T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
AVRUPA BİRLİĞİ VE ULUSLARARASI EKONOMİK İLİŞKİLER
ANABİLİM DALI
AT-HUKUK

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU'NDA AİLE BİRLEŞMESİNİN DÜZENLENİŞİ VE ETKİNLİĞİ

Yüksek Lisans Tezi

Yasir GÖKÇE

Ankara-2011

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
AVRUPA BİRLİĞİ VE ULUSLARARASI EKONOMİK İLİŞKİLER
ANABİLİM DALI
AT-HUKUK

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU'NDA AİLE BİRLEŞMESİNİN DÜZENLENİŞİ VE ETKİNLİĞİ

Yüksek Lisans Tezi

Yasir GÖKÇE

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Mehmet ÖZCAN

Ankara-2011

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
AVRUPA BİRLİĞİ VE ULUSLARARASI EKONOMİK İLİŞKİLER
ANABİLİM DALI
AT-HUKUK

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU'NDA AİLE BİRLEŞMESİNİN DÜZENLENİŞİ VE ETKİNLİĞİ

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı :

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı	**İmzası**
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....

Tez Sınavı Tarihi .....

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM

AİLE BİRLEŞMESİNE İLİŞKİN BİRLİK DÜZENLEMELERİ 5

1. AVRUPA BIRLIĞI VATANDAŞLARININ AILE BIRLEŞMESI 5

1.1. Eski Düzenlemelerde Aile Birleşmesinin Düzenlenişi 7

1.2. 2004/58 sayılı Direktif'te Aile Birleşmesinin Düzenlenişi 14

1.2.1. Kapsam 14

1.2.2. İçerik 15

1.2.2.1. Giriş ve Çıkış Hakkı 16

1.2.2.2. Süreli İkamet Hakkı 16

1.2.2.3. Kalıcı İkamet Hakkı 25

1.2.2.4.Süreli İkamet Hakkı ve Kalıcı İkamet Hakkı Açısından Ortak Düzenlemeler 29

1.2.2.5.Üye Devletlerin Kamu Düzeni, Kamu Güvenliği ve Kamu Sağlığı Nedenlerine Bağlı Sınırlandırma Yetkisi 35

2. ORTAKLIK ANTLAŞMASINA SAHİP ÜÇÜNCÜ ÜLKE VATANDAŞLARININ AİLE BİRLEŞMESİ 37

3. ÜÇÜNCÜ ÜLKE VATANDAŞLARININ AİLE BİRLEŞMESİ 48

3.1. 2003/86 sayılı Aile Birleşmesi Hakkı Konulu Konsey Direktifi 48

3.2. Uluslararası Mekanizmalarda Aile Birleşmesi ve Birlik Mekanizmaları 64

3.2.1. Uluslararası Düzeyde ve Avrupa Düzeyindeki Anlaşma ve Sözleşmelerde Aile Birleşmesi 64

3.2.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararlarında Aile Birleşmesi 65

3.2.3. Direktif ile AİHS'nin 8. Maddesi'nin Karşılaştırılması 66

3.2.4. Çocuk Hakları Sözleşmesi ve AB Temel Haklar Şartı'nda Çocuk 67

İKİNCİ BÖLÜM

AİLE BİRLEŞMESİNE İLİŞKİN AVRUPA BİRLİĞİ MEVZUATINA ELEŞTİRİLER. 69

1. AİLE BİRLEŞMESİNİN BİRLİK DÜZEYİNDE ELE ALINMASININ ULUSAL GÖÇ YASALARINI LİBERAL BİR ÇİZGİYE YAKLAŞTIRMASI VE ÜYE DEVLETLERİN ULUSAL DÜZENLEMELERİNDE GÖRÜLEN OLUMLU YENİLİKLER 69
   - 1.1. Minimum Standart Yaklaşımının Pozitif Etkisi 69
   - 1.2. Mültecilere İlişkin Ulusal Hükümler 70
   - 1.3. Sponsor İle Eşit Muamele 70
   - 1.4. Örnekler 71
2. AİLE BİRLEŞMESİNİN BİRLİK DÜZEYİNDE ELE ALINMASININ ULUSAL GÖÇ YASALARINI UYUMLAŞTIRMASI 72
   - 2.1. Direktif'in Ulusal Düzenlemelerin Harmonizasyonunda Etkisi 72
   - 2.2. Yüksek Vize veya Başvuru Ücretleri 73
3. AİLE BİRLEŞMESİNİN BİRLİK DÜZEYİNDE ELE ALINMASININ ULUSAL PARLAMENTOLARDA KONUYA DUYULAN FARKINDALIĞA ETKİSİ 74
4. ULUSAL DÜZENLEMELERİN DİREKTİFLERİN SUNDUĞU ASGARİLER ÜZERİNDEN BELİRLENMESİ İLE KISITLAYICI GÖÇ YASALARININ OLUŞUMU VE ÜYE DEVLETLERİN TAKDİR YETKİLERİNİ SUİSTİMALİ 74
   - 4.1. Üç Yıla Varan Bekleme Süreleri ..... .75
   - 4.2. Vize ve Başvuru Ücretleri 75
   - 4.3. Standstill Hükmü 76
   - 4.4. Yasal Direnme Hakkı 78
   - 4.5. Direktif'in 7. Maddesindeki Şartlar 78
   - 4.6. Kontrolünde Olmayan Şartlardan Ötürü Mali Şartların Yerine Getirilememesi 79
   - 4.7. Örnekler 80
   - 4.8. Hollanda'da Yüksek Gelir Şartı 80
5. AİLE BİRLEŞMESİ DİREKTİFLERİNİN ÖZÜNDE AYRIMCILIK TÜRLERİNDEN BELLİ BİRKAÇINI BARINDIRMASI 81

5.1. Yaşa Dayalı Ayrımcılık 81
5.2. Servete Dayalı Ayrımcılık 82
5.3. Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık 83
5.4. Sınıf Ayrımcılığı 83
6. BİRLİĞİN AİLE BİRLEŞMESİ DÜZENLEMELERİNİN GÖÇ MESELESİNİN FEMİNEN BİR FORMU OLAN BÖYLE BİR KONUYA KADIN EKSENLİ YAKLAŞAMAMASI 85
6.1. Eşlerin Sponsor İle Aynı Düzeyde Eğitim ve Çalışma Hayatına Girebilmelerine Getirilebilen Koşullar-14. Madde 86
6.2. Otonom İkamet İznine İlişkin Koşullar-15. Madde 87
6.3. Poligami/Çok Eşlilik Durumu 88
7. BİRLİĞİN AİLE BİRLEŞMESİ DÜZENLEMELERİNİN BELLİ BAŞKACA İLGİSİZ AMAÇLARA ULAŞMADA AİLE BİRLEŞMESİNİ ARAÇ OLARAK GÖRMESİ 89
7.1. Maksimum 21 Yaş Sınırı 89
7.2. 1 Yıl Sonra İşini Kaybeden Birine Orantısal Tedbir 90
7.3. Entegrasyon Testi 91
8. BİRLİĞİN AİLE BİRLEŞMESİ DÜZENLEMELERİNİN İÇERDİĞİ MİNİMUM STANDARTLAR YAKLAŞIMININ NEGATİF ETKİSİ 91
9. BİRLİĞİN AİLE BİRLEŞMESİ DÜZENLEMELERİNİN ÜYE DEVLETLERİN YABANCI ALGISINI VE FARKLI AİLE HUKUKU REJİMLERİNİ DİKKATE ALMAMASI 92
9.1. Dar ve Çekirdek Aile Tanımı 93
9.2. Ailesel Bağların İspatı 94
10. BİRLİĞİN AİLE BİRLEŞMESİ DÜZENLEMELERİNİN İDDİASININ AKSİNE ÇOCUĞUN ÜSTÜN ÇIKARINI GÖZETMEMESİ 94
10.1. Çocuğa İlişkin Diğer Kapsayıcı Hükümler 95
10.2. Bekleme Süreleri 95
10.3. Çocuğun Üstün Çıkarının C-540/03 Sayılı ABAD Kararı Özelinde Analizi 96
SONUÇ 112
KAYNAKÇA 122

KISALTMALAR

AB : Avrupa Birliği

AT : Avrupa Toplulukları

AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi/ İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme

AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

ATA : Avrupa Topluluğu Antlaşması

ABA : Avrupa Birliği Antlaşması

ABAD : Avrupa Birliği Adalet Divanı

bkz. : Bakınız

Ibid. : *Ibidom*/ adı geçen eser

EC : EuropeanCommunities

Ed : Editor

m. : Madde

No. : Numara

op. cit. : *operecitation*/ yukarıda adı geçen eser

OJ : OfficialJournal

p. : page

s. : sayfa

prg. : paragraf

passim : eserin pekçok yerinde

Vol : Volume

GİRİŞ

Avrupa Birliği ekonomik bir entegrasyon hareketi olma durumundan ibresini siyasi birliğe doğru kaydırdığı ve bu istikamette adımlar attığı oranda yeni problemlerle karşı karşıya kalmış veya diğer bir ifadeyle bir takım problemlerin kendi ilgi ve yetki alanında olduğu hükmüne varmıştır. Ulus devletler, bu özelliklerinden taviz vermek suretiyle daha geniş bir platformda yeni bir mozaik oluşturma gayreti çerçevesinde aşılamayan belli engellerle karşılaşmıştır.

Avrupa halklarının algısında göçmenlere karşı oluşan önyargı ve 'öteki' algısı bunlardan biridir. Bu durumun göçmen grupların sosyal dışlanmaya maruz kalmalarına sebep olması bu grupları kendi sosyo-kültürel çevrelerinde biraraya getirmekte, dolayısıyla 'gettolaşma' olarak ifade edilen durumun ortaya çıkmasına neden olmaktadır ki bu durum göçmenlerin entegrasyonunun önünde en büyük engellerdendir. Bu da etkin göç politikalarının önemini görünür kılmaktadır.

Göç politikalarının da etkinliğini artıran ve sonuca yönelik etkili bir entegrasyon sağlayan önemli bir unsur da aile birleşmesi mekanizmasıdır. Çünkü ırkçılık ve yabancı düşmanlığı, kadın erkek ayrımcılığı, çocuğa kötü muamele, fakirlerin daha marjinalleşmesi, gettolaşma gibi sosyal problemler ele alındığında çözümün bir şekilde 'aile'de saklı olduğu hükmüne varılabilmektedir.

Sebep oldukları marazi davranışlardan ötürü, insanların sebep olanları 'öteki' olarak addettikleri ve ona göre tepkide bulundukları bir toplumda; bu sosyal sıkıntıyı bertaraf etmenin bir yolu da aile müessesesine saygı göstermek ve bunu korumaktır. Bu noktada devreye aile birleşmesi mekanizması girmektedir. Avrupa Birliği ilgili düzenlemeleri ve içtihat hukuku vesilesiyle bu meseleyi ele almaktadır.

Bunun yanında, üye devlet vatandaşı bir kimsenin serbest dolaşım hakkını etkin bir şekilde kullanması aile bireylerinin onunla serbestçe hareket edebilmesine bağlıdır. Aile birleşmesi hakkı Birlik yurttaşlığına bağlanan en temel haklardan biri olan serbest dolaşım hakkının etkin kullanımı için kaçınılmazdır. Bunun yanında aile birleşmesi mekanizmasının diğer amaçları da gözetilerek Birlik yurttaşlarının üçüncü ülke vatandaşları aile bireylerine ve üçüncü ülke vatandaşlarının aile bireylerine bu hak Topluluk[1] düzeyinde teşmil edilmiştir. Böylelikle 1963'ten başlayıp 2003 ve 2004 yıllarına kadar devam eden süreçte aile birleşmesi imkanı yasal düzenlemelere geçirilerek bu hak Topluluk düzeyinde kodifiye edilmiştir.

Çalışmanın tezi şu şekilde özetlenebilir: Aile birleşmesinin Birlik düzeyinde ele alınması ile ulusal göç yasaları liberal bir çizgiye yaklaştırılmış, üye devletlerin ulusal düzenlemelerinde önceden görülmeyen olumlu yenilikler sağlanmış, ulusal düzenlemeler birbiriyle uyumlaştırılmış ve ulusal parlamentolarda konuya duyulan farkındalık artırılmış olsa da; ulusal düzenlemelerin direktiflerin sunduğu asgariler üzerinden belirlenmesi daha kısıtlayıcı göç yasalarının meydana gelmesine neden olmuş ve üye devletlere suistimale açık geniş takdir yetkileri bırakmıştır. Bununla birlikte aile birleşmesi direktiflerinin özünde ayrımcılık türlerinden belli bir kaçını barındırması, göç meselesinin feminen bir formu olan böyle bir konuya kadın eksenli yaklaşamaması, belli başkaca ilgisiz amaçlara ulaşmada aile birleşmesini araç olarak görmesi, direktiflerin içerdiği minimum standartlar yaklaşımı, üye devletlerin yabancı algısını ve farklı aile hukuku rejimlerini dikkate almaması ve iddiasının aksine çocuğun üstün çıkarını gözetmemesi Birliğin aile birleşmesi düzenlemelerini

[1] Tezde bazen 'Topluluk' ibaresi bazen de 'Birlik' ibaresi kullanılmıştır. 'Topluluk' ibaresinin belli yerlerde seçilmesi öğretide kökleşmiş ve kavramsallaşmış bir anlam kazanmasından ötürü tercih edilen bilinçli bir kullanımdır.

etkin olmaktan uzak kılmaktadır. Göçmenlere ilişkin sorunların giderilmesi ve onlara yönelik önyargı ve 'öteki' algısının kırılması için getirilen aile birleşmesi mekanizmaları toplumun çoğulcu yapısını destekleyecek ve göçmenlerin sosyal entegrasyonunu mümkün kılacak tam kapsamlı ve tutarlı hükümler içermeli, Birlik düzeyinde kararlılıkla belirlenen bu hükümler ulusal iradelerin samimi siyasi açılımları ile hayata geçirilmelidir.

Bu çalışmanın amacı Avrupa Birliğinin aile birleşmesi mevzuatını ne şekilde düzenlediğini belirtmek, mevzuatı ve Avrupa Birliği Adalet Divanı(ABAD)[2] kararlarını AİHM kararları ve ilgili uluslararası mekanizmalar çerçevesinde incelemek ve bunlardan ne düzeyde esinlendiğini tespit etmek, etkin bir aile birleşmesi mekanizmasının önündeki engelleri saptamak ve nihai olarak bütün bunların sözügeçen sosyal, kültürel ve ekonomik problemleri giderme amacında yeterli bir araç olup olmadığını tespit etmektir.

Konuyu tercih edilir kılan bir sebep Avrupa Birliği'nde aile birleşmesi konusunun Avrupa Birliği çalışmalarında daha bâkir bir alan olmasıdır. Ayrıca Birliği'nin aile birleşmesi gibi sosyal yanı ağır basan bir meseleyi nasıl ele aldığını ve çözüm adına ne gibi enstrümanlar ortaya koyduğunu analiz etmek, siyasal birliğe doğru giden bir Avrupa'da sosyal problemlerin ne ölçüde bir samimiyetle ele alındığı gözler önüne serecektir. Bütün bunlardan öte, Avromerkeziyetçilik eleştirilerine maruz, halklarının kafalarında 'öteki' oluşturmaya gitgide daha meyilli hale geldikleri, bu ve benzeri problemlerin farklı sosyal sıkıntılara gebe olduğu bir Avrupa'da; yerine göre bir okul, yerine göre bir teselligâh, yerine göre de bir yuva olan 'aile' gibi önemli bir müesseseyi korumak ve geliştirmek adına öngörülen aile

[2] Lizbon Antlaşması'ndan önce ismi Avrupa Toplulukları Adalet Divanı(ATAD) olan bu mahkeme artık Avrupa Birliği Adalet Divanı(ABAD) olarak adlandırılmaktadır.

birleşmesi mekanizmasını araştırmak, eksikleri ve artılarıyla eleştirmek ve bu konuda fikir sancısı çekmek suretiyle konuya akademik bir katkıda bulunmak insanı heyecanlandırmaktadır.

Bu çalışmada ilk bölümün birinci alt başlığında Birlik yurttaşlarının aile birleşmesi hakkı ele alınacak, eski ve yeni düzenlemeler arasındaki farklar da dikkate alınarak Topluluk düzenlemeleri irdelenecektir. İkinci alt başlıkta Birlik ile Ortaklık Anlaşmasına sahip üçüncü ülke vatandaşlarının aile birleşmesi hakkı Türkiye özelinde incelenecektir. Üçüncü alt başlıkta ise üçüncü ülke vatandaşlarının aile birleşmesi hakkını düzenleyen 2003/86 sayılı Direktif ele alınacaktır. Bu düzenlemelerin nasıl uygulandığını, uygulanırken esin kaynağı uluslararası sözleşme ve üye devletlerin anayasal geleneklerinden nasıl yararlanıldığını ve uygulamada ne gibi uyuşmazlıkların ortaya çıktığını saptamak adına Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın aile birleşmesine ilişkin kararlarına da ilk bölümde yer verilecektir. Çalışmanın ikinci bölümünde ise aile birleşmesine ilişkin tüzük ve direktiflere getirilen eleştiriler genişçe yer alacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM
AİLE BİRLEŞMESİNE İLİŞKİN BİRLİK DÜZENLEMELERİ

1. AVRUPA BİRLİĞİ VATANDAŞLARININ AİLE BİRLEŞMESİ

Aile birleşmesine ilişkin haklardan bahsedebilmek için AT serbest dolaşım hukukunun kapsamına giren ve dolayısıyla ilgili şartları sağlayan bir 'serbest dolaşan' olması gerekir. Bu meyanda AT serbest dolaşım hukununu düzenleyen antlaşma ve ikincil mevzuat hükümlerine bakacak olursak; işçilerin serbest dolaşımı AT Antlaşması[3] madde 39 tarafından düzenlenmektedir. Bunun yanında AB vatandaşlarının serbest dolaşım ve ikamet etme haklarını düzenleyen AT Antlaşması madde 18'de mevcuttur. Bu maddelerin aile bireylerine teşmil edilecek şekilde sunduğu hakların ayrıntılı düzenlenmiş şekli 1612/68 sayılı ve Topluluk'ta İşçilerin Serbest Dolaşımı Konulu Tüzük[4]ve 68/360 sayılı Üye Devlet İşçileri ve Aile Bireylerinin Topluluk'ta Dolaşım ve İkamet Etmelerinin Önündeki Kısıtlamaları Kaldıran Direktif[5]'te yer almaktadır. Sermayenin serbest dolaşımı AT Antlaşması'ndamadde 43'te düzenlenmiş 73/148 sayılı Sermaye ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı dikkate alınarak Üye Devlet Vatandaşlarının Topluluk'ta Dolaşım ve İkamet Etmelerinin Önündeki Kısıtlamaları Kaldıran Konsey Direktifi[6] ile serbest çalışanları da kapsayacak şekilde ayrıntılandırılmıştır. Mesleki eğitim alan öğrencilerin serbest dolaşım haklarını düzenleyen Direktif 93/96 sayılı Öğrencilerin

[3]Treaty establishing the European Community, (OJ C 325 24.12.2002), antlaşmanın ismi Lisbon Antlaşması'ndan sonra 'Treaty on Functioning the European Union' olarak değiştirilmiştir. Ancak çalışma boyunca 'AT Antlaşması' ifadesi tercih edilmiştir. Ayrıca AT Antlaşması'nın tezde sözügeçen madde numaralarında Lisbon Antlaşması'nın sebep olduğu bir değişiklik yoktur.

[4]Council Regulation (EEC) No 2434/92 of 27 July 1992 amending Part II of Regulation (EEC) No 1612/68 on freedom of movement for workers within the Community (OJ L 245, 26.8.1992).

[5]Council Directive 68/360/EEC of 15 October 1968 on the abolition of restrictions on movement and residence within the Community for workers of Member States and their families, (OJ L 257, 19.10.1968).

[6]Council Directive 73/148/EEC of 21 May 1973 on the abolition of restrictions on movement and residence within the Community for nationals of Member States with regard to establishment and the provision of services (OJ L 172, 28.6.1973).

İkamet Etme Hakları Konulu Konsey Direktifi[7]'dir. Bunların yanında diğer bir üye devlette serbest çalışma dahil çalıştıktan sonra emekli olan veya herhangi bir ekonomik faaliyette bulunmaksızın emekli olan insanların durumlarını düzenleyen 1251/70 sayılı Bir Üye Devlette Çalıştıktan Sonra Emekli Olup Orada Kalan İşçilerin Haklarına İlişkin Tüzük[8], 75/34 sayılı Bir Üye Devlette Serbest Çalıştıktan Sonra Orada Kalan Üye Devlet Vatandaşları Haklarına İlişkin Konsey Direktifi[9] ve 90/364 sayılı İkamet Etme Hakkına İlişkin Konsey Direktifi[10] mevcuttur. Bu İkincil düzenlemelerden 90/364 sayılı Direktif, kurucu antlaşma ve ikincil mevzuat hükümlerinde yer almayan bir takım şartlarla AB vatandaşlarının serbest dolaşım haklarını kısıtlamaktadır.

Bunlarla birlikte tüm bu düzenlemeleri bir araya getiren değiştiren ve yer yer kaldıran 2004/58[11] ve 2004/38[12] sayılı Birlik Vatandaşları ve Aile Bireylerinin Üye Devletler Sınırlarında Serbest Dolaşım ve İkamet Hakları Konulu Parlamento ve Konsey Direktifleri vardır. 2004/58 sayılı Direktif 64/221 ve 1612/68 sayılı Tüzükleri değiştirmiş; 64/221, 68/360, 72/194, 73/148, 75/34, 75/35, 90/364, 90/365, 93/96 sayılı Direktifleri yürürlükten kaldırmıştır.

---

[7]Council Directive 93/96/EEC of 29 October 1993 on the right of residence for students (OJ L 317, 18.12.1993).

[8]Regulation (EEC) No 1251/70 of the Commission of 29 June 1970 on the right of workers to remain in the territory of a Member State after having been employed in that State (OJ L 142, 30.6.1970).

[9]Council Directive 75/34/EEC of 17 December 1974 concerning the right of nationals of a Member State to remain in the territory of another Member State after having pursued therein an activity in a self-employed capacity (OJ L 14, 20.1.1975).

[10]Council Directive 90/364/EEC of 28 June 1990 on the right of residence (OJ L 180, 13.7.1990).

[11]Directive 2004/58/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC, (L 158 30.04. 2004).

[12]Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC, (OJ L 158, 30.4.2004).

1.1.Eski Düzenlemelerde Aile Birleşmesinin Düzenlenişi

Bütün bu düzenlemelerdeki hükümler hangi AB vatandaşı sponsorun serbest dolaştığını ve dolayısıyla serbest dolaşım hukukunu ilgilendirdiğini ve kendisi ile aile bireylerinin ne tür haklara sahip oluğunu tespit adına önemlidir.

AB vatandaşının hangi aile bireylerinin aile birleşmesi haklarına sahip olduğunu yukarıda sözügeçen 1612/68 sayılı Tüzüğün 10. maddesinde düzenlemiştir. Madde şu sayılı olanlara vatandaşlıklarından bağımsız olarak, bir üye devlet vatandaşı olan ve diğer bir üye devlette çalışan işçiye katılma hakkı tanımaktadır:

(a)Eşi ve 21 yaşın altındaki altsoyu veya bağımlı altsoyu,

(b)İşçinin veya eşinin bağımlı üstsoyu.

Aynı madde 2. fıkrası ise üye devletleri 1. fıkranın kapsamına girmeyen ve işçiye bağımlı olan veya geldikleri ülkede işçiyle aynı çatı altında yaşayan aile bireylerinin işçiye katılımını kolaylaştırmakla yükümlendirmektedir.

73/148 sayılı Direktif[13] serbest çalışan, hizmet sağlayan ve alanların aile birleşmesi hakkını düzenlerken aile bireylerini ilk maddede şu kişiler olarak tanımlar:

(a)Vatandaşlıklarından bağımsız olarak eşi ve/veya ilgili vatandaşın 21 yaşın altındaki çocukları,

(b)Vatandaşlıklarından bağımsız olarak, ilgili vatandaşın veya eşinin kendilerine bağımlı olan alt ve üstsoyları.

[13]Council Directive 73/148/EEC of 21 May 1973 on the abolition of restrictions on movement and residence within the Community for nationals of Member States with regard to establishment and the provision of services (OJ L 172, 28.6.1973).

Yine aynı madde 2. fıkrasındaüye devletleri 1612/68 sayılı Tüzüğün 10. maddesinde olduğu gibi, 1. paragrafın kapsamına girmeyen ve işçiye bağımlı olan veya geldikleri ülkede işçiyle aynı çatı altında yaşayan aile bireylerinin işçiye katılımını kolaylaştırmakla yükümlendirmektedir.

Serbest çalışma dahil diğer bir üye devlette çalıştıktan sonra emekli olan veya herhangi bir ekonomik faaliyette bulunmaksızın emekli olan insanların durumlarını düzenleyen 1251/70 sayılı Bir Üye Devlette Çalıştıktan Sonra Emekli Olup Orada Kalan İşçilerin Haklarına İlişkin Tüzük 1. maddesinde, 1612/68 sayılı Tüzük'ün tanımına atıf yapmakla yetinir ve bu Tüzüğün hükümlerinin diğer bir üye devlette çalışıp emekli olan üye devlet vatandaşlarına ve onların 1612/68 sayılı Tüzük madde 10'da tanımlanmış ailelerine uygulanacağını öngörür.

75/34 sayılı Bir Üye Devlette Serbest Çalıştıktan Sonra Orada Kalan Üye Devlet Vatandaşları Haklarına İlişkin Konsey Direktifi[14]de ilk maddesinde 73/148 sayılı Direktif'in aile bireyi tanımına atıf yapmış ve üye devletleri bu Direktif'te yer alan şartlar altında, serbest çalışan diğer bir üye devlet vatandaşı ve 73/148 sayılı Direktif'te tanımlanan aile bireyleri lehine kendi ülkelerinde kalma hakkının önündeki kısıtlamaları kaldırmakla yükümlendirmiştir.

90/364 sayılı İkamet Etme Hakkına İlişkin Konsey Direktifi 1(2). maddesinde aile bireylerini vatandaşlıklarından bağımsız olarak şu kişiler olarak tanımlamıştır:

(a)Eşi ve bağımlı altsoyları,

[14]Council Directive 75/35/EEC of 17 December 1974 extending the scope of Directive No 64/221/EEC on the coordination of special measures concerning the movement and residence of foreign nationals which are justified on grounds of public policy, public security or public health to include nationals of a Member State who exercise the right to remain in the territory of another Member State after having pursued therein an activity in a self-employed capacity (OJ L 14, 20.1.1975).

(b)İkamet hakkına sahip ilgilinin ve eşinin bağımlı üstsoyu.

Mesleki eğitim alan öğrencilerin serbest dolaşım haklarını düzenleyen 93/96 sayılı Öğrencilerin İkamet Etme Hakları Konulu Konsey Direktifi meseleyi ele alırken üye devletleri bir üye devlet vatandaşı olan ve Topluluk hukukunun diğer hükümleri altında bu hakkını kullanmayan herhangi bir öğrenciye, eşine ve bağımlı çocuklarına ikamet etme hakkı tanımakla yükümlendirmiştir.

Bir ulusal mahkemede verilmiş evliliğin feshi, evlat edinme veya velayet gibi kararların diğer bir üye devlette tanınmamasından ötürü aile bireylerinin haklarına gelebilecek ihlalleri bertaraf etme adına 1347/2000 sayılı Tüzüğü[15] İlga Eden 2201/2003 sayılı Yargı Yetkisine, Ebeveyn Sorumluluklarına ve Evlilik İşlerine İlişkin Yargı Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair Tüzük[16] yürürlüğe konulmuştur.

AB vatandaşı işçiye, serbest çalışana, hizmet sağlayan veya alana katılmak üzere aile bireyleri için iki istisna haricinde öngörülmüş bir koşul yoktur. Bu istisnalardan ilki işçiler için öngörülen 'barınma yeri' şartı, diğeri ise bazı aile bireyleri için getirilmiş 'bağımlılık' şartıdır. 1612/68 sayılı Tüzüğün 10(3).maddesi 1 ve 2'deki hakları kullanabilmek için işçi ve aile bireylerinin çalışılan ülkedeki ulusal işçilerin standardında bir barınma imkanına sahip olması gerektiğini ifade eder. Ancak bu hükmün ulusal işçiler ile diğer üye devlet işçileri arasında ayrımcılık meydana getirecek şekilde kullanılamayacağını belirtir.

[15] COUNCIL REGULATION (EC) No 1347/2000 of 29 May 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility for children of both spouses, (OJ L 160/19, 30.6.2000).
[16] COUNCIL REGULATION (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, (OJ L 338/1, 23.12.2003).

İlgili üye devlette emekli olan, malülen işten çıkan veya hayatını kaybeden sponsorun aile bireylerinin durumlarını 1251/70 sayılı Tüzük ve 75/34 sayılı Direktif'in 3. maddeleri düzenlemektedir. 1251/70 Sayılı Tüzüğün 3. maddesi işçinin ölümü halinde aile bireylerinin mağduriyetini giderme adına ilgili üye devlette kalıcı olarak kalabileceklerini öngörür. Yine burada bu hak kapsamındaki aile bireyleri 1. maddede belirtilen ve işçinin kendisiyle birlikte yaşayan aile bireyleridir. İşçinin ilgili üye devlette çalışma hayatı sırasında, yerleşme hakkı elde edemeden ölmesi durumunda, aile bireylerine ilgili üye devlette kalıcı olarak şu şartlarda kalma yetkisi tanımaktadır:

- İşçi vefatı sırasında ilgili üye devletin sınırlarında sürekli olarak en az 2 sene yaşamış; veya

- ölümü iş sırasında bir kazadan veya mesleki bir rahatsızlıktan mütevellit; veya

- sağ kalan eş yerleşik olunan ülkenin vatandaşı olmalı veya işçiyle evlenmiş olduğundan bu vatandaşlığı kaybetmiş olmalıdır.

75/34 sayılı Direktif 3. maddesine göre her üye devlet serbest çalışan kişinin 1. madde kapsamına giren aile bireylerine eğer ilgili kişi 2. madde kapsamında bir kalma hakkı elde etmişse, kendi sınırları içinde kalıcı ikamet etme hakkı tanımalıdır. Bu hüküm ilgili kişinin ölümü halinde de mahfuzdur. Yine eğer serbest çalışan ilgili üye devlette çalışma hayatı sırasında, yerleşme hakkı elde edemeden ölürse, aile bireylerine ilgili üye devlette kalıcı olarak şu şartlarda kalma yetkisi tanınmalıdır:

- İlgili kişi ölümü öncesinde o üye devletin sınırlarında sürekli olarak en az 2 sene yaşamış; veya

- Ölümü iş sırasında bir kazadan veya mesleki bir rahatsızlıktan kaynaklanmış; veya

- Sağ kalan eş yerleşik olunan ülkenin vatandaşı olmalı veya işçiyle evlenmiş olduğundan bu vatandaşlığı kaybetmiş olmalıdır.

Serbest dolaşım hakkını kullanan diğerleri bakımından, sponsor ev sahibi ülkedeki sağlık sigortası koşulunu, kendi ve aile bireyleri için yeterli geçim kaynağı koşulunu sağlamalıdır. Emeklilik durumunda ikinci koşul yeteri kadar emeklilik maaşı aldığını gösterir makbuzun ibrazı şeklindedir. 90/364 sayılı Direktif'in ilk maddesi bu konuyu düzenlemiştir ve üye devletleri ikamet etme hakkını diğer Topluluk hukuku hükümlerince elde etmemiş olan üye devlet vatandaşlarına ve 2. madde kapsamındaki aile bireylerine şu şartlarda tanımakla yükümlendirmiştir: Üye devlet vatandaşı ve aile bireyleri ev sahibi ülkede her türlü riske karşı koruyan tam kapsamlıbir sağlık sigortası yaptırmak ve kalma sürecinde ev sahibi ülkenin sosyal yardım sistemine yük olmayacak ölçüde yeterli geçim kaynağına sahip olmak. Öğrencilerin bu iki şartı sağladığına dair vermiş olduğu bir bildiri yeterlidir, ayrıca bir ispat koşulu yoktur.

Tüm sponsor kategorilerine uygulanan iki koşul vardır: İlki bağımlılık koşulu, diğeri ise kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığına yönelik gerçek ve ciddi bir tehdit oluşturmama koşulu. Bağımlılık koşulu tüm sponsor kategorileri için geçerli değildir. Yukarıda gördüğümüz üzere sadece belli kategoriler için bu koşul gereklidir. Mesela işçinin çocuklarının aile birleşmesi için çocukların yirmibir yaş altında olması yeterliyken öğrencilerin çocukları için bağımlılık şartı gereklidir.

1612/68 sayılı Tüzüğün 11. maddesi işçinin ve serbest çalışanın eşine ve yirmibir yaş altı çocukları ile kendine bağımlı çocuklarına ilgili ülkede belli şartlar dahilinde çalışma hakkı vermektedir. Buna göre bir üye devlet vatandaşının işçi olarak veya serbest çalışan olarak çalıştığı bir üye devlette, eşi ve yirmibir yaşın altındaki çocukları veya kendine bağımlı çocukları o üye devletin vatandaşı olmasalar bile ülke sınırları içinde iş hayatına katılma hakkına sahiptirler. Aynı Tüzüğün 12. maddesi işçinin veya serbest çalışanın çocukları için ayrı bir takım haklar düzenlemiş ve bu çocuklara o üye devlette bulunmak koşuluyla, genel eğitime, staj eğitimine ve mesleki eğitim kurslarına o ülkenin vatandaşları ile aynı koşullarda katılabilme hakkı tanımıştır. Ayrıca madde devamında bu çocukların bu kurslara mümkün olan en iyi şartlar altında dahil edilmesi için harcanan çabaların teşvik edilmesini öngörür.

1612/68 sayılı Tüzüğün 12. maddesinde geçen hakları, aynı tüzüğün işçinin ulusal işçilerle aynı sosyal ve vergi avantajlarına sahip olması gerektiğini düzenleyen 7(2). maddesi destekler niteliktedir.Ayrıca 2001/83 sayılı İşçilere, Serbest Çalışanlara ve Aile Bireylerine Uygulanmak Üzere Sosyal Güvenlik Planının Uygulanmasına Dair 1408/71 sayılı Tüzüğü Değiştiren Tüzük[17] de sosyal güvenlik konusundaki işbirliğini aile bireylerine teşmil etmektedir.

Ekonomik amaçlı serbest dolaşımda bulunmayanların durumlarını düzenleyen iki direktif de aile bireylerinin iş hayatına katılması noktasında benzer hükümler içermektedir. 93/96 sayılı Öğrencilerin İkamet Etme Hakları Konulu Konsey

[17]Council Regulation (EEC) No 2001/83 of 2 June 1983 amending and updating Regulation (EEC) No 1408/71 on the application of social security schemes to employed persons, to self-employed persons and to members of their families moving within the Community and also amending and updating Regulation (EEC) No 574/72 laying down the procedure for implementing Regulation (EEC) No 1408/71 (OJ L 230, 22.8.1983).

Direktifi ve 90/364 sayılı İkamet Etme Hakkına İlişkin Konsey Direktifi'nin 2(2). maddeleri aynı hükümleri havidir. Buna göre bir üye devlette ikamet etme hakkı kazanmış başka bir üye devlet vatandaşının eş ve bağımlı çocukları ev sahibi ülke vatandaşı olmasalar da, orada çalışma hayatına katılma veya serbest çalışma hakkına sahiptir.

Birlik vatandaşlarının aile bireylerinin ikamet etme hakkı için dayanacakları diğer bir hukuki mekanizma 2003/109 sayılı Uzun Süreli Yerleşik Üçüncü Ülke Vatandaşlarının Statülerine İlişkin Direktif[18]'tir. Bu direktif bir üye devlette yasal olarak en az beş yıl oturan üçüncü ülke vatandaşlarına uzun süreli ikamet etme hakkı vermektedir. Ancak bazı istisnalar vardır: Öğrenciler, diplomatlar, kısa dönem çalışma iznine sahip olanlar ve koruma statüsü alanlar hariç tutulmuştur. Bu Direktif üye devlet vatandaşının aile bireyi olan üçüncü ülke vatandaşlarına eşit muamele ve serbest dolaşım imkanı için ve sınırdışı edilmeye karşı etkili bir mekanizmadır.

Son olarak kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı gerekçeleriyle aile bireylerinin katılımı veya ikamet etme haklarının engellenmesi mümkündür. Bu konuda 64/221 sayılı Kamu Düzeni, Kamu Güvenliği ve Kamu Sağlığı Gerekçeleriyle Yabancı Vatandaşların Dolaşım ve İkametlerine Getirilen Özel Önlemlerde İşbirliği Konulu Direktif[19] mevcuttur. Direktif hangi aile bireylerine uygulanacağını, 1(2). maddesinde farklı tüzük ve direktiflere atıf yapmak suretiyle belirlemiştir. Buna göre Direktif neredeyse AT serbest dolaşım düzenlemeleri

[18] COUNCIL DIRECTIVE 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents (OJ L 16/44 23.1.2004).
[19] Council Directive 64/221/EEC of 25 February 1964 on the co-ordination of special measures concerning the movement and residence of foreign nationals which are justified on grounds of public policy, public security or public health (OJ 056, 04.04.1964).

kapsamına giren tüm aile bireylerine uygulanırken, öğrenciye ve aile bireylerine kısmen uygulanmaktadır.

1.2. 2004/58 sayılı Direktif'te Aile Birleşmesinin Düzenlenişi

64/221 ve 1612/68 sayılı Tüzüğü değiştiren; 64/221, 68/360, 72/194, 73/148, 75/34, 75/35, 90/364, 90/365, 93/96 sayılı Direktifleri yürürlükten kaldıran 2004/58 sayılı Birlik Vatandaşları ve Aile Bireylerinin Üye Devletler Sınırlarında Serbest Dolaşım ve İkamet Hakları Konulu Parlamento ve Konsey Direktifi farklı farklı düzenlemelerde yer alan bu konuyu tek bir direktifte toplamış ve bu yolla kodifikasyona gitmiştir. Bununla beraber eski düzenlemelerden ayrıldığı noktalarda vardır.

1.2.1. Kapsam

Direktif, geçmiş dönemdeki ilgili düzenlemelerin tümünü bir araya getirmekte ve ücretli çalışanlar, kendi işine sahip olanlar, hizmet sunanlar, emekli kişiler, öğrenciler ve ekonomik bir faaliyet içinde olmayan kişiler gibi bütün kategorileri kapsamaktadır.Direktifin 3(1). maddesindeki serbest dolaşım ve ikamet hakkına yönelik getirilen düzenlemelerin uygulanması tamamen AT Antlaşması'nda tanımlanmış bulunan AB Yurttaşlığı statüsüne bağlanmıştır; yani ekonomik açıdan aktif olma koşulunu içermemektedir.[20]

Direktifin 2. maddesinde Topluluk hukukunun koruması altında olan kişiler belirtilmektedir. Buna göre "Birlik yurttaşı", Birlik üyesi bir devletin vatandaşlığına sahip olan kişileri; "aile bireyi" kavramı ise Birlik vatandaşının eşini, kayıtlı

[20]Diane Ryland, "European Union citizenship: freedom of movement and family reunification. Reconciling competences and restricting abuse?" *In: 10th Jubilee International Academic Conference, 'State, Society and Economy' - Globalisation in a Contemporary World*, 13 - 15 June 2010, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University, Poland, s.30.

partnerini, kendisinin ya da eşinin/partnerinin yirmibir yaşından küçük veya bağımlı altsoyunu, yine kendisinin veya eşinin/partnerinin bağımlı üstsoyunu ifade eder. Serbest dolaşım ve yerleşme hakkı kapsamında ilgili kişilerin gittikleri üye devlet "ev sahibi üye devlet" ifadesine işaret etmektedir.

Direktif'in 3(2). maddesi yukarıda sözügeçen kategorilerden farklı olarak vatandaşlığı ne olursa olsun geldikleri ülkede AB vatandaşının hane halkı içinde yer alan ve birincil ikamet hakkına sahip bulunan, Birlik vatandaşına bağlı olan veya ciddi sağlık problemleri nedeniyle Birlik vatandaşının bakımına muhtaç olan aile bireyleri ile birliktelikleri usulüne uygun kanıtlanmış devamlı partnerine serbest dolaşım ve ikamet hakkının üye devletlerce tanınması gerektiğini düzenlemiştir. Burada ilgili kimselere tanınan haklar Birlik yurttaşından bağımsız olarak tanınmış haklar olarak değerlendirilmemelidir.[21]

1.2.2. İçerik

2004/58 sayılı Direktif'te düzenlemeler sınıflandırılmış olup, bunlar sırasıyla; giriş ve çıkış hakkı, süreli ikamet hakkı, kalıcı ikamet hakkı, ülkeye giriş ve ikamet hakkının kamu düzeni-sağlığı-güvenliği nedenlerine bağlı sınırlanması ve son hükümler şeklindedir. AB yurttaşları ve aile bireylerine ilişkin aile birleşmesi düzenlemeleri bu başlıklar altında incelenecek olup geçmiş dönemde yürürlükte bulunan mevzuata kıyasla ne gibi yenilikler getirdiği irdelenecektir.

[21] *Ibid*., s.33.

1.2.2.1. Giriş ve Çıkış Hakkı

Direktif'in 4. maddesi üye ülkeden çıkışı, 5. maddesi ise üye ülkeye girişi düzenlemiştir. 4. maddeye göre geçerli bir kimlik kartı veya pasaportu bulunan AB vatandaşları ile geçerli pasaporta sahip aile bireyleri üye devleti terk etme hakkına sahiptir. Üye devleti terk etme hakkının uygulanabilmesi için kişilerin tüm üye devletlerde veya en azından geçmek zorunda oldukları üye devletlerde geçerli olan pasaportlara sahip olmaları gerekmektedir.[22]

Direktif'in 5(1). maddesi uyarınca ülkeye giriş hakkı için gereken koşullar 4. maddede düzenlenmiş olan ülkeye giriş hakkı koşullarına benzerdir. 539/2001 sayılı Tüzük[23] hükümlerinin ya da belli durumlarda ulusal hukukların gerekli kıldığı durumlarda bu hükme vize uygulama istisnası getirilmiştir, ancak bu durumda da vize yükümlülüğünün uygulanmasında her türlü kolaylığın sağlanması gerektiği belirtilmiştir. Bu kolaylıklar ücretten muaf tutulmak, belgeleri elde etmeleri için gereken süre ve fırsatı tanımak veya serbest dolaşım ve ikamet haklarının olduğunu gösterir kanıtlara başvurmaları imkanı vermektir.

1.2.2.2. Süreli İkamet Hakkı

İkamet hakkı süresi Direktif'te 'üç aya kadar' ve 'üç aydan fazla' olarak düzenlenmiştir. En fazla üç aya kadar üye devlette ikamet hakkı talep eden AB vatandaşı için geçerli bir kimlik kartı veya pasaport haricinde, aile bireyleri içinse geçerli bir pasaport haricinde gerekli bir önkoşul yoktur. Bununla birlikte geçmiş dönemde hakları olan AB vatandaşının bu hakları mahfuz iken bu hakların aile bireylerine de teşmil edilmiş olması bir yeniliktir.

---

[22] *Ibid.*

[23] 453/2003 sayılı Tüzükle değişik 539/2001 sayılı Komisyon Tüzüğü; AB'nin Ortak vize politikasına dahil olmayan Birleşik Krallık ve İrlanda'daki durumu düzenliyor.

Üç aydan fazla ikamet etme hakkı kullanımı için başvuruda bulunan Birlik yurttaşı içinse gerekli bazı koşullar öngörülmüştür: Buna göre Birlik yurttaşı işçi veya kendi işine sahip olmalı, ikamet edeceği üye devletin sosyal güvenlik sistemine yük getirmeyecek ölçüde yeterli ekonomik kaynağa sahip olmalı ve tam kapsamlı sağlık sigortasına sahip olmalı veya

93/96 sayılı Direktifin 1. maddesi kapsamında öğrenci statüsünde olmalı ve yeterli ekonomik kaynağa sahip bulunmalıdır. Bu üç koşuldan birisini sağlayan AB vatandaşları ile bunların aile birleşmesi hakkı kapsamındaki aile bireyleri ilgili üye devlette üç aydan fazla ikamet etme hakkından yararlanırlar. Burada ekonomik olarak aktif olma statülerini yitirenlerin lehine bir düzenleme getirilmiştir. Şöyle ki bir hastalık veya kaza neticesinde geçici olarak çalışamayanlar, bir yıldan fazla çalışıp iradeleri harici işsiz kalıp ilgili iş otoritelerine iş başvurusunda bulunanlar, bir yıldan kısa süreli iş akdi sona erip iradesi harici işsiz kalanlar ve mesleki eğitime başlamış olanlar ekonomik açıdan aktif olma vasıflarını yitirmezler.[24]

Öğrencilerin aile birleşmesi daha dar kapsamda düzenlenmiştir. Aile birleşmesi hakkından yararlanabilecek kişiler öğrencinin kendisi, eşi/partneri ve bağımlı altsoyu ile sınırlandırılmıştır. Ancak öğrencinin veya eş/partnerinin bağımlı üstsoylarına bu hak tanınamayacaktır.

Direktif'in 8(1). maddesi üye devletlerin Birlik yurttaşı ve aile bireylerine ikamet edecekleri yerin nüfus siciline kaydolma zorunluluğu getirebileceklerini düzenlemiştir. İdari hakların kullanımına yönelik bu usul üye devletlerce seçimliktir. Ancak bu tescil zorunluluğu için tanınan süre üç aydan az olamaz. Üye devletler

[24]Marzo, "A New Method of Interpretation Linked to European Citizenship: the Förster Case" [2010] 3 *Web Journal of Current Legal Issues*, http://webjcli.ncl.ac.uk/2010/issue3/marzo3.html. Erişim Tarihi: 30.01.2011, s.11.

nüfus siciline başvuru karşılığında kayıt sertifikası vereceklerdir. Ancak bu sertifikayı vermezden evvel belli belgeleri ibraz yükümlülüğü getirebilirler. Bu belgeler ikamet hakkını elde etmeye ilişkin belgelerle aynıdır. Yani ulusal sosyal güvenlik sistemine yük olmayacak kadar ekonomik kaynağa sahip olduğuna dair belgenin ibrazı buna örnektir. Bu ekonomik kaynak koşulu için belli bir geçim oranı tespit edilemez. Ancak kişisel durumlar gözönünde bulundurularak dikkate alınır. Ancak bu oran ilgili üye devlet için öngörülmüş asgari sosyal güvenlik ödeneğinden az olamaz.[25]

Birlik yurttaşının üçüncü ülke vatandaşı aile bireyleri için Direktif üç aydan uzun süreli ikamet hakkından yararlandırmak bakımından 'ikamet kartı' alınması ile yükümlendirmiştir ki bu düzenleme önceki mevzuat ile aynıdır. Ancak burada görülen yenilik ilgilinin üye devlete varışından itibaren üç ay geçtikten sonra bu yükümlülüğe tabi tutulabileceğidir. Direktif uyarınca bu yükümlülük ilgili tarafından yerine getirilmezse üye devlet ayrımcı olmayan ve orantılı bir yaptırım uygulayabilir. İlgiliye ikamet kartı başvurudan itibaren en geç altı ay içinde verilir ve bu zaman zarfında hak kaybının sözkonusu olmaması için aile bireylerine başvuru sertifikası tevdi edilir. Direktif'in 10(1). maddesine göre ikamet kartı beş yıllık süre için, eğer ikamet süresi bu süreden az ise ikamet süresince geçerli olacak şekilde verilir. Eski mevzuatta ikamet kartının geçerlilik süresi AB yurttaşının ikamet kartı süresi ile aynı idi.[26] Yeni düzenlemede Birlik yurttaşı için ikamet kartı kaldırılıp kayıt sertifikası usulü getirildiğinden düzenleme bu şekilde değiştirilmiştir. İkamet kartının geçerlilik süresi 68/360 sayılı Direktif'in 6(2). maddesindekinedenleri genişletmiştir ve şu nedenleri eklemiştir: Buna göre artık bir yılda altı ayı aşmayan geçici bir süreyle ülke

[25] *Ibid*. s.12.
[26] *Ibid*.

dışında bulunma, zorunlu askerlik hizmeti nedeniyle altı aydan daha uzun süreyle geçici olarak ülke dışında bulunma veya bir defaya mahsus olmak ve en fazla birbirini izleyen 12 ayı aşmamak koşuluyla hamilelik, doğum, ciddi hastalık, öğrenim veya mesleki eğitim gibi önemli nedenlere bağlı olarak ülke dışında bulunma gibi kesintiler ikamet kartının geçerlilik süresini etkilemeyecektir.

İspanya'nın bu hükmü uygulamasında ikamet vizesi almak şeklinde bir ek koşul ihdası sözkonusudur ve ilgili ulusal mevzuat ABAD önünde dava konusu olmuştur.[27] Davanın konusu İspanya mevzuatının serbest dolaşım hakkını kullanan Topluluk vatandaşının üçüncü ülke vatandaşı aile bireylerine ikamet izni verme şartlarını düzenleyen 68/360, 73/148 ve 90/365 sayılı Direktiflerine uygun olup olmadığı hususunun ABAD'ca tespitidir. Komisyon İspanya düzenlemesinin Topluluk vatandaşlarının üçüncü ülke vatandaşı aile bireylerine ikamet izni vermede geldikleri ülkenin İspanya konsolosluğundan ikamet vizesi almaları koşulunu öngörmesini sözügeçen Direktiflere aykırı bulmakta ve getirilebilecek tek koşulun bu Direktiflerde belirtilen belgelerin ibrazı olabileceğini belirtmektedir. Divan kararında haklı olarak ikamet izni almak için İspanya düzenlemelerinin aradığı ikamet vizesi alma yükümlülüğünü ve son oturduğu yerdeki İspanya konsolosluğuna öncelikle ikamet vizesi başvurusunda bulunmadığı gerekçesiyle Topluluk vatandaşının üçüncü ülke vatandaşı aile bireylerine bu iznin verilmemesini, üye devletlerin üçüncü ülke vatandaşı olan aile bireylerine vize almada gereken tüm kolaylığı sağlama yükümlülüklerini de gözönünde bulundurarak 60/360, 73/148 ve 90/365 sayılı Direktiflere aykırı bulmuştur.

[27]Commission of the European Communities V Kingdom of Spain, C-157/03, Avrupa Birliği Adalet Divanı A(BAD) 2. Dairesi, 14 Nisan 2005.

Davada ikinci olarak ikamet izninin mümkün olduğunca çabuk verilmesi ve herhalde başvurudan itibaren altı ay içinde sonuçlandırılması gerektiğini öngören 64/221 sayılı Direktif'in hükümleri ihlal edilerek bu yükümlülüğe İspanya Hükümeti tarafından uyulmadığı iddiası Divanca haklı görülmüştür.

Davada öne çıkan husus şudur: İspanya hükümeti 539/200 sayılı Tüzüğün kısa süreli vizelere ilişkin olduğunu savunarak üye devletlerin uzun süreli vize ve ikamet vizelerinde münhasır yetkilerinin olduğunu iddia etmiştir. Divan bu savı açık ve net bir şekilde reddetmiş, sözügeçen Tüzük dayanak gösterilerek yapılan bu yorumun aile birleşmesi mekanizmalarının etkinliğine zarar vereceğini belirtmiştir.

Komisyon İspanya'nın üçüncü ülke vatandaşı aile bireylerine ikamet izni için ikamet vizesi almak şartını getirmesiyle 68/360, 73/148 ve 90/365 sayılı Direktifleri ihlal ettiğini iddia etmiştir. Antlaşma ve ikincil mevzuatın Topluluk vatandaşlarının serbest dolaşım haklarını garanti ediyor olduğunu hatırlatarak Komisyon bu vatandaşların belli aile bireylerinin uyrukluklarından bağımsız olarak Topluluk hukukundan kaynaklanan haklara sahip olduklarını ifade etmiştir. İkamet izni için ikamet vizesi almak şartı onların sadece Topluluk hukukundan kaynaklanan haklarının sınırlanması demek değil, ayrıca Topluluk vatandaşının bizzat kendisinin serbest dolaşım hakkını dolaylı yoldan kısıtlamak demektir. Komisyon üye devletlerin üçüncü ülke vatandaşlarından giriş vizesi istemesini kabul etmektedir ancak bu vizeyi alma aile bireylerinin bulunduğu ülkede kolaylaştırılmalıdır ve bunun verilmesi bu kimselerin üye devlete girmesinden önce bir göç prosedürü haline getirilmemelidir. Komisyon'a göre üye devletlerin Topluluk hukukundan yararlananlardan ülkeye giriş hakkına ilişkin talep edebileceği tek önkoşul 68/360 ve 73/148 Direktiflerinin 3. maddesinde belirtilen belgeleri ibrazıdır.

İspanya Hükümeti 68/360 ve 73/148 sayılı Direktiflerin 3(2). maddeleri uyarınca Topluluk vatandaşının dolaşım yaparak Antlaşma ve Direktiflerden kaynaklanan haklarını kullandığı durumlarda, üye devletlerin üçüncü ülke vatandaşı aile bireylerinden giriş vizesi veya eş etkili belge isteyebileceklerini iddia etmiştir. Giriş vizesi ile ikamet vizesi arasındaki farkı ifade ettikten sonra, İspanya hükümeti 539/200 sayılı Tüzüğün kısa süreli vizelere ilişkin olduğunu savunmuş, bu sebeple üye devletlerin uzun süreli vize ve ikamet vizelerinde münhasır yetkileri olduğu sonucuna varmıştır. Son olarak İspanya Hükümeti üçüncü ülke vatandaşlarına ikamet vizesi verilmesi konusunda Topluluk düzeyinde bir uyum olmadığını, Antlaşma'nın 63. maddesinin ilk paragrafı ile 3(a) ve (b) altparagraflarının kapsadığı alanlarda Konsey göç politikasına ilişkin bir düzenleme yapana kadar yetkinin üye devletlerde olduğunu iddia etmiştir.

Divan bu mütalaalar sonrasında şunları belirtmektedir: Öncelikle Topluluk yasa koyucusunun Antlaşma'nın garanti altına aldığı temel özgürlüklerin kullanımının önündeki engelleri kaldırma adına üye devlet vatandaşlarının aile yaşamının korunması ilkesini tanıdığı hatırlanmalıdır. Bu akılda tutularak, 68/360, 73/148 ve 90/365 sayılı Direktiflerin ilk maddeleri üye devletlere giriş ve ikamet hakkına ilişkin Topluluk mevzuatının uygulama alanını uyrukluklarından bağımsız olarak bu üye devlet vatandaşlarının eşlerine teşmil eder. Bu sebeple bu kişilere ikamet izni vermek sadece hakların genişletilmesi olarak değil aynı zamanda Topluluk hukuku hükümleri çerçevesinde üçüncü ülke vatandaşının bireysel statüsünün de düzeltilmesi olarak görülmelidir.[28]

[28] *Ibid*, s.34.

73/148 sayılı Direktif'in ve 68/360 sayılı Direktif'in 3(2). maddelerine göre bir vatandaş Topluluk hukukundan kaynaklanan haklarını kullanmak düşüncesiyle serbest dolaşım yaptığında üye devletler üçüncü ülke vatandaşı aile bireylerinden giriş vizesi veya eş etkili vize talep edebilirler. Üye devlet sınırlarından geçtiklerinde vize istenecek ülkelerin listesi 2317/95 sayılı Konsey Tüzüğünde yer almaktadır. Ancak üye devletler üçüncü ülke vatandaşı olan aile bireylerine vize almada gereken tüm kolaylığı sağlamakla yükümlüdürler. Bu meyanda 68/360 and 73/148 sayılı Direktiflerin etkin uygulanması adına, vizenin ulusal sınırlara giriş yapılacak yerde gecikmeksizin mümkün olduğunca çabuk verilmesi gerekmektedir. Son olarak Divan, 68/360, 73/148 ve 90/365 sayılı Direktiflerde İspanya mevzuatının aile bireylerine belli koşullar getiren vize türlerine ilişkin tasnifinin yer almadığını hatırlatmıştır.

İkinci şikayeti ile Komisyon Topluluk sisteminin özellikle 64/221 sayılı Direktif'in 5. maddesinin ikamet izni vermedeki genel yaklaşımına göre bir üye devletin ikamet izni başvurusunu altı aydan geç olmayacak şekilde mümkün olduğunca çabuk sonuçlandırması gerektiğini iddia etmektedir. Komisyon'a göre ikamet izni verilmesinde süre kısıtına ilişkin İspanya düzenlemesi 64/221 sayılı Direktif'e uyuyor olsa da, ikamet iznini 10 ayın sonunda alan Bayan Rotte Ventura'nın bu olayında İspanya Krallığı Direktif'in süre sınırı konusundaki 5. maddesine uymamıştır.

Divan bu iddiaya cevaben şunu belirtmektedir: 64/221 sayılı Direktif'in 5(1). maddesi uyarınca üye devletler başvuru tarihinden itibaren altı ayı geçmeyecek sürede ve mümkün olduğunca çabuk ikamet izni başvurusunu sonuçlandırmalıdırlar. Olayda Topluluk vatandaşının üçüncü ülke vatandaşı olan eşi Bayan Rotte Ventura

on aylık bir prosedür sonunda ikamet iznine kavuşmuştur ve bu durum Direktif'in üye devletlere dönük yükümlülüğünün ihlalidir. Başvuranın ulusal sınırlarda bu bekleme sırasında şartlı olarak ikamet edebilmesi çok önemlidir.[29]

Direktif'in 12. maddesi Birlik yurttaşının ölümü veya üye devletten ayrılması halinde aile bireylerinin durumunu düzenlemiştir ve aile bireylerinin Birlik yurttaşı olup olmamalarına göre farklı hükümler getirmiştir. Aile bireyleri Birlik yurttaşı iseler 'üç aydan uzun süreli ikamet hakkı' için öngörülen koşullardan birini sağlamaları kaydıyla kalıcı ikamet elde ederler. Üçüncü ülke vatandaşı aile bireyleri ise üç koşulda bu hakkı elde ederler. Ya Birlik yurttaşı ile bir yıldan uzun süreli üye devlette kalmış olacaklar, ya üye devlette ekonomik bakımdan aktif olacaklar ya da kendileri ve aileleri için üye devletin sosyal güvenlik sistemine yük olmayacak ve tam sağlık sigortasına sahip olacaklar. Direktif bu durumda her aile bireyinin ikamet hakkının kendine ait, kişisel ve münhasır olduğunu vurgular. Direktif ayrıca üye devlette kalan ve eğitim gören çocuk ile ona bakmakla yükümlü olan diğer velinin uyrukluklarından bağımsız olarak ikamet haklarına halel gelmeyeceğini düzenlemiştir.

Boşanma, evliliğin iptali veya kayıtlı partnerliğin sona ermesi halinde ise ilgili aile bireylerinin durumunu Direktif Birlik yurttaşı olup olmamalarına göre çözümlemiştir.[30] Birlik yurttaşı olan aile bireyleri için konu 12. madde ile aynı düzenlenmiştir, koşullar aynıdır. Üçüncü ülke vatandaşı aile bireyleri için ise sıkı koşullar vardır. Birlikteliğin bir yılının ilgili üye devlette geçmiş olması, en az üç yıl süreyle devam etmiş olması, eşler arası anlaşma veya mahkeme kararıyla eşlerden

[29] *Ibid*., s.40.
[30] Marzo, "A New Method of Interpretation Linked to European Citizenship: the Förster Case" [2010] 3 *Web Journal of Current Legal Issues*, http://webjcli.ncl.ac.uk/2010/issue3/marzo3.html. Erişim Tarihi: 30.01.2011, s.15.

birine velayetin verilmesi veya reşit olmayan çocuğa erişim hakkı verilmesi, birlikteliğin aile içi şiddet gibi zorlayıcı sebeplerden bozulmuş olması koşullarından birinin gerçekleşmesi halinde aile bireyleri ikamet haklarını yitirmeyeceklerdir. Bu koşulların yanında aile bireyleri ekonomik bakımdan aktif olmalı veya üye devletin sosyal güvenlik sistemine yük olmayacak bir geçimkaynağına ve tam kapsamlı sağlık sigortasına sahip olmalıdır.

Direktif'in 14. maddesi ikamet hakkının devam edebilmesini düzenlemiştir. Buna göre üç aya kadar olan ikamet haklarından yararlanmanın devam etmesi için üye devletin sosyal güvenlik sistemine yük olmamak yeterlidir. Üç aydan uzun süreli ikamet haklarından yararlanmayı sürdürmek Birlik yurttaşının ölümü veya üye ülkeden ayrılmasıile evliliğin veya kayıtlı partnerliğin sona ermesi halinde aile bireylerinin haklarının devamı için getirilen koşullarla aynıdır. Üye devlet bu koşulların yokluğuna dair makul bir şüphe beslemesi halinde gerekli incelemeleri yapabilecektir ki bu Direktif'in bir yeniliğidir.[31]

Direktif'e göre üye devletin sosyal güvenlik sistemine başvurma otomatik bir sınırdışı etme sebebi değildir. Bununla birlikte Birlik yurttaşının ekonomik anlamda aktif olması durumunda veya üye ülkeye iş arama maksadıyla girmiş olması durumunda iş aramaya devam ettiğini ve işe girme konusunda gerçek bir imkan bulunduğunu kanıtlayabildiği sürece üye devletten sınır dışı edilmesi söz konusu olmayacaktır. Sınırdışı tebdirinin uygulanmasına yönelik bu düzenlemeler Direktif'in yeniliklerindendir.[32]

[31]Steve Peers., *Family Reunion and Community Law*, Neil Walker (ed), Europe's Area of Freedom, Security and Justice , Collected Courses of the Academy of European Law, XIII/2, 2004, s. 163.
[32]*Ibid.*

1.2.2.3. Kalıcı İkamet Hakkı

Direktif'in 5. maddesi 'kalıcı ikamet hakkı'nı düzenlemiş olup bu haktan yararlandırmak için sadece bir süre koşulu öngörmüştür. Direktif'e göre üye devlette beş yıl ve daha uzun süre ikamet etmiş Birlik yurttaşı ve AB vatandaşı aile bireyleri veya üçüncü ülke vatandaşı aile bireyleri kalıcı ikamet hakkına sahip olacaklardır. Bu hakkın önceki düzenlemelerde sadece işçi veya kendi işine sahip olanlar gibi ekonomik faaliyetlerde bulunanlardan Direktif'in koruma kapsamındaki tüm kişilere teşmil edilmesi Direktif'in bir yeniliğidir. Bu sürenin geçici olarak kesintiye uğramasının ikamet kartının geçerlilik süresine ilişkin açıklamalardaki sebeplere dayanması durumlarında hakka halel getirmeyeceği 5. maddenin devamında ifade edilmiştir. Ancak kalıcı ikamet hakkı kazanıldıktan sonra iki yıl süreyle üye devlet dışında bulunulması hak kaybına sebep olacaktır. Bu koşul eski düzenlemelerde yoktu.[33]

Kalıcı ikamet hakkı için, 17. madde şu durumlarda beş yıllık süreden muaf tutmuştur:

- İşçi veya kendi işine sahip kişi üye devlette üç yıldır yerleşik olup on iki aydır ekonomik faaliyetini sürdürmüş ve ilgili üye devlet mevzuatınca yaş haddinden emeklilik hakkını kazanırsa,

- İşçi üye devlette en az on iki aydır ekonomik faaliyetini sürdürmüş ve emeklilik primini ödeyerek erken emeklilik hakkını kazanmışsa,

- İşçi veya kendi işine sahip olanlar üye devlette devamlı olarak en az iki yıldır ikamet ettikten sonra çalışma yetisini kalıcı şekilde kaybetmiş ise,

[33]Diane Ryland, *op.cit*., s.15.

- İşçi veya kendi işine sahip kişiler üye devlette kesintisiz olarak en az üç yıllık süreyle çalıştıktan sonra başka bir üye devlette çalışmaya başlamış ve fakat bu sırada ilk üye devletteki ikamet adresi varlığını devam ettirmiş ise.

Birlik yurttaşının bu yollardan biriyle kalıcı ikamet hakkını kazanması halinde Birlik yurttaşının aile bireyleri de kalıcı yerleşme hakkı elde ederler. Birlik yurttaşının çalışma esnasında ama kalıcı ikamet hakkını kazanamadan ölmesi halinde aile bireylerinin kalıcı ikamet hakkı kazanmaları için belli önkoşullar getirilmiştir: Buna göre ölüm tarihi itibarıyla ilgili Birlik yurttaşının üye devlette devamlı olarak en az iki yıllık süreyle ikamet etmiş durumda olması, ölümün bir iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanmış olması veya hayatta kalan eşin ilgili üye devlet yurttaşlığını bu evlilik nedeniyle kaybetmiş olması koşullarından birini karşılayan aile bireyleri, kalıcı ikamet hakkını elde edebileceklerdir. Direktifin 12(2). maddesi uyarınca aile birleşimi hakkı çerçevesinde birlikte yaşadıkları Birlik yurttaşı vefat eden üçüncü ülke vatandaşı aile bireyleri ile, 13(2). madde kapsamında boşanma, evliliğin iptali ve kayıtlı partnerliğin sona ermesi yollarıyla Birlik yurttaşından ayrılan aile bireyleri hakkındaki lehe hükümler mahfuzdur.

Direktif'in 19. maddesi kalıcı ikamet hakkı elde eden kimselere yönelik belli şekil şartları düzenlemiştir. Birlik yurttaşı için kalıcı ikamet hakkı kazandığını belirten yazılı bir sertifika koşulların sağlandığı sabit olduğunda hak sahibine verilir. Birlik yurttaşı olmayan kalıcı ikamet hakkı sahipleri için ise daha sıkı koşullar sözkonusudur.[34] Bu kart her on yılda bir yenilenmelidir. Kalıcı ikamet hakkının yitirilmesi üçüncü ülke vatandaşları için en fazla iki yıllık süre ile üye devlette

[34]Peter Starup and Matthew James Elsmore, "Introductory Note To Metock And Others", *International Legal Materials*, Vol. 47, No. 6 (2008), s.860.

bulunmaması sonucunda meydana gelir. Bu süre 1251/70 sayılı Tüzük ile 75/34 sayılı Direktif döneminde altı ay olarak öngörülmüştü.

Her biri İrlanda'da oturan ve Birlik vatandaşıyla evli olan üçüncü ülke vatandaşı eşlere ikamet kartı verilmemesi kararını bozma amaçlı temyiz başvurularında konunun ABAD'ın önüne getirildiği Metock kararını da burada zikredebiliriz.[35] Bu önkarar prosedürü başvurusu Birlik vatandaşları ve aile bireylerinin üye devletlerde serbestçe dolaşma ve oturma hakkını düzenleyen 2004/38 sayılı Konsey ve Parlamento Direktifi'nin yorumlanmasına ilişkindir. Bu Direktif 1612/68 sayılı Tüzüğü değiştirmiş, 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC ve 93/96/EEC sayılı Direktifleri ise yürürlükten kaldırmıştır. Yüksek Mahkeme'de görülen dört ayrı davada yapılan ön karar başvuruları üzerine bu karara varılmıştır.

İlk soruyla ulusal mahkeme 2004/38 sayılı Direktif'in vatandaşı olmadığı bir üye devlette ikamet eden Birlik yurttaşının üçüncü ülke vatandaşı eşi için Direktif'ten kaynaklanan hakları tanırken 'önceden diğer bir üye devlette yasal bir şekilde oturmuş olmak' şartını öngören ulusal mevzuatın önüne geçip geçmediğini sormaktadır. Divan buna açık ve kesin bir dille 'evet' demekte ve Direktif'in hükümlerini irdeleyerek, hiçbiririsinde böyle bir ek koşul bulunmadığını tespit etmektedir. Bu yaklaşımı ise Akrich kararı haricinde, 2004/68 sayılı Direktif'in kabul edilmesinden önce serbest dolaşıma ilişkin tali Topluluk düzenlemeleri hakkındaki içtihat hukukuna uygun bulmaktadır.

[35] *Blaise Baheten Metock, Hanette Eugenie Ngo Ikeng, Christian Joel Baheten, Samuel Zion Ikeng Baheten, Hencheal Ikogho, Donna Ikogho, Roland Chinedu, Marlene Babucke Chinedu, Henry Igboanusi, Roksana Batkowska V Adalet, Eşitlik ve Hukuk Reformu Bakanlığı,* C-127/08- Ön Karar Prosedürü, Avrupa Birliği Adalet Divanı A(BAD) Büyük Dairesi, 25 Temmuz 2008.

Divan'ın bu kararda şu tespiti kayda değerdir: 1612/68 sayılı Tüzüğü değiştiren 2004/38 sayılı Direktif'in dibacenin 3. paragrafında belirtildiği gibi Direktif Birlik yurttaşlarının serbest dolaşım ve ikamet haklarını perçinlemeyi amaçlamaktadır, bu yüzden Birlik yurttaşları Direktif'ten, onun değiştirdiği veya yürürlükten kaldırdığı düzenlemelerin tanıdığından daha fazla hak elde etmeliler.[36]

Bununla birlikte bu kararda Antlaşma'nın ilgili maddelerinin verdiği yetkiye dayanarak Topluluk yasa koyucusu Birlik yurttaşı ve aile bireylerinin üye devletlere giriş ve ikamet etme koşullarını düzenleyebileceği hatırlatılmakta, Birlik yurttaşının aile bireyleriyle birlikte olma veya onları yanına alma imkanının olmaması, onun diğer üye devletlerde serbest dolaşım hakkını kullanma cesaretini kırmak suretiyle buna engel olma anlamına geleceği tespiti yapılmaktadır.[37]

Adalet Bakanlığı ve kimi hükümetlerin mütalaalarındaki üye devletlerin Birlik yurttaşının üçüncü ülke vatandaşı aile bireylerini ülkeye ilk kabulünde münkasır yetkiye sahip oldukları yönündeki yorumunu Divan sağlıklı işleyen bir iç pazara aykırı gördüğü ve belli paradoksal durumlara sebep olabileceği düşüncesiyle reddetmiştir.

Divana sorulan ikinci bir soruya ise Divan, Birlik yurttaşının ona katılmak isteyen üçüncü ülke vatandaşı aile bireyleri, ailenin ev sahibi üye devlete girişten önce veya sonra kurulmasından bağımsız olarak 2004/38 sayılı Direktif uyarınca bu hakka sahip olduklarını ifade ederek cevap vermiştir. Bu yorum sayesinde Birlik yurttaşının vatandaşı olduğu üye devlet harici bir üye devlette ikamet etme hakkını kullanması kolaylaştırılmaktadır. Aksi halde ev sahibi üye devlette bir düzen

[36]Peter Starup and Matthew James Elsmore, "Introductory Note To Metock And Others", *International Legal Materials*, Vol. 47, No. 6 (2008), pp. 858.
[37]*Ibid.*

kurduktan sonra aile kuran Birlik yurttaşının üçüncü ülke vatandaşı aile bireylerinin katılmasını reddeden ev sahibi üye devlet, onun orada ikametini sürdürmesine engel olmakta ve diğer bir üye devlette ve bir üçüncü ülkede aile yaşamını sürdürmesi adına ülkeyi terketmesini teşvik etmektedir.[38]

1.2.2.4. Süreli İkamet Hakkı ve Kalıcı İkamet Hakkı Açısından Ortak Düzenlemeler

Direktif kalıcı ikamet hakkı ile süreli ikamet hakkı olarak ikili bir kategoriye gitmiş ve bu haklardan yararlanmak için gerekli olan koşulları iki kategoride ayrı ayrı ele almıştır. Direktif'in 5. bölümünde ise kalıcı ve süreli ikamet haklarına ilişkin ortak hükümler yer almaktadır.

Bu ortak hükümlerden ilki Direktif'in 22. maddesinde düzenlenmiş olup ikamet haklarının kullanılacağı coğrafi alana ilişkindir. Buna göre hem kalıcı ikamet hakkı hem de süreli ikamet hakkı ilgili üye devletin sınırları dahilinde her yerde kullanılabilir. Üye devletin buna getireceği sınırlama kendi vatandaşlarına yönelik ikamet hakkının kullanılmasına ilişkin sınırlamalar ile aynı olmalıdır.

Direktif'in her iki ikamet hakkı kategorisi için ortak ele aldığı diğer bir konu ikamet hakkına bağlanan tali haklara ilişkindir. Buna göre aile bireyleri uyrukları ne olursa olsun o üye devlette bir işçi olarak çalışma veya kendi işlerini kurma hakkına sahiptirler. Önceki düzenlemelerde bu hak sadece Birlik vatandaşının eş ve bağımlı çocuklarına tanınmışken şimdi tüm aile bireylerine teşmil edilmiştir.[39]

Direktif'te yer alan diğer bir ortak hüküm; süreli ve kalıcı ikamet haklarından yararlanan Birlik yurttaşlarının Topluluk hukuku ve kurucu metinlerinden

[38] *Ibid*., s.860.
[39] Diane Ryland,*op. cit*., s.31.

kaynaklanan konularda, ikamet ettikleri üye devletin vatandaşları ile eşit muamele görme hakkıdır. Direktif üye devletlere bu hükme derogasyon yoluyla istisna getirebileceklerini düzenlemiştir. Ancak getirilen bu istisna üye devlette ekonomik bakımdan aktif olan Birlik yurttaşı ve aile bireylerine uygulanamayacaktır.

Direktif'in 25. maddesine göre süreli ve kalıcı ikamet haklarının kabulü halinde Birlik yurttaşlarına verilen ikamet sertifikası ile aile bireylerine verilen ikamet kartlarının sunulması, ikamet haklarından kaynaklanan hakların kullanımı veya resmi prosedürlere katılım için bir önkoşul olamayacaktır. Bununla birlikte söz konusu ikamet belgelerinin bulundurulması ve üye devletin yetkili makamlarınca kontrolüne ilişkin düzenleme, ortak hükümlerin sonuncusudur. İlgili hüküm çerçevesinde üye devletler, ancak iç hukukları çerçevesinde kendi vatandaşları bakımından kimlik belgelerinin her zaman yanlarında bulundurulmasını zorunlu kılıyor ise, ikamet hakkından yararlanan yabancılar açısından da ilgili ikamet belgelerinin her zaman bulundurulmasını zorunlu tutabilir ve bu yükümlülüğe uyulup uyulmadığını denetleme yetkisi söz konusu olabilir. Bu yükümlülüğe uymayan kişilere uygulanacak yaptırımlar ise, kimlik belgesini yanında bulundurmayan kendi vatandaşına uyguladığı yaptırımlarla aynı olmak durumundadır.[40]

Ortak düzenlemelere ilişkin ABAD önüne gelen Eind Davası[41] öğreticidir. Ön karar prosedürüne konu bu başvuru AT Antlaşması 18. madde, Topluluk bünyesinde işçilerin serbest dolaşımına ilişkin, 2434/92 sayılı Konsey Tüzüğü ile değiştirilen 1612/68 sayılı Konsey Tüzüğü ve ikamet hakkına ilişkin 90/364 sayılı Konsey Direktifi'nin yorumuna ilişkindir. Bu başvuru Surinam vatandaşı olan Bayan Eind ile

[40]Peter Starup and Matthew James Elsmore, *op. cit*., s.862.
[41]Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie v R.N.G. Eind, C 291/05-Ön Karar Prosedürü, Avrupa Birliği Adalet Divanı A(BAD) Büyük Dairesi, 11 Aralık 2007.

Hollanda Göç, Vatandaşlık ve Entegrasyon İşleri Bakanlığı arasında, ikamet talebini reddeden Adalet İşleri Dairesi'nin bu kararına karşı açılan davada yapılmıştır.

Ulusal mahkeme ilk olarak işçinin vatandaşı olduğu üye devlete geri dönmesi durumunda Topluluk hukukunun bu devletin otoritelerini işçinin aktif bir şekilde çalıştığı üye devlette 1612/68 sayılı Tüzüğün 10. maddesi kapsamında geçerli bir ikamet iznine sahip olması nedeniyle, aile bireyi olan üçüncü ülke vatandaşına giriş yapma ve ikamet etme hakkı vermekle yükümlendirip yükümlendirmediğini Divan'a sormaktadır. Divan bu sefer başvuran aleyhine şu hükme varmaktadır: İşçinin aile bireyi olan üçüncü ülke vatandaşının işçiye katılma hakkına sadece işçinin ikamet ettiği üye devlette dayanılabilir. 1612/68 sayılı Tüzük altında, üye devlet yetkililerince aile bireyi olan üçüncü ülke vatandaşına verilecek ikamet izninin etki ve geçerlilik alanı üye devletin sınırları ile sınırlıdır. Divan bu kararıyla Tüzük'ten kaynaklanan hakların sponsorla olan bağlardan kaynaklandığını ve ona bağımlı haklar olduğunu, ayrıca ancak ikamet edilen üye devlette bu hakların dermeyan edilebileceğini vurgulamıştır.

Divan'a sorulan ikinci bir soruya karşı şu tespit yapılmaktadır: Bir işçi aktif çalıştığı üye devletten ayrılıp vatandaşı olduğu üye devlete döndüğünde, üçüncü ülke vatandaşı aile bireyinin 1612/68 sayılı Tüzüğün 10. maddesinin kıyas yoluyla uygulanması sonucu işçinin vatandaşı olduğu üye devlette ikamet etme hakkı, işçi döndüğü yerde aktif olmasa bile bulunmaktadır.

Burada öne çıkan husus ise ulusal hukuk uyarınca işçinin vatandaşı olduğu ülkede ikamet etme hakkının olmamasının aynı kişinin sonradan bu üye devlette

ikamet etme hakkına karar verilmesinde mesned olamayacağıdır.[42] Divan'ın bu kararda vurguladığı diğer bir husus bir Topluluk işçisinin vatandaşı olduğu üye devlete dönme hakkının sadece ilgili üye devletin bir iç meselesi olamayacağı gerçeğidir.

1612/68 sayılı Tüzüğün 10(1)(a). maddesinin lafzı bir üye devlet vatandaşının diğer bir üye devlette çalışması durumunda eşi, yirmibir yaşın altındaki çocukları veya bağımlı çocukları için uyrukluklarından bağımsız olarak işçiye katılma hakkını tanımıştır. 1612/68 sayılı Tüzüğün 10. maddesindeki aile birleşmesi hakkı göçmen işçinin aile bireylerine otonom/bağımsız serbest dolaşım hakkı verecek şekilde genişletilemez çünkü bu hükmün yararlananı ailesinde üçüncü ülke vatandaşı bulunan göçmen işçidir.[43]İşçinin aile bireyi olan üçüncü ülke vatandaşının işçiye katılma hakkına sadece işçinin ikamet ettiği üye devlette dayanılabilir. 1612/68 sayılı Tüzük altında, üye devlet yetkililerince aile bireyi olan üçüncü ülke vatandaşına verilecek ikamet izninin etki ve geçerlilik alanı üye devletin sınırları ile sınırlıdır.

Divan bu açıklamalar ışığında birinci soruya şu cevabı vermiştir:Topluluk işçisinin vatandaşı olduğu üye devlete dönmesi halinde, Topluluk hukuku bu üye devleti, sırf işçinin ekonomik olarak aktif olduğu diğer bir üye devlette 1612/68 sayılı Tüzüğün 10. maddesine göre verilen geçerli bir ikamet iznine sahip olmaları sebebiyle, işçinin aile bireylerine ülkeye girme ve ikamet etme hakkı vermek ile yükümlendirmez.[44]

---

[42] Herlin-Karnell Ester. (2010), *CASES: European Arrest Warrant Cases and the Principles of Non-discrimination and EU Citizenship,* The Modern Law Review, s. 830.
[43]*Mattern and Cikotic,* 1612/68 sayılı Tüzüğün 11. Maddesi, Dava C-10/05.
[44]Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie v R.N.G. Eind, C 291/05-Ön Karar Prosedürü, Avrupa Birliği Adalet Divanı A(BAD) Büyük Dairesi, 11 Aralık 2007, s.13.

Divan kendisine sorulan diğer soru dizinini birlikte ele alıp şu soruyu çıkarmıştır: İşçi ekonomik olarak aktif olduğu üye devletten vatandaşı olduğu üye devlete döndüğü zaman, üçüncü ülke vatandaşı aile bireylerinin Topluluk hukuku altında o üye devlette ikamet etme hakkı, işçi üye devlette aktif olmasa bile var mıdır ve işçinin üçüncü ülke vatandaşı aile bireyinin ikamet hakkı otonom mudur yoksa işçinin ikamet hakkına mı bağlıdır?

Bir üye devletin vatandaşlarının diğer bir üye devlette iş gücüne katılmaksızın ikamet etme hakkı kayıtsız şartsız değildir. AT Antlaşması'na(18. Madde) göre, tüm Birlik vatandaşlarının üye devletlerde ikamet etme hakkına getirilecek sınırlama ve şartlar Antlaşma ve tali düzenlemeleri tarafından belirlenir. Bu sınırlamalardan biri de 90/364 sayılı Direktif'in 1(1). maddesinin ilk altparagrafında ifadesini bulur; buna göre üye devletler ekonomik olarak aktif olmayan ve kendi ülkelerinde oturmak isteyen Birlik vatandaşlarından ve aile bireylerinden tüm risklere karşı garanti altına alan tam kapsamlı bir sağlık sigortası ve ülkenin sosyal yardım sistemine yük olmayacak kadar bir geçim kaynağına sahip olmalarını isteyebilir. Bu meyanda, aile bireylerinin ikamet hakkı Topluluk hukukuna göre bu hakkını kullanan Birlik vatandaşı ile ilişkilidir.

Esas dava sürecinde Bay Eind Hollanda vatandaşı olduğu için Hollanda sınırlarında kalma hakkı kısıtlanamaz ve reddedilemez. Kanun sözcüsünün haklı olarak ifade ettiği gibi, göçmen işçinin ülkesine dönme ve orada ikamet etme hakkı Topluluk hukuku kaynaklıdır ve işçilerin serbest dolaşımına ilişkin AT Antlaşması (madde 39) ve bu etkide bir düzenleme olan 1612/68 sayılı Tüzük ile bu hak tanınmış ve perçinlenmiştir. Bu yorum üye devlet vatandaşlarının temel statüsünü belirleyen Birlik yurttaşlığı statüsü ile teyid edilmiştir.

Aile birleşmesine getirilen engeller üye devlet vatandaşlarının Topluluk hukuku altındaki serbest dolaşım hakkının içini boşaltmaktadır.[45] Davadaki koşullar altında Bayan Eind'in babasına Hollanda'da katılma hakkı baba ekonomik olarak aktif olmasa da vardır. Bu hak kıyas yoluyla 1612/68 sayılı Tüzüğün 10(1)(a). maddesindeki koşullara tabi olmaya devam eder. Bu hak Bayan Eind tarafından yirmibir yaşın altında olduğu veya bağımlı olduğu sürece kullanılmaya devam eder. Aktif olunan üye devlette bulunulmadan önce, Bayan Eind'in vatandaşı olduğu ülkede ulusal hukuka göre ikamet hakkının olmaması gerçeği, bu sonucu etkilemez. Divan bu sonuca kökleşmiş içtihat hukukuna göre, dolaşım ve ikamete ilişkin tali Topluluk düzenlemelerinin sınırlayıcı bir yoruma tabi tutulamayacağını gözönünde bulundurarak varmıştır.[46]

Yukarıdakiler ışığında Divan'ın tashih ettiği sorulara verdiği cevap şudur: Bir işçi aktif çalıştığı üye devletten ayrılıp vatandaşı olduğu üye devlete döndüğünde, üçüncü ülke vatandaşı aile bireyinin bu üye devlette ikamet etme hakkı, 1612/68 sayılı Tüzüğün 10. maddesinin kıyas yoluyla uygulanması sonucu işçi bu üye devlette aktif olmasa bile bulunmaktadır. Topluluk işçisinin aktif çalıştığı üye devlete gitmeden önce, aile bireyi olan üçüncü ülke vatandaşının işçinin vatandaşı olduğu ülkede ikamet etme hakkının ulusal hukuk uyarınca olmaması, aynı kişiye sonradan bu üye devlette ikamet etme hakkı verilip verilmeyeceği değerlendirilirken mesned olamaz.

[45]Herlin-Karnell, Ester. (2010), *CASES: European Arrest Warrant Cases and the Principles of Non-discrimination and EU Citizenship*, The Modern Law Review, s. 822.
[46]*Baumbast and R,* Tüzük No 1612/68, Case 267/83 *Diatta,* Case C-413/99.

1.2.2.5. Üye Devletlerin Kamu Düzeni, Kamu Güvenliği ve Kamu Sağlığı Nedenlerine Bağlı Sınırlandırma Yetkisi

Üye devletler Birlik yurttaşları ve aile bireylerinin ülkeye giriş, ülkede ikamet haklarını vatandaşlıklarından bağımsız olarak kamu düzeni-güvenliği-sağlığı sebepleriyle sınırlandırabilmektedirler. Böylelikle kurucu metinlerde yer alan bu sınırlama sebepleri tali düzenlemelerde de yerini almıştır. Ancak Direktif'te bu sınırlamaların ekonomik amaçlarla kullanılmasının mümkün olmadığı açıkça ifade edilmiştir. Bu gerekçelerle sınırlama yoluna başvurulabilmesi için ilgilinin veya ilgililerin fiil ve durumlarının kamunun temel çıkarlarına yönelik ciddi, mevcut ve gerçek bir tehdit oluşturması gerekmektedir.[47] Bu bakımdan Direktif'te kişinin sadece geçmişte sabıka kaydının bulunması bu tedbirin uygulanması bakımından yeterli ve geçerli bulunmamıştır. Hakların esas ve kural, kısıtlamaların istisna olduğu Topluluk hukukunda bu tedbir de istisnai uygulama alanı bulacaktır.[48] Bu kapsamda da bireyin kendi durum veya davranışlarından ötürü bu tedbire başvurulabilmesi ve orantılılık ilkesi ön plana çıkmaktadır. Bu tedbire başvurabilecek üye devlet kişinin geldiği ülkeden adli sicil kaydı gibi belgeleri talep edebilecektir. Bir üye devletten kamu düzeni-güvenliği-sağlığı gerekçeleriyle geri çevrilen veya sınırdışı edilen bir kimseye pasaport veya kimlik kartı veren üye devlet bu kimseyi ülkeye kabul etmekle yükümlüdür.[49] Direktif'in üye devlete yüklediği diğer bir sorumluluk sınırdışı tedbiri uygulanırken Birlik yurttaşı ve aile bireylerinin bu üye devletle olan entegrasyon seviyeleri,ikamet süreleri, yaş, sağlık durumu, vatandaşı oldukları ülke

[47]Herlin-Karnell, Ester. (2010), *CASES: European Arrest Warrant Cases and the Principles of Non-discrimination and EU Citizenship*, The Modern Law Review, s. 835.
[48]Elizabeth Defeis, "International Weekend Panel on the Dual System of Human Rights: The European Union", *ILSA Journal of International & Comparative Law Nova Southeastern University Shepard Broad Law Center Bilingual Edition*, Vol. 14, No. 1 Fall 2007, s.60.
[49]*Ibid.*

ile arasındaki bağları gibi sosyal ve ekonomik nedenlerin gözönünde bulundurulmasıdır. Direktif'in üye devlete getirdiği diğer bir sınırlama kalıcı ikamet hakkı elde etmiş Birlik yurttaşı ve aile bireylerinin kamu düzeni-güvenliği-sağlığı gerekçeleriyle sınırdışı edilmesi tedbirinin haklı ve ciddi bir sebebe müstenit olmasını öngören hükümdür. Son olarak Direktif 28(3). maddesi son on yıldır üye devlette yerleşik olan Birlik yurttaşları ve reşit olmayan Birlik yurttaşlarının sınırdışı edilmesi için zorunlu nedenlerin bulunması gerektiğine hükmeder. Aynı maddede Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin ülkeden çıkarmanın çocuğun menfaatine olduğu durumları içeren hükmü istisna tutulmuştur.

Kamu sağlığı gerekçesiyle ilgilinin sınırdışı edilebilmesi için ilgili sağlık probleminin Dünya Sağlık Örgütü tarafından salgın hastalık olarak tanımlanmış bulaşıcı ve parazitik hastalıklardan olması gerekir.[50] Ülkeye giriş yapıp üç ay ikamet ettikten sonra hastalanan kişiye bu tedbir uygulanamayacaktır. Bununla birlikte bu tedbire başvurulabilmesi için ilgilinin ücretsiz tedavi edilmesi, hastalığının yukarıda ifade edilen hastalıklardan olduğunun üye devletlerce ispat edilmesi ve bu tedbirin son çare olarak uygulanması gerekir.

Kamu düzeni-güvenliği-sağlığı gerekçeleriyle bir kişinin ülkeden sınırdışı edilmesi için yazılı olarak bu durumdan detaylıca bilgilendirilmesi, yazılı bildirimin itiraz başvurusunda bulunulabilecek olan yargısal veya idari yetkili makam, itiraz süresi ve kişinin ülkeyi terk etmesi için kendisine tanınan süre gibi unsurları içermesi, itiraz hakkını kullanmasının kolaylaştırılması gerekmektedir. Ülkeyi terketmesi için kendine tanınan süre bir aydan az olamaz. İtiraz başvurusunda bulunup yürütmenin durdurulması isteminde bulunan ilgili, bu zaman zarfında ülke

[50] *Ibid.*s.13.

dışına çıkarılamayacaktır. Ancak bazı istisnai hallerde ulusal mahkemede duruşmasına katılmak üzere ülkeye giriş izni verilmek kaydıyla dava süresinde ülkeyi terketmesi üye devletlerce istenebilir.[51]

Kamu düzeni-güvenliği gerekçeleriyle sınırdışı edilen kimseler bu tedbirin uygulanmasında esas alınan şartların değiştiğini öne sürerek, makul ve en fazla üç yıllık bir sürenin ardından ülkeye kabul edilmeyi talep edebilirler. Üye devletlerin bu başvuruları neticelendirmeleri sürecinde başvuru sahiplerini ülkeye kabul etme yükümlülükleri yoktur. Direktif'in diğer bir hükmü sınır dışı etme kararının verilmesi ile uygulanması arasında iki yıldan fazla bir süre bulunması halinde, üye devletin kararı uygulamadan önce, söz konusu hükme esas teşkil eden koşulların geçerliliğini halen sürdürüp sürdürmediğini denetleme yükümlülüğünü düzenlemektedir.

Muvazaalı evlilikler gibi kanuna karşı hileli uygulamaların engellenmesi amacıyla, üye devletlerce bu doğrultuda alınan kararların orantılı ve usulüne uygun olması kaydıyla, Direktif'te tanınan tüm hakların kötüye kullanımının tespiti halinde üye devletlere bu hakları tanımama veya iptal etme imkanı verilmiştir.[52]

2. ORTAKLIK ANLAŞMASINA SAHİP ÜÇÜNCÜ ÜLKE VATANDAŞLARININ AİLE BİRLEŞMESİ

Topluluk ile yapılan Ortaklık Anlaşmalarının bazıları aile birleşmesine ilişkin hükümleri havi olsa da çoğu bu konuda pek bir düzenleme içermemektedir. Bu Ortaklık Anlaşmalarından Norveç, İzlanda ve Linsenştayn ile yapılan anlaşma sonucu teşekkül eden Avrupa Ekonomik Alanı(AEA), AT serbest dolaşım kurallarını ve tali AT düzenlemelerinin aile bireylerine ilişkin hükümlerini anlaşmanın bir

[51] Steve Peers, *op. cit*., s.138.
[52] *Ibid.*

parçası haline getirir.[53] İsviçre ile yapılan kişilerin serbest dolaşımı konulu sözleşme hükümleri ile AT serbest dolaşım kuralları hizmetlere ilişkin hükümlerdeki sınırlamalar hariç çok benzerdir.[54] Kuzey Afrika Anlaşması, Avrupa Anlaşmaları, Batı Balkan Ülkeleriyle Yapılan İstikrar ve Ortaklık Anlaşmaları'nda 'Sosyal Güvenlik' başlığı altında yer alan ve işçi tanımını genişleten bir hüküm haricinde aile birleşmesine ilişkin kayda değer başka bir hüküm yoktur.[55] Bu hükme göre ise sosyal güvenlik hükümleri altındaki işçi tanımına somut sosyal güvenlik hükümlerinin sebep olduğu risk ve zarar yüzünden çalışma hayatını terk eden eski işçiler de girmektedir.Bunun haricinde Kuzey Afrika Anlaşmaları'ndaki 'sosyal güvenlik' kavramı ve Avrupa Anlaşmaları'ndaki 'kuruluş/tesis' ve 'çalışma koşulları' kavramları AT serbest dolaşım hukukundaki muadili kavramlar ile benzer kapsamlara sahiptir.[56]

AEA, AT serbest dolaşım mevzuatını anlaşmanın bir parçası haline getirdiğinden aile tanımı AB vatandaşlarınınki ile aynıdır. AT-İsviçre Anlaşması'nda ekonomik amaçlı olmayan serbest dolaşımlarda sponsora ek bir takım aile bireylerinin katılmasında kolaylık sağlama yükümlülüğü yer almaktadır. Ayrıca bu sponsorların sadece bağımlı değil, yirmibir yaş altı çocuklarını da getirebilecekleri hükme bağlanmıştır.[57] Avrupa Anlaşmaları ve İstikrar Anlaşmaları'nda geçen 'eş ve çocuk' tanımlarının kapsamı ulusal hukuka terk edilmiştir.[58] İşçinin aileleri için bir takım haklara yer veren Kuzey Afrika Anlaşmaları ve 1/80 sayılı Türkiye-AT

[53]Sergio Carrera and Anja Wiesbrock, "Whose Citizenship to Empower in the Area of Freedom, Security and Justice? The Act of Mobility and Litigation in the Enactment of European Citizenship", *CEPS Liberty and Security in Europe*, May 2010, s.55.
[54]*Ibid*., s.56.
[55]*Ibid.*
[56]*Ibid.,* s. 180.
[57] Steve Peers, *op. cit*., s.148.
[58]*Ibid*.

Ortaklık Konseyi Kararı(OKK) da bu terimin kapsamı konusunda bir hüküm içermemekte, konuyu ABAD kararlarının yorumuna muhtaç bırakmaktadır.

Son olarak AT-İsviçre Anlaşması'na ilişkin şu da zikredilmelidir ki, anlaşma aile vizelerini harçtan muaf tutma gibi bir yükümlülük içermemektedir. Bu da Anlaşma hükümlerini AT serbest dolaşım hukukuna göre daha kısıtlayıcı kılmaktadır.[59]

Ortaklık hukuku Avrupa Birliği hukukunun ayrılmaz bir parçası olması nedeniyle ortaklık anlaşmaları hükümleri ve bu hükümler çerçevesinde kurulan organ kararları ulusal düzenlemelerden önce uygulanır. Türkiye ile AT arasında 12.09.1963 tarihli Ortaklık Anlaşması[60] ve bu anlaşma uyarınca kurulan Ortaklık Konseyi mevcuttur. Ortaklık Konseyi Kararları da Birlik hukukunun ayrılmaz bir parçasıdır.

Ortaklık Konseyi Kararları'nın kimi hükümleri Türk işçinin aile birleşmesi haklarını düzenleyen hükümleri havidir. 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı bunlardan biridir. 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'ndan başka, 3/80 sayılı Ortaklık Konsey Kararı mevcuttur ve Türk işçilerinin ve aile bireylerinin sosyal güvenlik haklarını düzenlemektedir.1/80 sayılı OKK'nin 6. maddesi Türk işçinin hangi süreler altında bir üye devletin iş gücü piyasasında bulunması durumunda ne tür haklar elde edeceğini düzenlemektedir. Buna göre bir üye devletin yasal işgücü piyasasına usulünce dahil olan Türk işçisi 1 yıllık yasal çalışmadan sonra aynı işyeri nezdinde çalışma iznini uzattırma hakkına, 3 yıllık yasal çalışmadan sonra AB üye ülke vatandaşlarının öncelik hakkı saklı olmak kaydıyla aynı meslekte ve dilediği bir işveren nezdinde uygun bir işe başvurabilme hakkına, 4 yıllık yasal çalışmadan sonra

[59]Ercüment Tezcan, *Avrupa Birliği Hukuku'nda Birey*, İletişim, İstanbul, 2002, s.27.
[60] "Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık Konseyi Kararları 1964-2000 Cilt 1", *Devlet Planlama Teşkilatı*, YAYIN NO. DPT: 2596.

ise bulunduğu üye devlette dilediği meslek ve işveren nezdinde çalışma hakkına sahip olur.

Türk işçi kavramı Avrupa Birliği Adalet Divanı(ABAD) kararları çerçevesinde önceden verilen işçi kavramına ilişkin içtihatlar da göz önünde bulundurulmak suretiyle belirli bir çerçeve kazanmıştır.[61]

Burada konumuzu ilgilendiren asıl hüküm 1/80 sayılı OKK'nin 7. maddesidir. Bu maddeye göre bir üye devletin işgücü piyasasına dahil olmuş Türk işçinin aile birleşmesi yoluyla yanına gelen aile bireyleri;

- O üye devlette en az 3 yıllık ikamet süresinden sonra AB üyesi ülke vatandaşlarının öncelik hakları saklı olmak kaydıyla her türlü işe başvurma hakkına, en az 5 yıllık ikamet süresinden sonra da diledikleri her türlü işe serbestçe girme hakkına sahip olurlar.

- Bir Türk işçinin üye devlette mesleki eğitim gören çocukları eğitimlerini tamamlamaları halinde, anne veya babadan birinin en az 3 yıl yasal olarak çalışmış olması kaydıyla, üye devletteki ikamet süresi dikkate alınmaksızın işgücü piyasasına serbestçe girme ve her türlü uygun işe başvurma hakkına sahip olur.

Bu hüküm üye devlette yaşayan Türk işçinin aile bireylerine çalışma izni vermek suretiyle konumlarını güçlendirerek Türk işçinin aile bireyleriyle birlikte olmasına imkan vermekte ve bu şekilde aile birliğinin korunmasına hizmet etmektedir.ABAD kararlarıyla sabittir ki bu hüküm doğrudan uygulanma kabiliyetine

[61] Steve Peers, *Family Reunion and Community Law,* Neil Walker (ed), Europe's Area of Freedom, Security and Justice , Collected Courses of the Academy of European Law, XIII/2, 2004, s.150.

sahiptir. Ayrıca bu maddede tanınmış olan çalışma izni ikamet etme iznine mündemiçtir.[62]

Aile bireylerinin kim olduğu hususu ilgili hükümlerde yer almadığından ötürü AB Hukuku'ndaki tanıma bakmak gerekir. Yani Türk işçinin aile bireylerinin kimler olduğu konusu aile bireylerini tanımlayan düzenlemeler ve ABAD içtihat hukukuna kalmaktadır.

1/80 sayılı OKK'nin 7. madde 1. cümlesinden yararlanabilmek için, aile bireylerinin üye ülkede çalışan Türk işçinin yanına gelmek için izin alması gerekir. Bu ilk iznin verilip verilmemesi Ortaklık Konseyi Kararları harici üye devletler veya Birlik düzenlemelerinin yetki alanına girmektedir. Bu nedenle mesleki eğitim veya öğrenim gibi aile birleşimi amacı haricinde başkaca bir amaçla üye ülkedeki ailesinin yanına gelen ve bu esnada diğer aile bireylerinin yanında kalan kişiler bu hükümden yararlanamayacaktır. Ancak ABAD'ın Eroğlu kararında belirttiği gibi Türk işçinin çocuğuna ikamet izni verilmesi için önceki ikamet nedenleri dikkate alınmaz. Yani 1/80 sayılı OKK 7. madde 2. cümlesinden sadece aile birleşimi yoluyla üye ülkeye gelip ikametleri esnasında bir meslek eğitimini bitirmiş Türk işçi çocukları değil, aynı zamanda yasal olarak o ülkede ikamet eden bütün Türk işçi çocukları yararlanabilir.[63]ABAD'ın görüşünün bu yönde olduğunu Çetinkaya kararında[64] görmekteyiz.

Dava 1/80 sayılı Avrupa Toplulukları ve Türkiye Ortaklık Konseyi Kararı'nın 6, 7 ve 8. maddelerine ilişkindir. Ön karar prosedürüne bir Türk vatandaşı olan

[62]*Ibid*., s.151
[63]*Ibid*., s.155.
[64]*Inan Cetinkaya ve Land Baden-Württemberg*, C-467/02-Ön Karar Prosedürü, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) 2. Dairesi, 11 Kasım 2004.

Çetinkaya'nın Baden-Württemberg ulusal mercileri tarafından Almanya'dan sınırdışı edilmesi kararının yargısal denetimi sırasında gidilmiştir.

ABAD bu kararında Türk işçilerin aile bireylerine birtakım haklar tanıyan 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı(OKK)'nın 7(1). maddesini geniş yorumlayarak kapsamını genişletmektedir. Bu madde Türk işçilerin üye devlette üç veya beş yıllık bulunma sürelerine göre aile bireylerine işgücüne katılma ve ikamet etme hakları tanımaktadır. Bu haklardan yararlanmaları için de aile bireylerinin ilk başta aile birleşmesi başvurusunda bulunmaları gerekmektedir. ABAD, OKK 7. maddesinin ilgili hakları aile birleşmesi başvurusunda bulunmuş aile bireylerine tanıyıp, o üye devlette doğmuş ve devamlı orada yaşamış aile bireylerine tanımamasını hükmün amacına aykırı bulmaktadır. Dolayısıyla Türk işçinin aile bireyinin madde 7'deki haklara zaten sahip olduğunu kabul etmektedir.

ABAD ikinci olarak aynı maddeyi yine bir Türk işçinin aile bireyleri lehinde şöyle yorumlamaktadır: 7. madde işgücüne önemli bir süre yasal bir sebep olmaksızın katılmamayı hak kaybına gerekçe kabul etmektedir. Olayda hak kaybına uğratılan kişi madde bağımlılığı seanslarına katılma ve hapse girme nedenlerinden işgücüne pekala katılamamıştır. ABAD bu işgücüne katılamama gerekçelerini hak kaybı için muteber görmemekte ve 7. maddenin, bu sebeplerden ötürü uğranılan hak kaybına yasal zemin teşkil etmeyeceğine hükmetmektedir. Diğer bir ifadeyle, hak kaybına ilişkin hükmün bu kısmını daraltıcı yoruma tabi tutmaktadır.

Üçüncü olarak, ABAD ulusal mahkemelerin Türk vatandaşı aleyhine verilen bir sınırdışı kararını incelerken kamu düzenini tehdit edilmesine sebep olan fiil veya durumda meydana gelen ve artık tehdit oluşturmayan güncel değişiklikleri gözönünde bulundurması gerektiğine hükmeder. Yani sınırdışı etme gerekçesi

ortadan kalkmasına rağmen buna ilişkin idari kararın uygulanmasını yanlış bulmaktadır.

Görüldüğü üzere ABAD'ın vermiş olduğu tüm bu kararlar makul sebeplere dayanan ve zorlama olmayan hükümlerdir. ABAD kuralın her zaman genişletici, istisnaların ise daraltıcı yoruma tabi tutulması taraftarıdır. Mükemmel şekilde işleyen pazar ekonomisi üzerine müesses olan bu kuralları yorumlarken ABAD mümkün olduğunca hak kaybına zemin teşkil etmeyecekleri şekilde bu işlevini yerine getirmektedir. Bu da Birliğin ekonomik ve siyasi yönden derinleşmesini sağlamakta ve uluslarüstü yapısını güçlendirmektedir.

Ulusal mahkeme ilk sorusunda 1/80 sayılı Kararın 7. maddesinin ilk paragrafının usulünce işgücüne dahil olmuş bir Türk işçinin yetişkin çocuğuna, bu çocuk ilgili devlette doğmuş ve devamlı bu ülkede ikamet etmiş olsa bile uygulanıp uygulanamayacağını sormaktadır. Yani Çetinkaya ev sahibi üye devlette doğmuş ve devamlı burada yaşamış biri olarak işçinin yanına 'katılabilecek' aile bireylerini düzenleyen bu maddeye dahil midir Mahkeme bunu sormaktadır.

Divan cevaben şu hususları tespit eder: AT ile Türkiye arasındaki anlaşma üye devletlerin Türk vatandaşlarının ülkelerine giriş yapmalarını ve işgücüne ilk katılımlarını düzenleme haklarına zarar vermemektedir. Diğer bir ifadeyle üçüncü ülke vatandaşlarının bir üye devlete hangi koşullarda giriş yapacağı sorunu ulusal mevzuatın münhasır yetki alanına girmektedir. Ancak her ne kadar ilgili kimse 1/80 sayılı Karar dahilinde aile birleşimi başvurusunda bulunmamış ve dolayısıyla da bu kararın sağladığı haklardan yararlanamıyor olsa da, zaten üye devlette doğmuş ve hep burada yaşamış birinden işçiye katılma gibi bir aile birleşimi talebinde bulunmasını istemek yanlış ve mantıksızdır. Divan ayrıca 1/80 sayılı kararı kaleme

alanların işçinin çocuğunun doğduğu yeri baz alarak ona belli haklar sağlama niyetinde olmadıklarını, üye devlette doğmuş ve burada yaşamış bir çocuğun, aile birleşimi hakkı için başvuruda bulunmuş bir çocuk kadar işgücüne katılma ve ikamet etme haklarına sahip olduğunu düşünmektedir. Bu yorum, ilgili üye devlette işçiye katılan ve belli süreler sonrasında hakları pekiştirilen aile bireylerine ilişkin 7. maddenin amacıyla daha uyumludur.

Alman hükümeti bununla birlikte şunu da sorgulamıştır: Türk işçinin ikameti süresinde 7. maddedeki koşulları sağlamasının gerekmesiyle birlikte, mesleki eğitimini tamamlamamış bir aile bireyi bu hükümden kaynaklanan haklardan nasıl yararlanabilir. Ayrıca Türk işçisi sınırdışı kararı öncesi ve sonrasında işgücüne dahil değildir.

Divan bu iddiaya karşı üye devletlerin 1/80 sayılı kararın 7. maddesindeki koşulları sağlayan ve üç yıldan fazla süreli ikamet eden aile bireylerinin ikamet etme koşullarını tayin etme yetkilerinin olmadığını tespit etmiştir. Divan'a göre ayrıca Çetinkaya gibi 7. madde kapsamındaki aile bireylerinin işçi ile beş yıl ilgili üye devlette ikamet ettikten sonra işgücüne bireysel katılım hakkı elde etmesi beraberinde onun ayrılmaz bir parçası olan ve zamanla bağımsız haklar da doğuran ikamet etme hakkı da kazandırmıştır.

Bu şartlar muvacehesinde Divan şuna hükmetmiştir: 1/80 sayılı kararın 7. maddesi kapsamına işgücüne usulünce katılmış bir işçinin, ilgili üye devlette doğmuş ve devamlı orada yaşamış yetişkin çocuğu da dahildir ve 1/80 sayılı kararın 7. maddesinde yer alan haklar aile bireyleri tarafından üç yada beş yıllık ikamet

sürelerine göre, işçinin emeklilikten dolayı artık işgücüne dahil olamamasından bağımsız olarak kullanılabilmelidir.[65]

Ulusal mahkeme Divan'a ikinci olarak şunu sormaktadır: 1/80 sayılı kararın 7. maddesinin ilk paragrafından doğan haklar madde bağımlılığından kurtulma seansları ve sonrasında hapsolunma gerekçeleriyle işgücüne uzun süre katılamama sebebiyle kısıtlanabilir mi?

Divan'a göre işgücüne katılma ve bir iş sahibi olma haklarının doğal bir sonucu olan ikamet etme hakkına getirilebilecek sınırlamalar iki türdür. İlki 14(1). maddede yer alır ve üye devletlere bir göçmen Türk'ün kamu güvenliği-düzeni-sağlığına yönelik gerçek ve ciddi bir tehdit olduğuna herbir olay bazında karar verilmesi durumunda mümkündür. İkinci durum, bir Türk işçiye usulünce katılmış aile bireyleri yasal bir neden olmaksızın ilgili üye devleti önemli sayılabilecek bir süre terketmiş ise 7. madde kapsamındaki haklarını yitirir.

Divan bunu irdeledikten sonra şuna hükmeder: 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi kararının 7. maddesinin ilk paragrafı, madde bağımlılığı seanslarından sonra hapse girme nedeniyle işgücüne katılma imkanı bulamayan bir kimsenin işgücüne aktif katılmamaya bağlanan hak kaybına uğramasına engeldir.[66]

Diğer bir soruda ulusal mahkeme 1/80 sayılı kararın 14. maddesi'ne göre sınırdışı edilmiş bir Türk vatandaşının durumunda son idari kararın verilmesinden sonra meydana gelen bir değişikliğin, hak mahrumiyeti ile sonuçlanacak bir işlemin

[65]*Inan Cetinkaya ve Land Baden-Württemberg*, C-467/02-Ön Karar Prosedürü, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) 2. Dairesi, 11 Kasım 2004, s.17.
[66]*Inan Cetinkaya ve Land Baden-Württemberg*, C-467/02-Ön Karar Prosedürü, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) 2. Dairesi, 11 Kasım 2004, s.22.

yasal zeminden yoksun kalması ve ilgili işlemin iptalini gerektirip gerektirmediğini sormaktadır.

Kamu düzeni-güvenliği-sağlığı nedenleriyle üçüncü ülke vatandaşlarının serbest dolaşım ve ikamet haklarına getirilecek sınırlamalarda uyuma ilişkin 64/221/EEC sayılı Konsey Direktifi'nin 3. maddesi dikkate alındığında, Mahkeme her olayı ayrıca dikkate alaraktan yetkili ulusal otoritelerin sınırdışı edilme sebeplerinin bu tasarrufu gerektirecek ölçüde kamu düzenine yönelmiş mevcut bir tehdit teşkil edip etmediğini araştırması gerektiğine hükmetmiştir. Hem 64/221/EEC sayılı Konsey Direktifi'nin 3. maddesi lafzında hem de verilen içtihatlarda tehdidin var olduğu tarihe atıf söz konusu değildir.

Tehdidin tespit edilmesinde bir tarih veya peryod tayin edilmemesi, kamu güvenliği-düzenini bozan şartlardaki değişikliği dikkate almayı gerektirir. Divan hakların kural, kısıtlamaların istisna olduğu Topluluk hukukunun bu özelliğine atıfta bulunup, ulusal mahkemelerin Türk vatandaşı aleyhine verilen bir sınırdışı kararını incelerken kamu düzenini tehdit edilmesine sebep olan fiil veya durumda meydana gelen ve artık tehdit oluşturmayan güncel değişiklikleri gözönünde bulundurmaları gerektiğine, 1/80 sayılı kararın 14. maddesinin sözü ve özü bu yorumu gerektirdiğine hükmeder.

OKK'nin 9. maddesi Birliğin Türk işçilerin çocuklarına eşit muamele yükümlülüğünü düzenlemektedir. Bu düzenlemeye göre Topluluğun bir üye devletinde yasal olarak çalışmakta bulunan ebeveyni ile birlikte o üye devlette ikamet eden çocukların, bu üye devletteki genel eğitim, çıraklık eğitimi ve mesleki eğitim kurslarına kabul edilmelerinde, o üye devlet vatandaşlarının çocukları için

istenen giriş koşulları aranır. Türk çocukları o üye devlette, bu alandaki ulusal mevzuat çerçevesinde sağlanan avantajlardan yararlanabilirler.[67]

OKK'nin 13. maddesi de Türk işçi ve aile bireylerinin işgücü piyasasına girmesine ilişkin düzenlemelere 'standstill hükmü' getirmektedir. Bu madde üye devletleri ve Türkiye'yi kendi topraklarında yasal olarak ikamet eden ve istihdam edilen işçiler ve aile bireylerine uygulanan işe girme şartlarınayeni kısıtlamalar getirememekle yükümlendirmektedir.

OKK'nin 14. maddesinde ise Türk işçi ve aile bireylerinin kamu düzeni-güvenliği-sağlığı gerekçeleriyle sınırdışı edilebilecekleri ifade edilmektedir. Ayrıca maddenin devamında OKK hükümlerinin ulusal mevzuat veya Türkiye ile Topluluk üyesi devletler arasında mevcut ikili anlaşmalardan kaynaklanan hak ve yükümlülüklere, bu mevzuat veya anlaşmaların kendi vatandaşları lehine daha elverişli bir rejim öngördüğü ölçüde, halel getirmeyeceği ifade edilir.

1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nda düzenlenen aile birleşmesi değil, üye devlette zaten Türk işçi ile birlikte olan aile bireylerinin çalışma hakkıdır. Türkiye-AT Ortaklık Konseyi'nde Türkiye'nin konsey kararlarıyla aile birleşmesi konusunu ele almaması ilginçtir. Türkiye işçi ihracını ülkeye döviz getirmesi bakımından yararlı bulmakta, Ankara Anlaşması'nı bunun bir vesilesi olarak görmektedir. Buradan şu çıkarılabilmektedir ki Ankara Anlaşması Türkiye için daha ziyade ekonomik yönü ağır basan ve ekonomik kaygılar güdülen bir anlaşmadır. Bu yüzden aile birleşmesi meselesi Türkiye'nin öncelikleri arasına girememiştir.[68]

---

[68] Arif Köktaş, *Avrupa Birliğinde İşçilerin Serbest Dolaşım Hakkı ve Türk Vatandaşlarının Durumu*,Ankara, Nobel Yayın Dağıtım LTD. ŞTİ., Yayın No:139, 1999, s.169.

3. ÜÇÜNCÜ ÜLKE VATANDAŞLARININ AİLE BİRLEŞMESİ

3.1. 2003/86 sayılı Aile Birleşmesi Hakkı Konulu Konsey Direktifi

Üçüncü ülke vatandaşlarının aile birleşmesine dair 2003/86 sayılı Aile Birleşmesi Hakkı Konulu Konsey Direktifi[69] mevcuttur. Şu öncelikle belirtilmelidir ki bu Direktif'in 3(5). maddesi uyarınca Direktif üye devletlerin daha lehe kurallar koymalarına engel değildir. Yani Direktif minimum standartlar belirler, ancak üye devletleri ulusal düzenlemelerinde daha üst standartlar belirlemelerinde serbest bırakır. Benzer bir hüküm Uzun Süreli Yerleşik Olan Üçüncü Ülke Vatandaşlarının Statülerine İlişkin 2003/109 sayılı Direktif'in[70] 13. maddesinde mevcuttur. Bu maddeye göre de üye devletler Direktif'in ortaya koyduğu minimum standartlardan daha lehe şartlar altında kalıcı ikamet veya süresiz ikamet izni verebilirler. Ayrıca Direktif'in aynı maddesinin 4. fıkrası Topluluğun tek başına veya üye devletlerle bir tarafı teşkil ettiği diğer tarafta ise üçüncü ülkelerin yer aldığı ikili veya çok taraflı anlaşmalar ile Avrupa Sosyal Şartı ve Göçmen İşçilerin Yasal Statülerine İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin lehe düzenlemelerinin mahfuz olduğu hükmünü getirmektedir.[71]

Direktif'in kimi ülkelerde iç hukuka hızlı aktarım çabaları beraberinde bir takım sıkıntıları getirmiştir ve yasal nitelik ve kaliteyi zedelemiştir.[72] Açık olmayan müphem hükümler, artık var olmayan hükümlere atıf yapan hükümler akli olmayan sonuçlar doğurmaktadır. Bu konuda üye devletlere iç hukuka aktarım konusunda

69KEES GROENENDIJK, *Family Reunification as a Right under Community Law*, European Journal of Migration and Law 8: 215–230, 2006, s.35.
70*Ibid*. s. 35
[71]*Ibid*.
[72] Örnekler için bakınız Groenendijk, Fernhout, Dam, Oers, Strik, "The Family Reunification Directive in EU Member States the First Year of Implementation", Nijmegen, *Centre for Migration Law*, Radboud University Nijmegen,2007, s.63.

gereken zenginleştirilmiş bir süreç sağlanmalı ve mevcut göç yasalarının değiştirilmesi ve reformu yerine, yeni göç yasaları oluşturma salıklanmalıydı.

Direktif'in 3(1), (2) ve (3). fıkraları hangi koşulları taşıyan sponsor ve aile bireylerine Direktif'in uygulanacağını düzenlemiştir. Buna göre 3(1). madde bir yıl veya daha fazla süreli ikamet iznine sahip olan ve kalıcı ikamet hakkı elde etmede haklı bir beklentiye sahip olan sponsorun, statüleri ne olursa olsun üçüncü ülke vatandaşı aile bireylerine uygulanacağını düzenlemiştir. Direktifin aynı maddesinin 2. fıkrası Direktif hükümlerinin, mülteci statüsü tanınması için başvuruda bulunmuş ve henüz başvurusu konusunda nihai bir karara varılmamış sponsora, bir üye devlette 'geçici koruma' çerçevesinde oturan veya bu statüde kalmak için başvuru yapmış ve bir sonuç bekleyen sponsora ve bir üye devlette uluslar arası yükümlülükler, ulusal mevzuat veya ilgili üye devletin teamülü uyarınca ikincil koruma kapsamında ikamet etmesine izin verilen veya bu istikamette bir başvuruda bulunup sonucu bekleyen sponsora uygulanmayacağını hüküm altına almıştır. Ayrıca Direktif'in 3(3). fıkrası Direktifin AB vatandaşının aile bireylerine uygulanmayacağını düzenlemiştir.

Çifte vatandaşlık durumunda, diğer bir ifadeyle ilgili ülkeye giriş izni verilen üçüncü ülke vatandaşı Birlik vatandaşlığını elde ederse durumu ne olacaktır? Direktif'in ilk maddesi bu Direktif'in üçüncü ülke vatandaşlarına uygulanacağını düzenlemektedir. 3(3). maddesi ise AB vatandaşlarının kapsam dışında olduğunu ifade etmektedir. O halde çifte vatandaşlığa yani üçüncü ülke vatandaşlığı ile üye devlet vatandaşlığını elinde bulunduran bir kimse bu Direktif'in sağladığı aile birleşimi hakkından yararlanabilecek midir? Bu konunun üye devletlerin münhasır yetki alanına girdiği gerekçesiyle olumlu ve olumsuz yönde karar veren ulusal mahkeme ve idari otorite kararları vardır. Almanya ve Fas vatandaşlıklarına sahip

olan bir kimsenin Alman Yüksek Mahkemesi'ne yapmış olduğu başvurunun reddine hükmedilmiştir.[73] Yani cevap olumsuzdur. Konu ise henüz ABAD'a getirilmiş değildir.

Konu artık Topluluk düzeyinde Direktif ile düzenlendiği için meselenin ulusal düzeyde ele alınmasını ifade eden yaklaşım yanlıştır.[74] Bununla beraber soruya olumsuz bir cevap verilirse, yani çifte vatandaşların bu Direktif'in sağladığı hakları yitireceğinden bahsedersek üçüncü ülke vatandaşının hem AB vatandaşlığına hem de üçüncü ülke vatandaşlığına sahip birinden daha lehe bir uygulamaya sahip olacağını kabul etmiş oluruz ki bunu haklı gösterir hiçbir ölçü norm bulunmamaktadır. Ayrıca bu, AB vatandaşına yönelik tersine bir ayrımcılık anlamına gelmektedir. Groenendijk'e göre çözüm şöyledir: Direktif'in ilk maddesi genel ve kural bir madde, 3. maddesi ise istisnadır. İstisnanın dar kuralın geniş yorumlanacağından bahisle AB vatandaşlığına sahip üçüncü ülke vatandaşı Direktif kapsamında haklarını yitirmeyecektir.[75]

Direktif'te mültecilere ilişkin hükümlerin yer alması ve onlara aile birleşmesi hakkının tanınması kayda değer bir gelişmedir. Ancak madde 9(2)'de sadece ülkeye iltica tarihinden önce var olan aile ilişkilerine bu hakkın hasredilebileceğini ifade eden hüküm sakıncalar ihtiva etmektedir. Bu hüküm mülteci kampında veya iltica usulü sırasında aile kuranların aile birleşmesi haklarını engellemektedir. Mülteci kampında doğan bir çocuğa bu hakkın tanınmaması aile kurma hakkını ihlal etmektedir.[76] Ülkeye girişten önceki aile bireylerinin aile birleşmesi haklarını ülkeye

[73]Raad van State (Council of State), Dutch Case Law.
[74]Groenendijk, Fernhout, Dam, Oers, Strik, *op. cit*., s.64.
[75]Kees Groenendijk, "Family Reunification as a Right under Community Law",*European Journal of Migration and Law* 8: 215–230, 2006, s.228.
[76]Sergio Carrera and Anja Wiesbrock, "Whose Citizenship to Empower in the Area

girdikten sonraki aile bireylerinin aile birleşmesi haklarının önüne geçiren meşru bir sebep görülmemektedir.

En az mülteciler kadar geçici bir korumaya sahip olan tali koruma altındakilere Direktif'in uygulanamaz olması da eleştirilir diğer bir yöndür. Bu koruma altındakilerin hem bekleme süreleri, hem de korumalarının doğası göz önüne alındığında onların da aile birleşmesi imkanında yararlandırılması gerekmektedir.[77] Tali koruma altındakilerin mültecilere tanınan aile birleşmesi hakkından mahrum bırakılması Direktif'in bir eksikliğidir. Tali koruma altındakiler en az mülteciler kadar mağdurlar ve aile birleşmesine muhtaçtırlar. Koruma ve velayet altında olmayan mülteci çocukların durumuna ilişkin 10(3). madde ise gayet yerindedir. Bu tür çocuklar için üst soylarıyla aile birleşimi imkanı veya akrabası yoksa yasal koruyucusunun aile birleşimini kolaylaştıran ve mümkün kılan hükümler içeren bu madde BM Çocuk Hakları Sözleşmesi[78]'ne de uygundur. Bazı üye devletlerde Direktif'in mültecilerin aile birleşmesine ilişkin hükümleri Direktif'ten daha lehe sonuçlar doğurmuştur.[79] Örneğin kimi ülkelerde mültecilere tanınan aile birleşmesi hakkı Direktif'in aksine ek koruma-subsidiary protection altında olanlara da teşmil edilmiştir. Koruma altında olmayan yalnız ve küçük mülteciler için ebeveynleriyle birleşimi hakkı tanınması ise üye devlet raporlarında temel bir gelişme olarak kaydedilmiştir.[80]

---

of Freedom, Security and Justice? The Act of Mobility and Litigation in the Enactment of European Citizenship", *CEPS Liberty and Security in Europe*, May 2010, s.36.

[77]Groenendijk, Fernhout, Dam, Oers, Strik, *op.cit.,* s.63.

[78]*Convention on the Rights of the Child*, 1601 recommendations, http://www.unicef.org/crc/ Erişim Tarihi: 01.05.2011

[79]Johanna Engström, "Recent and potential future developments in judicial protection in the European Area of Freedom, Security and Justice", *ERA Forum* (2009) 9: 487–494, DOI 10.1007/s12027-009-0110-y, s.94.

[80]*Ibid.*

Direktif'in uygulama kapsamına giren aile bireyleri 4. maddede tanımlanmıştır. Buna göre sponsorun eşine, sponsor ve eşinin küçük çocuklarına ve üye devletin yetkili otoritesince verilmiş bir karar veya o üye devletin uluslararası bir yükümlülüğünden kaynaklanan icra edilebilir bir karar uyarınca evlat edinilmiş çocuklarına ve sponsorun velayeti altında kendine bağımlı küçük çocuklarına üye devletler tarafından ülkeye giriş ve ikamet hakkı tanınmalıdır. Çocuğun ortak velayet altında olması durumunda ilgili üye devletin çocuğa aile birleşimi hakkı tanıma konusunda bir seçme hakkı vardır. Bununla birlikte aile birleşiminin mümkün olması için veli olan diğer tarafın rızası ayrıca gereklidir. Direktif küçüğün kim olduğunu tanımlamamış, bunu ulusal hukuka atıf yapmak suretiyle çözmüştür. Buna göre küçük evlenmemiş olup, ulusal hukukun belirlemiş olduğu yaşın altındakilerdir.[81] Direktif'in 4(1). Maddesinin yanında, 4(6), 5(4), 7(2),8, 15(4) ve 18. maddeleri de ulusal hukuka atıfta bulunmaktadır ki bu hükümler başta 'kalıcı ikamet' kavramı olmak üzere, birtakım kavramların Topluluk hukuku tarafından yeknesak tanımlanması teamülüne terstir.[82]

Direktif aynı maddesinin 1. fıkrasının son altparagrafı, 12 yaşın üzerinde olan ve ailesinin geri kalanından bağımsız olarak yetişmiş olan çocuklara giriş ve ikamet izni verilmeden önce, üye devletlere bu Direktif'in uygulamaya geçirildiği tarihte var olan ulusal düzenlemelerin getirdiği entegrasyon şartlarını sağlayıp sağlamadığını kontrol etme imkanı sağlamıştır.

Direktif'in 4(2) ve (3). maddesinde belirtilmiş aile bireylerine ilgili hakların tanınıp tanınmaması üye devletlere bırakılmıştır. Buna göre üye devletler sponsor

[81]Steve Peers, *"Family Reunion and Community Law",* Neil Walker (ed), Europe's Area of Freedom, Security and Justice , Collected Courses of the Academy of European Law, XIII/2, 2004, s.155.
[82]*Ibid.*

veya eşine bağımlı olan ve kendi ülkelerinde uygun bir aile desteği alamayan birinci dereceden üstsoya, objektif olarak kendi sağlık imkanlarını dahi karşılayamayan eş veya sponsorun evlenmemiş yetişkin çocuklarına ülkeye giriş ve ikamet izni verebilir. Ayrıca aynı maddenin 3. fıkrasına göre üye devletler sponsorla usulünce onaylanmış ve istikrarlı bir birlikteliğe sahip ama evlenmemiş partnerine, 5(2). madde uyarınca kayıtlı partnerliğe sahip ve sponsora bağımlı üçüncü ülke vatandaşına, evlenmemiş küçük çocuklarına, evlat edinilen çocuklarına ve objektif olarak kendi sağlık imkanlarını dahi karşılayamayan eş veya sponsorun evlenmemiş yetişkin çocuklarına ülkeye giriş ve ikamet izni verebilir. Direktif'in dibacesinde öngörüldüğü üzere[83], sponsorun uzun süreli ikamet hakkını başka bir üye ülkede kullanmak üzere oraya gitmesi durumunda, yukarıda sayılan ve üye devletler için seçimlik olan bu kategorilerin sponsora katılması üye devletlerin takdir yetkisine bırakılmıştır.

Diğer aile bireyleri için Direktif'in sponsora tam bir bağlılık gerektirmemesi ve sadece orijin ülkede destekten yoksun kalma şartını yüklemesi kayda değer güzel bir gelişmedir. Ancak söz konusu düzenleme hala AİHM'in aile kapsamına ilişkin içtihatları ile örtüşmemektedir.[84] İlgili akrabalara aile birleşmesi imkanı tanınmasının üye devletler bakımından seçimlik olması ve sponsorun ilgili aile bireyinin geçimini sağlayacak gerekli araçlara sahip olduğunun ispatı şartı Direktif'teki sıkıntılı hükümlerden bazılarıdır. Çünkü böyle yapılmakla aile dayanışması sadece korunuyor ama desteklenmiyor.[85] Yine benzer şartların belli bir yaşa ulaşmış ve aileye bağımlı olan çocuklardan da isteniyor olması Direktif'i AB vatandaşlarının aile birleşimi

[83] *Ibid*. s.156.
[84] Caritas Europa, CCME, COMECE , ICMC, JRS, QCEA, "Position on the Amended EU Commission Proposal for a Council Directive on the right to family reunification" *[COM (2002) 225* final, December 2002, s.2.
[85] *Ibid*. s.3.

hakkından çok uzak kılmaktadır. Kayıtlı birlikteliklerden bahsetmek suretiyle nişanlılık müessesesini Direktif'in koruma kapsamına dahil eden yasa koyucu bunu üye devletlerin iradelerine terk etmekle ailenin kurulması sürecini tehlikeye atmaktadır. Bu, Direktif'in iç hukuka geçirilmesi zorunlu maddelerinden olmalıdır.

Direktif'in aynı maddesinin 4 ve devamı fıkralarında üye ülkeler için derogasyon imkanı tanınmaktadır. 4. fıkra çok evlilik durumlarında sponsorun zaten ilgili üye devlette kendine katılmış bir eşi mevcut ise üye devletlerin diğer eşlere aile birleşmesi imkanı tanımayacağını hükme bağlamıştır. Ayrıca 1(c) paragrafı derogasyon suretiyle üye devletlerin, sponsorun diğer eşlerinin küçük çocuklarının aile birleşmesini sınırlayabileceğini düzenlemiştir. Üye devletler daha iyi bir entegrasyon ve zorla evlilikleri önlemek için sponsor veya eşine 21 yaş sınırını geçmemek kaydıyla minimum bir yaş sınırı getirebileceklerdir.[86] 6. fıkraya göre derogasyon yoluyla üye devletler çocukların aile birleşmesi başvurularını 15 yaşından önce yapmaları gerektiğini Direktif'in uygulamaya geçirildiği tarihte mevcut olan bir ulusal mevzuat ile düzenleyebilirler. Bu durumda başvurular 15 yaşından sonra yapılır ise, üye devletler giriş ve ikamet iznini aile birleşmesi harici bir kapsamda verebileceklerdir.

Direktif'in 5. maddesi başvuruların teslimi ve incelenmesi safhasını düzenler. Bu maddeye göre aile birleşmesi başvurusunu yapacak kişiyi belirleme üye devletin takdirindedir. Sponsor veya aile bireyleri bu konuda yetkilendirilebilir. Başvuru dosyasına aile ilişkilerini kanıtlar nitelikte belgesel deliller ve seyahat dökümanlarının onaylı örnekleri eklenmelidir. Aile ilişkilerinin ispatlanması amacına matuf olarak üye devletler sponsor ve aile bireyleriyle görüşmeler yapabilir, gerekli

[86]Steve Peers, *op. cit*., s.156.

incelemelere başvurabilir. Evlenmemiş eşin başvurusu incelenirken ise ortak çocuğun varlığı, önceki birliktelikler, partnerlik kaydı gibi ispat araçları dikkate alınır.[87] Başvurular aile fertleri ülke dışındayken de yapılabilecektir. Ancak belli koşullar dahilinde, üye devletler başvuruları ilgili aile bireyleri ülkedeyken de kabul edebilir. Başvurular dokuz ayı geçmemek kaydıyla mümkün olan en kısa sürede neticelendirilmelidir. Ancak başvurunun karmaşıklığı dikkate alınarak bu süre uzatılabilir. Başvurunun reddi kararı gerekçeli olmalıdır ve bu durumda sponsor ve aile bireylerine karara karşı yasal direnme hakkı tanınmalıdır.

Direktif'in 6. maddesi üye devletlere yapılan başvuruları kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı gerekçeleriyle reddetme imkanı tanımıştır. Ayrıca aynı gerekçelerle üye devletler aile bireylerinin ikamet izinlerinin yenilenmesini reddedebilir veya geri alabilirler. Bu kararlar alınırken aile bireyince kamu düzeni ve kamu güvenliğine karşı işlenen suçların türü ve ciddiyeti veya sebep oldukları tehlike ve 17. maddede belirtilen aile ilişkilerinin niteliği ve sağlamlığı, ikamet süresi, orijin ülke ile olan sosyal ve kültürel bağlar ve orada ailesinin olup olmadığı unsurları göz önüne alınacaktır. Ancak salt hastalık veya maluliyetten dolayı kamu sağlığının tehdit altında olduğu gerekçesiyle bu kararlar alınamaz.[88]

Kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı gerekçeleriyle aile birleşmesi imkanının reddedilmesi, yenilenmemesi veya geri alınmasının yasal zemini her ne kadar belli kriterler getirilmeye çalışılmışsa da hala müphem ve üye devletlerin yabancı algılarına paralel olarak keyfi uygulamalara açıktır.[89] Kamu düzeni ve kamu güvenliği sebepleriyle aile birleşimi imkanının alınmasının açıklanabilir yönleri olsa

[87] *Ibid.*
[88] *Ibid.*
[89] Johanna Engström, *op. cit*., s.94.

da kamu sağlığı gerekçesiyle bireyi aile birleşimi hakkından mahrum etmek açıklanabilir değildir. Ayrıca buradaki çıkarılma sebepleri orantısal olmalıdır.[90]

Direktifte yer alan belli şartların yerine getirilmemesi veya kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı gerekçeleriyle önceden kalıcı-süreli ikamet hakkına sahip olan bir bireyin uluslararası kamu hukukuna göre vatandaşın sınır dışı edilememesi ilkesi de gözönüne alındığında, sınırdışı edilmesinin orantısal bir yaptırım olmayacağı kanısındayım.

Üye devletler başvuru sırasında sponsorlardan belli şartlara haiz olup olmadıklarını gösteren bir takım belgeler isteyebilirler. Bu şartlar Direktif'in 7. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre üye devletler sponsora kendisi ve ailesi için uygun olan ve ilgili üye devletteki genel sağlık ve güvenlik standartlarını karşılayan bir barınma imkanına, kendisi ve aile bireyleri için yaptırılmış tam kapsamlı bir sağlık sigortasına ve ilgili üye devletin sosyal yardım sistemine yük olmayacak düzeyde kendi ve aile bireyleri için yeterli ve düzenli bir gelire sahip olma şartı getirebilir. Ancak 16. madde bu şartların yerine getirilmemesi durumunda aile birleşmesinin tanınmayacağı ve ikamet izninin yenilenmeyeceğini düzenlerken, sponsorun yeterli geçim kaynağının olup olmadığının belirlenmesinde alıyor olduğu aile gelir yardımlarının da dikkate alınması gerektiğini hüküm altına almıştır. Aynı maddenin devamına göre üye devletler üçüncü ülke vatandaşlarına ulusal düzenlemelerinde yer alan entegresyon koşullarını karşılama yükümlülüğü getirebilirler.

Madde 13(2)'de aile bireylerine verilen ikamet izninin en az bir yıl olması ve yenilenebilir olması düzenlenmiştir. Bu zaman zarfı içinde Direktif'in belirlemiş

[90] *Ibid*.

olduğu rüşt yaşına ermiş olan çocukların durumunun akıbeti daha da netleştirilmeye muhtaçtır.[91] İkamet iznini yeniletmek için başvuru yapan aile bireylerinin önüne çıkarılan ve maddi güç gerektiren şartlar fakir üçüncü ülke vatandaşlarının aile birleşimini imkansız kılmakta, fakir ile zengin aile bireyleri arasında dolaylı ayrımcılık yapmaktadır.[92] Bu haliyle AİHS madde 14'ü ihlal ettiği savunulabilir.

Direktif'in 8. maddesi üye devletlerin sponsorun aile bireylerine aile birleşmesi hakkı tanımalarından önce, sponsorun o üye devlette yasal olarak belirli bir süre kalmış olması şartını getirebileceklerini ifade eder. Buna göre bu süre iki yılı geçemez.

Başvurunun kabul edilmesi halinde ne yapılacağı Direktif'in 13. maddesi tarafından hükme bağlanmıştır. Başvurunun kabul edilmesi halinde aile bireylerine ülkeye giriş izni verilmeli ve vize için gereken her türlü kolaylık sağlanmalıdır. Aile bireylerine verilecek olan ilk ikamet izninin süresi en az yenilenebilir bir yıl olmalıdır. Aile bireyine verilen ikamet izni süresi kural olarak sponsorun ikamet izninin sona eriş süresini geçemez.

Direktif'te 'müstakbel eş'e ilişkin bir hükmün yer almamasını tartışan bir yazar şunları ifade etmektedir:[93] Böyle bir hüküm çözümsüz ve gereksiz uygulamaları ve gecikmeleri önleyecek ve Direktif'e pratiklik kazandıracaktır. Bir kere aile bireylerine aile birleşmesi hakkı için yurtdışında başvurma düzenlemesi getiren bir sistem, üye devlette evlenmeyi imkansız kılmaktadır. Aile birleşmesi

[91]Caritas Europa, CCME, COMECE , ICMC, JRS, QCEA, *Position on the Amended EU Commission Proposal for a Council Directive on the right to family reunification [COM (2002) 225 final*, December 2002, s.5.
[92]Elizabeth Defeis, "International Weekend Panel on the Dual System of Human Rights: The European Union", *ILSA Journal of International & Comparative Law Nova Southeastern University Shepard Broad Law Center Bilingual Edition*, Vol. 14, No. 1 Fall 2007, s.18.
[93]*Ibid.*

amacıyla bir kimsenin evlenmeksizin ülkeye giriş yapması veya müstakbel eşle birlikte yaşaması dini veya başka sebeplerle mümkün olmayabilir. Pakistanlı Ahmadiyyas davasında evlilik dışı birlikte yaşayamayan ve Pakistan hukukunca şer'i hükümler gereği evlenmesi gereken bir kimse olan Ahmadiyyas için kendi ülkesi dışında evlenmek dini kuralları çiğnemek ve ihanet etmek manasına geliyordu. Böyle kimselerin aile birleşmesi yapacakları ülkede evlenmeleri bu kimseler için tek seçenektir.[94] Bu yüzden yazar Direktif'in evlilik imkanı veren kısa vadeli vize verilmesine yönelik bir hüküm içermesini savunmaktadır. Yazar muhtemelen üye devletlerin birinde yaşayıp ülkeyi terk etmeksizin orijin ülkede bulunan biriyle evlenip aynı anda aile birleşmesi hakkı elde etme imkanını savunmaktadır. Çünkü müstakbel eşlerin orijin ülkede evlenip aile birleşmesine başvurmaları pekala mümkündür. Ancak gelecek bir, üye devlete evlilik ve aile birleşmesine başvuru için giriş yapma iznini havi hüküm müstakbel eşlere ülkeyi terk etmeksizin ve kendi ulusal hukuklarını çiğnemeksizin evlenme ve aile birleşmesi yapma şeklinde pratik bir uygulama sağlayacaktır.

Direktif'in 14. maddesi uyarınca aile bireyleri eğitime, çalışma hayatına, mesleki rehberlik ve mesleki eğitime erişimde sponsor ile aynı statüde olmalıdırlar. Üye devletler aile bireylerinin çalışma veya serbest çalışma faaliyetinde bulunmalarını ulusal hukuk uyarınca belli şartlara tabi tutabilirler ancak bu şart bir süre ise 12 ayı geçmemelidir. Ayrıca madde üye devletleri birinci dereceden üst soyun ve evlenmemiş yetişkin çocukların çalışma hayatına girememeleri yönünde kısıtlamalar getirebilmekle yetkilendirmektedir. Sosyal güvenlik işbirliği kurallarını

[94]Pieter Boeles, "Directive on Family Reunification: Are the Dilemmas Resolved?",*European Journal of Migration and Law* 3: 61–71, 2001, s.68.

bu aile bireylerine de teşmil eden 859/2003 sayılı Tüzük[95] konunun ancak birden çok üye devleti ilgilendirmesi halinde uygulama alanı bulacaktır.[96]

Diğer kayda değer bir nokta da şudur: Alman hükümeti aile birleşmesi ile gelen üçüncü ülke vatandaşlarının çalışma hayatına girmelerinin ısrarla üye devletlerin münhasır yetki alanlarında olduğunu savunmuştur.[97] Ancak Direktif'in madde 14'deki düzenlemesi dikkate alındığında durumun hiç de öyle olmadığı aşikardır. Madde 14'e göre üye devlet aile bireylerine çalışma hayatına girmeleri için gereken şartları bir kere belirledi mi artık madde 14(2)'deki şart devreye girecektir. Yani bu şartlar, üye devletin işgücü pazarının durumunu inceleyeceği 12 ayı geçmeyen bir süre öngörmelidir. Çoğu üçüncü ülke vatandaşı ülkeye girişlerinden sonra bir yıldan itibaren çalışma hayatına geniş çapta erişim hakkına sahiptir.[98]

15. madde otonom ikamet hakkını düzenlemektedir. Buna göre aile birleşmesinden başka bir kapsamda ikamet izni elde edememiş eş, evlenmemiş eş veya rüşte ulaşan çocuğa gerektiğinde sponsordan bağımsız otonom ikamet izni, ikamet süreleri beş yılı geçmeden verilmelidir. Üye devletler bu hakkı 4(2). madde kapsamındaki akrabalara veya yetişkin çocuklara teşmil edebilir. Ayrılık, boşanma veya birinci dereceden alt veya üstsoyun ölümü halinde otonom ikamet izni gerektiğinde aile birleşmesi kapsamında gelenlere tanınabilir. Doğal olarak bu hakkın tanınması ve süresi ulusal düzenlemelere bırakılmıştır. Bu hakkın tanınması eşin veya birlikte yaşayan partnerlerin ayrılması halinde kısıtlanabilecektir. Benzer bir hüküm 16(1). maddede mevcuttur. Buna göre sponsor ve aile bireyleri artık

[95]Council Regulation (EC) No 859/2003 of 14 May 2003 extending the provisions of Regulation (EEC) No 1408/71 and Regulation (EEC) No 574/72 to nationals of third countries who are not already covered by those provisions solely on the ground of their nationality, *(OJ L 124, 20.5.2003)*
[96] Steve Peers, *op. cit*., s.159.
[97]Kees Groenendijk, *op. cit*., s.222.
[98]*Ibid.*

ailesel bağlarla ve evlilik bağıyla bir arada yaşamıyor iseler, sponsor veya evlenmemiş eş bir başkasıyla evlenmiş veya bir başkasıyla uzun süreli bir birlikteliğe sahipse ikamet izinleri yenilenmeyebilir ve başvuruları reddedilebilir. Direktif'te belirtilen otonom ikamet iznine ilişkin kısıtlamalar söz konusu olduğunda, devreye yarışan başka bir hakkı düzenleyen 2003/109 sayılı Uzun Süre Yerleşik Üçüncü Ülke Vatandaşlarının Statülerine İlişkin Direktif[99] girmektedir. Bu Direktif beş yıl yasal olarak ikamet ettikten sonra uzun süre yerleşik olan üçüncü ülke vatandaşına otonom bir statü tanımaktadır.[100]

Direktif'in 16/4 maddesinde hile, anlaşmalı evlilik/birliktelik ve evlat edinme olduğuna dair şüpheye mucip sebeplerin varlığı durumunda özel kontrol ve denetlemelere imkan tanınmıştır. Burada belirtilen tedbirlere kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde başvurulmazsa AİHS madde 8'de düzenlenen aile yaşamına ve gizliliğine saygı ilkesinin ihlal edilmesi muhtemeldir.

Ölüm, ayrılma veya boşanma gibi sebeplerden dolayı aile birleşimi ile gelen aile bireylerine belli şartlar dahilinde otonom bir ikamet hakkı tanıyan 15(3). maddesi isabetli olmuştur. Özellikle kocasının şiddetinden dolayı ayrılmak zorunda kalan kadınların mağdur olmaması için yerinde olan bu düzenlemede otonom ikamet hakkı elde etme için gereken belli şartlar Direktif'te yer almış olsaydı ve başvurunun neticelenmesi için minimum bir süre öngörülmüş olsa idi daha isabetli olurdu.[101] Bunun yanında böyle bir ikamet izni verilmesinin üye devletlerin takdirinde olması da göz ardı edilmemesi gereken bir ayrıntıdır.

[99]Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents, *(OJ L 16, 23.1.2004)*.
[100] Steve Peers, *op. cit*., s. 160.
[101]Kees Groenendijk, *op. cit*., s.222.

Direktif'in 18. maddesi yasal direnme hakkını düzenlemiştir. Bu maddeye göre aile birleşmesi başvurusunun reddedildiği ve aile birleşmesi hakkının yenilenmediği, geri alındığı veya kaldırıldığı durumlarda üye devletler sponsorve/veya aile bireylerine bu karara karşı yasal direnme hakkı tanımalıdırlar. Bu hakkın kullanılma usulü ve çerçevesi ulusal düzenlemelere bırakılmıştır.

Direktif'in tasarı aşamasında tartışılagelen zamanaşımını durduran sebeplere ilişkin şunlar söylenilebilir. Direktif'in muhtelif hükümlerinde sonunda hakkın kazanıldığı süreler mevcuttur. Bu sürelerin askeri hizmet, sağlık, öğrencilik veya doğum gibi sebeplerden ötürü sekteye uğrayabildiği malumdur. Mevcut sürelerin uğradığı bu kesintilerin zamanaşımını kesen mi veya durduran mı olduğunun yoksa bu kesintilerin süreden mi sayıldığının tespitine ilişkin hakça çözümler sunan bir Direktif hükmü yerinde olurdu. Ancak bu hükmün her halükarda bu kesintilerin zamanaşımını kesen kesintiler olmamasına yönelik olması gerekir. ABAD da muhtelif kararlarında bu konuya girmiş ve bu süreleri belli şartlar dahilinde hak kazandırıcı sürelerden saymıştır.[102]

Kimilerince aile birleşmesi imkanı elde edememiş kişilerin kendi ülkelerine geri dönmeleri gibi bir alternatiflerinin olduğu, dolayısıyla Direktif'in bu konuda yapacağı bir şey olmadığı ifade edilebilir.[103] Öncelikle ilgili üye devlete yerleşmiş olan bir kimsenin bulunduğu yeri terk edip dönmesi gerek ekonomik gerek de sosyal sebeplerden ötürü zor bir alternatiftir. Bunun yanında aile birleşmesi gibi önemli sosyal bir amaçla yapılan bir Direktif üye devlette yaşayan üçüncü ülke vatandaşına ülkeyi terk etmek gibi bir alternatif sunuyor veya en azından buna kapı aralıyorsa

[102] Juhani Lonnroth, 'The International Convention on the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families in the Context of Internetional Migration Policies', *International Migration Review*, Vol. 25, No. 4, s.22.
[103] *Ibid.*

amacına ne kadar matuf olduğu tartışılır.[104] Bu sebeple Direktif'in bu yönüyle AİHS madde 8'de yerini bulan aile yaşamına saygıyı ihlal ettiği bir gerçektir.

Direktif'in Çocuk Hakları Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı, Göçmen İşçilerin Yasal Statülerine İlişkin Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi sözleşmelere atıflar yapmasının Topluluk kurumlarını bu enstrümanlara başvurma ve Direktif hükümlerini bunlara göre yorumlama imkanı verdiği ifade edilmektedir. Bu da etkili bir tenfizden yoksun olan bu enstrümanların bu özelliklerinin Direktif hükümlerine sirayet etmesine sebep olduğu iddia edilmektedir.[105]

Ön karar prosedürü ile ABAD önüne gelen bir dava olan Chakroun Davası'nda[106] Divan'a Hollanda mevzuatına ilişkin iki soru sorulmuştur. 2003/86 sayılı Direktif'in 7(1)(c). maddesinin yorumlanmasına ilişkin olayımızda Mahkeme kural olan bu hükmü katı ve genişletici yoruma tabi tutmuş, ulusal mahkemeyi Direktif'in amacı olan aile bileşmesinin etkinliğini zedeleyecek bir yorumdan korumuştur. Direktif'in 7(1)(c). maddesi sponsorun ev sahibi üye devletin sosyal yardım sistemine yük olmaksızın düzenli ve yeterli bir gelire sahip olmasını şart koşmaktadır. Hollanda düzenlemesi ise sponsor düzenli ve yeterli bir gelire sahip olsa da, aile birleşmesi hakkından yararlanması için istisnaen ortaya çıkan temel yaşam gereksinimleri için bile devletten yardım almama koşulu getirmektedir. Dava konusu olan ilk husus da burada ortaya çıkmaktadır. Ulusal mahkeme bu tarz bir düzenlemeye sahip Hollanda yasasının Direktif'e uygun olarak nasıl yorumlanacağını sormaktadır.

---

[104] *Ibid*. s.23
[105] Kees Groenendijk, *op. cit.,* s.221.
[106] *Rhimou Chakroun ve Minister van Buitenlandse Zaken,* C-578/08-Ön Karar Prosedürü, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) 2. Dairesi, 4 Mart 2010.

Direktif'in dibacesinin 2. paragrafı uyarınca aile birleşmesine ilişkin önlemler aileyi koruma ve aile yaşamına saygı yükümlülüğüne uygun olarak alınmalıdır. Direktif temel hakları korur ve İnsan Hak ve Özgürlüklerini Korumaya İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 8. maddesindeki ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'ndaki ilkeleri gözetir. Buna göre de başta Direktif'in kendisi ve özellikle 7. maddesi temel haklara ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Şartı'nda yer alan aile yaşamına saygı ışığında yorumlanmalıdır. Ayrıca AB Antlaşması 6. maddeye göre AB, Şart'ta yer alan hak, özgürlük ve ilkeleri gözetmektedir.

Divan Direktif'in dibacesinde de vurgulanan bu ilkeleri hatırlatarak Direktif'te yer almamasına rağmen istisnaen temel yaşam ihtiyaçları için özel yardım alan sponsoru aile birleşmesi hakkından mahrum eden ilgili Hollanda yasasının bu yorum ve uygulamasını Direktif'e aykırı bulmaktadır. Ayrıca altındaki miktarlarda tüm aile birleşmesi başvurularının reddedileceği minimum bir gelir düzeyi belirlemenin Direktif'in amacına aykırı düşeceğini, her olayda referans alınacak bir miktarın belirlenmesinin daha uygun olacağını ve her olayda yeterli ve düzenli gelirin miktarının münhasıran saptanması gerektiğini ifade etmiştir.

İkinci olarak ABAD'a, ilgili gelir şartının miktarını belirlemede aile bağının ülkeye girişten önce veya sonra kurulmasını esas alan ulusal düzenlemenin Direktif'e uygun yorumu sorulmuştur. ABAD burada da genelde Direktif'te özelde de 2(d) ve 7(1)(c). maddelerinde böyle bir uygulamaya yönelik bir hüküm olmadığı gerekçesiyle aile bağının kurulma zamanını esas alan ulusal düzenlemenin olaya uygulanmasını reddetmiştir.

Divan'ın genel olarak davada AB yasa koyucusunun ilgili ulusal düzenlemelerin uygulamaları istikametinde bir iradesinin yokluğunu dikkate alması

ve Direktif'in hükümlerini kısıtlayıcı bir şekilde yorumlamaması ve dolayısıyla etkinliğini bu yolla azaltmaması isabetli tutumdur.

3.2. Uluslararası Mekanizmalarda Aile Birleşmesi ve Birlik Mekanizmaları

3.2.1. Uluslararası Düzeyde ve Avrupa Düzeyindeki Anlaşma ve Sözleşmelerde Aile Birleşmesi

Uluslararası düzeyde ve Avrupa düzeyinde yapılmış pek çok anlaşma konuyu ele almanın yanında 'mümkün olduğunca aile birleşmesini kolaylaştırma' hükmünü içermekte; taraf devletler için açık bir yükümlülük getirmemektedir.[107] Diğer birtakım anlaşmalar ise aileyi toplumun en küçük yapı taşı olarak tanımlayıp, üye devletlere bu yapı taşına saygı gösterme, koruma ve destekleme gibi soyut bir yükümlülük yüklemeyi öngörmektedir.[108] Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslar arası Sözleşmesi[109] madde 10, Kültürel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi[110] madde 23, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi[111] madde 16, Çocuk Hakları Sözleşmesi[112] madde 8, Göçmen İşçiler ve Aile Bireylerinin Korunması Sözleşmesi[113] madde 44 her ne kadar aile yaşamına saygı ve müdahalenin önlenmesi,

---

[107] Steve Peers, s. 161.

[108] *Ibid.*

[109] International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966

[110] The United Nations International Covenant on Civil and Political Rights, <http://www.hrweb.org/legal/cpr.html>, Erişim Tarihi: 04.01.2011.

[111] The Universal Declaration of Human Rights, <http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml>, Erişim Tarihi: 04.01.2011.

[112] Convention on the Rights of the Child, <http://www.unicef.org/crc/>, Erişim Tarihi: 04.01.2011.

[113] *Çalışma için Göç Konulu Recommendation No. 86* paragraf 15/1 şunu der: "Çalışmak için gelen göçmeni aile bireylerinin kendisine katılması konusunda yetkilendiren bir hükme havi anlaşma yapılmalıdır."
1975 Göçmen İşçiler Sözleşmesi madde 13/1 şunu der: "Bir üye yetkisi dahilindeki tüm gerekli önlemleri alabilir ve ülkesindeki göçmen işçilerin aile birleşmesini kolaylaştırma maksatlı diğer üyelerle işbirliği yapabilir."

ailenin korunması ve desteklenmesi üzerine bir takım hükümler içerse de, aile birleşmesini havi değildir. ILO'nun bazı sözleşmeleri aile birleşmesine ilişkin somut ifadelere yer vermektedir. ILO mekanizmalarının yanında konuyu biraz daha somut ele alan BM mekanizmaları da mevcuttur. Bunlardan Çocuk Hakları Sözleşmesi[114] ve Göçmen İşçiler ve Aile Bireylerinin Haklarının Korunması Uluslararası Sözleşmesi[115] taraf devletlere takdir yetkisi vermenin ötesinde yükümlülük yüklemektedir. Avrupa düzeyinde yapılmış sözleşmelerden Avrupa Sosyal Şartı[116] ve Göçmen İşçilerin Yasal Statülerine İlişkin Avrupa Sözleşmesi[117] aile birleşmesini ilke düzeyinde kabul etmekle yetinmektedir. Bütün bu sözleşme ve anlaşmaların bir ortak özelliği taraf devletler ilgili hükümlerde öngörülen yükümlülükleri ihlal ettiğinde, ihlale maruz kalanların başvuracakları yasal bir hukuki mekanizmanın olmayışıdır.

3.2.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararlarında Aile Birleşmesi

Konuya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(AİHS)'nde belli hükümler yer alsa da, daha çok Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi(AİHM) içtihatlarında daha zengin ve konuya ışık tutacak malzemeler mevcuttur. Konuya ilişkin temel kararlara göz atacak olursak; Abdulaziz v. İngiltere kararında[118] AİHM, Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında aile birleşmesi hakkının ancak başka bir yerde birlikte

---

1975 Göçmen İşçiler Konulu Recommendation No. 151 şunu der: "Göçmen işçilerin aile birleşmesini mümkün olduğunca hızlı ve kolaylaştıran tüm gerekli önlemler çalıştıran ve orijin devlet tarafından alınmalıdır."

[114]Madde 10/2: "Çocuk veya ebeveyni tarafından ülkeye aile birleşmesi amaçlı yapılan başvurular taraf devletlerce olumlu, insancıl ve hızlı bir şekilde ele alınmalıdır."

[115]Madde 44: "Göçmen işçilerin aile birliklerini garanti eden uygun önlemler taraf devletlerce alınmalıdır."

[116]Madde 19/6: "Ülkeye girişi izin verilen yabancı işçinin aile birliği mümkün olduğunca kolaylaştırılmalıdır."

[117] Göçmen İşçilerin Hukuki Statüsü Hakkında Avrupa Sözleşmesi, <http://www.avrupakonseyi.org.tr/antlasma/aas_202o.htm>, Erişim Tarihi: 05.01.2011.

[118]*Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. UK*, judgement of 24.04.1985, Case No. 15/1983/71/107 109, paras. 10-24.

yaşamanın mümkün olmadığının ispatı halinde tanınabileceğine hükmetmiştir. Ayrıca bu kararla Mahkeme ilk kez 'aile yaşamı' kavramının 'aile kurma' ve 'birlikte yaşama'yı havi olduğunu belirtmiştir. Mahkeme Gül v. İsviçre kararında[119] madde 8'in yabancıların birlikte yaşayacakları yeri seçme hakkı tanımadığını yinelemiştir. Ahmut v. Hollanda kararında[120] ise Mahkeme bir ülkede yaşayan yabancının kendi ülkesinde aile birleşmesi imkanı varken, aile bireylerinin kendine katılmasını kabul etmemiştir. Sen v. Hollanda kararında[121] Mahkeme ülkede yaşayan yabancının aile birleşmesinin tek yolunun ülkeye terk etmek olması gibi bir duruma düşürülmesinin madde 8 ihlali olacağı kanısına varmıştır.

3.2.3. Direktif ile AİHS'nin 8. Maddesi'nin Karşılaştırılması

Direktif ile AİHS madde 8'i kıyasladığımızda Direktif ilgililere ülkeye giriş ve ikamet iznini havi bir aile birleşmesi hakkını doğrudan etkili olarak tanımaktadır. Ancak AİHS madde 8 belli bir ülkede aile birleşmesi elde etmek üzere giriş ve ikamet hakkı vermemektedir. Direktif AİHM'nin kararlarının kısmen kodifiye edilmiş hali diyebiliriz. Mesela Direktif'in 17. maddesi, AİHM içtihatlarının ürünü olan kriterlerden müteşekkildir. AİHM kararlarında aile birleşmesi meselesi ele alınırken esas olanın devletin bu konulardaki egemenliği olduğunu vurgular ve madde 8'in bu egemenliğe belli sınırlar getirdiğine hükmeder.[122] Direktif madde 17'de ise esas olan Topluluk hukuku altında yer alan aile birleşmesi hakkıdır ve madde 17'deki kriterler bu hakkın kısıtlanmasının meşrulaştırılabilir olup olmadığının tespitinde kullanılır. AİHS madde 8'de taraf devletler için getirilen

[119] *Gül v. Switzerland*, judgement of 19.02.1996, Case No.559645/93.
[120] *Ahmut v the Netherlands*, judgement of 26.10.1996, Case no. 21702/93.
[121] *Sen v the Netherlands*, judgement of 21.12.2001, Case no. 3145/96.
[122] Herlin-Karnell, Ester. (2010), *CASES: European Arrest Warrant Cases and the Principles of Non-discrimination and EU Citizenship*, The Modern Law Review, s.831.

minimum standartlar mevcuttur. Direktif'te ise üye devletleri bağlayan minimum standartların yanında ulusal mevzuatları birbirleriyle uyumlaştıran bir yön de vardır. Bununla birlikte AİHS Topluluk hukukunun bir parçasıdır ve yapılan düzenlemeler AİHS ve ilgili içtihatlarla uyumlu olmalıdır. Direktif veya ulusal hukuka geçirilmiş hali ulusal düzeyde ve uluslar üstü düzeyde yargı denetimine tabidir.

3.2.4. Çocuk Hakları Sözleşmesi ve AB Temel Haklar Şartı'nda Çocuk

Çocuğun aile birleşiminde farklı enstrümanlarda çocuğun yaşı, özel durumları ve akrabalarına bağımlılığı göz önünde bulundurulur. Çocuk Hakları Sözleşmesi aile yaşamına saygıyı kapsar ve bu meyanda çocuğun en iyi gelişimi için aile çevresinde bulunmasını zaruretini kabul eder.[123] Bu gerçekler muvacehesinde madde 9 taraf devletlere ebeveynin rızası olmadan çocuğun aileden koparılamama yükümlülüğünü yükler. 10. maddede ise bu aile birleşmesi başvurularının taraf devletlerce en insancıl, masrafsız ve olumlu bir şekilde çözümlenmesi ile onları yükümlendirir. AB Şartı madde 7 de aynı şekilde aile ve özel yaşama saygıyı düzenlemiştir. Özellikle bu madde çocuğun en üstün çıkarını hedef alan 24(1). ve belli bir aile çevresinde yaşama ihtiyacını tanıyan 24(2). maddeleri ile birlikte ele alınıp yorumlanmalıdır. Bütün bu belirtilen enstrümanlar çocuğun en üstün çıkarını ele alan ve onun aile birleşmesi hakkını düzenleyen hükümlerdir. Ancak mezkur enstrümanlarda diğer aile bireyleri için, ülkeye girişi mümkün kılan mutlak bir hak ve üye devletlerin bu konuda takdir yetkilerini bertaraf eden bir fırsat oluşturulmamıştır. Kaldı ki 'Direktif madde 4(1) belli durumların vukuunda üye devletlere takdir hakkı vermeyecek şekilde açık ve net aile birleşmesi hakkı ihdas etmektedir.'[124] ABAD'ın bu

[123]Pieter**,**Boeles, *Directive on Family Reunification: Are the Dilemmas Resolved***?,** European Journal of Migration and Law 3: 61–71, 2001, s.66.
[124]*Ibid.*

yorumundan şu çıkarılabilir ki ABAD'ın aile birleşmesi hakkı kavramından ne anladığında AB Temel Haklar Şartı ve Çocuk Hakları Sözleşmesi etkili enstrümanlardır.

İKİNCİ BÖLÜM

AİLE BİRLEŞMESİNE İLİŞKİN AVRUPA BİRLİĞİ MEVZUATINA ELEŞTİRİLER

1. Aile Birleşmesinin Birlik düzeyinde Ele Alınmasının Ulusal Göç Yasalarını Liberal Bir Çizgiye Yaklaştırması ve Üye Devletlerin Ulusal Düzenlemelerinde Görülen Olumlu Yenilikler

Avrupa Birliği'nin aile birleşmesi konusunda Birlik düzeyinde düzenlemelere gitmesi üye devletlerin ulusal göç yasalarında olumlu yönde değişiklikler meydana getirmiş, hatta düzenlemelerin sunduğu asgari korumadan daha ileri düzeyde ulusal hükümlerin oluşmasını sağlamıştır. Ulusal düzenlemelerde henüz yer almayan belli bazı konuların Direktiflerin kapsamında yer alması ulusal parlamentolarda konuya duyulan farkındalığı artırmış[125] ve ilgili hükümlere üye devlet mevzuatlarında yer verilmeye başlanmıştır. Bununla birlikte düzenlemelerin içerdiği minimum standartlar ulusal mevzuatlarını direktiflerin sunduğu minimum düzeye çekmek isteyen üye devletler bakımından bir sınır teşkil etmiştir. Ayrıca ulusal düzenlemeleri ilgili minimum standartların altında olan üye devletlerin bu düzenlemeleri Birlik mekanizmaları sayesinde liberal bir konsept kazanmıştır.

1.1. Minimum Standart Yaklaşımının Pozitif Etkisi

Aile birleşmesine ilişkin ilgili Direktiflerin en büyük başarısı bağlayıcı hükümlerinin en azından çoğu üye devlet tarafından ulusal düzenlemelere geçirilmesidir. Özellikle aile bireylerinin çalışma, serbest çalışma, eğitime, mesleki rehberlik, ilköğretim ve sonrası eğitime sponsor ile aynı statüde katılmaya

[125]Margearethe Schmidth, ***Family Reunification Analysis of The Directive 2003/86/EC on the Right to Family Reunion in the Context of the European Immigration Policy***, European Internation Studies, Nice, 2005-2006, s.56.

yetkilendirilmesi üye devletlerin eski düzenlemelerinde olmayan ancak yeni yeni düzenlemelere girmeye başlayan fırsatlardır. Küçüğün en iyi çıkarını dikkate almaya yönelik hükümler ve vize kolaylıklarına ilişkin hükümler üye devletlerin ulusal düzenlemelerinde önceden görmediğimiz yeniliklerdir.[126]

1.2. Mültecilere İlişkin Ulusal Hükümler

Bazı üye devletlerde Direktif'in mültecilerin aile birleşmesine ilişkin hükümleri Direktif'ten daha lehe sonuçlar doğurmuştur.[127] Örneğin kimi ülkelerde mültecilere tanınan aile birleşmesi hakkı Direktif'in aksine ek koruma(subsidiary protection) altında olanlara da teşmil edilmiştir. Koruma altında olmayan yalnız ve küçük mülteciler için ebeveynleriyle birleşimi hakkı tanınması ise üye devlet raporlarında temel bir gelişme olarak kaydedilmiştir.

1.3. Sponsor İle Eşit Muamele

Direktif'te düzenlenmiş olan aile bireylerinin eğitim, mesleki eğitim ve çalışma hayatına sponsorla aynı düzeyde katılabilmesi eşit muamele ilkesine uygun bir hamledir. Direktif'in ilk tasarısında[128] yer alan ama daha sonra kaldırılan ve aile bireylerine AB vatandaşlarıyla eşit düzeyde eğitime ve çalışma hayatına katılma hakkı veren düzenleme eşit muamele ilkesine daha uygun ve yerinde bir düzenlemeydi.

---

[126]Groenendijk, Fernhout, Dam, Oers, Strik, "The Family Reunification Directive in EU Member States the First Year of Implementation", Nijmegen, *Centre for Migration Law*, Radboud University Nijmegen,2007, s.62.
[127]*Ibid.*
[128]COM (2002) 225 final

1.4. Örnekler

Direktif'in iç hukuka aktarımı sayesinde daha lehe düzenlemeler elde eden üye devletlerin uygulama ve mevzuatları şu şekildedir: Finlandiya, İtalya ve İsveç'te küçüğün en üstün çıkarı yönünde kuralların dahil olması eski uygulamaları liberalleştirmiştir.[129] Yine Avusturya, Finlandiya ve İsveç'te aile bireylerinin çalışma hayatına girişlerini artırıcı düzenlemeler getirilmiştir. Estonya, Yunanistan, Macaristan ve İtalya gibi birçok devlette mültecilerin aile birleşimi konusu Direktif'ten önce ihmal edilmekteydi. Bunlar dışındaki diğer üye devletlerde ise Direktif mültecilerin aile birleşmesi için daha lehe sonuçlar doğurdu. Kimi ülkelerde ise mültecilere tanınan aile birleşmesi hakkı Direktif'in aksine ek koruma(subsidiary protection) altında olanlara da teşmil edilmiştir. Koruma altında olmayan yalnız ve küçük mülteciler için ebeveynleriyle birleşimi hakkı tanınması ise üye devlet raporlarında temel bir gelişme olarak kaydedilmiştir.[130] Aile bireyleri için otonom ikamet izni ise Avusturya ve Finlandiya için yeni bir gelişmedir. İsveç'te evlilik veya mevcut ailesel ilişkinin sıhhatinin sistematik ve peryodik olarak kontrolü uygulamasının terki Direktif'in sağladığı olumlu bir sonuçtur. Avusturya'da ise Direktif ulusal mevzuatın giriftliğinin giderilmesini sağlamıştır. Buna göre Avusturya'da artık aile birleşmesi hakkı sponsorun farklı hukuki sonuçlar doğuran bulunma amaçlarına veya sponsorun ilk giriş yaptığı tarihe bağlı olmayacaktır.[131]

Avusturya, Finlandiya, Estonya, Çek Cumhuriyeti, Macaristan, İtalya, Slovakya ve İsveç'te iç hukuka aktarımdan önce, ulusal otoriteleri hakkın verilmesinde kodifiye edilmiş kurallarla takyit etmektense geniş takdir yetkisi veren

[129]Margearethe Schmidth, *op. cit*., s. 68.
[130]*Ibid.,* s.70.
[131]Groenendijk, Fernhout, Dam, Oers, Strik, *The Family Reunification Directive in EU Member States the First Year of Implementation*, Nijmegen, Centre for Migration Law, 2007, s.60.

müphem, muğlak ve katı ulusal mevzuatlar daha insan hakları eksenli bir çizgiye kavuşmuştur.[132]

2. AİLE BİRLEŞMESİNİN BİRLİK DÜZEYİNDE ELE ALINMASININ ULUSAL GÖÇ YASALARINI UYUMLAŞTIRMASI

Aile birleşmesine ilişkin düzenlemelerin üye devletlere takdir yetkisi vermenin yanında bu takdir yetkilerine belli sınırlar getirmesi ve minimum standartlar belirlemesi ulusal mevzuatların birbiriyle uyumlu hale gelmesine hizmet etmiştir. Ayrıca ilgili direktiflerin iç hukuka aktarımı sürecinde üye devletler birbirlerinin tutumunu izlemiş ve bunları dikkate almıştır.[133] Bu da ulusal göç yasalarının uyumlaştırılmasında etkili olmuştur.

2.1. Direktif'in Ulusal Düzenlemelerin Harmonizasyonunda Etkisi

Direktif'in ulusal göç yasalarına olan en büyük etkisi farklılıklarını bertaraf edip onları birbirleriyle uyumlaştırmasıdır. Öncelikle Direktif bunu geniş bir alanda minimum standartlar belirlemesi ile mümkün kılmıştır. Üye devletler Direktif'in koymuş olduğu bu minimum standartlar üzerinden aile birleşmesi hakkını ayrıntılandırmışlardır. Ayrıca Direktif katı göç politikalarının tezahürlerini bu yolla gidermiştir. İkinci olarak Direktif bu işlevi üç maddesinde yer alan standstill hükmü sayesinde yerine getirmiştir. Madde 8'deki standstill hükmüne sadece Avusturya başvurabilmiş olsa da bu üç maddedeki standstill hükmü üye devletleri ilgili konularda daha kısıtlayıcı düzenlemeler yapmaktan menetmiştir. Üçüncü olarak hem Direktif'in hem de ulusal mevzuatın müzakereleri aşamasında üye devletler

[132] *Ibid.,* s.59.
[133] StevePeers, *"Family Reunion and Community Law",* Neil Walker (ed), Europe's Area of Freedom, Security and Justice , Collected Courses of the Academy of European Law, XIII/2, 2004, s.170.

birbirlerinin tutumunu görmüş, dikkate almış ve hatta kopyalamış[134] ki bu da ulusal mevzuatları harmonize etmiştir. Belçika, Fransa, Almanya ve Hollanda gibi kimi üye devletler kendi mevcut koruma düzeylerini, Direktif'in sunduğu minimum düzeye çekmek suretiyle uyumlaştırmışlardır.[135] Şu da eklenmelidir ki burada zikredilen ve uyumlaştırmaya hizmet eden dört yolun hepsi de aile birleşmesi hakkının korunma düzeyini artırıcı etki sağlamamış sadece ulusal mevzuatları harmonize etmekle yetinmiştir.

2.2. Yüksek Vize veya Başvuru Ücretleri

Direktif üye devletlerin bazı haksız uygulamalarını, takdir yetkilerine bırakmadığı kesin maddeleri sayesinde son vermiştir. Bu yönüyle ulusal mevzuatları daha insancıl bir çizgiye çekmiş ve onlara aile birleşmesi meselesinde insan hakları merkezli bir yaklaşım benimsetmiştir. Buna örneklemek gerekirse; orantısal olmayan vize veya başvuru ücretlerini bertaraf etmesini misallendirebiliriz. Hollanda'da ikamet izinleri için öngörülen ücret birkaç defa artırılmış, gerekçe olarak da başvuranın göç hizmetlerini karşılaması gerektiği ifade edilmiştir.[136] Ancak bunun arkasında göçün önüne konan finansal bir engel amacının olduğu aşikardır. Şu anda Hollanda'da ikamet izni ve vize ücreti toplam 1600 Avro'dur. Amsterdam yerel mahkemesi yakın zamanda beş çocuğuyla birlikte ikamet iznini yenilemek isteyen Faslı bir babanın 2290 Avro ödemek zorunda bırakılmasını AİHS madde 8 ve

[134] *Ibid.*
[135] *Ibid*., s.172.
[136] Johanna Engström, "Recent and potential future developments in judicial protection in the European Area of Freedom, Security and Justice", *ERA Forum* (2009) 9: 487–494, DOI 10.1007/s12027-009-0110-y.

Direktif'e aykırı bulmuştur.[137] Zira Direktif böyle bir ücret ödetmek gibi bir yükümlülük yükletmemekte ve orantısız ve aşırı ücretlere de izin vermemektedir.

3. AİLE BİRLEŞMESİNİN BİRLİK DÜZEYİNDE ELE ALINMASININ ULUSAL PARLAMENTOLARDA KONUYA DUYULAN FARKINDALIĞA ETKİSİ

Göç politikaları ve aile birleşmesine ilişkin mevzuatlar üye devletlerin meclislerinde tasarı aşamalarındayken, parlamenterlerce sunulan belli kısıtlayıcı ve katı tekliflerin reddedilmesinde kullanılan en büyük argüman bunların Direktif'e aykırı oluğu şeklinde olmuştur.[138] Birliğin Aile Birleşmesi düzenlemeleri gerek Birlik düzeyinde tasarı aşamasında, gerek iç hukuka aktarım aşamasında siyasi iradelerdeki bilinci ve konuya duyulan farkındalığı artırmıştır.

4. ULUSAL DÜZENLEMELERİN DİREKTİFLERİN SUNDUĞU ASGARİLER ÜZERİNDEN BELİRLENMESİ İLE KISITLAYICI GÖÇ YASALARININ OLUŞUMU VE ÜYE DEVLETLERİN TAKDİR YETKİLERİNİ SUİSTİMALİ

Birliğin aile birleşmesi direktiflerinin içerdiği minimum düzey kimi göç yasalarının bu minimum düzey üzerinden revize edilmesine sebep olmuştur. Asgarileri belirtip daha lehe düzenlemeleri üye devletlerin takdirine bırakan Birlik düzenlemeleri üye devletlerin mevzuatlarını bu asgariler üzerinden belirleme temayüllerini öngörememiştir. Mevcut koruma düzeyleri daha ileri olan kimi ulusal düzenlemeler böylece daha kısıtlayıcı hale gelmiş, bu da ev sahibi üye devlette bulunan göçmenlerin mağdur olmasına sebep olmuştur. Birlik yasa koyucusu üye

[137]Kees Groenendijk, *op. cit*., s.222.
[138]K. Groenendijk, R. Fernhout, D. van Dam, R. van Oers, T. Strik, *op. cit*.,s.64.

devletleri daha lehe düzenlemeler geliştirme konusunda takdir yetkisi bırakmaktansa, bu takdir yetkilerinin suistimal edilebileceğini öngörüp Birlik hükümlerinin lafzını buna göre belirlemeliydi. Bu öngörüsüzlük neticesinde üye devletlerce aile birleşmesini kimileri için imkansız kılan başvuru ve vize ücretleri, bekleme süreleri veya birtakım ek koşullar ihdas edilmiştir.

Bununla birlikte kısıtlayıcı göç yasalarının ortaya çıkışının en önemli sebeplerinden bir tanesi olarak düzenlemelerde kapsayıcı bir 'standstill' hükmünün yer almayışıdır. Ev sahibi üye devlette kalıcı ikamet etme hakkı elde etmede makul beklentiye sahip olanlar bu eksiklik nedeniyle mağdur edilmektedir.

4.1. Üç Yıla Varan Bekleme Süreleri

Direktif'in 8. maddesinde karar vermek için ucu açık olarak, dokuz aylık bekleme süresi düzenlenmiştir. Bu süre kanımca gayet uzundur. Üye devletlerin bu süreyi kimi durumlarda üç yıla çıkarmaları da mümkündür. Bu sürenin uzaması ihtimali göz önünde bulundurulduğunda süreye ilişkin bu hüküm konuyu makul sınırlarda düzenlememiştir.

4.2. Vize ve Başvuru Ücretleri

Aile birleşmesine ilişkin olan söz konusu direktiflerde vizeye ilişkin bir kolaylık hükmü yer alsa da bu kolaylığın yeterli açıklıkta düzenlenmemiş olmasının üye devletlerce suistimal edildiği görülmektedir. Kimi üye devlete aile birleşmesi amacıyla başvuranlar için harç ve gider başlığı altında alınan ücret Belçika ve İspanya'daki gibi sembolik iken, kimi üye devletlerce alınan ücretler 600-700 Avro gibi yüksek ve başvurma iradesinden vazgeçirici niteliktedir. Danimarka, İtalya ve Portekiz'de ise bu uygulamanın tam tersine ücret alınmamaktadır. Yunanistan ve

Slovakya'da ise çocuğun en üstü çıkarı ilkesine de uygun olarak çocuktan aile birleşmesine başvuru için herhangi bir ücret alınmamaktadır. Macaristan gibi kimi ülkelerde ise ikili ve çoklu anlaşmalar, başvuranın kötü yaşam şartları veya ilgili ülkeden burs alıyor olması sebeplerinden ötürü başvuru ücreti alınmamaktadır.[139] Kısaca genelde başvurunun sponsora maliyeti 50-150 avro arasında değişirken bu miktar Hollanda, İngiltere ve Kıbrıs'ta 500-850 Avro arasında değişmektedir.

4.3. Standstill Hükmü

Minimum düzeyde standartlar belirleyen Direktif'in bazı hükümleri hariç 'standstill' hükmü içermemesi, Direktif'in üye devletlerin meyilli oldukları 'race to bottom/en aşağıya doğru yarış' refleksini görememesi adına basiretsizliğidir.[140] Direktif'te standstill hükmü sadece 4(1). maddesindeki 12 yaşın üzerindeki çocuklara ilişkin hükmü ile 4(6). maddesindeki 15 yaş üzerindeki küçüklere ilişkin maddesinde vardır. Buna göre bu maddelerde sunulan seçenekler Direktif'in iç hukuka geçirilmesinden önce ulusal düzenlemelerde zaten var olan bir hükümle mümkün olacaktır. Birliğin dinamoları denebilecek gerek Almanya'nın, gerekse Fransa'nın yeni düzenlemelerine bakıldığında kimi hükümleri itibariyle önceki göç kanunlarından çok daha kısıtlayıcı bir hale geldikleri görülecektir. Bu konuda Direktif'te yer alacak bir standstill hükmü dibacede belirtildiği gibi sadece üye devletlerin göç politikalarını harmonize etmekle kalmayacak, aynı zamanda üçüncü ülke vatandaşlarına AB vatandaşlarına tanınan benzer haklar da tanınmış olacaktı. Standstill hükmü Direktif'in tasarı halindeyken tartışılması aşamasında üye devletlerin aile birleşmesi mevzuatlarını harmonize etme hedefiyle uyumsuz olacağı için karşı çıkılmıştı. Ancak üye devletlerin aile bireylerini koruma düzeylerini

[139] *Ibid*., s. 48.
[140] Margearethe Schmidth, *op. cit.,* s.68.

düşürmelerini önleyen böyle bir hükmün nasıl bu hedefe uygun olamayacağını anlamak güçtür. Çünkü mevcut düzenlemelerinin lehe hükümlerinin korunması hem zaten ilgili ülkede yaşayanlar ve aile birleşmesi hakkı için makul beklentide olanlar için bir hak kaybına uğramalarını önleyecek, hem de minimum düzeyde standartlar belirleyen Direktif'in bu standartlarını en az minimum düzeyde benimseyen üye devletlerin ulusal mevzuatlarının yakınlaşması amacına engel olmayacaktır. Ayrıca olması gereken bir standstill hükmü Direktif'te izin verilen daha lehe düzenleme yapma veya içerme hükmüyle uyumlu olacaktır. Bunun yanında Direktif doğası gereği her şeyi düzenleyebilen ayrıntıda olamayabilir. Bunu öngörmesi gereken yasa koyucu Direktif'e bir Standstill hükmü koymak suretiyle ayrıntılandıramadığı veya düzenleme alanına alamadığı konuları havi ulusal düzenlemelerin mevcut hükümlerini korumaları suretiyle bu boşluğu doldurmuş olurdu. Ayrıca bir ülkede yaşayan kişilerin mevcut lehe hukuki düzenlemelerden, müktesep bir hak elde etmemiş olsalar bile, makul bir beklenti ve güven içinde olmaları hukuk devleti ilkesine daha uygundur.[141] Yani üye devletlerin bu alanda zaten var olan belli koruma düzeylerini muhafaza etmeleri önemlidir. Tasarı aşamasında konulması noktasında direnilen bir Standstill hükmü Konsey'in Direktif'in koruma alanını daraltan yaklaşımını da boşa çıkarırdı.[142] Kısaca Standstill hükmünün birkaç maddesi hariç Direktif'te yer almaması AB yasa koyucunun bu sonuçları öngörememesinin neticesidir.

[141] *Ibid.*

[142] Pieter Boeles, "Directive on Family Reunification: Are the Dilemmas Resolved?", *European Journal of Migration and Law* 3: 61–71, 2001, s.67.

4.4. Yasal Direnme Hakkı

Madde 18'de belirtilen yasal direnme hakkının kullanılması durumunda üçüncü ülke vatandaşı aleyhine kararın infazını durduran bir hükmün yer almaması Direktif'in bir eksikliliğidir, zira böyle bir hükmün yokluğu geri dönülemez mağduriyetlere sebep olabilir.[143] Direktif'in aile birleşmesi başvurusunun reddedilmesine karşın yasal direnme hakkı tanıyan ve bu hakkı kullanmak için gerekli usulü üye devletlere bırakan 18. maddesine daha hakça bir hüküm eklenebilirdi. Aile birleşmesi hakkı reddedilen, yenilenmeyen veya geri alınan bir kimseye karşı kararın anında uygulanması o kimsenin geri dönülmez bir şekilde mağdur olmasına sebep olabilir. Bunun için üçüncü ülke vatandaşları için belki kararın infazının yasal direnme aşamasında durdurulmasına ilişkin yükümlülük yükleyen bir paragraf eklenebilirdi ki buna benzer bir hüküm AB vatandaşları lehine tanınmıştır.

Ayrıca Direktif'in yargısal denetimi düzenleyen 18. maddesinin lafzı müphemdir. Yargısal denetimin objektif bir düzeyde olması gerekirken, ilgili değerlendirme kriterleri müphem bırakılmak suretiyle sübjektif/öznel kalmıştır.[144]

4.5. Direktif'in 7. Maddesindeki Şartlar

Bunun yanında madde 7'de istenilen barınma imkanı, düzenli ve yeterli gelir, sağlık sigortasından ibaret olan şartların başvurunun verildiği anda mı yoksa ilgili başvuru prosedürünün devam ettiği sürece mi gerektiği muğlaktır. Burada sponsor ve aile bireyleri lehine olan tutum başvuru için gereken belgelerin teslim edildiği anda

[143]Caritas Europa, CCME, COMECE , ICMC, JRS, QCEA, "Position on the Amended EU Commission Proposal for a Council Directive on the right to family reunification" [COM (2002) 225 final, December 2002. S.6.
[144]Groenendijk, Fernhout, Dam, Oers, Strik, *op. cit.*, s.63.

bu şartların sağlanıyor olması ve ilgili kimselerin, şartlarında meydana gelen sonraki değişikliklerden etkilenmemeleridir. Direktif'in tasarı aşamasında tartışılan ve barınma şartını aynı bölgede yaşayan benzer bir aile için normal düzeye çeken hüküm yerindedir.[145] 'Normal' ibaresi Komisyon önerilerine eklenmek ve çıkarılmak suretiyle üzerinde ihtilafa düşülen bir kelimeydi. Benzer şekilde hastalık sigortası için önerilen 'karşılanabilir' ibaresi ise aile bireyleri ve sponsorun lehine olacaktı ancak bu ibare Direktif'in mevcut halinde yer almamaktadır.[146]

4.6. Kontrolünde Olmayan Şartlardan Ötürü Mali Şartların Yerine Getirilememesi

Direktif'in 7. maddesindeki şartları kontrolünde olmayan bir sebeple yerine getiremeyen kişileri göz önüne alan bir paragraf eklenebilirdi. Mesela tıbbi gerekçeler gibi mücbir bir sebepten ötürü çalışamayan ve mali şartları sağlayamayan bir sponsorun ailesine en muhtaç olduğu bu zamanlarda aile birleşmesi elde etmesi zaruridir. Böyle bir hakkı elde etmesinin imkansız olduğu veya hakkı elde etmesi için gereken şartları sağlamasının mümkün olmadığı bir sponsorun göz önüne alınması hem Direktif hem de ulusal düzenlemelerin gerektirisidir.[147] Bu yüzden Direktif 7. maddede yer alan şartları şu şekilde yumuşatan bir hüküm içerebilirdi: "Direktif'in yukarıdaki paragrafı, kontrolünde olmayan şartlardan ötürü ilgili mali şartların bir veya bir kaçını yerine getiremeyen sponsor ve aile bireyleri için aile birleşmesini imkansız kılmamalıdır."

---

[145]Marzo, "A New Method of Interpretation Linked to European Citizenship: the Förster Case" [2010] 3 *Web Journal of Current Legal Issues*, <http://webjcli.ncl.ac.uk/2010/issue3/marzo3.html.>, Erişim Tarihi: 12.12.2010, s. 75.

[146]Caritas Europa, CCME, COMECE , ICMC, JRS, QCEA, *op. cit,* s.5.

[147]Boeles, Pieter**,** *Directive on Family Reunification: Are the Dilemmas Resolved*?, European Journal of Migration and Law 3: 61–71, 2001, s.69.

4.7. Örnekler

Belçika ve Polonya'da liberal değişiklikler ile kısıtlayıcı değişikliklerin sayısı neredeyse aynıdır. Fransa, Litvanya ve Hollanda'da kısıtlayıcı maddeler Direktif'in liberal etkisini açıkça domine etmektedir. Her üç ülkede de eşler için öngörülen yaş sınırı kabul edilmiş veya artırılmıştır. Kıbrıs, Fransa ve Hollanda'da madde 7(2)'de belirtilen entegrasyon önlemleri ulusal mevzuatlarda artırılarak yer almıştır. Fransa'da barınma ve gelir şartları Direktif'ten daha katı bir şekilde iç hukuka aktarılmıştır. Bekleme süreleri Direktif'ten farklı olarak 18 ay olarak belirlenmiş, evliliğin sona ermesi halinde eşin otonom bir ikamet izni elde etmesi için gereken süre iki yıldan üç yıla çıkarılmıştır. Hollanda'da Direktif, eşlerin 21 yaşında olması gerekliliği, yurt dışında yapılan entegrasyon sınavı ve yüksek gelir şartı gibi uygulamaları meşrulaştırır istikamette kullanılmıştır. Kimi durumlarda üye devletler aile birleşmesi mevzuatlarında önceden var olan veya koymayı planladıkları hükümleri Direktif'e ustaca sokmak suretiyle ulusal mevzuatlarındaki mevcut ve müstakbel hükümleri meşrulaştırmışlardır.[148]

4.8. Hollanda'da Yüksek Gelir Şartı

Diğer sıkıntılı bir uygulama yine Hollanda'dadır. Eşlerin aile birleşmesi için getirilen gelir şartı 2004'te 23 yaşındaki bir işçinin alacağı asgari ücretin %120'sidir. 18-22 yaş arası kimselerin eşleriyle aile birleşmesi imkanına sahip olmaları içinse bu oran %140-200 arasıdır. Bu, madde 7(1)'e aykırı bulunmuştur. Hollanda hükümeti kendini bunun sosyal güvenlik sistemine bağlı olmaksızın yaşanabilecek miktarlar olarak belirlendiğini ve bunun münhasır yetki alanında olduğu şeklinde kendini

[148]HERVEY, *'Migrant workers and their families in the European Union: The Pervasive Market Ideology of Community Law'* in Shaw and More, eds., New Legal Dynamics of European Union (OUP, 1995), s.19.

savunmuştur. Direktif üye devletlere ulusal sosyal yardım sistemlerinin bir parçası olan düşük gelirli kimselere konut yardımı, vergi indirimleri ve asgari ücret düzeylerine göre aile birleşmesi hakkını serbestçe tayin etme yetkisini vermemektedir.[149]

5. AİLE BİRLEŞMESİ DİREKTİFLERİNİN ÖZÜNDE AYRIMCILIK TÜRLERİNDEN BELLİ BİRKAÇINI BARINDIRMASI

Birliğin aile birleşmesi düzenlemelerinin kimi hükümleri doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık türlerinden birkaçını barındırmaktadır ki bu hükümler Parlamento tarafından ABAD önüne getirilmiştir. Bu hükümlerden ilki yaşa dayalı ayrımcılık içeren maksimum 21 yaş sınırıdır ki üçüncü ülke vatandaşları için ayrımcı bir uygulamadır. Diğer ayrımcı uygulamalar belli bir servet veya sermaye gerektiren bu sebeple de zengin ile fakir sponsor arasında ayrımcılık oluşturan sağlık sigortası, barınma yeri ve yeterli gelir şartlarıdır ki bu hüküm kimi yazarlarca servete dayalı ayrımcılık kapsamına, kimilerince de sınıf ayrımcılığı kapsamına alınmıştır.[150] Düzenlemelerde yer alan diğer ayrımcı bir uygulama ise eşcinsel çiftlerin biseksüel çiftlerle aynı düzeyde korunmaması ve kapsama alınmamasıdır ki bunun cinsiyete dayalı ayrımcılık olduğu iddia edilmektedir.[151]

5.1. Yaşa Dayalı Ayrımcılık

2003/86 sayılı Direktif'te yer alan yaş sınırının AT Antlaşması13. maddesi'nde düzenlenen yaşa dayalı ayrımcılık yasağını aykırılık teşkil ettiği kanaatindeyim. Direktif hükmüne göre üye devletler aile birleşmesi hakkı vermek için sponsor veya eş için bir yaş sınırı koyabileceklerdir ve bu yaş sınırı maksimum

[149]Kees Groenendijk, *op. cit*., s.222.
[150]*Ibid.*
[151]*Ibid*., s.223.

21'dir. Bu hüküm zorla evlilikleri veya ilgilileri o üye devlete sokma amaçlı evlilikleri engelleme amacını gütmektedir. Ancak kanaatimce ilgili amaca başkaca uygun araçlar tespit ve takdir edilmek suretiyle ulaşılmalıdır. Hedeflenen amaca ulaşmak için tespit edilmiş araç zannımca ayrımcılık oluşturmaktadır, zira orantısal değildir ve ilgili yasağı zedelemeksizin aynı amaca ulaşacak başkaca araçlar aile bireyi ev sahibi üye devlete dahil edildikten sonra pekala oluşturulabilir.

Kanun sözcüsü Kokott'un bu madde üzerine yorumu daha önemli ve dikkate değerdir. Kokott haklı olarak her iki eşin de 21 yaşına ulaşmaksızın aile birleşmesi hakkı elde edemeyeceklerine ilişkin bir ulusal düzenleme 18 yaşındaki eşler için dolaylı yoldan üç yıllık bekleme peryodu öngördüğü için AİHS madde 8'deki aile yaşamına saygı ilkesine aykırı olduğunu iddia etmektedir.[152]

5.2. Servete Dayalı Ayrımcılık

Direktif'in 7. maddesine göre üye devletler sponsora aile için uygun ve ilgili üye devlette yürürlükte olan genel sağlık ve güvenlik standartlarını karşılayan bir barınma imkanına, kendisi ve aile bireyleri için yaptırılmış bir sağlık sigortasına ve ilgili üye devletin sosyal yardım sistemine yük olmayacak düzeyde kendi ve aile bireyleri için yeterli ve düzenli bir gelire sahip olma şartı getirebilir. Benzer düzenleme Birlik yurttaşlarının aile birleşmesi hakkını düzenleyen 2004/58 sayılı Direktif'te de vardır. Bu düzenlemeler özünde servete dayalı ayrımcılığı barındırmaktadır ve ancak servete dayalı ayrımcılığa yer vermediği için AT Antlaşmasına aykırı değildir.[153] Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları

[152]Articles 3.14 and 3.15 Vreemdelingenbesluit 2000 as amended by Royal Decree of 29 September 2004, Staatsblad 2004, 496.

[153]Elizabeth Defeis, "International Weekend Panel on the Dual System of Human Rights: The European Union", *ILSA Journal of International & Comparative Law Nova Southeastern University Shepard Broad Law Center Bilingual Edition*, Vol. 14, No. 1 Fall 2007, s.100.

Sözleşmesi'nin (AİHS) ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesine aykırı olduğunu kanısındayım. Zira Direktiflerin ilgili maddeleri aile bireylerine veya sponsora ekonomik durumlarının iyi olmadığı gerekçesiyle başka ülkede yaşama zorunluluğunu dikte etmektedir. Zengin sponsor ile fakir sponsor arasında ayrımcılık yapmaktadır. Bu ayrıca Birliğin üzerine müesses olduğu ilkelerden biri olan 'sosyal devlet' ilkesine de bu yönüyle aykırılık oluşturmaktadır.

5.3. Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık

Kimi yazarlarca[154] Direktif 'eş' kavramını kullanmak suretiyle cinsiyete dayalı ayrımcılık yapmaktadır. ABAD 1986'daki Reed kararında eş kavramına evlenmemiş çiftlerin dahil olamayacağı hükmüne varmıştır.[155] Bunu da o zamanların Avrupa'sının böyle geniş bir kavramsallaştırma lehine genel sosyal bir temayülün olmaması ile açıklamaktadır. Sosyal hayatın kavramsallaştırmalarına bu kadar açık olan ABAD'ın 2000'lerin Avrupası'nda bu eş tanımını bir daha gözden geçirmesi gerekmektedir. Buna göre kimi yazarlar Direktif'in üye devletlerin eş haricinde eşcinsel ve evlenmemiş birliktelikleri tanıyabileceğine ilişkin hükmünün, eş kavramına eşcinsel ve evlenmemiş kimselerin dahil edilmemesine izin verdiğini savunmaktadır. Dolayısıyla aynı yazarlarca Direktif'in evlenmiş çiftlerle evlenmemiş çiftleri, biseksüel çiftlerle eşcinsel çiftleri aynı statüde tutmamakta olduğu ve cinsiyete dayalı ayrımcılığa neden olduğu iddia edilmektedir.

5.4. Sınıf Ayrımcılığı

Direktif bazı hükümleri itibariyle dibacesinde iddia ettiği üzere üçüncü ülke vatandaşlarına AB vatandaşları ile benzer haklar meydana getirmek amacından

[154]Margearethe Schmidth, "The Importance of the Considering Gender Issues In Migration", *European Internation Studies*, Nice, 2005-2006, s.55.
[155]*Reed*, Case C-59/85, Judgement of 17.04.1986, (ECR) 1986, p.1283.

fevkalade uzaktır. Hatta bu durum kimi yazarlarca sınıf ayrımcılığına neden olacak derecededir.[156] Zira ekonomik bir faaliyette bulunan ya da gereken şartları sağlayabilecek maddi bir imkana sahip olan sponsor ancak aile birleşmesi hakkından faydalanabilecektir. 1968 tarihli Tüzük[157] AB vatandaşlarından ilgili ülkede normal sayılabilecek bir barınma imkanı istemektedir. Ama Direktif üçüncü ülke vatandaşı sponsordan bu yükümlülüğün yanında kendi ve aile bireylerine sağlık sigortası şartı ve ilgili üye devletin sosyal yardım sistemine yük olmayacak düzeyde düzenli ve istikrarlı bir gelire sahip olmak şartını yüklemektedir. Bu da özellikle evlenmemiş yetişkin çocukların ve bağımlı ve bakıma muhtaç üstsoyun aile birleşmesi imkanını fakirlik sebebiyle iyiden iyiye kısıtlamaktadır. Bütün bunlara bir de Direktif'in 14. maddesinde üye devletlere verilen, bu kimselerin iş hayatına girme faaliyetlerini kısıtlama yetkisi eklendiğinde aile birleşmesi hakkı adeta imkansızlaşmaktadır. Sponsorun tüm bunları gerçekleştirmesi belli bir maddi imkanı gerektirdiğinden ötürü bu hükümlerin sınıf ayrımcılığına neden olduğunu iddia eden yazarlara katılmamak mümkün değildir. Direktif otonom bir ikamet izni alabilmek için üçüncü ülke vatandaşlarına beş yıllık bir çalışma süresi yüklerken, mezkur Tüzüğün AB vatandaşlarına daha girişte belli şartların sağlamaları halinde bu hakkı tanıması yine AB vatandaşlarına benzer haklar verdiği iddiasına sahip Direktif'i yalanlamaktadır. Kısaca Direktif özellikle kimi hükümleri itibariyle bu hedeften uzaktır.

Üye devletler entegrasyon testine tabi tutmak suretiyle 12 yaş üstü çocukların aile birleşmesi hakkından derogasyon yoluyla imtina edebilmektedir. Bu da özünde ayrımcılık barındırmaktadır. Bu hüküm üç açıdan sakıncalıdır: Birincisi Anadolu'nun küçük bir kasabasında yaşayan ya da Libya'nın bir köyünde hayatını sürdürmüş olan

[156]Elizabeth Defeis, *op. cit*., s.101.
[157]Regulation No. 1612/68, 15.10.1968 (OJ L 257, 19.10.1968 s.2.).

bir küçük entegrasyon testi için gerekli bilgiyi nasıl edinecektir. İkincisi başvuranların çoğu iyi eğitim alabilecek imkana sahip ailelerin çocukları değil göçmen işçilerin çocuklarıdır ve entegrasyon testi için gerekli eğitim imkanından yoksundur. Bu sosyal statü ve sınıftaki ailelerin çocuklarının entegrasyon kriterini sağlayamamasından ötürü başvurularının reddedilmesi özünde sosyal açıdan ayrımcılık taşımaktadır. Üçüncü olarak bir çocuğun sadece ailesiyle yaşamak için başvuru yapıyor olması yeterli değil midir de bir de önüne entegrasyon için ek kriterler çıkarılmaktadır.[158]

6. BİRLİĞİN AİLE BİRLEŞMESİ DÜZENLEMELERİNİN GÖÇ MESELESİNİN FEMİNEN BİR FORMU OLAN BÖYLE BİR KONUYA KADIN EKSENLİ YAKLAŞAMAMASI

Aile birleşmesi konusu göç meselesinin feminen bir formudur.[159] Dolayısıyla kadınlar daha münhasır bir şekilde ele alınmalıdır. Direktif'in kadının durumunu dikkate alıyor olup olmadığı; onların hem göçmen hem de kadın olmaları hasebiyle çifte bir zorluk altında oldukları gerçeğini göz önüne alıp almadığını irdeleyen çalışmalar da vardır.[160] Acaba Direktif entegrasyon politikasını destekleyecek hüviyette faklılıkları bertaraf eden bir enstrüman mıdır? Tartışmalar istikametinde şekillenen terimle ifade etmek gerekirse Direktif 'cinsiyet körü'[161] müdür yoksa 'cinsiyet tarafsızı'[162] mıdır? Diğer bir ifadeyle acaba Direktif amaçları, tezahürü, uygulamaları ve düzenlenişi itibariyle cinsiyet farklılığına dayalı ayrımcılık

[158]Margearethe Schmidth, "Family Reunification Analysis of The Directive 2003/86/EC on the Right to Family Reunion in the Context of the European Immigration Policy", *European Internation Studies*, Nice, 2005-2006, s.39-40.
[159]LISSON, "Gendering Migration, Analysis of the European Legal Framework on Migration From a Female Perspective", *Brussel*, 2006, p.12.
[160]Margearethe Schmidth,*op. cit.*, s.55.
[161]*Ibid*.
[162]*Ibid.*

etkilerine kapalı mıdır yoksa görünürde cinsi açıdan nötr gözüküp dolaylı ayrımcılık gibi bir sonucu destekler nitelikte midir? Avrupa'ya giriş yapabilmenin bir yolu olan aile birleşmesi mekanizması ile ülkelere giriş yapanların %90'ı kadınlardır. Yani bu şunu gösterir ki %90'lık bir kesimi eşine bağımlı bayanlar oluşturmaktadır.

6.1. Eşlerin Sponsor İle Aynı Düzeyde Eğitim ve Çalışma Hayatına Girebilmelerine Getirilebilen Koşullar-14. Madde

Direktif kadınların bu bağımlı statülerini etkileyen daha kısıtlayıcı bir yasal statütüye sokmaktadır. Bunu da bir takım maddeleri aracılığıyla dolaylı yoldan yapmaktadır. Direktif'in 14. maddesi eşlerin sponsor ile aynı düzeyde eğitim ve çalışma hayatına girebileceklerini düzenlemiştir. Ancak bir sonraki fıkrasında çalışma ve eğitim hayatına eşit statüde girecek olan bu eşlerin taşıması gereken yasal şartların üye devletlerce belirleneceğini ve bu haklarının kısıtlanabileceğini belirtmiştir. Üye devletlerin bu yetkilendirmeyi bir yıl içinde tamamlayacağını düzenleyen Direktif, bu süre içinde üye devletlerin işgücü pazarlarının durumunu inceleyip ona göre bir karara varacağını belirtmektedir. Bu kısıtlamadan ise en fazla etkilenen doğal olarak kadın göçmenler olacaktır. Çünkü kadınlar bu yolla dolaylı olarak topluma entegre etme ortamlarından en önemlilerinden birinden soyutlanmaktadır. Bu da çalışma ortamlarıdır. Entegrasyonun en başarılı örneklerinin vatandaşlar ile göçmenlerin çalışma hayatına eşit şartlarda katıldığı ülkelerde olduğu gerçeği ve cinsiyet eşitliğinin kaliteli örneklerinin kadın ve erkeğin çalışma hayatına eşit statüde ve şartlarda katıldığı gerçeği göz önüne alındığında Direktif'in bu iki gerçeği de göz ardı edip dolaylı olarak kadını mağdur ettiği savunulabilir.[163] 14.

[163]KOFMAN, "Women migrants and Refugees in the European Union", for the conference: The Economic and Social Aspects of Migration jointly organized by the European Commission and OECD, *Brusse*l 2003, s.6

madde bu yönüyle kadınlara daha bağımsız olacakları ve kendi kararlarını verebilecekleri bir statü sunamamaktadır. Çalışma hayatına daha kısıtlayıcı şartlarda girebildiğinden ötürü sponsora mali yönden bağımlı olan kadınların özellikle boşanma ve ayrılma gibi durumlarda çok daha zor bir durum altında kalmaları muhtemeldir.

6.2. Otonom İkamet İznine İlişkin Koşullar-15. Madde

Kadınları dolaylı yoldan da olsa mağdur eden diğer bir hüküm 15. maddedir. Buna göre eşler en çok beş yılın sonunda sponsordan bağımsız olarak otonom bir ikamet izni elde edebilirler. Ancak bu zaman zarfında eşin otonom ikamet izni alması ilk göçmenin yani sponsorun tutumuna bağlıdır. Zira 15. madde devamında Birlik vatandaşlarınınkinden farklı olarak şunları demektedir: Üye devletler aile bireylerinin ikamet iznini sponsor ve bireylerin ailesel bir birliktelikte artık yaşamadıklarının veya eş veya sponsorun artık başka biriyle ilişki içinde olduğunun tespiti halinde geri alabileceklerdir. Bu da kadının ikamet iznini ve ilgili üye devlette yıllar boyu inşa edegeldiği her şeyi kaybetme korkusuyla yaşayıp, eşe çok daha bağımlı olmasına sebep olacaktır. Direktif bunları göz önüne almayıp, meseleye kadın eksenli yaklaşamamıştır. Madde lafzından ötürü üye devletlerin ilgili süreyi daha kısa düzenleyecekleri iddia edilse de üye devletlerin 'en aşağı doğru yarışma' meyilleri, ulusal standartlarını düşürmeleri ve yerel otoritelerin mevcut düzenlemeleri dar yorumlamaları durumun hiç de iddia edildiği gibi olmadığını gözler önüne sermektedir. Direktif'te erkeklerin kadınlar ile aynı statüye sahip oldukları iddia edilip cinsiyete dayalı bir ayrımcılığın olmadığı söylenebilir ancak aile birleşmesi konusu göç meselesinin feminen bir formudur.[164] Dolayısıyla kadınlar

[164]LISSON, *op. cit.*, s.12.

daha münhasır bir şekilde ele alınmalıdır. Direktif'in sunduğu mevcut tablo ise dolaylı ayrımcılık uygulamalarına açık hükümleri havidir. Toplumda bağımlılıklarını artırır yönde bir statü sunmak suretiyle mevcut kaçınılası durumu desteklemektedir. Kısaca Direktif dibacede ifade ettiği üzere cinsiyete dayalı ayrımcılığı önleyici düzenlemeler içermekten uzaktır.

6.3. Poligami/Çok Eşlilik Durumu

Direktif'in dibacesi 10. paragrafında poligami/çok eşlilik durumlarında 2. ve devamı eşlerin çocuklarına aile birleşmesi hakkı verilemeyebileceği hususunda üye devletleri yetkilendirmiştir. Küçüğün en üstün çıkarını hedeflemiş olan böyle bir Direktif'te bu hükmün yer alıyor olmasının sebebi Direktif'in tek eşlilik yanlısı olmasıdır. Yine 4. madde ve dibacenin 11. fıkrasında, ki engellemek için uygun önlemler alma ödevi vermekte, çok evlilik karşıtı bu tutum açıkça görülmektedir. Üye devletlerin ve AB yasa koyucusunun ikinci ve devamı eşlere karşı tutumunun böyle olduğu bir mecrada o eşlere aile birleşmesi imkanının tanınmasının ne kadar güç olduğu malumdur. Ancak Ortadoğu ülkeleri gibi kimi ülkelerde bu durum sosyal bir gerçekliktir ve hem hukuki mekanizmaları itibariyle, hem sosyal yapı itibariyle, hem de dini anlayış itibariyle izin verilen ve makul görülen bir müessesedir. Direktif'in bu sosyal gerçekliği göz ardı edip kimi sponsor ve diğer eşlerini mağdur etmesi Direktif'in eksiklik olarak zikredilebilecek diğer bir yönüdür. Direktif'in kimi ülkelerdeki kayıtlı partnerlikleri dikkate alıp ona uygun düzenleme yapması artı olarak değerlendirilebilecek olumlu bir eleştiridir. Özellikle ülkemizdeki nişanlılık müessesinin önemi düşünüldüğünde meselenin evlenmemiş birliktelik başlığı altında değil de kayıtlı birliktelik başlığı altında ele alınması Direktif'in bu konuda sosyal gerçeği görüyor olduğunu göstermektedir.

Üye devletler entegrasyon testine tabi tutmak suretiyle 12 yaş üstü çocukların aile birleşmesi hakkından derogasyon yoluyla imtina edebilmektedir. Bu da özünde ayrımcılık barındırmaktadır. Bu hüküm üç açıdan sakıncalıdır: İkincisi başvuranların çoğu iyi eğitim alabilecek imkana sahip ailelerin çocukları değil göçmen işçilerin çocuklarıdır ve entegrasyon testi için gerekli eğitim imkanından yoksundur. Bu sosyal statü ve sınıftaki ailelerin çocuklarının entegrasyon kriterini sağlayamamasından ötürü başvurularının reddedilmesi özünde sosyal açıdan ayrımcılık taşımaktadır.

7. BİRLİĞİN AİLE BİRLEŞMESİ DÜZENLEMELERİNİN BELLİ BAŞKACA İLGİSİZ AMAÇLARA ULAŞMADA AİLE BİRLEŞMESİNİ ARAÇ OLARAK GÖRMESİ

Birlik yasa koyucusu bazı amaçlara ulaşmada aile birleşmesi gibi önemli bir konuyu araç yapmıştır ki bu kanımca hatalı bir tutumdur. İlgili ulusal çıkarlara ilişkin amaçlara ulaşmada aile birleşmesi hakkını kısıtlayan, geciktiren veya kaldıran bu tutum orantısal olmaktan uzak kalmakta ve hatta amaç ile aracı ilgisiz kılmaktadır. İlgili amaçlara ulaşmada bir hak kısıtlamasına gitmeksizin daha isabetli ve tutarlı araçların tespiti pekala mümkün görünmektedir. Bu konuda özellikle 21 yaş sınırı ve entegrasyon testi uygulamaları dikkat çekmektedir.

7.1. Maksimum 21 Yaş Sınırı

Maksimum 21 yaş sınırı getiren Direktif maddesi insan hakları yaklaşımı muvacehesinden hatalıdır. Çünkü anlaşmalı evlilikleri ve zorla evlilikleri engelleme amacıyla düzenlenmiş bu madde üçüncü ülke vatandaşlarının tümünün evliliklerini anlaşmalı ya da zorla evlilik olarak kabul etmektedir. Bu şekilde bir kabulün ötesinde

21 yaş altı kimselerin evliliklerinin anlaşmalı ya da zorla evlilik olduğu noktasında aksi ispat edilemeyen kesin bir karine oluşturmaktadır.[165] Yasanın kendilerine verdiği bir yetkiye dayanıp aile kuran 21 yaş altı kimselerin 'aile yaşamına saygı' duymayan bu maddenin AİHS madde 8'e aykırı olduğu tartışmadan varestedir. Genç evlilik yapan bireylerin gerekli yaşı doldurmak için yıllarca ayrı yaşamalarına neden olmakla aile birleşmesine değil katkı sağlamak, sekteye uğratmaktadır. Özellikle çocuğun da doğmasıyla birlikte ilk yılların önem kazandığı bu evliliklerin sağlam bir zemine oturmuş bir şekilde kurulmasını engellemektedir.

Ayrıca bir karineden öncelikle devlet değil birey faydalanır.[166] Zira kendiliğinden araştırma ilkesinin hakim olduğu dava ve işlerde taraf ile birey arasında silahlar eşit değildir. Ancak Direktif'in bu hükmünde 21 yaş altındaki kimselerin zorla veya anlaşmalı evlendirildiği şeklindeki, aksinin ispatına imkan verilmeyecek derecede bir önkabul veya kesin karine birey haklarına uygun değildir.

7.2. 1 Yıl Sonra İşini Kaybeden Birine Orantısal Tedbir

Üç yılın sonun aile birleşimi elde eden bir ailenin sponsoru aile birleşimi hakkının verilmesinden itibaren bir yıl sonra işini kaybettiğinde aile birleşimi hakları madde 16(1) uyarınca düzenli bir gelire sahip olmadığı ve ekonomik faaliyette bulunmadığı gerekçesiyle elinden alınabilecektir. Dört yıldır yasal olarak ilgili ülkede oturan, çalışan ve sosyal güvenlik primi ödeyen sponsorun bu sürenin sonunda çıkartılıp aile birleşimi hakkının elinden alınması yerine işsizlik haklarından yararlandırılması daha isabetli ve orantısal bir tavır olacaktır.

---

[165] Margearethe Schmidth, *op. cit*., s. 46.

[166] KEES GROENENDIJK, *Family Reunification as a Right under Community Law*, European Journal of Migration and Law 8: 215–230, 2006, s.216.

7.3. Entegrasyon Testi

Direktif'in çatışıyor olduğu diğer bir uygulama entegrasyon testi başlığı altında aile bireylerine girişten önce yapılan dil testidir. İlk olarak Hollanda'da başlayan bu uygulama Hollanda hükümeti tarafından Direktif'e uygun olmakla ve madde 7(2)'deki 'entegrasyon önlemleri' ifadesine dayanmakla meşrulaştırılmıştır. Ancak yasa koyucunun bu ifadeyi belirlerkenki tartışmalarına bakacak olursak, yani tarihsel bir yorum yapacak olursak durumun hiç de bu uygulamayı haklı çıkarır yönde olmadığını göreceğiz.[167] Tasarının müzakereleri aşamasında Konsey'deki ilk 'entegrasyon şartları' ibaresi dil testi gibi uygulamalara açık olduğu gerekçesiyle kabul edilmemiştir. Sonrasında 'entegrasyon önlemleri' ibaresinde uzlaşılmıştır. Bunun gerekçesi de bu ifadenin göçmenin entegrasyon için belli bir gayret sarfetmesinin yanında üye devleti entegrasyon ve dil kursları açmak suretiyle bu sürece katmaya teşvik etmesidir.[168] Dil testi uygulamasının arkasında ayrıca ikamet ve vizenin her yenilenmesi sürecinde ülkede mevcut yabancı göçmenleri sınavda başarısız olmaları sebebiyle reddetme çabası da vardır. İddia edildiği üzere entegrasyon amacına hizmet eden bu uygulama kesinlikle Topluluk hukukunda benimsenen orantısallık ve etkili yasal koruma ilkelerine uygun değildir.

8. BİRLİĞİN AİLE BİRLEŞMESİ DÜZENLEMELERİNİN İÇERDİĞİ MİNİMUM STANDARTLAR YAKLAŞIMININ NEGATİF ETKİSİ

Her şeyden önce 2003/86 sayılı Direktif üye devletlere minimum standartlar belirlemiş olduğundan üye devletlerin mevcut düzenlemelerini bu asgariler üzerinden yenilediklerini görmekteyiz. Üye devletlerin Direktif'in belirlemiş olduğu üçüncü

[167] *Ibid.*
[168] *Ibid*., s.216.

ülke vatandaşı aleyhine sınırlamaları sanki bir hakmış gibi telakki ettikleri görülmektedir. Örneğin Almanya'nın yeni tarihli Yabancılar Yasası'nda bunu açıkça görmekteyiz. Önceden yabancı uyruklu vatandaşlar Almanya'da sosyal yardım alaraktan ikamet edebilirlerken Direktif'in "yapabilir/may" şeklindeki bir kısıtlama takdiri ilgili ülkelerce dikkate alınmış ve yeni düzenlemelerde 'sosyal yardım alacak duruma gelen sponsorlar ve aile bireylerine ikamet izni verilmez ve yenilenmez' şeklini almıştır.[169] Diğer bir örnek; Alman Yabancılar Yasası'nda ülkeye getirilecek aile bireyleri için Almanca bilme şartının yer almasıdır. Buna göre üçüncü ülke vatandaşları ve bazı Almanların aile bireyleri sponsora katılmak için Almanca bilmelidirler. Buna Direktif'in 'üye devletler uygun entegrasyon önlemleri alabilir.' hükmü izin vermektedir. Ancak Almanya böyle bir önlem almakla Direktif'in amacını aşmakta, böyle bir önlem alırken bunun altyapısını hazırlamak suretiyle bu sürece katılabilecekken haddinden fazla yasalaştırmaya gitmektedir.[170] Buna da kanımca Direktif neden olmaktadır.

9. BİRLİĞİN AİLE BİRLEŞMESİ DÜZENLEMELERİNİN ÜYE DEVLETLERİN YABANCI ALGISINI VE FARKLI AİLE HUKUKU REJİMLERİNİ DİKKATE ALMAMASI

Birliğin aile birleşmesi mekanizmalarını tespit ederken üye devletlerin yabancı algısı ve farklı aile hukuku rejimlerini göz önünde bulundurmaması üye devletlerde farklı uygulamaların meydana gelmesine sebep olmuştur. Aile birleşimi hakkı elde edecek aile bireylerinin farklı farklı olması durumu da uygulamaların yeknesak olmasını engellemektedir. Bir üye devlette bulunan sponsor ilgili üye

[169]Ünal Zeran, "Eşlerin Aile Birleşmesi: Almanya Örneği", *Migration Recht Net*, s.15, <http://www.tgrr.de/material/broschuere09.pdf>, (erişim tarihi:11.09.2010).
[170]*Ibid.*s.14.

devlete o üye devletin takdir ettiği aile bireylerini getirebilirken, farklı bir üye devlete gittiğinde o bireylerin bir kısmını bırakmak zorunda kalmaktadır. Özellikle üye devletlerdeki yabancı algısının olumlu olmaması aile bireylerinin kapsamını bir hayli daraltmakta ve 'çekirdek aile modeli'nin[171] benimsenmesine sebep olmaktadır.

9.1. Dar ve Çekirdek Aile Tanımı

Direktif aile bireylerini tanımlarken genel olarak eş, 21 yaşın altındaki çocukları veya bağımlı çocukları dahil etmektedir. Bağımlı üstsoy ile altsoyun veya bağımlı yetişkin çocukların aile bireyi kapsamına alınıp alınmamasını ulusal iradelerin takdirine bırakmıştır. Bu da kimi üye devletlerde kayıtlı birlikteliklerin veya evlenilmemiş eşlerin de eş kategorisine dahil edilmesine, kimi ülkelerde ise eş kavramının daha katı yorumuyla karşı karşıya kalınmasına sebep olmaktadır. Diğer bir ifadeyle ulusal iradeler zaten dar olan aile tanımını daha da daraltabilmektedirler. Aile konusunda Direktif'e getirilen bu eleştiriyi kimi yazarlar 'çekirdek aile modeli'nin benimsenmesi diye adlandırırlar.[172] Direktif her ne kadar kısmen de olsa yeknesak bir uygulama sağlamaya çalışsa da buna tam muvaffak olamamıştır. Bir üye devlette bulunan sponsor ilgili üye devlete o üye devletin takdir ettiği aile bireylerini getirebilirken, farklı bir üye devlete gittiğinde o bireylerin bir kısmını bırakmak zorunda kalmaktadır.[173] Bu netice Direktif'in dar ve çekirdek aile tanımından ve meseleyi üye devletlerdeki aile hukuku rejimlerine atıf yapmak suretiyle terk etmiş olmasından kaynaklanmaktadır.

[171]Elizabeth Defeis, *op. cit*., s.24.
[172]*Ibid*., s.70.
[173]Margearethe Schmidth, *op. cit.,* s.49.

9.2. Ailesel Bağların İspatı

Direktif'in 1999'daki ilk tasarı halinin 7. maddesinde aile bireylerinin arasındaki ailesel bağların ispatında gerekli ispat araçlarını getirmek yükü başvurana aittir.[174] Böyle bir hüküm muhtemel hile ve hakkın kötüye kullanılmasının önüne geçme amacına hizmet ediyordu. Ancak mevcut Direktif'te bu hükme, üye devletlerin re'sen yapacakları araştırma ve incelemeleriyle bunun ispatı yoluna gidilmesi yolu eklenmiştir. Ancak aile bireylerinin lehine olan ve 11. maddede mülteciler için kısmen konulmuş olan şöyle bir hüküm daha adil ve hakça sonuçlar doğuracaktır: "İlgili üye devlette aile bağlarını ispat eden bir belge sunamayan başvurana, o üye devlette doğumu belirsiz veya kimliksiz olan kişilerin kimliklerini belirtmek amacıyla başvurulan tanık veya yemin delili gibi uygulamalara başvuru imkanı tanınabilir"[175]

10. BİRLİĞİN AİLE BİRLEŞMESİ DÜZENLEMELERİNİN İDDİASININ AKSİNE ÇOCUĞUN ÜSTÜN ÇIKARINI GÖZETMEMESİ

Koruma ve velayet altında olmayan mülteci çocukların durumuna ilişkin 10(3). madde gayet yerindedir. Bu tür çocuklar için üst soylarıyla veya diğer akrabalarıyla aile birleşimi imkanı yoksa yasal koruyucusunun aile birleşimini kolaylaştıran ve mümkün kılan hükümler içeren bu madde BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne uygundur. Ancak evli olan, olmayan, çok eşli olan veya boşanan çiftlerin çocuklarının yasal statülerinde bir fark olması çocuğun üstün çıkarı ilkesiyle uyuşmamaktadır. 3 yıla varan bekleme süreleri dikkate alındığında, ileri yaştaki

[174]December 1, 1999, COM(1999) 638 def. 1999/0258(CNS) madde 7.
[175]PieterBoeles, *op. cit.*s.69.

çocukların zor entegre oldukları gerekçesi ile bu bekleme süreleri birbirleriyle çelişmektedir.

10.1. Çocuğa İlişkin Diğer Kapsayıcı Hükümler

Anne babanın müştereken evlat edindikleri veya velayetleri altına aldıkları çocuğa madde 4(1)'de aile birleşmesi hakkı verilmesi güzel bir gelişmedir. Çocuklarla alakalı hükümlerden biri olan madde 4'te şöyle bir sorun vardır: Evli olan, olmayan, çok eşli olan veya boşanan çiftlerin çocuklarının yasal statülerinde bir fark olmamalıdır. Bu, kanaatimce çocuğun en üstün çıkarı ilkesine de aykırıdır. Söz konusu yasal farklılıklarda gözetilen meşru amaçlardan vareste olarak çocuk birleşme konusunda ne istiyor bu daha ön planda tutulmalı ve dikkate alınmalıdır.[176] Çocuğa aile birleşimi hakkı tanınmasında yaş sınırı koyan ülkeleri düşünecek olursak; söz konusu yaş sınırının çocuğun bekleme süresinin sonunda aşılması ihtimalini bertaraf etmek için çocuğun başvuru anındaki yaşı dikkate alınmalıdır. Savaş veya hastalık gibi sebeplerden ötürü kendi ailesinin yanında büyüyemeyen ve farklı ebeveynleri anne baba olarak kabul edip onları aile olarak gören çocukların Direktif'e dahil edilmesi güzel bir gelişmedir.[177] Zira Direktif'te bu kimseler bağımlı çocuklar olarak geçmek suretiyle zikredilmektedir.

10.2. Bekleme Süreleri

Bekleme sürelerinin de hakeza yukarıda belirtilen sakıncasının yanında küçük için diğer sakıncaları mevcuttur. Direktif'in 5 ve 8. maddelerinde düzenlenmiş olan

[176]Marlene Wind, "The European 'Rights Revolution' and the (non)implementation of the Citizenship directive in Denmark", *European Union Centers of Excellence*, 2011 EUSA Papers <http://www.euce.org/eusa/2011/papers/8d_wind.pdf.>, Erişim Tarihi: 10.09.2010, s. 39.

[177]Caritas Europa, CCME, COMECE , ICMC, JRS, QCEA, "Position on the Amended EU Commission Proposal for a Council Directive on the right to family reunification" *[COM (2002) 225* final, December 2002, s.2.

süreler 9 aydan başlayıp ülkenin 'içerme kapasitesi' gibi müphem bir kritere göre 2 veya 3 yıla kadar çıkabilmektedir. 3 yıl gibi fazla bir süredir ailesiyle birleşme amacıyla bekletilen küçüğün çıkarının nerede olduğunu bu hükümde görmek zordur. Hükmün bu haliyle AİHS madde 8'e uygunluğu tartışmalıdır. İleri yaştaki çocukların zor entegre oldukları gerekçesiyle getirilen yaş sınırları ile bu hükümde ifade edilen bekleme süreleri birbirleriyle çelişmektedir. Çünkü küçüğün bekletilmek suretiyle daha zor entegre olmasına neden olan yine üye devletler olmaktadır.[178]

Tüm bu ifade edilen gerekçelerden ötürü madde 8'i ihlal ettiği gerekçesiyle iptal davasına başvurmuş olan Parlamento'ya katılmamak mümkün değil.[179] Direktif'in 5. ve 17. maddelerinin ABAD tarafından yukarıda zikredilen sakıncaları bertaraf edecek şekilde dikkatlice yorumlanıp diğer hükümlere nasıl uygulanacağını bizlere zaman gösterecektir.

10.3. Çocuğun Üstün Çıkarının C-540/03 Sayılı ABAD Kararı Özelinde Analizi

Avrupa Parlamentosu bu başvuruda aile birleşmesi hakkına ilişkin 22 Eylül 2003 tarihli ve 2003/86 sayılı Direktif'in 4(1), 4(6) ve 8. maddelerinin iptalini talep etmektedir. Bu karar ABAD'ın 2003/86 sayılı Direktif'e ve genel olarak Birliğin aile birleşmesi aygıtlarına getirilen eleştirilere olan tutumunu göstermesi bakımından köşetaşı niteliğinde bir karardır.[180]

Kararda öne çıkan bir husus Direktif'in yargısal denetimi yapılırken Divan'ın başvurduğu temel ölçü normlardır.[181] Divan'a göre temel haklar Divan'ın gözetimi

[178] *Ibid.*, s.44.
[179] Margearethe Schmidth, *op. cit*., s.15.
[180] Elizabeth Defeis, *op. cit*., s.65.
[181] *Ibid.*

altındaki genel ilkelerin ayrılmaz bir parçasıdır. Bu sebeple Divan üye devletlerin anayasal geleneklerinden ve üye devletlerin taraf olduğu veya desteklediği uluslararası enstrümanlardaki temel haklara ilişkin ilkelerden esinlenir. Ayrıca Avrupa Birliği Şartı'nın üye devletlerin anayasal geleneklerinden ve üye oldukları uluslararası sözleşmelerden, AB Antlaşması'ndan ve diğer kurucu metinlerden, AİHS'den ve Topluluğun ve Avrupa Konseyi'nin kabul ettikleri Sosyal Şart ile Divan'ın ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat hukukundan kaynaklanan hakları teyit ettiğini ifade eder ve Direktif'in analizinde hem Şart'ı hem de bu sözü geçen aygıtları esas alır. Divan bu uluslararası mekanizmalardaki temel haklara ve özellikle aile yaşamına saygı hakkına, yaşa dayalı ayrımcılık yasağına ve çocuğun en üstün çıkarını gözetme yükümlülüğüne atıf yapmaktadır.

Kararda üye devletlerin bu enstrümanlarla bağlı olduğu düşünülerek Avrupa Sosyal Şartı, göçmen işçilerin yasal statülerine ilişkin Avrupa Sözleşmesi, Topluluk veya Topluluk-üye devletler ile üçüncü ülkeler arasındaki ikili veya çok taraflı anlaşmaların daha lehe olan hükümlerinin mahfuz olduğu vurgulanmıştır.

Divan Direktif'in 4(1). maddesinin son altparagrafına göre çocuğun 12 yaşın üstüne ailesinin kalanından bağımsız olarak ulaşması halinde, ülkeye giriş ve ikametle yetkilendirilmeden önce Direktif'in uygulamaya geçirildiği tarihte var olan ulusal düzenlemelerin öngördüğü entegrasyon koşuluna tabi tutulmasını, üye devletlere belli kısmi bir takdir yetkisi bırakmak olduğunu ve Direktif'in üye devletlere sponsorun belli aile bireylerine aile birleşmesi şeklinde bireysel haklar tanımak şeklinde pozitif ve açık bir yükümlülük yüklediğini belirtir ve bu özelliğiyle Direktif'in diğer uluslararası aygıtların önüne geçtiğini ifade eder.

Uyuşmazlıkta iptale konu yasal düzenleme 2003/86 sayılı Direktif'tir. AT Antlaşması'nın 63(3)(a). maddesine dayanan Direktif üye devletlerde yasal olarak ikamet eden üçüncü ülke vatandaşlarının aile birleşmesi haklarını kullanımını belli koşullara tabi kılmaktadır.Direktif'in dibacesinin ikinci paragrafı aile birleşmesine ilişkin düzenlemelerin uluslararası hukukun pekçok mekanizmasında öngörülen aileyi koruma ve aile yaşamına saygı yükümlülüğüne uygun olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade eder. Bu meyanda Direktif'in Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ve İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunması Avrupa Sözleşmesi'nin 8. maddesinde yer alan temel hak ve ilkeleri koruyup gözettiği vurgulanmıştır.Dibacenin 12. Paragrafına göre asıl yerleşim yeri sponsorun bulunduğu ülke olmayan 12 yaş üstü çocukların aile birleşmesi haklarının sınırlandırılmasında çocukların erken yaşlarda entegre olma potansiyeli gözönünde bulundurulur ve sınırlandırılırken çocuğun okulda gerekli eğitimi ve dil yeteneğini alması temin edilir. Direktif'in 3(4). maddesinde de Direktif'in uygulanmasında 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı, 1987 tarihli Değişik Avrupa Sosyal Şartı ve 1977 tarihli göçmen işçilerin yasal statülerine ilişkin Avrupa Sözleşmesinin gözönünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir. Yine 3. maddede üye devlet tarafından bir yıl veya daha fazla bir süre için verilmiş ikamet iznine sahip olan veya kalıcı ikamet izni elde eden ve aile bireyleri de üçüncü ülke vatandaşı olan sponsorun sahip olduğu makul beklentinin değerlendireceği ifade edilmiştir.

Direktif'in bu ilkesel özelliklerinin ardından, 4. maddesi üye devletlerin sponsor ve eşinin evlat edinilmiş çocuklar dahil küçük çocuklarına ve velayetleri altında kendilerine bağımlı çocuklara giriş ve ikamet izni verme yükümlülüklerine işaret etmektedir. 4(1). maddenin sondan bir önceki alt paragrafına göre burada

belirtilen küçük çocuk ulusal düzenlemenin öngördüğü yetişkinlik yaşının altında olmalı ve evli olmamalıdır. Son alt paragraf çocuğun 12 yaşından büyük olduğu ve ailesinden ayrı büyüdüğü durumlarda üye devletlerin, Direktif uyarınca giriş ve ikamet izni vermeden önce derogasyon yoluyla Direktif'in hayata geçirilmesi sırasında var olan yasal düzenlemelerin öngördüğü entegrasyon şartlarını çocuğa yükleyebileceklerini ifade eder. Direktif 4(6). maddesinde ise üye devletlerin derogasyon yoluyla Direktif'in hayata geçirilmesi sırasında var olan yasal düzenlemelerin bunu öngörmesi durumunda, küçük çocukların aile birleşimi başvurularının 15 yaşından önce yapılması koşulunu yükleyebilirler. Maddenin devamında başvurunun 15 yaşından sonra yapılması halinde, bu derogasyonu uygulamaya karar veren üye devletlerin çocuğa giriş ve ikamet iznini aile birleşmesi harici bir yasal gerekçe ile vermeleri gerektiği ifade edilir. Direktif'in 5(5). maddesi ise üye devletleri küçüğün başvurusunu incelerken en iyi çıkarına yönelik bir sonuca varmaları ile yükümlendirir. Direktif'in 8. maddesine göre üye devletler aile bireylerinin kendisine katılması için, sponsoru kendi sınırlarında yasal olarak en fazla iki yıl ikamet etmiş olmakla yükümlü tutabilirler. Direktif'in yürürlük kazandığı tarihte yürürlükte olan ulusal düzenleme ülkeye alma kapasitesi belirlemiş ise, derogasyon yoluyla üye devletler aile birleşmesi başvurusunun teslimi ile aile bireylerine ikamet izni verme arasında en fazla üç yıllık bir bekleme süresi öngörebilirler. Direktif 17. maddesinde üye devletlerin ikamet izni başvurusunu veya yenileme başvurusunu reddetme, geri alma ve sponsorun veya aile bireylerinin ülkeden çıkarılması kararlarını alırken, ailevi bağların sağlamlığı ve niteliği ile üye devlette ikamet sürelerini ve orijin ülke ile olan ailevi, kültürel ve sosyal bağları gözönünde bulundurmaları gerektiğini söyler.

Parlamento Direktif'in belli hükümlerine yönelik savlarını uluslararası mekanizma ve aygıtlar ile desteklemiştir. Çekişmeli hükümlerin başta aile yaşamına saygı ve ayrımcılık yasağı olmak üzere İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Avrupa Sözleşmesi, üye devletlerin ortak anayasal gelenekleri ve Topluluk hukukunun gözettiği pekçok temel hakkı gözetmediğini Birliğin, kurumların eylem ve işlemlerinde AB Antlaşması 6(2). madde ve 46(d). madde uyarınca bunlara uyma görevini hatırlatarak iddia etmiştir. Bununla beraber Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(AİHS)'nin 8. maddesine vurgu yaparak, Divan'ın bu maddedeki aile yaşamına saygı ilkesini aile birleşmesi hakkını dahil ederek yorumladığını hatırlatmıştır.[182] Bu ilke Parlamento'nun dikkat çektiği üzere her ne kadar bağlayıcı olmasa da mevcut temel hakların bir listesini sunan ve AİHS ile ilintili olan Şart'ın 7. maddesinde de tekrarlanmıştır. Parlamento ayrıca Şart'ın 24. maddesi uyarınca özel veya kamu kurumlarının eylem ve işlemlerinde çocuğun en üstün çıkarının gözetilmesi gerektiğine, ayrıca tüm çocukların, çıkarlarına ters olsa da, düzenli bir ailevi ilişkiye sahip olma ve anne-babaları ile doğrudan ilişkiye geçme haklarının olduğuna dikkatleri çekmiştir.[183] Parlamento ikinci olarak AİHS'nin 14. maddesinde yer alan yaşa dayalı ayrımcılık ilkesine dikkatleri çekip, Şart'ın 12. maddesinde aynı ilkenin açıkça gözetildiğini ifade etmiştir.[184] Parlamento ayrıca Birleşmiş Milletler çatısı altında imzalanan pekçok uluslararası sözleşmeye atıfta bulunur: Sivil ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi 24. madde, Çocuk Hakları Sözleşmesi, Tüm Göçmen İşçiler ve Aile Bireylerini Koruma Uluslararası Sözleşmesi, Birleşmiş

[182] Rick Lawson, *Family Reunification Directive Court of Justice of the European Communities Family Reunification and the Union's Charter of Fundamental Rights, Judgment of 27 June 2006, Case C-540/03, Parliament v. Council*, European Constitutional Law Review, 3: 324–342, 2007, s.325.

[183] "D. Thym, '*Europäischer Grundrechtsschutz und Familienzusammenführung'*, Neue Juristiche Wochenschrift (2006) p. 3252." From the essay of Lawson, Rick, a.g.e., European Constitutional Law Review, 3: 324–342, 2007, s.325.

[184] Rick Lawson, *op. cit*., s.326.

Milletler Genel Kurulu'nun 20 Kasım 1959 tarihli Çocuk Hakları Bildirisi. Son olarak Parlamento Birliğe üye birçok devletin anayasal geleneklerine işaret etmiştir.

Divan'a göre temel haklar Divan'ın gözetimi altındaki genel ilkelerin ayrılmaz bir parçasıdır. Bu sebeple Divan üye devletlerin anayasal geleneklerinden ve üye devletlerin taraf olduğu veya desteklediği uluslararası enstrümanlardaki temel haklara ilişkin ilkelerden esinlenir. AİHS bu meyanda çok önemli bir yere sahiptir.[185] Ek olarak AB Antlaşması 6(2). maddesine göre Birlik AİHS, üye devletlerin anayasal gelenekleri ve Topluluk hukukunun temel ilkelerinde temin edilen temel haklara saygı duyar. Divan Sivil ve Siyasi Haklar Avrupa Sözleşmesi'nin Topluluğun genel ilkeleri uygulanırken gözönünde bulundurulan temel uluslararası metinlerden biri olduğunu işaret etmiştir. Aynısı tüm üye devletleri bağlayan Çocuk Hakları Sözleşmesi için de geçerlidir. Bunlarla birlikte Avrupa Birliği Şartı yasal olarak bağlayıcı bir metin olmasa da[186], Topluluk yasa koyucusu önemini Direktif'in dibacesinin 2. paragrafında Direktif'in sadece AİHS'nin 8. maddesindeki ilkeleri değil, Şart'takileri de gözettiğini zikrederek vurgulamıştır. Dahası, dibacesinde de açıkça belirtildiği gibi Şart üye devletlerin anayasal geleneklerinden ve üye oldukları uluslararası sözleşmelerden, AB Antlaşması'ndan ve diğer kurucu metinlerden, AİHS'den ve Topluluğun ve Avrupa Konseyi'nin kabul ettikleri Sosyal Şart ile Divan'ın ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat hukukundan kaynaklanan hakları teyit etmektir. Divan ayrıca Parlamento'nun işaret ettiği diğer uluslararası

[185]Divan'ın uluslararası enstrümanlardaki temel haklara ilişkin ilkelerden esinlendiğine ilişkin bakınız; Dava C-260/89 *ERT* [1991] ECR I-2925, paragraf 41; Görüş 2/94 [1996] ECR I-1759, paragraf 33; Dava C-274/99 P *Connolly* v *Commission* [2001] ECR I-1611, paragraf 37; Dava C-94/00 *Roquette Frères* [2002] ECR I-9011, paragraf 25; Dava C-112/00 *Schmidberger* [2003] ECR I-5659, paragraf 71; ve Dava C-36/02 *Omega.*

[186]Bu ifadenin Şart'ın üye devletler için bağlayıcı kılındığı Lisbon Antlaşması'nın yürürlüğünden önceki tarihli bir ABAD kararında geçtiği dikkate alınmalıdır.

sözleşmelerin her halükarda çocuk haklarını korumada yukarıda ifade edilenlerden daha üstün hükümler içermediğini tespit etmiştir.[187]

Direktif'in 4(1). maddesinin son altparagrafına ilişkin olarak Parlamento bu maddenin dibacenin 12. paragrafında ifade edilen gerekçesinin ikna edici olmadığını, Topluluk yasa koyucusunun 'entegrasyon koşulu' ile 'entegrasyon amacı' kavramlarını karıştırdığını iddia etmiştir.[188] Ayrıca Parlamento'ya göre küçüğün başarılı bir şekilde entegre edilmesinin en önemli araçlarından biri aile birleşmesi olduğundan, sponsorun aile bireylerinden biri olan çocuğun sponsora katılmasında evvel bir koşul yüklemek tutarsızdır çünkü bu, aile birleşmesini gerçekleştirilemez kılar ve bu hakkı olumsuzlar. Parlamento ayrıca ulusal düzenlemelerin dayattığı entegrasyon koşulunun AİHS'nin 8(2). maddesinde yer alan haklı müdahalelerden yani ulusal güvenlik, kamu güvenliği ve huzuru, ülkenin ekonomik durumu, kargaşa ve suçun önlenmesi, sağlık veya ahlaki değerlerin korunması ve başkasının temel hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarından birine girmediğini iddia etmiştir.[189] Parlamento devamında Direktif'in çocuğun yaşına dayalı ayrımcılık içerdiğini belirterek, bunun ne amacı itibariyle haklı, ne de AİHS'nin 14. maddesiyle uyumlu olmadığını söylemiştir. Parlamento'ya göre entegrasyon amacı ev sahibi üye devlete giriş yaptıktan sonra alınacak önlemler gibi daha az radikal araçlarla da sağlanabilir.[190] Son olarak Parlamento Direktif'in uygulamaya geçtiği tarihte var olan ulusal mevzuatlardan dolayı, 'standstill hükmünün' geleneksel 'standstill hükümlerine nazaran daha az katı olduğuna işaret etmiştir. Üye devletlere bırakılan manevra alanının Direktif'in içerdiği temel kriterlere aykırı olduğunu iddia etmiştir.

[187]Elizabeth Defeis, *op cit*.
[188]Rick Lawson, *op. cit.,* s. 227.
[189]*Ibid.*
[190]*Ibid*., s. 330.

Alman Hükümeti ve Komisyon tarafından desteklenen Konsey aile yaşamına saygının aile birleşmesi demek olmadığını ifade etmiştir. AİHM içtihatları uyarınca aile birleşmesi mesela orijin ülkede olmak üzere pekçok yerde mümkündür. Konsey AİHM'nin içtihatlarında göç politikalarının uygulanmasında aile birleşmesi başvurularının reddedilmesinde 8(2). maddedeki haklı gerekçelere dikkatleri çekmiştir.[191] Konsey savunmasında, böyle bir reddin ebeveynlerin çocuklarını 12 yaşından önce getirmelerini teşvik ederek küçüklerin daha etkili entegrasyonu olarak özetlenen ve Direktif'in 4(1). maddesinin son altparagrafında yer alan amacın üzerine kurulu olabileceğini belirtmiştir. Ayrıca 12 yaş sınırının seçilmesinin keyfi olmadığı, bu yaştan önceki yaşlarda çocuğun topluma entegre olma potansiyelinin yüksek olduğu, 12 yaş altındaki bir küçüğün aile birleşmesinin reddine ilişkin bir davada AİHM'nin bunu madde 8'e aykırı bulmaması ile desteklenerek belirtişmiştir.[192]

Divan bu iddia ve savunmaya cevaben şunları belirtir: AİHS 8. madde bağlamında aile yaşamına saygı duyulma hakkı Divan'ın kökleşmiş içtihat hukukuna göre Topluluk hukukunca korunan temel haklara dahildir. Birinin yakınıyla birlikte yaşama hakkı üye devletler için negatif veya pozitif yükümlülükler doğurabilir. Mesela bir üye devlet birini ülkeden ihraç etmemekle yükümlü olabilir veya birini üye devlet ülkeye alıp ikamet hakkı vermekle yükümlü olabilir. Böylece, AİHS bir yabancının belli bir ülkeye girme ve orada ikamet etme hakkını temel bir hak olarak tanımıyor olsa da, Divan bir kimsenin yakın aile bireylerinin yaşadığı bir ülkeden

[191]Herlin-Karnell, Ester. (2010), *CASES: European Arrest Warrant Cases and the Principles of Non-discrimination and EU Citizenship*, The Modern Law Review, s. 830.

[192] HERVEY*, 'Migrant workers and their families in the European Union: The Pervasive Market Ideology of Community Law'* in Shaw and More, eds., New Legal Dynamics of European Union(OUP, 1995), s.212.

ihraç edilmesini AİHS'nin 8. maddesinin temin ettiği aile yaşamına saygı hakkının ihlali olarak görmektedir. AİHM'nin hükmettiği gibi, AİHS madde 8, aile yaşamına saygı sonucu doğuracak pozitif bir yükümlülük oluşturmaktadır.[193] Bu yükümlülüklere uygulanacak ilkeler negatif yükümlülükleri düzenleyen ilkeler ile benzerdir. Her ikisinde de bireyler ile toplumun yarışan çıkarları arasında adil bir denge kurulmaktadır ve devletlerin takdir yetkileri sözkonusudur.

Çocuk Haklarına İlişkin Sözleşme de aile yaşamına saygıyı gözetir. Sözleşme dibacesinin 6. paragrafında vurgulandığı gibi çocukların kişiliklerini tam ve uyumlu geliştirmeleri için aile çevresinde büyümeleri gerektiği prensibi üzerine kuruludur. Sözleşmenin 9. maddesi uyarınca üye devletler bir çocuğun ebeveynelerinden rızaları olmaksızın ayırılmamasını ve madde 10 uyarınca da çocuk veya ebeveynleri tarafından aile birleşmesi amacıyla yapılan başvuruların pozitif, insancıl ve süratli bir tarzda ele alınmasını temin etmelidirler. Şart[194] benzer şekilde 7. maddesinde özel yaşam ve aile yaşamını tanımaktadır. Bu hüküm Şart'ın 24(2). maddesinde tanınan ve çocuğun ailesiyle düzenli bir ailevi ilişkiye sahip olması ihtiyacını dikkate alan çocuğun en üstün çıkarı prensibine ilişkin yükümlülükle birlikte okunmalıdır. Bu farklı enstrümanlar çocuğun aile yaşamının önemini vurgular ve ülkelerin çocuğun çıkarlarını dikkate almalarını temin eder ancak aile bireylerinin ülkeye giriş yapmaları için bireysel bir hak doğurmaz ve aile birleşmesi uygulanırken devletlerin belli bir takdir yetkilerinin olmadığı yönünde yorumlanamaz. Direktif'in 5(5). maddesi uyarınca da üye devletler yarışan çıkarları dengeleyen kararlar alırken çocuğun en üstün çıkarını gözetmelidirler.

---

[193] *Sen v. The Netherlands*, no. 31465/96, § 31, 21 Aralık 2001.

[194] EU Charter of Fundamental Rights, Treaty of Nice amending the Treaty on European Union, (OJ C 80, 10.3.2001).

Direktif'in 4(1). maddesi bu hükümlerden öteye geçerek, üye devletlere takdir yetkisi bırakmadan belli koşulların karşılanması halinde sponsorun belli aile bireylerine aile birleşmesi şeklinde bireysel haklar tanıyarak pozitif ve açık bir yükümlülük yükler. Direktif'in 4(1). maddesinin son altparagrafı açıkça tanımlanmış koşullar altında, çocuğun 12 yaşın üstüne ailesinin kalanından bağımsız olarak ulaşması halinde, üye devletlere belli kısmi bir takdir yetkisi tanır ve ülkeye giriş ve ikametle yetkilendirmeden önce Direktif'in uygulamaya geçirildiği tarihte var olan ulusal düzenlemelerin öngördüğü entegrasyon koşulunu sağlayıp sağlamadığını kontrol etme imkanı verir. Direktif'in 17. maddesi üye devletleri karar alırken ailevi ilişkilerin niteliği, sağlamlığı, üye devlette ikamet etme süresi ve orijin ülke ile olan ailevi, kültürel ve sosyal bağların varlığını dikkate almak ile yükümlendirerek ayrıca sınırlamaktadır.

Çocuğun yaşı ve ailesinden ayrı büyümesine ilişkin iddialara cevaben, bunlar AİHM tarafından gözönünde bulundurulmuş unsurlardır. Direktif metninde oniki yaş seçimi yaşa dayalı ayrımcılık yasağının ihlali anlamına gelen bir kriter değildir, çünkü bu kriter bir küçüğün yaşamında bir aşamadır. Bu yaşa kadar üçüncü bir ülkede uzunca bir süre aile bireylerinden ayrı büyümüş olmak ve bu sebeple üye devlete entegre olmada zorlanmak bu aşamayı görünür kılar. Benzer şekilde eş ve oniki yaş üstü çocuğa ayrı muamele edilmesi çocuk aleyhine haksız bir ayrım teşkil etmez. Evliliğin başlıca amacı uzun süreli bir evlilik yaşamıdır ancak oniki yaşın üstündeki bir çocuğun ebeveynleriyle birlikte uzunca bir süre yaşaması gerekmez. Topluluk yasa koyucusunun bu farkı dikkate alması ve farklı kurallar öngörmesi adildir ve çelişkili değildir.

Divan yukarıdaki yasal açıklamalar ışığında şuna hükmetmektedir: Direktif'in 4(1). maddesinin son altparagrafı aile yaşamına saygı, küçüğün en üstün çıkarını gözetme yükümlülüğü veya yaşa dayalı ayrımcılık yasağı şeklindeki temel haklara, ne bizzat ne de üye devletleri açıkça veya imaen bu şekilde bir düzenleme yapma yetkisi vererek aykırı düşmemektedir.[195]

Direktif'in 4(1). maddesinin son altparagrafı incelenirken dayanak gösterilen benzer sebeplerle Parlamento üye devletlere aile birleşmesi başvurusunun 15 yaşından önce verilmesi zorunluluğunu öngörme imkanı veren 4(6). maddenin de aile yaşamına saygı ve yaşa dayalı ayrımcılık yasağının ihlali olduğunu belirtmiştir.[196] Üye devletlerin Direktif'in uygulamaya geçirildiği tarihte var olan yeni ve kısıtlayıcı derogasyon hükümlerini kabul etme veya bu hükümlerin varlığını koruma yetkisi verdiğine dikkatleri çekmiştir. Son olarak üye devletlerin 15 yaşın üstündeki küçüklerin giriş ve ikamet başvurularının aile birleşmesi harici tanımlanmamış bir gerekçeyle değerlendirilmesi yükümlülüğü ulusal otoritelere fazla takdir yetkisi tanımaktadır ve yasal belirsizlik içermektedir. Parlamento ayrıca entegrasyon amacının, haklı gerekçeye dayanmayan ve keyfi olan yaşa dayalı ayrımcılıktan daha az radikal araçlarla sağlanabileceğini ifade etmiştir.

Mevcut davada, Divan'ın denetimi çekişmeli hükümlerin temel haklara ve özellikle aile yaşamına saygı hakkına, yaşa dayalı ayrımcılık yasağına ve çocuğun en üstün çıkarını gözetme yükümlülüğüne uygun olup olmadığına ilişkindir. Divan'a göre Direktif'in 4(6). maddesi üye devletleri 15 yaş üstü çocukların ülkeye giriş başvurularında yaşlarının dikkate alınmasından men edecek şekilde yorumlanamaz ki bu sebeple AİHM'nin 8. maddesine aykırı değildir. Aile birleşmesi ifadesi üye

[195]Rick Lawson, *op. cit*., s.340.
[196] Ibid.

devletleri çocuğa ailesine katılma amacıyla ülkeye giriş ve ikamet iznini derogasyon yoluyla vermeyen üye devletleri bundan men edecek şekilde yorumlanamaz. 15 yaş seçimi yaşa dayalı ayrımcılık yasağı ilkesine aykırı bir kriter teşkil etmemektedir.[197] Ayrıca 'standstill hükmü' de üstün hukuk devleti ilkesini zedelememektedir.[198] Direktif'in 4(6). maddesi ayrıca küçüğün en üstün çıkarını gözetmekle üye devleti yükümlendiren 5(5). maddenin ve ailevi ilişkiler gibi birtakım unsurları gözönünde bulundurmakla yükümlendiren 17. maddenin belirlemiş olduğu ilkeler ışığında okunmalıdır. Bu yasal açıkmalar ışığında Divan Direktif'in 4(6). maddesi aile yaşamına saygı, çocuğun en üstün çıkarınının gözetilmesi yükümlülüğü ve yaşa dayalı ayrımcılık yasağı dahil temel haklara aykırılık oluşturmadığına ve üye devletleri açıkça veya imaen böyle davranmakla yetkilendirmediğine hükmeder.[199]

Parlamento üçüncü olarak Direktfin'in 8. maddesi tarafından öngörülen iki ve üç yıllık sürelerinin aile birleşmesini önemli ölçüde sınırladığını ifade etmiştir. Başvuruların olay olay ele alınması yükümlülüğü içermeyen bu madde üye devletlere, yarışan çıkarlar arasında denge kurmada orantısal olmayan düzenlemelerin varlığını korumaları ile yetkilendirmektedir.[200] Parlamento Direktif'in 8. maddesinin ikinci paragrafında yer alan derogasyonun benzer olaylarda üye devlet ulusal düzenlemelerinin 'ülkeye alma kapasitesi' içerip içermemelerine bağlı olarak farklı yakaşımlara kapı araladığını iddia etmiştir. Son olarak üye devletlerin 'alma kapasitesi'ne ilişkin kriterin kota sistemine denk olduğunu ve bunun da AİHS'nin 8. maddesine aykırı olduğunu belirtmiştir.

[197] Steve Peers, *op. cit.,* s.179.
[198] *Ibid.*
[199] Rick Lawson, *op. cit*., s.120.
[200] *Ibid.*, s. 126.

Mevcut davadaki çekişmeli diğer hükümler gibi, Direktif'in 8. maddesi de üye devletleri aile birleşmesini düzenleyen Direktif kurallarından deroge etme imkanı vermektedir. 8. maddenin ilk paragrafı üye devletleri, sponsorun ailesiyle birleşmesi imkanından önce yasal olarak en fazla iki yıl ikamet etmiş olmakla yükümlendirmektedir. İkinci paragraf ise ulusal düzenlemeleri ülkeye alma kapasitesi içeren üye devletleri, aile birleşmesi başvurusu ile ikamet izninin sonuçlandırılması arasında en fazla üç yıllık bir bekleme süresi öngörmekle yetkilendirir. Bu süreler Divan'a göre aile bireylerinin iyi yerleşmeleri ve entegre olabilmelerini sağlayacak kadar uzun bir sürelerdir. Bu sebeple, üye devletlerin iki veya duruma göre üç yıl aile birleşmesinden mahrum etme yetkileri AİHM'nin de bu yönde yorumladığı üzere, AİHS'nin 8. maddesindeki aile yaşamına saygı ilkesine aykırı düşmemektedir.[201] Direktif'in 17. maddesinde de açıkça belirtildiği gibi, üye devlette ikamet süresi başvuru değerlendirilirken üye devletlerce gözetilmesi gereken unsurlardan biridir ve bekleme süresi olayın münhasır şartlarında yer alan tüm faktörler değerlendirilmeden dayatılmamalıdır. Aynı durum üye devletlere alma kapasitesi kriterinde de geçerlidir. Bu üye devletleri kota sistemi ve her halde üç yıllık bekleme süresi öngörme ile yetkilendirmemektedir. Direktif'in 17. maddesindeki tüm unsurların değerlendirmeye katılması yükü, tek faktörün ele alınmasına izin vermemekte olup, başvuruyla eş zamanlı olarak ülkeye alma kapasitesinin esaslı bir analizini gerektirir. Bu analiz yürütülürken üye devletler ayrıca küçüğün en üstün çıkarını da gözönünde bulundurmalıdırlar.

Divan 'Direktif'in uygulamaya geçirildiği tarihte var olan ulusal düzenlemelerin ülkeye alış-içerme kapasitesitesini göz önünde bulundurmaları

[201]Herlin-Karnell, Ester, *op. cit*., s.830.

durumuna göre iki veya üç yıllık bekleme süresi öngören üye devletler ile öngörmeyen üye devletlerin bulunmaları şimdiye kadar üye devletlerin yetki alanlarında olan bir alanda hukukları uyumlaştırmanın zorluğunu göstermektedir'[202] diyerek bu hususa dikkatleri çekmiştir.

Tartışma konusu yapılan ve iptale konu ilk hüküm kısaca şunu düzenler: Üye devletler entegrasyon testi sunmak suretiyle 12 yaş üstü çocukların aile birleşmesi hakkından derogasyon yoluyla imtina edebilmektedir. Bu hüküm üç açıdan sakıncalıdır: Birincisi Anadolu'nun küçük bir kasabasında yaşayan ya da Libya'nın bir köyünde hayatını sürdürmüş olan bir küçük entegrasyon testi için gerekli bilgiyi nasıl edinecektir. İkincisi başvuranların çoğu iyi eğitim alabilecek imkana sahip ailelerin çocukları değil göçmen işçilerin çocuklarıdır ve entegrasyon testi için gerekli eğitim imkanından yoksundur. Bu sosyal statü ve sınıftaki ailelerin çocuklarının entegrasyon kriterini sağlayamamasından ötürü başvurularının reddedilmesi özünde sosyal açıdan ayrımcılık taşımaktadır. Üçüncü olarak bir çocuğun sadece ailesiyle yaşamak için başvuru yapıyor olması yeterli değil midir de bir de önüne entegrasyon için ek kriterler çıkarılmaktadır![203]

Kimi yazarlara göre bir ülkenin aile yaşamını ihlal edebilmesi için aile birimine müdahale etmesi gerekir ki bunun içinde önce bir ailenin varlığı gereklidir. İlgili ülkede aile bireyiyle hiç birlikte olmamış bir yabancı için aile birimi teşekkül etmediğinden bahisle aile yaşamını ihlalin olmadığı savunulmaktadır.[204] Aile birleşmesi hakkını değerlendirirken benimsenen bu cılız 'fiziksel varlık' yaklaşımı

[202]Stalford,*Concepts of Family under EU Law - Lessons from the ECHR*, 16 (3) 410 -- International Journal of Law, Policy and the Family, s. 32.
[203] Rick Lawson, *op. cit.*
[204]Margearethe Schmidth, "Family Reunification Analysis of The Directive 2003/86/EC on the Right to Family Reunion in the Context of the European Immigration Policy", *European Internation Studies*, Nice, 2005-2006, s.40.

kanımca hatalıdır. Zira bunu savunanlarca ailenin bir küll/bütün halinde ilgili ülkeye göçü gerekmektedir ki öncelikle o ülkede aile birimi teşekkül etsin. Ancak göç gerçeği önce aile başının gitmesini, sonrasında şartlar gerçekleştiğinde diğer bireylerin getirtilmesi gerektirir.

Parlamento bu maddenin aile yaşamına saygı hakkına uygun bir yoruma kapı aralamadığını iddia etmektedir. Parlamentonun bu yorumuna katılmamak mümkün değildir. 12 yaş ve entegrasyon testi gibi sabitlenmiş kriterlerin var olduğu bir ülkede yeni ve farklı şartlar altında aile birleşmesi lehine insancıl çözümler üretmek mümkündür değildir. Örneğin çocuğun birlikte yaşıyor olduğu babasının vefat etmesi halinde yıllardır Hollanda'da yaşıyor olan annesine katılmak zorunda kalan küçüğün önünde çok alternatif yoktur. Ancak bu şartlarda bile ilgili otoritenin yaş ve entegrasyon testi kriterlerini soran soğuk yüzüyle karşı karşıyadır, dolayısıyla hüküm aksi bir insancıl yoruma açık değildir.[205] Bu hükmü yoruma açık hale getirmek adına Direktif'te yer alan iki hüküm vardır: Bunlardan biri 17. maddedir ve üye devletlere başvuruları değerlendirirken aile bağlarının doğası ve sağlamlığı, üye devlette kalma süresi, aile varlığının süresi, orijin ülkeyle olan sosyal ve kültürel bağları dikkate alması gerektiğini ifade eder. Diğer bir madde olan 5. madde ise küçüğün en üstün çıkarını dikkate alma ile yükümlendirir. Bu iki hüküm her ne kadar az önce belirtilen katılığı bertaraf etme amacını taşıyorsa da etkin değildir, zira ifadeleri müphemdir ve 4. madde kadar esnek olmayan ve net kriterler yüklememektedir. Bir üye devlet hiç zorlanmaksızın 'mevcut uygulamam veya düzenlemem 17. maddedekileri dikkate almıştır ve küçüğün en üstün çıkarına odaklanmıştır' diyebilir.[206] Kanımca bu sorunu

[205]D. Thym, "Europäischer Grundrechtsschutz und Familienzusammenführung",*Neue Juristiche Wochenschrift* (2006) p. 3252, from the essay of Rick Lawson, *op. cit.*s.342.
[206]Margearethe Schmidth, *op. cit*., s.42.

bertaraf etme bundan sonrası adına ABAD'ın dikkatli ve tedrici yorum ve kriter üretimine kalmıştır.

Aile birleşmesinin önündeki diğer bir engelse Direktif'in 4. maddesinde yer alan yaş sınırıdır. Buna göre üye devletler Direktif'in iç hukuka geçirilmesi sırasında var olan bir ulusal düzenleme ile onbeş yaşın altındakilere bu hakkı tanıyıp, onbeş yaşın üstünde olanlara aile birleşmesi haricinde başka bir çerçevede giriş ve ikamet hakkı tanıyabilirler. Bu durum zaten asgarileri takip eden üye devletlerin onbeş yaşın üzerindeki küçükleri mağdur etmeleri seçeneğini sunmaktadır.[207] Bu hüküm ebeveynlerde veya küçükte meydana gelebilecek birtakım değişen şartlarla uygunluk gösteremeyecek kadar katı ve nettir. Bu sebeple AİHS madde 8'i ihlal etmeye yönelik düzenlemelere açıktır. Mezkur maddenin ikinci cümlesi ise her ne kadar lafız itibariyle onbeş yaşın üstündeki küçüklerin aile birleşmesi temelinden ayrı bir temelde yetkilendirilebileceğini söyleyip bunu izin veriyor gibi gözüküyorsa da, burada mevcut mağduriyet 'başka bir temelde giriş ve ikamet izni' adı altında kanımca üstü kapatılmaktadır.[208] Ayrıca dokuz aydan başlayıp üç yıla kadar çıkabilen bekleme sürelerinde ilgili üye devletin ulusal hukukunca zamanaşımı kesilmiyorsa küçüğün onbeş veya oniki yaş sınırını geçirmesinden mütevellit sıkıntılar oluşabilir.

[207]Rick Lawson, "Family Reunification Directive Court of Justice of the European Communities Family Reunification and the Union's Charter of Fundamental Rights, Judgment of 27 June 2006, Case C-540/03, Parliament v. Council", *European Constitutional Law Review*, 3: 324–342, 2007, s.338.
[208]*Ibid.*

SONUÇ

Birliğin aile birleşmesi hakkı gibi siyasi yönleri ağır basan bir konuyu düzenliyor oluşu, ekonomik amaçlarla bir araya gelen üye devletlerin neofonksiyonalist teori ışığında uluslarüstü bir yapıya kavuşarak bu birlikteliklerini siyasi yönde derinleştirmeleriyle bu uluslarüstü yapıyı perçinlemeleri olgusunun en güçlü kanıtlarındandır[209]. Birlik yurttaşlığına bağlanan en güçlü haklardan biri olan serbest dolaşım hakkını pekiştiren ve güçlendiren bu hak, üye devletlerin farklı uygulamalarını uyumlaştırma ihtiyacı ve birtakım sosyal nedenlerden ötürü Topluluk düzeyinde ele alınmıştır.

Avrupa bütünleşmesi projesi farklılıkların zenginlik olarak kabul edildiği, çok-kültürlülük üzerine kurulu önlemler sayesinde sosyo-kültürel ve siyasi olarak ileri taşınabilecektir. Temel hak ve özgürlüklerin 'Değerler Avrupası'nı oluşturduğu Birlik'te göç olgusu ön plana çıkmaktadır. Bu olgunun soruna dönüşmesine neden olan belli sosyal, siyasi, ekonomik, hukuki ve yapısal dinamikler bulunmaktadır. Ulusal ekonomilerin beklentileri karşılamaması ve yaşanan küresel krizle birlikte ulusal refahlarda görülen azalma, değişen uluslararası güvenlik tanımları sonucu oluşan ekonomik kaygılar ve güvenlik kaygıları, üye devletlerdeki siyasi iradelerin tutumları göç sorunu fenomeninin oluşması ve büyümesinde etkili olan bu dinamiklerden bazılarıdır. Küreselleşmenin etkisiyle sınırların daha geçirgen hale gelmesi dünyanın fakir ülkelerinden Avrupa Birliği'ne göç dalgasına sebep olmuştur. Yaşanan 9/11 terör saldırıları ve Londra ve Madrid bombalamaları Avrupa'da İslamofobi'yi artırmış, Müslüman göçmenlere olan bakışı değiştirmiş ve onları

[209]Çınar Özen, *Türkiye-Avrupa Birliği İlişkilerinin Neofonksiyonalist Teori Çerçevede Analizi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara: Gazi Üniversitesi, 1998, s.34-36.

potansiyel tehdit haline getirmiştir. Bununla birlikte Avrupa Birliği'ndeki refah devletlerinde yaşanan ekonomik sıkıntıların ve özellikle belli üye devletlerde yaşanan ekonomik durgunlukların Birliği topyekün yük altına sokması ve yaşanan refah kaybının müsebbibinin refahın göçmenlerle bölüşülüyor olduğu algısı; Avrupa halklarında göçmenlerin dışlanmalarına ve 'öteki' olarak konumlandırılmalarına sebep olmaktadır. Sosyal dışlamanın yer yer yabancı düşmanlığı ve ırkçılığa kadar gittiği kimi üye devletlerde, aşırı sağ partilerin göçmenlere ilişkin bu halk algısını siyasi malzeme olarak kullanan popülist tutumları ile de birlikte bu sorun algıda normalleşmekte, rasyonelleşmekte ve hatta meşrulaşmaktadır.[210] Bu tehlikeyi Avrupa Birliği Başkanı Herman Van Rompuy'un bugün Avrupa'nın en büyük düşmanının korku olduğu; korkunun bencillik, bencilliğin milliyetçilik, milliyetçiliğin de savaş üreteceği yönündeki uyarısında da çıkarmak mümkündür.[211]Fransa'daki aşırı sağcı Ulusal Cephe (FN) Partisi Genel Başkan Yardımcısı Marine Le Pen'in ülkedeki Müslümanların varlığını Nazi işgaline benzetmesi, İsveç'teki ırkçı parti İsveç Demokratlarının ilk defa Meclis'te yirmi koltuk kazanması, Irkçı Geert Wilders'in Özgürlükler Partisi mensubu Barry Madlener'in 2010'un Ekim ayı sonunda Brüksel'de yapılan Türkiye-AB Karma Parlamento Komisyonu toplantısında İslam'a hakaret etmesi, Fransa'nın Strasbourg şehrindeki Eyüp Sultan isimli Türk camisinin yöneticisine 'Avrupa Özgürlük Hareketi' isimli ırkçı bir grup tarafından iki tehdit mektubu gönderilmesi, Fransa'da 2010'da yirmibeş caminin ırkçıların hedefi olması, 18 Ekim'de ilk kez Hagenau'da bir Türk camisinin kundaklanması ve Türklerin

[210]Avrupa'da ırkçılık ve yabancı düşmanlığının normalleştirildiği ve meşrulaştırıldığına ilişkin kapsamlı bir çalışma için ayrıca bakınız Fatma Yılmaz, *Avrupa'da Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığı*, USAK, Ankara, 2008.

[211] *"Herman Van Rompuy: 'Euroscepticism leads to war'"*, The Telegraph, 10.11.2010, <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/eu/8124189/Herman-Van-Rompuy-Euroscepticism-leads-to-war.html>,(erişim tarihi: 10.12.2010).

yoğun yaşadığı Alsace bölgesinde son onbir ayda onüç ırkçı saldırı gerçekleşmesi AB başkanının işaret ettiği bu tehlikenin vahim boyutlarını gözler önüne sermektedir.[212]Bu durum göçmen grupları sosyal dışlanmaya maruz kaldıkları çevrelerde biraraya getirmekte, dolayısıyla 'gettolaşma' olarak ifade edilen durumun ortaya çıkmasına neden olmaktadır ki bu durum göçmenlerin entegrasyonunun önünde en büyük engellerdendir. Bu açıklamalar etkin göç politikalarının önemini görünür kılmaktadır. Göç politikalarının da etkinliğini artıran ve sonuca yönelik etkili bir entegrasyon sağlayan önemli bir unsur da aile birleşmesi mekanizmasıdır. Çünkü ırkçılık ve yabancı düşmanlığı, kadın erkek ayrımcılığı, çocuğa kötü muamele, fakirlerin daha marjinalleşmesi, gettolaşma gibi sosyal problemler ele alındığında çözümün bir şekilde 'aile'de saklı olduğu hükmüne varılabilmektedir. Sebep oldukları marazi davranışlardan ötürü, insanların sebep olanları 'öteki' olarak addettikleri ve ona göre bir tepkide bulundukları bir toplumda; bu sosyal sıkıntıyı bertaraf etmenin bir yolu da aile müessesesine saygı göstermek ve bunu korumaktır. Bu gerekçelerdir ki uluslararası toplumu aileyi koruma ve aile yaşamına saygı konularında biraraya getirmiştir ve bölgesel ve uluslararası düzeyde bu konuyu düzenleme ve taraf devletleri yükümlendirme yoluna gidilmiştir.

Aile birleşmesinin Birlik düzeyinde ele alınması ile ulusal göç yasaları liberal bir çizgiye yaklaştırılmış, üye devletlerin ulusal düzenlemelerinde önceden görülmeyen olumlu yenilikler sağlanmıştır. Avrupa Birliği'nin aile birleşmesi konusunda Birlik düzeyinde düzenlemelere gitmesi üye devletlerin ulusal göç yasalarında olumlu yönde değişiklikler meydana getirmiş, hatta düzenlemelerin

[212]*Fransa'daki Türk Camisine Irkçı Tehdit*, 13.11.2010,<http://www.zaman.com.tr/haber.do?haberno=1052408&title=fransadaki-turk-camisine-irkci-tehdit>,(erişim tarihi: 10.12.2010).

sunduğu asgari korumadan daha ileri düzeyde ulusal hükümlerin oluşmasını sağlamıştır. Ulusal düzenlemelerde henüz yer almayan belli bazı konuların Direktiflerin kapsamında yer alması ulusal parlamentolarda konuya duyulan farkındalığı artırmış[213] ve ilgili hükümlere üye devlet mevzuatlarında yer verilmeye başlanmıştır. Bununla birlikte düzenlemelerin içerdiği minimum standartlar ulusal mevzuatlarını direktiflerin sunduğu minimum düzeye çekmek isteyen üye devletler bakımından bir sınır teşkil etmiştir. Ayrıca ulusal düzenlemeleri ilgili minimum standartların altında olan üye devletlerin bu düzenlemeleri Birlik mekanizmaları sayesinde liberal bir konsept kazanmıştır.

Aile birleşmesinin Birlik düzeyinde ele alınması ulusal düzenlemeleri birbiriyle uyumlaştırmıştır. Aile birleşmesine ilişkin düzenlemelerin üye devletlere takdir yetkisi vermenin yanında bu takdir yetkilerine belli sınırlar getirmesi ve minimum standartlar belirlemesi ulusal mevzuatların birbiriyle uyumlu hale gelmesine hizmet etmiştir. Ayrıca ilgili direktiflerin iç hukuka aktarımı sürecinde üye devletler birbirlerinin tutumunu izlemiş ve bunları dikkate almıştır.[214] Bu da ulusal göç yasalarının uyumlaştırılmasında etkili olmuştur.

İlgili tüzük ve direktifler sayesinde ayrıca ulusal parlamentolarda konuya duyulan farkındalık artırılmıştır. Göç politikaları ve aile birleşmesine ilişkin mevzuatlar üye devletlerin meclislerinde tasarı aşamalarındayken, parlamenterlerce sunulan belli kısıtlayıcı ve katı tekliflerin reddedilmesinde kullanılan en büyük

[213]Margearethe Schmidth, ***Family Reunification Analysis of The Directive 2003/86/EC on the Right to Family Reunion in the Context of the European Immigration Policy***, European Internation Studies, Nice, 2005-2006, s.56.

[214]StevePeers, *"Family Reunion and Community Law",* Neil Walker (ed), Europe's Area of Freedom, Security and Justice , Collected Courses of the Academy of European Law, XIII/2, 2004, s.170.

argüman bunların Direktif'e aykırı oluğu şeklinde olmuştur.[215] Birliğin Aile Birleşmesi düzenlemeleri gerek Birlik düzeyinde tasarı aşamasında, gerek iç hukuka aktarım aşamasında siyasi iradelerdeki bilinci ve konuya duyulan farkındalığı artırmıştır.

Aile birleşmesi mekanizmalarının bu olumlu yanlarının yanında eleştirilecek pekçok yönü de vardır: Ulusal düzenlemelerin direktiflerin sunduğu asgariler üzerinden belirlenmesi daha kısıtlayıcı göç yasalarının meydana gelmesine neden olmuş ve üye devletlere suistimale açık geniş takdir yetkileri bırakmıştır. Birliğin aile birleşmesi direktiflerinin içerdiği minimum düzey kimi göç yasalarının bu minimum düzey üzerinden revize edilmesine sebep olmuştur. Asgarileri belirtip daha lehe düzenlemeleri üye devletlerin takdirine bırakan Birlik düzenlemeleri üye devletlerin mevzuatlarını bu asgariler üzerinden belirleme temayüllerini öngörememiştir. Mevcut koruma düzeyleri daha ileri olan kimi ulusal düzenlemeler böylece daha kısıtlayıcı hale gelmiş, bu da ev sahibi üye devlette bulunan göçmenlerin mağdur olmasına sebep olmuştur. Birlik yasa koyucusu üye devletleri daha lehe düzenlemeler geliştirme konusunda takdir yetkisi bırakmaktansa, bu takdir yetkilerinin suistimal edilebileceğini öngörüp Birlik hükümlerinin lafzını buna göre belirlemeliydi. Bu öngörüsüzlük neticesinde üye devletlerce aile birleşmesini kimileri için imkansız kılan başvuru ve vize ücretleri, bekleme süreleri veya birtakım ek koşullar ihdas edilmiştir.

Bununla birlikte kısıtlayıcı göç yasalarının ortaya çıkışının en önemli sebeplerinden bir tanesi olarak düzenlemelerde kapsayıcı bir 'standstill' hükmünün

[215]K. Groenendijk, R. Fernhout, D. van Dam, R. van Oers, T. Strik, *op. cit*.,s.64.

yer almayışıdır. Ev sahibi üye devlette kalıcı ikamet etme hakkı elde etmede makul beklentiye sahip olanlar bu eksiklik nedeniyle mağdur edilmektedir.

Birliğin aile birleşmesi düzenlemelerinin kimi hükümleri doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık türlerinden birkaçını barındırmaktadır ki bu hükümler Parlamento tarafından ABAD önüne getirilmiştir. Bu hükümlerden ilki yaşa dayalı ayrımcılık içeren maksimum 21 yaş sınırıdır ki üçüncü ülke vatandaşları için ayrımcı bir uygulamadır. Diğer ayrımcı uygulamalar belli bir servet veya sermaye gerektiren bu sebeple de zengin ile fakir sponsor arasında ayrımcılık oluşturan sağlık sigortası, barınma yeri ve yeterli gelir şartlarıdır ki bu hüküm kimi yazarlarca servete dayalı ayrımcılık kapsamına, kimilerince de sınıf ayrımcılığı kapsamına alınmıştır.[216] Düzenlemelerde yer alan diğer ayrımcı bir uygulama ise eşcinsel çiftlerin biseksüel çiftlerle aynı düzeyde korunmaması ve kapsama alınmamasıdır ki bunun cinsiyete dayalı ayrımcılık olduğu iddia edilmektedir.[217]

Aile birleşmesi konusu göç meselesinin feminen bir formudur[218]ve Birlik mekanizmaları bu meseleye kadın eksenli yaklaşamamıştır. Kadınlar daha münhasır bir şekilde ele alınmalıdır. Direktif'in kadının durumunu dikkate alıyor olup olmadığı; onların hem göçmen hem de kadın olmaları hasebiyle çifte bir zorluk altında oldukları gerçeğini göz önüne alıp almadığını irdeleyen çalışmalar da vardır.[219] Acaba Direktif entegrasyon politikasını destekleyecek hüviyette faklılıkları bertaraf eden bir enstrüman mıdır? Tartışmalar istikametinde şekillenen terimle ifade

[216]*Ibid.*
[217]*Ibid*., s.223.
[218]LISSON, "Gendering Migration, Analysis of the European Legal Framework on Migration From a Female Perspective", *Brussel*, 2006, p.12.
[219]Margearethe Schmidth,*op. cit.*, s.55.

etmek gerekirse Direktif 'cinsiyet körü'[220] müdür yoksa 'cinsiyet tarafsızı'[221] mıdır? Diğer bir ifadeyle acaba Direktif amaçları, tezahürü, uygulamaları ve düzenlenişi itibariyle cinsiyet farklılığına dayalı ayrımcılık etkilerine kapalı mıdır yoksa görünürde cinsi açıdan nötr gözüküp dolaylı ayrımcılık gibi bir sonucu destekler nitelikte midir? Avrupa'ya giriş yapabilmenin bir yolu olan aile birleşmesi mekanizması ile ülkelere giriş yapanların %90'ı kadınlardır. Yani bu şunu gösterir ki %90'lık bir kesimi eşine bağımlı bayanlar oluşturmaktadır.

Birlik yasa koyucusu bazı amaçlara ulaşmada aile birleşmesi gibi önemli bir konuyu araç yapmıştır ki bu kanımca hatalı bir tutumdur. İlgili ulusal çıkarlara ilişkin amaçlara ulaşmada aile birleşmesi hakkını kısıtlayan, geciktiren veya kaldıran bu tutum orantısal olmaktan uzak kalmakta ve hatta amaç ile aracı ilgisiz kılmaktadır. İlgili amaçlara ulaşmada bir hak kısıtlamasına gitmeksizin daha isabetli ve tutarlı araçların tespiti pekala mümkün görünmektedir. Bu konuda özellikle 21 yaş sınırı ve entegrasyon testi uygulamaları dikkat çekmektedir.

Her şeyden önce 2003/86 sayılı Direktif üye devletlere minimum standartlar belirlemiş olduğundan üye devletlerin mevcut düzenlemelerini bu asgariler üzerinden yenilediklerini görmekteyiz. Üye devletlerin Direktif'in belirlemiş olduğu üçüncü ülke vatandaşı aleyhine sınırlamaları sanki bir hakmış gibi telakki ettikleri görülmektedir. Örneğin Almanya'nın yeni tarihli Yabancılar Yasası'nda bunu açıkça görmekteyiz. Önceden yabancı uyruklu vatandaşlar Almanya'da sosyal yardım alaraktan ikamet edebilirlerken Direktif'in "yapabilir/may" şeklindeki bir kısıtlama takdiri ilgili ülkelerce dikkate alınmış ve yeni düzenlemelerde 'sosyal yardım alacak duruma gelen sponsorlar ve aile bireylerine ikamet izni verilmez ve yenilenmez'

[220] *Ibid*.
[221] *Ibid.*

şeklini almıştır.[222] Diğer bir örnek; Alman Yabancılar Yasası'nda ülkeye getirilecek aile bireyleri için Almanca bilme şartının yer almasıdır. Buna göre üçüncü ülke vatandaşları ve bazı Almanların aile bireyleri sponsora katılmak için Almanca bilmelidirler. Buna Direktif'in 'üye devletler uygun entegrasyon önlemleri alabilir.' hükmü izin vermektedir. Ancak Almanya böyle bir önlem almakla Direktif'in amacını aşmakta, böyle bir önlem alırken bunun altyapısını hazırlamak suretiyle bu sürece katılabilecekken haddinden fazla yasalaştırmaya gitmektedir.[223] Buna da kanımca Direktif neden olmaktadır.

Birliğin aile birleşmesi mekanizmalarını tespit ederken üye devletlerin yabancı algısı ve farklı aile hukuku rejimlerini göz önünde bulundurmaması üye devletlerde farklı uygulamaların meydana gelmesine sebep olmuştur. Aile birleşimi hakkı elde edecek aile bireylerinin farklı farklı olması durumu da uygulamaların yeknesak olmasını engellemektedir. Bir üye devlette bulunan sponsor ilgili üye devlete o üye devletin takdir ettiği aile bireylerini getirebilirken, farklı bir üye devlete gittiğinde o bireylerin bir kısmını bırakmak zorunda kalmaktadır. Özellikle üye devletlerdeki yabancı algısının olumlu olmaması aile bireylerinin kapsamını bir hayli daraltmakta ve 'çekirdek aile modeli'nin[224] benimsenmesine sebep olmaktadır.

Birliğin aile birleşmesi mekanizmaları iddiasının aksine çocuğun en üstün çıkarını gözetmemektedir. Koruma ve velayet altında olmayan mülteci çocukların durumuna ilişkin 10(3). madde gayet yerindedir. Bu tür çocuklar için üst soylarıyla veya diğer akrabalarıyla aile birleşimi imkanı yoksa yasal koruyucusunun aile birleşimini kolaylaştıran ve mümkün kılan hükümler içeren bu madde BM Çocuk

[222]Ünal Zeran, "Eşlerin Aile Birleşmesi: Almanya Örneği", *Migration Recht Net*, s.15, <http://www.tgrr.de/material/broschuere09.pdf>, (erişim tarihi:11.09.2010).
[223]*Ibid*.s.14.
[224]Elizabeth Defeis, *op. cit*., s.24.

Hakları Sözleşmesi'ne uygundur. Ancak evli olan, olmayan, çok eşli olan veya boşanan çiftlerin çocuklarının yasal statülerinde bir fark olması çocuğun üstün çıkarı ilkesiyle uyuşmamaktadır. 3 yıla varan bekleme süreleri dikkate alındığında, ileri yaştaki çocukların zor entegre oldukları gerekçesi ile bu bekleme süreleri birbirleriyle çelişmektedir.

Sonuç olarak şu ifade edilebilir: Üye devletlerin elitist bir rüzgarla bir araya gelerek ekonomik işbirlikler oluşturmaları ile başlayan bu hareketin yeni siyasal yönler kazanması neticesinde, Birlik'te yabancılar, yabancılara karşı tutum ve tabi olacakları hukuk gayet önem kazanmıştır. Ekonomik faaliyet amaçlı serbest dolaşım üzerine müesses olan böyle bir hareketin sosyal yönü pekala düşünülmelidir çünkü etkileri kaçınılmazdır. Üçüncü ülke vatandaşlarının üye devletlere ulusal kurallar çerçevesinde giriş yapmaları uluslar üstü bir düzeyde ele alınması gereken, ekonomik olduğu kadar sosyal yanı da ağır basan bir meseledir ve dikkat ve hassasiyetle ele alınmalıdır. Bir yandan üye devletlerde elde ettikleri müktesep haklar korunmalı, bir yandan Birliğin üzerine kurulu olduğu temel ilkeler çerçevesinde bu kimselerin durumları ele alınmalıdır. Bu istikamette hazırlanmış düzenlemeler bu kimselerin haklarını korumanın yanında, belli haklar kazandırmalı; bulundukları ülkeye entegre olmaları için gerekli düzenlemeyi sunmalıdır. Söz konusu Direktif'in her ne kadar böyle bir amaç gütmüyor olduğu söylenemese de ikamet izni veya aile birleşmesi hakkı sağlamak gibi entegrasyon politikalarının uyumlaştırılmasını açıkça yükümlendirmelidir. Direktiflerin özünde ayrımcılık türlerinden belli bir kaçını barındırması, AB mevzuatındaki boşluklar, düzenlemelerin öngördükleri düşük standartlardan dolayı üye devletlere bırakılan suistimale açık geniş takdir yetkileri, üye devletlerin yabancıya karşı tavrı ve sahip oldukları farklı aile hukuku rejimleri

gibi sebeplerden ötürü sözkonusu düzenlemeler arzu edilen düzeyde etkin bir mekanizma olmaktan uzaktır ki bu etkinsizlik üye devletlerin göç yasalarında görülmektedir. Ancak buna rağmen aile birleşmesi gibi temel bir konu Topluluk düzeyinde ele alınarak üye devlet mevzuatları uyumlaştırılmış, kimi üye devletler standartlarını düşürse de genel olarak aile birleşmesinde Birliğe olumlu anlamda bir standart gelmiştir. Aile birleşmesi Direktifleri üye devletlerin göç politikalarını yumuşatmış ve liberal bir çizgiye yaklaştırmıştır. Birlik düzenlemeleri, göç politikaları ve aile birleşmesine ilişkin mevzuatlar üye devletlerde mecliste tasarı aşamalarındayken parlamenterlerce sunulan belli kısıtlayıcı ve katı tekliflerin reddedilmesinde kullanılan en büyük argüman haline gelmiş, ulusal kamuoylarında bu konuya duyulan farkındalık ve hassasiyet artmıştır.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

Bozkurt, E., Özcan, M., Köktaş, A., *Avrupa Birliği Hukuku*, Ankara, Asil Yayın, 2008.

Bozkurt, E., Özcan, M., Köktaş, A., *Avrupa Birliği Temel Mevzuatı,* Asil Yayın, 2008.

Craig, P. and De Búrca, G., EU *Law: Text, Cases and Materials (Fourth Edition),*Oxford University Press, Oxford, 2007, s. 418-426

Ester,Herlin-Karnell (2010), *CASES: European Arrest Warrant Cases and the Principles of Non-discrimination and EU Citizenship*, The Modern Law Review, 73: 824–835.

Köktaş, A.,*Avrupa Birliğinde İşçilerin Serbest Dolaşım Hakkı ve Türk Vatandaşlarının Durumu,* Ankara, Nobel Yayın Dağıtım, Yayın No:139, 1999.

Özen, Ç.,*Türkiye-Avrupa Birliği İlişkilerinin Neofonksiyonalist Teori Çerçevede Analizi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara: Gazi Üniversitesi, 1998.

Peers, S.,*Family Reunion and Community Law,* Neil Walker (ed), Europe's Area of Freedom, Security and Justice , Collected Courses of the Academy of European Law, XIII/2, 2004.

Tezcan, E.,*Avrupa Birliği Hukuku'nda Birey,* İletişim, İstanbul, 2002.

Yılmaz, F.,*Avrupa'da Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığı*, USAK, Ankara, 2008.

MAKALELER

Boeles, P.,"Directive on Family Reunification: Are the Dilemmas Resolved?",*European Journal of Migration and Law* 3: 61–71, 2001.

Bozbel, S.,"Türk Vatandaşlarının AvrupaBirliği Ortaklık Konseyi Kararlarından Doğan Çalışma ve Serbest Dolaşım Hakları", *AÜEHFD*, Cilt 8, Sayı 1-2, 2004.

Caritas Europa, CCME, COMECE, ICMC, JRS, QCEA, "Position on the Amended EU Commission Proposal for a Council Directive on the right to family reunification*"[COM (2002) 225 final*, December 2002.

Carrera S., Wiesbrock A., "Whose Citizenship to Empower in the Area of Freedom, Security and Justice? The Act of Mobility and Litigation in the Enactment of European Citizenship", *CEPS Liberty and Security in Europe*, May 2010

Defeis E., "International Weekend Panel on the Dual System of Human Rights: The European Union", *ILSA Journal of International & Comparative Law Nova Southeastern University Shepard Broad Law Center Bilingual Edition*, Vol. 14, No. 1 Fall 2007.

Engström J., "Recent and potential future developments in judicial protection in the European Area of Freedom, Security and Justice", *ERA Forum* (2009) 9: 487–494, DOI 10.1007/s12027-009-0110-y.

Groenendijk, Fernhout, Dam, Oers, Strik, "The Family Reunification Directive in EU Member States the First Year of Implementation", Nijmegen, *Centre for Migration Law*, Cilt 10, 2007.

Groenendijk, K.,"FamilyReunification as a Right under Community Law**",***European Journal of Migration and Law* 8: 215–230, 2006.

Habermas, J.,"Why Europe Needs a Constitution?",*New Left Review*, Cilt 11, 2001, s. 5-26.

HERVEY, "Migrant workers and their families in the European Union: The Pervasive Market Ideology of Community Law in Shaw and More", ed.,*New Legal Dynamics of European Union,* (65:7 OUP, 1995).

KOFMAN, "Women migrants and Refugees in the European Union", *for the conference: The Economic and Social Aspects of Migration jointly organized by the European Commission and OECD*, Brussel 2003.

Lambert, "The European Court of Human Rights and the right of refugees and other persons in need of protection to family reunion", 11 (3) 427, *International Journal of Refugee Law*.

Lawson, R.,"Family Reunification Directive Court of Justice of the European Communities Family Reunification and the Union's Charter of Fundamental Rights, Judgment of 27 June 2006, Case C-540/03, Parliament v. Council", *European Constitutional Law Review*, 3: 324–342, 2007.

LISSON, "Gendering Migration, Analysis of the European Legal Framework on Migration From a Female Perspective", *European Constitutional Law Review 3: 2006,* Brussel.

Lonnroth, J.,"The International Convention on the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families in the Context of Internetional Migration Policies", *International Migration Review*, Vol. 25, No. 4.

Marzo, "A New Method of Interpretation Linked to European Citizenship: the Förster Case" [2010] 3 *Web Journal of Current Legal Issues*, <http://webjcli.ncl.ac.uk/2010/issue3/marzo3.html.>, Erişim Tarihi: 12.12.2010

OGHCR Migration Papers, "Family Reunification", November 2005.

Peter Starup and Matthew James Elsmore, "Introductory Note To Metock And Others", *International Legal Materials*, Vol. 47, No. 6 (2008), pp. 858-861.

Ryland, Diane, "European Union citizenship: freedom of movement and family reunification. Reconciling competences and restricting abuse?" *In: 10th Jubilee International Academic Conference, 'State, Society and Economy' - Globalisation in a Contemporary World*, 13 - 15 June 2010, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University, Poland.

Schmidth, M.,"The Importance of the Considering Gender Issues In Migration",*European Internation Studies*, Vol 60, No.5, Nice, 2005-2006.

Schmidth, M.,"Family Reunification Analysis of The Directive 2003/86/EC on the Right to Family Reunion in the Context of the European Immigration Policy", *European Internation Studies*, Vol 60, No.6, Nice, 2005-2006.

Stalford, "Concepts of Family under EU Law - Lessons from the ECHR", 16 (3) 410 -- *International Journal of Law, Policy and the Family*.

Thym, D.,"Europäischer Grundrechtsschutz und Familienzusammenführung", *Neue Juristiche Wochenschrift* (2006) p. 3252, from the essay of Lawson, R., "Family Reunification Directive Court of Justice of the European Communities Family Reunification and the Union's Charter of Fundamental Rights, Judgment of 27 June 2006, Case C-540/03, Parliament v. Council", *European Constitutional Law Review*, 3: 324–342, 2007.

Wind M., "The European 'Rights Revolution' and the (non)implementation of the Citizenship directive in Denmark", *European Union Centers of Excellence*, 2011 EUSA Papers http://www.euce.org/eusa/2011/papers/8d_wind.pdf.

İNTERNET KAYNAKLARI

"Fransa'daki Türk Camisine Irkçı Tehdit", 13.11.2010, <http://www.zaman.com.tr/haber.do?haberno=1052408&title=fransadaki-turk-camisine-irkci-tehdit>, (erişim tarihi:10.12.2010).

"Herman Van Rompuy: 'Euroscepticism leads to war'", *The Telegraph*, 10.11.2010, <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/eu/8124189/Herman-Van-Rompuy-Euroscepticism-leads-to-war.html>, (erişim tarihi:10.12.2010).

Almanya Göçmen İşçiler Federasyonu, "Basın ve Kamuoyuna", <http://www.aveg.org/Eskisite/00Aciklamalar/Hakkimizda.pdf>, (erişim tarihi:11.09.2010).

Arbeitsmarktpolitische Betreunugseinrichtung, “Avusturya’da Aile birleşimi”,

<http://www.auslaender.at/articles/166/1/VeBBAS---Salzburger-arbeitsmarktpolitische-Betreuungseinrichtung/Page1.html>, (erişim tarihi:11.09.2010).

Europa, “The right of family reunification for third-country nationals recognised by Directive”

<http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/l33118_en.htm>, (erişim tarihi:11.10.2010).

Gümrükçü, Voegeli, *Akdeniz ve Hamburg Üniversiteleri Avrupa Çalışmaları*, <http://proje.akdeniz.edu.tr/iibf/euromaster/yayinlar>(erişim tarihi:11.09.2009).

Kılıç, M.,“Aile Birleşimini İmkansızlaştıran, Oturum Hakkını zorlaştıran Ayrımcı Yasa Kabul Edildi”, *Realite Gazetesi*, Sayı 28

<http://www.7g24s.com/test/haber_ara.php?anahtar=kararla>, (erişim tarihi:11.09.2010).

Report From The Commission To The European Parliament and The Council On The Application of The Directive 2003/86/EC On The Right To Family Reunification, COM(2008) 610 final, Brussels, 8.10.2008

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0610:FIN:EN:PDF>, (erişim tarihi:10.10.2010).

TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu'nun Hollanda Ziyareti, Rapor, 16-21 Haziran 2008.

<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/Komisyon_Faaliyet_Raporu.pdf>, (erişim tarihi:11.09.2010).

Zeran, Ü.,"Eşlerin Aile Birleşmesi: Almanya Örneği", *Migration Recht Net.*

<http://www.tgrr.de/material/broschuere09.pdf>, (erişim tarihi:11.09.2010).

MAHKEME KARARLARI

Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. UK, judgement of 24.04.1985, Case No. 15/1983/71/107 109.

Ahmut v the Netherlands, judgement of 26.10.1996, Case no. 21702/93.

Avrupa Parlamentosu V Avrupa Birliği Konseyi, Case No. 540/03.

Blaise Baheten Metock,Hanette Eugenie Ngo Ikeng,Christian Joel Baheten,Samuel Zion Ikeng Baheten,Hencheal Ikogho,Donna Ikogho,Roland Chinedu,Marlene Babucke Chinedu,Henry Igboanusi,Roksana Batkowska V Adalet, Eşitlik ve Hukuk Reformu Bakanlığı, Case No. 127/08.

Commission of the European Communities v Grand Duchy of Luxembourg, Case No. C-57/07.

Commission of the European Communities V Kingdom of Spain, Case No. 157/03.

Gül v. Switzerland, judgement of 19.02.1996, Case No.559645/93.

Hakan Er v Wetteraukreis, Case No. C-453/07.

Ibrahim Altun V Stadt Böblingen, Case No. C-337/07.

Inan Cetinkaya ve Land Baden-Württemberg, Case No. 467/02.

Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie v R.N.G. Eind, Case No. 291/05.

Murat Polat V Stadt Rüsselsheim, Case No. C-349/06.

Reed, Judgement of 17.04.1986, Case No. C-59/85 (ECR) 1986, p.1283.

Rhimou Chakroun, Raad van State (Council of State), Dutch Case Law.

Rhimou Chakroun ve Minister van Buitenlandse Zaken, Case No. 578/08.

Sen v the Netherlands, judgement of 21.12.2001, Case No. 3145/96.

DERS NOTLARI

Mehmet Özcan, *AB'de İnsan Hakları Dersi Ders Notları*, 2008-2009 Öğretim yılı, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Avrupa Topluluğu Hukuku Yükseklisans programı.

Sanem Baykal, *AB Maddi Hukuku*, 2008-2009 Öğretim yılı, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Avrupa Topluluğu Hukuku Yükseklisans programı.

YARARLANILAN BİRLİK DÜZENLEMELERİ VE HARİCİ DÜZENLEMELER

453/2003 sayılı Tüzükle değişik *539/2001 sayılı Komisyon Tüzüğü.*

AT Antlaşması md 49, Hizmetlerin serbest dolaşımı, (OJ C 325 24.12.2002).

AT Antlaşması md 39,İşçilerin Serbest Dolaşımı ve Aile Bireylerinin haklar,(OJ C 325 24.12.2002)..

*COM(1997) 387, 30 July 1997***,**Proposal for a COUNCIL ACT establishing the Convention on rules for the admission of third-country nationals to the Member States.

COM(1999) 638, 1 Dec. 1999, Proposal for a Council Directive on the right to family reunification with Third Country Nationals.

Council Doc (8209/1), 2 May 2001, COUNCIL DIRECTIVE on the right to family reunification

COM(2002) 225, 3 May 2002, Amended proposal for a COUNCIL DIRECTIVE on the right to family reunification.

*COM(1999)127,*Commission Report on the Implementation of Directives 90/364, 90/365 and 93/96.

*COM(2003/101),*Second Commission Report to the Council and Parliament on the implementation of Directives 90/364, 90/365 and 93/96 (right of residence).

COM(2001) 257, 23 May 2001, Proposal for a European Parliament and Council Directive on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States.

COM 2001/127, 13 Mar. 2001, Proposal for a Council Directive concerning the status of third-country nationals who are long-term residents.

Directive 2004/58/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC, (L 158 30.04. 2004).

Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC, (OJ L 158, 30.4.2004).

Directive 68/360, Council Directive of 15 October 1968 on the abolition of restrictions on movement and residence within the Community for workers of Member States and their families,(OJ L 257, 19.10.1968).

*Directive 73/148,*Council Directive 73/148/EEC of 21 May 1973 on the abolition of restrictions on movement and residence within the Community for nationals of Member States with regard to establishment and the provision of services, (OJ L 172, 28.6.1973).

Directive 93/96, Council Directive 93/96/EEC of 29 October 1993 on the right of residence for students, (OJ L 317, 18.12.1993).

Directive 75/34, Council Directive 75/34/EEC of 17 December 1974 concerning the right of nationals of a Member State to remain in the territory of

another Member State after having pursued therein an activity in a self-employed capacity, OJ L 14, 20.1.1975).

*Directive 90/364,*Council Directive of 28 June 1990 on the right of residence, (OJ L 180, 13.7.1990).

Directive 73/148, Council Directive of 21 May 1973 on the abolition of restrictions on movement and residence within the Community for nationals of Member States with regard to establishment and the provision of services (73/148/EEC).

*Directive 2003/109,*Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents.

*Direktif 64/221,*Council Directive of 25 February 1964 on the co-ordination of special measures concerning the movement and residence of foreign nationals which are justified on grounds of public policy, public security or public health, (OJ 056, 04.04.1964).

Direktif 72/194, Council Directive 72/194/EEC of 18 May 1972 extending to workers exercising the right to remain in the territory of a Member State after having been employed in that State the scope of the Directive of 25 February 1964 on coordination of special measures concerning the movement and residence of foreign nationals which are justified on grounds of public policy, public security or public health.

*Direktif 75/35,*Council Directive 75/35/EEC of 17 December 1974 extending the scope of Directive No 64/221/EEC on the coordination of special measures concerning the movement and residence of foreign nationals which are justified on

grounds of public policy, public security or public health to include nationals of a Member State who exercise the right to remain in the territory of another Member State after having pursued therein an activity in a self-employed capacity, (OJ L 14, 20.1.1975).

*Direktif 2003/86,*Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification.

*Direktif 2003/109,*Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents, (OJ L 16/44 23.1.2004).

Regulation No. 1612/68, 15.10.1968 (OJ L 257, 19.10.1968 s.2.).

Regulation 1612/68: REGULATION OF THE COUNCIL of 15 October 1968 on freedom of movement for workers within the Community.

Regulation 1251/70: REGULATION (EEC) No 1251/70 OF THE COMMISSION of 29 June 1970 on the right of workers to remain in the territory of a Member State after having been employed in that State, (OJ L 142, 30.6.1970).

Regulation 859/2003: COUNCIL REGULATION (EC) No 859/2003 of 14 May 2003 extending the provisions of Regulation (EEC) No 1408/71 and Regulation (EEC) No 574/72 to nationals of third countries who are not already covered by those provisions solely on the ground of their nationality.

Regulation 1347/2000: COUNCIL REGULATION (EC) No 1347/2000 of 29 May 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility for children of both spouses, (OJ L 160/19, 30.6.2000).

Regulation 2201/2003: COUNCIL REGULATION (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, (OJ L 338/1, 23.12.2003).

*Regulation 2001/83:*Council Regulation (EEC) No 2001/83 of 2 June 1983 amending and updating Regulation (EEC) No 1408/71 on the application of social security schemes to employed persons, to self-employed persons and to members of their families moving within the Community and also amending and updating Regulation (EEC) No 574/72 laying down the procedure for implementing Regulation (EEC) No 1408/71 (OJ L 230, 22.8.1983).

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966

1975 Göçmen İşçiler Konulu Recommendation No. 151.

The United Nations International Covenant on Civil and Political Rights, <http://www.hrweb.org/legal/cpr.html>, Erişim Tarihi: 04.01.2011.

Articles 3.14 and 3.15 *Vreemdelingenbesluit 2000* as amended by Royal Decree of 29 September 2004, Staatsblad 2004, 496.

The Universal Declaration of Human Rights, <http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml>, Erişim Tarihi: 04.01.2011.

Convention on the Rights of the Child, <http://www.unicef.org/crc/>, Erişim Tarihi: 04.01.2011.

Göçmen İşçilerin Hukuki Statüsü Hakkında Avrupa Sözleşmesi, <http://www.avrupakonseyi.org.tr/antlasma/aas_202o.htm>, Erişim Tarihi: 05.01.2011.

Çalışma için Göç Konulu Recommendation No. 86.

ÖZET

Gökçe, Yasir, Avrupa Birliği Hukuku'nda Aile Birleşmesi Mekanizmasının Düzenlenişi ve Etkinliği, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Doç. Dr. Mehmet ÖZCAN, s.

Avrupa Birliği ekonomik bir entegrasyon hareketi olma durumundan ibresini siyasi birliğe doğru kaydırdığı ve bu istikamette adımlar attığı oranda yeni problemlerle karşı karşıya kalmış veya diğer bir ifadeyle bir takım problemlerin kendi ilgi ve yetki alanında olduğu hükmüne varmıştır. Ulus devletler, bu özelliklerinden taviz vermek suretiyle daha geniş bir platformda yeni bir mozaik oluşturma gayreti çerçevesinde aşılamayan belli engellerle karşılaşmıştır. Sebep oldukları marazi davranışlardan ötürü, insanların sebep olanları 'öteki' olarak addettikleri ve ona göre tepkide bulundukları bir toplumda; bu sosyal sıkıntıyı bertaraf etmenin bir yolu da aile müessesesine saygı göstermek ve bunu korumaktır. Bu noktada devreye aile birleşmesi mekanizması girmektedir. Avrupa Birliği ilgili düzenlemeleri ve içtihat hukuku vesilesiyle bu meseleyi ele almaktadır. Bunun yanında, üye devlet vatandaşı bir kimsenin serbest dolaşım hakkını etkin bir şekilde kullanması aile bireylerinin onunla serbestçe hareket edebilmesine bağlıdır. Aile birleşmesi hakkı Birlik yurttaşlığına bağlanan en temel haklardan biri olan serbest dolaşım hakkının etkin kullanımı için kaçınılmazdır. Bunun yanında aile birleşmesi mekanizmasının diğer amaçları da gözetilerek Birlik yurttaşlarının üçüncü ülke vatandaşları aile bireylerine ve üçüncü ülke vatandaşlarının aile bireylerine bu hak Topluluk düzeyinde teşmil edilmiştir. Böylelikle 1963'ten başlayıp 2003 ve 2004 yıllarına kadar devam eden süreçte aile birleşmesi imkanı yasal düzenlemelere geçirilerek bu hak Topluluk düzeyinde kodifiye edilmiştir.

ABSTRACT

Gökçe, Yasir, Family Reunification in European Union Law and its Efficiency, Mater's Thesis, Advisor: Assoc. Prof. Mehmet ÖZCAN, p.

European Union has faced new problems while transforming into a political union from an economic union or ,in other words decided these areas of problems in its jurisdiction. Nation-states has challanged new barriers while efforting to establish a new mosaic by giving up their authorization. In a society of where people deems the foreigns as 'others' and reacts according to this point of view, the solutions to overcome this issue are to respect and protect the family institution. In this context, family reunification is important. European Union handles this issue by its relevant legislation and case-law. In addition, using the right of free movement by a Union citizen is bound to moving freely with his/her family members. Right to family reunification is inevitable to use the right of free movement efficiently which is an essential right. Besides to that aim, this right has been extended to third-country nationals and family members of Union citizens who are third-country national so in a process which begun in 1963 and has continued to 2000's, this right to family reunification has been codified by adopting this in European Union level.