinin öncelikle gözetilmesi konusunda herhangi bir takdir yetkisi söz konusu değildir. Başta Çocuk Hakları Sözleşmesi olmak üzere, çeşitli uluslararası hukuk metinlerinde, çocukları ilgilendiren bütün işlemlerde, çocuğun yüksek menfaatinin öncelikle gözetileceği kabul edilmekte; ne var ki herhangi bir uluslararası sözleşmede çocuğun menfaatlerinin öncelikle gözetilmesinin ne anlama geldiğine dair rehber bir hükme rastlanamamaktadır.

ÇHS md. 3(1)'e göre çocuğun menfaatlerine, diğer menfaatlere göre daha yüksek bir değer atfedilmekteyse de kural olarak çocuğun menfaatleri, öncelikle gözetilecek nitelikte, somut olaya ilişkin tüm menfaatlerden biri (*a primary consideration*) olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla çocuğun yüksek menfaati, kural olarak, diğer menfaatleri kendiliğinden (otomatikman) aşabilecek bir güce sahip kılınmamıştır. Diğer menfaatleri aşacak güçte olup olmadığının tespiti ise ancak değerlendirme sürecinin

¹²⁴ “ (...) *the best interests of the child shall be a primary consideration.*” Resmî Türkçe çevirisi ile bizim çevirimiz arasındaki farklılık hakkındaki açıklamalarımız için bkz. yuk. dn. 12.

¹²⁵ General Comment No. 14, para. 36.

gerçekleştirilmesiyle mümkün olabilmektedir. Bundan dolayı çocuğun yüksek menfaatinin öncelikle gözetilmesi, çocuk üzerinde önemli etkiler doğuracak kararlar alınacağı durumlarda, çocuğun yüksek menfaatinin belirlenmesinden daha kapsamlı bir süreci kapsamakta ve “çocuğun yüksek menfaatinin değerlendirilmesi” olarak adlandırılmaktadır.¹²⁶ Çocuğun yüksek menfaatinin değerlendirilme süreci, çocuğun menfaatlerinin tespitinin ardından konuya ilişkin diğer menfaatler ortaya koyularak diğer menfaatlerin çocuğun menfaatlerini aşıp aşmayacağına karar verilmesini içermektedir.¹²⁷ Dolayısıyla, çocuğun menfaatlerinin öncelikle gözetildiği bir karar verme süreci işletebilmek için “çocuğun yüksek menfaatinin belirlenmesi” ve “diğer menfaatlerle dengelenmesi” aşamalarını içeren bir “değerlendirme” sürecine ihtiyaç bulunmaktadır.

Çocuğun yüksek menfaatinin öncelikle göz önünde tutulması; yalnızca çocuğun menfaatlerinden söz etmekten ibaret değildir. Bunun ötesinde, çocuğu ilgilendiren hususlara ilişkin tüm menfaatlerin göz önünde tutulması suretiyle detaylı ve titiz bir değerlendirmeyi gerektirmektedir.¹²⁸ AIHM de kararlarında bu hususa dikkat çekmektedir.¹²⁹ Böyle bir yaklaşım, çocuk için kalıcı çözümler bulunmasını kolaylaştırmakta;¹³⁰ kalıcı çözümlerin bulunması ise yalnızca belirli bir andaki menfaatlerin değil; uzun vadede çocuğun menfaatlerinin gerçekleştirilmesini sağlamaktadır. Çocuk Hakları Komitesi, ülkeden uzaklaştırmaya ilişkin karar alma sürecinin çocuğun yüksek menfaati ilkesine uygun bir şekilde yürütülmesinin, çocuğun

¹²⁶ General Comment No. 14, para. 48.

¹²⁷ General Comment No. 14, para. 80.

¹²⁸ **ALSTON**, s. 13; **MCADAM**, Complementary Protection, s. 178; Kanada Yüksek Mahkemesi’nin Baker v.Canada kararında da aynı yönde açıklamalar yer almaktadır. Baker v. Canada (MCI), [1999] 2 S.C.R. 817, 09.07.1999.

¹²⁹ ECtHR- Rahimi v. Greece, App. No. 8687/08, 05.04.2011.

¹³⁰ **IOM et al.**, s. 9.

güvende olmasını, kendisine yeterli bakımın sağlanmasını ve ÇHS’ de yer alan haklardan faydalanmasını güvence altına alacağını ifade etmektedir.¹³¹

Çocuğun yüksek menfaatinin değerlendirilmesi, başta Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK)¹³², Uluslararası Kızıl Haç Komitesi,¹³³ Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komisyonu¹³⁴ olmak üzere dünyada insan hakları alanında faaliyet gösteren çok sayıda uluslararası kuruluş tarafından özellikle üzerinde durulan bir husustur.

B. Evrensel Bir Uygulamaya İmkân Sağlanması Bakımından

Çocuğun yüksek menfaati, kavramsal olarak belirsizdir¹³⁵; bu kavramın içeriği, onu değerlendirecek olan kişilerin subjektif değer yargılarından etkilenebilmektedir.¹³⁶ Bu durum, *çocuğun menfaatlerinin üstün konumu* hakkında aynı fikirde olan çok sayıda devletin, *hangi tür muamelenin çocuğun menfaatine olacağı* veya *çocuğun menfaatinin diğer menfaatler karşısında değeri* hususunda farklı yönde değerlendirmelerde bulunmasına sebep olabilmektedir. Oysa çocuğun yüksek menfaati kavramı evrensel nitelikte ve tüm dünyadaki çocuklar bakımından işlerlik kazanan bir uluslararası hukuk ilkesidir.¹³⁷ Dolayısıyla dünyada farklı kültüre sahip toplumlarda da aynı şekilde uygulanması beklenmektedir. Bu noktada kültürel rölativizm tartışmaları gündeme

¹³¹ Joint General Comment No. 3, para. 33; ayrıca bkz. UNHCR, BIP Guidelines 2018, s. 32.

¹³² UNHCR, BIP Guidelines 2018.

¹³³ INTER-AGENCY, Inter-Agency Guiding Principles on Unaccompanied and Separated Children, January 2004, <<https://www.refworld.org/docid/4113abc14.html>>, (E.T.11.05.2020)

¹³⁴ Council of Europe, “The Principle Of The Best Interests Of The Child – What It Means And What It Demands From Adults”, 30.05.2008, CommDH/Speech(2008)10, <https://rm.coe.int/16806da95d>, (E.T. 10.05.2020).

¹³⁵ Genel Yorum No. 14 yayınlanmadan önce konuya ilişkin kaynaklarda kavramın belirsiz niteliği eleştirilmektedir. ALSTON, s. 4-5; TUITT, s. 152; PARKER, S: ‘The Best Interests of the Child-Principles and Problems’ in Alston P (ed): The Best Interests of The Child: Reconciling Culture and Human Rights, Oxford 1994; DETRICK, s.179;

¹³⁶ Kültürel ve dini normların karar verme sürecinde etkili olabileceğine dair risklerin bulunduğu ilişkin olarak bkz. FREEMAN, s. 2.

¹³⁷ MCADAM, Seeking Asylum, s. 251.

gelmektedir.¹³⁸ Evrensel bir uygulamaya zemin hazırlamak için çocuğun yüksek menfaati ilkesinin toplumsal ve kültürel normlarla uzlaştırılması oldukça önemli görülmektedir.¹³⁹

Toplumsal ve kültürel farklılıklara sahip olan toplumların çocukluk imgesi ve çocuğun menfaatleri konularında birbirinden farklı anlayışlara sahip olmaları, evrensel düzeyde kabul görmüş çocuğun yüksek menfaati ilkesinin farklı toplumlarda farklı içeriğe sahip olarak uygulanmasına yol açması; aynı şartlar içerisinde fakat farklı ülkelerde yaşayan çocukların Çocuk Hakları Sözleşmesi karşısında farklı muamele görmeleri riski söz konusu olabilmektedir.¹⁴⁰ Örneğin ülkeden gönderilmelerine karar verilmesi aşamasında, çocuğun, halihazırda bulunduğu ve gönderilmesi düşünülen ülkedeki menfaatleri ile devletin menfaatlerine atfedilen anlam, karar verici konumda bulunan kişilerin toplumsal, kültürel ve hatta ekonomik ve politik değerlere yaklaşımlarına göre değişkenlik gösterebilecektir.

Çocuğun yüksek menfaatinin öznel nitelikte olması, karar verici konumda bulunan kişi ve makamlara belirli bir takdir alanı bırakmaktadır.¹⁴¹ Fakat karar verici konumda bulunan kişinin öznel yargıları, içinde bulunduğu toplumdan etkilendiğinden dolayı bu takdir marjının sınırlarının belirlenmesi de önem taşımaktadır. Çocuk Hakları Komitesi, bu sınırı, '*Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde yer alan tüm hak ve özgürlüklerin çocuğa sağlanması*' olarak belirlemiştir.¹⁴² Nitekim çocuğun yüksek menfaatinin değerlendirilmesi, çocuğun bütünsel gelişimi ile ÇHS'de öngörülen hak ve

¹³⁸ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **FREEMAN**, s. 33 vd.

¹³⁹ **FREEMAN**, s. 33.

¹⁴⁰ **ALSTON**, s. 5.

¹⁴¹ **ALSTON**, s. 20.

¹⁴² General Comment No. 14, para. 82; Şiddetin her biçiminden korunmayla ilgili CRC, General comment No. 13 (2011): The right of the child to freedom from all forms of violence, 18.04.2011, CRC/C/GC/13, para. 61, (General Comment No. 13), <https://www.refworld.org/docid/4e6da4922.html>, (E.T. 09.12.2019).

özgürlüklerden eksiksiz bir biçimde faydalanmasını amaçlamaktadır.¹⁴³ Çocuk Hakları Komitesi' nin belirlemiş olduğu parametreler dikkate alındığında ÇHS tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlükler ile çocuklara sağlanan özel korumanın, Viyana Sözleşmesi¹⁴⁴ md. 31(1)(2)¹⁴⁵ e uygun bir yorumla “yüksek menfaat” kavramının sınırlarını oluşturduğunu söylemek mümkün olacaktır.

C. Çocuk İçin Kalıcı Çözümlerin Bulunması Bakımından

Çocuğun yüksek menfaati konseptinin dinamik ve esnek yapısı, belirli koşulların varlığı halinde çocuğun menfaatlerinin ne olduğuna ilişkin tanımlayıcı ve belirleyici bir kural sunulmasına müsaade etmemektedir.¹⁴⁶ Kavramın bu niteliği, kişisel durum, koşullar ve ihtiyaçlar dikkate alınarak ilgili çocuğun ve/veya ailesinin özel durumuna göre somut olay temelli, değişen koşulların dikkate alındığı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir.

Değerlendirmenin somut olaya bağlı olarak her bir çocuğun bireysel özellikleri gözetilerek yapılması¹⁴⁷, refakatsiz olma, cinsel istismar mağduru olması, engellilik halinin bulunması gibi münferit koşulların her çocukta aynı etkiye sebep olmamasından da kaynaklanmaktadır. Bundan dolayı, değerlendirme esnasında, bireysel ve çevresel faktörlerin çocuk üzerinde psikolojik ve fiziksel etkisi de dikkate alınmalıdır. Nitekim her

¹⁴³ General Comment No. 14, para. 4.

¹⁴⁴ 1969 Vienna Convention on International Treaties, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, s.331. Sözleşme 27.01.1980 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b3a10.html>>, (E.T. 11.05.2020)

¹⁴⁵ Viyana Sözleşmesi md. 31(1): “Bir andlaşma, hükümlerine andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.” Viyana Sözleşmesi md. 31(2): “Bir andlaşmanın yorumu bakımından, (andlaşmanın) bütünü, girişini ve eklerini içine alan metne ilaveten, aşağıdakileri kapsar: a - andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bütünü taraflar arasında yapılmış olan andlaşmayla ilgili herhangi bir anlaşma; b - andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bir veya daha fazla tarafça yapılan ve diğer taraflarca andlaşmayla ilgili bir belge olarak kabul edilen herhangi bir belge.”

¹⁴⁶ Kanada Yüksek Mahkemesi, bir kararında bu hususu şöyle açıklamıştır: “Çocuğun menfaatlerine etki edebilecek olan çok sayıda faktörün varlığı, belirsizliği kaçınılmaz hale getirir. (Çocuğun menfaatlerine ilişkin) daha kesin bir test, çocuğun menfaatlerini, (kavramın) kesinliğine feda etme riskini doğurabilir.” Gordon v Goertz [1996] 2 SCR 27, 02.05.1994, para. 20.

¹⁴⁷ INTER-AGENCY, s. 120.

olumsuz koşul, bütün çocuklarda aynı derecede yıpratıcı etki göstermeyeceği gibi; ilk bakıldığında güçlendirici gibi görülen bazı hususlar da her çocuk üzerinde olumlu etkiler doğurmayabilir. Çocuk Hakları Komitesi de belirli bir güçlük içindeki çocuğun yüksek menfaatlerinin, aynı güçlük durumu içindeki tüm çocukların yüksek menfaatleri ile aynı olmayacağını; her bir çocuğun içinde bulunduğu koşulların, çocuğun kendine has özellikleri ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.¹⁴⁸

Öte yandan Çocuk Hakları Komitesi, çocuğun yüksek menfaatinin, dinamik bir kavram olarak görmektedir.¹⁴⁹ Bir kavramın dinamik olması, değişen şartlardan etkilenmesi ve o şartlara göre yeniden şekil alabilmesi anlamına gelmektedir. Kavrama dinamik niteliğini veren özelliği, kavramın '*menfaat*' lere yönelik olmasıdır. Değişen koşullar, diğer menfaatlere göre daha üstün görülen '*yüksek*' menfaatlerine etki edecek; menfaatlerin her somut olayda ayrıca ele alınmasını ve bu menfaatlere ağırlık verilmesini gerektirecektir.¹⁵⁰ Nitekim belirli herhangi bir durum veya zamanda çocuk için neyin en iyisi olduğunu tespit etmek, çocuğun menfaatlerini gerçekleştirmeyecektir. Bunun yerine kavramın dinamik niteliğini göz önünde tutarak; şahsi ve çevresel faktörlere göre değişkenlik gösterebilecek esnek bir çerçeve sunmak çocuğa kalıcı çözümler sunmak bakımından daha uygun bir yaklaşım olacaktır. Çocuğun yüksek menfaatinin değerlendirilmesiyle çocuk için kalıcı çözümler sunulmasına imkân veren bir karar verme süreci gerçekleştirilebilecektir.

D. AİHM İçtihatlarına Uyum Sağlanması Bakımından

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' nde (AİHS) çocuk hakları, genel insan haklarının bir parçası olarak görülmüş; ayrıca düzenlenmemiştir.¹⁵¹ Buna karşılık

¹⁴⁸ General Comment No.14 para. 76.

¹⁴⁹ General Comment No. 14, para. 11.

¹⁵⁰ General Comment No. 14, para. 1.

¹⁵¹ **Uluslararası Çocuk Merkezi**, AİHM ve Çocuk Hakları Kararları(Türkiye), Ankara 2019, s. 3.

toplumsal gelişmelere ayak uyduran bir yorum yolu geliştirerek AİHS' in yaşayan bir belge¹⁵² olmasını sağlayan AİHM, taraf devletlerce kabul edilmiş olan ortak standartları ve önündeki davaya ilişkin uluslararası hukuk belgelerinde yer alan temel ilkeleri dikkate almaya özen göstermektedir. AİHS'e taraf devletlerin tamamı aynı zamanda ÇHS' yi de onaylamış olduğundan AİHM, kararlarında ÇHS ve diğer insan hakları belgelerinde yer alan temel ilkeleri göz önünde tutmaktadır. Bundan dolayı taraf devletlerin, yerel makamlar nezdinde gerçekleştirilen tüm işlemlerinde bu hususa dikkat etmeleri zorunluluğu doğmaktadır. AİHM, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* kararında bu hususu şu şekilde ifade etmiştir:

*“Sözleşme(AİHS),(...)uluslararası hukukun genel ilkeleri ile uyumlu olarak yorumlanmalıdır. (...)Taraflar arasındaki ilişkilerde uygulanabilecek ilgili uluslararası hukuk kuralları ve özellikle insan haklarının korunmasına ilişkin kurallar dikkate alınmalıdır(...)”*¹⁵³

AİHM, AİHS md.1 gereğince¹⁵⁴ taraf devletlerin yetkisi altında bulunan herkesin AİHS' te yer alan hak ve özgürlüklerden faydalanmasını güvence altına almak üzere önüne gelen başvuruları titizlikle inceleyip karara bağlamaktadır. Her ne kadar AİHS kapsamında çocuk haklarına dair özel bir hüküm bulunmuyor olsa da çocuklara ilişkin ihlal iddiası içeren başvurularda, söz konusu iddiaları, çocuğun içinde bulunduğu şartlar; yaş, cinsiyet, anne babasının yanında olması gibi bazı bireysel özellikler ve çocuğun deneyimleri bağlamında değerlendirdiği görülmektedir.¹⁵⁵

¹⁵² ECtHR- Tyrer v. The United Kingdom, App. No. 5856/72, 15.03.1978, para. 31.

¹⁵³ ECtHR- Neulinger And Shuruk v. Switzerland, App. No. 41615/07, 06.07.2010, para. 131.

¹⁵⁴ AİHS md. 1.: “Yüksek Sözleşmeciler Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.”

¹⁵⁵ ECtHR- Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium, App. No. 13178/03, 12.10.2006; ECtHR- Muskhadzhiyeva and Others v. Belgium, App. No. 41442/07, 19.01.2010; ECtHR- Popov v. France, App. No. 39472/07, 39474/07, 19.01.2012; ECtHR- IgnaccoloZenide v. Romania, App. No. 31679/96, 25.01.2000; ECtHR- Schneider v. Germany, App. No. 17080/07, 15.09.2011; ECtHR- Şen v. Netherlands, App. No. 31465/96, 21.12.2001; ECtHR- Jeunesse v. the Netherlands [GC], App. No. 12738/10, 3.10.2014;

AİHM'in yabancıların ülkeden uzaklaştırılmasına ilişkin içtihadında, çoğunlukla AİHS md. 8 kapsamında korunan aile hayatı ve özel hayata saygı hakkına devlet tarafından yapılan müdahalenin haklı bir müdahale olup olmadığına ilişkin değerlendirme kapsamında çocuğun yüksek menfaati ilkesinden söz edildiği görülmektedir. AİHS md. 8'in uygulanmasında, özel hayat ve aile hayatına saygı hakkına müdahale teşkil edebileceği düşünülen konular arasında çocuğun, *sınırdışı etme*, *suçluların iadesi* veya *uluslararası çocuk kaçırma*ya ilişkin başvurular üzerine ülkeden uzaklaştırılmasına ilişkin davalar¹⁵⁶ ile çocuğun ebeveynlerinden birinin ülkeden uzaklaştırılmasına ilişkin davalar¹⁵⁷ bulunmaktadır. Sonuçlarının çocuk üzerinde çok büyük etkileri olacağı öngörülen bu tür eylem ve işlemlere ilişkin başvurularda, AİHM, çocuğun yüksek menfaati ilkesinin çocuğun ve/veya ailesinin ülkeden uzaklaştırılmasına etkisini kabul etmekte; bazı kararlarında ise AİHS md. 8 çerçevesinde devlet tarafından çocuğun yüksek menfaati gözetilmeksizin yapılan bir müdahaleyi orantılı bulmadığını açıkça ifade etmektedir.¹⁵⁸

ECtHR- Anayo v. Germany, App. No. 20578/07, 21.12.2010; ECtHR- Levin v. Sweden, App. No. 35141/06, 15.03.2012; ECtHR- K. and T. v. Finland [GC], App. No. 25702/94, 12.07. 2001.

¹⁵⁶ Çocuğun ülkeden uzaklaştırılmasına ilişkin kararlar için bkz. ECtHR-Maslov v. Austria, App. No. 1638/03, 23.06.2008; ECtHR- A.A. v UK App. No. 8000/08, 20.09.2011; ECtHR- Jakupovic v Austria App. No. 36757/97, 06.02.2003; ECtHR- Radovanovic v Austria App. No. 42703/98, 22.04.2004; ECtHR- Emre v Switzerland App. No. 42034/04, 22.05.2008; ECtHR- Kilic v Denmark App. No. 20277/05, 22.01.2007; ECtHR- Küleki v Austria App. No. 30441/09, 1.06.2017; ECtHR- Neulinger and Shuruk v. Switzerland [GC], App. No. 41615/07, 06.07.2010; ECtHR- X v. Latvia [GC], App. No. 27853/09, 26.11.2013; ECtHR- Vladimir Ushakov V. Russia, App. No. 15122/17, 18.06.2019; ECtHR- Maumousseau and Washington v. France, App. No. 39388/05, 06.12.2007; ECtHR- Rouiller v. Switzerland, App. No. 3592/08, 22.07.2014.

¹⁵⁷ Çocuğun ebeveynlerinden birinin ülkeden uzaklaştırılmasına ilişkin kararlar için bkz. ECtHR- Boultif v Switzerland App. No. 54273/00, 02.08.2001; ECtHR- Alim v Russia App. No 39417/07, 27.09.2011; ECtHR- Salija v Switzerland App. No. 55470/10, 10.01.2017; ECtHR- Adeishvili v Russia App. No 43553/10, 16.10.2014; ECtHR- Palanci v Switzerland App. No. 2607/08, 25.03.2014; ECtHR- S.J. v Belgium App. No. 70055/10, 27.02.2014; ECtHR- Kissiwa Koffi v Switzerland App. No. 38005/07, 15.11.2012; ECtHR- Bajsultanov v Austria App. No. 54131/10, 12.06.2012; ECtHR- Arvelo Aponte v Netherlands App. No. 28770/05, 03.11.2011; ECtHR- Omojudi v UK App. No. 1820/08, 24.11.2009; ECtHR- Onur v UK App. No. 27319/07, 17.02.2009; ECtHR- Darren Omoregie and others v Norway App. No. 265/07, 31.07.2008; ECtHR- Üner v The Netherlands, App. No. 46410/99, 18.10.2006; ECtHR- Kolonja v Greece, App. No. 49441/12, 19.05.2016.

¹⁵⁸ ECtHR- Maslov v. Austria, App. No. 1638/03, 23.06.2008, para. 82.

Bununla birlikte AİHM, çocuğun yüksek menfaatini uluslararası hukukun temel bir ilkesi olarak taraf devletlerce öncelikle gözetilmesi gerektiğini belirtse de¹⁵⁹ çocuğa ilişkin tüm başvurularda bu ilkeye işlerlik kazandırmamaktadır.¹⁶⁰ Genel olarak AİHS' in herhangi bir hükmünün çocuk bakımından ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesinde, şartların çocuğa uygun olup olmadığı,¹⁶¹ çocuğun zayıf ve savunmasız hali, özel korumaya ihtiyaç duyması¹⁶², yetişkinlerden farklı muamele edilmesi gerektiği¹⁶³ gibi hususlara işaret edilse de “çocuğun yüksek menfaati” ilkesine atıfta bulunularak başvuruya ilişkin değerlendirmenin bir parçası haline getirilmesi, genel olarak AİHS md. 8'e özgülenmiş görünmektedir.¹⁶⁴

AİHS md.8'e göre özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı sınırsız bir hak olmayıp AİHS md. 8(2)' de sayılan durumların yerine getirilmesi durumunda bu hakka devlet tarafından müdahale edilmesi mümkün kılınmıştır. Bu yönüyle devletlere, özel hayata ve aile hayatına müdahale etme konusunda takdir marjı sağlanmıştır. Devletlerin ise bu

¹⁵⁹ AİHM, Neulinger and Shuruk v. Switzerland kararında şu ifadelere yer vermiştir: “(...) Şu anda, çocuklar hakkındaki tüm kararlarda çocuğun menfaatlerine önem verilmesi hususunda uluslararası hukukta geniş bir fikir birliği bulunmaktadır.(...)” ECtHR- Neulinger And Shuruk v. Switzerland, App. No. 41615/07, 06.07.2010, para. 131. Ayrıca bkz. ECtHR- Gnahoré v. France, App. No. 40031/98, 19.09.2000, para. 59.

¹⁶⁰ **WERNER J./ GOEMAN M.:** “Families Constrained: An analysis of the best interests of the child in family migration policies”, Defence For Children, Netherlands 2015, http://www.defenceforchildren.org/wp-content/uploads/2015/12/20151021_DC_Families-constrained.pdf, (E.T. 10.05.2020), s. 13-16,

¹⁶¹ ECtHR- Tarakhel v. Switzerland [GC], App. No. 29217/12, 04.11.2014, para. 119.

¹⁶² ECtHR- X and Y v. the Netherlands, App. No. 8978/80, 26.03.1985, para. 24, 27.

¹⁶³ Mahkeme *Wetjen and Others v. Germany* kararında şu ifadelerde bulunmuştur: “Son olarak, hem 3. hem de 8. madde ile ilgili davalarda Mahkeme, ilgili küçüklerin yaşının uygunluğunun, ihtiyaçlarına uygun olarak, fiziksel ve ahlaki refahının tehdit edildiği durumlarda, çocuklar ve toplumun diğer savunmasız üyelerinin Devlet korumasından yararlanması gerektiğini vurgulamıştır. (...)Reşit olmayanların kırılganlıklarını dikkate alma ihtiyacı uluslararası düzeyde de teyit edilmiştir.” ECtHR- Wetjen and Others v. Germany, App. No. 68125/14, 72204/14,22.03.2018; Ayrıca bkz. ECtHR- **KU v. Finlandiya**, App. no. 2872/02, 02.12.2008 para. 46; ECtHR- *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, App. No. 13178/03, 12.10.2006, para. 53.

¹⁶⁴ AİHS md. 3, 6, 10 ve 1 No.lu Protokol md. 1 çerçevesinde de çocuğun yüksek menfaatinden bahsedildiği bazı davalara rastlanmaktadır. Bkz. ECtHR- Blokhin v. Russia, App. No. 47152/06, 23.03.2016, para. 219; ECtHR- S.C. v. The United Kingdom, App. No. 60958/00, 15.06.2004, para. 35; ECtHR- Juppala v. Finland, App. No. 18620/03, 02.12.2008, para. 42; ECtHR- Korneykova and Korneykov v. Ukraine, App. No. 56660/12, 24.03.2016, para. 129-130; fakat bu davalarda çocuğun yüksek menfaatinden sadece söz edilmiş; bazılarında tarafların sundukları belgelere atıf yapmakla yetinilmiş; değerlendirmeye esas alınmamıştır.

takdir marjını sınırsız bir şekilde değil, AİHS m. 8(2)' nin çizdiği sınırlar çerçevesinde kullanmaları gerekmektedir. AİHM, devletlerin takdir marjını AİHS md. 8'e uygun bir şekilde kullanıp kullanmadığını denetlerken somut olayla ilişkili tüm hususları dikkate almakta; çelişen menfaatler arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını denetlemektedir. AİHM bu hususu *Ignaccolo Zenide v. Romania* kararında şu ifadelerle açıklamıştır:

“(AİHS) 8. maddenin temel amacı, bireyi, kamu makamlarının keyfi eylemlerine karşı korumaktır. Buna ek olarak, devletlerin aile yaşamına saygı gösterme yönünde pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Devlet, bu konuda belli bir takdir marjına sahip (olsa da), bireyin ve bir bütün olarak toplumun birbiriyle çelişen menfaatleri arasında adil bir denge kurulmasına dikkat edilmesi gerekir.”¹⁶⁵

Çocuğun yüksek menfaati ise bu menfaatler arasında öncelikle gözetilmesi gereken önemli bir menfaat olarak kabul edilmektedir. AİHS md. 8 kapsamında çocuğun yüksek menfaati ilkesi, özel hayat ve aile hayatına saygı hakkına müdahalenin *orantılı* olup olmadığının değerlendirilmesinde dikkate alınmaktadır. *Maslov v. Austria* kararında AİHM şu ifadelerle yer vermektedir:

“Yerel makamlar, (AİHS) 8. madde ile korunan bir hakka müdahalenin ‘demokratik toplumda gerekli’ ve ‘takip ettiği amaç ile orantılı’ olup olmadığını değerlendirirken belirli bir takdir marjından faydalanırlar.”¹⁶⁶ AİHM’in görevi, söz konusu müdahalenin davaya ilişkin tüm menfaatler(sözleşme kapsamında hakları korunan bireylerin menfaatleri ile toplumun menfaatleri) arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını tespit etmektir.”¹⁶⁷ Böylece Mahkeme, söz konusu

¹⁶⁵ ECtHR- *Ignaccolo Zenide v. Romania*, App. No. 31679/96, 25.01. 2000, para. 94.

¹⁶⁶ ECtHR- *Slivenko v. Latvia* [GC], App. No. 48321/99, 09.10.2003, para. 113; ECtHR- *Berrehab v. the Netherlands*, App. No. 10730/84, 21.06.1988, para. 28.

¹⁶⁷ ECtHR- *Société Colas Est and Others v. France*, App. No. 37971/97, 16.04.2002, para. 47.

tedbirin 8.madde ile uzlaşıp uzlaşmadığı konusunda son kararını verebilecektir.”¹⁶⁸

Son zamanlarda yaklaşımını değiştiriyor olsa da AİHM, uzun yıllardır esastan inceleme yolunu takip etmekte, her bir somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme ile söz konusu müdahalenin AİHS çerçevesinde orantılı sayılıp sayılamayacağına karar vermektedir. AİHM’in, çocukların dahil olduğu bazı davalarda çocuğun yüksek menfaatini, olayla ilişkili menfaatler arasında bir dengelemeye tabi tuttuğu; Bu dengeleme sürecinde söz konusu müdahalenin çocuğun menfaatlerine uygunluğunu araştırdığı; diğer menfaatlerin çocuğun yüksek menfaatini aşacak güçte olup olmadığını değerlendirdiği görülmektedir.¹⁶⁹ AİHM, *El Ghatet v. Switzerland* kararında, çocuğun yüksek menfaatinden kısaca bahsetmeyi yeterli görmemiş; titiz bir değerlendirmeye ihtiyaç duyulduğuna işaret etmiştir:

“Mahkeme, Federal Yüksek Mahkeme’nin ve diğer yerel mahkemelerin, aile birleşimi talebinin alındığı tarihte çocuk olan ikinci başvuranın yüksek menfaatlerini, özet halinde gerekçelendirerek, kısa bir şekilde incelediğine dikkat çekmektedir. Federal Yüksek Mahkemenin, çocuğun yüksek menfaatini Sözleşme’deki şartlara ve diğer uluslararası anlaşmalara aykırı olarak, dengeleme işleminin ve kararın gerekçesinin merkezine yeterince yerleştirmedişine karar vermiştir.”¹⁷⁰

Taraf devletler de iç hukukta gerçekleştirilen eylem ve işlemler sırasında çocuğun yüksek menfaati ilkesine riayet edildiğini güvence altına almalıdır. Bu konuda ise taraf

¹⁶⁸ ECtHR- Maslov v. Austria, App. No. 1638/03, 23.06.2008, para. 76.

¹⁶⁹ AİHM’in çocuğun yüksek menfaatine açıkça yer vermediği dönemlerde ilkedden bahsetmeyerek bu değerlendirmeyi yaptığı bazı kararlara rastlanmaktadır. 2003 tarihli Jakupovic v. Austria kararında AİHM şu ifadelerde bulunmuştur: “Küçük bir çocuğun, yakın zamanda silahlı çatışmaların yaşandığı bir ülkeye uzaklaştırılması için çok ağırlıklı sebepler öne sürülmesi gerekmektedir.” ECtHR- Jakupovic v. Austria, App. No. 36757/97, 06.02.2003. Aynı yönde bkz. ECtHR- Şen v. the Netherlands, App. no. 31465/96, para. 40, 21.12.2001; ECtHR- Tuquabo-Tekle and Others v. the Netherlands, App. No. 60665/00, 01.12.2005, para. 47

¹⁷⁰ ECtHR- El Ghatet v Switzerland, App. No. 56971/10, 08.11.2016, para. 53.

devletlerin en güçlü dayanağı, yerel makamlar nezdinde gerçekleştirilen işlemler sırasında çocuğun yüksek menfaati değerlendirme sürecine yer verilmesi olacaktır. Zira son yıllarda AİHM, çocuğun yüksek menfaati ilkesine kararlarında giderek daha fazla yer vermekte; Çocuk Hakları Komitesi' nin genel yorumlarına atıfta bulunmaktadır.¹⁷¹

II. Çocuğun Yüksek Menfaati Değerlendirme Süreci Aşamaları

“Çocuğun yüksek menfaatlerinin değerlendirilmesi”, belirli bir çocuk ya da çocuk grubu söz konusu olduğunda, belirli bir duruma ilişkin karara varmak açısından gereken tüm hususların değerlendirilmesi ve bunlar arasında belirli bir denge kurulması anlamına gelmektedir. Değerlendirme, iki aşamalı bir süreci tarif ederken; sürecin tamamında çocuğun yüksek menfaatinin yorumlayıcı ve usuli karakterinin gerektirdiği hususlara dikkat edilmesi, değerlendirme sürecinin ayrılmaz bir parçası olarak görülmelidir. Mümkünse çeşitli disiplinlere mensup kişilerden oluşan bir ekip tarafından gerçekleştirilmesi öngörülen bu değerlendirme, çocuğun da katılımını gerektirmektedir.

Değerlendirme, iki aşamadan oluşan bir süreçtir: İlk aşamada çocuğun menfaatleri tespit edilir; ikinci aşamada ise bu menfaatler somut olayla ilgili diğer menfaatlerle karşılaştırılıp dengeleme işlemi yapılır.¹⁷² Bu iki aşama doğası gereği birlikte icra edilemeyecek nitelikte ve sırayla gerçekleştirilmesi gereken¹⁷³ aşamalardır. Çocuğun menfaatlerinin birinci planda gözetilmesi öngörüldüğünden, öncelikle çocuğun menfaatlerinin tespiti; ardından dengeleme işlemlerinin yapılması gerekmektedir. Aksi yönde bir yaklaşım benimsendiğinde, ÇHS md. 3(1)' den doğan çocuğun yüksek menfaatinin öncelikle gözetilmesine ilişkin yükümlülükler ihlal edileceği gibi; yüksek

¹⁷¹ **UNHCR**, The "Essential Right" to Family Unity of Refugees and Others in Need of International Protection in the Context of Family Reunification, January 2018, 2nd edition, <<https://www.refworld.org/docid/5a902a9b4.html>>, (E.T. 12.05.2020), s. 14.

¹⁷² POBJOY, s. 349.

¹⁷³ Bu hususa dikkat çekilen İngiltere Yüksek Mahkemesi kararı için bkz. ZH v SSHD, UKSC 4, 01.02.2011, para. 33. Ayrıca bkz. MK v. SSHD, UKUT 00475 (IAC), 31.10.2011, para. 19.

menfaat değerlendirmesinin de pratik bir anlamı kalmayacaktır.¹⁷⁴ Örneğin çocuk ve ailesinin ülkeden uzaklaştırılmasına ilişkin bir karar verileceği zaman öncelikle çocuğun menfaatleri, ebeveynlerinin hukuki durumundan bağımsız bir şekilde belirlenmeli; ebeveynlerinin ülkeden uzaklaştırılması hususuna ise dengeleme aşamasında yer verilmelidir.¹⁷⁵ BMMYK çocuğun yüksek menfaatinin değerlendirilmesine ilişkin rehberinde bu durumu şu ifadelerle açıklamıştır:

“Karar mercii, çocuğun yüksek menfaatini değerlendirirken tüm ailenin ev sahibi ülkede kalma seçeneği dahil olmak üzere tüm seçenekleri göz önünde bulundurmalıdır. Sonra bu seçenekleri, çocuğun ÇHS’ de yer alan haklarından hangi durumda en iyi şekilde faydalanabileceği üzerinden değerlendirmelidir.”¹⁷⁶

Çocuğun yüksek menfaatlerinin değerlendirilmesi, çocuğa ilişkin bir karar alınacağı zaman gerçekleştirilmesi öngörülen bir süreç olduğuna göre menfaatlerin somut olaydan bağımsız bir şekilde ortaya koyulmasının pratik olarak bir faydası olmayacaktır. Somut olay bağlamında, çocuğun menfaatleri de *çocuğun sonuçlarından doğrudan veya dolaylı olarak etkileneceği karar* esas alınarak belirlenmelidir.¹⁷⁷ Bu anlamda, çocuğun somut koşulları hakkında ayrıntılı bilgi alınarak, çocuğun hâlihazırdaki yani ‘*karar verilmeden önceki koşulları*’ ile ‘*karar verildiğinde çocuğun içinde bulunacağı koşullar*’ arasında bir karşılaştırma yapılmalıdır. Bu karşılaştırmaya göre kararın sonuçlarının çocuğun menfaatlerine etkisi belirlenmelidir. İkinci aşamada kararın, *diğer menfaatler* üzerindeki etkisi de dikkate alınarak bir dengeleme işlemi yapılmalıdır. Böylece diğer

¹⁷⁴ Avustralya Federal Mahkemesi, çocuğun menfaatlerinin öncelikle gözetilecek menfaatler olduğu ifade ederek; değerlendirme sırasında takip edilmesi gereken bu sıraya işaret etmiştir. Wan v. MIMA, FCA 568, 18.05.2001, para. 32; Nweke v MIMA, FCA 79, 19.07.2013, para. 21.

¹⁷⁵ “Çocuğun yüksek menfaati, ebeveynlerinin göç statülerine herhangi bir atıfta bulunulmaksızın belirlenmelidir. Çocuğun yüksek menfaatinin öncelikle gözetilmesi bunu gerektirmektedir.” Bkz. EV(Philippines) and Others v SSHD [2014] EWCA Civ 874, para. 33. Çocuğun menfaatlerinin tespiti, aile birliği de dahil olmak üzere bağımsız bir şekilde ortaya konulmalı ve ebeveynlerinin ülkeden uzaklaştırılmasına ilişkin hususlar, dengeleme aşamasında göz önüne alınmalıdır. **POBJOY**, s. 351.

¹⁷⁶ **UNHCR**, UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child, May 2008, (BID Guidelines 2008), <https://www.refworld.org/docid/48480c342.html>, (E.T. 12.05.2020), s. 67.

¹⁷⁷ Kalverboer et al, s. 119.

menfaatlerin çocuğun menfaatlerini aşacak güçte olup olmadığı hakkında bir değerlendirme yapılması mümkün olacaktır. Zira çocuğun menfaatlerinin öncelikle gözetilecek nitelikte olması da bunu gerektirmektedir.

A. Çocuğun Menfaatlerinin Tespiti

Çocuğun yüksek menfaatinin değerlendirilmesine, belirli bir çocuğu özel kılan etmenlerin tespit edilmesiyle başlanmalıdır. Bu aşamada, bazı öğelerin kullanılıp diğerlerinin kullanılmayacağı, bunların birbirine göre ne kadar ağırlık taşıdığı gibi hususlar söz konusudur.¹⁷⁸ Değerlendirmenin ikinci ayağını oluşturan dengeleme aşamasında tüm hususların göz önünde tutularak gerçek ve etkili bir karara ulaşılmasını güvence altına almanın ön şartı, çocuğun menfaatlerinin tüm boyutlarıyla tespit edilmesi ve diğer menfaatler karşısında ayrıntılı şekilde ortaya koyulmasıdır.¹⁷⁹ Ülkeden uzaklaştırmaya ilişkin gelişmiş ülkelerdeki içtihat da bu yönde şekillenmiştir. Örneğin, Kanada Yüksek Mahkemesi, emsal karar olarak kabul edilen 1999 tarihli *Baker v Canada* kararında, karar makamının, kararın sonuçlarından etkilenecek olan çocuğun menfaatlerinin tespiti hususunda dikkatli ve duyarlı olması; hangi menfaatlere ne kadar ağırlık verildiğinin ayrıntılı olarak açıklanması gerektiğini; yalnızca çocuğun menfaatlerini dikkate aldığını belirtmesinin yeterli olmadığını ifade etmiştir.¹⁸⁰

1. Çocuğun Menfaatlerinin Tespitinde Somut Olay Bağlamında İzlenecek Yöntem

Çocuğun menfaatlerinin tespitinde ilk olarak bilgi toplama usullerine uygun şekilde çocuğun içinde bulunduğu koşullar, çocuğa etki eden bireysel ve çevresel faktörler hakkında bilgi edinilerek çocuğun menfaatlerini gerçekleştirecek hususların tespit edilmesi, bunlara somut içerik kazandırılması ve her birine diğerine göre belirli bir ağırlık

¹⁷⁸ General Comment No.14, para. 49.

¹⁷⁹ ALSTON, s. 13.

¹⁸⁰ *Baker v. Canada* (MCI), 2 S.C.R. 817, 09.07.1999, para. 75.

tanınması gerekmektedir.¹⁸¹ Daha sonraki aşama ise çocuğun sonuçlarından doğrudan veya dolaylı olarak etkileneceği kararın muhtemel sonuçları esas alınarak hangi sonucun çocuğun menfaatine olduğunun belirlenmesidir. Böyle durumlarda genellikle ebeveynin, bir yabancı olarak bulunduğu ülkede idari yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya suç teşkil edecek fiillerinden dolayı ülkeden uzaklaştırılması; çocuğun ise ev sahibi ülkenin vatandaşlığını taşıması veya kendisi hakkında işlem yapılmamasından dolayı ülkede kalma hakkına sahip olması söz konusu olabilmektedir. Böyle durumlarda, çocuk hakkında görünürde herhangi bir işlem yapılmıyor olsa da ebeveyn hakkında ülkeden uzaklaştırma kararı verildiğinde, çocuk yalnız başına veya diğer ebeveyniyle birlikte ülkede kalmaya devam etme ya da ülkeden uzaklaştırılan ebeveyni ile birlikte giderek, ikamete hakkı olan (bazı durumlarda vatandaşlığını taşıdığı) ülkeyi terk etme arasında bir seçime zorlanmaktadır. Bu durumlar çocuğun, ebeveyninin fiillerinden dolayı cezalandırılmasına yol açabilmektedir. Bundan dolayı, doğrudan çocuğa ilişkin bir ülkeden uzaklaştırma kararı verilmediği durumlarda da kararın sonuçlarından etkilenen bir çocuğun varlığı halinde çocuğun yüksek menfaati değerlendirmesine yer verilmesi oldukça önemlidir.

Bu konuda yabancı yerel mahkeme kararlarında en çok karşılaşılan durum, çocuğun ev sahibi ülkenin vatandaşlığını taşıdığı halde ebeveynlerinden birinin ülkeden uzaklaştırılmasına karar verilmesi durumudur. Konuya ilişkin olarak çocuğun yüksek menfaatinin tartışıldığı ilk kararlardan biri, Avustralya Yüksek Mahkemesi tarafından verilen *Teoh*¹⁸² kararıdır. Burada Malezya vatandaşı bir baba ile Avustralya vatandaşı eşi ve çocukları söz konusudur. Bay Teoh, uyuşturucu suçlarından hüküm giymiştir. Bundan dolayı ikamet izni başvurusu reddedilmiştir. Avustralya Yüksek Mahkemesi, ilk derece karar merciinin, çocuklarının yüksek menfaatlerini öncelikle gözetmediği gerekçesiyle

¹⁸¹ General Comment No.14, para. 46(a).

¹⁸² *Teoh v. MIEA* HCA 20, 07.04.1995.

Bay Teoh'un ülkeden uzaklaştırılmasına ilişkin kararını hukuka aykırı bulmuştur. Daha sonra 2001 yılında *Wan* kararında bu yaklaşım daha da geliştirilmiş; çocuğun ev sahibi ülkenin vatandaşlığını taşıdığı durumlarda ebeveyni ile birlikte gideceği ihtimali dikkate alınarak bazı hususların göz önünde tutulması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁸³ *Wan* kararında bazı kriterler öngörülmüş; bu kriterlere daha sonra başka ülke mahkemelerince de atıfta bulunulmuştur.¹⁸⁴

Özellikle ebeveynlerinden biri veya her ikisinin ciddi bir suç işlemekten dolayı cezalandırıldığı durumlarda, çocuğun yüksek menfaatinin değerlendirilmesinde dikkat edilmesi gereken önemli bir nokta vardır. Her ne kadar çocuğun ebeveynlerinin, ülkede kalmalarına ilişkin risklere dair hususlar, değerlendirmenin ikinci aşaması olan dengeleme aşamasında dikkate alınmalı ise de, çocuğun menfaatlerinin belirlenmesi aşamasında, çocuğun ciddi bir suçtan hüküm giymiş olan ebeveyni ile yaşamaya devam etmesinin yüksek menfaatine uygun olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.¹⁸⁵ Dolayısıyla aile birliğinin çocuğun menfaatine olmadığı durumlarda ebeveynleri ile çocuğun ilişkileri ve ebeveynlerinin çocuğa muamelelerine ilişkin hususların dikkate alınması, çocuk için bir ayrımcılık teşkil etmeyecektir. Zira bu hususlar çocuğun içinde bulunduğu koşullar arasında sayılmaktadır.¹⁸⁶

a. Bilgi Toplama

Çocuğun menfaatleri iki yönlü bir dinamizm içindedir: birincisi çocuğun şahsında gerçekleşen değişim ve gelişim; ikincisi ise çocuğun çevresindeki faktörlerin değişimidir.

¹⁸³ *Wan v. MIMA*, FCA 568, 18.05.2001, para. 30.

¹⁸⁴ *ZH v SSHD*, UKSC 4, 01.02.2011, para. 29.

¹⁸⁵ ÇHS md. 9(1): “Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun; ana-babasından, onların rızası dışında ayrılmasını güvence altına alırlar. Ancak, ana-babası tarafından çocuğun kötü muameleyle maruz bırakılması ya da ihmâl edilmesi durumlarında ya da ana-babanın birbirinden ayrı yaşamaları nedeniyle çocuğun ikametgâhının belirlenmesi amacıyla karara varılması gerektiğinde, bu tür bir ayrılık kararı verilebilir.”

¹⁸⁶ *H (H) v Deputy Prosecutor of the Italian Republic, Genoa* UKSC 25, 20.06.2012 (*Lady Hale*).

Çocuk, yetişkinlerden farklı olarak sürekli bir gelişme halindedir. Kendisini ilgilendiren bir işlem gerçekleştirilirken, henüz süreç devam ederken dahi, çocukluğun farklı evrelerini yaşayabilmektedir. Çocuğun yüksek menfaatinin dinamik boyutu, çocuk hakkında bir karara varılacağı zaman kısa, orta ve uzun vadede çocuğun şahsında ve çevresinde meydana gelecek olan değişim ve gelişimi de göz önünde tutmayı gerektirmektedir.¹⁸⁷ Bununla birlikte çocuğun menfaatlerinin çevresel faktörlere göre değişkenlik göstermesi de kaçınılmazdır. Özellikle yabancı olarak bulunulan bir ülkede çocuklar için çevresel faktörlerin etkisi daha büyük olmaktadır. Anne- babasının yanında olup olmaması, anne-babasının hukuki statüsünde bir değişiklik, ülkeden uzaklaştırılması, gözetim altına alınması veya yaşadığı yerin değişmesi, çocuğun menfaatleri üzerinde önemli etkiler doğuracak güçtedir.

Çocuğun yüksek menfaatlerinin belirlenmesinde, çocuk ve çevresine ilişkin, somut olaya dair tüm hususların dikkate alınması gerektiğinden, değerlendirmeye temel teşkil edecek hususların yetkili kişilerce bilinmesi gerekmektedir. Bu bilgiler bazen çocuk ve/veya ailesi tarafından bizzat sağlanabileceği gibi; somut olayın özelliklerine göre yetkili kişilerce toplanması da gerekebilir.

aa. Çocuğa İlişkin Bilgi Toplama

Çocuğun kendisine ilişkin olarak kimlik ve kişiliğine dair bilgilerden kasıt, çocuğun genel özellikleri, adı, yaşı, cinsiyeti, cinsel yönelimi, geçmiş deneyimleri, eğitim durumu, kişisel becerileri, ilgi alanları gibi çocuğun kendisine ait bilgilerdir. Çocuğun mevcut durumuna ilişkin hassasiyetler/kırılganlıklar (*vulnerabilities*) ise somut olayın özelliklerine göre değişkenlik gösterebilecek çocuğun psikolojik ve sosyal durumuna olumsuz etki edebilecek her türlü bilgi olabilmektedir. Örneğin, bulunduğu ülkede

¹⁸⁷ **LLORENS, J. C.:** Presentation of General Comment No. 14: Strengths And Limitations, Points Of Consensus And Dissent Emerging In Its Drafting” in, Council of Europe: The Best Interests of The Child– A Dialogue Between Theory and Practice, March 2016, s. 13.

yabancı statüde bulunması, refakatsiz durumda olması, ebeveynlerinden birinin hayatta olmaması, ebeveynlerinden biri tarafından başka bir ülkeye kaçırılmış olması, engellilik hali, şiddet veya istismara uğramış olması gibi çocuğun içinde bulunduğu konumu daha da zorlaştırabilecek durumlara ilişkin bilgiler arasında sayılabilir.

bb. Çocuğun İçinde Bulunduğu (Hukuki, Sosyal ve Kültürel) Koşullar ile Menşe Ülke Hakkında Bilgi Toplama

Çocuğun içinde bulunduğu hukuki, sosyal ve kültürel koşullar hakkında bilgiler; somut olay bağlamında, çocuğu etkileyen çevresel faktörler hakkında bilgilerin toplanmasıdır. Çocuğun aile ortamı, toplumsal ve kültürel ilişkiler, inançlar, yaşam tarzları hakkında bilgilerin toplanması buna dâhildir. Ayrıca çocuğun sonuçlarından etkilenebileceği (çocuğun menfaatlerinin değerlendirilmesi ve belirlenmesine yol açan) karar verme sürecine ilişkin bilgiler (örn. hukuki sürecin işleyişi, idari veya adli makamların işlemleri vs.) de bu kategori içinde sayılabilmektedir. Bu bilgilerin toplanmasında, konumuz bakımından önem taşıyan nokta, çocuğun sonuçlarından etkileneceği kararın, ülkeden uzaklaştırmaya dair bir karar olmasından ötürü, toplanması gereken bilginin hem çocuğun bulunduğu ülkede var olan koşulları; hem de çocuğun uzaklaştırılacağı ülkedeki koşulları içermesinin gerekli olmasıdır. Başka bir ülkedeki mevcut ve muhtemel koşullar hakkında bilgi toplanırken ülkelerarası yardımlaşma yollarından faydalanılabilmektedir. Fakat bilgi toplama sırasında çocuğun menfaatlerini tehlikeye düşürecek bilgi paylaşımı yapılmamasına özen gösterilmelidir.¹⁸⁸

Söz konusu hususlara ilişkin, çocuğun menfaatlerini tespit etmeye yönelik bilgi edinirken somut olayın özelliklerine uygun bir kontrol listesi hazırlanması ve bu listedeki hususlar temelinde araştırma yapılması önem taşımaktadır. Nitekim bilgi toplama sürecinin çocuğun içinde bulunduğu koşullara özgülenmesi, hem çocuğun menfaatlerinin

¹⁸⁸ IOM et. al., s. 26.

daha etkili bir şekilde korunmasını hem de gereksiz iş yükünün önlenmesini sağlayacaktır.

b. Kontrol Listesi Hazırlanması

Çocuk Hakları Komitesi, çocuğun yüksek menfaatinin gerçekleştirilecek olan öğelerden oluşmuş kapsayıcı ve esnek; rehber niteliğinde bir liste oluşturulmasının çocuğun yüksek menfaati ile ilgili karar vermekle görevlendirilmiş kişiler açısından yol gösterici olacağını ifade etmektedir.¹⁸⁹ Öğelerin yer aldığı böyle bir liste, çocukları etkileyen belirli alanlarda düzenlemeye gitmesinde devlete veya somut olay bağlamında çocuğun menfaatlerini belirleyecek olan karar mercilerine yol gösterecektir. Listeye yeni öğeler eklenirken, çocuğun yüksek menfaatinin nihai amacınının *ÇHS' de tanınan hakların tam ve etkili biçimde yaşama geçirilmesi ve çocuğun bütünlüklü gelişiminin sağlanması* olduğu unutulmamalıdır.¹⁹⁰ Bu liste, somut olayda çocuğu etkileyecek olan kararın muhtemel sonuçları esas alınarak; somut olayda çocuğun menfaatlerinin belirlenmesinde, çocuğun menfaatlerine uygun olan sonuca ulaşmaya yardımcı olacaktır. Bundan dolayı somut olay bağlamında kontrol listesi, çocuğun içinde bulunduğu şartlar, çocuğun görüş ve ifadeleri dikkate alınarak hazırlanmalıdır. Çocuğun yüksek menfaatinin tespiti sırasında, çocuğun sonuçlarından etkileneceği söz konusu kararın muhtemel sonuçları karşısında bu listede yer alan hususların tamamının dikkate alındığından emin olunmalıdır.¹⁹¹ Örneğin çocuğun kendisinin bir sınır dışı etme kararının muhatabı olduğu durumlarda uygulanan kontrol listesi ile çocuğun ebeveynleri hakkında verilen bir sınır dışı etme kararının söz konusu olduğu durumlarda uygulanan kontrol listesinde yer alan öğeler değişkenlik gösterecektir.

¹⁸⁹ General Comment No. 14, para. 50

¹⁹⁰ **Kalverboer et al.**, s. 120.

¹⁹¹ General Comment No. 14, para. 50. Bu özelliğinden dolayı, çalışma kapsamında, söz konusu liste, işlevine uygun olarak 'kontrol listesi' olarak adlandırılmıştır.

Kontrol listesinin varlığı, listede yer alan hususların tek başına belirleyici faktör olduğu anlamına gelmemektedir.¹⁹² Bunların tamamı, bütüncül şekilde somut olayın özelliklerine göre gereken ağırlık verilmek suretiyle değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Çocuğun yüksek menfaati değerlendirmesinin nihai amacı, çocuğun tam gelişimi ve ÇHS’ de yer alan haklardan etkili bir şekilde yararlanması olduğuna göre¹⁹³ ÇHS’ deki haklar; Çocuk Hakları Komitesi’ nin önerdiği kontrol listesinin içeriğine kaynaklık edebilecek; hatta bu listeye bir sınır çizilebilir.

Kontrol listesinin her bir somut olayın özelliğine uygun; çocuğa ve içinde bulunduğu koşullara dair toplanan bilgiler ışığında, bilimsel araştırmalara dayandırılarak hazırlanması gerekmektedir.¹⁹⁴ Zira çocuğun yüksek menfaatinin belirsiz niteliğini aşabilmek ve kavrama evrensel bir içerik kazandırabilmek, ancak nesnel verilere dayalı bir süreç işletmekle mümkündür.

Kontrol listesinin uygulamasına dair bir örnek verecek olursak, Groningen Üniversitesi bünyesinde faaliyet gösteren *Çocuklar, Göç ve Hukuk Çalışma Merkezi(Çalışma Merkezi)*¹⁹⁵, çeşitli disiplinlerden uzmanların katılımıyla göç davalarında, Çocuk Hakları Komitesi’nin 14 No.lu Genel Yorumu’ndaki çocuğun yüksek menfaatinin belirlenmesi ve değerlendirilmesine ilişkin temel ilke ve yöntemleri esas alarak¹⁹⁶ çocuğun yüksek menfaatinin belirlenmesine ilişkin çalışmalar yürütmektedir.¹⁹⁷ Ayrıca ÇHS’deki haklarla bağlantılı olarak çocuk gelişimi alanında uzmanlaşmış kişilerce geliştirilmiş¹⁹⁸; çocuğun büyüme ortamındaki koşullara dair 14 çevresel faktörü

¹⁹² MK v. SSHD, UKUT 00475 (IAC), 31.10.2011, para. 21.

¹⁹³ General Comment No. 14, para. 51.

¹⁹⁴ Kalverboer et al., s. 116.

¹⁹⁵ Çalışma Merkezi’nin çalışmalarının takip edilebileceği internet sitesi için bkz. <https://www.rug.nl/research/study-centre-for-children-migration-and-law/>

¹⁹⁶ Kalverboer et al., s. 128.

¹⁹⁷ Kalverboer et al., s. 114, 121.

¹⁹⁸ Zijlstra, A.E.: “In the best interests of the child; a study into a decision-support tool validating asylum-seeking children’s rights from behavioural scientific perspective”, University of Groningen, 2012,

içeren kontrol listesini, özellikle göç sürecine dahil olan çocuklar bakımından uygulamaya geçirmektedirler. Kontrol listesinde belirlenmiş olan her biri ÇHS' deki haklarla ilişkili 14 çevresel faktör, çocuğun içinde bulunduğu sosyal ve kültürel ortamın koşullarını temsil etmekte; çocuğun pedagojik olarak gelişimine katkıda bulunmaktadır.¹⁹⁹ Bunlar aile ile ilişkili ve toplumla ilişkili olan faktörler olarak ikiye ayrılmıştır.

Aile ile ilişkili olan faktörler :

1. Yeterli fiziksel bakım (*adequate physical care*)(ÇHS md. 24,26,27.)
2. Güvenli yakın fiziksel çevre (*safe direct physical environment*) (ÇHS md. 19,24)
3. Duygusal ortam (*affective atmosphere*) (ÇHS md. 19)
4. Destekleyici, esnek ebeveynlik (*supportive, flexible parenting structure*)(ÇHS md. 13,14.)
5. Ebeveynlerin yeterli örnek teşkil etmesi (*adequate examples set by parents*)(ÇHS md. 10)
6. Çocuğa ilgi gösterilmesi (*interest in the child*)(ÇHS md. 31.)
7. Yetişme koşullarında devamlılık (*continuity in upbringing conditions, future perspective*). (ÇHS md. 5,6,9,10,18.)

Toplumla ilişkili olanlar

8. Güvenli daha geniş fiziksel çevre (*safe wider physical environment*)(ÇHS md.33,34,35,36,37.)
9. Saygı (*respect*)(ÇHS md.2,13,14,15,16,30,37.)
10. Sosyal çevre (*social network*)(Genel Yorum No.14,para.70,73,84.)
11. Eğitim (*education*)(ÇHS md.17,28,29,31.)

<https://www.worldcat.org/title/in-the-best-interest-of-the-child-a-study-into-a-decision-support-tool-validating-asylum-seeking-childrens-rights-from-a-behavioural-scientific-perspective/oclc/785877317>, (E.T.16.05.2020).

¹⁹⁹ Kalverboer et al., s. 121 vd.

12. Yaşıtlarla iletişime geçme (*contact with peers*)(ÇHS md.31)
13. Toplumda yeterli örnek (*adequate examples in society*) (ÇHS md.2,8,13,14,15.)
14. Hayat koşullarında istikrar (*stability in life circumstances, future perspective*) (ÇHS md.6,9,10,20)

Söz konusu kontrol listesi temel alınarak Hollanda’da 70 sığınmacı çocuk üzerinde yapılan bir çalışmada, sığınmacı çocukların menşe ülkelerine gönderilmeleri veya ülkede kalışlarına izin verilmesine ilişkin karar verme sürecinde, bu kontrol listesinin önemli bir rolü olması gerektiği belirtilmiştir.²⁰⁰ Sığınmacı çocukların menşe ülkelerine gönderilmeleri veya Hollanda’da kalmalarına izin verilmesine ilişkin kararların çocuklarda bazı davranışsal bozukluklara sebep olabilecek önemli etkiler doğurduğu ifade edilmiştir.²⁰¹ Çocuğun gelişiminin bu 14 faktörün yeterli düzeyde gerçekleşmesi ile mümkün olacağı; bundan dolayı ÇHS’ den doğan yükümlülöklere uygun olarak çocuğun ölkeden uzaklaştırılması veya ölkede kalışına izin verilmesine ilişkin karar verme sürecinde bu hususa önem verilmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır.²⁰² 14 faktörün gerçekleştirilmemesi halinde, sığınmacı çocukların çoğunluğunda görölmekte olan davranış bozukluklarına sebep olabileceğı; söz konusu çevresel faktörler ile çocuğun davranışsal bozukluk göstermesi arasında korelatif ilişki bulunduğı sonucuna ulaşılmıştır.²⁰³ Araştırmada on dört çevresel faktörün yanı sıra çocuğun kimliğı, hassas durumları ve menşe ölkede ev sahibi ölkedeki koşulların da dikkate alındığı ifade edilmiştir.²⁰⁴

²⁰⁰ Zijlstra, A.E./ Kalverboer, M.E./ Post, W.J./ Brummelaar,D.C.T./ Knorth, E.J.: “Could the BIC-Q be a decision-support tool to predict the development of asylum-seeking children?” International Journal of Law and Psychiatry 2013 vol. 36, s. 129–135, s.129.

²⁰¹ A.g.m., s. 133.

²⁰² A.g.m., s. 129.

²⁰³ A.g.m., s. 133.

²⁰⁴ A.g.m., s. 130.

Kontrol listesi, somut olayın özelliklerinden yola çıkılarak çocuğun hayat koşullarındaki muhtemel değişimin çocuk üzerindeki etkisini resmetmenin bir yoludur. Karar verme makamındaki kişilerin çocuğun verilen karardan nasıl etkilendiğini belirlemek için bazı kriterler üzerinden kontrol etmesi, menfaatlerin her yönüyle ortaya koyulmasına imkân vermekte; tam ve doğru bir değerlendirme yapılmasını güvence altına almaktadır. Belirtmek gerekir ki her somut olayın özellikleri farklı etkenlerin dikkate alınmasını gerektirebilmektedir. *Çocuklar, Göç ve Hukuk Çalışma Merkezi*'nin belirlediği bu hususlar çocuğun bedensel, psikolojik ve ruhsal gelişimi için gerekli hususlardan hareketle hazırlandığı için çocuğun yüksek menfaatinin değerlendirilmesine temel teşkil edebilecek unsurlar olarak kabul edilebilirler; fakat çocuğun içinde bulunduğu özel durumlar, başka faktörlerin de eklenmesini gerektirebilmektedir.

c. Çocuğun Sonuçlarından Etkileneceği Karara Dayalı Olarak Menfaatlerin Belirlenmesi

Çocuğun yüksek menfaatlerinin değerlendirilmesi, çocuğun sonuçlarından doğrudan veya dolaylı olarak etkileneceği bir karar alınacağı zaman söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla değerlendirmenin ortaya çıkış sebebi, söz konusu karar verme sürecidir. Çocuğun menfaatlerinin belirlenmesi ise, yalnızca çocuğun menfaatlerinin gözetildiği ilk aşamadır. Burada amaç, hangi yönde bir karar verilirse çocuğun menfaatlerine daha uygun olacağının tespit edilmesidir. Bundan dolayı, çocuğun menfaatlerinin, söz konusu karar ekseninde bir belirleme ve dengelemeye tabi tutulması gerekmektedir. Bunun için, çocuğun içinde bulunduğu somut koşullar ve ÇHS' nin sunduğu kapsamlı koruma sistemi göz önünde bulundurularak hazırlanmış olan kontrol listesinde yer alan hususların, söz konusu kararın muhtemel sonuçları üzerinde uygulanması gerekmektedir. Böylece çocuğa ilişkin bir karar verme sürecinde öncelikle gözetilmesi öngörülen çocuğun menfaatleri tespit edilmiş olacaktır.

Yukarıda bahsedilen kontrol listesi üzerinden bir örnek verirsek, Halihazırda Hollanda’da yaşayan L’ nin ailesiyle birlikte Afganistan’a sınır dışı edilmesi söz konusu olan davada, avukatlarının *Çalışma Merkezi’* ne başvurarak çocuğun yüksek menfaati tespitini talep etmesi üzerine L’nin içinde bulunduğu koşullar dikkate alınarak bahsedilen 14 çevresel faktör üzerinden bir belirleme yapılmıştır. Bu belirlemede 14 çevresel faktörden her birinin Afganistan’da ve Hollanda’da var olup olmadığı tespit edilmiş ve her birine 1 puan verilerek toplam puanlar belirlenmiştir. Neticede Hollanda’da kalma seçeneğinin iki puan farkla çocuğun yüksek menfaatine daha uygun olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca çocuğun Hollanda’dan Afganistan’a gidiş sürecinde karşılaşılabileceği durumlar da tespit sürecine dahil edilmiştir. Aşağıda söz konusu değerlendirme sürecine ilişkin bir tablo örneği sunulmuştur.

²⁰⁵Çocuğun yüksek menfaati düşüncesi modelinde gelişim için gerekli koşullar

	Afganistan	Yolculuk	Hollanda
1.Yeterli fiziksel çevre	1	?	1
2.Güvenli yakın fiziksel çevre	1	?	1
3.Duygusal ortam	1	?	0
4.Destekleyici, esnek aile yapısı	?	0	1
5.Ebeveynlerinyeterli örnek teşkil etmesi	?	?	0
6.Çocukla ilgilenilmesi	1	?	0
7.Yetiştirme ve bakımda gelecekokodaklı süreklilik	0	0	0
8.Güvenli geniş fiziksel çevre	0	0	1
9.Saygı	0	?	0
10.Sosyal bağlantılar	1	?	0
11.Eğitim	0	?	1
12.Akra ve arkadaşlarla İletişim	0	?	1
13.Toplum tarafından yeterli örnek	0	?	1
14.Hayat koşullarında gelecek odaklı tutarlılık	0	0	0
Toplam puan	5	?	7

*1=yeterli, 0=belirsiz, ?=belirsiz

²⁰⁵ Bu tablo, Kalverboer et al tarafından kaleme alınan ‘*The Best Interests of the Child in Cases of Migration: Assessing and Determining the Best Interests of the Child in Migration Procedures*’ makalesinde yer alan çocuğun yüksek menfaati değerlendirme model tablosunun Türkçe’ye çevrilmiş halidir. Bkz. **Kalverboer et al.**, s. 26.

Bu örnekte her bir faktöre birer puan ağırlık tanınmış olsa da Çocuk Hakları Komitesi, yüksek menfaatlerin belirlenmesiyle ilgili olarak, somut olayın kendi gerçekliği içinde, ilgili tüm hususların somut içerik kazandırılarak her birine, diğerine göre belirli bir ağırlık tanınması gerektiğine işaret etmektedir.²⁰⁶ Dolayısıyla kontrol listesinde yer alan tüm faktörler aynı seviyede önem taşımayabilir. Somut olayın özelliklerine göre, bazıları, karar verme süreci üzerinde diğerlerinden daha fazla etkili olabilir. Söz konusu faktörlere ağırlık tanınırken, çocuğun içinde bulunduğu koşullar dikkate alınmalıdır. Örneğin uzun yıllardır ülkede bulunan, okul çağında bir çocuğun ülkeden uzaklaştırılması söz konusu olduğunda, uzaklaştırılacağı ülkenin dilini bilmiyor oluşu, çocuğun eğitim almasına engel olacak seviyede önemli bir faktör olarak karşımıza çıkabilmektedir. Fakat daha kısa süredir ülkede bulunan ve daha küçük yaşlardaki bir çocuk için bu faktör daha az değer taşıyacaktır.²⁰⁷ Söz konusu faktörlerin birbirine göre ağırlıklarının tespiti, ilgili alanlarda uzmanlaşmış kişilerce gerçekleştirilmelidir. Burada amaç, hangi yönde bir karar verilirse çocuğun menfaatlerine daha uygun olacağının tespit edilmesidir. Bundan dolayı, çocuğun menfaatlerinin, söz konusu karar ekseninde bir belirleme ve dengelemeye tabi tutulması gerekmektedir.

Çocuğun menfaatleri, kural olarak, karar üzerinde belirleyici faktör olmadığından dolayı, çocuğun menfaatlerine uygun olduğu belirlenen sonucun, mutlaka taraf devletlerce uygulanması gerekmemektedir. Çünkü ÇHS, çocuğa ilişkin bir karar alınırken

²⁰⁶ General Comment No. 14, para. 39, 44, 46(a).

²⁰⁷ İngiltere Yüksek Mahkemesi'nin bir kararında bu husus şöyle ifade edilmiştir. *“Diğer faktörlerin yokluğunda, çocuk için ülkede uzun süre ikamet etme faktörünün değerlendirmede ağırlık taşıyıcı haline gelmesinin nedeni, bu gibi zaman dilimlerinde köklerin oluşması, bireysel kimliklerin geliştirilmesi, arkadaşlıkların oluşturulması ve aile dışında toplumla bağlantıların kurulmasından kaynaklanır. Özel hayata dair bu unsurların ne derece sahte olduğu ve ülkede geçirilen süreye verilecek olan ağırlık, her somut olayın koşullarına bağlı olarak değişecektir.”* E-A v. SSHD, UKUT 00315 (IAC), 22.07.2011, para. 39; Ayrıca İngiltere Yüksek Mahkemesi, bir kararında ülkeden uzaklaştırmaya ilişkin doktor görüşünün alındığı ve doktorun olumsuz görüş bildirdiği bir davada bu görüşe fazla ağırlık vermeyeceğini şu şekilde ifade etmiştir: *“Doktorun (çocuğun uzaklaştırıldığı ülkede) maruz kalacağı ailevi ihtilafların çocuk için olumsuz etkiler doğuracağı hakkındaki endişeleri, hakim tarafından temelsiz bulunan (ailevi sorunlara ilişkin) iddialara dayandığı için, doktor görüşüne, değerlendirmede verdiğimiz ağırlık azalacaktır.”* MK v. SSHD, UKUT 00475 (IAC), 31.10.2011, para. 45.

tüm hususların göz önünde tutulması gerektiğini, çocuğun menfaatlerinin ise öncelikle gözetilmesi gerektiğini öngörmektedir. Dolayısıyla çocuğun menfaatlerinin belirlenmesi aşamasının tamamlanmasıyla ÇHS md. 3'e uygun olarak *öncelikle gözetme yükümlülüğü* yerine getirilmiş olacaktır. Kanaatimizce bu aşamada, çocuğun ülkeden gönderilmesi durumunda Çocuk Hakları Komitesi'nin işaret ettiği *telafisi imkânsız zarar riskinin* var olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Telafisi imkânsız bir zarara ilişkin gerçek bir riskin varlığı halinde çocuk, böyle bir riskin bulunduğu ülkeye gönderilmemelidir. Dolayısıyla telafisi imkânsız bir zarar riskinin ortaya çıkması durumunda, diğer menfaatlerin herhangi bir önemi olmayacak; güvenli üçüncü ülke alternatifi ile yeniden bir değerlendirme süreci başlatılacaktır. Fakat telafisi imkânsız zarar riskinin olmadığına kanaat getirilirse karar verme süreci, çocuğun menfaatlerinin diğer menfaatler karşısında dengelenmesi işlemleriyle devam edecektir.

2. Menfaatlerin Belirlenmesinde Dikkate Alınan Hususlar

Etkili bir değerlendirmeye olanak sağlanması için çocuğun menfaatlerini gerçekleştirecek faktörlerin belirlenmesinde, dolayısıyla kontrol listesinde yer alan hususların ağırlıklandırılmasında dikkate alınacak hususları üç başlık altında sıralamak mümkündür. Bunlar, çocuğun içinde bulunduğu şartlar, çocuğun görüş/ifadeleri ve ÇHS' de güvence altına alınan haklardır.²⁰⁸

a. Çocuğun İçinde Bulunduğu Somut Koşullar

Çocuğun menfaatlerini gerçekleştirecek etmenlerin tespitinde en önemli husus, çocuğun içinde bulunduğu durumların dikkate alınmasıdır. Zira her çocuk ayrı bir

²⁰⁸ **POBJOY**, s. 252; **TOBIN, J. W.**: "Judging the Judges: Are They Adopting the Rights Approach in Matters Involving Children?" Melbourne University law review, 2009, vol. 33, S. 2, s. 579-625; **TOBIN, J. W.**: "Justifying Children's Rights", International Journal of Children's Rights, 2013, vol. 21, s. 395-441, s. 395.

bireydir; bireysel ve çevresel faktörler nedeniyle yaşadığı güçlükler de her bir çocukta farklı etkiler doğurmaktadır. Bundan dolayı, somut olayla ilişkili sayılabilecek tüm faktörlerin çocuğun içinde bulunduğu koşullar etrafında belirlenmesi gerekmektedir. Ayrıca çocuklar toplumun en hassas ve risklere açık bireyleridir. İçinde bulundukları koşulların onlara ilave güçlükler doğurması²⁰⁹, haklarında bir karara varılacağı zaman, yüksek menfaatlerinin değerlendirilmesinde muhakkak dikkate alınmalıdır.

Çocuğun yalnızca değerlendirmenin gerçekleştirildiği zamanda içinde bulunduğu koşulların tespiti yeterli değildir. Karar merciinin, kararın çocuğun refahı ve gelişimi üzerinde uzun dönemli etkilerini de dikkate alarak karar vermesi gerekmektedir.²¹⁰ Dolayısıyla çocuğun gelecekte içinde bulunacağı muhtemel koşullar hakkında da bazı tespitlerde bulunulmalıdır. Özellikle çocuğun on sekiz yaşını doldurduktan sonraki dönemde (ÇHS' nin koruması sona erdiğinde) içinde bulunacağı koşulların ve karşılaşması muhtemel risk faktörlerinin de öngörülmesi beklenilmektedir.²¹¹ Mevcut koşulların değişmesiyle veya çocuk belirli bir yaşa geldiğinde kendisine yüksek menfaatlerinin gereği olarak sağlanan korumanın sona ermesi, çocuğun geleceği için büyük bir belirsizliğe kapı aralamaktadır. Bu yaklaşım, ÇHS' nin çocuğun tam olarak gelişimi ve özgür bir toplumda sorumluluk sahibi bir birey olarak yetişmesine yönelik amaçları ile bağdaşmamaktadır.²¹² Örneğin İngiltere'de ülkeye giriş yapan refakatsiz küçüklerin 17 buçuk yaşına kadar ülkede kalışına izin verilip o süre dolduğunda sınır dışı edilmelerine ilişkin uygulama, çocuğu geleceği hakkında bir plan yapmaktan mahrum bıraktığı ve onu gelecek kaygısıyla büyük bir belirsizliğe sürüklediğinden dolayı

²⁰⁹ **BIGGS, H./ JONES, C.:** "Legally Vulnerable What is vulnerability and Who is vulnerable?", in FREEMAN, M./ HAWKES, S./ BENNETT, B. (eds.), Law and Global Health: Current Legal Issues, 2014, vol. 16; Herring, J.: "Vulnerability, Children and Law" in FREEMAN, M.(ed.) Law And Childhood Studies: Current Legal Issues, 2012, vol. 14.

²¹⁰ **IOM et. al.,** s. 27.

²¹¹ **UNICEF,** Child Sensitive Return Executive Summary, November 2019, s. 16.

²¹² **ÇHS Md. 6(2), md. 23(3), md. 27(1), md. 29(1)(a), md. 29(1)(d).**

eleştirilmektedir.²¹³ Çocuğun yüksek menfaatlerinin değerlendirilmesi süreci bir bütün olarak çocuğa kalıcı çözüm sunmayı amaçladığından, her bir aşamasının da bu amaca hizmet etmesi gerekmektedir. Bundan dolayı çocuğun içinde bulunduğu koşullar, geleceğe dönük olarak ele alınmalı ve muhtemel senaryolar göz önüne tutulmalıdır.

AİHM, esastan inceleme yaklaşımını benimsediği ülkeden uzaklaştırmaya ilişkin davalarda, çocuğun yüksek menfaatlerini *yaş*, (ev sahibi ülkede ve gönderileceği ülkedeki) *ilişki yoğunluğu*, *etkili aile bağları* olmak üzere üç unsur etrafında ele almaktadır.²¹⁴ Çocuğun yüksek menfaatine ilişkin bir değerlendirmede, hak ihlaline sebep olduğu iddia edilen kararın çocuk/çocuklar üzerindeki etkilerini dikkate almakta; önündeki davada bireysel koşullar ve istisnai durumlar bağlamında karara varmaktadır. AİHM'in amacı, yerel makamlar nezdinde ÇHS md.3(1) ve Çocuk Hakları Komitesi'nin öngördüğü standartlar uyarınca çocuğun yüksek menfaatine uygun bir karar verme sürecinin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini denetlemek değildir. AİHM, çocuğun yüksek menfaati ilkesini, AİHS md. 8 çerçevesinde devlet tarafından yapılan müdahalenin orantılı olup olmadığının tespitinde bir araç olarak kullanmaktadır.²¹⁵ Bundan dolayı AİHM' in çocuğun yüksek menfaatine yaklaşımı ayrıca ele alınacaktır.

b. Çocuğun Görüş ve İfadeleri

Çocuğun menfaatlerinin belirlenmesinde, çocuğun kendi düşüncelerini ifade ederek sonuçlarından etkileneceği bir karara katkıda bulunması önem taşımaktadır. Çocuğun somut olaya ilişkin ifadeleri, somut olayın daha ayrıntılı bilinmesine imkân

²¹³ **GOODWIN-GILL, G.S.:** “The United Nations Convention on the Rights of the Child and its Application to Child Refugee Status Determination and Asylum Processes: Introduction” *Journal of Immigration Asylum and Nationality Law*, 2012, vol.26, S. 3, s. 227. **POBJOY**, s. 352; **R (ABC) v SSHD**, EWHC 2937 (Admin), 06.12.2011

²¹⁴ **SMYTH, C.:** “The Best Interests of the Child in the Expulsion and First Entry Jurisprudence of the European Court of Human Rights: How Principled is the Court’s Use of the Principle?”, *European Journal of Migration and Law*, 2015, vol. 17, S. 1, s. 70-103.

²¹⁵ Bkz. aşağı. III. A.

vereceği gibi; geleceği üzerinde etki doğuracak faktörlerin belirlenmesinde istek ve arzularını ifade etmesi, geleceğini şekillendirme konusunda kendisine söz hakkı verilmesi, ÇHS' nin en önemli gerekliliklerinden biridir. Nitekim çocuğun katılım hakkını düzenleyen ÇHS md. 12, ÇHS' nin temel ilkelerinden biri olarak kabul edilmektedir.²¹⁶

Çocuğun görüşleri her zaman sonuç üzerinde belirleyici etkiye sahip olmayabilir. Fakat menfaatlerin belirlenmesinde çocuğa ilişkin tüm hususların olduğu gibi çocuğun görüş ve ifadelerinin yansıtılması oldukça önemlidir. Zira Çocuk Hakları Komitesi, ÇHS md. 12'nin ihmal edilmesiyle çocuğun yüksek menfaatlerinin değerlendirilmesi sürecinin doğru ve tam biçimde yürütülemeyeceğini ifade etmektedir. Gelişmiş ülke kararlarında da bu hususa dikkat çekildiği görülmektedir.²¹⁷

c. ÇHS'de Yer Alan Haklar

Çocuğun yüksek menfaati, belirsiz bir kavram olduğundan²¹⁸; bu kavramın içeriği, onu değerlendirecek olan kişilerin öznel değer yargılarından etkilenebilmektedir.²¹⁹ Çocuk Hakları Komitesi, çocuğun yüksek menfaati değerlendirmesinin amacının, çocuğun ÇHS' deki bütün haklardan ve ona sağlanmış olan korumadan tam ve etkili bir şekilde faydalanması olduğunu ifade etmekle bu öznel

²¹⁶ General Comment No. 14, para. 89.

²¹⁷ *Ye v Minister of Immigration*, NZCA 291, 07.08.2008, para. 134-146; *Hawthorne v. Canada*, 2 FC 555 28.11.2002, para. 33; Bir kararında İngiltere Yüksek mahkemesi şu ifadelere yer vermiştir. "(...) H, 12 yaşındaki en büyük çocuk, 2004 yılından (5 yaşından) bu yana birleşik Krallıkta yaşamaktadır (...) H, birinci derece karar merciine bireysel bir mektup yazmıştır: "Ailem bana Hindistan'a dönmek zorunda kalabileceğimizi anlattı. Ama ben Hindistan'a dönmek istemiyorum. Arkadaşlarımı özleyeceğim, orada hiç arkadaşım yok ve oraya alışmak çok uzun zaman alacak. Ayrıca Hindistan'daki dersler çok zor olduğu için onlarla baş edemeyeceğim. Lütfen İngiltere'de en yakın arkadaşlarımla birlikte ve okulumla kalabilelim'(...) " MK v. SSHD, UKUT 00475 (IAC), 31.10.2011.

²¹⁸ Çocuk Hakları Komitesi'nin 14 no.lu genel yorumu yayınlanmadan önce konuya ilişkin kaynaklarda kavramın belirsiz niteliği eleştirilmektedir. ALSTON, s. 4-5; TUITT, s. 152; DETRICK, s. 88; MCADAM, Complementary Protection, s. 179; Çocuk Hakları Komitesi'nin 14 no.lu genel yorumunun yayınlanmasıyla birlikte; kavramın belirsizliği korunuyor olsa da bazı standartlar getirilerek kavram belirli bir çerçeveye oturtulmuştur.

²¹⁹ Kültürel ve dini normların karar verme sürecinde etkili olabileceğine dair risklerin bulunduğu ilişkin olarak bkz. FREEMAN, s. 2.

içeriğın çerçevesini çizmektedir.²²⁰ Diğer bir ifadeyle, ÇHS’ deki haklar, çocuğın yüksek menfaatinin belirsizliğinin yol açabileceği keyfiliğe karşı bir *siper*²²¹ görevi üstlenmektedir.

Ülkeden uzaklaştırma kararının çocuğın yüksek menfaatine uygun olup olmadığına ilişkin uluslararası uygulamaya yönelik yabancı yerel mahkeme kararları incelendiğinde, ÇHS’de yer alan birtakım hakların, menfaatlerin belirlemede esas alınan faktörler arasında yer aldığı tespit edilmiştir. Bunlar şu şekilde listelenebilir:

- Aile ilişkilerinin korunması ve sürdürülmesi (ÇHS md. 16)²²²
- Aile birliği hakkı (ÇHS md. 9)²²³
- Özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkı (ÇHS md. 8)²²⁴
- Eğitim hakkı (ÇHS md. 28-29)²²⁵
- Ayrımcılığa karşı korunma hakkı (ÇHS md. 2)²²⁶
- Sağlık hakkı (ÇHS md. 24-25)²²⁷
- Her türlü fiziksel ve ruhsal şiddetten korunma hakkı (ÇHS md. 19-34-35-36-37-38)²²⁸

²²⁰ General Comment No. 14, para. 51.

²²¹ **POBJOY**, s. 354.

²²⁰ *ZH v SSHD*, UKSC 4, 01.02.2011, para. 29; *LD v SSHD* UKUT 278 (IAC), 02.08.2010, para. 27; *FM (Afghanistan) v SSHD*, Upper Tribunal (IAC), Appeal No. AA/01079/2010, 10.03.2011, para. 108.

²²³ *ZH v SSHD*, UKSC 4, 01.02.2011, para. 29; *LD UKUT 278 (IAC)*, 02.08.2010, para. 26; *Wan v. MIMA*, FCA 568, 18.05.2001, para. 30. Bazı durumlarda çocuğın ailesinden ayrı olması yüksek menfaatine daha uygun olabilir. (ÇHS md. 10) Böyle durumlarda çocuğın menfaatine uygun olan seçenek listede yer alacaktır.

²²⁴ *ZH v SSHD*, UKSC 4, 01.02.2011, para. 27 *FM (Afghanistan) v SSHD*, UKUT (IAC), Appeal No. AA/01079/2010, 10.03.2011, para. 108.

²²⁵ *Wan v. MIMA*, FCA 568, 18.05.2001, para. 30; *ZH v SSHD*, UKSC 4, 01.02.2011, para. 30; *MK v. SSHD*, UKUT 00475 (IAC), 31.10.2011, para. 41-51; *Ye v Minister of Immigration*, NZCA 291, 07.08.2008, para. 253-269.

²²⁶ Çin devletinin tek çocuk politikasının hei haizi veya siyah çocuklar üzerine etkisinin tartışıldığı *Ye v. Minister of Immigration* [2009] NZSC 76.

²²⁷ *R (TS) v SSHD* [2010] EWHC 2614 (Admin), 26.10.2010, para. 31, 32; *Kolosovs v Canada (MCI)*, FCJ No 211, 04.02.2008, para. 14; General Comment No 14, para. 77-78.

²²⁸ *AA (Afghanistan) CG UKUT 00016*, 23.05.2011, para. 89- 93, (ayrım göstermeyen şiddet, cinsel istismar, kaçakçılık ve çocuk koruması için yetersiz bakım imkanları); *Awolope v Canada (MCI)* [2010]

- Kayıt, vatandaşlık kazanma, kimliğini koruma hakkı (ÇHS md. 7-8)²²⁹
- Yaşama gelişme ve hayatta kalma hakkı (ÇHS md. 6)²³⁰
- Yeterli yaşam standardına sahip olma hakkı (ÇHS md. 20-27)²³¹

Bunlar arasında özellikle ülkeden gönderme kararlarında çocuğun yüksek menfaati ilkesinin belirleyici etkiye sahip olabileceği düşünülen aile birliği ilkesi önem kazanmaktadır. Nitekim aile üyelerinden biri hakkında verilen ülkeden uzaklaştırma kararı, doğrudan aile hayatına müdahale teşkil edebilecek; aile bireylerinin farklı ülkelere dağılması sonucunu doğurabilecek güçtedir. ÇHS nin 9 ve 10. maddelerinde düzenlenmiş olan Aile birliği ilkesi, söz konusu hükümlerin içeriğinden anlaşılacağı üzere *aile birliğinin korunması (family unity)* ve *aile birliğinin yeniden sağlanmasını (family reunification)* içermektedir.²³²

FCJ No 645, 31.03.2011, (kız çocuğunun sünnet edilmesi (female genital mutilation-FGM riski); Genel Yorum No 14, para. 71–74.

²²⁹ ZH v SSHD, UKSC 4, 01.02.2011, 30: “tabiiyet bir “koz” olarak görülme de, herhangi bir çocuğun yüksek menfaatinin değerlendirilmesinde özellikle önem taşımaktadır. [ÇHS] her çocuğun kayıt olma ve vatandaşlık kazanma (ÇHS md. 7) ve vatandaşlığı da dahil olmak üzere kimliğini koruma (ÇHS md. 8) hakkını tanır.” Ayrıca bkz. *Sanade v SSHD* [2012] UKUT 00048, 07.07.2011, para. 65; *Omotunde v SSHD* [2011] UKUT 00247, 25.05.2011, para. 38; *Wan v. MIMA*, FCA 568, 18.05.2001, para. 30.

²³⁰ FM (Afghanistan) v SSHD, UKUT (IAC), Appeal No. AA/01079/2010, 10.03.2011, para. 108, 132.

²³¹ ZH v SSHD, UKSC 4, 01.02.2011, para. 29; *R (TS) v Secretary of State for the Home Department* [2010] EWHC 2614 (Admin), para. 31–32.

²³² **ÇHS md. 9:** “1. Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun; ana-babasından, onların rızası dışında ayrılmasını güvence altına alırlar. Ancak, ana-babası tarafından çocuğun kötü muameleyle maruz bırakılması ya da ihmâl edilmesi durumlarında ya da ana-babanın birbirinden ayrı yaşaması nedeniyle çocuğun ikametgâhının belirlenmesi amacıyla karara varılması gerektiğinde, bu tür bir ayrılık kararı verilebilir.

2. Bu maddenin birinci fıkrası uyarınca girilen her işlemde, ilgili bütün taraflara işleme katılma ve görüşlerini bildirme olanağı tanınır.

3. Taraf Devletler, ana-babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterirler.

4. Böyle bir ayrılık, bir Taraf Devlet tarafından girilen ve çocuğun kendisinin ana veya babasının veya her ikisinin birden tutuklanmasını, hapsini, sürgün, sınır dışı edilmesini veya ölümünü (ki buna devletin gözetimi altında iken nedeni ne olursa olsun meydana gelen ölüm dahildir) tevlit eden herhangi benzer bir işlem sonucu olmuşsa, bu Taraf Devlet, istek üzerine ve çocuğun esenliğine zarar vermemek koşulu ile; ana-babaya, çocuğa veya uygun olursa, ailenin bir başka üyesine, söz konusu aile bireyinin ya da bireylerinin bulunduğu yer hakkında gereken bilgiyi ÇOCUK HAKLARINA DAİR SÖZLEŞME verecektir. Taraf Devletler, böyle bir istemin başlı başına sunulmasının ilgili kişi veya kişiler bakımından aleyhe hiç bir sonuç yaratmamasını ayrıca taahhüt ederler.”

ÇHS md. 10: “1. 1.9 uncu Maddenin 1 inci fıkrası uyarınca Taraf Devletlere düşen sorumluluğa uygun olarak, çocuk veya ana-babası tarafından, ailenin birleşmesi amaçlarıyla yapılan bir Taraf Devlet ülkesine girme ya da onu terk etme konusundaki her başvuru, Taraf Devletlerce olumlu, insani ve ivedi bir tutumla

B. Menfaatlerin Dengelenmesi (Balancing Test)

Çocuğun yüksek menfaati, kural olarak²³³, çocuğa ilişkin herhangi bir karar verilirken, temel alınması gereken tek ve belirleyici bir faktör olarak kabul edilmemektedir. ÇHS md. 3(1)' de çocuğun menfaatleri, temel ve belirleyici faktör(*the paramount consideration*) olarak değil; somut olaya ilişkin tüm menfaatler arasında öncelikle gözetilecek bir husus (*a primary consideration*) olarak düzenlenmiştir.²³⁴ Nitekim çocuğa ilişkin herhangi bir karara varılırken çocuğun menfaatleri başta olmak üzere diğer bütün menfaatlerin göz önünde tutulması gerekmektedir. Dolayısıyla verilecek kararın çocuğun menfaatlerine uygun olması her zaman şart değildir.²³⁵ Her somut olayda, diğer menfaatlerin göz önüne alınması; çelişen menfaatlerin ise çocuğun yüksek menfaatini aşacak güçte olup olmadığının tespiti gereklidir.²³⁶

1. Çocuğun Yüksek Menfaatinin Dengeleme Aşamasında Taşıdığı Önem

Çocuğa ilişkin bir karara varılırken diğer menfaatlerin de göz önünde tutulması ve bu menfaatlerin çocuğun yüksek menfaatini aşma imkânının bulunması, çocuğun yüksek menfaatinin, diğer menfaatler karşısında kolayca vazgeçilebilecek türden bir menfaat

ele alınacaktır. Taraf Devletler, bu tür bir başvuru yapılmasının başvuru sahipleri veya aile üyeleri aleyhine sonuçlar yaratmamasını taahhüt ederler.

2.Ana-babası, ayrı devletlerde oturan bir çocuk olağanüstü durumlar hariç hem ana hem de babası ile düzenli biçimde kişisel ilişkiler kurma ve doğrudan görüşme hakkına sahiptir. Bu nedenle ve 9 uncu maddenin 1 inci fıkrasına göre Taraf Devletlere düşen sorumluluğa uygun olarak, Taraf Devletler çocuğun ve ana-babasının Taraf Devletlerin ülkeleri dahil herhangi bir ülkeyi terk etmeye ve kendi ülkelerine dönme hakkına saygı gösterirler. Herhangi bir ülkeyi terk etme hakkı, yalnızca yasada öngörüldüğü gibi ve ulusal güvenliği, kamu düzenini, kamu sağlığı ve ahlak veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak amacı ile ve işbu Sözleşme ile tanınan öteki haklarla bağdaştığı ölçüde kısıtlamalara konu olabilir."

²³³ ÇHS md. 9 ve 21'de çocuğun yüksek menfaatinin temel düşünce olduğu düzenlenmiştir. Bu durumların söz konusu olması halinde çocuğun yüksek menfaatlerinin belirlenmesi sonucunda çocuğun menfaatlerinin gerektirdiği yönde karar verilmesi gerekmektedir.

²³⁴ ÇHS md. 3(1).

²³⁵ ZH v SSHD, UKSC 4, 01.02.2011 (Lady Hale).

²³⁶ Wan v. MIMA, FCA 568, 18.05.2001, para. 31: "Karar mercii, ÇHS'de düzenlenmiş olan çocuğun yüksek menfaatinin öncelikle gözetilmesi ilkesini göz önünde tutarak, çocuğun menfaatlerini öncelikle belirlemeli ve ona ağır basan başka bir husus olup olmadığını araştırmalıdır." Aynı yönde Teoh v. MIEA, HCA 20, 07.04.1995, para. 39.

olduğu şeklinde anlaşılmamalıdır.²³⁷ Çocuğun yüksek menfaatinin somut olayın özelliklerine göre taşıdığı değer farklılık gösterebilecektir²³⁸; fakat çocuğun menfaatlerinin gerektirdiği bir sonucun başka menfaatler gerekçe gösterilerek aşılması her zaman kolay değildir.²³⁹

Örneğin, İngiltere Yüksek Mahkemesi bir kararında şu ifadelere yer vermiştir:

“Eğer çocuğun menfaatlerine ilişkin tüm hususlar değerlendirilmiş olup, çocuğun yüksek menfaati, çocuk ve ailesinin Birleşik Krallık’ta kalmasını gerektiriyorsa, bunu ancak çok güçlü karşı etkenler aşabilir.”

Bu hususu ALSTON şu şekilde ifade etmiştir:

“Karar mercii, nihayet çocuğun menfaatlerinin diğer menfaatler tarafından aşıldığını tespit edip çocuğun menfaatlerine uygun olmayan bir karar verecek olursa, çocuğun menfaatleri ile uyumlu başka hiçbir alternatif bulunmadığını da göstermek zorundadır.”²⁴⁰

Bu anlamda Çocuk Hakları Komitesi de çocuğun yüksek menfaatlerine uygun bir ağırlık verilmesi gerektiğini vurgulayarak²⁴¹ somut olaya göre farklı ağırlığa sahip olabileceğine işaret etmiştir. Bu husus 2013 tarihli İngiliz Yüksek Mahkemesi kararında şu şekilde ifade edilmiştir:

“(…), diğer tüm alanlarda olduğu gibi, suçluların iadesine ilişkin bu davada da işlemin sonuçlarından etkilenen belirli bir çocuğun haklarının önemi öncelikle

²³⁷ *R (Mansoor) v SSHD* [2011] EWHC 832 (Admin) 23.03.2011, para. 32; *R (MXL) v SSHD* [2010] EWHC 2397 (Admin), 3009.2010, para. 84.

²³⁸ General Comment No 14, para. 80.

²³⁹ *MK v. SSHD*, UKUT 00475 (IAC), 31.10.2011, para. 24; MCADAM, Complementary Protection, s. 180.

²⁴⁰ ALSTON, s. 13.

²⁴¹ General Comment No 14, para. 36.

*gözetilmelidir. (...) Somut olayın(...)koşullarına göre değişmekle birlikte, (çocuğun menfaatleri) her zaman önemli bir ağırlığa sahiptir.”*²⁴²

2. Çocuğun Yüksek Menfaatinin Diğer Menfaatler Karşısında Ağırlığı

Çocuğun menfaatlerinin diğer menfaatlerden daha üstün kabul edilmesi, dengeleme aşamasında, diğer menfaatlerden herhangi birine çocuğun menfaatleri ile aynı ağırlığın tanınamayacağı; dolayısıyla çocuğun yüksek menfaati karşısında çocuğun menfaatleri ile çelişen diğer menfaatlerin ancak *kümülatif* etki doğurabileceği anlamına gelmektedir. Çocuğun yüksek menfaatinin, diğer menfaatler karşısındaki ağırlığı hakkında, Federal Avustralya Mahkemesi’ nin, 2001 tarihli Wan kararında şu ifadelerle yer verilmiştir:

*“(...) Mahkeme'nin, diğer herhangi bir (menfaate), Bay Wan'ın çocuklarının menfaatlerinden daha fazla önem atfetmemesi kaydıyla, davaya ilişkin tüm hususların uygun bir şekilde değerlendirilmesinden sonra, diğer menfaatlerin, çocukların menfaatine ağır basmış olduğu sonucuna varmaya yetkisi vardır. Fakat takdir yetkisinin kullanılması bakımından Mr. Wan'ın çocuklarının yüksek menfaatlerinin belirlenmesi, ardından diğer menfaatlerden herhangi biri veya diğer menfaatlerin kümülatif etkisinin çocuğun yüksek menfaatine ağır basıp basmadığının değerlendirilmesi gerekirdi.(...)”*²⁴³

Görüldüğü üzere Mahkeme, çocuğun yüksek menfaatinin diğer menfaatlerce aşılabileceğini kabul etmekte; diğer menfaatlere ise çocuğun yüksek menfaatinden daha fazla değer atfedilemeyeceğinin altını çizmektedir. Buna göre çocuğun yüksek menfaatine eşit başka menfaatlerin de bulunabileceği kabul edilmektedir.²⁴⁴ Bu ifadeler,

²⁴² *H (H) v Deputy Prosecutor of the Italian Republic, Genoa* UKSC 25, 20.06.2012, para. 48.

²⁴³ Vurgu eklenmiştir, *Wan v. MIMA, FCA 568*, 18.05.2001, para. 32.

²⁴⁴ Bu düşünce, ÇHS md. 3(1)’in orijinal metninde çocuğun yüksek menfaatinin niteleyen öncelikli bir düşünce olarak çevirebileceğimiz ‘a primary consideration’ ifadesinde yer alan ‘a’ belirtme sıfatının kullanılmasına dayandırılmaktadır. Nitekim ‘the primary consideration’ değil de ‘a primary consideration’ ifadesinin kullanılması, çocuğun yüksek menfaatine eşit seviyede başka menfaatlerin de olabileceği yönünde değerlendirilmektedir. Bkz. *ZH v SSHD, UKSC 4*, 01.02.2011, para. 25; *Wan v. MIMA, FCA*

İngiltere Yüksek Mahkemesi'nin 2013 tarihli ZH kararında ve konuya ilişkin çok sayıda kararda esas alınmış ve ÇHS hükümleri ile en uyumlu yaklaşımı yansıttığı ifade edilmiştir.²⁴⁵

2014 yılında Çocuk Hakları Komitesi'nin 14 no.lu genel yorumunda, birinci planda dikkate alınmasının, çocuğun menfaatlerinin, konuya ilişkin münferit diğer hususlarla aynı düzeyde ele alınamayacağı anlamına geldiğini ifade etmiştir. Bu yaklaşım da henüz 14 no.lu genel yorum yayınlanmamışken, İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi'nin 2011 tarihli bir kararında şu şekilde ifade edilmiştir:

*“Çocuğun yüksek menfaatinin öncelikle gözetilmesi, her ne kadar belirleyici faktör veya temel düşünce olması ile aynı anlama gelmiyor olsa da; en azından (diğer menfaatler arasında) birinci önemde kabul edilmesi gerekir.”*²⁴⁶

3. Çocuğun Yüksek Menfaatinin Karşısında Yer Alan Menfaatler

Çocuk Hakları Komitesi ile BMMYK, çocuğun yüksek menfaatinin ancak *hak temelli* hususlar ile aşılabileceğini kabul etmektedirler. Çocuk Hakları Komitesi, konuya ilişkin olarak şu ifadelerde bulunmaktadır:

“(…) Çocuğun yüksek menfaati ile diğer hususlar arasında titiz bir denge gözetilerek hak temelli diğer hususların çocuğun yüksek menfaatine üstün gelmesi durumunda çocuğun menfaatine uygun olmayan bir sonuç uygulanabilecektir. Örneğin, çocuğun ülkeden uzaklaştırılmasına ilişkin bir olayda çocuğun, bulunduğu ülkedeki Devletin ve toplumun güvenliği açısından ciddi bir risk oluşturması böyle bir durumdur. Buna karşılık, örneğin

568, 18.05.2001, para. 33; *H (H) v Deputy Prosecutor of the Italian Republic, Genoa* UKSC 25, 20.06.2012, para. 11.

²⁴⁵ ZH v SSHD, UKSC 4, 01.02.2011, para. 26, 44.

²⁴⁶ R (MXL) v SSHD EWHC 2397, 30.09.2010, para. 84; aynı yönde bkz. *H (H) v Deputy Prosecutor of the Italian Republic, Genoa* UKSC 25, 20.06.2012, para. 145; R(Mansoor) v SSHD, EWHC 832, 23.03.2011, para. 32.

genel göç kontrolü gibi, hakları temel almayan mülahazalar çocuğun yüksek menfaatine üstün gelemaz.”²⁴⁷

BMMYK ise bu hususu şu şekilde açıklamıştır:

“Bazı durumlarda çocuğun yüksek menfaati, toplumdaki diğer kişilerin veya grupların menfaatleri ile çatışabilir. ÇHS md. 3(1)’ e göre çocuğun yüksek menfaati düşünülmesi gereken ilk konu olmalıdır. Öte yandan ÇHS, çocuğun yüksek menfaatini nadiren de olsa gölgede bırakan hak temelli diğer unsurları göz ardı etmez. Çocuğun yüksek menfaati belirlendikten sonra, BMMYK’nın bu menfaati diğer insanların haklarına dayalı meşru unsurlarla dengelemesi gerekebilir.”²⁴⁸

Buna göre çocuğun menfaatine uygun olmayan bir sonucun uygulanması, ancak diğer bazı hakların korunmasına hizmet ettiği takdirde mümkün olabilecektir. Bununla birlikte Çocuk Hakları Komitesi, açıkça ifade etmemiş olsa da verilmiş olan örnekten anlaşıldığı kadarıyla, toplumdaki birey ve grupların, sınırları belirsiz ve genel kapsamda haklarının korunması da kabul edilmemektedir. Nitekim Çocuk Hakları Komitesi, genel göç kontrolünün, çocuğun yüksek menfaatinin etkisini ortadan kaldırmaya yetecek güçte, hak temelli bir husus olmadığını belirtmektedir.²⁴⁹ Oysa devletin göç kontrolünü sürdürmesi, ülkenin ekonomik refahını ve güvenliğini sağlamak için kullandığı bir araç olarak görülebilmektedir. Fakat hak temelli bütün hususların, çocuğun yüksek menfaati karşısında değeri aynı olmayacaktır. Örneğin, çocuğun yüksek menfaatinin çocuğun ve/veya ailesinin ülkeden uzaklaştırılmamasını gerektirdiği bir davada, devletin

²⁴⁷ General Comment No. 6, para. 86; Ayrıca bkz. UNCRC, Report of the 2012 Day of General Discussion: The Rights of all Children in the Context of International Migration, 2013, para. 73: “Devletler, mevzuat, politika ve uygulamalarında çocuğun yüksek menfaati ilkesinin göç, politika ve diğer idari tüm hususlar karşısında ayrıcalıklı olduğu hususunu açıklığa kavuşturmalıdırlar.”

²⁴⁸ UNHCR, BID Guidelines 2008, para. 3(6).

²⁴⁹ General Comment No. 6, para. 86.

ekonomik refahının tehlikeye düşmesi, topluma genel bir tehdit oluşturmaması, sınır bütünlüğünün tehlikeye atılması gibi genel nitelikli gerekçeler, çocuğun yüksek menfaatine ağır basacak faktörler olarak değerlendirilmemektedir.²⁵⁰ Buna karşın, çocuğun veya ebeveynlerinin ülkede kalışı, toplumdaki bireylere karşı özel bir risk oluşturuyorsa, örneğin, uyuşturucu ticareti yapılması gibi bir durumun varlığı halinde, somut olaya ilişkin diğer hususlar da birlikte değerlendirilerek çocuğun menfaatleri karşısında, toplumdaki bireylerin korunması daha güçlü bir değere sahip olabilecektir.

Dolayısıyla, çocuğun menfaatlerinin etkisini azaltan hususların hak temelli olması, spesifik bazı hakların korunmasına veya risklerin ortadan kaldırılmasına yönelik olmasını gerektirmektedir.²⁵¹ POBJOY ise yalnızca hak temelli menfaatlerin çocuğun yüksek menfaatini aşabileceğine ilişkin yaklaşımın, çok sıkı şekilde yorumlanması ve uygulanması durumunda, bu uygulamanın, lafzında böyle bir sınırlamaya yer vermemiş olan ÇHS md 3(1)' e aykırılık oluşturabileceğine işaret etmektedir.²⁵²

Ülkeden uzaklaştırmaya ilişkin çocuğun yüksek menfaati değerlendirilmesinde çocuğun menfaatleri karşısında yer alan menfaatleri şu şekilde sıralamak mümkündür: göç kontrolünün sürdürülmesi²⁵³, çocuk veya ebeveyni tarafından işlenen bir suçun sonucunda ev sahibi toplumun bireylerinin korunması²⁵⁴, uluslararası suçluların iadesi

²⁵⁰ Çocuğun menfaatleri karşısında yer alan menfaatlerin ikna edici nitelikte ve akıntı temelli olması gerektiğine dair bkz. **POBJOY**, s. 364.

²⁵¹ “Eğer düzensizlik veya suç önlemediğinde toplumdaki diğer bireylerin haklarını koruduğu görülüyorsa, ülkenin ekonomik refahı korunduğunda da hakların korunduğunu görmek mümkündür. (...) Bir bireyin ülkede kalmaya devam etmesi halinde; toplumdaki diğer bireyler için belirli bir risk teşkil ettiği iddiası, ülkenin ekonomik refahına genel bir tehdit oluşturduğu iddiasına göre çocuğun menfaatlerini daha kolay baskılayabilecek güçtedir.” Bkz. ZH v SSHD, UKSC 4, 01.02.2011, para. 28:

²⁵² **POBJOY**, s. 365.

²⁵³ ZH v SSHD, UKSC 4, 01.02.2011, para. 28; Ye v. Minister of Immigration, NZSC 76, 20.07.2009, para. 31; R(Mansoor) v SSHD, EWHC 832, 23.03.2011, para. 35.

²⁵⁴ Her ne kadar çocuğun ebeveyninin fiilinden dolayı cezalandırılmaması gerekse de; ebeveyninin suç teşkil eden fiileri, toplum için risk oluşturabileceğinden dolayı çocuğun yüksek menfaatinin ağırlığını azaltıcı etkide bulunabilir. Böyle bir durumda çocuğun ebeveyniyle birlikte gitmesi veya ülkede kalması seçeneklerinden hangisinin menfaatine olduğu tespit edilmelidir. **POBJOY**, s. 41; Konuya ilişkin olarak bkz. Lee v. SSHD, EWCA Civ 348, 29.03.2011; *Omotunde v SSHD* [2011] UKUT 00247, 25.05.2011

sisteminin uyumu²⁵⁵, çocuklarını ülkeye giriş bileti (*anchor children*) olarak kullanan ebeveynlerin caydırılması, insan kaçakçılığının caydırılması ve ülkelerarası çocuk kaçıran ebeveynlerin caydırılması.

Dengeleme aşamasında, yalnızca çocuğun menfaatleri ile çelişen menfaatler dikkate alınmamalı, aynı zamanda çocuğun menfaatlerini destekleyen, konuya ilişkin diğer hususlar da göz önünde tutulmalıdır. Çocuğun yüksek menfaatinin kararlarında dikkatle ele alan yabancı mahkemeler de çocuğun yüksek menfaatinin korunmasında kamu menfaati olduğunu kabul etmektedir. Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi, iadesi istenen bir kişinin çocukları bakımından yaptığı bir değerlendirmede şu ifadelerde bulunmuştur:

*“Bu, yalnızca çocuğun bireysel menfaatlerini, suçluların iadesindeki kamu menfaatine karşı dengeleme meselesi değildir, zira çocuğun yüksek menfaatinin teşvik etmenin topluma daha büyük bir yararı vardır.”*²⁵⁶

Çocuğun kendi fiillerinin ortaya çıkardığı sonuçların, dengelemede çocuğun yüksek menfaatleri karşısında yer almasıyla ilgili olarak ise BMMYK'nın mülteci statüsünün belirlenmesi sırasında dışarıda bırakma hükümlerinin çocuğa uygulanması konusundaki görüşleri yol gösterici olabilmektedir. 1951 Sözleşmesi' ninsöz konusu hükümleri, korunma ihtiyacı olsa dahi bu korumaya layık olmayan bireylerin kapsam dışı bırakılmasına yöneliktir.²⁵⁷ Bu bağlamda bazı sığınmacıların statü tanımında yer alan kriterleri karşılamalarına rağmen 1951 Sözleşmesinin kişi yönünden kapsamı dışında

²⁵⁵ *H (H) v Deputy Prosecutor of the Italian Republic, Genoa* UKSC 25, 20.06.2012.

²⁵⁶ (vurgu eklenmiştir) *H (H) v Deputy Prosecutor of the Italian Republic, Genoa* UKSC 25, 20.06.2012, para. 25.

²⁵⁷ 1951 Sözleşmesi md. 1(F): “*Bu Sözleşme hükümleri:*

(a) barışa karşı suç, savaş suçu veya insanlığa karşı suç gibi suçlar için hükümler koyan uluslararası belgelerde tanımlanan bir suç işlediğine;

(b) mülteci sıfatıyla kabul edildiği ülkeye sığınmadan önce, sığındığı ülkenin dışında ağır bir siyasi olmayan suç işlediğine;

(c) Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine aykırı fiillerden suçlu olduğuna; dair hakkında ciddi kanaat mevcut olan bir kişi hakkında uygulanmayacaktır.”

bırakılmalarının gerekçesi, bu bireylerin aşırı derecede fena eylemlerde bulunmalarından dolayı mülteci sözleşmesinin sunduğu korumayı hak etmemeleridir.²⁵⁸ Konuyla ilişkili olarak çocuğun yüksek menfaatinin ülkede kalmayı gerektirdiği durumlarda da kendi fiillerinin ortaya çıkardığı olumsuz durumların çocuğun yüksek menfaatinin aşacak düzeyde olması halinde çocuk, bu korumadan mahrum kalabilmektedir. Bundan dolayı çocuğun fiillerinin çocuğun korunmasına engel oluşturabileceği durumlarda değerlendirme sırasında BMMYK’ nın yaklaşımı yol gösterici olabilecektir:

“Her bir somut olayda, duruma ilişkin detaylı ve bireyselleştirilmiş bir inceleme gerçekleştirilmelidir. Bir çocuğun durumunda, dışarda bırakmaya ilişkin incelemede,(...) uluslararası ve ulusal hukuk kapsamında çocuklara sağlanan özel statü, haklar ve korumayı düzenleyen kural ve ilkelerin de dikkate alınması gerekmektedir. Özellikle, çocuğun yüksek menfaati, çocukların zihinsel kapasiteleri ve kendilerinden yapmaları talep edilen veya kendilerine yapmaları emredilen eylemleri anlama ve onaylama yetileri ile ilgili ilkelerin dikkate alınması gerekir.”²⁵⁹

Paris İlkelerinde ise konuya ilişkin şu hususlar ifade edilmiştir:

“Silahlı güçler veya silahlı gruplar ile ilişkiliyken uluslararası hukuk altında suç işlediği öne sürülen çocuklar, sadece fail olarak değil öncelikle uluslararası hukuka karşı işlenmiş suçların kurbanı olarak düşünülmelidir.”²⁶⁰

III. AİHM’in Ülkeden Uzaklaştırmaya İlişkin İçtihadında AİHS Md. 8 Çerçevesinde Çocuğun Yüksek Menfaatinin Değerlendirilmesi

AİHM’ in ülkeden uzaklaştırmaya dair içtihadında çocuğun yüksek menfaatinin değerlendirmeye dahil edildiği ilk dava *Rodrigues Da Silva and Hoogkamer v. The*

²⁵⁸ ÖZTÜRK, s. 314.

²⁵⁹ UNHCR, Kılavuz İlkeler, para. 63.

²⁶⁰ UNICEF, *The Paris Principles. Principles and Guidelines on Children Associated With Armed Forces or Armed Groups*, February 2007, <https://www.refworld.org/docid/465198442.html>, (E.T. 05.05.2020), para. 3(6).

Netherlands davasıdır.²⁶¹ Bu davada Mahkemenin çocuğun yüksek menfaatini dikkate almasında, yerel makamlar nezdinde gerçekleştirilen işlemler sırasında çocuğun yüksek menfaatinin araştırılmış olmasının büyük etkisi olduğunu söylemek mümkündür. Zira AİHM' in, yerel düzeyde gerçekleşen hukuki süreçte elde edilmiş olan, çocuğun ev sahibi ülkede kalmasının çocuğun yüksek menfaatine uygun olduğunu belirten bir sosyal inceleme raporuna istinaden çocuğun yüksek menfaatine atıfta bulunulduğu görülmektedir.²⁶² AİHM' in esastan inceleme yaptığı bu davada değerlendirme süreci, şu sözlerle yansıtılmaktadır:

*“Mahkeme, ülkeden uzaklaştırma kararının, başvuru sahibinin bir anne olarak sorumlulukları ile kızıyla birlikte (sahip olduğu) aile yaşamı üzerindeki kapsamlı sonuçları ışığında, başvuranın ev sahibi ülkede kalmasının, açıkça kızının yüksek menfaatine olduğunu dikkate alarak, davanın somut koşullarında, ülkenin ekonomik refahının, başvuranın ülkede ikamet etmesi karşısında ağır basmadığına karar vermiştir.”*²⁶³

Bu davadan kısa bir süre sonra AİHM, ülkeden uzaklaştırmaya dair davaların karmaşık ve belirsiz yönünü aşmak için benzer davalarda yerel mahkemelerce de kullanılmak üzere geliştirdiği kriterlere²⁶⁴ çocuğun yüksek menfaatine ilişkin iki kriter

²⁶¹ ECtHR- *Rodrigues Da Silva and Hoogkamer v. The Netherlands*, App. No. 50435/99, 31.01.2006

²⁶² ECtHR- *Rodrigues Da Silva and Hoogkamer v. The Netherlands*, App. No. 50435/99, 31.01.2006, para. 41.

²⁶³ ECtHR- *Rodrigues Da Silva and Hoogkamer v. The Netherlands*, , App. No. 50435/99, 31.01.2006 Para. 44. Benzer bir değerlendirme örneğine AİHM'in *Nunez v. Norway* davasında rastlanmaktadır: “(...) Yukarıdaki hususların hepsi, özellikle çocukların annelerine uzun süredir devam eden yakın bağları, (...), çocukların halihazırda yaşadıkları stres ve rahatsızlıkları, (...) idari makamlar nezdinde geçen uzun süreler dikkate alınarak Mahkeme, davanın somut ve istisnai koşullarında çocukların yüksek menfaatlerine AİHS m. 8'in amaçları doğrultusunda yeterli ağırlığın verildiğine ikna olmamıştır. Aynı zamanda BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3. Maddesinde, çocuklarla ilgili kamu yetkilileri tarafından gerçekleştirilen tüm eylemlerde çocuğun yüksek menfaatinin öncelikli olacağı ifade edilmektedir. Bu nedenle Mahkeme, davalı Devlet yetkililerinin, 'etkin göç kontrolünün güvence altına alınmasındaki kamu menfaati' ile 'başvuranın çocuklarıyla iletişimini devam ettirmek için ev sahibi ülkede kalması gerekliliği' arasında adil bir denge sağlarken takdir marjı içerisinde hareket ettiğinden tatmin olmamıştır.” ECtHR- *Nunez v. Norway*, App. No. 55597/09, 28.06.2011, para. 84.

²⁶⁴ Boulthiff kriterleri: ECtHR- *Boulthiff v. Switzerland*, App. No. 54273/00, 02.08.2001, para. 48.

daha eklemiştir.²⁶⁵ Böylece ebeveyninin ülkeden uzaklaştırılmasının çocuk üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesinde çocuğun yüksek menfaati ilkesinin de dikkate alınması gerektiği açıkça ifade edilmiş olmuştur. Esastan inceleme²⁶⁶ yaklaşımının benimsendiği davalarda, somut olayın özellikleri, bu kriterler üzerinden bizzat AİHM tarafından değerlendirilmektedir. Çocuğun yüksek menfaati de bu değerlendirmede göz önüne alınmaktadır:

“Davanın belirli koşullarında, başvurusuyla ülkeden uzaklaştırmaya ilişkin kararın, (somut olayla) ilgili menfaatler, yani başvuru sahibinin aile yaşamına saygı gösterme hakkı ile düzensizliğin veya suçun önlenmesi arasında adil bir denge sağlayıp sağlamadığı anlaşılmalıdır. Tedbirin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını incelemek için rehber ilkeler Mahkeme tarafından şu şekilde belirlenmiştir (bkz. Boultif, ve Üner): Böyle bir durumda ilgili kriterleri değerlendirirken AİHM, başvuranın işlediği suçun niteliğini ve ciddiyetini, başvuranın uzaklaştırılacağı ülkede kaldığı sürenin uzunluğunu, suçtan bu yana geçen sürede, ilgili kişilerin tabiyeti, evliliğin süresi gibi başvuranın aile durumu ve eşin suçtan haberi olup olmadığı, bir çiftin aile yaşamının etkinliğini ifade eden diğer faktörler, evlilikte çocuklar olup olmadığı ve eğer öyleyse yaşları ve eşinin menşe ülkesinde karşılaşılabileceği zorlukların ciddiyeti gibi faktörlerin yanısıra çocuğun yüksek menfaati ve refahını araştırarak; özellikle başvuranın çocuklarının uzaklaştırılacağı ülkede karşılaşılabilecekleri zorlukların ciddiyetini,

²⁶⁵ “Mahkeme, Boultif’te belki zımni olarak yer alan iki kriteri açıkça belirtmek ister: (1)Çocuğun yüksek menfaati ve refahı, özellikle de başvuranın çocuklarının uzaklaştırılacağı ülkede karşılaşılabilecekleri zorlukların ciddiyeti ve (2) ev sahibi ülke ile varış ülkesindeki sosyal, kültürel ve aile bağlarının güçlülüğü.” ECtHR- Üner v. Netherlands, App. No. 46410/99, 18.10.2006, para. 58.

²⁶⁶ AİHM’in esastan inceleme yaklaşımını benimsemesi, Mahkemenin davanın esasına girip bir karar vermesi olarak anlaşılmalıdır. Çalışmanın ilerleyen kısımlarında bahsedileceği üzere esastan inceleme, Mahkeme’nin değerlendirme yaparken somut olayın koşullarını bizzat değerlendirerek bir karara vardığı bir değerlendirme yaklaşımıdır.

sosyal, kültürel ve aile bağlarının ev sahibi ülke ve varış ülkesindeki kuvvetliliğini dikkate alacaktır.”²⁶⁷

AİHM’in çocuğun yüksek menfaatinin değerlendirildiği ülkeden uzaklaştırmaya ilişkin davaların çoğu ebeveynin ülkeden uzaklaştırılmasına ilişkin olmakla birlikte nadir de olsa çocuğun ülkeden uzaklaştırma kararına konu olduğu davalar da bulunmaktadır. Çocuğun yüksek menfaatinin çocuğa ilişkin ülkeden uzaklaştırma kararı üzerinden değerlendirildiği ilk ve en önemli görülen dava *Maslov v. Austria*²⁶⁸ davasıdır. Bu davada mahkeme, *Boultyff* kriterlerini somut olayla ilişkili yeni kriterler ekleyerek esastan değerlendirmiş²⁶⁹; çocuğun yüksek menfaatinin ise ayrı bir kriter; asli bir hak olarak ele almış²⁷⁰ ve ÇHS’ de bulunan bir başka hak ile ilişkilendirmiştir. Bu yönüyle söz konusu dava, AİHM’ in esastan inceleme yaklaşımına iyi bir örnektir. Öte yandan AİHS’ te bulunmayan sosyal ve ekonomik hak niteliğinde bir hakkın değerlendirmeye temel alınması doktrinde bazı yazarlarca eleştirilmiştir.²⁷¹

“Mahkeme, bir çocuk suçluya karşı ülkeden uzaklaştırma tedbirinin söz konusu olduğu durumlarda, çocuğun yüksek menfaatinin göz önünde bulundurma yükümlülüğünün, çocuğun topluma yeniden entegrasyonunu kolaylaştırma yükümlülüğü içerdiğini düşünmektedir. Bu bağlamda AİHM, Çocuk Hakları Sözleşmesi’ nin 40. Maddesinin yeniden entegrasyonu, çocuk adalet sistemi tarafından yürütülecek bir amaç haline getirdiğine dikkat çekmektedir. Mahkeme’nin görüşüne göre, bu amaç, bir çocuk suçlu için son çare olarak kalması gereken aile ilişkileri veya sosyal bağlarının sınırlandırılması yoluyla

²⁶⁷ Vurgular eklenmiştir. ECtHR- Bajsultanov v. Austria, App. No. 54131/10, para.83.

²⁶⁸ ECtHR- Maslov v. Austria, App. No. 1638/03, 23.06.2008.

²⁶⁹ ECtHR- Maslov v. Austria, App. No. 1638/03, 23.06.2008, para.77-100;

²⁷⁰ **LELOUP, M.:** "The principle of the best interests of the child in the expulsion case law of the European Court of Human Rights: Procedural rationality as a remedy for inconsistency", Netherlands Quarterly of Human Rights, 2019, vol. 37, S. 1.s. 50-68, s. 61.

²⁷¹ **SMYTH**, s. 87.

elde edilemeyecektir. Bu hususların Avusturya makamları tarafından yeterince dikkate alınmadığını tespit etmiştir.”²⁷²

Belirtmek gerekir ki çocuğun yüksek menfaati, ülkeden uzaklaştırmaya ilişkin davalarda esas alınan kriterlerden yalnızca birini oluşturmaktadır.

A. Çocuğun Yüksek Menfaatinin Değerlendirilmesinde Dikkate Alınan Hususlar

AİHM, esastan inceleme yaklaşımını benimsediği ülkeden uzaklaştırmaya ilişkin davalarda, çocuğun yüksek menfaatlerini yaş, (ev sahibi ülkede ve gönderileceği ülkedeki) *ilişki yoğunluğu* ve *etkili aile bağları* olmak üzere üç unsur etrafında değerlendirmektedir. Çocuğun yüksek menfaatine ilişkin bir değerlendirmede, hak ihlaline sebep olduğu iddia edilen kararın çocuk/çocuklar üzerindeki etkilerini dikkate almakta; önündeki davada bireysel koşullar ve istisnai durumlar bağlamında karara varmaktadır. Fakat her bir davada diğer koşulların da etkisiyle esas aldığı yaş, ilişkilerin yoğunluğu ve etkililiğine ilişkin tespitlerin değişkenlik gösterdiği anlaşılmaktadır.²⁷³

1. Yaş

AİHM içtihadında çocuğun yüksek menfaatinin değerlendirilmesinde dikkate alınan ilk faktör, ülkeden uzaklaştırma kararından etkilenen çocuğun yaşı faktörüdür. Uzaklaştırma işleminin gerçekleştirilmesinin çocuk üzerindeki etkilerinin belirlenmesinde AİHM, çocuğun yaşının, uzaklaştırılacağı ülkeye uyum sağlayabilmesi üzerinde etkili olabileceğini kabul etmektedir. Buna göre çocuğun yaşı ne kadar küçükse, ev sahibi ülke ile bağları o kadar zayıftır ve uzaklaştırıldığı ülkeye uyum sağlamak konusunda da büyük zorluklar çekmeyecektir. Böylece, küçük yaşta bir çocuk hakkında

²⁷² ECtHR- Maslov v. Austria, App. No. 1638/03, 23.06.2008, para. 83; Mahkemenin bu yaklaşımı benzer davalarda aynen tekrar edilmiştir, bkz. ECtHR- Külekci v Austria App. No. 30441/09, 1.06.2017, para. 44-52; ECtHR- A.A. v UK, App. No. 8000/08, 20.09.2011, para. 56-68.

²⁷³ SMYTH, s. 75-85.

uzaklaştırma kararının verilmesi, daha büyük yaşta bir çocuk hakkında uzaklaştırma kararı verilmesine kıyasla çocuğun yüksek menfaatine daha az zarar verecektir. Bu doğrultuda AİHM, sıklıkla, başvurucunun çocuğunun genç ve uyum sağlayabilir yaşta (*young and adaptable age*) olmasına atıfta bulunmaktadır.²⁷⁴

Her ne kadar kabul edilen anlayışın temelindeki mantık kabul edilebilir olsa da bu kriterin uygulanmasına ilişkin önemli tutarsızlıklar göze çarpmaktadır. İlk olarak, Mahkeme'nin, *uyum sağlayabilir yaş* olarak atıfta bulunduğu yaşı tespit ederken, çocuğun *hangi andaki yaşının* esas alınacağı konusunda istikrarlı bir uygulama olmadığı anlaşılmaktadır. AİHM, bazı kararlarında yerel makamlardaki sürecin tamamlandığı²⁷⁵ veya ülkeden uzaklaştırma kararının verildiği andaki²⁷⁶ yaşı; bazı kararlarında ise ülkeden uzaklaştırmanın gerçekleştiği andaki yaşı²⁷⁷ esas almaktadır. Uygulamaya bakıldığında ise bu tarihler arasında, çocuğun uyum sağlayabilme haline etki edebilecek ölçüde, birkaç yıl fark olabildiği görülmektedir.

İkincisi, AİHM, yaş faktörünü tutarlı bir şekilde değerlendirmeye dahil etmemektedir. Bazı kararlarında başvurucunun, ülkeden uzaklaştırma işleminden etkilenebilecek çocuğu olmasına rağmen yaş faktöründen hiç bahsetmemekte veya birden fazla çocuğu olan başvurucunun çocuklarının bazılarının yaşına atıfta bulunurken diğerlerini göz ardı etmektedir. Örneğin, *Paposhvili - Belçika* kararında, çocuklar altı ve on dört yaşlarında olmalarına rağmen Mahkeme çocukların yaşına atıfta

²⁷⁴ ECtHR- Salija v Switzerland App. No. 55470/10, 10.01.2017, para. 50; ECtHR- Adeishvili v Russia App. No. 43553/10, 16.10.2014, para 83; ECtHR- Palanci v Switzerland App. No. 2607/08, 25.03.2014, para. 61; ECtHR- S.J. v Belgium App. No. 70055/10, 27.02.2014, para.142; ECtHR- Kissiwa Koffi v Switzerland App. No. 38005/07, 15.11.2012, para. 68; ECtHR- Bajsultanov v Austria App. No. 54131/10, 12.06.2012, para. 27; ECtHR- Arvelo Aponte v Netherlands App. No. 28770/05 03.11.201, para. 60; ECtHR- Omojudi v UK App. No. 1820/08, 24.11.2009, para. 46; ECtHR- Onur v UK App. No. 27319/07, 17.02.2009, para. 60; ECtHR- Darren Omoregie and others v Norway, App. No. 265/07, 31.07.2008, para. 66.

²⁷⁵ ECtHR- Palanci v Switzerland App. No. 2607/08, 25.03.2014, para 61; ECtHR- Kaya v Germany App. No. 31753/02, 28.06.2007, para. 57; ECtHR- Yildiz v Austria, App. No. 37295/97, 31.10.2002, para. 44.

²⁷⁶ ECtHR- Salija v Switzerland App. No. 55470/10, 10.01.2017, para. 50.

²⁷⁷ ECtHR- Maslov v Austria, App. No. 1638/03, 23.06.2008, para. 93; ECtHR- Akbulut v UK, App. No. 53586/08,10.04.2012, para. 23.

bulunmamıştır.²⁷⁸ *Sezen v. the Netherlands* başvurusunda ise Mahkeme, normalde uyum sağlayabilir yaşta sayılabilecek çocukların (iki ve sekiz) yaşlarından hiç bahsetmemiştir. Yargıçlar *Thomassen ve Jungswiert*, karşı görüşlerinde buna dikkat çekmişlerdir.²⁷⁹

Üçüncüsü, mahkemenin uyum sağlayabilir yaş olarak kabul ettiği *yaş aralığı* bakımından da tutarsızlıklara rastlanmaktadır. AİHM genellikle, çok küçük yaşta çocukların uyum sağlayabilir yaşta olduğu; reşit olmaya yakın olan büyük yaşta çocukların da uyum sağlayamayacak yaşta olduğu yönünde bir uygulama geliştirmiştir.²⁸⁰ Fakat uyum sağlayabilir yaş eşiğinin ne olduğunu net bir şekilde ortaya koymamaktadır. Mahkeme çok sayıda kararında altı yaşında veya daha büyük çocukları uyum sağlayabilir bulmuş olsa da²⁸¹, nispeten yakın tarihli *Kolonja v. Greece*²⁸² kararında bunun tam tersi bir sonuca varmış gibi görünmektedir. Bu kararda mahkemenin, bu zamana kadar uyum sağlayabilir yaş olarak kabul ettiği yaşa hiçbir atıfta bulunmayarak; altı yaşındaki çocuğun uzaklaştırılacağı ülkedeki hayata adapte olamayacağını kabul ettiği anlaşılmaktadır.²⁸³ Bir başka kararında Mahkeme, sırasıyla yedi, on ve on iki yaşlarındaki üç çocuğun, ebeveynleriyle birlikte ülkeden uzaklaştırıldıkları takdirde yeni bir yaşama ciddi bir zorluk yaşamadan uyum sağlayabileceklerine karar vermiştir.²⁸⁴ Bu örnekler yaş kriterinin AİHM içtihadı nezdinde dezavantajlarını göstermektedir. Çocuk çok küçükken veya reşit olmaya yakın olduğunda net bir durum ortaya çıksa da çocuğun yaşı, geçiş noktalarında (örneğin sözü edilen davadaki gibi 12 veya 10 yaşında) olduğunda

²⁷⁸ ECtHR- Paposhvili v Belgium App. No. 41738/10, 17.04.2014.

²⁷⁹ ECtHR- Sezen v the Netherlands, App. No. 50252/99, 31.01.2006.

²⁸⁰ Örneğin bir yaşındaki çocuk (bkz. ECtHR- Arvelo Aponte v Netherlands App. No. 28770/05, 03.11.2011; veya iki yaşında çocuğun uyum sağlayabilir yaşta olduğu (bkz. ECtHR- Adeishvili v Russia App. No. 43553/10, 16.10.2014); 16, 17 yaşlarındaki çocukların ise uyum sağlayamaz sayıldığı (bkz. ECtHR- Omojudi v UK App. No. 1820/08, 24.11.2009) kararlar mevcuttur.

²⁸¹ ECtHR- S.J. v Belgium App. No. 70055/10, 27.02.2014, para. 142; ECtHR- Bajsultanov v Austria App. No. 54131/10, 12.06.2012, para. 27; ECtHR- Üner v The Netherlands, App. No. 46410/99, 18.10.2006, para. 64.

²⁸² ECtHR- Kolonja v Greece, App. No. 49441/12, 19.05.2016.

²⁸³ ECtHR- Kolonja v Greece App no 49441/12 (ECtHR, 19 May 2016, para. 56.

²⁸⁴ ECtHR- Palanci v Switzerland App. No. 2607/08, 25.03.2014, para. 61.

uygulamada tutarsızlıklar ortaya çıkmaktadır. Bu yaşlardaki çocuklar bakımından AİHM içtihadında çocuğun uyum sağlayabilir olduğu ve olmadığı yaş arasındaki açık bir ayrım yapmak oldukça zor görünmektedir.

2. Ev Sahibi Ülke ve Çocuğun Uzaklaştırılacağı Ülke İle Bağlar

Mahkemenin çocuğun yüksek menfaati değerlendirmesinde dikkate aldığı unsurlardan ikincisi çocuğun halihazırda bulunduğu ve uzaklaştırılacağı ülkedeki sosyal, kültürel ve diğer bağlarıdır. Bu kriter, büyük ölçüde yaş kriteri ile örtüşmektedir. Nitekim AİHM, bir ülkede ne kadar uzun vakit geçirilmişse o kadar sıkı bağlar kurulmuş olacağı anlayışıyla hareket etmektedir.²⁸⁵ Bu bağlar, o ülkede konuşulan dil²⁸⁶ veya kültürün bilinmesi²⁸⁷, daha önce o ülkeye ziyaretler²⁸⁸ gibi çok sayıda hususu bünyesinde barındırmaktadır. Örneğin eğer çocuk uzaklaştırılacağı ülkenin vatandaşlığını taşıyorsa bu faktör dengelemede çocuğun yüksek menfaati karşısında önemli bir yere sahip olabilecektir.

3. Etkili Aile Bağları

Üçüncü faktör, bilhassa ebeveynlerden birinin ülkeden uzaklaştırılmasına karar verilirken değerlendirilen aile bağlarının gücüdür. Mahkeme burada aile bağlarının gerçekliğini ve kapsamını belirlemekte ve ülkeden uzaklaştırma işleminin mevcut aile hayatı üzerindeki etkisini değerlendirmektedir. Burada Mahkeme'nin temel aldığı anlayış şu şekildedir: çocuğun her iki ebeveyni ile birlikte yaşaması ve sürekli ilişki kurması, gelişimi için oldukça önemlidir. Dolayısıyla olabildiğince aile birliği korunmalıdır. Fakat aile, ülkeden uzaklaştırma kararından önce dağılmışsa, aile bağlarının zaten zayıflamış

²⁸⁵ ECtHR- Üner v The Netherlands, App. No. 46410/99, 18.10.2006, para. 58.

²⁸⁶ ECtHR- Palanci v Switzerland App. No. 2607/08, 25.03.2014, para. 61; ECtHR- Zuluaga v UK, App. No. 20443/08, 18.01.2011, para. 30.

²⁸⁷ ECtHR- Salija v Switzerland App. No. 55470/10, 10.01.2017, para. 50.

²⁸⁸ ECtHR- Kisiwa Koffi v Switzerland, App. No. 38005/07, 15.11.2012, para. 68.

olduğu kabul edilmekte; bu nedenle ebeveynin ülkeden uzaklaştırılmasının, çocuğun aile hayatına büyük bir etkide bulunmayacağı, böylece ülkeden uzaklaştırma kararının çocuğun yüksek menfaatine daha az zarar vereceği varsayılmaktadır. Buna karşılık çocuğu ile güçlü bağlara sahip olan bir ebeveynin ülkeden uzaklaştırılmasında, bu faktör belirleyici etkiye sahip olabilmektedir. Çocukları ile yakın ilişki içerisinde olan annenin ülkeden uzaklaştırılmasının önlenmesine ilişkin *Nunez v. Norway* kararı, bu duruma örnek teşkil edebilecektir:

*“(...) Yukarıdaki hususların hepsi, özellikle çocukların annelerine uzun süredir devam eden yakın bağları, (...), çocukların halihazırda yaşadıkları stres ve rahatsızlıkları, (...) idari makamlar nezdinde geçen uzun süreler dikkate alınarak Mahkeme, davanın somut ve istisnai koşullarında çocukların yüksek menfaatlerine AİHS m. 8' in amaçları doğrultusunda yeterli ağırlığın verildiğine ikna olmamıştır.”*²⁸⁹

Mahkeme, aile bağlarının güçlü olmadığının tespitinde uzaklaştırılması söz konusu olan ebeveynin, çocuğunun veya çocuklarının yetiştirilmesinde ne kadar etkisinin olduğu ve birlikte ne kadar süre yaşadıklarına²⁹⁰ dikkat etmektedir. Örneğin ebeveynin ülkeden uzaklaştırma kararından önce birkaç yıl hapisshanede kalması²⁹¹ aile bağlarının zayıfladığının göstergesi olarak kabul edilebilmektedir. Bu kriterin kullanılması esasen AİHS' in 8. Maddesinin gerektirdiği dengeleme uygulamasından kaynaklanmaktadır. Nitekim aile bireylerinden birinin ülkeden uzaklaştırmasına ilişkin kararlar, toplumun çıkarlarının ailenin çıkarları ile dengelenmesine dayanmaktadır. Ebeveyn ve çocuk arasındaki bağlar, her ne sebeple olursa olsun zayıfsa, çocuğun yüksek menfaatleri, bu ebeveynin sınır dışı edilmesinden daha az etkilenecektir.²⁹² Bu anlamda, çocuğunun

²⁸⁹ ECtHR- *Nunez v. Norway*, App. No. 55597/09, 28.06.2011, para.84.

²⁹⁰ ECtHR- *Loy v Germany* App. No. 15069/08, 07.10.2014, para. 34; ECtHR- *Joseph Grant v UK* App. No. 10606/07, 02.01.2009, para. 40.

²⁹¹ ECtHR- *Akbulut v UK*, App. No. 53586/08,10.04.2012, para. 23.

²⁹² ECtHR- *Salem v Denmark*, App. No. 77036/11, 01.12.2016, para. 78; ECtHR- *M.E. v. Denmark* App. No. 58363/10, 08.06.2014, para 80.

yetiştirilmesine hiç katkıda bulunmamış bir baba, bir uzaklaştırma kararına karşı çocuğunun aile birliğine ilişkin yüksek menfaatlerinin gücüne dayanamayacaktır.

Bununla birlikte, eğer aile birliği korunuyor ve aile bireyleri arasında güçlü bağlar bulunuyorsa; AİHM, genellikle ebeveynlerden birinin ülkeden uzaklaştırılmasına ilişkin davalarda, çocuğun menfaatini, ülkede kalmaya hakkı olan eşin menfaati ile birlikte değerlendirmekte; eş ve çocukların, başvuru sahibi ebeveyn ile gitmeleri için *aşılmaz engeller (insurmountable obstacles)* olması durumunda bir ihlalin varlığını tespit etmektedir. Böyle bir engelin bulunmadığı durumlarda ise ülkeden uzaklaştırılan kişinin aile bireylerinin tamamının ülkeden uzaklaştırılmasını AİHS md.8'e uygun görmektedir: *Bajsultanov v. Austria* kararında Mahkeme bu yaklaşımını şu sözlerle ifade etmiştir.:

“Başvuranın eşi tüm hayatını kocasıyla Avusturya'ya gidene kadar Çeçenistan'da geçirmiştir. Çiftin çocukları hala oraya uyum sağlayabilecek yaşıdadırlar. Başvuranın eşi, Çeçenistan' a dönme konusunda isteksiz olabilir. Mahkeme, ailenin yer değiştirmesinin zorluklarını hafife almasa da, başvuranın karısı ve çocuklarının, başvurunu takiben Çeçenistan' a gidip orada bir aile hayatı kurmalarının önünde aşılmaz engeller olduğuna dair bir gösterge yoktur.”²⁹³

Bununla birlikte, Mahkemenin söz konusu eşiği uygulamada konusunda tutarlı olduğunu söylemek güçtür. Nitekim Mahkeme, *Priya v. Denmark*²⁹⁴ başvurusunda, diğer eşin ülkeden uzaklaştırılan eş ile birlikte gitmesi için *engeller* olup olmadığını ararken *Palanci v. Switzerland*²⁹⁵ başvurusunda ise büyük engellerin bulunup bulunmadığını; *Sezen v. The Netherlands* başvurusunda ise eşin, diğer eş ile birlikte gitmesinin kendisinden gerçekten beklenebiliyor olup olmadığını araştırmıştır.²⁹⁶

²⁹³ Vurgu eklenmiştir. ECtHR- Bajsultanov v Austria App. No. 54131/10, 12.06.2012, para. 90. Aynı yönde bkz. ECtHR- Nacic v Sweden App no 16567/10, 15.05.2012, para 85; ECtHR- Antwi v. Norway App. No. 26940/10, 14.02.2012, para. 98; ECtHR- Zuluaga v UK, App. No. 20443/08, 18.01.2011, para 31; ECtHR- Darren Omoregie and others v Norway App. No. 265/07, 31.07.2008, para. 66.

²⁹⁴ ECtHR- Priya v. Denmark, App. No. 13594/03, 06.07.2006.

²⁹⁵ ECtHR- Palanci v Switzerland App. No. 2607/08, 25.03.2014, para. 61.

²⁹⁶ ECtHR- Sezen v the Netherlands, App. No. 50252/99, 31.01.2006, para. 47.

Bu tutarsızlıklara rağmen, aşılmaz engellerin bulunması (*insurmountable obstacles*) eşığının kabul edilmesiyle ilgili bazı sorunlar ileri sürülmektedir. Bunlardan ilki, bu eşığın ön koşul teşkil etmesinin, çocuğun yüksek menfaati ile çeliştiği yönündedir. Çocuğun yüksek menfaati ilkesinin kapsamı ve kendisine verilmesi gereken ağırlık konusunda bir fikir birliği olmamasına rağmen, genellikle çocuğun menfaatlerinin diğer menfaatlerden daha ağırlıklı bir menfaat olduğu kabul edilmektedir.²⁹⁷ Dengeleme aşamasında çocuğun menfaatlerinin, başka bir ülkeye yerleşmenin önünde *engeller* veya *aşılmaz engeller* bulunduğunu göstermesi gerekliliği, çocuğun yüksek menfaatinin diğer menfaatlerden daha üstün konumu ile bağdaşmamaktadır.²⁹⁸ Nitekim bu durumda, ülkede kalmaya hakkı olan bir çocuğun ülkeyi terk etmek veya ülkede ebeveynleri olmadan yaşamaya devam etmek arasında bir seçime zorlanması söz konusudur.

Hem idari yükümlülüklerin ihlali hem de bir suçtan dolayı ceza almış olan bireylerin ülkeden uzaklaştırılmalarına ilişkin başvurularda aşılmaz engellerin bulunmasına ilişkin eşikten yararlanılmaktadır. Bu eşığın özellikle idari yükümlülüklerin ihlali nedeniyle hakkında ülkeden uzaklaştırma kararı verilmiş olan bireyler bakımından uygulanması bazı yazarlarca eleştirilmektedir. Bunun yerine çocuğun ve ailenin merkeze alındığı bir yaklaşım benimsenerek bu eşığın yeniden düzenlenmesinin çocuğun yüksek menfaatini daha iyi koruyacağı ifade edilmektedir.²⁹⁹

²⁹⁷ **LELOUP**, s. 57, dn. 66.

²⁹⁸ AİHM, çocuğun her iki ebeveyni ile düzenli iletişim kurarak yetişmesini çocuğun yüksek menfaatinin bir gereği olarak görmektedir. Bundan dolayı genellikle hakkında uzaklaştırma kararı verilen ebeveyn, ailesinin kendisiyle gelebilmesi için aşılmaz engeller bulunduğunu ispat edemediği durumlarda çocuklar ve ebeveynleri birlikte uzaklaştırılmaktadır. Fakat, çocuğun annesi ile babası boşanmış veya ayrılmışsa ve çocuğun velayeti ülkede kalan ebeveynine verilmişse; çocuğun menfaatleri devletin menfaatlerini aşabilmektedir. Nitekim mahkeme, çocuğun her iki ebeveyni ile iletişimini sürdürebilmesinin tek yolunun hakkında uzaklaştırma kararı verilen ebeveyninin de ülkede kalmasına izin verilmesi olduğunu kabul etmektedir. *Udeh v. Switzerland* kararında Mahkeme, uyuşturucu suçundan dolayı ülkeden uzaklaştırılmasına karar verilmiş olan babanın, çocuklarıyla düzenli olarak iletişim kurduğunu ve çocukların babalarıyla birlikte büyümesinin ve yakın iletişiminin sürdürülmesinin yüksek menfaatinin gerekliliği olduğunu ifade ederek ülkeden uzaklaştırılmasını aile hayatına haksız bir müdahale olarak görek ihlal kararı vermiştir. ECtHR- *Udeh v. Switzerland*, App. No. 12020/09, 16.04.2013, para. 54.

²⁹⁹ **LELOUP**, s. 60.

B. AİHM'in İnceleme Yöntemindeki Değişimin Çocuğun Yüksek Menfaatinin Değerlendirilmesi Üzerinde Etkisi

AİHM'in çocuğun yüksek menfaatinin değerlendirilmesine ilişkin esastan inceleme yaklaşımı, somut olayın koşullarına bağlı olarak her bir davada farklı sonuçlara ulaşması nedeniyle AİHM' in kurumsal ve fonksiyonel özellikleri ile bağdaşmamaktadır.³⁰⁰ Nitekim AİHM, bir ulus üstü mahkeme olarak tutarlı ve öngörülebilir içtihat sunmadığı sürece, hem hak ihlaline uğrayan bireyler hem de yerel makamlar nezdinde meşruiyetini kaybetme riski ile karşı karşıya kalacaktır.³⁰¹ Bu sorunun çözümüne ilişkin olarak AİHM' in son yıllarda bireysel başvuruları inceleme yönteminde değişikliğe gittiği görülmektedir. Söz konusu değişikliğin çocuğun yüksek menfaatinin değerlendirilmesi üzerinde de birtakım etkilerinin olduğu anlaşılmaktadır.

1. Usuli Yaklaşımın Belirlenmesi

AİHM' in inceleme yöntemindeki değişiklik, menfaatler arasında adil bir denge kurulup kurulmadığının *nasıl* tespit edileceğine ilişkindir. AİHM, esastan inceleme yaklaşımını benimsediği kararlarında, yerel makamların karar verme süreçlerini gözardı ederek *somut olayın özelliklerine göre* bir dengeleme yapmakta; usuli inceleme yaklaşımını benimsediği kararlarında ise yerel makamların ihlale sebep olduğu iddia edilen *kararın ortaya çıkma sürecini* incelemektedir. Belirtmek gerekir ki AİHM'in kararlarında hangi yaklaşımı niçin benimsediğine dair bir hukuki argümantasyon

³⁰⁰ Esastan inceleme yönteminin çocuğun yüksek menfaatine ilişkin yol açtığı tutarsızlıklar hakkında genel bir değerlendirme için bkz. LELOUP.

³⁰¹ **BREMS, E.:** “The ‘Logics’ of Procedural-Type Review by the European Court of Human Rights”, in, *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, (eds. Janneke Gerards, Eva Brems), Belgium 2017, s. 18; **DOTHAN, S.:** “How International Courts Enhance Their Legitimacy”, *Theoretical Enquiries in Law* vol. 14, No.2, s. 455-478, s. 471.

politikasına rastlanılamamaktadır.³⁰² Doktrinde bazı yazarlar, her bir davada benimsenen yaklaşımın rastlantısal veya Mahkemenin o anki bir tercihi olduğunu değerlendirmektedir.³⁰³ Fakat içtihadta görünen o ki AİHM, son yıllarda menfaatlerin dengelenmesi bakımından usuli inceleme yolunu giderek daha fazla kullanmaktadır.³⁰⁴ Çocuğun yüksek menfaati değerlendirmesinin de AİHM’ in bu yaklaşım değişikliğinden etkilendiği görülmektedir.

Usuli inceleme ile AİHM’ in somut olayın koşullarından yola çıkarak menfaatleri kendisinin ağırlıklandığı esastan bir orantılılık denetimi yerine yerel makamların karar verme süreçlerinin AİHS’e, AİHM’in önceki içtihadına veya içtihadında ortaya koyduğu standartlara uygun bir şekilde yürütülüp yürütülmediği değerlendirilmektedir. *Guliyev and Sheina v. Russia*³⁰⁵ davasında AİHM, usuli yaklaşımını şu ifadelerle yansıtmaktadır:

*“58. Bu davada,(...) yerel mahkemeler, ne ilişkili menfaatleri dikkatli bir şekilde dengelemiş ne de başvurucuya uygulanan müdahalenin ve başvurucunun aile yaşamı üzerindeki etkisinin orantılılığını analiz etmiştir. Yerel makamlar, Mahkeme tarafından geliştirilmiş olan prensip ve düşünceleri dikkate almamış ve AİHS m.8’in (gerektirdiği) standartları uygulamamıştır. (...) 60.Dolayısıyla, başvuranlara ilişkin olarak Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlali söz konusudur.”*³⁰⁶

AİHM, usuli inceleme yaparken, usuli yükümlülükler getiren AİHS md. 6 ve AİHS md. 13 dışında bazı diğer hükümlerin de usuli yükümlülükler içerdiğini kabul etmekte; yerel makamlar nezdinde karar verilirken söz konusu usuli yükümlülükler ile

³⁰² **GERARDS, J.:** “Procedural Review by ECtHR: A Typology”, in, Procedural Review in European Fundamental Rights Cases, (eds. Janneke Gerards, Eva Brems), Cambridge 2017, (Procedural Review), s. 158

³⁰³ **GERARDS, J.:** “European Court of Human Rights: Introduction”, in, Comparative Constitutional Reasoning, (eds. András Jakab, , Arthur Dyevre, Giulio Itzcovich), Cambridge 2017, s. 258.

³⁰⁴ AİHM’in usuli inceleme yaklaşımı ile ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. **GERARDS,** Procedural Review.

³⁰⁵ **ECtHR-** Guliyev and Sheina v. Russia, App. No. 19790/14, 17.04.2018,

³⁰⁶ **ECtHR-** Guliyev and Sheina v. Russia, App. No. 19790/14, 17.04.2018, paras. 58, 60.

önceki içtihadında ortaya koyulan standartların dikkate alınıp alınmadığına yönelik bir inceleme gerçekleştirmektedir.³⁰⁷ AİHS md. 8 çerçevesinde getirilen usuli yükümlülükler mahkemenin *usulileştirme (proceduralization)* politikasının en belirgin örneklerindendir.³⁰⁸ Çocuğun yüksek menfaatinin değerlendirilmesi ise AİHS md. 8'in gerektirdiği usuli yükümlülükler arasında kabul edilmektedir. AİHM, usuli yaklaşım benimsediği davalarda, çocuğun yüksek menfaatin somut olayın özelliklerini dikkate alarak kendisi değerlendirip karara varmamakta; yerel makamların karar verme sürecinde, çocuğun yüksek menfaatin göz önünde tutup tutmadığını denetlemektedir:

*“(...) Mahkeme’nin görevi, yetkili makamların yerine geçip çocuğun menfaatlerini belirlemek değildir. Mahkemenin görevi, ancak, yerel mahkemelerin Sözleşmenin 8. Maddesinde yer alan garantileri güvence altına alıp almadığını, özellikle çocuğun yüksek menfaati (ilkesi)nin, yerel mahkemelerin gerekçelerine yeterince yansıtılıp yansıtılmadığını tespit etmektir. Somut olaya ilişkin menfaatler arasında adil bir denge kurulmadığı takdirde yerel kararların gerekçesinin yetersiz (kalması), Sözleşme’nin 8. Maddesinin gereklerine aykırı olacaktır. Bu durumda, yerel mahkemeler Sözleşmedeki temel hakla ilgili müdahalenin, izlenen amaçla orantılı olduğu ve dolayısıyla ‘acil bir sosyal ihtiyacı’ karşıladığı konusunda ikna edici bir şekilde gösterememiştir.”*³⁰⁹

³⁰⁷ GERARDS, Procedural Review, 128.

³⁰⁸ BREMS, E.: “Procedural protection An examination of procedural safeguards read into substantive Convention rights”, in, Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights,(eds. Eva Brems, Janneke Gerards), Cambridge 2014, (Procedural Protection), s. 138.

³⁰⁹ ECtHR- Neulinger And Shuruk v. Switzerland, App. No. 41615/07, 06.07.2010, paras. 133, 141; ECtHR- B. v. Belgium, App. No. 4320/11, 10.07.2012, para. 60; ECtHR- X v. Latvia [GC], App. No. 27853/09, 26.11.2013, para. 102; ECtHR- El Ghatet v Switzerland App. No. 56971/10, 08.11.2016, para. 47.

2. Usuli Yaklaşımın Avantajları

AİHM, usuli yaklaşımla çocuğun yüksek menfaatini yorum kuralı veya asli hak olarak değil; bir *usul kuralı* olarak kabul etmekte ve yerel makamları, karar verme süreçlerini çocuğun menfaatlerine uygun hale getirme konusunda zorlamaktadır. AİHM’ in usuli yaklaşımı benimsemesi, somut olayın farklılaşan yönlerinden ziyade karar verme sürecinin usuli boyutlarına odaklanmasına ve AİHS md. 8 çerçevesinde gerçekleştirilen orantılılık testinin daha belirli bir zemine oturtulmasına imkân vermektedir. Böylece, hem çocuğun yüksek menfaatinin daha iyi güvence altına alındığı hem de daha tutarlı bir içtihat hukukunun önü açılmış olmaktadır.³¹⁰ Öte yandan AİHM, yerel makamların somut olaya ilişkin değerlendirmelerini tekrar etmeyerek insan haklarının korunması sorumluluğunu birinci derecede yerel makamlar üzerinde bırakmaktadır. Bu tutum, hem yerel makamları insan haklarının korunması konusunda teşvik etmekte³¹¹ hem de AİHM’in tamamlayıcı niteliğine uygun düşmektedir.³¹² Nitekim yerel makamlar, AİHM’ in aksine davayla ilişkili hususları doğrudan değerlendirme imkanına sahiptirler.³¹³ Özellikle çocuğun yüksek menfaatinin değerlendirilmesi esnasında

³¹⁰ LELOUP, s. 53.

³¹¹ POPEILER, P./ VAN DE HEYNING, C.: “Subsidiarity Post-Brighton: Procedural Rationality as Answer?” Leiden Journal of International Law, 2017, vol. 30, No. 1, s. 5-23, s. 11.

³¹² 2015 yılı AİHM adli yıl açılış seminerinde, AİHM’in tamamlayıcılık rolü şu sözlerle ifade edilmiştir: *AİHS’de, tamamlayıcılık ilkesine açıkça atıfta bulunulmamasına rağmen, uygulanması için yasal bir çerçeve sunulmaktadır. İlk olarak, AİHS m. 1, Taraf devletlerin, kendi yetki alanındaki herkes için Sözleşme’de belirtilen hak ve özgürlükleri güvence altına almalarını öngörür. Bu gereklilik, Devletlerin Sözleşmedeki hak ve özgürlüklerin ihlaline etkili bir çözüm sağlaması gerektiğini öngören AİHS m.13. ile güçlendirilmiştir. İkinci olarak, AİHS md. 35(1) uyarınca, AİHM, tüm iç hukuk yollarının tüketilmeden önce, bir başvuruyla ilgilenmesi engellenmiştir. Ayrıca AİHS md. 53’te devletlerin, AİHS ile sunulan korumadan daha ileri gidebileceklerini açıkça belirtilmektedir. Tamamlayıcılık, AİHS’in birçok hükmünde, özellikle de güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına izin verilmesine ilişkin hükümlerde mevcuttur”* bkz. ECHR, Background Paper, Seminar to mark the official opening of the judicial year Subsidiarity: a two-sided coin?, https://www.echr.coe.int/Documents/Seminar_background_paper_2015_ENG.pdf, (E.T. 10.05.2020), para. 2; Ayrıca AİHM, *El Ghatet v. Switzerland* başvurusunda, çocuğun yüksek menfaatinine ilişkin olarak, tamamlayıcı rolüne şu şekilde dikkat çekmiştir: “*Tamamlayıcılık ilkesine uygun olarak, Mahkeme’nin görevi, yetkili makamların yerine geçip çocuğun çocuğun menfaatlerini belirlemek değildir.(...)*” bkz. ECtHR- *El Ghatet v. Switzerland* App. No. 56971/10, 08.11.2016.

³¹³ *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* kararında şu şekilde ifade edilmiştir: “AİHM, çocuğun her bir vakada çıkarlarını en iyi şekilde değerlendirmekle görevinin, öncelikle ilgili kişilerle doğrudan temas avantajına sahip olan yerel makamlar için bir görev olduğunu yinelemektedir” bkz. ECtHR- *Neulinger And Shuruk v. Switzerland*, App. No. 41615/07, 06.07.2010, para. 138.

çocuğun katılım hakkının güvence altına alınması, ancak yerel düzeyde gerçekleştirilen karar verme sürecinde mümkündür. AİHM ise buna uygun bir işleyiş mekanizmasına sahip değildir.³¹⁴

Usuli bir yaklaşımla yerel makamlar, AİHS standartlarını yeterince dikkatli bir şekilde uygulamışsa AİHM, yerel makamın kararını, içeriğine ve gerekçesine fazla dikkat etmeden, nispeten kolay bir şekilde kabul edeceği söylenebilecektir. Nitekim AİHM, somut olaydaki menfaatlerin içtihatla ortaya konulan standartlara uygun olarak yapıldığı durumlarda, yerel mahkemenin görüşünün kendi görüşü ile yer değiştirebilmesi için güçlü sebepler gerekeceğini açıkça ifade etmektedir.³¹⁵ AİHM, temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin davalarda sınırlandırmanın makul olup olmadığına ilişkin değerlendirmesinde söz konusu menfaatleri “yeniden dengeleme” niyetinde değildir.³¹⁶

3. Değerlendirme

Esastan incelemeye göre avantajlarının daha fazla olduğu görünse de usuli inceleme, tamamiyle esastan inceleme yönteminin yerine geçememektedir. Zira böyle bir yaklaşım, temel hak ve özgürlüklerinin korunmasında zafiyete sebep olabilmektedir.³¹⁷ Mahkemenin, yerel makamların karar verme süreçlerini belirli ölçüde esastan incelemesi gerekmektedir. Nitekim görünürde iyi bir usulün işletilmiş olması her durumda çocuğun yüksek menfaatlerinin yeterince gözetildiği anlamına gelmemektedir. Bu noktada

³¹⁴ **SMYTH**, s. 91.

³¹⁵ ECtHR- Von Hannover (No. 2) v. Germany, App. No. 40660/08, 60641/08, 07.02.2012, para. 107.

³¹⁶ **POPELIER, P.:** “The Court as Regulatory Watchdog: The Procedural Approach in the Case Law of the European Court of Human Rights”, in Popelier P. et al (eds), The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance, Antwerp, Intersentia 2012, s. 249–268, s. 252, 257; **GERARDS, J.H.:** “The European Court of Human Rights and the National Courts—Giving Shape to the Notion of ‘Shared Responsibility’”, in GERARDS J.H./ FLEUREN, J.W.A. (eds), Implementation of the European Convention on Human Rights and of the Judgments of the ECtHR in National Case Law. A Comparative Analysis, Antwerp, Intersentia pp. 13–94, s. 52.

³¹⁷ **BREMS**, Procedural Protection, s. 159.

çocuğun yüksek menfaatlerinden sadece bahsedilmiş olması yeterli görülmemelidir. Bazı yazarlar, her iki yaklaşımın birbirini tamamladığından söz etmektedirler.³¹⁸

AİHM’ in çocukların dahil olduğu ülkeden uzaklaştırmaya ilişkin, tam olarak usuli inceleme yöntemine yönelmemiş olsa da özellikle yakın tarihli kararlarında, yerel makamların karar verme süreçleri üzerinden bir değerlendirme yaparak çocuğun yüksek menfaatine “*daha usuli*”³¹⁹ bir yaklaşım geliştirdiği görülmektedir. Mahkeme bu kararlarında somut olayın özelliklerine ilişkin açıklamalar yaparak daha önceki içtihadında ortaya koyduğu kriterleri sunmaktadır. Kendisi çocuğun yüksek menfaatinin belirlemek yerine bu görevi, ilgililerle doğrudan iletişime geçme imkânı olan yerel makamlara bırakmakta ve yerel makamların karar verme sürecinde çocuğun yüksek menfaatine yeterli ağırlığın verilip verilmediğini değerlendirmektedir.³²⁰ Bu bağlamda AİHM içtihadında çocuğun yüksek menfaatinin, ülkeden uzaklaştırmının aile hayatına ilişkin bir tehdit oluşturması durumlarında AİHS md. 8 çerçevesinde gerçekleştirilen değerlendirmenin bir parçası haline geldiğini söylemek mümkündür.

³¹⁸ BREMS, bu yaklaşımı, esas temelli usuli inceleme olarak adlandırmaktadır. **BREMS, E.:** “The ‘Logics’ of Procedural-Type Review by the European Court of Human Rights”, in, Procedural Review in European Fundamental Rights Cases, (eds. Janneke Gerards, Eva Brems), Cambridge 2017, s.35.

³¹⁹ **LELOUP**, s. 63.

³²⁰ ECtHR- Guliyev and Sheina v Russia, App. No. 29790/14, 17.04.2018, para. 58; ECtHR- A.L. v UK, App. No. 32207/16, 13.03.2018, para. 46-47; ECtHR- Ndidi v UK, App. No. 41215/14, 14.09.2017, paras. 75-82; ECtHR- Alam v Denmark, App. No. 33809/15, 06.06.2017, para. 33-37.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ÜLKEDEN UZAKLAŞTIRMAYA İLİŞKİN KARARLARDA ÇOCUĞUN YÜKSEK MENFAATİ İLKESİNİN ETKİSİ

Önceki bölümlerde çocuğun yüksek menfaatinin çocuğu ilgilendiren her hususta öncelikle gözetilmesi gerekliliği ve ülkeden uzaklaştırmaya ilişkin karar verme sürecinde üç boyutlu olarak etki gösterdiği ortaya koyulmuştur. Bu bölümde ise söz konusu etkilerin ülkeden uzaklaştırma kararları bağlamında Türk hukukundaki yansımaları ortaya koyulacaktır. Bu doğrultuda sınır dışı etme, Çocuk Kaçırma Sözleşmesi' nin iade hükümleri ile kalıcı çözüm yolları çerçevesinde çocukların ülkeden uzaklaştırılması çerçevesinde refakatsiz çocukların aile birleşimi yoluyla ülkeden gönderilmeleri ve gönüllü geri dönüş kurumları üzerinden konuya ilişkin açıklamalar yapılacaktır.

I. Genel Olarak

A. Türk Hukukunda Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesine Yaklaşım

Çocuğun yüksek menfaati ilkesine Türk hukuku nezdinde nasıl bir yaklaşım sergilendiği araştırılırken Anayasa ve diğer mevzuat kapsamında, kamusal ve özel sosyal yardım kurumları, mahkemeler, idari makamlar ve yasama organının karar alırken, çocuğun menfaatlerine öncelik verilmesi hususunun açık bir düzenleme ile korunup korunmadığına bakılması gerekmektedir.³²¹

T.C. Anayasasında çocuğun yüksek menfaati ilkesine genel bir ilke olarak yer verilmemiştir. Anayasada eşitlik ilkesi benimsenmiş; çocuklar için alınacak tedbirlerin ise eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağı kabul edilmiştir.³²² Bu yönüyle çocukların, özel

³²¹ TBB, Birleşmiş Milletlerin Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi ile Türk Hukuk Mevzuatı Karşılaştırmalı Analizi Yönetici Özeti, (dan.Turgut Tahranlı, Lami Bertan Tokuzlu, Seda Akça et. al.) (Karşılaştırmalı Analiz) <http://unicef.org.tr/files/bilgimerkezi/doc/yoneticiozeti.pdf>, (E.T. 05.05.2020), s. 9.

³²² Anayasa Madde 10: “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

olarak korunmaya muhtaç; fakat hak sahibi bireyler olarak görüldüğü anlaşılmaktadır. Buna karşılık çocuğun yüksek menfaati ilkesine çocuğun ana-babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkı bağlamında sınırlı ölçüde yer verilmiştir.³²³ Oysa çocuğun yüksek menfaati, sadece çocuğun aile ile ilişkilerini değil, çocukla ilgili bütün karar mercilerini bağlayıcı bir ilke olarak düzenlenmelidir. Bu ilke ifade ediliş biçimi ile çocukla ilgili tüm konuları (eğitim, sağlık, güvenlik, korunma, katılım vb.) ve kamusal özel sosyal yardım kurumlarını, hukuk mahkemelerini, idari makamları ve yasama organını kapsamalıdır. Anayasanın çeşitli hükümlerinde çocuklara dair bazı düzenlemelere³²⁴ yer verilmiş olsa da bu düzenlemelerin yeterli olmadığını söylemek mümkündür.³²⁵

Çocuk Hakları Komitesi, özellikle Anayasalarda çocuk hakları ile ilgili düzenlemelerin olmasını, çocuk haklarını korumaya yönelik yasaların bulunmasını, genel olarak mevzuatın ÇHS ile uyumunun gözden geçirilmiş olması gerektiğini ifade etmiş ve ÇHS md. 4 nedeniyle taraf devletlerin bu yöndeki yükümlülüklerine işaret etmiştir.³²⁶ Dolayısıyla ÇHS' nin temel ilkelerinin mevzuatta yer alması ve mahkemelerde bunlara

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

³²³ **Anayasa Madde 41:** "Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.

Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır."

³²⁴ **Anayasa md. 50(2):** "Küçükler (...) çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar"
Anayasa md. 61(4): "Devlet, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbir alır."

Anayasa md. 141(2): "Küçüklerin yargılanmasında kanunla özel hükümler konulur."

³²⁵ **URAN, P.:** "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yorumları Işığında 1982 Anayasası ile Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin Karşılaştırmalı İncelemesi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S.26 Güz 2014/2 s.95-126, s.117.

³²⁶ General Comment No. 5, para. 1.

doğrudan atıfta bulunulabilmesi beklenmektedir.³²⁷ Bu doğrultuda Türk hukukunda usulüne uygun bir şekilde onaylanmış milletlerarası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu Anayasa ile hüküm altına alınmıştır.³²⁸ Türkiye Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne 1994 yılından bu yana taraftır. Dolayısıyla çocuğa ilişkin meselelerde karar veren makamlar tarafından çocuğun yüksek menfaatinin öncelikle gözetilmediği hususu Türk mahkemelerinde doğrudan ileri sürülebilmektedir.

Anayasa dışında diğer mevzuat hükümleri incelendiğinde ise çocuğun yüksek menfaati ilkesine yine sınırlı ölçüde yer verildiği görülmektedir. Bununla ilgili olarak Kapsam itibariyle korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında alınacak tedbirler ile suça sürüklenen çocuklar hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerinin usul ve esaslarını ve çocuk mahkemelerinin kuruluş, görev ve yetkilerine ilişkin hükümleri içeren Çocuk Koruma Kanunu, çocuğun yüksek menfaatine genel bir ilke olarak yer vermiştir.³²⁹ Ayrıca YUKK ve Uygulama Yönetmeliği çerçevesinde çocuğun yüksek menfaati, refakatsiz çocuklar bakımından genel bir ilke olarak kabul edilmiştir.³³⁰ Refakatsiz

³²⁷ General Comment No. 14, para. 6(a).

³²⁸ **Anayasa md. 90(5).**

³²⁹ **Çocuk Koruma Kanunu md. 4(1):** “Bu Kanunun uygulanmasında, çocuğun haklarının korunması amacıyla; (...)b) Çocuğun yarar ve esenliğinin gözetilmesi, (...) İlkeleri gözetilir.”

³³⁰ **YUKK md. 66(1)(a):** “(1) Uluslararası koruma başvurusunda bulunan refakatsiz çocuklar hakkında aşağıdaki hükümler uygulanır:

a) Refakatsiz çocuklarla ilgili tüm işlemlerde çocuğun yüksek yararının gözetilmesi esastır. Başvuru alındığı andan itibaren, haklarında 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu hükümleri uygulanır.

b) Fiziki görünümü ile beyan ettiği yaşı uyumlu görülmeyen yabancılara Bakanlıkça sağlık kuruluşlarında yaş tespiti yaptırılarak on sekiz yaşından küçük olduğu tespit edilenler, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı il müdürlüklerine teslim edilir.

c) Refakatsiz çocuğun görüşü dikkate alınarak Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından, uygun konaklama yerlerine veya yetişkin akrabalarının veya koruyucu bir ailenin yanına yerleştirilir.”

Uygulama Yönetmeliği md. 123: “ (1) Kanunen ya da örf ve adet gereği kendisinden sorumlu bir yetişkinin refakati bulunmaksızın Türkiye’ye gelen veya Türkiye’ye giriş yaptıktan sonra refakatsiz kalan çocuklar hakkında 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu ve ilgili mevzuat hükümleri uygulanır.

(2) Refakatsiz çocuklarla ilgili tüm işlemlerde, çocuğun yüksek yararı gözetilerek aşağıdaki hususlar göz önünde bulundurulur:

a) Refakatsiz çocuk derhal Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından koruma altına alınır ve Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından, uygun barınma yerlerine veya yetişkin akrabalarının ya da koruyucu bir ailenin yanına yerleştirilir.

b) Yaşı, bir belge ile kanıtlanamayan ve on sekiz yaşından büyük olabileceği şüphesi bulunan başvuru sahiplerinin ve düzensiz göçmenlerin, fiziksel ve psikolojik değerlendirmesini içeren kapsamlı yaş tespiti valiliklerce yaptırılır.

çocuklar söz konusu olduğunda ilkenin dikkate alınması gerektiğinin özellikle vurgulanması önemli bir adım olarak görülebilse diğer çocukların da kanun kapsamında bulunduğu düşünüldüğünde yalnızca refakatsiz çocuklara yönelik bu hüküm yeterli değildir. Hatta refakatsiz çocuklar ile diğer çocuklara muamele konusunda ayrımcılık yasağına sebebiyet verebilecek nitelikte olduğunu söylemek dahi mümkündür.

Medeni Kanun hükümleri ise çocuğun menfaatlerini aile hukuku bağlamında korumaktadır.³³¹ Uygulamada, çocuğun yüksek menfaati ilkesinin en iyi hayata geçirildiği alanın aile hukuku davaları olduğu görülmektedir. Velayet ve evlat edinme hususlarında çocuğun yüksek menfaatinin öncelikli değil temel düşünce teşkil etmesi, uygulamanın bu yönde şekillenmiş olmasına yol açmış olabilmektedir. Ancak mevzuatta konuya ilişkin ayrıntılı hükümlere yer verilmiş olması da şüphesiz önemli bir etki göstermektedir. Konumuz çerçevesinde Çocuk Kaçırma Sözleşmesi'nin iadeye ilişkin hükümlerinin uygulanmasında ilk derece mahkemeleri ile Yargıtay kararları incelendiğinde çocuğun yüksek menfaatinin kararlara dayanak oluşturduğu görülmektedir.³³²

c) Yaş tespiti yapılacak yabancılara, işlemin amacı ve süreci hakkında bilgi verilir. Tespit işlemi sonucunda yabancının yaşıyla ilgili tereddüt giderilemediği takdirde, çocuk olduğu kabul edilir.

ç) Yaş tespiti istenen başvuru sahibi veya düzensiz göçmen, hakkında kesin rapor verilinceye kadar yetkili kamu kuruluşunca ya da bu kuruluşça uygun görülecek başka bir yerde barındırılır.

d) On altı yaşını doldurmuş olanlar, düzensiz göçmen ise özel koşullar sağlandığında geri gönderme merkezlerinde; başvuru sahibi veya uluslararası koruma statü sahibi ise kabul ve barınma merkezlerinde de barındırılabilir.

e) Mümkün olduğu ölçüde, çocukların yararı, yaşları ve olgunluk düzeyleri dikkate alınarak, kardeşler bir arada bulundurulur. Zorunlu olmadığı sürece barınma yerlerinde değişiklik yapılmaz.

f) Çocukların mülakatları, onlara en uygun ortamlarda yapılır. Çocuklarla yapılan mülakatlarda, idare tarafından belirlenen psikolog, çocuk gelişimci, sosyal çalışmacı, ebeveyni veya yasal temsilcisi hazır bulundurulabilir. Söz konusu uzmanlar ilgili kurumlardan talep edilir.

g) Yapılacak bütün görüşmeler, çocukların psikolojik, duygusal ve fiziksel gelişimleri konusunda yeterli bilgiye sahip nitelikli personel tarafından yapılır.

ğ) Karar aşamasında, çocuğun bütün taleplerini açık bir biçimde ifade edememiş olabileceği dikkate alınır.

h) Mülakat görevlisi, mülakat raporunu hazırlarken çocukların mülakatına katılan uzmanın görüşlerinden de faydalanabilir.

ı) Tam teşekküllü bir devlet hastanesi veya Adli Tıp Kurumundan alınan yaş tespit raporu doğrultusunda on sekiz yaş ve üzerinde olduğu tespit edilenler hakkında, yetişkin düzensiz göçmen ya da başvuru sahiplerinin tabi olduğu usuller uygulanır.”

³³¹ TMK md. 166, md.254, md. 317, md. 318, md. 325, md. 337, md. 339, md. 346, md. 349.

³³² BOZDAĞ, s. 167 vd.

Çocuğun yüksek menfaati ilkesini, bir ilke olmanın ötesine geçirebilmek için, bunu hayata geçirecek yolların da mevzuatta belirlenmiş olması gerekmektedir.³³³ Çocuğun yüksek menfaatine riayet etme, kamusal ve özel tüm sosyal yardım kurumlarını, mahkemeler ve idari makamlar ile yasama organlarını içine alan kapsamlı bir yükümlülüktür. Bu nedenle öncelikle çocuğun yüksek menfaati ilkesi, Anayasa’ da temel bir ilke olarak yer almalıdır. Zira bu ilke, sadece çocuğun aile ile ilişkilerini değil, çocukla ilgili eğitim, koruma, katılım, sağlık, güvenlik, bütçe vb. tüm konularda çocukla ilgili karar alan bütün makamları bağlayıcı bir niteliğe sahiptir.³³⁴

B. Türk Hukukunda Geri Gönderme Yasağının Uygulanmasında Çocuğun Yüksek Menfaatinin Etkisi

Yabancıların ülkeden gönderilmesinde sınırlayıcı etkide bulunabilecek uluslararası yükümlülüklerden en önemlisi, günümüzde uluslararası teamül hukuku kuralı olarak kabul edilen³³⁵ geri gönderme yasağıdır. YUKK md. 4’te düzenlenmiş olan ve yaş ayrımı yapılmaksızın tüm bireyleri kapsamına alan geri gönderme yasağı, bireyin işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tâbiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemeyeceğini öngörmektedir.³³⁶

Yetkili makamlarca çocukların ülkeden gönderilmesi sonucunu doğuran bir işlem gerçekleştirildiği durumlarda, işkence, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muamele ile hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunması risklerinin çocuk odaklı

³³³ TBB, Karşılaştırmalı Analiz, s. 9.

³³⁴ General Comment No. 14, para. 10; TBB, Karşılaştırmalı Analiz, s. 9

³³⁵ ÖZTÜRK, s. 119, dn. 392.

³³⁶ YUKK md. 4: “Bu Kanun kapsamındaki hiç kimse, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemez.”

değerlendirilmesi ve söz konusu riskler dışında çocuğa özel başka bazı risklerin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu hususların bireyin ülkeden gönderilmesine ilişkin yetkili makam kararına etkilerini, çocuğun yüksek menfaati değerlendirmesi temelinde ortaya koyabilmek mümkün olabilmektedir.

YUKK md. 4 geri gönderme yasağını yaş veya statü bakımından herhangi bir sınırlamaya yer vermeksizin düzenlemiştir. Fakat çocuklar söz konusu olduğunda ilkenin nasıl bir şekilde uygulanması gerektiğine dair bir hükme yer verilmemiştir. Öte yandan YUKK hükümlerinin uygulanmasında Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin öncelikle uygulanma kabiliyeti olduğundan bahisle³³⁷ geri gönderme yasağının çocuklara uygulanmasında çocuğun yüksek menfaati ilkesinin işlerlik kazanacağı açıktır. Konumuz çerçevesinde ülkeden gönderilmesi söz konusu olan çocuk bakımından geri gönderme yasağının hangi durumlarda işlerlik kazanacağını tespit edilmesinde çocuğun yüksek menfaatinin etkilerinin ortaya koyulması önem taşımaktadır.

Tüm bireyler için geçerli olan YUKK md. 4'ün, çocuk bireyler söz konusu olduğunda belirsiz bir içeriğe sahip olduğunu söylemek mümkündür. Zira çocuğun yetişkinlere göre daha hassas ve kırılgan yapısı, içinde bulunduğu koşulları yetişkinlerden farklı bir şekilde algılayışı, yetişkinlere uygulanan bir kuralın çocuğa da uygulanmasını zorlaştırmaktadır. İşkence, kötü muamele, hayatının tehdit altında olması gibi riskler, yetişkinler için dahi kesin ve net bir mana teşkil edemezken; çocuklar ile yetişkinlerin aynı hüküm altında aynı standartlarla muamele görmeleri çocuğun yüksek menfaati ile bağdaşmayan bir görüntü sergilemektedir. BMMYK da mülteci statüsü değerlendirmesi hakkında benzer bir yorumda bulunmuş, mülteci statüsü kriterlerinin yetişkin odaklı değerlendirildiğini; bu durumun çocuk sığınmacıların başvurularının hiç

³³⁷ YUKK md. 2(2): “Bu Kanunun uygulanmasında, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmalar ile özel kanunlardaki hükümler saklıdır.”

değerlendirilmemesi veya yanlış değerlendirilmesi sonucunu doğurduğunu ifade etmiştir.³³⁸

ÇHK ise taraf devletlerin geleneksel geri gönderme yasağı tanımlarını kabul etmesinden kaygı duyduğunu belirterek, taraf devletlerin ÇHS’ den doğan yükümlülüklerini yerine getirebilmeleri için, çocukların sınırdan geri çevrilmeyeceğini ve yetkileri altında bulunan çocuğu telafisi mümkün olmayan bir zarara uğraması yönünde gerçek bir risk olduğuna esaslı şekilde kanaat getirildiği durumda, çocuğu bu tür bir zarara uğrayacağı ülkeye göndermemeleri gerektiğini ifade etmiştir.³³⁹ Telafisi mümkün olmayan zararlara örnek olarak ise Sözleşme’nin 6. ve 37. maddelerinde düzenlenen hususlara yer verilmiş ancak bunların sınırlı sayıda olmadığı vurgulanmıştır.

Bu durumda Türk hukukunda geri gönderme yasağının çocuklara uygulanmasında iki seçenek söz konusu olabilmektedir. Birincisi, YUKK md. 4 hükmünün çocuk odaklı değerlendirilmek suretiyle çocuğa özel risk türleri dikkate alınarak uygulanması; ikincisi ise yine çocuk odaklı bir değerlendirme yapılarak Çocuk Hakları Komitesi’nin öngördüğü ‘telafi edilemez zarara dair gerçek risk’ standardına işlerlik kazandırılmasıdır.³⁴⁰

Kanaatimizce, her ne kadar YUKK md. 4 hükmü geri gönderme yasağına ilişkin genel bir kurala yer vermişse de; YUKK md. 2, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri saklı tutarak ÇHS hükümlerini, YUKK hükümleri karşısında öncelikli kılmaktadır. ÇHS’nin resmî görevli organının, ÇHS’den doğan yükümlülüklerin yerine getirilebilmesi için bir standart öngördüğü dikkate alınarak

³³⁸ UNHCR, Kılavuz İlkeler.

³³⁹ Joint General Comment No. 3, para. 45 vd.; General Comment No.6, para. 27.

³⁴⁰ Çocuk Hakları Komitesi, geri gönderme yasağı ve çocuğun yüksek menfaati bağlamında bireysel başvuru üzerine yaptığı değerlendirmelerde, asıl karar vermeye yetkili makamların yerel makamlar olduğunu kabul ederek esasa ilişkin bir denetim yapmaktan çekinmekte; taraf devletlerin çocuğun yüksek menfaati değerlendirmesi temelinde bir karar mekanizması işletip işletmediği üzerinden bir sonuca ulaşmaktadır. E.P. and F.P. v. Denmark, 08.11.2019, CRC/C/82/D/33/2017, para. 8(7); Z.Y. and J.Y. v. Denmark, 09.08.2018, CRC/C/78/D/7/2016, para. 8(8).

YUKK hükümleri karşısında bu kuralın geçerli olması gerekir. Bu durumda geri gönderme yasağı, Çocuğun yüksek menfaatinin değerlendirilmesi sürecinde çocuğun ülkeden gönderilmesini önleyen bir eşik olarak varlık göstermektedir. Geri gönderme yasağına ilişkin çocuklar için öngörülen özel bir kuralın ortaya çıkışı, çocuğun yüksek menfaatinin yorumlayıcı boyutunun bir yansıması olarak görülebilir. İç hukuk düzenlemelerinde ise ÇHK’ nin öngördüğü standart ile uyumlu bir kurala yer verilmesi, Türkiye’ nin uluslararası yükümlülüklerine daha uygun olacağı gibi; uygulamada ortaya çıkabilecek karışıklıkların da önüne geçebilecektir.

II. Türk Hukukunda Yabancıların Ülkeden Gönderilmesine İlişkin Karar Verme Sürecinde Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin Etkilerinin Tespiti

A. Sınır Dışı Etme Kararının Verilmesi Sırasında Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin Rolü

1. Türk Yabancılar Hukukunda Sınır Dışı Etme Kararı

Sınır dışı etme, devletin ülkesel egemenlik yetkisinin doğal bir sonucu olarak tezahür etmekte;³⁴¹ bir yabancının zorla ülke sınırlarından dışarı çıkarılmasını ifade etmektedir.³⁴² Ancak, devletlerin yabancıların sınır dışı edilmesi bakımından var olan yetkilerini, yine milletlerarası hukukun çizdiği sınırlar içerisinde kullanabilecekleri kabul edilmektedir.³⁴³

³⁴¹ **AYBAY, R.:** “Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınır Dışı Edilme”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, S. 2, s. 142; **AYBAY, R./DARDAĞAN KİBAR, E.:** Yabancılar Hukuku, B. 3, İstanbul 2010, s. 225 ; **EKŞİ, N.:** “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sığınmacı ve Mültecilerin Türkiye’den Sınırdışı Edilmelerini Engelleyen Haller”, İstanbul Barosu Dergisi, 2008, C. 82, S. 6, s. 2803-2837, s. 2806.

³⁴² **ASAR, A.:** Yabancılar Hukuku, 5.B. Ankara 2019, s. 131; **ÇİÇEKLİ, B.:** Yabancılar ve Mülteci Hukuku, Ankara 2016, s. 165.

³⁴³ **BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK,** s. 212.

Türk yabancılar hukukunda sınır dışı etme işlemi hem seyahat hem de kişi özgürlüğü ve güvenliğini ilgilendirmesi nedeniyle esas itibariyle Anayasa' nın 19³⁴⁴ ve 23. maddeleri³⁴⁵ ile ilişkili bulunmaktadır.³⁴⁶ Anayasa' nın 16. maddesinde³⁴⁷ ise yabancıların hak ve özgürlüklerinin milletlerarası hukuka uygun olarak ve kanunla sınırlandırılabilceğı hüküm altına alınmıştır.

Türk hukukunda idari bir işlem sonucu gerçekleştirilen sınır dışı etme işleminin hukuki sebepleri ve sonuçları YUKK ve Uygulama Yönetmeliğı (UY)' nde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.³⁴⁸ Buna göre yabancılar, sınır dışı etme kararıyla, menş e ülkesine veya transit gideceğı ülkeye ya da üçüncü bir ülkeye sınır dışı edilebilir (YUKK md.52). Sınır dışı etme kararı, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün talimatı üzerine veya resen valiliklerce alınır (YUKK md.53(1)). Sınır dışı etme kararı, her yabancı için ayrı ayrı alınır. Karara esas olacak değerlendirme, il müdürlüğünce yapılır (UY MD.54). Yabancınn sınır dışı edileceğı ülkenin tespitinde; vatandaşlık durumu, kişinin gönderilmesi planlanan ülkeye kabul edilip edilmeyeceğı ve varsa gidebileceğı üçüncü bir ülkeye ilişkin talebi göz önünde bulundurulur (UY md. 51(2)).

Kanunun 54. maddesinde sayılan sebeplerin³⁴⁹ gerçekleşmesi durumunda yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınabilmektedir. Buna karşılık sınır dışı etme,

³⁴⁴ **Anayasa md. 19:** “Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğıne sahiptir. (...)”

³⁴⁵ **Anayasa md. 23:** “Herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir. (...)”

³⁴⁶ **AYBAY**, s. 143-144.

³⁴⁷ **Anayasa md. 16:** “Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlandırılabilir.”

³⁴⁸ **YUKK md. 52-60; UY md. 51-64.**

³⁴⁹ **YUKK md. 54:** “(1) Aşağıda sayılan yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınır:

- a) 5237 sayılı Kanunun 59 uncu maddesi kapsamında sınır dışı edilmesi gerektiğı değerlendirilenler
- b) Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar
- c) Türkiye 'ye giriş, vize ve ikamet izinleri için yapılan işlemlerde gerçek dışı bilgi ve sahte belge kullananlar
- ç) Türkiye 'de bulunduğu süre zarfında geçimini meşru olmayan yollardan sağlayanlar
- d) Kamu düzeni veya kamu güvenliğı ya da kamu sağığı açısından tehdit oluşturanlar
- e) Vize veya vize muafiyeti süresini on günden fazla aşanlar veya vizesi iptal edilenler
- f) İkamet izinleri iptal edilenler
- g) İkamet izni bulunup da süresinin sona ermesinden itibaren kabul edilebilir gerekçesi olmadan ikamet izni süresini on günden fazla ihlal edenler
- ğ) Çalışma izni olmadan çalıştığı tespit edilenler

seyahat özgürlüğü, kişi özgürlüğü ve güvenliği dışında bireylerin diğer temel hak ve özgürlüklerine de doğrudan bir müdahale oluşturabilmektedir. Çocuklar söz konusu olduğunda bu husus en başta aile birliğine müdahale olarak karşımıza çıkmakta; ayrıca sınır dışı edilmesi öngörülen bireyin çocuk olması, çocuğa özel bazı hak ve özgürlüklere müdahale edilmesine de sebebiyet verebilmektedir. Bundan dolayı, sınır dışı kararı alınırken insan hakları ve çocuk haklarına dayalı olarak bazı sınırlandırmaları da dikkate almak gerekmektedir. Bu çerçevede YUKK' da sınır dışı etme sebepleri gerçekleşmiş olmasına rağmen hakkında sınır dışı kararı alınamayacak olanlar düzenlenmiştir.³⁵⁰ Kanunda açıkça belirtilen haller dışında hakkında sınır dışı etme kararı alınamayacak yabancılar, yönetmelikte de ayrıca düzenlenmiştir.³⁵¹ Buna göre sınır dışı etme kararına

h) Türkiye'ye yasal giriş veya Türkiye'den yasal çıkış hükümlerini ihlal edenler ya da bu hükümleri ihlale teşebbüs edenler

i) Hakkında Türkiye'ye giriş yasağı bulunmasına rağmen Türkiye'ye geldiği tespit edilenler

j) Uluslararası koruma başvurusu reddedilen, uluslararası korumadan hariçte tutulan, başvurusu kabul edilemez olarak değerlendirilen, başvurusunu geri çeken, başvurusu geri çekilmiş sayılan, uluslararası koruma statüleri sona eren veya iptal edilenlerden haklarında verilen son karardan sonra bu Kanunun diğer hükümlerine göre Türkiye'de kalma hakkı bulunmayanlar

k) İkamet izni uzatma başvuruları reddedilenlerden, on gün içinde Türkiye'den çıkış yapmayanlar

l) Uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler.

(2) Bu maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri kapsamında oldukları değerlendirilen uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında uluslararası koruma işlemlerinin her aşamasında sınır dışı etme kararı alınabilir."

³⁵⁰ **YUKK md. 55:** "(1) 54 üncü madde kapsamında olsalar dahi, aşağıdaki yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınmaz:

a) Sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı konusunda ciddi emare bulunanlar

b) Ciddi sağlık sorunları, yaş ve hamilelik durumu nedeniyle seyahat etmesi riskli görülenler

c) Hayati tehlike arz eden hastalıkları için tedavisi devam etmekte iken sınır dışı edileceği ülkede tedavi imkânı bulunmayanlar

ç) Mağdur destek sürecinden yararlanmakta olan insan ticareti mağdurları

d) Tedavileri tamamlanuncaya kadar, psikolojik, fiziksel veya cinsel şiddet mağdurları

(2) Birinci fıkra kapsamındaki değerlendirmeler, herkes için ayrı yapılır. Bu kişilerden, belli bir adreste ikamet etmeleri, istenilen şekil ve sürelerde bildirimde bulunmaları istenebilir."

³⁵¹ **U.Y. md. 52(1):** "Kanunun 55 inci maddesinde belirtilen yabancıların yanı sıra aşağıdaki yabancılar hakkında da sınır dışı etme kararı alınmaz:

a) Vizesi veya ikamet izinleri iptal edilenlerden on gün içinde çıkış yapmak üzere kendiliğinden sınır kapılarına gelenler.

b) Vize veya vize muafiyeti süresini on günden fazla aşanlardan çıkış yapmak üzere kendiliğinden sınır kapılarına gelenler.

c) Vize olarak veya vize muafiyetiyle gelen ve ikamet izni talepleri reddedilenlerden vize süresi veya vize muafiyeti sürelerini kullananlar.

ç) İkamet izni bulunup da süresinin sona ermesinden itibaren kabul edilebilir gerekçesi olmadan ikamet izni süresini on günden fazla ihlal edenlerden çıkış yapmak üzere kendiliğinden sınır kapılarına gelenler.

d) İkamet izni uzatma başvuruları reddedilenlerden, on gün içinde Türkiye'den çıkış yapmayanlardan çıkış yapmak üzere kendiliğinden sınır kapılarına gelenler.

esas olacak değerlendirmeyi yapacak olan yetkili makam, YUKK md. 54'te sınır dışı sebepleri şahsında gerçekleşmiş olan birey bakımından geri gönderme yasağının (YUKK md.4) işlerlik kazanıp kazanmadığının tespitinin yanı sıra YUKK 55. madde çerçevesinde hakkında sınır dışı etme kararı alınamayacak kişilerden olup olmadığına yönelik bir değerlendirme yapması gerekmektedir.

Hatay 1. İdare Mahkemesi, sınır dışı etme kararının iptali talebi üzerine vermiş olduğu 07.01.2019 tarihli kararında şu ifadelere yer vermiştir:

*“Bu durumda her ne kadar davacının 6458 sayılı kanunun 54.maddesinin 1. fıkrasının d ve h bentleri uyarınca sınır dışı edilmesine yönelik dava konusu işlem tesis edilmiş ise de dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte davacının hamilelik durumunun bulunduğu görülmekle davalı idare tarafından davacının hamilelik durumu nedeniyle seyahat etmesinin riskli olup olmayacağı hususunda herhangi bir tespit ve değerlendirme yapılmadan (seyahatin riskli olup olmayacağına dair hastane raporu vs..) dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşıldığından, aynı kanunun 55/1-b maddesi hkmine aykırı olarak tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.”*³⁵²

İstanbul 1. İdare Mahkemesi ise 27.06.2019 tarihli kararında bu hususu şu şekilde ifade etmiştir:

“(...)Bu durumda; davacının geri gnderilmezlik iddiaları karşısında, 6458 sayılı Kanunun 55.maddesi uyarınca sınır dışı edilemeyecek yabancılar kapsamına girip girmediği araştırılmaksızın ve davacı hakkında nesnel veznel olarak menşe ülke değerlendirmesi yapılmaksızın eksik araştırma sonucu tesis edilen ve davacının sınır dışı

e) Uluslararası koruma başvurusunu geri çeken ya da geri çekmiş sayılan yabancılardan dava hakkından feragat ettiğini ve gönüllü olarak ülkesine dönmek istediğini yazılı olarak beyan edenler.

f) Uluslararası koruma başvurusunu geri çeken ya da geri çekmiş sayılan yabancılardan dava hakkından feragat ettiğini yazılı olarak beyan eden ve Kanunun diğer hükümlerine göre Türkiye’de kalma hakkı bulunanlar.

g) Mahkemece kesin karar verilene kadar, Uluslararası koruma başvuru sahiplerinden kabul edilemez başvuru ve hızlandırılmış değerlendirme çerçevesinde yargı yoluna başvuranlar.”

³⁵² Hatay 1. İdare Mahkemesi, 2018/755 E., 2019/13 K., 07.01.2019.

edileceği ülkenin neresi olduğu konusunda herhangi bir açıklamaya yer verilmeyen dava konusu işlemde bu haliyle hukuka uyarlık bulunmadığı sonucunda varılmıştır.”³⁵³

Sınır dışı etme kararlarının yargısal denetimi YUKK’da özel hükümlerle düzenlenmiştir (md. 53(3)). YUKK m. 53(3)’te, ilgiliye, sınır dışı etme kararına karşı kararın tebliğinden itibaren yedi gün³⁵⁴ içerisinde İdare Mahkemesi’ne başvurma imkânı tanınmaktadır. Mahkemeye başvurunun ilgili yabancı yerine, yasal temsilcisi veya avukatı tarafından yapılması da mümkündür. Mahkemeye yapılan başvuru ise on beş gün içerisinde sonuçlandırılacaktır. Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karar kesindir. Kural olarak dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez. Yabancıнын rızası söz konusu olduğunda yargılama sonuçlanmadan da bireyin sınır dışı edilmesi mümkündür (YUKK md. 53(3)).

2. Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin İşlerlik Kazanması

a. Hakkında Sınır Dışı Etme Kararı Verilemeyecek Kişilerin Tespitinde Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin İşlerlik Kazanması

YUKK çerçevesinde çocuğun yüksek menfaati ve aile birliği ilkelerine, genel ilkeler olarak açıkça yer verilmemiş olsa da YUKK md. 55’te yer alan istisnai durumlar, bu hükümde sayılanlarla sınırlı değildir. Zira Anayasa md. 90(5)³⁵⁵, usulüne uygun bir şekilde yürürlüğe girmiş olan milletlerarası sözleşme hükümlerinin kanun hükmünde olduğunu öngörmekte; bunun yanı sıra YUKK md. 2, YUKK’un uygulanmasında Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeleri saklı tutmaktadır. Bunun neticesinde

³⁵³ İstanbul 1. İdare Mahkemesi 2019/1300 E., 2019/1871 K., 27.06.2019

³⁵⁴ YUKK’ da 06.12.2019 tarihinde yapılan değişiklikle önceden 15 gün olarak belirlenen bu süre, yedi güne indirilmiştir. Bkz. **Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun md. 75**, R.G.: 24.12.2109/ 30988. Değişiklikten önceki halinde, başvuru için 15 gün süre verilmesi dahi doktrinde eleştirilere konu olmuştur. **YİĞİT, N. T.:** “Sınır Dışı Etme Kararının İcrasının Ertelenmesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, C. 25, S. 2, s. 577-615, s. 588, dn. 35.

³⁵⁵ **Anayasa md. 90(5).**

Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler, YUKK hükümleri karşısında öncelikli uygulanma kabiliyetine sahip hale gelmektedir.³⁵⁶ Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler, sınır dışı etmeye dair çeşitli hükümler içermekte³⁵⁷; ayrıca ÇHS md. 3(1)'de çocuklarla ilgili her türlü işlemde çocuğun yüksek menfaatinin öncelikle gözetilmesi gerektiği öngörülmektedir. Bu düzenlemelerin tamamı, kişi hakkında sınır dışı etme kararı verilirken yetkili makamlarca dikkate alınmalıdır. Çeşitli yerel mahkeme kararlarında da, sınır dışı işleminin hukuka uygunluk denetimi sırasında, AİHS md. 8'e yer verildiği görülmektedir.³⁵⁸

Örneğin İstanbul 1.İdare Mahkemesi, konuya ilişkin 27.01.2017 tarihli bir kararında şu ifadelerle yer vermiştir:

“(...)Bu durumda davacının, ülkemizde ailesiyle birlikte ayrılmaz bir bağ oluşturduğu, davacının çocuğun babası olarak eşinin ve çocuğunun yanında bulunması gerekliliği ve önemi de göz önünde alındığında Türkiye’de kalışının engellenmesi halinde davacının küçük çocuğu ve eşi ile olan aile bağlarının kopması ve kendisi ile çocuğunun ve eşinin hayatının zarar göreceğinden davacı hakkında sınırdışı kararı alınmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8.maddesinin 2.fikrasında yer alan istisna hükmüne de dahil olamayacağı, ayrıca

³⁵⁶ YUKK md. 2(2).

³⁵⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Ek Protokolleri, Avrupa İkamet Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı, Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair 1951 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Cenevre Sözleşmesi), Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Sözleşme, sınır dışına dair hükümler içeren milletlerarası sözleşmelerden bazılarıdır.

³⁵⁸ Benzer şekilde AİHS md. 8 yönünden bir değerlendirme için bkz. İstanbul 1. İdare Mahkemesi 2015/978 E., 2015/2529 K., 27.11.2015, içinde, **EKŞİ, N.:** Milletlerarası Özel Hukuk II Pratik Çalışma Kitabı Vatandaşlık Hukuku ve Yabancılar Hukukuna İlişkin Seçilmiş Mahkeme Kararları, 3.B, İstanbul 2016 (Seçilmiş Mahkeme Kararları), s. 170 vd; İstanbul 1.İdare Mahkemesi, 31.03.2016 tarihli başka bir kararında ise davacı K. hakkında 54(1)(d) hükmü kapsamında sınır dışı kararı verilmesi üzerine itirazları değerlendirilmiş; Bayan K.’nın eşi ve çocuğunun bulunmasından dolayı aile hayatına saygı ilkesinin ihlal edileceği ileri sürülmüştür. Mahkeme bu hususu şu şekilde değerlendirmiştir: Davacı vekilinin, davacının Türkiye’de imam nikahı ile .. isimli yabnacı ile evli olduğu ve bu evlilikten bir çocuklarının olduğunu, bu nedenle AİSH md.8in 1.fikrasında benimsenen aile hayatına saygı gösterilmesi ilkesi gereğince sınır dışı edilemeyeceği iddiasına ilişkin olarak ise, davacının imam nikahı ile evli olduğunu belirttiği şahsın yabancı olduğu, ülkemizle bir bağının (vatandaşlık gibi) olmadığı, dava dosyasına buna ilişkin bir bilginin eklenmediği, bu sebepler bu ilkenin dava konusu olayda uygulanma ihtimalinin bulunmadığı sonucuna varmıştır. İstanbul 1. İdare Mahkemesi, 2015/2393 E., 2016/780 K., 31.03.2016 (Yayınlanmamış mahkeme kararı)

T.C. Anayasasının 41. Maddesi uyarınca aile birliğinin korunması gerektiğinden, tüm bu veriler ışığında halihazırda Türkiye vatandaşı biriyle evli olup, Türk vatandaşı çocuğu bulunan davacının sınırdışı edilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.”³⁵⁹

İzmir 1.İdare Mahkemesi’nin nispeten daha yakın (23.10.2019) tarihli bir kararında ise Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesi, doğrudan gerekçe gösterilmiştir:

“Davacı annenin sınır dışı edilmesi halinde Anayasa ve Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi kapsamında düzenlenen çocuğun annesiyle doğrudan ilişki kurma hakkı ihlal edileceğinden, dava konusu sınır dışı işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.”³⁶⁰

b. Ailesiyle Birlikte Sınır Dışı Edilen Çocuklar Bakımından Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin İşlerlik Kazanması

aa. Çocuğa Sağlanan Güvenceler Bakımından

YUKK çerçevesinde sınır dışı etme kararının verilmesine dair hükümlerde çocuklar veya çocuklu ebeveynler hakkında sınır dışı etme kararı verilmesi konusunda bir boşluk bulunduğu dikkat çekmektedir. Her ne kadar geri gönderme merkezlerinde ebeveynleri ile birlikte olan çocukların koşulları hakkında bazı hükümlere³⁶¹ yer verilmiş olsa da bireyin sınır dışı edilip edilmeyeceğinin değerlendirilmesi sırasında çocuğun varlığının göz ardı edildiği; çocuğun yüksek menfaati ilkesinin usuli karakterinin bir gereği olarak karşımıza çıkan katılım hakkı, çocuk dostu bilgi toplama yolları, bireysel değerlendirme gibi hususların YUKK kapsamında genel bir çerçeveye oturtulmadığı anlaşılmaktadır. YUKK’un uluslararası korumaya ilişkin hükümlerinin bulunduğu

³⁵⁹ İstanbul 1.İdare Mahkemesi, 2016/874 E., 2017/134 K., 27.01.2017(Yayınlanmamış Mahkeme Kararı)

³⁶⁰ İzmir 1. İdare Mahkemesi, 2019/913 E., 2019/1207 K., 23.10.2019 (Yayınlanmamış Mahkeme Kararı)

³⁶¹ **YUKK md. 59(1):** “Geri gönderme merkezlerinde; (...) ç) Çocukların yüksek yararları gözetilir, aileler ayrı yerlerde barındırılır, d) Çocukların eğitim ve öğretimden yararlandırılmaları hususunda, Millî Eğitim Bakanlığınca gerekli tedbirler alınır.(...)”

üçüncü kısımda çocuğun mülakatında psikolog, çocuk gelişimci veya sosyal çalışmacı ya da ebeveyni veya yasal temsilcisi hazır bulunabileceği hususuna yer verilmiş³⁶²; refakatsiz çocuklarla ilgili tüm işlemlerde çocuğun yüksek yararının gözetilmesi esas olduğu hüküm altına alınmıştır.³⁶³ Buna karşılık çocuğun hayatı üzerinde en az uluslararası koruma statüsü kazanmak kadar hayati öneme sahip bulunan sınır dışı etme kararının verilmesi sırasında çocuğa özel hiçbir usuli güvence öngörülmemekte; özellikle ailesiyle birlikte olan çocuklara bireysel olarak muamele edileceğine dair herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği anlaşılmaktadır. Bu husus, sınır dışı etme kararı verilmesi sırasında olumsuz sonuçlar doğurabilmektedir.

bb. Bireysel Değerlendirme Bakımından

Yaş küçüklüğü YUKK kapsamında sınır dışı edilmeyi doğrudan engelleyen bir durum olmamasına rağmen; yaş nedeniyle seyahat etmesi riskli görünenler hakkında sınır dışı etme kararı alınamayacağını öngören md.55(1)(b) uyarınca çocuklar, söz konusu işlemde muaf tutulmaktadır.³⁶⁴ Konuya ilişkin idari ve adli sürece ilişkin kayıtlar incelendiğinde uygulamada, çocuklar hakkında sınır dışı kararı verilmediği anlaşılmaktadır. Söz konusu uygulama, çocuklar bakımından olumlu bir görüntü oluşturuyor olsa da buna ilişkin ayrıntılı bir düzenlemenin bulunmayışı, ayrıca hiçbir usuli güvencenin öngörülmemiş olması, çocukların örtülü bir şekilde sınır dışı edilmesine sebebiyet verebilecek bir duruma kapı aralamaktadır. Ayrıca söz konusu uygulama, idarenin takdirine dayalı bir biçimde yürütüldüğünden dolayı hukuki öngörülebilirlikten yoksun bir duruma sebebiyet vermekte; bireyler bakımından öngörülebilir bir hukuki güvence oluşturmamaktadır. Zira çocuklu bir ebeveynin sınır dışı edilmesine dair karar,

³⁶² **YUKK md. 75(3):** “Özel ihtiyaç sahipleriyle yapılacak mülakatlarda, bu kişilerin özel durumları göz önünde bulundurulur. Çocuğun mülakatında psikolog, çocuk gelişimci veya sosyal çalışmacı ya da ebeveyni veya yasal temsilcisi hazır bulunabilir.”

³⁶³ Bkz. **YUKK md. 66(1)(a).**

³⁶⁴ **DARDAĞAN KİBAR, E.:** “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, 2012, C. 11, S. 2, s. 53-74, s. 62.

çocuk hakkında da sınır dışı edilme sonucu doğurmasına rağmen yalnızca ebeveyn hakkında bir değerlendirmeye dayanmaktadır. YUKK md. 55 hükmü çocuğa özel bir değerlendirme hükmüne yer vermemesi nedeniyle eleştiriye açıktır.³⁶⁵

Hatay İdare Mahkemesi'nin 28.10.2016 tarihli sınır dışı etme kararının iptali talebi üzerine verdiği bir kararında³⁶⁶, Davacı V. hakkında 54(1)(d) hükmüne dayanılarak valilik tarafından sınır dışı etme kararı verildiği, Davacı V. bakımından YUKK md. 54 ve 55 yönünden inceleme yapıldığı ve işlemin hukuka uygun bulunduğu görülmektedir. Fakat dosya kapsamında diğer belgeler incelendiğinde Davacı V.'nin beraberinde küçük çocukları ile idari gözetim altında tutulduğu; dolayısıyla sınır dışı etme kararının hüküm ve sonuçlarının Davacı V. ile birlikte küçük çocukları hakkında da doğrudan etki doğurduğu anlaşılmaktadır.³⁶⁷ Oysa İdare Mahkemesi'nin karar metninde Davacı V.'nin çocuklarından hiç söz edilmediği; hukuka uygunluk değerlendirmesinin yalnızca Davacı V. bakımından yapıldığı görülmektedir.

Benzer şekilde Ankara 1.İdare Mahkemesi'nin 20.05.2019 tarihli kararında³⁶⁸, Davacı M.'nin sınır dışı edilmesine ilişkin idari ve yargısal karar verme süreci incelendiğinde, hem Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün şahıs hakkında yaptığı değerlendirmelerin yalnızca şahsın kendisine ilişkin koşullara dayandığı; sınır dışı edilmesi söz konusu olan şahsın bakmakla yükümlü çocukları olduğunu ifade etmesine

³⁶⁵ DARDAĞAN KİBAR, s. 64.

³⁶⁶ Hatay İdare Mahkemesi, 2016/710 E., 2016/1138 K. 28.10.2016 (Yayınlanmamış Mahkeme Kararı)

³⁶⁷ İdari gözetim kararının kaldırılması talebi üzerine davaya bakan Antalya 2. Sulh Ceza Hakimliği'nin 14.10.2016 tarihli D. iş No. 2016/3316 sayılı kararında şu ifadelerin yer aldığı görülmektedir: *"İtiraz eden davacı V. Vekili, (...) müvekkili hakkında düzenlenen idari gözetim kararının usul ve yasaya aykırı olduğunu belirterek müvekkilinin ve küçük çocuklarının gözaltı durumuna son verilerek kaldırılmasını talep etmiştir."* (Yayınlanmamış Mahkeme Kararı); Benzer yönde Hakkında sınır dışı kararı verilmiş olan davacı Z.'nin Antalya 2. Sulh Ceza Hakimliği'ne yaptığı itirazın değerlendirilmesinde 29.08.2019 tarihli D. iş No. 2019/3655 sayılı kararı incelendiğinde, Davacı Z.'nin biri zihinsel engelli, küçük yaştaki 3 çocuğuyla birlikte idari gözetim altında tutulduğu anlaşılmaktadır. (Yayınlanmamış Mahkeme Kararı). Oysa İstanbul 1. İdare Mahkemesi' nin sınır dışı kararının iptali üzerine yaptığı değerlendirmede çocukların sınır dışı kararının sonuçlarından doğrudan etkilenmesi bakımından bir değerlendirmeye yer vermediği görülmektedir. İstanbul 1. İdare Mahkemesi, 2016/972 E., 2016/2806 K., 30.12.2016 (Yayınlanmamış Mahkeme Kararı).

³⁶⁸ Ankara 1.İdare Mahkemesi, 2018/2485 E., 2019/1094 K., 20.05.2019 (Yayınlanmamış Mahkeme Kararı).

rağmen, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü ve İdare Mahkemesi'nin bu hususu değerlendirmelerinde göz önünde bulundurmadağı dikkat çekmektedir.³⁶⁹

c. Sınır Dışı Etme Kararının Aile Hayatına Müdahale Teşkil Etmesi Halinde Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin İşlerlik Kazanması

Ebeveyn hakkında verilen bir sınır dışı etme kararı, bireyin Türkiye'de kalmak için bağımsız hukuki sebepleri bulunan çocukları üzerinde de önemli etkiler doğurabilmektedir. Zira ebeveynlerden biri hakkında verilen sınır dışı etme kararı, kararın muhatabı yabancı birey ile ülkede kalmaya hakkı olan diğer aile bireyleri bakımından aile birliğine doğrudan bir müdahale teşkil etmektedir. AİHM, sınır dışı etmeye dair içtihadında çocuğun yüksek menfaati ilkesini, AİHS md. 8 kapsamında özel hayat ve aile hayatına saygı hakkına müdahalenin *orantılı* olup olmadığının değerlendirilmesinde dikkate almaktadır. Bundan dolayı YUKK md. 55'te, aile yaşamına saygıya ilişkin bir istisnaya yer verilmemiş olması da doktrinde eleştirilen bir husustur.³⁷⁰

AİHS md.8, ikinci paragrafında özel ve aile hayatına saygı hakkının kullanılmasında bir kamu makamının müdahalesinin, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın, ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabileceğini düzenlemektedir.

AİHM bu hususu *Ignaccolo Zenide v. Romania* kararında şu ifadelerle açıklamıştır:

³⁶⁹ Dosya kapsamında İzmir 1. İdare Mahkemesi'nin şahsın uluslararası koruma talebinin reddine karşı iptal talebi üzerine gördüğü 2019/767 E. 2019/1323 K. sayılı kararında davacı vekilinin davacı şahıs ve ailesi hakkında açıklamalarında şu ifadelere yer verilmiştir: "(...)2014 yılının sonunda ailecek Türkiye'ye sığındıkları, öz kardeşi ve kardeşinin eşi DEAS tarafından sınırdan geçmeye çalışırken öldürüldüğü, olay esnasında kardeşinin kucağında olan kızının ağır şekilde yaralandığı, ülkeye girdiği günden beri bu nedenle ameliyatlarının devam ettiği, Türkiye'ye sığındıktan sonra ailecek uluslararası koruma başvurusu yaparak bu kapsama alındıkları(...)"(Yayınlanmamış Mahkeme Kararı).

³⁷⁰ BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, s. 236; DARDAĞAN KİBAR, s. 62.

“(AİHS) 8. maddenin temel amacı, bireyi, kamu makamlarının keyfi eylemlerine karşı korumaktır. Buna ek olarak, devletlerin aile yaşamına saygı gösterme yönünde pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Devlet, bu konuda belli bir takdir marjına sahip (olsa da), bireyin ve bir bütün olarak toplumun birbiriyle çelişen menfaatleri arasında adil bir denge kurulmasına dikkat edilmesi gerekir.”³⁷¹

Çocuğun yüksek menfaati ise bu menfaatler arasında öncelikle gözetilmesi gereken önemli bir menfaat olarak kabul edilmektedir.³⁷² Çocuğun yüksek menfaatinin öncelikle gözetilmesi, çalışmanın önceki bölümlerinde ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere üç yönlü bir yükümlülüktür. Karar vermeye yetkili makam, çocuğa usuli güvenceler sağlamalı; risk değerlendirmesini çocuk odaklı gerçekleştirmelidir. Aksi halde bu ilkeye riayet edilmediğinden bahisle ilgililer hukuka aykırılık iddiasında bulunabileceklerdir.

İzmir 1. İdare Mahkemesi’nin 23.10.2019 tarihli kararı, her ne kadar ÇHS md. 3 gerekçe gösterilmemiş olsa da çocuğun yüksek menfaati ilkesi dikkate alınarak annesi hakkında sınır dışı etme kararı verilen çocuğun anne-babasıyla kişisel ilişki kurma hakkı bakımından bir değerlendirme yapılmış olması yönüyle konuya ilişkin yakın tarihli iyi bir örnek olarak gösterilebilir:

“Bakılan davada, her ne kadar davacının ikamet izni süresini ihlal ettiği sabit ise de; yaklaşık 8 yıldır Türkiye’de ikamet ettiği, Türk vatandaşı İ.Y. ile evli olduğu, bu evlilikten yaklaşık 7 yaşında çocuğunun bulunduğu, eşi ile aralarında boşanma davasının devam ettiği, (...)çocuğun velayeti konusunda herhangi bir karar verilmediğinin belirtildiği, davacının sınır dışı edilmesini gerektirecek başkaca olumsuz bir durumunun bulunmadığı görüldüğünden, küçük çocukların ayrıca özel bir olumsuz durum olmadığı sürece gelişim ve büyümesi aşamasında annesi

³⁷¹ ECtHR- Ignaccolo Zenide v. Romania, App. No. 31679/96, 25.01.2000, para. 94.

³⁷² Bkz. ECtHR- Şen v. the Netherlands, no. 31465/96, 21.12.2001, para. 40; ECtHR- Tuquabo-Tekle and Others v. the Netherlands, App. No. 60665/00 , 01.12. 2005, para. 47.

ve babası yanında kalma gerekliliği ile aile bağlarına sahip olma hakkının çocuğun yüksek yararı olarak görülmesi gerektiğinden, davacı annenin sınır dışı edilmesi halinde Anayasa ve Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi kapsamında düzenlenen çocuğun annesiyle doğrudan ilişki kurma hakkı ihlal edileceğinden, dava konusu sınır dışı işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.”³⁷³

Benzer şekilde İstanbul 1. İdare Mahkemesi’nin 21.12.2015 tarihli kararı da çocuğun yüksek menfaati ilkesinden açıkça söz etmemiş olsa da, aile hayatına müdahale ve çocuğun bu durumdan etkilenmesi hususları bakımından bir değerlendirme yapılması açısından önemli bir örnek sayılabilir:

“Uyuşmazlık konusu olayda davacının Türk vatandaşı A. ile evli olduğu, bu evlilikten çocuklarının olduğu ve eşinin Türkiye’de ikamet ettiği, Atatürk havalimanında yapılan bagaj kontrollerinde bagaj içerisindeki ayakkabısının içerisinde 7 adet mermi tespit edildiği davacının 6136 sayılı kanunda suç olarak düzenlenen mermi taşıma suçunu işlemek suretiyle kamu düzeni açısından tehdit oluşturduğu sabit ise de yukarıda bahsi geçen AIHS md.8(1)’de aile hayatına saygı gösterilmesi ilkesinin benimsendiği, bu ilkenin istisnasının ise aynı maddenin 2.fıkrasında düzenlendiği, buna göre eğer sınır dışı edilecek kimsenin sınır dışı edileceği ülke ile ailevi bağları kopuyorsa, sınır dışı edilme işlemi zaruri değilse, (...) sınır dışı işlemi yapan ülke AIHS in 8.maddesini ihlal etmiş sayılacaktır. Nitekim AIHM’in bu yönde vermiş olduğu ihlal kararları mevcuttur. Bu durumda davacının ülkemizde ailesiyle birlikte ayrılmaz bağ oluşturduğu, çocuğunun babası olarak eşinin ve çocuğunun yanında olması gerekliliği ve önemi de göz önüne alındığında Türkiye’de kalışının engellenmesi halinde eşi ile olan aile bağlarının kopması ve kendisi ile çocuğunun ve eşinin hayatının zarar

³⁷³ İzmir 1. İdare Mahkemesi, 2019/913 E., 2019/1207 K., 23.10.2019 (Yayınlanmamış Mahkeme Kararı).

göreceğinden davacı hakkında sınır dışı kararı alınmasının AİHS md. 8(2)'de yer alan istisna hükmüne de dahil olamayacağı, tüm bu veriler ışığında halihazırda Türkiye vatandaşı biriyle evli olup çocuğu da bulunduğu sabit olan davacının sınır dışı edilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.”³⁷⁴

3. Sınır Dışı Etme Kararı Verilmesi Aşamasında Çocuğun Yüksek Menfaatinin Değerlendirilmesi

Sınır dışı etme kararına esas olacak değerlendirmeyi yapacak olan yetkili makamın, YUKK md. 54'teki sınır dışı etme sebepleri şahsında gerçekleşmiş olan birey bakımından, hakkında sınır dışı etme kararı alınamayacak kişilerden olup olmadığına yönelik bir değerlendirme yapması gerekmektedir. YUKK md. 2 dolayısıyla idarenin sınır dışı etme kararının sonuçlarından doğrudan ve önemli ölçüde etkilenen bir çocuğun varlığını tespit etmesi halinde, bu değerlendirmeyi çocuğun yüksek menfaati ilkesi ışığında gerçekleştirmesi şarttır. Söz konusu kararın sonuçlarından etkilenecek bir çocuğun var olup olmadığı ise yetkili makam tarafından resen tespit edilmelidir. Zira çocuğun yüksek menfaatinin çocuklarla ilgili her durumda öncelikle gözetilip gözetilmeyeceği konusunda yetkili makamların takdiri söz konusu değildir; ÇHS md. 3(1) gereği, çocuklarla ilgili işlem yapan bütün yetkili makamlar, çocuğun yüksek menfaatini öncelikle gözetmekle yükümlüdürler.

a. Çocuğun Menfaatlerinin Belirlenmesi

Çocuğun menfaatlerinin tespitinde ilk olarak bilgi toplama usullerine uygun şekilde çocuğun içinde bulunduğu koşullar, çocuğa etki eden bireysel ve çevresel faktörler hakkında *bilgi edinilerek* çocuğun menfaatlerini gerçekleştirecek hususların tespit

³⁷⁴ İstanbul 1. İdare Mahkemesi, 2015/1423 E., 2015/2754 K., 21.12.2015, içinde, **EKŞİ**, Seçilmiş Mahkeme Kararları, s. 176 vd.

edilmesi, bunlara somut içerik kazandırılması ve her birine değerine göre belirli bir ağırlık tanınması gerekmektedir.³⁷⁵ Daha sonraki aşama ise çocuğun sonuçlarından doğrudan veya dolaylı olarak etkileneceği sınır dışı etme kararının muhtemel sonuçları esas alınarak hangi sonucun çocuğun menfaatine olduğunun belirlenmesidir. Kontrol listesinin oluşturulmasında ÇHS’ de yer alan haklardan faydalanılmalı; çocuğun görüşleri, içinde bulunduğu koşullar dikkate alınmalıdır.³⁷⁶

Belirtmek gerekir ki bu konuda Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde yer alan hakların ve güvencelerin iç hukukta sistemli bir şekilde düzenlenmemiş olması, idari ve yargısal makamların, değerlendirmede dikkate alacağı hususları belirleme, dolayısıyla kontrol listesi oluşturma noktasında rehbersiz kalmasına sebep olabilmektedir. Kanaatimizce mevzuatta başta çocuğun yüksek menfaati ilkesi olmak üzere; diğer temel hak ve özgürlüklere yer verilmesi, çocuğun yerel makamlar nezdinde korunmasının ön koşulunu oluşturmaktadır. Başta Anayasa’da olmak üzere taraf olunan uluslararası sözleşmelerde aile hayatına saygı hakkı ile çocuğun ana-babasıyla kişisel ilişkilerini sürdürme hakkının güvence altına alınması³⁷⁷, bu dikkati gerektirmektedir.³⁷⁸

b. Çocuğun Menfaatlerinin Diğer Menfaatlerle Dengelenmesi

aa. Çocuğun Menfaatlerinin Belirleyici Faktör Teşkil Etmemesi

ÇHS md. 3(1)’de çocuğun menfaatleri, temel ve belirleyici faktör olarak değil; somut olaya ilişkin tüm menfaatler arasında öncelikle gözetilecek bir husus (*a primary*

³⁷⁵ General Comment No. 14, para. 46(a).

³⁷⁶ General Comment No.14, para. 48 vd.

³⁷⁷ **Anayasa md. 20:** “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Anayasa md. 41: “Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.

Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.”

³⁷⁸ Bu noktada, sınır dışı edilmesi söz konusu yabancının Türkiye’de kalan çocuğunun bulunduğu durumlarda ülkeye girişi yasak konulması hususu, çocuğun ana-babasıyla kişisel ilişkilerinin sürdürülmesi hakkı bakımından sakınca doğurabilmektedir. Çocuğun anne-babasıyla kişisel ilişkilerini sürdürmesinin, yüksek menfaatine aykırı olduğu tespit edilmedikçe bu kararın verilmemesi gerekir.

consideration) olarak düzenlenmiştir.³⁷⁹ Dolayısıyla verilecek kararın çocuğun menfaatlerine uygun olması her zaman şart değildir.³⁸⁰ Her somut olayda, diğer menfaatlerin göz önüne alınması; çelişen menfaatlerin ise çocuğun yüksek menfaatinin aşacak güçte olup olmadığının tespiti gereklidir.³⁸¹

Yukarıda bahsettiğimiz üzere çocuğun yüksek menfaatinin gerektirdiği sonucun, çocuğun menfaatlerinin diğer menfaatlerce aşılması nedeniyle uygulanmaması durumunda somut olaya ilişkin tüm hususlar ve çocuğun yüksek menfaati dışındaki diğer menfaatlerin tamamı, açık olarak belirtilmeli; bunlardan hangilerine neden daha fazla ağırlık tanındığı açıklanmalıdır. İzlenen mantık silsilesi, inandırıcı biçimde, diğer menfaatlerin çocuğun menfaatlerini geri plana itecek kadar güçlü görülmesinin sebepleri ortaya koyulmalıdır.

Valilik İl Göç İdaresi müdürlükleri tarafından düzenlenmiş olan sınır dışı kararları incelendiğinde, sınır dışı etme kararında bireye yalnızca hangi hüküm uyarınca hakkında sınır dışı kararı verildiğinin bildirildiği görülmekte; kişinin hangi fiillerinin bu sonucu doğurduğu ve bu kararın kendisiyle birlikte kimleri kapsadığına dair herhangi bir bilgiye yer verilmediği görülmektedir. Bireylere tebliğ edilen sınır dışı etme kararına ek olarak sunulan tebliğ veya değerlendirme formlarının ise yalnızca YUKK ilgili hükümlerinin açıklamalarını içerdiği anlaşılmaktadır. Konuya ilişkin olarak, Çocukların Adalet Erişim Hakkı Çerçevesinde Hukuki Yardım Hizmetlerine Dönük İhtiyaç Analizine ilişkin bir saha çalışması kapsamında, sınır dışı etme kararlarının gerekçe içermemesine dair eksiklikle ilgili şu ifadelerle yer verilmiştir:

³⁷⁹ ÇHS md. 3(1).

³⁸⁰ *ZH v SSHD*, UKSC 4, 01.02.2011, para. 26.

³⁸¹ Avustralya Yüksek Mahkemesi bir kararında şu ifadelerle yer vermiştir: “(...) *Karar mercii, ÇHS’de düzenlenmiş olan çocuğun yüksek menfaatinin öncelikle gözetilmesi ilkesini göz önünde tutarak, çocuğun menfaatlerini öncelikle belirlemeli ve ona ağır basan başka bir husus olup olmadığını araştırmalıdır.*” Bkz. *Wan v. MIMA*, FCA 568, 18.05.2001, para. 31; Aynı yönde *MIEA v. Teoh*, HCA 20, 07.04.1995, para. 39.

“(…) özellikle sınır dışı kararlarının gerekçeli olarak yazılmaması, çocuk mülteciler bakımından uluslararası standartlar ekseninde yapılması gereken incelemenin ve yüksek yarar değerlendirmesinin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin belirsiz kalmasına ve avukatın itiraz başvurusunun içeriğini oluşturma noktasında sürüncemeye girmesine neden olabilmektedir.”³⁸²

Türk idare hukukunda idari kararların gerekçeli olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak KİBAR’ın da ifade ettiği gibi sınır dışı etme, ilgili üzerinde ağır sonuçlar doğurması ve işlemin icra ediliş tarzına bağlı olarak bu ağır sonuçların daha da vahim hale gelebilmesi dolayısıyla insan haklarını yakından ilgilendiren bir tedbirdir.³⁸³ Bundan dolayı, sınır dışı etmeye ilişkin hususları insan hakları odaklı ele almak gerekmektedir. Çocuk Hakları Komitesi’nin de ifade ettiği üzere çocuğun yüksek menfaatinin değerlendirilmesi gereken durumlarda özellikle çocuğun menfaatlerine aykırı bir sonucun ortaya çıkması halinde, bu hususun ayrıntılı bir şekilde açıklanması gerekmektedir.³⁸⁴

bb. Çocuğun Yüksek Menfaati Dışındaki Menfaatlerin Tespiti

Dengeleme aşamasında YUKK md. 54’te yer alan sınır dışı etme sebepleri, çocuğun menfaatleri dışındaki diğer menfaatler arasında yer almalı; çocuğun menfaatlerinin ülkede kalmayı gerektirdiği durumlarda bu sebeplerin çocuğun menfaatlerini aşıp aşmayacağının yetkili makamlarca değerlendirilmelidir.

cc. Diğer Menfaatlerin Niteliği

Değerlendirmeye diğer menfaatlerin de dahil edilmesi, bu menfaatler arasında bir denge kurulması gereklidir. Nitekim çocuğun yüksek menfaati, ülkeden uzaklaştırmaya ilişkin konularda belirleyici bir etkiye sahip kılınmamıştır. Bununla birlikte çocuğun

³⁸² TBB, Çocukların Adalet Erişim Hakkı, s. 138.

³⁸³ DARDAĞAN KİBAR, s. 55.

³⁸⁴ General Comment No. 14, para. 97.

menfaatleri, diğer menfaatlere göre yüksek ve öncelikle gözetilecek nitelikte olduğundan dolayı karşısında bulunan menfaatlerin çocuğun menfaatlerini aşabilmesi için somut ve gerçek bir nitelik taşıması gerekmektedir. Zira çocuğun yüksek menfaati, diğer menfaatlerce kolaylıkla aşılacak türden bir menfaat değildir.³⁸⁵ Bu bağlamda YUKK md. 54.'te idari birtakım yükümlülüklerin yerine getirilmemesine ilişkin sayılan sınır dışı etme sebepleri ile ciddi suçlardan mahkûm olma, terör örgütü üyesi, yöneticisi olduğunun değerlendirilmesi, kamu düzenine aykırılık gibi gerekçelerin sınır dışı etme kararına dayanak gösterilmesi durumları arasında da ayırım yapmak gereklidir. Zira bu sebepler de çocuğun yüksek menfaatleri karşısında aynı ağırlığa sahip olmayacaktır.³⁸⁶

dd. Diğer Menfaatlerin Aynı Zamanda Çocuğun Menfaatleri Arasında Yer Aldığı Durumların Tespiti

Kişinin ciddi gerekçelerle toplumdaki diğer bireylere karşı tehlike oluşturması durumunda, çocuğun ebeveyni hakkında elde edilen bilgiler çocuğun yüksek menfaati değerlendirmesinde hem çocuğun ebeveyni ile ilişkisinin çocuğa zarar verip vermediğinin tespitinde hem de çocuğun menfaatleri karşısında yer alan hak temelli hususların belirlenmesinde oldukça önemli bir yere sahip olmaktadır. Zira çocuğun yüksek menfaati, bazı durumlarda çocuğun ebeveynlerinden ayrılmasını gerektirebilir; böyle bir durumun tespit edilmesi durumunda ise sınır dışı etme kararının çocuk bakımından sonuçları ortaya koyulmalı ve çocuğun korunması için gerekli tedbirler alınmalıdır.

B. Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında İadenin Reddi Hükümlerinin Uygulanmasında Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin Etkileri

³⁸⁵ ZH v SSHD, UKSC 4, 01.02.2011, para. 10.

³⁸⁶ YUKK'un sınır dışı sebeplerine ilişkin hükümlerinde tehlikenin vehametine dair bir ölçü içermediği hk. bkz. DARDAĞAN KİBAR, s. 65.

1. Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ile Çocuğun Yüksek Menfaati Arasındaki İlişkinin Tespiti

a. Sözleşmenin Amacı ile Çocuğun Yüksek Menfaati Arasındaki İlişki

Çocuk üzerindeki koruma (velayet/vesayet) hakkının ihlal edilerek hukuka aykırı bir şekilde mutad meskeni³⁸⁷ ülkesinden başka bir ülkeye kaçırılması veya orada alıkonulması³⁸⁸, çoğu zaman çocuğun mutad meskeninde kurduğu sosyal ve kültürel bağları koparmakta; ailesiyle olan istikrarlı ilişkisini sekteye uğratmaktadır.³⁸⁹ Anayasa Mahkemesi, *Marcus Frank Cerny*³⁹⁰ başvurusunda bu hususa dikkat çekmiştir:

“45. Uluslararası çocuk kaçırmanın hem çocuklar hem de ebeveyn üzerinde çeşitli etkileri bulunmakla birlikte özellikle bu eylemin mağduru olan çocuk yalnızca diğer ebeveyn ile temasından, onlardan alması gereken sevgi, şefkat ve korunma duygusundan mahrum kalmamakta, aynı zamanda kendi ev ortamından da uzaklaşmakta ve yeni bir kültür, farklı bir yasal sistem, dil ve genellikle farklı bir sosyal yapıya nakledilmekte ve belirtilen bu farklılıklar aile hayatına saygı hakkı bağlamında ciddi sorunları gündeme getirmektedir.”

Bu durumlara karşı çocukların korunması için özel düzenlemeler yapılma ihtiyacı duyulmuş ve uluslararası düzeyde devletlerin birbiri ülkesine kaçırılan veya orada alıkonan çocukların mutad meskeninin bulunduğu devlete iadesine dair kolaylıklar getirilerek devletlerarası adli yardımlaşmanın sağlanması için ortak bir mekanizma

³⁸⁷ Çocuk Kaçırma Sözleşmesi’nde kastedilen mutad mesken, belirtilen yer değiştirme eyleminden hemen önce çocuğun fiili yaşam merkezi konumunda olan yerdir. **GİRAY, F. K.:** Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi, Beta, 2010 İstanbul, s. 52.

³⁸⁸ Sözleşme için tercih edilen ‘çocuk kaçırma’ ifadesi, uluslararası özel hukukta ebeveynleri, vasileri veya yakın aile üyeleri tarafından çocukların haksız olarak götürülmeleri (*removal*) veya alıkonmaları (*retention*) nitelemektedir. **BOZDAĞ,** s. 22.

³⁸⁹ **GİRAY,** s. 2-3. **FINAN, C. L.:** “Convention on The Rights of The Child: A Potentially Effective Remedy in Cases of International Child Abduction, Santa Clara Law Review, 1994, vol. 34, S. 3, s. 1007-1038, s. 1013 vd.

³⁹⁰ Marcus Frank Cerny, baş. no. 2013/5126, 02.07/2015, R.G. 12.08.2015/ 29443 (*Marcus Frank Cerny*) para. 45.

oluşturulmuştur.³⁹¹ Bu itibarla “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi (Çocuk Kaçırma Sözleşmesi)” düzenlenmiştir. Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 11. maddesinde taraf devletlerin çocukların yasadışı yollarla ülke dışına çıkarılarak geri getirilmemesi durumlarıyla mücadele için önlemler almasını ve bu amaçla iki ya da çok taraflı anlaşmalar yapılması ile mevcut anlaşmalara katılmayı teşvik etmektedir. Türkiye de bu amaçla ³⁹² 1999 yılında Çocuk Kaçırma Sözleşmesi’ne taraf olmuştur.³⁹³

Sözleşmeye göre bir çocuğun korunma hakkı ihlal edilerek yerinin değiştirildiğini veya alıkonulduğunu ileri süren kişi, kurum veya örgüt, çocuğun geri dönmesini sağlamak üzere yardım etmeleri için gerek çocuğun mutad meskeni merkezi makamlarına, gerek herhangi bir başka taraf devlet merkezi makamına başvurabilmektedir. (ÇKS md.8(1)) Sözleşme’nin temel amacı, mutad meskeni hukuka aykırı bir şekilde değişen 16 yaşından küçük olan çocuğun³⁹⁴, eski mutad meskenine ivedilikle iadesinin sağlanmasıdır. (ÇKS md.1(a)) Sözleşme, çocuğun iadesinin çocuğun yüksek menfaatine uygun olduğu varsayımına dayanmaktadır. Anayasa Mahkemesi de

³⁹¹ BOZDAĞ, s. 21.

³⁹² Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Kanun Tasarısı’nın gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir: “Sözleşme aynı zamanda, Türkiye’nin de taraf olduğu, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin, âkit devletlere çocuğun ana ve babasından onların rızası dışında ayrılmasını güvence altına almak, ana ve babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça ana babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde şahsi ilişki kurmak, bu amaçla çocuğun yasa dışı yollarla ülke dışına çıkarılıp geri döndürülmemesi hallerine karşı tedbir almak yükümlülüğü getiren 9, 10 ve 11 inci maddelerinin uygulamaya geçirilmesi anlayışına dayanmaktadır.” **Türkiye Büyük Millet Meclisi, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/315), 09.09.2005.**

³⁹³ 4461 sayılı onayı uygun bulma kanunu için Bkz. R.G. 11.11.1999/ 23873; Sözleşme metninin yayınlandığı 1 gazete için bkz. 15.02.2000/23965. Türkiye, Sözleşme’nin uygulanabilirliği için pozitif hukukunda ve uygulamasında bazı düzenlemeler öngörmüştür. 22/11/2007 tarihli ve 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun’un kabulü, bu noktada atılan en önemli adım olarak değerlendirilmektedir. 5717 sayılı Kanun öncesinde Çocuk Kaçırma Sözleşmesi’nin uygulanmasına ilişkin 01/01/2006 tarihli ve 65 sayılı Genelge kapsamında yürütülen uygulama, böylece daha sağlam bir yasal çerçeveye kavuşmuştur. Ayrıca 5717 sayılı Kanun’un hükümleriyle uyum sağlaması açısından 65 sayılı genelge, 16/11/2011 tarihli ve 65/2 sayılı genelge ile güncellenmiştir. Bkz. *Marcus Frank Cerny*, para. 49.

³⁹⁴ **ÇKS md. 4:** Sözleşme, koruma ve ziyaret haklarının ihlalinden hemen önce, mutad ikametgahı taraf Devletlerden birinde bulunan çocuklara uygulanır. Sözleşmenin uygulanması çocuk 16 yaşına geldiğinde sona erer.

konuya ilişkin başvuruları, aile hayatına saygı hakkına ilişkin yükümlülüklerle ilişkilendirmekte³⁹⁵; çocuğun yüksek menfaati temelinde Anayasanın 20 ve 41. maddeleri yönünden inceleyip karara bağlamaktadır.³⁹⁶

*“Her çocuk, menfaatleri aksini gerektirmedikçe ebeveyni ile doğrudan ve düzenli olarak kişisel ilişkisini sürdürme hakkına sahiptir. Çocuğun menfaati; bir yandan -söz konusu ailenin sağlıklı olması durumu hariç- ailesiyle bağlarını sürdürmesi gerektiğine işaret etmekte, öte yandan çocuğun sağlıklı ve güvenli bir çevrede gelişimini sürdürmesini içermektedir. Aynı düşünce Lahey Sözleşmesi için de geçerli olup çocuğun geri döndürülmesi, çocuğu ağır fiziksel veya psikolojik zarar riskine maruz bırakmadıkça veya başka bir şekilde katlanılmaz bir duruma sokmadıkça kural olarak kaçırılan çocuğun ivedi olarak iadesini gerektirmekte ve bu şekilde aile ilişkilerinin sürdürülebilirliğini amaçlamaktadır.”*³⁹⁷

b. İadenin Reddi Hükümleri ile Çocuğun Yüksek Menfaati Arasındaki İlişki

Taraf devletler Çocuk Kaçırma Sözleşmesi uyarınca çocuğun mutad meskenine iadesi, yani eski durumuna iadesi yükümlülüğü altına girmektedirler. Bununla birlikte yer değiştirmenin veya alıkoymanın geçerli sebeplerinin bulunabileceği veya iadenin çocuğa ciddi zararlar verebileceği durumlar dikkate alınarak bazı şartlar altında çocuğun

³⁹⁵ AYM, Marcus Frank Cerny kararında şu ifadelere yer vermiştir: “(...)Lahey Sözleşmesi’ nin öncelikli hedefi olan iade amacı da nazara alınarak belirtilen istisna hükümleri ile çocuğun menfaatleri arasındaki hassas dengenin gözetilmesi noktasında azami özen gösterilmesi zaruridir. Bu dengenin kurulması, söz konusu vakalar özelinde devletin aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerinin icrası ile yakından ilgilidir.” Marcus Frank Cerny, para. 60.

³⁹⁶ Ali Korkmaz kararında AYM bu hususu şu şekilde açıklamıştır: “Mevzuatın yorumlanmasıyla ilgili sorunları çözmek öncelikle derece mahkemelerinin yetki ve sorumluluk alanındadır. İç hukukun genel olarak uluslararası hukuka veya uluslararası anlaşmalara atıf yaptığı hâllerde de durum böyledir. Anayasa Mahkemesinin rolü ise bu kuralların yorumunun Anayasa’ya uygun olup olmadığını belirlemekle sınırlıdır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, derece mahkemeleri tarafından izlenen usulü denetleme ve özellikle mahkemelerin Lahey Sözleşmesi hükümlerini yorumlayıp uygularken Anayasa’nın 20. ve 41. maddelerindeki güvenceleri gözetip gözetmediğini belirleme yetkisine sahiptir.” Ali Korkmaz, baş. no. 2019/26899, 11.12.2019 (Ali Korkmaz), para. 31; ayrıca bkz. Marcus Frank Cerny, para. 62; Levent Aşıklar, baş. no. 2014/13936, 08.03.2018 (Levent Aşıklar), para. 68.

³⁹⁷ Ali Korkmaz, para. 33; Marcus Frank Cerny, para. 75; Levent Aşıklar, para. 77.

iadesinin reddi mümkün kılınmıştır.³⁹⁸ Belirtilen istisna hükümleri, sözleşme uygulamasında çocuğun yüksek menfaatinin güvence altına alınmasında emniyet sübabı³⁹⁹ olarak görülmektedir. Ancak her durumda yetkili mahkemenin çocuğu mutad meskeni ülkesine iade etmeye yetkisi olduğunu hatırlatmakta fayda vardır. ÇKS md.18)

Çocuk Kaçırma Sözleşmesi'nin dibace kısmında çocukların korunmasına ilişkin konularda çocukların menfaatlerinin temel öneme sahip olduğu ifadesi⁴⁰⁰ yer almaktadır. Sözleşme hükümleri incelendiğinde ise çocuğun mutad meskenine derhal iadesinin çocuğun menfaatinin bir gereği olarak varsayıldığı; istisna hükümlerinin ise iadenin her zaman korunmasını sağlamayacağı düşünülerek; yine çocuğun yüksek menfaatinin korunması için öngörüldüğü anlaşılmaktadır.⁴⁰¹ Buna karşın sözleşme çerçevesinde; iadenin reddi sebepleri arasında çocuğun yüksek menfaati sayılmamaktadır. Kanaatimizce bunun sebebi, çocuğun yüksek menfaatine, çocuğun korunmasına ilişkin hususlarda olduğu gibi bir belirleyici etki tanınmak istenmemesidir.

Bilindiği üzere çocuğun yüksek menfaati, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde çocuklarla ilgili bütün işlemlerde öncelikle gözetilecek bir husus (*a primary consideration*) olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık velayete ilişkin uyuşmazlıklarda çocuğun yüksek menfaatinin temel düşünce (*the paramount consideration*) olduğu öngörülmektedir. Ancak Çocuk Kaçırma Sözleşmesi kapsamındaki iade talepleri, bir velayet/koruma hakkı davası değildir; dolayısıyla çocuğun mutad meskenine iadesine dair karar da koruma hakkı/velayet kararı değildir(ÇKS md.19) Bu karar yalnızca çocuğun, koruma ve ziyaret hakkının esasına ilişkin karar vermesi en uygun olan yargı

³⁹⁸ BOZDAĞ, s. 24.

³⁹⁹ ÖNER, Ş. N.: "Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi: Amacı, Uygulaması ve Kısa Bir İhtihat Analizi", TBB Dergisi, 2014, C. 27, S.115, s. 477-516, s.494.

⁴⁰⁰ "(...)firmly convinced that the interests of children are of paramount importance in matters relating to their custody..."

⁴⁰¹ BOZDAĞ, s. 99; AKINCI, Z./ DEMİR GÖKYAYLA, C.: Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul 2010, s. 280 vd.

alanına iadesini sağlamayı amaçlamaktadır.⁴⁰² İfadeye ilişkin karar veren makam, velayete ilişkin bir karar vermediğine göre çocuğun yüksek menfaati, iadenin kabulü veya reddi konusunda temel düşünce değil; ancak ÇHS md. 3 bağlamında öncelikli düşünce olarak işlerlik kazanmaktadır. Bundan dolayı çocuğun yüksek menfaatinin, iadenin reddi sebepleri arasında sayılmaması doğal karşılanmalıdır.

Bu kapsamda Çocuk Kaçırma Sözleşmesi'nin çocuğun iadesinin reddedilmesine imkân verilmesine ilişkin hükümlerini, 12/2⁴⁰³, 13/1⁴⁰⁴, 13/2⁴⁰⁵ ve 20⁴⁰⁶inci maddesi oluşturmaktadır. Söz konusu iadenin reddini mümkün kılan hükümlerin varlığının sözleşmenin sıhhati için önemli olduğu; bu hükümlerin düzenlenmiş olmasının AİHS md. 6 çerçevesinde bir ihtiyaç olduğu ifade edilmektedir.⁴⁰⁷ Kanaatimizce AİHS md. 6'nın yanı sıra çocuğun yüksek menfaati ilkesi, söz konusu hükümlerin uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Sözleşme metni incelendiğinde, yetkili mahkemenin iade kararı vermeden önce herhangi bir inceleme yükümlülüğünün söz konusu olmadığı, iadenin reddine dair bütün incelemelerin mahkemenin takdirine bırakıldığı görülmektedir. Oysa söz konusu

⁴⁰² ÖNER, s. 497.

⁴⁰³ ÇKS md. 12: “(1) Bir çocuğun, 3. maddede belirtildiği şekilde, kanuna aykırı olarak yeri değiştirilmiş veya çocuk alıkonulmuş ve çocuğun bulunduğu taraf Devletin adli veya idari makamına müracaat anında, yer değiştirme veya alıkonulmadan itibaren bir yıldan az zaman geçmişse, müracaatta bulunulan makam, çocuğun derhal geri dönmesini emreder.

(2)Yukarıdaki fıkrada öngörülen bir yıllık sürenin sona ermesinden sonra bile müracaatta bulunulursa, adli veya idari makamın, keza çocuğun geri dönmesini emretmesi gerekir, yeterki, çocuğun yeni çevresine intibak ettiği tespit edilmesin. (3)Talepte bulunulan devletin adli veya idari makamı, çocuğun başka bir Devlete götürüldüğüne inanıyor ise, davayı askıya alabilir veya çocuğun geri dönmesi talebini reddedebilir.”

⁴⁰⁴ ÇKS md. 13(1): “Yukarıdaki madde hükümlerine rağmen, talepte bulunulan Devletin adli veya idari makamı, geri dönmeye itiraz eden kişi, kurum veya örgüt: a) Çocuğun şahsının bakımını üstlenmiş bulunan kişi, kurum veya örgütün, yer değiştirme veya alıkoyma döneminde koruma hakkını etkili şekilde yerine getirmediyse veya yer değiştirmeye veya alıkoymaya muvafakat etmiş olduğunu veya daha sonra kabul etmiş olduğunu veya (b)Geri dönmesinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde, müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir risk olduğunu tesbit ederse, çocuğun geri dönmesini emretmek zorunda değildir.”

⁴⁰⁵ ÇKS md. 13(2): “Adli veya idari makam keza çocuğun, geri dönmek istemediğini ve görüşünün gözönünde bulundurulmasının uygun olacağı bir yaşa ve olgunluğa erişmiş bulunduğunu gözlerse, geri dönmesini emretmeyi reddedebilir.”

⁴⁰⁶ ÇKS md. 12: “Çocuğun, 12. madde hükümleri uyarınca geri dönmesi, talepte bulunulan Devletin insan haklarının korunması ve temel hürriyetlerine ilişkin ilkeleri izin vermiyor ise, reddedilebilir.”

⁴⁰⁷ BOZDAĞ, s. 99.

incelemenin yapılması, her ne kadar Çocuk Kaçırma Sözleşmesi bakımından bir *takdiri yetkiye* dayansa da çocuğun yüksek menfaati bakımından bir *yükümlülük* teşkil etmektedir. Zira ÇHS'ye taraf devletlerin bütün yetkili makamları, çocuklarla ilgili bütün işlemlerde çocuğun yüksek menfaatini öncelikle gözetmekle yükümlü kılınmıştır.

Çocuğun mutad meskenine iadesi, çocuk için önemli değişiklikleri beraberinde getirebileceği gibi; devletin yetkisi altında bulunan bir çocuğun yetki alanından çıkarılarak başka bir devletin yetki alanına gönderilmesine sebebiyet verdiğinden dolayı yetkili makamların iade başvurusuna ilişkin karar verirken istisnalar ışığında yeterli inceleme yaparak kararlarını sağlam gerekçelere dayandırması gerekmektedir.⁴⁰⁸ AYM, *Marcus Frank Cerny*, başvurusunda şu yönde bir değerlendirmede bulunmuştur:

“Bu bağlamda başvuruya konu iade talebini inceleyen mahkemelerce verilen kararlarda uzman değerlendirmelerine ve çocuğun aile yaşantısı hakkında bilgi sahibi kişilerin beyanlarına yer verilerek delillerin değerlendirildiği, Lahey Sözleşmesi'nin 13. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan istisnanın şartlarının oluşmadığına dair açıklamalara yer verildiği anlaşılmaktadır. Ayrıca başvuru ile çocuğu arasında kişisel ilişki tesis edilerek başvurunun çocuklarını görme, ilişki kurma hakkı ile çocuğun yüksek menfaati arasındaki denge gözetilmiştir. Başvurucunun dava süreçlerinde iddia ve savunmalarını dile getirebildiği, verilen nihai kararlara karşı kanun yollarına başvurarak etkili bir katılım sağladığı da görülmektedir. Sonuç olarak Lahey Sözleşmesi'nin getirdiği güvenceler gözönüne alınarak derece mahkemelerince oluşturulan karar gerekçelerinin aile hayatına saygı hakkı bağlamında ilgili ve yeterli olduğu, bu suretle başvuru ile çocuğun menfaatleri arasında denge kurulduğu değerlendirilmiştir.”⁴⁰⁹

⁴⁰⁸ BOZDAĞ, s. 8-25.

⁴⁰⁹ *Marcus Frank Cerny*, para. 41.

c. Gönüllü Çözüm ile Çocuğun Yüksek Menfaati Arasındaki İlişki

Çocuk Kaçırma Sözleşmesi'nin 10. maddesine göre, çocuğun bulunduğu devletin merkezi makamı, çocuğun gönüllü olarak teslimi için tüm önlemleri almakla yükümlüdür. Bu yükümlülük doğrultusunda kanunda iki hükme yer verilmiştir. Bunlardan ilki, cumhuriyet başsavcılıklarının, çocuğun rıza ile teslimi veya sulh yoluyla çözümü sağlamak üzere gerekli bütün tedbirleri almakla yükümlü tutulduğu 5/1. Maddesi⁴¹⁰; diğeri ise yetkili mahkemenin davanın esasına girmeden önce çocuğun iadesini uzmanlardan da yararlanarak sulh yoluyla teşvik etme yükümlülüğünü düzenleyen 8. maddesidir⁴¹¹. Kanunun 8. maddesinin gerekçesinde sulhe teşvikin çocuğun yüksek menfaati ile ilişkisine işaret edilmiştir:

“...Maddeyle, mahkemece bu Kanunun uygulanmasından doğan dava ve işlerde, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması özellikle çocuğun yüksek yararları bağlamında, anne ve babasıyla ilişkilerini sürdürmesi bakımından uzmanlardan da yararlanmak suretiyle çocuğun sulh yoluyla iadesi sağlanmak istenmiştir.”

Kanunun 8.maddesinde öngörülen ‘çocuğun iadesinin sulh yoluyla teşviki’, çocuğun iadesine yönelik tek taraflı bir çözüm öngörmektedir. Oysa dostane çözümün sağlanması, iki tarafın anlaşarak ortak bir karar verebilmesi anlamına gelmektedir.⁴¹² Bu anlaşma, çocuğun iadesi yönünde olabileceği gibi çocuğun getirildiği ülkede kalması

⁴¹⁰ **5717 S. Kanun md. 5:** “Merkezî Makam, mahallî Cumhuriyet başsavcılığı aracılığı ile; a) Sözleşme kapsamında çocuğun iadesi veya şahsî ilişki kurulma hakkının kullanılması konusunda bir başvurunun yapılmasını müteakip çocuğun bulunduğu yerin tespiti ile menfaatlerinin korunması için kolluk ve diğer yetkili makamları görevlendirmek de dahil olmak üzere gerekli bütün tedbirleri alır. b) Çocuğun, kendisini kaçırmış olan kişinin rızası ile iadesi veya taraflar arasında sulh yoluyla bir çözüme ulaşılmasını teminen gerekli bütün tedbirlerin alınmasını sağlar. c) Çocuğun, kendisini kaçırmış olan kişinin rızası ile iadesi veya taraflar arasında sulh yoluyla bir çözümün bulunması mümkün değilse, çocuğun iade edilip edilmeyeceği veya şahsî ilişki hakkının kullanılması konusunda bir karar verilmek üzere yetkili mahkemeye dava açar.”

⁴¹¹ **5717 S. Kanun md. 8(1):** “Mahkeme, bu Kanunun uygulanmasından doğan dava ve işlerde esasa girmeden önce, çocuğun iadesini uzmanlardan da yararlanarak sulh yoluyla teşvik eder. Sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir.”

⁴¹² **BOZDAĞ**, s. 64.

yönünde de olabilir. Bu bağlamda, 5717 S. Kanun'un 5. maddesi, iki yönlü bir çözüm öngörmesi açısından dostane çözüm yöntemi ile daha çok örtüşmektedir.⁴¹³

Öte yandan aile içi şiddet ve cinsel istismar iddialarının bulunduğu durumlarda, çocuğun gönüllü iade edilmesi için kaçıranı teşvik etmek, her zaman çocuğun menfaatine uygun olmayabilir. Çocuk Kaçırma Sözleşmesi'nde bu konuda herhangi bir ayrıma gidilmemesi, kanuna ilişkin bir eksiklik olarak görülmektedir.⁴¹⁴ Bu düzenlemeler çerçevesinde, aile içi şiddet unsurunun bulunması durumunda dahi gönüllü çözüm olasılığı bulunmakta ancak, yetkili makamların bu hususta titiz ve dikkatli davranmaları; zarar görme tehlikesi olanların güvenliğinin sağlanması için gerekli tedbirlerin alınması önem taşımaktadır.⁴¹⁵ Bu doğrultuda 5717 S. Kanun'un 8. maddesinde sulhe teşvikin uzmanlardan yararlanmak suretiyle gerçekleştirileceği düzenlenmiştir. Aynı koşula cumhuriyet başsavcılığının rıza ile teslim veya sulh yoluyla çözüme dair yükümlülüklerine dair 5. madde hükümde de yer verilmesi, konuya ilişkin esaslı bir korumaya imkân verecektir.

d. Bakım Tedbirlerinin Alınması ve Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesi Arasındaki İlişki

Çocuğun dahil olduğu bütün karar verme süreçleri gibi, Çocuk Kaçırma Sözleşmesi'nin uygulanmasında takip edilen süreç boyunca da çocuğun korunması ve bakım ve güvenliğinin güvence altına alınması çocuğun yüksek menfaatinin bir gereğidir. Çocuk Kaçırma Sözleşmesi'nin 7. maddesinin 2. fıkrasında merkezi makamların görevleri arasında çocuğun yeni tehlikelere uğramasının geçici önlemler olarak veya

⁴¹³ Uygulamada cumhuriyet savcılarının çabalarının yetersiz kaldığına ilişkin açıklamalar için bkz. **BOZDAĞ**, s. 63.

⁴¹⁴ **BOZDAĞ**, s. 66.

⁴¹⁵ **BOZDAĞ**, s. 66.

aldırarak önlenmesini sağlamayı da saymıştır. 5717 S. Kanun'un çeşitli hükümlerinde buna uygun düzenlemeler yapıldığı görülmektedir.

5717 S. Kanun'un 10. maddesinde mahkemenin dava sonuçlanıncaya kadar çocuğun yüksek menfaatinin tehlikeye düşmemesi için karar verebileceği geçici tedbirlere yer verilmiş; bu tedbirlere gerektiğinde çocuğun görüşüne ve uzman raporlarına dayanılarak karar verilebileceği düzenlenmiştir.⁴¹⁶ Ayrıca 5717 S. Kanun'un 24. maddesinde, sözleşme prosedürü devam ettiği sürece çocuğun yerinin değiştirilmesine karşı çocuğun yerinin takibi için bazı geçici tedbirlere karar verilebileceği düzenlenmiş; çocuğu hukuka aykırı olarak kaçıran veya alıkoyan ebeveyn tarafından iade prosedürünü etkisizleştirme girişimlerinin⁴¹⁷ önüne geçilmesi hedeflenmiştir. 5717 S. Kanun'un 18. Maddesinde ise kanunda öngörülen geçici tedbir kararlarının Cumhuriyet Başsavcılığınca, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu veya ilgili diğer kurum ve kuruluşlar aracılığıyla yerine getirileceği belirtilmiş; böylece çocuğu yanında bulunduran ebeveynin çocuğa kötü muamelede bulunması iddiaları karşısında, çocuğun geçici olarak bir bakım veya eğitim kurumuna yerleştirilmesi imkânının varlığına da işaret edilmiştir.⁴¹⁸

⁴¹⁶ **Kanun md. 10:** "(1) Mahkeme, talep üzerine veya re'sen çocuğun yüksek yararının tehlikeye düşmesini önlemek için dava sonuna kadar aşağıda belirtilen geçici tedbirlere, gerektiğinde çocuğun görüşünü ve uzmanlardan rapor almak suretiyle karar verebilir:

a) Bakım ve gözetimi üzerine alan akrabalarından birine teslim.
b) Bakım ve gözetimi üzerine alan güvenilir bir aile yanına yerleştirme.
c) Çocuk bakımı ve yetiştirme veya benzeri resmî yahut özel kurumlara yerleştirme.
d) Resmî veya özel bir hastaneye veya tedavi evine yahut eğitimi güç çocuklara mahsus kurumlara yerleştirme."

⁴¹⁷ **ÖNER**, s. 493.

⁴¹⁸ **ÖNER**, s. 493.

2. Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesi Işığında İadenin Reddi Hükümlerinin Uygulanması

Çocuk Kaçırma Sözleşmesi genel itibariyle, uluslararası çocuk kaçırma vakalarının tüm devletler nezdinde reddedilmesi ve bu durumla uluslararası düzeyde mücadele etme düşüncesi üzerine kurulmuştur.⁴¹⁹ Bundan dolayı Çocuk Kaçırma Sözleşmesi'nin öncelikli hedefinin çocuğun iadesi olduğu dikkate alınarak, belirtilen istisna hükümleri çerçevesinde somut olaya ilişkin menfaatler arasındaki adil bir dengenin gözetilmesi şarttır.⁴²⁰

Uluslararası niteliği doğrultusunda Çocuk Kaçırma Sözleşmesi'nin yorumlanmasında 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin 31(3)(c) bendinde ifade edildiği üzere, “uluslararası hukukun taraflar arasındaki ilişkiye uygulanabilir olan ilgili kuralları” ve özellikle insan haklarının uluslararası korunmasıyla ilgili kuralları göz önünde bulundurulmalıdır.⁴²¹

Çocuk Hakları Sözleşmesi, çocuklara dair temel hak ve özgürlükleri düzenleyen temel sözleşme olarak çocuk kaçırma vakalarına ilişkin uygulanabilir kuralları içermektedir. 3. Maddesinde ise çocuklarla ilgili bütün işlemlerde çocuğun yüksek menfaatinin öncelikle gözetilmesi gerektiğini öngörmektedir. Bu doğrultuda Çocuk Kaçırma Sözleşmesinde taraf devletlere verilmiş olan takdir yetkinin kullanılmasında çocuğun yüksek menfaati ilkesi önemli bir yere sahiptir. Ayrıca belirtilen vakalar,

⁴¹⁹ ÖNER, s. 487.

⁴²⁰ AİHM, *Ignaccolo-Zenide* kararında şu ifadelere yer vermiştir: “(...) tüm ilgililerin hak ve menfaatlerinin dikkate alınması, özellikle AİHS md. 8 kapsamında çocuğun yüksek menfaatinin göz önünde bulundurulması gerekir. Ebeveyn ile iletişim kurmanın bu menfaatleri tehdit etmesi veya bu haklara müdahale etmesi karşısında adil bir denge kurma görevi ulusal makamlara aittir.” ECtHR- *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, App. No. 31679/96, 25.01.2000, para. 94. AİHM'in değerlendirmeleriyle uyumlu olarak AYM benzer yönde bir yaklaşıma sahiptir: “Bu alandaki belirleyici mesele; çocuğun, anne babanın ve kamu düzeninin yarışan menfaatleri arasında, devletin kendisine tanınan takdir alanı içinde bu konuda adil bir denge kurup kurmadığıdır. Ancak bu denge kurulurken velayet ve kişisel ilişki hakkıyla ilgili meselelerde çocukların menfaatlerinin üstün bir öneme sahip olduğu unutulmamalıdır.” *Marcus Frank Cerny*, para. 75

⁴²¹ AİHM de bu hususa dikkat çekmektedir: ECtHR- *X v. Latvia* [GC], App. No. 27853/09, 26.11.2013, para. 95.

Sözleşme'nin öngördüğü prosedürlerin icrası açısından taşıdığı öneme binaen, AIHM tarafından da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi bağlamında değerlendirmeye tabi tutulmakta; bu değerlendirme sırasında çocuğun yüksek menfaati dikkate alınmaktadır.⁴²²

Kanaatimizce çocuğun mutad meskenine iade edilip edilmeyeceğine ilişkin değerlendirme, çocuğun hayatı üzerinde önemli etkiler doğurmasından dolayı çocuğun yüksek menfaati temelinde gerçekleştirilmelidir. Bu doğrultuda çocuğun yüksek menfaati öncelikle gözetilmeli, diğer hususlar karşısında bir dengelemeye tabi tutularak iade hususunda bir karara varılmalıdır. Burada değerlendirmenin sınırları Çocuk Kaçırma Sözleşmesi'nde öngörülen istisna hükümleri ile sınırlı kalmalı; değerlendirme neticesinde ise ancak istisnai koşullara dayanılarak iadenin reddi kararı verilebilmelidir. Aksi takdirde sözleşmenin amacına ulaşması imkânsız hale gelebilmektedir.

Bu noktada çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıntılı bir şekilde göstermiş olduğumuz değerlendirme süreci şu şekilde işlerlik kazanmalıdır: Öncelikle çocuğun yüksek menfaati tespit edilmelidir. Çocuk Kaçırma sözleşmesinde iadeye karar verecek olan yetkili makamın velayet hakkında bir karar vermeyeceği açık bir şekilde düzenlenmiş olmasından dolayı, yetkili makamın yapacağı değerlendirmenin çocuğun yüksek menfaati değerlendirmesi olarak adlandırılmasından kaçınıldığı görülmektedir. Kanaatimizce bu durum, çocuğun yüksek menfaati ilkesinin, velayet davalarına özgü bir ilke olarak görülmesinin bir yansımasıdır. Oysa, iadeye ilişkin bir davada çocuğun yüksek menfaati değerlendirmesi, somut olayın özelliklerine göre bir içerik kazanacak ve velayet davasında gerçekleştirilen çocuğun yüksek menfaati argümanlarından farklılaşacaktır.⁴²³ Bu tespitin velayet davasında çocuğun yüksek menfaatine dair yapılan

⁴²² ECtHR- Neulinger And Shuruk v. Switzerland, App. No. 41615/07, 06.07.2010, para. 131.

⁴²³ AKINCI ve DEMİR GÖKYAYLA, Çocuk Kaçırma Sözleşmesi uyarınca görülecek olan iade davasının velayet davasından farklılık taşıdığı; bu nedenle incelenecek hususların da velayet davalarında esas alınan unsurlardan farklı olacağına işaret etmiş; bu nedenle değerlendirmeye esas alınacak uzman raporunun

tespitten iki yönüyle ayrıldığını söylemek mümkündür. Birincisi, velayet davalarında çocuğun yüksek menfaati belirleyici nitelik taşıdığından dolayı çocuğun menfaatlerinin gerektirdiği yönde bir karara varılması şarttır. Oysa Çocuk Kaçırma Sözleşmesi çerçevesinde çocuğun menfaatlerine belirleyici bir etki tanınmadığından dolayı, çocuğun menfaatleri tespit edildikten sonra diğer menfaatlerin de dikkate alınması gerekmektedir. İkincisi ise iadeye ilişkin karar verilirken, amaç, velayet davalarında olduğu gibi çocuğun hangi ebeveyni yanında daha mutlu bir yaşam süreceği veya hangi ebeveynin çocuğa daha iyi bir bakım sağlıyor olduğuna karar verilmesi değil; yalnızca iadenin çocuğa olan etkilerinin tespiti olduğundan dolayı, iadenin reddi hükümleri çerçevesinde bir değerlendirme yapılacaktır.

Değerlendirmede dikkate alınacak hususlar, Sözleşmede yer alan istisna hükümleri (çocuğun içinde bulunduğu koşullar (ÇKS md. 12, md. 13.1.a.), görüşleri(md. 13/2), çocuğun gönderildiği takdirde içinde bulunacağı koşullar (md. 13/1.b-20)) ile sınırlı olarak belirlenmelidir: somut olayın özelliklerine göre, kaçırılan ebeveynin çocukla birlikte dönebilmesinin mümkün olup olmadığı, birlikte dönmesi önündeki engeller, iade durumunda alınabilecek koruma tedbirlerinin varlığı gibi hususlar da dikkate alınarak bir kontrol listesi hazırlanmalıdır. Ardından menfaatlerin dengelenmesi aşamasına geçilmeli; dengeleme sırasında çocuğun yüksek menfaati dışındaki “diğer menfaatler” arasında “kaçırılan ebeveynin caydırılmasına yönelik uluslararası toplumun menfaati” en başta yer almalıdır. Böylece Sözleşmenin somut olaydaki çocuğun menfaatlerini mi yoksa kaçırma vakalarının önlenmesi adına bütün çocukların menfaatlerini mi koruduğu yönündeki tartışmalara da bir çözüm sunulması mümkün hale gelmektedir.⁴²⁴ Zira kaçırılan ebeveynin

Sözleşmenin amacına ve uygulamasına uygun bir içeriğe sahip olması açısından konuya ilişkin bilgi sahibi olan kişilerce hazırlanması gerektiğini belirtmiştir. **AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA**, s. 297.

⁴²⁴ Kanada Mahkemesi tarafından verilmiş olan Thompson v. Thompson kararında, Çocuk Kaçırma Sözleşme kapsamında sözü edilen menfaatin çocukların kaçırılmasının önüne geçmek olduğu ve bunun kaçırılan çocuğun mutad meskene iadesini sağlayıp kaçırma niyeti taşıyan diğer ebeveynleri caydırmak ile başarılabileceği, bu nedenle sözleşmenin dibace kısmında yer alan “ çocukların menfaatleri (interests of children) ifadesinin, tek bir çocuğun değil; bütün çocukların menfaatlerini korumak olarak anlaşılabilceğini ifade etmektedir. BOZDAĞ ise bir çocuğun menfaatini koruyamayan sözleşmenin bütün

caydırılmasına yönelik menfaatin değerlendirmede dikkate alınmasıyla hem somut olaydaki çocuğun hem de bütün çocukların menfaatleri güvence altına alınmaktadır.

Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, çocuğun ebeveynleriyle olan kişisel ilişkilerine, değerlendirmede belirleyici etki tanınmaması gerektiğidir. Örneğin küçük yaşta bir çocuğun, annesi tarafından kaçırılmış olması durumunda, çocuğun yaşının küçük olması nedeniyle anne sevgisine ihtiyacı olacağı hususu, velayet davasını konusunu oluşturmaktadır.⁴²⁵ Bundan dolayı kaçırın ebeveynin çocukla birlikte dönmek yönündeki ısrarları veya birlikte dönmesi önündeki engeller göz önüne alınmaksızın çocuğun yaşının küçük olması veya ebeveyninin bakımına muhtaç olması gibi hususlar başlı başına iade sebebi oluşturamayacaktır.

Öte yandan sözleşme metni incelendiğinde, istisnai hükümlerin uygulanmasının tamamıyla yetkili makamın takdirine bırakılmış olduğu görülmektedir. Dolayısıyla tarafların red sebepleri olarak belirtilen koşulların varlığını açık bir şekilde ispat etmiş olmaları halinde dahi; Çocuk Kaçırma Sözleşmesi çerçevesinde yetkili makamın bu koşulların varlığına rağmen iade kararı verme yetkisi bulunmaktadır. Sözleşmenin her durumda yetkili makamın iadesine imkân vermesi, taraf devletlerin geri gönderme yasağına ilişkin yükümlülükleri ile de bağdaşmamaktadır. Bu durum Çocuk Kaçırma

çocukların menfaatlerini koruyabileceğini düşünmenin anlamsız olması sebebiyle bu düşünceye karşı çıkmaktadır. bu noktada çocuğun yüksek menfaati değerlendirmesinin, söz konusu tartışmalara çözüm sunacak mahiyette olduğu görülmektedir. Bkz. **BOZDAÇ**, s. 120.

⁴²⁵ AYM Marcus Frank Cerny, kararında bu hususa değinmiştir: “(...)İlk derece mahkemesi kararında, Lahey Sözleşmesi’nin 12. maddesinde düzenlenen derhâl iade koşullarının oluşmadığı; çocuğun yaşı, anneye muhtaç hâli de dikkate alınarak talebin reddi gerektiğinin belirtilmesine rağmen çocuğun Türkiye’de bulunmasının ilgili Sözleşme hükümleri uyarınca yasal olup olmadığı ve iade kararına temel alınacak olan mutad meskenin neresi olduğu ve nasıl tespit edildiği ile Sözleşme’nin 12. maddesindeki iade Şartlarının hangi suretle gerçekleşmediği hususlarında hiçbir açıklamaya yer verilmediği görülmekte, (...) Lahey Sözleşmesi ve 5717 sayılı Kanun hükümlerinde mutad meskenin tespiti ve çocuğun mutad mesken ülkesine iadesinin öngörülmesine karşın davanın velayet hükümlerine göre çözümlenmesi yoluna gidildiği ve olayda uygulama yeri olmayan çocuğun küçüklüğü ve anneye ihtiyacı gibi öznel ölçütlere dayanılarak sonuca gidildiği tespitlerine yer verilmesine ve başvurusunun da aynı yöndeki itirazlarına rağmen derece mahkemelerince söz konusu istisna hükümleri ve somut olaya uygulanabilirlikleri hususunda bir inceleme yapılmadığı gibi bu hususta bir açıklamada da bulunulmadığı nazara alındığında karar gerekçelerinin aile hayatına saygı hakkı bağlamında ilgili ve yeterli olmadığı, bu hakka orantılı bir müdahalede bulunulmadığı anlaşılmaktadır.” Marcus Frank Cerny, para. 87.

Sözleşmesinin bir adli yardım sözleşmesi niteliği taşımasıyla açıklanabilmektedir.⁴²⁶ Bu noktada istisna hükümlerinin değerlendirilmesinde devletlerin uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülükleri de devreye girmektedir. Geri gönderme yasağı her ne kadar sığınma bağlamında ortaya çıkmış olsa da günümüzde bütün insanları kapsamına alan bir koruma sunar hale gelmiştir. Çocuklar söz konusu olduğunda ise geleneksel geri gönderme yasağı yerine Çocuk Hakları Komitesi'nin öngördüğü 'telafisi imkânsız zarar' a ilişkin gerçek risk standardı kabul edilmektedir.⁴²⁷

Çocuk Kaçırma Sözleşmesi'nin istisna hükümleri incelendiğinde özellikle (13)(1)(b) ve 20. md. hükümlerinin çocukların telafisi imkânsız bir zarara uğrayacağı yönünde gerçek bir riskin varlığı durumunda dahi iadeye imkân verdiği anlaşılmaktadır. Kanaatimizce Çocuk Kaçırma Sözleşmesi çerçevesinde çocuğun mutad meskenine iadesi de bir ülkeden gönderme sayılmakta; çocuğun yüksek menfaati temelinde bir değerlendirme gerçekleştirildiğinde çocuğun telafisi imkânsız zarar riski ile karşı karşıya kalacağı yönünde gerçek bir riskin tespiti halinde çocuğun iade edilmemesi veya iade edileceği devlet makamlarının koruma tedbirleri aldığından emin olunması önem taşımaktadır.

Bu hususların tamamı dikkate alındığında çocuğun yüksek menfaatinin belirleyici faktör olarak değil öncelikle gözetilecek bir husus olarak etki gösterebileceği; bu etkinin ise çocuğun yüksek menfaati değerlendirmesi çerçevesinde yansıma bulabileceğini söylemek mümkündür. Hem çocuğa hem çevresine ilişkin bütün hususların dikkate alınarak hem çocuğun menfaatlerin korunması hem de sözleşmenin amacının gerçekleştirilmesi güvence altına alınabilmektedir.

⁴²⁶ ALTUNTAŞ, İ.: Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi, Ankara 2006, s. 34-35.

⁴²⁷ General Comment No. 6, para. 26- 27.

C. Çocukların Kalıcı Çözüm Yolları Çerçevesinde Ülkeden Uzaklaştırılmasında Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin Etkisi

Çocuk Hakları Komitesi, 6 no.lu genel yorumunda çocuk için kalıcı çözüm önerileri sunmuş; bunları aile birleşimi, gelinen ülkeye dönüş, üçüncü ülkeye yerleştirme, yerel entegrasyon ve ülkelerarası evlat edinme olarak belirlemiştir.⁴²⁸ Dönüş (return), Türk hukukunda gönüllü geri dönüş temelinde yansıma bulmaktadır. Çocuğun ülkeden uzaklaştırılması sonucunu doğurmadığından; ülkelerarası evlat edinme ise kalıcı çözüm yolu olarak Türk hukuku uygulamasında karşılaşılan bir durum olmadığından dolayı çalışma kapsamında değildir. Bu başlık altında aile birleşimi ve gönüllü geri dönüş üzerinde durulacaktır.

BMMYK, temel yüksek menfaat değerlendirmesinin çocuklarla ilgili her durumda geçerli olduğunu belirtmekte ancak bazı istisnai durumlarda çocuk için en uygun çözümün tespitine yönelik sıkı usuli güvenceler eşliğinde yürütülmesi gereken ‘çocuğun yüksek menfaatinin belirlenmesi’ (BID)⁴²⁹ olarak adlandırılan özel bir sürecin yürütülmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Söz konusu istisnai durumlar arasında refakatsiz ve ailesinden ayrı düşmüş çocuklar (ve ilave risk faktörlerinin mevcut olduğu durumlarda ailesinden ayrı düşmüş çocuklar) için kalıcı çözümlerin tespit edilmesi de sayılmıştır. Çocuğun Yüksek Menfaatinin Belirlenmesi sürecinin yürütülmesi, ikinci bölümde ele aldığımız temel yüksek menfaat değerlendirmesine dayanmakta; ancak risk altında ve hassas konumdaki çocuklar için en uygun çözümün belirlenmesi amacıyla gerçekleştirildiği için daha sıkı usuli güvenceler ile daha titiz bir incelemeyi gerektirmektedir.

⁴²⁸ General Comment No. 6, para. 79 vd.

⁴²⁹ Çocuğun yüksek menfaatinin belirlenmesi (BID) teknik bir kavram olup; en uygun çözümün belirlenmesine yönelik yürütülen bir süreçtir. Yukarıda bahsedilen çocuğun yüksek menfaati değerlendirmesinin birinci aşamasını oluşturan çocuğun menfaatlerinin tespiti ile karıştırılmamalıdır. BID hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bkz. UNHCR, Guidelines 2018.

1. Türk Hukukunda Refakatsiz ve Ailesinden Ayrı Düşmüş Çocuklara İlişkin

Genel Açıklamalar:

a. Refakatsiz ve Ailesinden Ayrı Düşmüş Çocukların Tanımlanması:

YUKK hükümlerine göre refakatsiz çocuk, “sorumlu bir kişinin etkin bakımına alınmadığı sürece, kanunen ya da örf ve âdet gereği kendisinden sorumlu bir yetişkinin refakati bulunmaksızın Türkiye’ye gelen veya Türkiye’ye giriş yaptıktan sonra refakatsiz kalan çocuk” olarak tanımlanmıştır (YUKK, md. 3(1)(m)) Bu tanım uluslararası kuruluşlarca belirlenen refakatsiz çocuk tanımıyla da uyum göstermektedir.⁴³⁰

Refakatsiz çocuklara ilişkin hususlara YUKK ve uygulama yönetmeliğinde, genellikle uluslararası koruma bağlamında olmak üzere çeşitli hükümlerde yer verilmiştir.⁴³¹ Bu çerçevede Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı⁴³² tarafından refakatsiz çocuklara sunulacak hizmetlere ilişkin usûl ve esasları içeren Refakatsiz Çocuklar Yönergesi hazırlanmıştır. Yönergede; çocuğun bakım hizmetlerinden yararlanmasına yönelik hükümler (md. 5), çocuğun refakatsiz olup olmadığı ve sevk işlemlerine yönelik hükümler (md. 6), Çocukların kuruluş veya birimlere kabulü, hizmet sunumu ve ayrılış işlemlerine ilişkin hükümler (md. 7-11) yer almaktadır. Buna karşılık YUKK ve diğer ilgili mevzuatta ailesinden ayrı düşmüş çocuklar (*seperated children*) özel olarak

⁴³⁰ INTER-AGENCY, s. 13.

⁴³¹ YUKK md. 67. maddesi uyarınca, refakatsiz çocuklara (özel ihtiyaç sahibi kapsamında) uluslararası korumaya ilişkin hak ve işlemlerde öncelik tanınacağı; YUKK md. 59(1)(ç), çocukların yüksek yararının gözetilerek, refakatsiz çocuklar ile ailelerin ayrı bir yerde barındırılacağı; YUKK md. 66’da başvurunun alınması ile birlikte refakatsiz çocuklara 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun hükümlerinin uygulanacağı; nasıl ve ne şekilde barındırılacakları, on altı yaşını doldurmuş olanların uygun koşullar sağlandığında kabul ve barınma merkezlerinde barındırılabilmesi; YUKK md. 79(4)’te refakatsiz çocukların uluslararası koruma başvurularının hızlandırılmış olarak değerlendirilmeyeceği; • UY md. 65(2) çerçevesinde, uluslararası koruma başvurularının valiliklere bizzat yapılacağı ancak refakatsiz çocuklar ile diğer başvuru sahiplerinin başvurularını bizzat yapamadığı durumlarda başvuruları ilgili birimler tarafından bulundukları yerlerde alınabileceği; UY md. 123(2)’de hangi hususların, çocuğun yüksek yararının gözetilmesinde göz önünde bulundurulacağı düzenlenmiştir.

⁴³² Bakanlığın ismi, 04.08.2018 tarihli ve 30499 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan Bazı Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (Kararname No. 15) ile “Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı” olarak değiştirilmiştir. Ancak Refakatsiz Çocuklar Yönergesi çıkarıldığı tarih itibarıyla söz konusu değişiklik gerçekleştirilmemiş olduğundan, çalışmamız kapsamında Bakanlık eski ismi ile anılmıştır.

tanımlanmamıştır.⁴³³ Bu durum, ailesinden ayrı düşmüş çocukların, refakatsiz çocuklar için öngörülen özel güvencelerden faydalanamaması nedeniyle ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil edebilecek niteliktedir.

Refakatsiz Çocuklar Yönergesi hükümleri incelendiğinde her ne kadar refakatsiz çocuk, YUKK ve Uygulama Yönetmeliği'nde olduğu gibi tanımlanmış olsa da bazı Yönerge hükümlerinin Türkiye'de yakınları veya akrabası bulunan çocukları da kapsadığı görülmektedir. Örneğin Yönerge'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının (g) bendinde şu ifadeye yer verilmiştir:

“g) Refakatsiz çocuğun görüşü dikkate alınarak uygun kuruluşa veya birime, yetişkin akrabalarının veya koruyucu bir ailenin yanına yerleştirilir.”

Tanıma göre refakatsiz çocuk, sorumlu bir kişinin etkin bakımına alınmadığı sürece, kanunen ya da örf ve âdet gereği kendisinden sorumlu bir yetişkinin refakati bulunmaksızın Türkiye'ye gelen veya Türkiye'ye giriş yaptıktan sonra refakatsiz kalan çocuğu ifade etmektedir. Oysa söz konusu hükümde refakatsiz çocuğun yetişkin akrabalarının yanına yerleştirilebileceği öngörülmektedir. Öte yandan Yönergenin 6. maddesinin 1. fıkrasının (l) bendinde:

“l) Uluslararası koruma başvuru sahibi olan ve/veya mülteci veya şartlı mülteci olan ebeveyni veya yakınları yanında olan çocuklardan kuruluş bakımına alınması talep edilen çocukların durumları değerlendirilir, yapılan değerlendirme sonucunda korunma ihtiyacı içinde bulunan çocukların kuruluşa kabulü sağlanır.” hükmüne yer verilmiştir.

Bu hükümde ise “yakınları yanında olan çocuklar” ın, “refakatsiz çocuklar” dan ayrı tutulduğu; yapılan değerlendirme sonucunda, “yakınları yanında bulunan çocuklar” ın da kuruma kabulünün mümkün kılındığı anlaşılmaktadır.

⁴³³ Genel kabul gören tanım uyarınca, ailesinden ayrı düşmüş çocuk, her iki ebeveyninden veya önceki yasal veya geleneksel vasisinden (diğer akrabalarından ayrılmış olması şartı aranmaksızın) ayrılmış çocuklardır. **INTER-AGENCY**, s. 13.

Söz konusu hükümler dikkate alındığında yetişkin akrabalarının veya yakınlarının Türkiye’de bulunması durumunda çocuğun “refakatsiz” sayılıp sayılmadığı hususunun muğlak kaldığını söylemek mümkündür.

b. Refakatsiz veya Ailesinden Ayrı Düşmüş Çocukların Yaş Tespiti ve Kendilerine Yasal Temsilci Atanması

On sekiz yaşından küçük olduğunu iddia eden refakatsiz veya ailesinden ayrı düşmüş olduğu tespit edilen yabancı bir bireyin, yanında yaşını gösterir herhangi bir belge bulunmaması durumunda yaş tespitine ihtiyaç duyulmaktadır.

Uygulama Yönetmeliği’nin 123. maddesinin 2. fıkrasında yaş tespitinin başvuru sahibi veya düzensiz göçmen refakatsiz çocuklar için valiliklerce yaptırılacağı; bunun ise fiziksel ve psikolojik değerlendirmeyi içeren kapsamlı bir tespit olacağı öngörülmektedir. Ayrıca tespit işlemi sonucunda yabancının yaşıyla ilgili tereddütlerin giderilememesi durumunda bireyin çocuk olarak kabul edileceği ifade edilmektedir (UY.md.123(2)).

Uygulama yönetmeliği, yaş tespitinin fiziksel ve psikolojik değerlendirmeyi içerecek biçimde yaptırılacağını ve bunun sonucunda şüpheden çocuğun yararlandırılacağını açıkça hüküm altına almaktadır. Ancak şüphenin çocuk lehine sonuç doğurmasının en önemli unsuru, yaş tespiti sırasında da bireyin çocuk olarak muamele görmesidir. Bu çerçevede henüz yaş tespiti yapılmadan önce, 18 yaşından küçük olduğunu iddia eden refakatsiz bir yabancının varlığından yetkili makamların haberdar olması ile birlikte, kendisine yaş tespiti sırasında eşlik edebilecek ve yaş tespiti sonucunda hak arama yollarına başvuruda bulunabilecek yasal temsilci veya vasi atanmalıdır.⁴³⁴

Türk hukukunda yaş tespiti sonucuna itiraz edilmesine dair özel bir usul öngörülmemiştir. Ancak yasal temsilci, genel hükümlere dayanarak İdare Mahkemesi’ne

⁴³⁴ CRC: N.B.F. v. Spain), para. 12(3); CRC: J.A.B. v. Spain, para. 13(3); CRC: R.K. v. Spain, para. 9; CRC: M.T. v. Spain, para. 13(3).

iptal davası açabilmelidir. Zira yaş tespiti valiliklerce yaptırılacağı yönetmelikte hüküm altına alınmıştır. (UY md.123(2)) Ayrıca yaş tespiti çocuğun yüksek menfaatinin usuli gerekliliklerine aykırı surette gerçekleşmesi durumunda da hukuka aykırılık iddiasında bulunulması mümkündür.

Ayrıca mevzuatta refakatsiz veya ailesinden ayrı düşmüş çocuklara ilişkin yasal temsilcinin derhal atanması pratiğini doğuran bir düzenleme bulunmaması, Türk hukukundaki önemli eksikliklerden biri olarak gösterilmektedir.⁴³⁵ Bu çerçevede, çocuğun yabancı olması sebebiyle, vasi atanması durumunda, MÖHUK'un 10. maddesinin uygulama alanı bulacağı⁴³⁶ refakatsiz veya ailesinden ayrı düşmüş olan çocuklar söz konusu olduğunda çocuğun zorunlu olarak Türkiye'de bulunması nedeniyle Türk hukukunun uygulanacağı ifade edilebilecektir.⁴³⁷ Türk hukuku uyarınca ise, TMK md. 404(1)'e göre velayet altında bulunmayan her küçük vesayet altına alınmaktadır. Bu çerçevede, çocuğun anne ve babasının her ikisinin de öldüğü hallerde veya velayet ana ve babanın her ikisinden kaldırılırsa çocuğa vasi atanabilecektir (MK m. 349). Mahkemenin ise velayet hakkının kaldırılması kararı verebilmesi için talepte bulunulması da gerekli değildir. Hâkim, herhangi bir ilgilinin talebi bulunmasa bile, velayetin

⁴³⁵ "Nitekim bu husus, sahadaki uygulayıcılar tarafından da üzerine basılarak dile getirilmiştir. Çocuğun hukukî yardıma erişiminde başat bir rol oynayacak olan yasal temsilcinin atanması noktasında mevzuatta yukarıda da belirtildiği üzere net bir hüküm bulunmamakla birlikte, uygulamada bu yönde ciddi bir bocalama olduğu aktarılmaktadır. Örneğin bir görüşmede, avukatlar tarafından, refakatsiz çocuklara yönelik vekâlet çıkarma hususunda, çocuğun ehliyeti olmadığı gerekçesiyle sorunlar yaşandığı; adli yardımdan faydalandırılmaları için uluslararası koruma başvurularının idareden talep edilmesi halinde de vekâlet olmadığı için bu başvuruya erişimin sağlanmadığı aktarılmıştır. Aynı görüşmede, hakkında sınır dışı kararı verilmiş olan refakatsiz çocuk için İdare Mahkemesi'ne yapılan başvurunun vekâlet olmadığı gerekçesi ile sürüncemede kaldığı, çocuğa yasal temsilci atanması noktasında herhangi bir sistem geliştirilmediği için, bireysel çabalar ve günü kurtarabilecek yaklaşımlarla sorunların çözülmeye çalışıldığı aktarılmıştır." Naklen, **TBB**, Çocukların Adalet Erişim Hakkı, s. 137.

⁴³⁶ İlgili hüküm uyarınca, "vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri, hakkında vesayet veya kısıtlılık kararının verilmesi veya sona erdirilmesi istenen kişinin millî hukukuna tâbidir. Yabancı millî hukukuna göre vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi mümkün olmayan hâllerde bu kişinin mutad meskeni Türkiye'de ise Türk hukukuna göre vesayet veya kısıtlılık kararı verilebilir veya kaldırılabilir. Kişinin zorunlu olarak Türkiye'de bulunduğu hâllerde de Türk hukuku uygulanır".

⁴³⁷ **TBB**, Çocukların Adalet Erişim Hakkı, s. 142.

kaldırılmasını gerektiren bir sebebin varlığını öğrendiğinde, re'sen velayetin kaldırılmasına karar verebilmektedir.⁴³⁸

TMK hükümlerine göre akrabalara vasi olarak atanma önceliği tanınmaktadır. Böylece, ailesinden ayrı düşmüş çocuklar bakımından çocuğun refakatinde bulunduğu kendisinden sorumlu yetişkin kişi talep ederse çocuğa vasi olarak atanabilecektir. Mevzuatta ailesiyle birlikte olan çocuklar ile ailesinden ayrı düşmüş çocuklar arasında bir ayrıma yer verilmediğinden dolayı ailesinden ayrı düşmüş çocuğun tüm işlemlerinin, herhangi bir talep gerekmeksizin kendisinden sorumlu yetişkin kişiye bağlı olarak gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. Ailesinden ayrı düşmüş çocukların hukuken tanınmaması ve konuya ilişkin özel hükümlerin bulunmaması, bu noktada da çocuğun korunmasız kalabilmesine ortam sağlamaktadır.

Ancak vasi atama işleminin zaman alıcı nitelikte olması ve vasinin kimler arasından atanacağına dair belirsizliklerin bulunmasından dolayı çocuğun öncelikle ülkede kalışının teminat altına alınabilmesi ve kısa vadede ihtiyaçlarının karşılanabilmesi açısından kayyım atanması yolunun benimsenmesinin daha pratik bir uygulama sağlayabileceği ifade edilmektedir.⁴³⁹

c. Refakatsiz ve Ailesinden Ayrı Düşmüş Çocuklar İçin Bakım Ve Güvenlik Tedbirleri

Refakatsiz veya ailesinden ayrı düşmüş çocuğun dahil olduğu işlemler sırasında ve sonrasında çocuğun bakım ve güvenliğinin güvence altına alınması gerekmektedir. Buna ilişkin Refakatsiz Çocuklar Yönergesi'nde ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir. Yönerge kapsamında refakatsiz çocukların korunmaya muhtaçlık durumlarının incelenmesi, gerekli tedbir kararlarının alınması ve kaldırılmasına ilişkin esaslar ile bu

⁴³⁸ OĞUZMAN, K./ DURAL, M.: Aile Hukuku, İstanbul 2001, s. 138.

⁴³⁹ TBB, Çocukların Adalet Erişim Hakkı, s. 142.

işlemleri yapacak kuruluşların ve birimlerin görev, yetki ve sorumlulukları düzenlenmektedir (md. 2).

Yönerge hükümleri incelendiğinde, bir çocuğun refakatsiz olarak tespiti üzerine uygun kuruluşa veya birime, yetişkin akrabalarının veya koruyucu bir ailenin yanına yerleştirilebileceği anlaşılmaktadır (md. 6). Çocuğun kuruluşa, birime, yakın akrabalarının veya koruyucu ailenin yanına yerleştirilmesine karar verilirken çocuğun yüksek menfaatinin dikkate alındığı ve çocuğun görüşlerine başvurulduğu ifade edilmektedir (md. 6(1)(g)). Yönerge kapsamında yakın akraba veya aile yanına yerleştirilen çocuklara sağlanan bakım ve sunulan imkanlar konusunda bir düzenlemeye yer verilmemekle birlikte birimler veya kuruluşa yerleştirilen çocukların koşulları hakkında ayrıntılı hükümler sevk edilmiştir (md. 10). Ayrıca on altı yaşını doldurmuş refakatsiz çocukların uygun koşullar sağlandığında kabul ve barınma merkezlerinde⁴⁴⁰ de barındırılabilmesi belirtilmiştir.⁴⁴¹

Kuruluş ve birimlerdeki koşullara ilişkin hükümler incelendiğinde ise birim ve kuruluşlarda bakım ve güvenlik tedbirlerinin alındığı, sağlık güvencesi sağlandığı, çocukların eğitim hizmetlerinden, sosyal ve sportif faaliyetlerden faydalandırıldığı, onlara mesleki eğitim olanaklarının sunulduğu, internet erişimi sağlandığı, Türkçe dil kurslarına katılımlarına imkân verildiği görülmektedir. (md.10)⁴⁴² Mevzuat çerçevesinde

⁴⁴⁰ Yönerge kapsamında Birim: AFAD işbirliğinde geçici barınma merkezlerinde oluşturulan Göç İdaresi Genel Müdürlüğü bünyesinde hizmet veren kuruluşlara bağlı çocuk koruma birimini, Kuruluş: Çocuk Destek Merkezi, Çocuk Evi, Çocuk Yuvası, Yetiştirme Yurdu ve Çocuk Evleri Sitesini; n) Kabul ve barınma merkezi: Başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerinin beslenme, barınma, sağlık, sosyal ve diğer ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından kurulan, Valiliklerce (Göç İdaresi İl Müdürlüğü) doğrudan işletilen veya kamu kurum ve kuruluşları, Türkiye Kızılay Derneği veya kamu yararına çalışan derneklerden göç alanında uzmanlığı bulunanlarla protokol yapılarak işlettilen merkezleri ifade etmektedir.

⁴⁴¹ 24.12.2019 tarihli değişiklikle birlikte YUKK'da geri gönderme merkezlerinde ailelerin ve refakatsiz çocukların ayrı yerlerde barındırılacağına dair hükümdeki 'refakatsiz çocuklar' ifadesi kaldırılmış; böylece refakatsiz çocukların refakatsiz çocuklar yönergesinde belirtilen yerlerin dışında geri gönderme merkezlerinde de barındırılabilmesine dair belirsizlikler ortadan kaldırılmıştır.

⁴⁴² **Refakatsiz Çocuklar Yönergesi md. 10:** "(1) Kuruluşa veya birime kabulü yapılan çocuklara yönelik yürütülen işlemlerde aşağıdaki hususlar gözetilir.

a) Çocuğun kabulü ile birlikte 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu gereği acil korunma kararı alınır, çocuğun korunma ihtiyacının devam etmesi halinde bakım tedbiri ile ihtiyaç duyulan diğer tedbir

refakatsiz çocuğa sağlanan bakım ve güvenlik tedbirlerinin uluslararası standartlara uygun olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir.

kararlarının alınması mahkemeden talep edilir. b) Çocukların, kütük defterine kayıtları yapılır, çocuğa ilişkin bilgiler bilişim sistemine işlenir.

c) Çocuklara ilişkin bilgi ve beyanlarda herhangi bir değişiklik tespit edilmesi halinde İl Göç İdaresi Müdürlüğüne bilgi verilir.

ç) Refakatsiz olduğu tespit edilerek kuruluşa kabul edilen çocukların bildirimleri Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğüne yapılır. Çocukların sağlık giderleri 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu kapsamında karşılanır.

d) Kuruluşa veya birime yerleştirilen çocuğa kuruluş müdürü tarafından danışman görevlendirilir. Danışman, en kısa sürede çocuk ile görüşerek, kuruluşu veya birimi ve alacağı hizmetleri çocuğa tanıtır.

e) Çocukların, kuruluşa veya birime giriş çıkış saatleri kuruluş müdürlüğüne koordinasyon ve değerlendirme komisyonu kararı doğrultusunda belirlenir ve uygulanır.

f) Kuruluşa veya birime kabulü yapılan her çocuğun kuruluş veya birim dışına izinli çıkması ile aktivitelere katılımı, bireysel durumları ve özellikleri dikkate alınarak danışmanınca planlanır.

g) Kuruluşa veya birime kabul edilen çocuğa alacağı hizmetler, günlük işleyiş ve düzen açısından uyulması gereken kurallar ve sorumlulukları danışmanınca bildirilir.

ğ) Kuruluşun veya birimin günlük işleyiş ve düzeni açısından uyulması gereken kurallar; tüm kuruluş veya birim çalışanlarının ve çocukların katılımı ile belirlenir. Bu kurallar hem Türkçe hem de çocukların anlayacağı dillerde yazılır ve 50x70 cm ebatlarında çerçevelenerek kuruluşa veya birimde görünür yerlere asılır.

h) Kuruluşun veya birimin hizmetlerine ilişkin çocukların anlayabileceği dilde bilgilendirme materyali yazılı ve görsel olarak hazırlanır ve çocuğun kuruluşa veya birime kabulünden sonra kendisine verilir.

ı) Zorunlu örgün eğitim çağında olanların okullara kayıtlarının yapılarak devamları sağlanır, diğer yaş gruplarındaki çocuklar da imkânlar ölçüsünde İl Milli Eğitim Müdürlüğü ile koordine sağlanarak yaygın ve mesleki eğitim olanaklarından yararlandırılır.

i) Okul öncesi eğitim çağındaki çocukların iş ve işlemleri için İl Milli Eğitim Müdürlüğü ile koordine sağlanır.

j) Çocukların ücretsiz Türkçe dil kurslarına katılımı sağlanır.

k) Çocukların uluslararası koruma başvuru süreci hakkında güncel bilgi alması için İl Göç İdaresi Müdürlükleri ve BMMYK ile irtibat kurulur.

l) Gönüllü geri dönüş talebi olan çocuklar İl Göç İdaresi Müdürlüğüne bildirilerek gönüllü geri dönüş süreci başlatılır.

m) Gönüllü geri dönüş talebi olan çocuğun uluslararası koruma başvurusu yapılmışsa BMMYK'ya da bildirilir.

n) Çocuğun menşe ülke veya hedef ülkede aile birleşimi talebi varsa ailenin izinin sürülmesi için çocuğun talebi İl Göç İdaresi Müdürlüğüne bildirilir.

o) Kuruluşa veya birimde kalan her çocuk için; hafta içi ve hafta sonları yapılacak olan okul, kurs, etüt ve sosyal, kültürel, sanatsal ve sportif aktiviteleri de içerecek şekilde; günlük yaşam programı hazırlanır. Program, ilgili tüm personelin katılımıyla ve çocukların görüşü alınarak oluşturulur ve kuruluş müdürünce onaylanır. Program, nöbetçi personel dâhil, sorumlu tüm personele ve çocuğa bildirilir.

ö) Çocuklara yönelik sosyal ve sportif faaliyetlerde Gençlik Hizmetleri ve Spor İl Müdürlüğü ile işbirliği sağlanır.

p) Çocukların harçlıkları kaldığı kuruluşa veya birimde uygulanan harçlık göstergelerine uygun olarak verilir.

r) Kuruluşa veya birimde kalan çocukların günlük programlarına uygun olarak etüt yapılır. s) Kuruluşa veya birimde çocukların internete erişimi filtrelenir, telefonun kontrollü kullanımı sağlanır.

ş) Çocukların güvenliklerini sağlamak üzere gerekli güvenlik tedbirleri alınır. Gerekli hâllerde kolluk kuvvetlerinden yardım talep edilir.(...)”

2. Refakatsiz veya Ailesinden Ayrı Düşmüş Çocukların Aile Birleşimi Yoluyla

Ülkeden Gönderilmesinde Çocuğun Yüksek Menfaati

Türk hukuku mevzuatında aile birleşimini konu alan özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak aile birliği ve aile birleşimi kavramlarının YUKK ve ilgili mevzuatta kullanıldığı hükümlere bakıldığında iki türlü aile birleşiminin öngörüldüğü anlaşılmaktadır: Bunlardan ilki, yabancının Türkiye'ye aile birleşimi için gelmesi⁴⁴³; ikincisi ise refakatsiz çocuğun aile birleşimi amacıyla başka bir ülkeye gönderilmesidir⁴⁴⁴.

Refakatsiz veya ailesinden ayrı düşmüş bir çocuğun aile birleşimi yoluyla ülkeden gönderilmesi durumunda, devletin yetkisi altında bulunan korunmaya muhtaç bir çocuğun, devletin yetki alanından çıkarılarak başka bir ülkeye gönderilmesi söz konusu olduğundan, bu durum, çocuğun yüksek menfaati ilkesinin etkin bir şekilde işlerlik kazanacağı durumlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴⁴⁵

Refakatsiz veya ailesinden ayrı düşmüş çocuklara karşı devletin yükümlülüklerinin pozitif yönü, çocuğun refakatsiz veya ailesinden ayrı düşmüş olduğunu, sınır bölgesi dahil mümkün olan en erken aşamada tespit etmesini ve mümkünse çocuk için aile birleşimi başta olmak üzere kalıcı çözümler bulmaya yönelik arayışını, bunu yaparken aynı zamanda çocuğu koruma yükümlülüğünü içermektedir.⁴⁴⁶

⁴⁴³ **Geçici Koruma Yönetmeliği md. 49(1):** “Bu Yönetmelik kapsamındaki yabancılar, başka bir ülkede bulunan eşi, ergin olmayan çocukları ve bağımlı ergin çocukları ile Türkiye’de bir araya gelmek üzere aile birleşimi talebinde bulunabilir. Bu başvurular, Genel Müdürlükçe değerlendirilir ve ilgili kamu kurum ve kuruluşları, uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum kuruluşlarıyla işbirliği halinde gerekli çalışmalar yapılabilir.”; **UY md. 3(1)(f):** “Destekleyici: Aile birliği amacıyla Türkiye’ye gelecek yabancıların masraflarını üstlenen ve ikamet izni talebinde bulunanlar tarafından başvuruya dayanak gösterilen Türk vatandaşını veya Türkiye’de yasal olarak bulunan yabancıyı(...)”

⁴⁴⁴ **Geçici Koruma Yönetmeliği md. 49(2):** “Refakatsiz olduğu tespit edilen çocuklarla ilgili olarak çocukların talebi beklenmeksizin aile birleşimine ilişkin işlemler derhal başlatılır.”
md. 11(5): “Çocuğun aile birleşiminin gerçekleşmesi veya iltica talebinde bulunduğu ülkeye gitmesi halinde bakım tedbir kararı kaldırılarak dosyası kapatılır.”

⁴⁴⁵ **UNHCR**, Guidelines 2018, s. 30.

⁴⁴⁶ General Comment No. 6, para. 79.

Bu üç yönlü yükümlülüğün yerine getirilmesinde çocuğun yüksek menfaati ilkesi önemli bir işleve sahiptir.

a. Türk Hukukunda Aile Birleşimi İşlemleri

Türk hukukunda refakatsiz çocukların aile birleşimi yoluyla ülkeden gönderilmesi hususunun en ayrıntılı düzenlendiği hüküm Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 49. maddesinin 2. fıkrasıdır. Bu hüküm ise şu ifadelerden ibarettir:

“Refakatsiz olduğu tespit edilen çocuklarla ilgili olarak çocukların talebi beklenmeksizin aile birleşimine ilişkin işlemler derhal başlatılmalıdır.”

Söz konusu hüküm, Geçici Koruma Yönetmeliği'nde yer alması sebebiyle sınırlı bir uygulama alanına sahip olup bütün refakatsiz çocukları kapsamına almamaktadır. Bununla birlikte hükümde aile birleşimi işlemlerinin neler olduğu, aile takibinin nasıl yapıldığı, bu işlemlerin gerçekleştirilmesinde yetkili makamın neresi olduğu, aile birleşimine hangi kriterler eşliğinde karar verildiği gibi ayrıntılı bilgilere yer verilmemekte; yalnızca refakatsiz çocukların aile birleşimine ilişkin talebine ihtiyaç bulunmadığı ve aile birleşimine ilişkin işlemlerin derhal başlatılacağı ifade edilmektedir.

Öte yandan tüm refakatsiz çocukları kapsamına alan Refakatsiz Çocuklar Yönergesi'nin 10(1)(h) hükmünde, çocuğun menşe ülke veya hedef ülkede 'aile birleşimi talebi' varsa, ailenin izinin sürülmesi için çocuğun 'talebinin' İl Göç İdaresi Müdürlüğüne bildirileceği düzenlenmiştir.

İlgili hükümden anlaşılan, aile izinin sürülmesi için çocuğun aile birleşimi talebinde bulunması gerekmektedir. Oysa refakatsiz çocuğa aile birleşimi temelinde kalıcı çözümler sunulmasının önemli bir unsuru da refakatsiz veya ailesinden ayrı düşmüş çocuklar için aile birleşimine yönelik gereken adımların atılmasıdır.⁴⁴⁷ Bu çerçevede,

⁴⁴⁷ Çocuk Hakları Sözleşmesi kapsamında aile birleşimine özel bir önem verildiği görülmektedir. Sözleşme'nin 10. Maddesinde: “... çocuk veya ana-babası tarafından, ailenin birleşmesi amaçlarıyla yapılan bir Taraf Devlet ülkesine girme ya da onu terk etme konusundaki her başvuru, Taraf Devletlerce olumlu, insani ve ivedi bir tutumla ele alınacaktır. Taraf Devletler, bu tür bir başvuru yapılmasının başvuru sahipleri veya aile üyeleri aleyhine sonuçlar yaratmamasını taahhüt ederler. Ana-babası ayrı devletlerde oturan bir çocuk, olağanüstü durumlar hariç, hem ana hem de babası ile düzenli biçimde kişisel ilişkiler

çocuğun talebi üzerine bu yönde bir girişimin başlatılması, herhangi bir talepte bulunmamış olan refakatsiz veya ailesinden ayrı düşmüş çocuklar bakımından hak kaybına uğramalarına sebep olabilecektir.⁴⁴⁸

Aile takibinin yapılması sırasında uluslararası iş birliğinin önem kazandığı şüphe götürmez bir gerçektir. Zira aile birleşimi, farklı ülkelerde bulunan aile bireylerinin birbirini araması temeline dayanmaktadır. Başta Uluslararası Kızılhaç Komitesi olmak üzere çok sayıda uluslararası kuruluş, aile takibinin uluslararası düzeyde kolaylaştırılması için web tabanlı çeşitli ağlar kurmuşlardır.⁴⁴⁹ Bu iş birliği sayesinde aile bireylerinin birbirlerini bulması daha hızlı ve güvenli olabilmektedir. Bu iş birliği sırasında çocuğu tehlikeye atacak kişisel verilerinin paylaşılmaması da önem taşımaktadır. Uygulama Yönetmeliği'nde, Yönetmelik çerçevesinde yürütülen iş ve işlemlerde Genel Müdürlükçe uygun görülen kişisel verilerin, menşe ülke dışındaki diğer ülkeler, ilgili kamu kurum ve kuruluşları, uluslararası kuruluşlar, sivil toplum kuruluşları, üçüncü şahıslarla paylaşılabilir (md. 116(5)); ancak çocuklarla ilgili bilgi paylaşımında, çocuğun yüksek menfaati ilkesinin gözetileceği açıkça ifade edilmiştir (md.116(8)).

b. Aile Birleşimine Karar Verme Sırasında Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesi

Türk hukukunda aile birleşiminin uygulanmasında hangi kriterlere yer verileceğine dair bir düzenlemeye rastlanılamamaktadır. Çocuk Hakları Komitesi, Genel

kurma ve doğrudan görüşme hakkına sahiptir” hükmüne yer verilmiştir. Aynı doğrultuda Sözleşme’nin 22. Maddesi: “..Taraf Devletler, uygun gördükleri ölçüde, BM Teşkilatı ve onunla işbirliği yapan hükümetler arası ve hükümet dışı yetkili başka kuruluşlarla bu durumda olan bir çocuğu korumak, ona yardım etmek, herhangi bir mülteci çocuğun ailesi ile yeniden bir araya gelebilmesi için ana-babası veya ailesinin başka üyeleri hakkında bilgi toplamak amacıyla işbirliğinde bulunurlar. Herhangi bir nedenle kendi aile çevresinden sürekli ya da geçici olarak ayrı düşmüş bir çocuğa bu Sözleşmeye göre tanınan koruma, aynı esaslar içinde, ana- babası ya da ailesinin başkaca üyelerinden hiçbirisi bulunmayan çocuğa da tanınacaktır.” Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin yanı sıra, AİHM içtihadında ve BMMYK yürütme kurulu kararlarında da ayrı kalmış mülteci ailelerin birleştirilmesinin önemi vurgulanmaktadır.

⁴⁴⁸ **TBB**, Çocukların Adalet Erişim Hakkı, s. 133, 143.

⁴⁴⁹ Uluslararası Kızıl Haç Komitesi için bkz. <https://familylinks.icrc.org/en/Pages/home.aspx>, (E.T. 16.05.2020); British Kızıl Haç için bkz. <https://www.redcross.org.uk/get-help/find-missing-family>, (E.T. 16.05.2020); Salvation Army için bkz. <https://www.salvationarmy.org.nz/get-help/family-tracing>, (E.T. 16.05.2020)

Yorum No. 6'da refakatsiz veya ailesinden ayrı düşmüş çocukların anne babalarına geri verilmesi için her tür çabanın harcanması gerektiğini ifade etmiş; bunun istisnasının ise çocuğun anne babasından ayrılmasının yüksek menfaati açısından gerekli olduğu durumlar olduğunu hatırlatmıştır.⁴⁵⁰ Bu nedenle aile takibi neticesinde çocuğun ailesinin nerede olduğunun belirlenmiş olması durumunda dahi çocuk otomatik olarak ailesinin yanına gönderilememekte; çocuğun yüksek menfaati belirleme ve değerlendirme süreçlerinin yürütülmesine ihtiyaç duyulmaktadır.⁴⁵¹

Çocuk Hakları Komitesi, aile birleşimine dair değerlendirme ile ilişkili olarak iki ihtimale işaret etmektedir: bunlardan ilki çocuğun kendi anne babası tarafından istismar ve ihmale maruz kalmasının aile birleşimine engel olması; ikincisi ise çocuğun anne-babasıyla yeniden birleşmesi, yüksek menfaatlerine uygun olmasına rağmen anne-babanın bulunduğu ülke koşullarının, çocuğun anne-babasının yanına gönderilmesine engel olması durumudur.⁴⁵² Bu bağlamda geri gönderme yasağının işlerlik kazandığı durumlar veya çocuğun temel insan haklarının ihlaliyle sonuçlanacağına ilişkin “gerekçesi olan bir risk” söz konusu olduğu durumlar aile birleşimine engel olabilmektedir.⁴⁵³ Bu hususa, çocuğun yüksek menfaati değerlendirmesi temelinde⁴⁵⁴ bütün koşullar dikkate alınarak karar verilmelidir. BMMYK normal şartlarda aile birleşimi için çocuğun yüksek menfaatinin değerlendirilmesi sürecinin yeterli olacağını ifade etmekte; ancak, aileyle yeniden birleşme durumunda çocuğun istismar veya ihmale maruz kalacağına dair bir risk bulunduğu makul sebepler olduğunda, çocuğun menfaatine en iyi olacak kalıcı çözümün belirlenmesi için daha ayrıntılı ve formel bir sürecin (Best Interests Determination- BID) işletilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁴⁵⁵

⁴⁵⁰ General Comment No.6, para. 81, **ÇHS md. 9-10**.

⁴⁵¹ General Comment No. 6, para.83; Ayrıca bkz. **UNHCR**, BIP Guidelines 2018, s. 83.

⁴⁵² General Comment No. 6, para. 81.

⁴⁵³ General Comment No. 6, para. 82.

⁴⁵⁴ Joint General Comment No. 3, para. 29.

⁴⁵⁵ **UNHCR**, BIP Guidelines 2018, s. 83.

Çocuğun anne-babasının bulunduğu ülke koşullarının çocuğun ailesinin yanına gönderilmesine engel teşkil etmediği durumlarda, çocuğun yüksek menfaatinin belirlenmesi ve diğer menfaatlerle dengelenmesi sürecinde çocuğun ve ebeveynlerinin içinde bulunduğu koşullar dikkate alınmalı; aile birleşiminin ağırlıklı bir menfaat teşkil ettiği unutulmamalıdır.⁴⁵⁶ Dolayısıyla konuya ilişkin yüksek menfaat değerlendirmesi, çocuğun ailesinin bulunduğu ülkeye gönderilmesi temelinde gerçekleştirilmelidir. Kanaatimizce çocuğun anne babasıyla olan ilişkileri değerlendirmede göz önüne alınmalı ise de bunlara belirleyici bir ağırlık tanınmamalı; anne babanın ihmal veya istismarı söz konusuysa sadece bu sebep, aile birleşimi önünde engel teşkil etmemelidir. Böyle durumlarda çocuğun, gönderileceği ülke makamlarınca ihmal ve istismara karşı korunmasına dair tedbirler üzerinde durulmalı⁴⁵⁷; çocuğun bakım ve güvenliğinin güvence altına alınması ile çocuğun aile birleşimine dair işlemler başlatılmalıdır. Zira çocuğun anne babasından ayrılması ile onlardan farklı bir ülkede yaşamaya devam etmesi arasında büyük bir farklılık vardır. Aksi halde çocuğun anne babasıyla kişisel ilişki kurma hakkının ihlali gündeme gelebilmektedir.

Ebeveynlerin bulunduğu ülkedeki koşulların, aile birleşimine engel teşkil ettiği durumlarda ise söz konusu risk ne ise somut belgeleriyle ortaya koyulmalıdır. Bu durumda geri gönderme yasağının işlerlik kazandığı durumların, menşe ülkeye geri göndermeye ve dolayısıyla oradaki bir aile birleşmesine karşı hukuken bağlayıcı bir engel oluşturduğu unutulmamalıdır.⁴⁵⁸

Menşe ülkedeki koşulların daha düşük düzeyde risk içerdiği, örneğin ülkedeki genel şiddet ortamının çocukları da etkileyebileceği gibi kaygıların varlığı halinde ise, bu

⁴⁵⁶ Executive Committee of the High Commissioner's Programme, *Conclusion on Children at Risk No. 107 (LVIII) - 2007*, 5.10.2007, No. 107107,(LVIII), para. h (viii).

⁴⁵⁷ General Comment No. 6, para. 84.

⁴⁵⁸ General Comment No. 6, para. 79-81.

tür riskler tam olarak hesaba katılmalı ve çocuğun menfaatleri ile diğer hususlar arasında bir denge sağlanmalıdır.⁴⁵⁹ Böyle durumlarda aile üyelerinin başka bir ülkede birleştirilmesine ilişkin uygun önlemler alınabilmektedir.

Görüldüğü üzere, Çocuk Hakları Komitesi, çocuğun ailesinin nerede olduğunun tespiti üzerine çocuğun telafisi imkânsız bir zarara uğrayacağına dair gerçek bir riskin olmadığı (geri gönderme yasağının işlerlik kazanmadığı) durumlarda dahi, çocuğun doğrudan ailesinin yanına gönderilmemesini; aile birleşimi için dönüşüne ancak çocuğun yüksek menfaati değerlendirmesi sonucunda karar verilebileceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla aile birleşimi, her zaman çocuğun ülkeden gönderilmesini meşru kılacak bir araç olarak görülemez; çocuğun yüksek menfaati değerlendirilmeden böyle bir birleşme planlanmamalıdır.⁴⁶⁰

Çocuğun ebeveynleri ile yeniden birleşmesinin mümkün olmadığı durumlarda, çocuğun yüksek menfaati değerlendirilmesi yapılmak suretiyle çocuğun diğer aile bireyleri ile birleşmesine yönelik girişimlerde bulunulmalıdır.⁴⁶¹ Bazı Avrupa devletlerinin diğer aile bireyleri ile birleşmeye imkân sağlayıcı uygulamalarının bulunduğu görülmektedir.⁴⁶²

Türk hukuku mevzuatında konuya ilişkin neredeyse hiçbir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle, Türk hukuku uygulamasında aile takibinin hangi usullerle gerçekleştirildiği, aile birleşiminin hangi kriterlere göre yapıldığı hakkında herhangi bir bilgiye ulaşılamamaktadır. İç hukukta konuya ilişkin ayrıntılı hükümler sevk edilmesi,

⁴⁵⁹ General Comment No. 6, para. 82.

⁴⁶⁰ **UNHCR**, BIP Guidelines 2018, s. 82.

⁴⁶¹ **UNHCR**, *Refugee Family Reunification. UNHCR's Response to the European Commission Green Paper on the Right to Family Reunification*, 2012, s. 9-10.

⁴⁶² Ebeveynler dışında kardeşler ve diğer aile bireyleri ile aile birleşimine imkan sağlayan ülke örnekleri için bkz. **NICHOLSON, F.**: The “Essential Right” to Family Unity of Refugees and Others in Need of International Protection in the Context of Family Reunification, UNHCR, Division of International Protection, January 2018 PPLA/2018/02, s. 196-199.

refakatsiz veya ailesinden ayrı düşmüş çocukların aile birleşimi sürecinde korunmasına yönelik boşlukları ortadan kaldıracak; Türkiye'nin uluslararası yükümlülüklerine daha uygun bir görüntü oluşturabilmesine imkân sağlayacaktır.

3. Gönüllü Geri Dönüş

Türk yabancılar hukuku mevzuatı kapsamında gönüllü geri dönüşe dair hükümler incelendiğinde gönüllü geri dönüşün kalıcı çözüm seçeneklerinden biri olarak, geri dönmeye gönüllü olan kişilere, dönüşün ve döndükleri yere uyum sağlamalarının kolaylaştırılması yönünde destek sunulması amacıyla düzenlendiği ve uygulanması sırasında uluslararası kurumlarla iş birliği yapılabileceğinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır.⁴⁶³ Buna karşılık YUKK gerekçesinde de menşe ülke bilgi sisteminin kurulması ve işletilmesine ilişkin hususların düzenlendiğinin belirtilmesi dışında, kanun ve diğer mevzuat hükümleri kapsamında gönüllü geri dönüş taleplerinin değerlendirilmesine ilişkin düzenlemelere yer verilmediği görülmektedir.

Söz konusu hükümlerin gönüllü geri dönüş uygulamasının refakatsiz, ailesinden ayrı düşmüş veya ailesiyle birlikte çocuklar ile yetişkin yabancıların tamamı için geçerlilik kazanabileceği anlaşılmakta; ancak gönüllü geri dönüş hükümlerinin çocuklara uygulanmasına ilişkin hiçbir özel düzenlemeye rastlanılamamaktadır. Oysa devletin yetki alanında bulunan bir çocuğun yetki alanından çıkarılarak başka bir ülkeye 'gönüllülük temelinde' dönüşünün sağlanması, çocuk üzerinde önemli etkiler doğurmakta; bu işlem gerçekleştirilmeden önce çocuğun yüksek menfaati değerlendirmesini gerekli kılmaktadır.

⁴⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. KAYA, C.: "Kalıcı Çözüm Türü Olarak Gönüllü Geri Dönüş ve Geçici Koruma Kapsamında Yer Alanlar Bakımından Türk Hukukundaki Düzenlenme Şekli", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Temmuz 2019, C. 5, S. 2 , s. 511-535.

a. Gönüllü Geri Dönüş Hükümlerinin Refakatsiz veya Ailesinden Ayrı Düşmüş Çocuklar Bakımından Uygulanmasında Çocuğun Yüksek Menfaatinin Rolü

Çocuk Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 6'da refakatsiz çocuklar için gönüllü geri dönüşü, bir seçenek olarak belirlememiştir. Genel olarak 'dönüş (*return*)' üzerinde durulmuş; bu dönüşün ise ancak çocuğun yüksek menfaatine olduğu durumlarda mümkün olacağı ifade edilmiştir.⁴⁶⁴ Buna karşılık Türk hukuku mevzuatının gönüllü geri dönüşle ilişkin hükümleri incelendiğinde refakatsiz çocuğun da gönüllü geri dönüş uygulaması kapsamında olabileceği anlaşılmaktadır.

Refakatsiz Çocuklar Yönergesi'nin 10. maddesinde gönüllü geri dönüş talebi olan çocukların İl Göç İdaresi Müdürlüğü'ne bildirilerek gönüllü geri dönüş süreci başlatılacağı açıkça ifade edilmekte; talebin kabul edilmesine yönelik herhangi bir değerlendirme sürecine yer verilmediği görülmektedir. Her ne kadar gönüllü geri dönüş kurumu, Türk hukuku mevzuatında dönmek isteyen bireylerin dönüşünün kolaylaştırılması ve döndükten sonra uyumunun sağlanması amacıyla yönelik olarak düzenlenmişse de refakatsiz veya ailesinden ayrı düşmüş olmalarından dolayı hassas bir konumda bulunan çocuklar söz konusu olduğunda belirtilen hükümlerin uygulanmasında azami dikkat gösterilmesi şarttır.⁴⁶⁵

Refakatsiz çocukların geldikleri ülkeye dönüşü için yalnızca 'gönüllü' olmaları yeterli değildir. Bunun yanı sıra geri dönüşü, çocuk için 'kalıcı çözüm' olacağının titizlikle tespiti gereklidir.⁴⁶⁶ Kalıcı çözüm olup olamayacağı ise ancak özel usuli güvenceler eşliğinde resmî işlemler yürütülerek çocuğun yüksek menfaatinin belirlenmesi ve değerlendirilmesi süreçlerinin gerçekleştirilmesi ile belirlenebilecektir. Bundan dolayı çocuklar bakımından böyle bir talebin söz konusu olması durumunda dahi

⁴⁶⁴ BMMYK, Dönüşün ardından çocuğa yeterli bakım hizmetlerinin sunulmaması halinde dönüşün çocuğun yüksek menfaatine uygun olmayacağını ifade etmektedir. **UNHCR**, BIP Guidelines 2018, s. 102.

⁴⁶⁵ **UNHCR**, BIP Guidelines 2018, s. 77.

⁴⁶⁶ **UNHCR**, BIP Guidelines 2018, s. 78.

yetkili makamlar, bu talebi, dönüşün çocuk için kalıcı çözüm teşkil edebilecek nitelikte olup olmadığı üzerinden bir değerlendirmeye tabi tutmalı; salt çocuğun iradesi üzerine hareket edilmemelidir. Dolayısıyla çocuğun gönüllü geri dönüş talebi, çocuğun menşe ülkesine dönüşe istekli olduğu, çocuğun yüksek menfaati değerlendirmesi sırasında yalnızca bir faktör olarak görülmelidir. Zira devletlerin yetkileri altında bulunan çocukları koruma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Çocuk Hakları Komitesi Genel Yorum No.6'da çocuğun menşe ülkeye dönüşü ile ilgili olarak çocuğun yüksek menfaati değerlendirmesine işaret etmiş şu ifadelerde bulunmuştur:

“84. Menşe ülkeye dönüş, bu durumun çocuğun temel insan haklarının ihlale uğrayabileceğine ilişkin “gerekçesi olan bir risk (reasonable risk)” taşıması ve özellikle de geri gönderme yasağının geçerli olması halinde bir seçenek olarak gündeme gelmeyecektir. Kural olarak menşe ülkeye dönüş, ancak çocuğun yüksek menfaatine olduğu durumlarda düzenlenecektir. Bu konudaki tespitlerde, diğerlerinin yanı sıra şu hususlar dikkate alınacaktır: • Dönüşün ardından gündeme gelecek güvenlik, sosyo-ekonomik koşullar dahil çocuğu bekleyen koşullar ve bu koşulların sosyal kuruluşlar tarafından ilgili ülkede yapılacak incelemeler dahil araştırılması; • İlgili çocuk için gerekli bakım düzenlemelerinin yapılp yapılmadığı; • ÇHS md. 12 uyarınca çocuğun ve kendisine bakan kişilerin sahip oldukları haklar çerçevesinde bu hususta belirttikleri görüşler; • İlgili çocuğun geldiği ev sahibi ülkeye ne derecede entegre olduğu ve kendi ülkesinden ayrı kalmanın getirdiği sonuçların düzeyi; • Çocuğun “tabiiyeti, adı ve aile ilişkileri dahil olmak üzere kendi kimliğini koruma” hakkı (madde 8); • “Çocuğun yetiştirilmesinde sürekliliği koruma ve çocuğun etnik, dinsel, kültürel ve dini kimliğine saygı” gerekliliği” (madde 20).”⁴⁶⁷

⁴⁶⁷ General Comment No. 6, para. 84.

Refakatsiz çocukların gönüllü geri dönüş temelinde ülkeden gönderilmeleri, bir defaya mahsus bir karar değildir. Çocuk Hakları Komitesi, çocuğun ülkeden ayrılmasına izin vermeden önce menşe ülkeye dönüşünün ardından içinde bulunacağı koşulların dikkate alınması gerektiğine de özellikle vurgu yapmaktadır:

“85. Ana baba veya geniş aile üyeleri tarafından bakım imkanlarının olmadığı durumlarda, menşe ülkeye dönüş, kural olarak, çocuk kendi ülkesine geri döndükten sonraki bakım ve nezarete ilişkin önceden güvenli ve somut düzenlemeler yapılmadan gerçekleşmemelidir.

87. Her durumda, menşe ülkeye dönüş düzenlemeleri güvenli, çocuğa uygun ve cinsiyete duyarlı biçimde yapılmalıdır.”⁴⁶⁸

Türk hukukunda refakatsiz çocukların geri dönüş talebinde bulunabileceği hakkında özel bir hüküm bulunmamakta, böyle bir uygulamanın mümkün olduğu ise ancak Refakatsiz Çocuklar Yönergesi’nde yer alan düzenleyici hükümlerden anlaşılmaktadır.⁴⁶⁹ Bu talebin hangi yolla yapılacağı, hangi makama yapılacağı, talebin nasıl bir değerlendirmeye tabi tutulacağı, değerlendirmede hangi hususların göz önüne alınacağı, dönüşü sağlandığında çocuğa ne tür desteklerde bulunulacağı hususlarında Kanunda, Yönetmelikte ve Yönergede hiçbir hüküm bulunmamakta; bu durum, refakatsiz ve ailesinden ayrı düşmüş çocuklar bakımından önemli bir koruma boşluğuna sebep olmaktadır. Oysa refakatsiz ve ailesinden ayrı düşmüş çocuklar için ‘kalıcı çözüm bulma’, yetkisi altında bulunduğu devlet için nihai amaç olmalıdır.⁴⁷⁰ Menşe ülkeye dönüşün de kalıcı çözüm seçeneği olarak gündeme gelmesi mümkündür; ancak bunun için sıkı ve titiz bir değerlendirmeye ihtiyaç vardır. Kanaatimizce devletlerin bu konuda

⁴⁶⁸ General Comment No. 6, para. 27.

⁴⁶⁹ **Refakatsiz Çocuklar Yönergesi md. 11(3):** “Çocuğun menşe ülkesine gönüllü geri dönüşünün gerçekleşmesi halinde bakım tedbir kararı kaldırılarak kuruluştan ayrılır ve dosyası kapatılır.”

⁴⁷⁰ General Comment No. 6, para. 79.

en önemli dayanağı çocuğun yüksek menfaati değerlendirmesi sürecinin gerçekleştirilmiş olması olacaktır.

b. Gönüllü Geri Dönüş Hükümlerinin Çocuklu Aileler/Ebeveynler Bakımından Uygulanmasında Çocuğun Yüksek Menfaatinin Rolü

YUKK ve uluslararası korumaya dair diğer yabancılar hukuku mevzuatı kapsamında kullanılan hukuki kavramların, yetişkin odaklı bir uygulama görüntüsü ortaya koyduğu düşünüldüğünde, çocuklu aileler veya çocuklu ebeveynler bakımından özel bir düzenlemeye yer verilmemesinin, gönüllü geri dönüş kurumunun en önemli unsuru olarak niteleyebileceğimiz ‘gönüllülük’ koşulunun gerçekleşmesi konusunda bazı şüpheleri de beraberinde getirmektedir. Zira mevcut mevzuat hükümleri bağlamında, aile adına işlemler yürüten ebeveynin, tüm aile üyeleri üzerinde etki doğuracak biçimde geri dönüşe yönelik bir irade açıklamasında bulunması söz konusu olmaktadır.⁴⁷¹ Diğer aile üyelerinin bu iradeye katılmaması durumunda ise diğer aile üyelerine ne olacağına ilişkin net bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Mevzuattaki bu boşluk, geri dönüş talebinde bulunan bireyin iradesine dayanılarak, geri dönmek istemeyen aile bireylerinin ‘zorla’ ülkeden gönderilmesi sonucunu doğurabilecek niteliktedir.

Söz konusu iradeden etkilenen aile bireyleri arasında çocukların da bulunması durumunda ise, çocuğun da sonuçlarından etkileneceği geri dönüşe dair bu iradenin sorgulanmaması, çocuğun yüksek menfaatinin öncelikle gözetilmesine ilişkin yükümlülüğün, yalnızca geri dönüş talebinde bulunan ebeveyn üzerinde bırakılması sonucunu ortaya çıkacaktır. Her ne kadar Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 5. maddesinde

⁴⁷¹ **YUKK md. 87:** “(1) Başvuru sahibi ve uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerden, gönüllü olarak geri dönmek isteyenlere, ayni ve nakdi destek sağlanabilir.

(2) Genel Müdürlük, gönüllü geri dönüş çalışmalarını, uluslararası kuruluşlar, kamu kurum kuruluşları, sivil toplum kuruluşlarıyla iş birliği içerisinde yapabilir.”

devletlerin anne-babanın çocuğa yol gösterme ve onu yönlendirme konusunda haklarına ve sorumluluklarına saygı göstermeleri gerektiği öngörölmüş olsa da özellikle gönüllü geri dönüş gibi, menşe ülkesini terk etmek zorunda kalmış bireyleri muhatap alan böyle bir işlemin gerçekleştirilmesi, devletin de ebeveynlerin bu konudaki iradesini denetlemesini gerektirmektedir. Bundan dolayı gönüllü geri dönüş talebi üzerine titiz bir değerlendirme safhasına yer verilmesi; bu talep üzerine geri dönüşü sağlanacak olan çocuk bireyler bakımından çocuğun yüksek menfaati değerlendirmesi temelinde geri gönderme yasağının işlerlik kazanıp kazanmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.



SONUÇ ve DEĞERLENDİRME

Çalışmamız boyunca ülkeden uzaklaştırmaya ilişkin karar verme sırasında çocuğun yüksek menfaati ilkesinin etkileri araştırılmıştır. Bu doğrultuda belirsiz bir kavram olan çocuğun yüksek menfaatinin ÇHS md. 3(1) temelinde esasları ortaya koyulmuş; kavramın yorumlayıcı hukuk kuralı, usuli ilke ve asli bir hak olarak üç boyutlu karakterinden yola çıkılarak ÇHS md. 3(1)'in ülkeden uzaklaştırma bağlamında nasıl etki gösterdiği belirlenmiştir. Böylece çocuğun yüksek menfaatinin öncelikle gözetilmesine dair kuralın; risk değerlendirmesinin çocuk odaklı gerçekleştirilmesi, çocuğa özel bir geri gönderme yasağı standardının ortaya çıkması (yorumlayıcı), karar verme sürecinde çocuğa özel usuli güvencelere yer verilmesi (usuli) ve böyle bir değerlendirme gerçekleştirilmemesi durumunda mahkemelerde hak ihlali iddiasında bulunulabilmesini (asli hak) kapsayan çok yönlü bir içeriğe sahip olduğu tespit edilmiştir.

Ülkeden uzaklaştırma ise devletin yetkisi altında bulunan bir bireyin devlet makamlarının işlemleri sonucunda ülke sınırlarından çıkarılması anlamına gelen, birey üzerinde önemli etkiler doğuran bir durumdur. Çocuklar söz konusu olduğunda ise bu etkilerin daha da ciddi hale geldiği; yetişkin odaklı bir değerlendirme veya çocuğun kendisine sağlanması gereken özel usuli güvencelerden mahrum kalması, çocuğun başta yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı olmak üzere temel hak ve özgürlüklerinin ihlaline sebebiyet verebilecek bir nitelik taşıdığı anlaşılmaktadır. Öte yandan sonuçları itibariyle ülkeden uzaklaştırma, bireylerin farklı ülkelerde yaşamını devam ettirmesine yol açabilecek bir içeriğe sahip olması yönüyle özel hayat ve aile hayatına saygı duyulmasını isteme hakkına önemli bir müdahale teşkil etmektedir. AİHM'in söz konusu müdahalenin orantılı olup olmadığına dair denetim gerçekleştirdiği, söz konusu müdahalenin bir veya daha fazla çocuk üzerinde doğrudan etki doğurması halinde çocuğun yüksek menfaati ilkesini de değerlendirmede dikkate aldığı görülmektedir.

Çocuk Hakları Komitesi, ÇHS md. 3(1) hükmünün uygulanmasına rehber niteliği taşıyan bir genel yorum yayınlamıştır. Buna göre çocuğun menfaatlerinin öncelikle gözetilmesi, çocuğun menfaatlerinin gerektirdiği sonucun uygulanmasını zorunlu kılmamaktadır. Çocuğun menfaatleri, diğer menfaatlere göre yüksek bir değer taşımakta; dolayısıyla öncelikle gözetilmekte, fakat diğer menfaatlerce aşılabilecek bir konumda yer almaktadır. Bu doğrultuda Ülkeden uzaklaştırma bağlamında, çocuğun menfaatlerinin karşısında göç kontrolünün sürdürülmesi, çocuk veya ebeveyni tarafından işlenen bir suçun sonucunda ev sahibi toplumun bireylerinin korunması, çocuklarını ülkeye giriş bileti (*anchor children*) olarak kullanan ebeveynlerin caydırılması, insan kaçakçılığının caydırılması ve ülkelerarası çocuk kaçıran ebeveynlerin caydırılması gibi menfaatlerin bulunduğu; geri gönderme yasağı işlerlik kazanmadığı sürece ise bu menfaatlerin çocuğun menfaatlerini aşabilmesine, böylece çocuğun menfaatlerine aykırı bir sonucun uygulanmasına imkan verildiği görülmektedir.

Gelişmiş ülke mahkemelerinde çocuğun yüksek menfaati ilkesinin, AİHM içtihadının yerel mahkemeler nezdinde bir yansıması olarak AİHS md. 8 çerçevesinde uygulandığı; çocukların dahil olduğu davalarda aile hayatına ve özel hayat üzerinde gerçekleştirilen müdahalenin makul ve orantılı olmasına dair değerlendirmenin; çocuğun yüksek menfaati ilkesi temelinde gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır.

Çalışmamızın son bölümünde, Türk hukuku kapsamında sınır dışı kurumu, uluslararası çocuk kaçırma sözleşmesinin iade hükümleri ile kalıcı çözüm yolları olarak ülkeden gönderme biçimleri üzerinde durulmuş ve Türk hukuku mevzuat ve uygulaması değerlendirilmiştir. Türk hukukunda çocuğun yüksek menfaati ilkesinin mevzuatta özel olarak düzenlenmediği; bazı durumlarda söz konusu olabilecek bir husus olarak ele alındığı anlaşılmakta; ülkeden uzaklaştırmaya dair mevzuat ve uygulama incelendiğinde keza aynı sonuca ulaşılmaktadır. Oysa Türkiye, 1994 yılından bu yana ÇHS'ye taraf bir devlet olarak kamusal veya özel tüm makamları nezdinde çocuğun yüksek menfaatinin

öncelikle gözetilmesi yükümlülüğü taşımaktadır. Bu nedenle başta Anayasa ve diğer mevzuatta temel bir ilke olarak yer verilmesi, daha sonra çocuğun yüksek menfaati ilkesinin Çocuk Hakları Komitesi'nin genel yorumları ışığında yerel düzeyde yaygınlaştırılabilmesi için çalışmalar yapılması önem taşımaktadır.



KAYNAKÇA

AKINCI, Z./ DEMİR GÖKYAYLA, C.: Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul 2010

ALSTON, P.: "The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights", International Journal of Law and the Family, 1994, vol. 8, S. 1, s. 1-25

ALSTON, P.: "The Unborn Child and Abortion Under the Draft Convention on the Rights of the Child" (Human Rights Quarterly, 1990, v. 12, S. 1, s. 156-178 (The Unborn Child)

ALTUNTAŞ, İ.: Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi, Ankara 2006

ASAR, A.: Yabancılar Hukuku, 5.B. Ankara 2019

AYBAY, R.: "Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınır Dışı Edilme", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, S. 2.

AYBAY, R.: "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", TBB Dergisi, 2007, S. 70, s. 187- 213.

AYBAY, R./ DARDAĞAN KİBAR, E.: Yabancılar Hukuku, B. 3, İstanbul 2010,

BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, G.: "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi", TBB Dergisi, 2013, C. I. S. 108, s. 211-258.

BOZDAĞ, G. G.: Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Red Nedenleri, Ankara 2014

BREMS, E. "The 'Logics' of Procedural-Type Review by the European Court of Human Rights", in, Procedural Review in European Fundamental Rights Cases, (eds. Janneke Gerards, Eva Brems), Belgium 2017

BREMS, E.: "Procedural protection An examination of procedural safeguards read into substantive Convention rights", in, Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights,(eds. Eva Brems, Janneke Gerards), Cambridge 2014, (Procedural Protection)

BREMS, E.: "The 'Logics' of Procedural-Type Review by the European Court of Human Rights", in, Procedural Review in European Fundamental Rights Cases, (eds. Janneke Gerards, Eva Brems), Cambridge 2017

BIGGS, H./ JONES, C.: "Legally Vulnerable What is vulnerability and Who is vulnerable?", in Freeman, M./ Hawkes, S./ Bennett, B. (eds.), Law and Global Health: Current Legal Issues, 2014, vol. 16;

Council of Europe, “The Principle Of The Best Interests Of The Child – What It Means And What It Demands From Adults”, 30.05.2008, CommDH/Speech(2008)10, <<https://rm.coe.int/16806da95d>>, (E.T. 10.05.2020).

CRC, *General comment No. 6 (2005): Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin*, 01. 09. 2005, CRC/GC/2005/6, (General Comment No. 6,) <<https://www.refworld.org/docid/42dd174b4.html>>, (E.T. 16.05.2020)

CRC, General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29.05.2013, CRC /C/GC/14, <<https://www.refworld.org/docid/51a84b5e4.html>>, (E.T. 04.05.2020) (General Comment No. 14)

CRC, General comment No. 13 (2011): The right of the child to freedom from all forms of violence, 18.04.2011, CRC/C/GC/13, <<https://www.refworld.org/docid/4e6da4922.html>>, (E.T. 09.12.2019) (General Comment No. 13)

CRC, General Comment No. 7 (2005): Implementing Child Rights in Early Childhood, 20.09.2006, CRC/C/GC/7/Rev.1, <<https://www.refworld.org/docid/460bc5a62.html>>, (E.T. 16.05.2020) (General Comment No. 7)

CRC, General Comment No. 5 (2003): General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child, 27.11.2003, CRC/GC/2003/5, <<https://www.refworld.org/docid/4538834f11.html>>, (E. T. 04.05.2020) (General Comment No. 5)

CRC, *General comment No. 6 (2005): Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin*, 01. 09. 2005, CRC/GC/2005/6, <<https://www.refworld.org/docid/42dd174b4.html>>, (E.T. 16.05.2020), (General Comment No. 6)

CRC, CO Benin, CRC/C/15/Add. 106, 12.08.1999, <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2F15%2FAdd.106&Lang=en>, (E.T. 17.05.2020)

CRC, Initial report submitted by Somalia under article 44 of the Convention, due in 2017, 16.10.2019, <<https://undocs.org/en/CRC/C/SOM/1>>, (E.T. 17.05.2020)

DEGOL A, DINKU S.: “Notes On The Principle “Best Interest Of The Child”: Meaning, History and Its Place Under Ethiopian Law”, Mizan Law Review, 2011, vol. 5 No.2, s. 319-337

UN Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (CMW), Joint General Comment No. 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration, 16.11.2017, CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, <<https://www.refworld.org/docid/5a1293a24.html>>, (E. T. 04.05.2020), (Joint General Comment No. 3)

CHILD RIGHTS INTERNATIONAL NETWORK (CRIN), CRC in Court: The Case Law of the Convention on the Rights of the Child, <https://archive.crin.org/docs/CRC_in_Court_Report.pdf>,

ÇİÇEKLİ, B.: Yabancılar ve Mülteci Hukuku, Ankara 2016

DARDAĞAN KİBAR, E.: “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, 2012, C. 11, S. 2, s. 53-74.

DETRICK, S.: A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Hague-Boston-London 1999

DOTHAN, S.: “How International Courts Enhance Their Legitimacy”, Theoretical Enquiries in Law vol. 14, No.2, s. 455-478, s. 471.

ECHR, Background Paper, Seminar to mark the official opening of the judicial year Subsidiarity: a two-sided coin?, https://www.echr.coe.int/Documents/Seminar_background_paper_2015_ENG.pdf, (E.T. 10.05.2020)

EKŞİ, N.: Milletlerarası Özel Hukuk II Pratik Çalışma Kitabı Vatandaşlık Hukuku ve Yabancılar Hukukuna İlişkin Seçilmiş Mahkeme Kararları, 3.B, İstanbul 2016

EKŞİ, N.: “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sığınmacı ve Mültecilerin Türkiye’den Sınırdışı Edilmelerini Engelleyen Haller”, İstanbul Barosu Dergisi, 2008, C. 82, S. 6, s. 2803-2837

ERGÜL, E.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku’nda Sınır Dışı Etme Geri Gönderme ve Geri Verme, Ankara 2012

European Asylum Support Office (EASO), Practical Guide on the best interests of the child in asylum procedures, EASO Practical Guides Series, 2019

FINAN, C. L.: “Convention on The Rights of The Child: A Potentially Effective Remedy in Cases of International Child Abduction, Santa Clara Law Review, 1994, vol. 34, S. 3, s. 1007-1038,

FREEMAN, M.: Article 3 The Best Interests of the Child, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, (eds. André Alen, Johan Vande Lanotte et. al.), Boston-Leiden 2007.

GOODWIN-GILL, G.S.: “The United Nations Convention on the Rights of the Child and its Application to Child Refugee Status Determination and Asylum Processes: Introduction”, Journal of Immigration Asylum and Nationality Law, 2012, vol. 26, No. 3.

GOODWIN-GILL, G.S. /HURWITZ, A.: “ ‘Memorandum’ in Minutes of Evidence Taken Before the E.U. Committee(Sub-Committee E)”, in House of Lords Select Committee on the E.U.(2002) *Defining Refugee Status and Those in Need of International Protection*, London, The Stationery Office (Oral Evidence Section)

GERARDS, J.: “Procedural Review by ECtHR: A Typology”, in, *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, (eds. Janneke Gerards, Eva Brems), Cambridge 2017, (Procedural Review)

GERARDS, J.: “European Court of Human Rights: Introduction”, in, *Comparative Constitutional Reasoning*, (eds. András Jakab, , Arthur Dyeve, Giulio Itzcovich), Cambridge 2017, s. 258.

GERARDS, J.: “The European Court of Human Rights and the National Courts—Giving Shape to the Notion of ‘Shared Responsibility’”, in GERARDS J.H./ FLEUREN, J.W.A. (eds), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the Judgments of the ECtHR in National Case Law. A Comparative Analysis*, Antwerp, Intersentia pp. 13–94, s. 52.

GÜNGÖR, G.: “Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin Bazı Hükümlerinin 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu Üzerindeki Etkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 63, S. 3, s. 479-508.

HERRING, J.: “Vulnerability, Children and Law” in Freeman, M.(ed.) *Law And Childhood Studies: Current Legal Issues*, 2012, vol. 14.

Home Office, Processing Children’s Asylum Claims, 15.08.2019, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/825735/children_s-asylum-claims-v3.0ext.pdf, (E.T. 10.05.2020)

Immigration and Refugee Board of Canada (IRB), Chairperson Guideline 8: Procedures With Respect to Vulnerable Persons Appearing Before the IRB, Guideline issued by the Chairperson pursuant to paragraph 159(1)(h) of the Immigration and Refugee Protection Act, 15.12.2012, <https://irb-cisr.gc.ca/en/legal-policy/policies/Pages/GuideDir08.aspx>, (E.T. 10.05.2020).

INTER-AGENCY, Inter-Agency Guiding Principles on Unaccompanied and Separated Children, January 2004, <https://www.refworld.org/docid/4113abc14.html>, (E.T.11.05.2020)

IOM, UNICEF, OHCHR, Save the Children, PICUM, ECRE, Child Circle, “Guidance to Respect Children’s Rights in return Rolicies and Practices - Focus on the EU Legal Framework”, 2019

JOSEPH, R.: *Human Rights and Unborn Child*, Boston 2009

KALVERBOER, M.E. /BELTMAN, D./ van OS, C.. /ZILJSTRA, E.A.E.: “The Best Interests of the Child in Cases of Migration: Assessing and Determining the Best Interests of the Child in Migration Procedures” *The International Journal of Children s Rights*, 2017, vol. 25, s. 114-139.

KAYA, C.: “Kalıcı Çözüm Türü Olarak Gönüllü Geri Dönüş ve Geçici Koruma Kapsamında Yer Alanlar Bakımından Türk Hukukundaki Düzenlenme Şekli”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Temmuz 2019, C. 5, S. 2 , s. 511-535.

LELOUP, M.: "The principle of the best interests of the child in the expulsion case law of the European Court of Human Rights: Procedural rationality as a remedy for inconsistency", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2019, vol. 37, S. 1.s. 50-68,

LLORENS, J. C.: Presentation of General Comment No. 14: Strengths And Limitations, Points Of Consensus And Dissent Emerging In Its Drafting” in, *Council of Europe: The Best Interests of The Child– A Dialogue Between Theory and Practice*, March 2016

MCADAM, J.: “Seeking Asylum Under the Convention for the Rights of the Child: A Case for Complementary Protection”, *International Journal of Children’s Rights*, 2006, vol. 14, S. 3, s. 251-274, (Seeking Asylum)

MCADAM, J.: *Complementary Protection in International Refugee Law, (Complementary Protection)*, New York 2007

NICHOLSON, F.: The “Essential Right” to Family Unity of Refugees and Others in Need of International Protection in the Context of Family Reunification, *UNHCR, Division of International Protection*, January 2018 PPLA/2018/02

Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *Legislative History on the Convention on the Rights of the Child*, Geneva 2007.

OHCHR, “Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims”, Geneva 16 December 1998, <https://www.refworld.org/pdfid/3ae6b3338.pdf>, (E.T. 04.06.2020)

OĞUZMAN, K./ DURAL, M.: *Aile Hukuku*, İstanbul 2001,

ÖNER, Ş. N.: “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi: Amacı, Uygulaması ve Kısa Bir İhtihat Analizi”, *TBB Dergisi*, 2014, C. 27, S.115, s. 477-516

ÖZTÜRK, N.: *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi*, Ankara 2015

PARKER, S: ‘The Best Interests of the Child- Principles and Problems’ in Alston P (ed): *The Best Interests of The Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford 1994;

POBJOY, J. M.: “The Best Interests of the Child Principle as an Independent Source of Protection”, *International Comparative Law Quarterly*, 2015, vol. 64, S. 2, s. 327-363

POBJOY, J.: *The Child in International Refugee Law (The Child)*, London 2017

POPEILER, P./ VAN DE HEYNING, C.: “Subsidiarity Post-Brighton: Procedural Rationality as Answer?” *Leiden Journal of International Law*, 2017, vol. 30, No. 1, s. 5-23

POPELIER, P.: “The Court as Regulatory Watchdog: The Procedural Approach in the Case Law of the European Court of Human Rights”, in Popelier P. et al (eds), *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*, Antwerp, Intersentia 2012, s. 249–268.

SAVE THE CHILDREN, “Save the Children and Child Protection”, 2007, https://resourcecentre.savethechildren.net/node/7586/pdf/sc_child_protection_definition_20071.pdf, (E.T. 09.05.2020)

SMYTH, C.: “The Best Interests of the Child in the Expulsion and First Entry Jurisprudence of the European Court of Human Rights: How Principled is the Court’s Use of the Principle?”, *European Journal of Migration and Law*, 2015, vol. 17, S. 1, s. 70-103

TBB, Çocukların Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde Hukuki Yardım Hizmetlerine Dönük İhtiyaç Analizi, (haz. Neva Öztürk, Gökçen Taner, Ersoy KONTACI) Ankara 2019, (Çocukların Adalete Erişim Hakkı), <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/627.pdf>, (E.T. 07.05.2020)

TBB, Birleşmiş Milletlerin Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi ile Türk Hukuk Mevzuatı Karşılaştırmalı Analizi Yönetici Özeti, (dan.Turgut Tahranlı, Lami Bertan Tokuzlu, Seda Akça et. al.) (Karşılaştırmalı Analiz) <http://unicef.org.tr/files/bilgimerkezi/doc/yoneticiozeti.pdf>, (E.T. 05.05.2020),

TOBIN, J. W.: “Judging the Judges: Are They Adopting the Rights Approach in Matters Involving Children?” *Melbourne University law review*, 2009, vol. 33, S. 2, s. 579-625;

TOBIN, J. W.: “Justifying Children’s Rights”, *International Journal of Children’s Rights*, 2013, vol. 21, s. 395-441,

CRC, *General comment No. 12 (2009): The right of the child to be heard*, 20.07.2009, CRC/C/GC/12, <https://www.refworld.org/docid/4ae562c52.html>>, (E.T.: 04.05.2020) (General Comment No. 12)

TUITT, P.: “The State, the Family and the Child Refugee” in, Fottrell, D.: *Revisiting Children Rights: 10 Years of the UN Convention on the Rights of the Child*, the Hague-London- Boston 2000

UNCRC, Report of the 2012 Day of General Discussion: The Rights of all Children in the Context of International Migration, 2013

Un Human Rights Treaties, Travaux Préparatoires Report of the Working Group on a Draft Convention on the Rights of the Child. E/CN.4/L.1575, <http://hr-travaux.law.virginia.edu/document/crc/ecn411575/nid-176>, (E.T. 16.05.2020)

UNHCR, A Framework for the Protection of Children, 2012, <https://www.unhcr.org/50f6cf0b9.pdf>, (E.T. 04.06.2020)

UNHCR, Guidelines on Assessing and Determining the Best Interests of the Child, November 2018, <https://www.refworld.org/docid/5c18d7254.html>, (E.T. 05.05.2020), (BIP Guidelines 2018),

UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 22 December 2009, HCR/GIP/09/08, (Kılavuz İlkeler)

UNHCR, Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, <https://www.unhcr.org/4d9486929.pdf>, (E.T. 10.05.2020)

UNHCR, Executive Committee of the High Commissioner's Programme, "Conclusion on Children at Risk, No. 107 (LVIII) - 2007 Executive Committee 56th session, A/AC.96/104,05.10.2007, <https://www.unhcr.org/excom/exconc/4717625c2/conclusion-children-risk.html>, (E.T. 06.05.2020).

UNHCR, Guidelines on Policies and Procedures in Dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum, February 1997, <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b3360.html>>, (E.T. 06.05.2020), para. 8(6).

UNHCR, The "Essential Right" to Family Unity of Refugees and Others in Need of International Protection in the Context of Family Reunification, January 2018, 2nd edition, <https://www.refworld.org/docid/5a902a9b4.html>, (E.T. 12.05.2020)

UNHCR, UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child, May 2008, (BID Guidelines 2008), <<https://www.refworld.org/docid/48480c342.html>>, (E.T. 12.05.2020),

UNHCR, *Refugee Family Reunification. UNHCR's Response to the European Commission Green Paper on the Right to Family Reunification*, 2012

Executive Committee of the High Commissioner's Programme, *Conclusion on Children at Risk No. 107 (LVIII) - 2007*, 5.10.2007, No. 107107,(LVIII), para. h (viii).

UNICEF, Child Sensitive Return Executive Summary, November 2019

UNICEF, *The Paris Principles. Principles and Guidelines on Children Associated With Armed Forces or Armed Groups*, February 2007, <https://www.refworld.org/docid/465198442.html>, (E.T. 05.05.2020), para. 3(6).

URAN, P.: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yorumları Işığında 1982 Anayasası ile Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin Karşılaştırmalı İncelemesi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S.26 Güz 2014/2 s. 95-126.

U.S. Department of Justice Immigration and Naturalization Service (INS), Guidelines For Children's Asylum Claims, 10.12.1998,(INS, Guideline) <https://www.refworld.org/docid/3f8ec0574.html> (10.05.2020)

U.S. Citizenship and Immigration Services (USCIS), Refugee, Asylum, and International Operations (RAIO) Combined Training Program, Children's Claims, https://www.uscis.gov/sites/default/files/files/nativedocuments/Childrens_Claims_LP_RAIO.pdf, (E.T. 10.05.2020)

WERNER J./ GOEMAN M.: "Families Constrained: An analysis of the best interests of the child in family migration policies", Defence For Children, Netherlands 2015, http://www.defenceforchildren.org/wpcontent/uploads/2015/12/20151021_DC_Families-constrained.pdf, (E.T. 10.05.2020), s. 13-16.

YİĞİT, N. T.: “Sınır Dışı Etme Kararının İcrasının Ertelenmesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, C. 25, S. 2, s. 577-615.

ZIJLSTRA, A.E./ KALVERBOER, M.E./ POST, W.J./ BRUMMELAAR, D.C.T./ KNORTH, E.J.: “Could the BIC-Q be a decision-support tool to predict the development of asylum-seeking children?” International Journal of Law and Psychiatry 2013 vol. 36, s. 129–135.

Kararlar

AİHM

ECtHR- A.A. v UK App. No. 8000/08, 20.09.2011

ECtHR- A.L. v UK, App. No. 32207/16, 13.03.2018

ECtHR- Alam v Denmark, App. No. 33809/15, 06.06.2017

ECtHR- Antwi v. Norway App. No. 26940/10, 14.02.2012

ECtHR- Adeishvili v Russia App. No 43553/10, 16.10.2014

ECtHR- Akbulut v UK, App. No. 53586/08, 10.04.2012

ECtHR- Alim v Russia App. No 39417/07, 27.09.2011

ECtHR- Anayo v. Germany, App. No. 20578/07, 21.12.2010

ECtHR- Arvelo Aponte v Netherlands App. No. 28770/05, 03.11.2011

ECtHR- B. v. Belgium, App. No. 4320/11, 10.07.2012

ECtHR- Bajsultanov v Austria App. No. 54131/10, 12.06.2012

ECtHR- Berrehab v. the Netherlands, App. No. 10730/84, 21.06.1988

ECtHR- Blokhin v. Russia, App. No. 47152/06, 23.03.2016

ECtHR- Boultif v Switzerland App. No. 54273/00, 02.08.2001

ECtHR- Darren Omoregie and others v Norway App. No. 265/07, 31.07.2008

ECtHR- El Ghatet v Switzerland, App. No. 56971/10, 08.11.2016

ECtHR- Emre v Switzerland App. No. 42034/04, 22.05.2008

ECtHR- Gnahoré v. France, App. No. 40031/98, 19.09.2000

ECtHR- Guliyev and Sheina v. Russia, App. No. 19790/14, 17.04.2018

ECtHR- IgnaccoloZenide v. Romania, App. No. 31679/96, 25.01.2000

ECtHR- Jakupovic v Austria App. No. 36757/97, 06.02.2003

ECtHR- Jeunesse v. the Netherlands [GC], App. No. 12738/10, 3.10.2014

ECtHR- Joseph Grant v UK App. No. 10606/07, 02.01.2009

ECtHR- Juppala v. Finland, App. No. 18620/03, 02.12.2008

ECtHR- K. and T. v. Finland [GC], App. No. 25702/94, 12.07. 2001

ECtHR- Kaya v Germany App. No. 31753/02, 28.06.2007

ECtHR- Kilic v Denmark App. No. 20277/05, 22.01.2007

ECtHR- Kissiwa Koffi v Switzerland App. No. 38005/07, 15.11.2012

ECtHR- Kolonja v Greece, App. No. 49441/12, 19.05.2016

ECtHR- Korneykova and Korneykov v. Ukraine, App. No. 56660/12, 24.03.2016

ECtHR- KU v. Finlandiya, App. no. 2872/02, 02.12.2008

ECtHR- Külekci v Austria App. No. 30441/09, 1.06.2017

ECtHR- Levin v. Sweden, App. No. 35141/06, 15.03.2012

ECtHR- Loy v Germany App. No. 15069/08, 07.10.2014

ECtHR- M.E. v. Denmark App. No. 58363/10, 08.06.2014

ECtHR- Maumousseau and Washington v. France, App. No. 39388/05, 06.12.2007

ECtHR- Maslov v. Austria, App. No. 1638/03, 23.06.2008

ECtHR- *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, App. No. 13178/03, 12.10.2006

ECtHR- Muskhadzhiyeva and Others v. Belgium, App. No. 41442/07, 19.01.2010

ECtHR- Nacic v Sweden App no 16567/10, 15.05.2012

ECtHR- Ndidi v UK, App. No. 41215/14, 14.09.2017

ECtHR- Neulinger And Shuruk v. Switzerland, App. No. 41615/07, 06.07.2010

ECtHR- Nunez v. Norway, App. No. 55597/09, 28.06.2011

ECtHR- Omojudi v UK App. No. 1820/08, 24.11.2009

ECtHR- Onur v UK App. No. 27319/07, 17.02.2009

ECtHR- Palanci v Switzerland App. No. 2607/08, 25.03.2014

ECtHR- Paposhvili v Belgium App. No. 41738/10, 17.04.2014

ECtHR- Popov v. France, App. No. 39472/07, 39474/07, 19.01.2012

ECtHR- Priya v. Denmark, App. No. 13594/03, 06.07.2006

ECtHR- Radovanovic v Austria App. No. 42703/98, 22.04.2004

ECtHR- Rahimi v. Greece, App. No. 8687/08, 05.04.2011

ECtHR- *Rodrigues Da Silva and Hoogkamer v. The Netherlands*, App. No. 50435/99, 31.01.2006

ECtHR- Rouiller v. Switzerland, App. No. 3592/08, 22.07.2014

ECtHR- Salem v Denmark, App. No. 77036/11, 01.12.2016

ECtHR- Salija v Switzerland App. No. 55470/10, 10.01.2017

ECtHR- Sezen v the Netherlands, App. No. 50252/99, 31.01.2006

ECtHR- Schneider v. Germany, App. No. 17080/07, 15.09.2011

ECtHR- S.J. v Belgium App. No. 70055/10, 27.02.2014

ECtHR- Slivenko v. Latvia [GC], App. No. 48321/99, 09.10.2003

ECtHR- *Société Colas Est and Others v. France*, App. No. 37971/97, 16.04.2002

ECtHR- Şen v. Netherlands, App. No. 31465/96, 21.12.2001

ECtHR- Tarakhel v. Switzerland [GC], App. No. 29217/12, 04.11.2014

ECtHR- Tuquabo-Tekle and Others v. the Netherlands, App. No. 60665/00, 01.12.2005

ECtHR- Tyrer v. The United Kingdom, App. No. 5856/72, 15.03.1978

ECtHR- *Udeh v. Switzerland*, App. No. 12020/09, 16.04.2013

ECtHR- Üner v The Netherlands, App. No. 46410/99, 18.10.2006

ECtHR- Vladimir Ushakov V. Russia, App. No. 15122/17, 18.06.2019

CtHR- Von Hannover (No. 2) v. Germany, App. No. 40660/08, 60641/08, 07.02.2012

ECtHR- Wetjen and Others v. Germany, App. No. 68125/14, 72204/14, 22.03.2018

ECtHR- X v. Latvia [GC], App. No. 27853/09, 26.11.2013

ECtHR- X and Y v. the Netherlands, App. No. 8978/80, 26.03.1985

ECtHR- Yildiz v Austria, App. No. 37295/97, 31.10.2002

ECtHR- Zuluaga v UK, App. No. 20443/08, 18.01.2011

İNGİLTERE

AA (unattended children) Afghanistan v. SSHD, CG [2012] UKUT 00016 (IAC), 06.01.2012

AA (Afghanistan) v SSHD, UKSC 40, 24.07.2015

AA (Afghanistan) CG UKUT 00016, 23.05.2011

FM (Afghanistan) v SSHD, UKUT (IAC), Appeal No. AA/01079/2010, 10.03.2011

HK (Afghanistan) v SSHD, EWCA Civ 315, 16.03.2012

DS (Afghanistan) v. SSHD, [2011] EWCA Civ 305, United Kingdom: Court of Appeal (England and Wales), 22.03.2011

H (H) v Deputy Prosecutor of the Italian Republic, Genoa UKSC 25, 20.06.2012

MK v. SSHD, UKUT 00475 (IAC), 31.10.2011

EV(Philippines) and Others v SSHD [2014] EWCA Civ 874

E-A v. SSHD, UKUT 00315 (IAC), 22.07.2011

Lee v. SSHD, EWCA Civ 348, 29.03.2011

R (ABC) v SSHD, EWHC 2937 (Admin), 06.12.2011

R (Mansoor) v SSHD [2011] EWHC 832 (Admin) 23.03.2011

R (MXL) v SSHD [2010] EWHC 2397 (Admin) , 3009.2010

LD v SSHD UKUT 278 (IAC), 02.08.2010

R (TS) v SSHD [2010] EWHC 2614 (Admin), 26.10.2010

Omotunde v SSHD [2011] UKUT 00247, 25.05.2011

ZH v SSHD, UKSC 4, 01.02.2011

KANADA

Awolope v Canada (MCI) [2010] FCJ No 645, 31.03.2011

Canada (MCI) v. Patel, 2008 FC 747, [2009] 2 F.C.R. 196, 17.06.2008

Kim v. Canada (MCI), 2010 FC 720, 30.06.2010

Baker v. Canada (MCI), [1999] 2 S.C.R. 817, 09.07.1999

Gordon v Goertz [1996] 2 SCR 27

Kolosovs v Canada (MCI), FCJ No 211, 04.02.2008

Sanade v SSHD [2012] UKUT 00048, 07.07.2011

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ

Liu v. Ashcroft, 380 F.3d 307, United States: Court of Appeals for Seventh Circuit, 17.08.2004, <https://casetext.com/case/liu-v-ashcroft-2>, (E.T. 10.03.2019)

AVUSTRALYA

Chen Shi Hai v. The Minister for Immigration and Multicultural Affairs (MIMA), [2000] HCA 19, 13.04.2000

Wan v. MIMA, FCA 568, 18.05.2001

Nweke v MIMA, FCA 79, 19.07.2013

Teoh v. MIEA HCA 20, 07.04.1995

YENİ ZELANDA

Ye v Minister of Immigration, NZCA 291, 07.08.2008

ÇOCUK HAKLARI KOMİTESİ

N.B.F. v. Spain (CRC/C/79/D/11/2017), (CRC: N.B.F. v. Spain),

J.A.B. v. Spain (CRC/C/81/D/22/2017), (CRC: J.A.B. v. Spain),

R.K. v. Spain (CRC/C/82/D/27/2017), (CRC: R.K. v. Spain)

M.T. v. Spain (CRC/C/82/D/17/2017), (CRC: M.T. v. Spain)

Z.H. ve A.H. v. Denmark, CRC/C/82/D/32/2017, (CRC: Z.H. ve A.H v. Denmark)

TÜRKİYE

Hatay 1. İdare Mahkemesi, 2018/755 E., 2019/13 K., 07.01.2019

Hatay İdare Mahkemesi, 2016/710E., 2016/1138 K. 28.10.2016

İstanbul 1. İdare Mahkemesi 2015/978 E., 2015/2529 K., 27.11.2015

İstanbul 1. İdare Mahkemesi, 2015/1423 E., 2015/2754 K., 21.12.2015

İstanbul 1. İdare Mahkemesi 2015/978 E., 2015/2529 K., 27.11.2015

İstanbul 1. İdare Mahkemesi, 2015/2393 E., 2016/780 K., 31.03.2016

İstanbul 1. İdare Mahkemesi, 2016/972 E., 2016/2806 K., 30.12.2016

İstanbul 1.İdare Mahkemesi, 2016/874 E., 2017/134 K., 27.01.2017

İzmir 1. İdare Mahkemesi, 2019/913 E., 2019/1207 K., 23.10.2019

Ankara 1.İdare Mahkemesi, 2018/2485 E., 2019/1094 K., 20.05.2019

Hatay 1. İdare Mahkemesi, 2018/755 E., 2019/13 K., 07.01.2019

İstanbul 1. İdare Mahkemesi 2019/1300 E., 2019/1871 K., 27.06.2019

Antalya 2. Sulh Ceza Hakimliği, D. iş No. 2016/3316, 14.10.2016

Antalya 2. Sulh Ceza Hakimliği, D. iş No. 2019/3655, 29.08.2019

ANAYASA MAHKEMESİ

Marcus Frank Cerny, Baş. No. 2013/5126, 02.07/2015 (*Marcus Frank Cerny*)

Ali Korkmaz, Baş. No. 2019/26899, 11.12.2019 (*Ali Korkmaz*)

Levent Aşıklar, Baş. No. 2014/13936, 08.03.2018 (*Levent Aşıklar*)



ÖZET

Çocuk Hakları Komitesi çocuğun yüksek menfaatini; usul kuralı, yorumlayıcı ilke ve asli hak olmak üzere üç boyutlu bir kavram olarak nitelendirmektedir. Bu çalışmada, çocuğun yüksek menfaatinin üç boyutlu karakterinin, ülkede yabancı olarak bulunan bireylerin ülkeden uzaklaştırılıp uzaklaştırılmayacağına karar verme sürecine etkileri incelenmektedir. Buna yönelik olarak çalışmada öncelikle Çocuk Hakları Sözleşmesi md. 3(1) hükmünün somut olay bağlamında nasıl işlerlik kazandığı Çocuk Hakları Komitesi görüş ve tavsiyeleri ile AİHM ve yabancı yerel mahkeme kararları çerçevesinde ortaya koyulmaktadır. Sonrasında ise konuya ilişkin Türk hukuku mevzuat ve uygulamaları, Türkiye'nin çocuğun yüksek menfaati ilkesine yönelik uluslararası yükümlülükleri ışığında değerlendirilmektedir. Bu doğrultuda “sınır dışı”, “Lahey Uluslararası Çocuk Kaçırma Sözleşmesi kapsamında çocuğun iadesi” ve “kalıcı çözüm yollarının uygulanması” olmak üzere üç başlıkta ülkeden uzaklaştırma sonucunu doğurabilecek bir karar verilirken çocuğun yüksek menfaati ilkesinin etkileri ele alınmıştır.

ABSTRACT

The Committee on the Rights of the Child defines the best interests of the child as a threefold concept: the rule of procedure, a interpretative legal principle and the substantial right. In this study, the impacts of the threefold character of the best interests of the child on the process of deciding whether or not foreign individuals will be removed from the country are analyzed. In this regard, initially, how the article 3 (1) of Convention on the Rights of the Child works on concrete cases is discussed within the framework of the ECtHR and foreign domestic court jurisprudence, with the views and recommendations of the Committee on the Rights of the Child. After that, the legislation and the practice of Turkish law concerning the subject is evaluated within the scope of Turkey's international obligations for the principle of the best interests of the child. Accordingly, the effects of the principle of the best interests of the child while making decision that could result in individual's removal from the country were addressed under three headings: "the deportation", "the child return under The Hague International Child Abduction Convention" and "the implementation of permanent solutions".