

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ 7 NO'LU PROTOKOL
BAĞLAMINDA YERLEŞİK YABANCILARIN SINIR DIŞI EDİLMESİNE
İLİŞKİN USULİ GÜVENCELERİN SINIRLANDIRILMASI REJİMİNDE
EŞİK: MUHAMMAD ve MUHAMMAD v. ROMANYA KARARI

A Threshold for Limitation Regime of Procedural Safeguards for the Expulsion of Resident Aliens in the Context of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights: Muhammad and Muhammad v. Romania

Doç. Dr. Hamdi Gökçe ZABUNOĞLU*
Arş. Gör. Elif Başak KARTLI**

Öz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bazı maddeler ile sınır dışı işlemlerine karşı dolaylı bir koruma alanı sağlamaktadır. Buna karşın daha sonra yürürlüğe giren ve Sözleşme'nin bir parçası sayılan 4 ve 7 No'lu Protokoller, sınır dışı edilmeye ilişkin doğrudan koruma sağlayan düzenlemeler içermektedir. Türkiye'nin de taraf olduğu 7 No'lu Protokol içerisinde yabancıların sınır dışı edilmelere ilişkin sahip olduğu birtakım usulî haklar, 1. maddede koruma altına alınmıştır. Bu maddenin nasıl yorumlanması gerektiği hususu yakın zamana değin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında açık şekilde yer bulamamıştır. İlk kez 2020 yılında Büyük Daire tarafından karara bağlanan Muhammad ve Muhammad v. Romanya kararı ile bu madde hem detaylı olarak incelenmiş hem de Mahkeme tarafından sınırlandırılmasına ilişkin bir yöntem ortaya koyulmuştur. Mahkeme'nin bu kapsamda oluşturduğu iki aşamalı testin ilk aşaması, sınırlandırmaların bağımsız bir makam tarafından usulüne uygun olarak gerekçelendirilip gerekçelendirilmediğinin değerlendirilmesidir. İkinci aşaması ise yabancıların sınırlandırmadan kaynaklı olarak yaşadığı zorlukların birtakım dengeleyici faktörlerle yeterince telafi edilmediğinin belirlenmesidir. Mahkeme içtihatları bakımından da nispeten yeni olan bu metodoloji henüz yöntemin belirlendiği Muhammad ve Muhammad v. Romanya kararında eleştirilmeye başlanmıştır. Ancak yine de erken bir gözlemlerle bu metodolojinin 7 No'lu Protokol'ün birinci maddesinde düzenlenen hakların korunması bakımından -en azından- işlevsel sayılabileceğini söylemek mümkün görünmektedir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 7 No'lu Protokol, Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İki Aşamalı Test.

Abstract: The European Convention on Human Rights provides an indirect protection against expulsion through some articles. In this context, Protocol No. 4 and 7 to the Convention contain direct provisions on expulsion. Article 1 of Protocol No. 7, to which Turkey is a party, protects certain procedural rights of foreigners in relation to expulsion. The issue of how this article should be interpreted has not found a clear place in the jurisprudence of the European Court of Human Rights until recently. With the Muhammad and Muhammad v. Romania judgment, which was decided by the Grand Chamber for the first time in 2020, this Article was both analysed in detail and a method for its limitation was put forward by the Court. The first stage of the two-stage test established by the Court in this context is to assess whether the restrictions are duly justified by an independent authority. The second stage is to determine whether the difficulties experienced by the foreigner as a result of the restriction are sufficiently compensated by some counterbalancing factors. This methodology, which is also relatively new in the Court's case-law, has been criticised in the Muhammad and Muhammad v. Romania judgment in which the methodology was set out. Nevertheless, it seems possible to make an early observation that this methodology can - at least - be considered functional in terms of the protection of the rights set out in Article 1 of Protocol No. 7.

Keywords: European Convention on Human Rights, Protocol No. 7, Expulsion of Aliens, European Court of Human Rights, Two-Step Test.

* Kırkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, zabunoglu@kku.edu.tr
ORCID: 0000-0001-8774-9097

** Kırkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ebasakartli@kku.edu.tr
ORCID: 0000-0002-5536-0287

Makale Geliş Tarihi: 07.08.2024, Makale Kabul Tarihi: 20.09.2024

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (“AİHS” veya “Sözleşme”) bazı maddeler ile sınır dışı işlemlerine karşı dolaylı bir koruma alanı sağlamaktadır. Bu kapsamda AİHS’in 3, 5, 8 ve 13. maddeleri yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin belli güvenceleri garanti altına alan maddelerdir.¹ Ancak bu maddeler sınır dışı edilen kimseler bakımından yeterli bir korumayı temin edememektedir. Nitekim m.5(1)f dışında yabancıların sınır dışı edilmesi işlemine ilişkin açık bir düzenleme de Sözleşme metninde yer almamaktadır. Bu durum, şüphesiz Sözleşme’nin tesis etmeyi hedeflediği koruma sistemi kapsamında, yabancıların keyfi sınır dışı edilmelerine karşı korunmaları ve Sözleşme’ye taraf bir devletin topraklarında kanuni olarak ikamet ederken süregelen bir belirsizlik duygusu içerisinde bulunmamaları bakımından bir eksiklik ortaya çıkarmaktaydı. Nitekim bu eksiklik, uzun yıllar yabancıların AİHS’deki usule ilişkin güvencelerin yetersizliğinden zarar görmelerine neden olmuştur.² Sözleşme’nin temel metnindeki bu eksiklik daha sonralarda yürürlüğe konan Protokoller aracılığı ile giderilmeye çalışılmıştır.

Bu kapsamda Sözleşme’den daha sonra yürürlüğe giren 4 ve 7 No’lu Protokoller, sınır dışı edilmeye ilişkin doğrudan düzenlemeler içermektedir. Bunlardan 4 No’lu Protokol Türkiye tarafından hem imzalanmış hem de onaylanmıştır.³ Ancak onay belgeleri Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’ne tevdi edilmediğinden Protokol’ün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne (“AİHM” veya “Mahkeme”) bireysel başvuruya konu edilmesi mümkün değildir.⁴ 7 No’lu Protokol (“Protokol”) ise Türkiye tarafından imzalanmış,

¹ Sınır dışı edilmeye ilişkin AİHS’in sağlamış olduğu koruma için bkz: Rona Aybay, “Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınırdışı Edilme”, C. 2, S. 2, Aralık 2003, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.164-166.

² Donna Gomien/ David John Harris/ Leo Zwaak, Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 1996, s. 364.

³ 23.02.1994 tarih ve 3975 sayılı Onaya Uygun Bulma Kanunu için bkz: RG, 26.02.1994, S. 21861. 4 No’lu Protokol’ün onaylanmasını kararlaştıran 94/5749 sayılı Bakanlar Kurulu kararı için bkz: RG, 14.07.1994, S. 21990.

⁴ 4 No’lu Protokolle ilgili olarak AİHM’e bireysel başvuruda bulunmak mümkün olmamakla birlikte Protokol’ün Türkiye tarafından onaylanmış olmasından dolayı Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yapılıp yapılamayacağı hususu tartışmalıdır. Anayasa Mahkemesi 2012/1051 numaralı başvuruda 4 No’lu Protokol’e Türkiye’nin taraf olmadığı dolayısıyla bireysel başvuruya konu edilemeyeceği yönünde karar vermiştir. Bkz: Sebahat Tuncel Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2012/1051, K.T. 20.02.2014, parag. 53, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/1051> s.e.t. 14.07.2024) Bununla birlikte literatürde aksi yönde görüşler bulunmaktadır. Bkz: Ece Göztepe, “Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 4. Protokolle Bağlı mıdır? Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı Açısından Bir Değerlendirme”, Legal Hukuk Dergisi, Rona Aybay’a Armağan, 2014, s. 1121 vd.; Öykü Didem Aydın, “Turk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 4, 2011, s. 131-132. Didem Yılmaz, “6216 Sayılı Kanundaki ‘Taraf Olma’ Koşulu ve AİHS’e Ek 4. Ve 7. Protokollerde Yer Alan Hakların, Anayasal Temel Haklar Olarak Bireysel Başvuru

onaylanmış⁵ ve 02.05.2016 tarihi itibarıyla onay belgeleri Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine tevdi edilmiştir. Protokol 01.08.2016 tarihi itibarıyla Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir.⁶ Dolayısıyla 7 No'lu Protokol'de yer alan haklarla ilgili olarak hem AİHM'e hem de 6216 sayılı kanun kapsamında Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulması mümkündür. Bu halde 7 No'lu Protokol'ün düzenlediği hakların kapsamının ve sınırlandırılma koşullarının açıklık kazanması olası ihlal kararlarının önüne geçilmesi yönünden faydalı olacaktır.

7 No'lu Protokol içerisinde yabancıların sınır dışı edilmelere ilişkin sahip olduğu birtakım usuli haklar, 1. maddede (P7-1) koruma altına alınmıştır. Maddede düzenlendiği şekliyle:

“1. Bir devletin ülkesinde kanuni olarak mukim bulunan bir yabancı, kanuna uygun olarak alınan bir kararın uygulanması için gerekli olmadığı sürece buradan sınır dışı edilemez ve bu durumdaki kişinin,

a. sınır dışı edilmesine karşı gerekçeleri sunmasına,

b. durumunun yeniden incelenmesine ve

c. bu amaçlarla, yetkili bir makam veya bu makam tarafından tayin edilen kişi veya kişiler huzurunda temsil edilmesine izin verilir.

2. Bir yabancının sınır dışı edilmesi kamu düzeni çıkarları açısından gerektirse veya ulusal güvenlik nedenlerinden kaynaklanıyorsa, söz konusu yabancı, bu maddenin 1. fıkrasının a, b ve c bentlerindeki haklarını kullanmadan önce sınır dışı edilebilir.”⁷

Madde, “*Hakkın Kapsamı ve Kavramsal Çerçeve*” başlığında daha detaylı değinileceği üzere bir devlet topraklarında “kanuni” olarak “mukim” (yerleşik) bulunan/ikamet eden⁸ yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin

Yolunda Uygulanabilirliği Hakkında Bir Değerlendirme”. C. 64, S. 3, Eylül 2015, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 815 vd.

⁵ 10 Mart 2016 tarih ve 6684 sayılı Onaya Uygun Bulma Kanunu için bkz: RG, 25.03.2016, S. 29664. 7 No'lu Protokol'ün onaylanmasını kararlaştıran 2016/8717 Sayılı Bakanlar Kurulu kararı ve Protokol'ün resmi Türkçe çevirisi için bkz: RG, 08.04.2016, S. 29678.

⁶ A. Şeref Gözübüyük/ Feyyaz Gölcüklü/ Abdurrahman Saygılı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 12. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s.305.

⁷ Protokol'ün 2016/8717 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile 28 Mart 2016 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan resmi Türkçe çevirisidir. Bkz: RG, 08.04.2016, S. 29678.

⁸ Protokol'ün orijinal İngilizce metninde “resident” kavramı kullanılmıştır. Bu kavramın, Protokol'ün 2016/8717 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yayımlanan resmi ve ilk Türkçe çevirisinde “mukim” (yerleşik) şeklinde Türkçeye çevrildiği görülmektedir. Bununla birlikte daha sonrasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yazı İşleri Müdürlüğü denetiminde farklı kuruluşlarca hazırlanan, Protokol metninin Türkçe çevirisinde ve Protokol'e ilişkin diğer bazı açıklayıcı metinlerde kavramın Türkçe karşılığı olarak “ikamet eden” ifadesi tercih edilmiştir. Dolayısıyla her iki kavram da aynı ifadenin karşılığı olarak kullanılmaktadır. Buna karşın daha güncel ve uygun bir çeviri olarak değerlendirdiğimizden çalışmada kavramın “ikamet eden” şeklindeki çevirisi tercih edilmiştir. Protokol'ün resmi

usuli güvenceleri garanti altına almaktadır. Bu doğrultuda P7-1'in temel amacı bu kişilerin karşılaştıkları sınır dışı işlemlerinde adil yargılanma ilkelerinin gözetilmesini sağlamak ve bir yabancı'nın sınır dışı edilmesine ilişkin keyfi kararların önüne geçmektir.⁹ Buna karşın başvuru sayısındaki azlıktan dolayı 1. maddenin nasıl yorumlanması gerektiği hususu nispeten yakın bir zamana kadar Mahkeme içtihatlarında açık şekilde yer bulamamıştır. İlk kez 2020 yılında Büyük Daire tarafından karara bağlanan Muhammad ve Muhammad v. Romanya kararı¹⁰ ile bu madde hem detaylı olarak incelenmiş hem de Mahkeme tarafından sınırlandırılmasına ilişkin bir yöntem ortaya koyulmuştur. İki aşamalı bir testten oluşan bu yöntem, Mahkeme'nin hakkın yorumlanışına ilişkin bakış açısını da doğrudan yansıtmaktadır. Buna karşın Muhammad ve Muhammad v. Romanya kararı'nın uzun ayrık görüşler bölümünün gösterdiği üzere Mahkeme'nin hakkın yorumuna ve sınırlandırılmasına ilişkin geliştirdiği yaklaşım henüz ilk karar itibariyle oldukça eleştirilmiştir.

I. HAKKIN KAPSAMI VE KAVRAMSAL ÇERÇEVE

AİHS yabancılara Sözleşme'ye taraf devletlerin topraklarına girme ve orada ikamet etme hakkını tanımamaktadır.¹¹ Zira devletler -Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülükler saklı kalmak kaydıyla- yabancıların kendi topraklarına girişleri, kalışları ve halihazırda kendi topraklarında bulunan bir yabancı'nın sınır dışı edilip edilmemesi konularında bir takdir yetkisine sahiptir.¹² Mahkeme, devletlerin bu yöndeki tasarruflarının "*uluslararası hukukun yerleşmiş bir ilkesinden*" kaynaklandığını kabul etmektedir.¹³ Bununla birlikte hem uluslararası hukuk literatürü hem de çağdaş insan hakları anlayışı, bir ülke sınırlarında kanuni olarak bulunan yabancılarla bu durumda olmayan yabancılar arasında normatif bir ayrımın

çevirisi için bkz: RG, 08.04.2016, S. 29678. İlgili diğer çeviriler için bkz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyi,

(https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur.s.e.t.24.09.2024);

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 7 No'lu Protokol 1. Madde Rehberi - Yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin usuli güvenceler, Avrupa Konseyi, 2020,

(<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/AvrupaInsanHaklariSozlesmesi-Ek7NoluProtokoll-MaddeRehberi.pdf.s.e.t.24.09.2024>).

⁹ Bernadette Rainey/ Pamela McCormick/ Clare Ovey, Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights, 8th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2021, s. 644.

¹⁰ Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020.

¹¹ Jane McAdam, Complementary Protection in International Refugee Law, Oxford University Press, Oxford, 2007, s. 136.

¹² Nolan and K. v. Russia, App. No. 2512/04, Judgment of 12.02.2009, parag. 114.

¹³ Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020, parag. 114.; De Souza Ribeiro v. France, App. No. 22689/07, Judgment of 13.12.2012, parag. 77.; Ilias and Ahmed v. Hungary, App. No. 47287/15, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 21.11.2019, parag. 125.

bulunabileceğini kabul etmektedir. Bu bağlamda kanuni olarak bulunan yabancılar, haklara ve güvencelere sahip olmak bakımından daha elverişli bir konumda bulunmaktadır. Örneğin 4 No'lu Protokol'ün 2. maddesinde “bir devletin ülkesinde bulunan herkesin, orada serbestçe dolaşma ve ikametgahını seçme hakkı bulunduğu” düzenlenmiş ancak bu haktan yalnızca ülkede kanuni olarak bulunanların yararlanabileceği belirtilmiştir. Yine benzer şekilde P7-1'de de yalnızca bazı yabancıların yararlanabileceği bir koruma alanı öngörülmüştür.¹⁴

P7-1, kapsamı itibari ile sınır dışı edilme durumunda yabancılara tanınan bazı “asgari” usuli güvenceleri koruma altına almaktadır. Ancak P7-1'in 1. fıkrası “bir devlet ülkesinde kanuni olarak mukim bulunan yabancı” ifadesini içermektedir. Dolayısıyla bu maddede tanınmış olan güvenceler, tüm yabancılar için değil yalnızca “kanuni” (*lawfully*) olarak “ikamet eden” (*resident*) yabancılar bakımından bir koruma sağlamaktadır.¹⁵

Mahkeme “ikamet” kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin Nolan ve K. v. Rusya kararında bazı açıklamalarda bulunmuştur. Mahkeme, kavramın yorumlanması konusunda, 7 No'lu Protokol'e İlişkin Açıklayıcı Rapor'a¹⁶ (Açıklayıcı Rapor) bir göndermede bulunarak “ikamet eden” kavramının, ülkeye kabul edilmemiş veya sadece ikamet etmeme amacıyla kabul edilmiş yabancıları hariç tutmak için kullanıldığını vurgulamıştır. Bu kapsamda özerk (*autonomous*¹⁷) bir kavram olarak anlaşılması gereken “ikamet” kavramı, Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında gelişen ve yine özerk bir kavram olan “konut” kavramına yakın bir anlama sahip olup ilgili ülke topraklarında fiziksel olarak bulunmaktan fazlasını ifade etmektedir. Daha ziyade o yer ile birey arasında yeterli ve devamlı bir bağın var olması gerekmektedir.¹⁸ Bu kapsamda Açıklayıcı Rapor'un da belirttiği üzere “ikamet eden” kavramı, bir limana veya başka bir giriş noktasına varmış ancak henüz göçmenlik kontrolü noktasından geçmemiş olan veya sadece

¹⁴ Ergin Ergül, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku'nda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme, Yargı Yayınevi, Ankara, 2012, s. 27.

¹⁵ Rona Aybay/ Esra Dardağan Kibar, Yabancılar Hukuku, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010, s. 40.

¹⁶ Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, parag. 9 (<https://rm.coe.int/16800c96fd> s.e.t. 14.07.2024).

¹⁷ Mahkeme, Sözleşme ve Protokollerde yer alan terim ve kavramların anlamlarını tespit ederken Taraf Devletlerin bu konudaki iç hukuk düzenlemeleri ile bağlı değildir. Bu terim ve kavramlardan ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi ve bunların yorumlanması Mahkeme tarafından özerk/otonom şekilde gerçekleştirilir. Mahkeme'nin esasa ilişkin incelemelerde kullandığı ve “Özerk/Otonom Kavramlar Doktrini” olarak adlandırılan bu ilke hakkında detaylı bir inceleme için bkz: Yaşar Salihpaşaoğlu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 153-156.; Gözübüyük/ Gölcüklü/ Saygılı, s. 152-154.

¹⁸ Nolan and K. v. Russia, App. No. 2512/04, Judgment of 12.02.2009, parag. 110.

transit geçiş amacıyla veya ikamet etme dışı bir amaçla sınırlı süre için bölgeye kabul edilmiş olan herhangi bir yabancıyı kapsamamaktadır.¹⁹

“Kanuni olarak” ikamet etmekten ne anlaşılması gerektiği ise Açıklayıcı Rapor’da izah edilmiştir. Buna göre “kanuni olarak” ibaresi, ilgili devletin iç hukukuna bir atıfta bulunmaktadır. Bu nedenle bir kişinin ülkedeki varlığının “kanuni” olarak kabul edilmesi için yerine getirilmesi gereken koşulları belirlemek iç hukukun görevidir.²⁰ Dolayısıyla, Sözleşme’nin 13. maddesi kapsamında etkili bir başvuru yolunun sağlanması koşuluyla, sınır dışı etme kararını verecek yetkili makamın ve uygulanacak usulün belirlenmesi meselesi devletin iç hukukuna bırakılmıştır. Nitekim Sözleşme’nin 6. maddesinin uygulandığı haller dışında, bu süreç adli makamlar tarafından yürütülmesi de zorunlu değildir.²¹ Bununla birlikte P7-1, ülkeye kanuni yollardan giren yabancıları kapsadığı gibi yasadışı yollardan giriş yapmış ancak daha sonradan kanuni olarak ülkede kalma hakkını elde etmiş yabancıları da kapsamaktadır. Fakat eğer bir yabancıya ülkeye kabulü ve kalışı belirli koşullara bağlandıysa, örneğin girişine ve kalışına belirli bir süre için izin verildiyse ve kişi bu şarta riayet etmediyse artık o kişinin ülkede “kanuni olarak” bulunduğundan bahsedilemeyecektir.²²

P7-1’in kapsamına ilişkin açıklanması gereken bir başka kavram da “sınır dışı” kavramıdır. Mahkeme “sınır dışı” kavramının ulusal mevzuatlarda öngörülen tanımlardan bağımsız “özerk bir kavram olduğunu” belirtmektedir. Bu kapsamda Mahkeme’ye göre suçluların iadesi kurumu dışında kanuni olarak ikamet eden bir yabancıya ülkeden ayrılmasını zorunlu kılan her tedbir “sınır dışı” olarak nitelendirilecektir.²³ Ayrıca Mahkeme Ljatifi v. Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti kararında henüz sınır dışı edilmemiş ancak hakkında ulusal makamlar tarafından verilmiş bir sınır dışı edilme kararı olan başvurucunun yapmış olduğu başvuruyu da P7-1 bağlamında kabul edilebilir bulmuştur.²⁴

¹⁹ Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, parag. 9

(<https://rm.coe.int/16800c96fd> s.e.t. 14.07.2024).

²⁰ Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, parag. 9

(<https://rm.coe.int/16800c96fd> s.e.t. 14.07.2024).

²¹ Pieter Van Dijk/ Godefridus J. H. Van Hoof, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 3rd Edition, Kluwer Law International, The Hague, 1998, s. 682.

²² Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, parag. 9

(<https://rm.coe.int/16800c96fd> s.e.t. 14.07.2024).

²³ Bolat v. Russia, App. No. 14139/03, Judgment of 05.10.2006, parag 79.; Nolan and K. v. Russia, App. No. 2512/04, Judgment of 12.02.2009, parag. 112.

²⁴ Ljatifi v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia, App. No. 19017/16, Judgment of 17.05.2018, parag. 21-23.

II. P7-1'DE KORUNAN MADDİ HAK: SINIR DIŞI EDİLMENİN KANUNA UYGUN OLMASI GEREKLİLİĞİ

P1-1'in bir devlet ülkesinde kanuni olarak ikamet eden yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin tanımlı olduğu ilk güvence bu sınır dışı kararının mutlaka "kanuna uygun bir karar" olması gerekliliğidir. Bu kapsamda "kanuna uygunluk" kavramının nasıl anlaşılması gerektiği Mahkeme tarafından açıklığa kavuşturulmuştur. Mahkeme ilk olarak P7-1'deki bu ifadenin Sözleşme ve Protokollerin tamamında aynı anlamı taşımakta olduğunu belirtmiştir.²⁵ Buradaki kanun kavramı öncelikle söz konusu devletin iç hukukuna atıfta bulunmaktadır. Dolayısıyla karar, yetkili makam tarafından maddi hukuk hükümlerine ve ilgili usul kurallarına uygun olarak alınmalıdır.²⁶ Ancak Mahkeme'nin içtihatlarında yaygın olarak altını çizdiği gibi Mahkeme'nin kanun terimine yüklediği anlam, dar ve şekli anlamdaki kanun teriminin sahip olduğu anlamdan daha geniştir. Örneğin The Sunday Times v. Birleşik Krallık davasında²⁷ belirtildiği üzere "kanun" yalnızca şekli anlamdaki kanunu ya da yazılı hukuku değil bunlarla birlikte yazılı olmayan hukuku da kapsamaktadır.²⁸ Bununla birlikte iç hukukta bir dayanağın bulunması tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda söz konusu kanunun niteliği de önemlidir. Buna göre ilgili kanun *erişilebilir* ve *öngörülebilir* olmalıdır. Ayrıca bu kanun kamu makamlarının Sözleşme'de güvence altına alınan haklara yönelik keyfi müdahalelerine karşı bir koruma sağlamalıdır.²⁹ Sözleşme'nin önsözünde açıkça yer verilen hukuk devleti ilkesi, Sözleşme'nin ayrılmaz bir parçası olduğundan bu şartlar P7-1'de koruma altına alınan usuli güvenceler bakımından da aynı şekilde geçerlidir.³⁰ Dolayısıyla bu nitelikleri taşımayan bir kanuna dayanılarak gerçekleştirilen sınır dışı işlemi P7-1'in ihlaline neden olacaktır.

Burada öngörülebilirlik şartının yerine getirilip getirilmediğinin tespitinde daha zorlu bir alan, ulusal güvenlik gerekçesiyle verilmiş sınır dışı etme kararlarına ilişkin inceleme olacaktır. Zira doğası gereği ulusal güvenliği tehdit edecek olgular önceden tahmin edilmesi ve tanımlanması zor olup oldukça çeşitli bir yelpazede bulunmaktadır. Mahkeme bu bağlamda ulusal güvenlik tehdidinde ilişkin bir yasa bakımından "öngörülebilirlik" şartının, devletlerin bir bireyin ulusal güvenlik gerekçesiyle sınır dışı edilmesine karar verilmesine neden olabilecek tüm davranışları ayrıntılı olarak listeleyen yasal hükümleri yürürlüğe koymaya zorlanması anlamına gelmediğini belirtmektedir. Bununla birlikte,

²⁵ C.G. and Others v. Bulgaria, App. No. 1365/07, Judgment of 24.04.2008, parag. 72.

²⁶ Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, parag. 11
(<https://rm.coe.int/16800c96fd> s.e.t. 14.07.2024).

²⁷ The Sunday Times v. the United Kingdom, App. No. 6538/74, Judgment of 26.04.1979, parag. 47.

²⁸ Salihpaşaoğlu, s. 159.

²⁹ Lupsa v. Romania, App. No. 10337/04, Judgment of 08.06.2006, parag. 55.

³⁰ Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020, parag. 118.

Mahkeme'ye göre ulusal güvenliğin söz konusu olduğu durumlarda dahi, demokratik bir toplumda hukuka uygunluk ve hukukun üstünlüğü kavramları, insan haklarını etkileyen sınır dışı etme tedbirlerinin bağımsız bir makam veya gerekçelerini etkili bir şekilde inceleme ve ilgili delilleri gözden geçirme yetkisine sahip bir mahkeme önünde, gerekirse gizli bilgilerin kullanımına ilişkin usuli sınırlamalarla birlikte, bir tür çekişmeli yargılamaya tabi tutulmasını gerektirir. Birey, yürütmenin ulusal güvenliğin tehlikede olduğu iddiasına karşı çıkabilmelidir. Yetkililerin ulusal güvenliğe neyin tehdit oluşturduğuna dair değerlendirmesi doğal olarak önemli bir ağırlığa sahip olsa da bağımsız bir makam veya mahkeme tarafından, yetkililerin bu kavrama başvurmalarının gerçekte makul bir temelini olup olmadığının veya "ulusal güvenliğin" hukuka aykırı veya sağduyuya aykırı ve keyfi şekilde yorumlanıp yorumlanmadığının denetimi gerçekleştirilebilmelidir.³¹

III. MUHAMMAD ve MUHAMMAD v. ROMANYA KARARI İLE BELİRLENEN USULİ GÜVENCELERİN SINIRLANDIRILMASI REJİMİ: İKİ AŞAMALI TEST

P7-1 sınır dışı işlemleri bakımından üç usuli güvence öngörmüştür: "(a) Sınır dışı edilmeye karşı gerekçeler sunma", "(b) Durumunu yeniden incelettirme", "(c) Bu amaçlarla, yetkili bir makam veya bu makam tarafından atanan kişi veya kişiler nezdinde temsil edilme". Ancak maddede koruma altına alınmış bu haklar mutlak nitelikte değildir. Mahkeme bu hakların özüne dokunulmamak kaydıyla sınırlandırılabilceğini ifade etmiştir.³² Bu kapsamda "özüne dokunmama" ölçütü³³ P7-1'in sınırlandırılmasının temelini teşkil etmektedir. Dokunulması halinde söz konusu özgürlüğün anlamını yitireceği asli çekirdeğini ifade eden "hakkın özü" ³⁴ kavramı Mahkeme tarafından genellikle bir sınırlandırma klotuna sahip olmayan hakların sınırlandırılmasında kullanılmaktadır.³⁵

Mahkeme bu özüne dokunmama ölçütünün P7-1'in sınırlandırılması bağlamında nasıl işletileceğini Muhammad ve Muhammad v. Romanya kararında sistematik bir şekilde açıklamıştır. Dava, Romanya'da öğrenci statüsünde bulunan Pakistan vatandaşı başvuruçuların, "ulusal güvenlik" gerekçesiyle "istenmeyen kişi" ilan edilerek sınır dışı edilmeleri süreci ile

³¹ C.G. and Others v. Bulgaria, App. No. 1365/07, Judgment of 24.04.2008, parag. 40.; Al-Nashif v. Bulgaria, App. No. 50963/99, Judgment of 20.06.2002, parag. 119-124.

³² Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020, parag. 130-133.

³³ Uygulanan sınırlandırmalar sonrasında bireye sunulmuş hakkın, netice itibari ile özüne zarar gelecek şekilde kısıtlanmamış olması gerekmektedir. Bkz: Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany, App. No. 42527/98, Judgment of 12.07.2001, parag. 44.

³⁴ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 105.

³⁵ Burak Gemalmaz, Avrupa İnsan hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2009, s. 448.

ilgilidir.³⁶ Mahkeme'nin, P7-1'de düzenlenen usuli hakların sınırlandırılması hakkında detaylı bir incelemede bulunduğu ilk karar olan bu dava ile ilk kez bu hakların sınırlandırılması rejimine ilişkin belirli bir çerçeve ortaya konulmuştur.

Bu bağlamda, Mahkeme'nin P7-1'de güvence altına alınan usuli haklara getirilecek sınırlandırmalara yönelik benimsemiş olduğu temel yaklaşım, bu sınırlandırmaların “usulüne uygun olarak gerekçelendirilmiş” (*duly justified*) ve sınırlandırmalardan kaynaklı zorlukların “dengeleyici faktörler tarafından yeterince telafi edilmiş” (*sufficiently compensated for by counterbalancing factors*) olması yönündedir.³⁷ Mahkeme daha sonra ortaya koyduğu bu iki kriterin yerine getirilip getirilmediğini tespit etmek için iki aşamalı bir test oluşturmuştur.

Mahkeme hem P7-1'de tanından “(a) Sınır dışı edilmeye karşı gerekçeler sunma”, “(b) Durumunu yeniden incelettirme”, “(c) Bu amaçlarla, yetkili bir makam

³⁶ Başvurucular Adeel Muhammad ve Ramzan Muhammad, sırasıyla Pakistan ve Birleşik Arap Emirlikleri'nde yaşayan Pakistan vatandaşlarıdır. Adeel Muhammad, 2012 yılının Eylül ayında Erasmus bursuyla Romanya'ya öğrenci vizesiyle gelmiş ve Sibiu Üniversitesi Ekonomi Bilimleri Fakültesi'nde eğitimine başlamıştır. Ramzan Muhammad ise 17 Şubat 2009'da uzun süreli öğrenci vizesiyle Romanya'ya giriş yapmış, aynı üniversitede burslu olarak eğitim görmüştür. Bu süreçte eşi de 2012 yılının Nisan ayında ona katılmıştır. 4 Aralık 2012'de Bükreş İstinaf Mahkemesi, savcılığın başvuranların Romanya'da istenmeyen kişi ilan edilmeleri talebini almıştır. Bu talep, Romanya İstihbarat Servisi'nin (SRI) sağladığı gizli belgelere dayanmakta olup, başvuranların ulusal güvenliği tehlikeye atacak faaliyetlere girişme niyetinde olduklarına dair ciddi belirtiler bulunduğunu öne sürmüştür. Bunun üzerine Mahkeme, başvuruçuların 15 yıl süreyle Romanya'da istenmeyen kişi ilan edilmesine ve sınır dışı edilene kadar idari gözetim altında tutulmalarına karar vermiştir. 5 Aralık 2012'deki duruşmada hazır bulunan başvuruçular, neden çağrıldıklarını anlamadıklarını, çünkü başvurunun yalnızca kanuni hükümlere atıfta bulunmakla yetindiğini belirtmişlerdir. Ancak mahkeme, dosyadaki belgelerin gizli olduğunu ve sadece hâkimin bunları inceleyebileceğini açıklamıştır. Başvuruçular, bu sırada suçlamaların doğru olmadığını iddia etmiş ve resmi bir savunma avukatı talebinde bulunmuşlarsa da bu talep, süreç başlamadan önce yapılması gerektiği gerekçesiyle reddedilmiştir. Ertesi gün, 6 Aralık 2012'de, SRI, başvuruçuların El-Kaide örgütüne ideolojik bağlılığı bulunan radikal bir grubu desteklediklerine dair suçlamalarla ilgili olarak bir basın açıklaması yapmıştır. Başvuruçular, İstinaf Mahkemesi kararına itiraz etmiş ancak Yüksek Mahkeme, itirazları reddetmiştir. Yüksek Mahkeme, gizli belgelere dayanarak, İstinaf Mahkemesi'nin başvuranların ulusal güvenliği tehlikeye atacak faaliyetlere girişme niyetinde oldukları yönündeki değerlendirmesinin doğru olduğunu kabul etmiştir. Ayrıca, *ulusal güvenlik* gerekçesiyle istenmeyen kişi ilan edilen yabancılarla ilgili kararların dayandığı bilgilerin kararda yer almasının zorunlu olmadığını da belirtmiştir. Mahkeme, başvuruçuların tercüman yardımıyla mahkemeye çağırılma nedenlerini öğrendiklerini ve dava sürecinde haklarının korunduğunu ifade etmiştir. Başvuranlar, her iki mahkemede de kendi seçtikleri avukatlarla temsil edilmiş ve sınır dışı edilmelerine karşı savunmalarını sunabilmişlerdir. Nihai olarak başvuruçular, 27 Aralık 2012 tarihinde Romanya'dan ayrılmışlardır. Bkz: Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020, parag. 8-46.

³⁷ Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020, parag. 133.

veya bu makam tarafından atanan kişi veya kişiler nezdinde temsil edilme” güvencelerinin yerine getirilip getirilmediği konusunda hem de bunların sınırlandırılmasına ilişkin yapmış olduğu iki aşamalı testte bu hakları birbirinden tamamen bağımsız, özerk haklar olarak ele almamaktadır. Onun yerine sınır dışı işlemlerini “bir bütün olarak” inceleme yolunu tercih etmektedir.³⁸ Bu kapsamda Mahkeme, 1. fıkranın (a) bendinde düzenlenen “sınır dışı edilmeye karşı gerekçeler sunma” hakkını çatı hak olarak odağa aldığı, (b) ve (c) bentlerinde düzenlenen güvenceleri ise yargılamanın bütünlüğü çerçevesinde sınırlamaları telafi edebilecek dengeleyici faktörler olarak gözettiği bir değerlendirme metodunu izlemektedir.³⁹ Dolayısıyla Mahkeme’nin iki aşamalı testi daha ziyade P7-1(a) bakımından bir incelemeye tekabül etmektedir.

Mahkeme, P7-1’e ilişkin oluşturduğu bu sınırlandırma rejiminin sınırlarını çizerken Sözleşme’nin 5 ve 6. maddelerine de bir atfı yapmaktadır. P7-1’e benzer şekilde usuli güvenceler içeren bu maddelerin kapsamı her ne kadar aynı değilse de Mahkeme bu hakların sınırlandırılmasında izlenen metodolojinin P7-1 bakımından da yol gösterici olduğunu belirtmiştir.⁴⁰ Gerçekten de P7-1’de yer alan: yabancının kendisine savunma imkanının, durumunun yeniden gözden geçirilmesini isteyebilmesinin ve bu amaçlarla yetkili makamlar önünde temsil edilme hakkının bir kanunla tanınması güvenceleri, Didem Yılmaz’ın ifadesiyle “AIHS’in 5. maddesindeki genel düzenlemenin, bir ülke topraklarında kanuni olarak oturan yabancılara uygulanması halidir⁴¹”. Yine 6. madde ile P7-1 arasında bir tamamlayıcılık ilişkisi mevcuttur. P7-1’in amacı genel itibari ile sınır dışı işlemlerinde adil yargılanma ilkelerinin gözetilmesini sağlamak ve bir yabancının sınır dışı edilmesine ilişkin keyfi kararların önüne geçmektir.⁴² Zira Sözleşme’de adil yargılanma ilkelerini koruma altına alan 6. madde “sınır dışı” edilmeye ilişkin davaları kapsamamaktadır. Bu bağlamda Mahkeme, Maaouia v. Fransa davasında bu eksikliğin farkında olduğunu ve bu alanda tesis edilmesi gerekli olan özel tedbirlerin belirli ölçüde P7-1’de düzenlendiğini ifade etmiştir. Böylelikle Sözleşme’nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesinin yabancının ülkeye girişlerine, ikametlerine ve sınır dışı edilmelerine ilişkin kararlara uygulanmamasından doğan mağduriyetin de giderilmesi hedeflenmiştir.⁴³

Özetle Mahkeme’nin bu iki hakka ilişkin sınırlandırma rejimine ilişkin içtihatlar P7-1’in sınırlandırılmasının denetiminde de uygun düştüğü ölçüde kullanılabilir. Mahkeme bu bağlamda P7-1’e ilişkin -ulusal güvenliğin

³⁸ Ibid. parag. 150, 161, 206.

³⁹ Bu yönetime ilişkin getirilen bir eleştiri için bkz: Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020, Joint Concurring Opinion of Judges Nussberger, Lemmens and Koskelo, parag. 6.

⁴⁰ Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020, parag. 134-135.

⁴¹ Yılmaz, s. 846-847.

⁴² Rainey/ McCormick/ Ovey, s. 644.

⁴³ Maaouia v. France, App. No. 39652/98, Judgment of 05.10.2000, parag. 35-38.

korunması gibi nedenler söz konusu olduğunda dahi- öze dokunmama yasağını daha önce 6. maddenin sınırlandırılmasına ilişkin vermiş olduğu kararlarına⁴⁴ atıfla ortaya koymuştur.

Mahkeme'nin bu kapsamda oluşturduğu iki aşamalı testin ilk aşaması, sınırlandırmaların bağımsız bir makam tarafından usulüne uygun olarak gerekçelendirilip gerekçelendirilmediğinin değerlendirilmesidir. İkinci aşaması ise yabancı'nın sınırlandırmadan kaynaklı olarak yaşadığı zorlukların birtakım dengeleyici faktörlerle yeterince telafi edilip edilmediğinin belirlenmesidir.⁴⁵

İki aşamalı testte, Mahkeme'nin Sözleşme'deki 8, 9, 10, ve 11. maddelere ilişkin ihlal iddialarını değerlendirirken kullandığı "üç aşamalı test"⁴⁶ten farklı olarak ilk aşamadaki yani gerekçelendirme aşamasındaki bir eksiklik tek başına hakkın ihlal edildiği anlamına gelmemektedir. Mahkeme her halükârda herhangi dengeleyici bir önlemin alınıp alınmadığının incelemesini yapmaktadır. Ancak elbette gerekçelendirilmemiş bir sınırlandırma ya da sınırlandırma ihtiyacının olup olmadığına dair bir incelemenin yapılmadığı durumda Mahkeme'nin telafi edici önlemlerin alınıp alınmadığına dair yapacağı inceleme daha sıkı olacaktır. Bu yöntem, Mahkeme'nin daha öncesinde İbrahim ve Diğerleri v. Birleşik Krallık davasında⁴⁷ 6. maddenin sınırlandırılmasına ilişkin değerlendirmelerinde kullanmış olduğu yöntemin bir benzeridir. Bu halde "usuli güvencelerin sınırlandırılmasının gerekliliğine ilişkin yapılan aşırı yüzeysel bir inceleme" P7-1'deki hakların özünü korumak anlamında daha gelişkin ve güçlendirilmiş dengeleyici önlemlerin alınmış olmasını gerektirecektir. Mahkeme bu değerlendirmeleri yaparken iki temel ilkeyi dikkate almaktadır. İlk olarak, yabancıya sağlanan bilgi ne kadar sınırlıysa yabancı'nın usuli haklarının sınırlandırılmasını dengelemek için sağlanması gereken güvenceler o kadar önemli olacaktır (1). İkinci olarak, sınır dışı kararının yabancı'nın durumunda ortaya çıkardığı yan etkilerle dengeleyici önlemlerin ölçüsünde paralellik bulunmalıdır (2). Başka bir deyişle bunların aynı oranda kuvvetli olmaları gerekir.⁴⁸

⁴⁴ Regner v. Czech Republic, App. No. 35289/11, Judgment of 19.09.2017, parag. 148.; Fayed v. the United Kingdom, App. No. 17101/90, Judgment of 21.09.1994, parag. 54.

⁴⁵ Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020, parag. 133-138.

⁴⁶ Salihpaşaoğlu, s. 156-157.; Mehmet Alp Didinmez, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Üç Aşamalı Testi", C. 1, S. 1, 2021, Kırıkkale Hukuk Mecmuası, s. 150-151.

⁴⁷ Ibrahim and Others v. the United Kingdom, App. No. 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 13.09.2016, parag. 263-265.

⁴⁸ Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020, parag. 144-146.

A. İLK AŞAMA: YABANCILARIN “USULİ HAKLARINA” GETİRİLEN SINIRLAMALARIN USULÜNE UYGUN OLARAK GEREKÇELENİRİLMİŞ OLMASI GEREKLİLİĞİ

Yukarıda da değinildiği üzere iki aşamalı testin ilk aşaması sınırlandırmaların bağımsız bir makam tarafından usulüne uygun olarak gerekçelendirilip gerekçelendirilmediğinin değerlendirilmesidir. Mahkeme P7-1’de tanınmış olan usuli güvencelerin “ulusal güvenliğin korunması ihtiyacı” gibi usulüne uygun olarak gerekçelendirilmiş sebeplerin varlığı halinde sınırlandırılabilirliğini belirtmiştir. Burada Mahkeme’nin usuli güvencelerin hangi durumlarda sınırlandırılabilirliği sorusuna açık bir yanıt vermediği dikkat çekmektedir. Mahkeme bu konuda ikincillik ilkesine atf yaparak mevcut bir davada yabancı’nın usuli güvencelerine getirilecek sınırlandırmaların gerekli olup olmadığının ve usulüne uygun olarak gerekçelendirilip gerekçelendirilmediğinin belirlenmesinde önceliğin ulusal makamlarda olduğunu kabul etmektedir.⁴⁹ Başka bir ifadeyle bu konuda taraf devletlere geniş bir takdir marjı bırakılmıştır.

I. Sınırlandırma Nedenlerinin Belirsizliği Sorunu

Usuli güvencelerin hangi sebeplerle sınırlandırılabilirliğinin taraf devletlerin takdirine bırakılmış olması Mahkeme’nin P7-1’in yorumlanması konusundaki görüşlerini de yansıtmaktadır. Zira buradan varabileceğimiz bir sonuç, Mahkeme’nin P7-1’in 2. fıkrasını, 1. fıkrada düzenlenen hakların hangi durumlarda sınırlandırılabilirliğini düzenleyen tipik bir 2. fıkra gibi yorumlamadığı şeklindedir. Onun yerine 1. fıkrayı -Sözleşme’nin 6. maddesinin 1. fıkrasında olduğu gibi- zımnı sınırlandırma nedenlerini kendi içinde barındıran bir fıkra olarak yorumlamaktadır. Nitekim Mahkeme, Ljatifi v. Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti davasında⁵⁰ 2. fıkranın “bir yabancı’nın zaten sınır dışı edilmiş olduğu durumlarla ilgili olduğunu” belirtmiştir.

Mahkeme’nin maddeye ilişkin bu şekildeki yorumu ve dolayısıyla P7-1 için ortaya koymuş olduğu sınırlandırma rejimi, Muhammad ve Muhammad v. Romanya kararında ayrık görüş bildiren yargıçlar tarafından da eleştirilmiştir. Eleştirilerden biri Yargıç Nussberger, Lemmens ve Koskelo’nun ortak sunmuş oldukları şerhtir. Şerh, öncelikle, 2. fıkranın Sözleşme’nin diğer birçok maddesinde olduğu gibi 1. fıkrada tanınan usuli güvenceler için meşru sınırlandırma nedenlerini düzenleyen tipik bir 2. fıkra olarak yorumlanması gerektiğini ve bu doğrultuda sınırlandırma nedenlerinin de Sözleşme’nin yine diğer hükümlerinde olduğu gibi dar yorumlanması ve yorum yolu ile genişletilmemesi gerektiği görüşündedir. Oysa Mahkeme (karardaki çoğunluk oyuna hitaben), sınırlandırmanın “ulusal güvenliği koruma ihtiyacı gibi” usulüne uygun olarak gerekçelendirilmiş sebepler ile yapılabildiği ve bu sınırlamaların özellikle usuli güvencelerle yeterince telafi edilip edilmediğinin incelenmesi

⁴⁹ Ibid. Parag. 139.

⁵⁰ Ljatifi v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia, App. No. 19017/16, Judgment of 17.05.2018, parag. 41.

şeklinde, büyük ölçüde Sözleşme'nin 6. maddesi için kullanılan metodolojiden esinlenilerek oluşturulmuş bir yöntemi izlemektedir.⁵¹ Bu iki hak arasında gerçekten de bir benzerlik ve tamamlayıcılık ilişkisi mevcuttur (bkz. Önceki açıklamalar). Ancak bunlar düzenlenişleri itibariyle farklı sınırlandırma rejimlerine sahiptirler. Zira Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası⁵² usuli hakların zımni olarak sınırlandırılmasına imkân tanımaktadır.⁵³ Oysa P7-1'in lafzı, güvence altına aldığı hakların sınırlandırılması için gerekli koşulları kendisi belirlemekte olup zımni bir sınırlandırma nedeni barındırmamaktadır. Dolayısıyla Mahkeme'nin istisnaların dar yorumlanması⁵⁴ ve yorum yoluyla genişletilmemesi⁵⁵ şeklindeki önceki içtihatları da göz önünde bulundurulduğunda, P7-1 kapsamındaki sınırlandırmalar ancak 2. fıkrada öngörülen istisnalara (kamu düzeni açısından gerekli ve/veya ulusal güvenlik gerekçelerine dayanan durumlar) uygun olması halinde haklı görülebilecektir.⁵⁶

2. fıkranın yorumlanmasına ilişkin farklı yöndeki bir görüş de Yargıç Serghides tarafından sunulmuştur. Serghides, Mahkeme'ye benzer şekilde 2. fıkranın, 1. fıkrada düzenlenen haklar bakımından meşru sınırlandırma nedenlerini düzenleyen tipik bir 2. fıkra olmadığını savunmaktadır. Ancak ona göre P7-1'in ilk fıkrasında güvence altına alınan haklar bir bütündür ve bunların sınırlandırılması için ya da kullandırılmamaları için meşru bir neden bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle bu haklar mutlak haklardır. Bu bağlamda 2. fıkranın tanıdığı istisna, sınır dışı edilmenin belirli durumlarda hakkın kullanılmasından önce gerçekleşmesi ihtimaline binaen öngörülmüş olup yalnızca hakkın kullanılacağı zamana ilişkin bir sınırlama veya istisnadır. Dolayısıyla sınır dışı işlemi gerçekleşmiş olsa dahi nihayetinde bu usuli güvencelerin kullandırılması gerekmektedir. Nitekim bu durum Açıklayıcı Rapor'un "*ilgili kişi sınır dışı edildikten sonra 1. paragrafta*

⁵¹ Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020, Joint Concurring Opinion of Judges Nussberger, Lemmens and Koskelo, parag. 1-4.

⁵² "*Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar aleni olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir...*"

⁵³ Deweer v. Belgium, App. No. 6903/75, Judgment of 27.02.1980, parag. 49.; Kart v. Turkey, App. No. 8917/05, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 03.12.2009, parag. 67.

⁵⁴ Perinçek v. Switzerland, App. No. 27510/08, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2015, parag. 122.

⁵⁵ Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece, App. No. 42202/07, Judgment of 15.03.2012, parag. 64.

⁵⁶ Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020, Joint Concurring Opinion of Judges Nussberger, parag. 8-10.

belirtilen hakları kullanabilmelidir” şeklindeki 15. paragrafı tarafından da desteklenmektedir.⁵⁷

Mahkeme'nin P7-1'in sınırlandırılmasına ve yorumlanmasına ilişkin izlenmiş olduğu yöntem birçok açıdan eleştiriye açıktır. Ancak göz ardı etmemek gerekir ki bu konuda Mahkeme'nin önüne gelen dava sayısı oldukça azdır. Bu durum Mahkeme'nin oturmuş bir sınırlandırma rejimi tesis etmesinin önündeki engellerden birisidir. Diğer bir taraftan Muhammad ve Muhammad v. Romanya kararına muhalefet şerhi düşen yargıçlar Yudkivska, Motoc ve Paczolay'ın da dikkat çektiği üzere Protokol, Sözleşme'nin “kurucu devletleri”nden olan Birleşik Krallık, Hollanda ve Almanya tarafından hiçbir zaman onaylanmamıştır. İsviçre ise Protokol'ü açık bir çekince ile onaylamıştır.⁵⁸ Bu da P7-1'e tanıdığı olduğu usuli güvencelerin özgül anlamı üzerinde bir Avrupa konsensüsünden bahsedebilmeyi güçleştirmektedir.⁵⁹

2. Sınırlandırma Nedenlerinin Belirlenmesindeki Takdir Marjının Olağan Sonucu: Süreç Denetimi

Yukarıda da değinildiği üzere sınırlandırmaların gerekliliği ve usulüne uygun olarak gerekçelendirilip gerekçelendirilmediği konusunda taraf devletlere geniş bir takdir marjı bırakılmıştır. Bu nedenle Mahkeme bu konuda kendisinin yalnızca karar alma mekanizmasını inceleyeceğini belirtmektedir.⁶⁰ Bu durum aynı zamanda AİHM'in genel bir yaklaşımını temsil eder. Zira Mahkeme, genel bir yaklaşım olarak ulusal makamlara geniş yetkiler tanıdığı durumlarda süreç denetimine başvurmaktadır. Bu süreç denetimi kapsamında Mahkeme'nin genel görüşü, menfaatler arasında dikkatli bir dengelemenin yapıldığına dair kanıt bulunmaması halinde temel hakkın sınırlandırılmasının *orantısız* olacağı yönündedir. Örneğin Hatton davalarında⁶¹ Mahkeme, çevresel sorunları etkileyen kararlarda Mahkeme'nin “bireyin çıkarlarına gereken ağırlığın verildiğinden emin olmak için karar alma sürecini inceleyebileceğini” değerlendirmiştir. Bu amaçla, Mahkeme'nin “usule ilişkin tüm hususları dikkate alması gerekmektedir”. Mahkeme, kanun koyucunun gerekli özeni göstermesi,

⁵⁷ Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020, Concurring Opinion of Judge Serghides, parag. 1-8.

⁵⁸ Council of Europe, “Chart of signatures and ratifications of Treaty 117 - Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.” (<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatyid=117> s.e.t. 14.07.2024)

⁵⁹ Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020, Joint Dissenting Opinion of Judges Yudkivska, Motoc and Paczolay.

⁶⁰ Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020, parag. 139.

⁶¹ Hatton and Others v. the United Kingdom, App. No. 36022/97, Judgment of 02.10.2001; Hatton and Others v. the United Kingdom, App. No. 36022/97, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 08.07.2003.

uygun araştırma ve incelemeye dayanması, şeffaflık ve katılımcı usuller yoluyla bütüncül bir menfaat dengesine dayanan, sürekli değerlendirme ve izleme yoluyla orantılı bir kararı garanti altına alması gerektiğini vurgulamıştır.⁶²

Benzer bir denetimi P7-1'in sınırlandırılması için de yürütmektedir. Mahkeme'nin bu bağlamda öngördüğü ilk gereklilik yabancı'nın usuli haklarına getirilen sınırlamaların gerekli olup olmadığını inceleyen bağımsız bir ulusal makamın varlığıdır. Bu makamın bir yargı organı olması zorunlu değildir ancak -sınırlamayı getiren- yürütme organından bağımsız bir makam olması gerekir. Daha sonra Mahkeme, -sınırlandırmanın gerekliliği ve usulüne uygun olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin tespitini yapabilmek adına- bu bağımsız makamın yetkilerini incelemeye geçecektir. Bu aşamada bağımsız makamın özellikle de gizli bilgilerin gizliliğinin korunması ihtiyacını inceleme yetkisine sahip olup olmadığını değerlendirecektir.

B. İKİNCİ AŞAMA: SINIRLANDIRMADAN KAYNAKLANAN ZORLUKLARIN DENGELENMESİ

Mahkeme sınırlandırmaların gerekliliğinin bağımsız bir makam tarafından hiç incelenmediği ya da yeterli düzeyde incelenmediği veya gerekçelendirilmediği durumda doğrudan bir ihlal kararına hükmetmemektedir. Her halükârda bu eksikliğin ilgili kişinin somut davasında dengeleyici unsurlar tarafından telafi edilip edilmediğine dair bir incelemede bulunacaktır.⁶³

Mahkeme bu dengeleyici unsurların ne olacağı konusunda bir Avrupa konsensüsü olmadığını belirtmektedir. Dolayısıyla devletlerin bu unsurların seçimi konusunda belirli ölçüde takdir yetkisi bulunmaktadır.⁶⁴ Mahkeme bu dengeleyici unsurların ne olabileceğine dair P7-1-1'in (b) ve (c) bentlerinden esinlenerek bir liste ortaya koymuştur ancak bu örnekler sınırlı sayıda değildir:

Sınır dışı etme kararına dayanak yapılan maddi unsurlar ve ilgili yabancıya bunlar hakkında yapılan bilgilendirmenin birbiriyle alaka düzeyi;

İlgili yabancı'nın yargılamalar sırasında kendisine yöneltilen suçlamaların özü hakkında bilgilendirilmiş olması ki bu anlamda kişiye yalnızca ilgili yasal hükümlerin madde numarasının sıralanması şeklindeki bilgilendirme yeterli değildir⁶⁵;

Sınır dışı edilme kararının dayanakları ile ilgili olarak hangi bilgilerin yabancıya ifşa edilebileceği kararını bağımsız bir makamın almış olması;

⁶² Patricia Popelier/ Catherine Van De Heyning, "Procedural Rationality: Giving Teeth to the Proportionality Analysis", *European Constitutional Law Review*, C. 9, S. 2, 2013, s. 252.

⁶³ Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020, parag. 144.

⁶⁴ Ibid. Parag. 148.

⁶⁵ Ibid. Parag. 168.

Yabancıya ilgili yargılamanın yürütülmesi ve hakları sınırlanan yabancıların başvurabilecekleri mevcut ulusal telafi mekanizmaları hakkında usuli imkanların anlatılmış olması, bu husus özellikle yabancıların bir avukat tarafından temsil edilmediği ve bu konu hakkındaki bilgi eksikliği sebebiyle kişinin ulusal hukuktaki mevcut haklarını kullanmaktan çekindiği durumlar açısından önemlidir. Ayrıca ilgili devletteki usul kanunlarının davanın hızlı bir şekilde incelenmesini gerektirdiği durumlarda da yabancı için önemli bir güvence oluşturmaktadır. Bununla birlikte elbette yabancıların yargılama sırasında bir avukatla temsil edilmesi hatta kendisinin erişiminin olmadığı gizli belgelere erişim yetkisine sahip olan uzman bir avukat tarafından temsil edilmesi imkânı da önemli bir dengeleyici unsur olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda müdafinin gizli belgelere erişim sağladıktan sonra müvekkili ile olan iletişiminin kısıtlanıp kısıtlanmadığı gibi hususlar da dikkate alınmaktadır.⁶⁶

Mahkeme somut davada yabancıya tanınabilecek bu imkanların kümülatif olarak yerine getirilmesinin gerekli olmadığını belirtmiştir. Bunlar daha ziyade usuli güvenceye getirilen sınırlandırmalara ilişkin örnek teşkil edebilecek uygun telafi edici unsurlardır.⁶⁷

Mahkeme, Muhammad ve Muhammad v. Romanya davasında P7-1'in sınırlandırılmasının denetimine ilişkin belirlemiş olduğu bu metodolojiyi daha sonra Hassine v. Romanya davasında da kullanarak teyit etmiştir.⁶⁸

IV. İSTİSNAİ HÜKÜM: P7-1-2

P7-1'de güvence altına alınan haklar kural olarak yabancı sınır dışı edilmeden kullanılmalıdır. Ancak maddenin 2. fıkrası, *kamu düzeni çıkarları açısından gereklirse veya ulusal güvenlik nedenlerinden kaynaklanıyorsa*, sınır dışının ilgili usuli güvenceler kullanılmadan gerçekleştirilebileceğine ilişkin bir istisnayı düzenlemektedir. Maddenin lafzından anlaşıldığı üzere P7-1-2, kişinin kamu düzeni çıkarları nedeniyle usuli güvencelerini kullanmadan sınır dışı edilebilmesi için ulusal güvenlik nedenlerine başvuru durumlarından farklı olarak bir "gereklilik" şartı ortaya koymaktadır.

Iain Cameron, usuli güvencelerin istisnasını oluşturan bu iki meşru sebebin 7 No'lu Protokol'ün hazırlık çalışmaları (*travaux préparatoires*) bakımından bir tutarsızlık içerdiğini ifade etmektedir.⁶⁹ Zira Protokol'ün Açıklayıcı Raporu'nda *"bir devletin, kamu düzenini gerekçe göstererek P7-1'de düzenlenen hakların kullanılmasından önce yapacağı bir sınır dışı işlemi, bu istisnai tedbirin belirli bir vaka ya da vaka kategorisi için gerekli olduğunun gerekçelendirilmesi gerekmektedir. Diğer taraftan eğer sınır dışı etme işlemi, "ulusal güvenlik" gerekçesine dayanılarak yapılıyorsa, bu kendi başına yeterli bir gerekçe olarak kabul edilmelidir"* denilmektedir. Yine Açıklayıcı Rapor'da belirtildiği

⁶⁶ Ibid. Parag. 151-156.

⁶⁷ Ibid. Parag. 157.

⁶⁸ Hassine v. Romania, App. No. 36328/13, Judgment of 09.03.2021, parag. 50-68.

⁶⁹ Iain Cameron, National Security and the European Convention on Human Rights, Kluwer Law International, The Hague, 2000, s. 430.

üzere bu istisnalar (yani kamu düzeni ve ulusal güvenlik), Mahkeme içtihatlarında tanımlanan *orantılılık ilkesi* dikkate alınarak uygulanacaktır.⁷⁰ Bu halde Açıklayıcı Rapor'un lafzı, ulusal güvenlik gerekçesine dayanılarak yapılan sınır dışı işlemlerinin denetimi bakımından *orantılılık ilkesinin* uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin bir muğlaklık yaratmaktadır.

Çünkü madde, “ulusal güvenlik” gerekçesiyle gerçekleştirilen sınırlandırmayı (örneğin Sözleşme'nin 8, 10 ve 11. maddelerindeki düzenlemeden farklı olarak) “demokratik bir toplumda gerekli” ya da benzer bir anlama gelecek şekilde “gerekli” sözcükleriyle nitelendirmemektedir. Dolayısıyla Açıklayıcı Rapor'da yer alan bu ifadeler, Mahkeme'nin “gereklilik”in değerlendirilmesi bağlamında kullandığı⁷¹ “orantılılık testi”nin P7-1-2'in ulusal güvenlik gerekçesiyle sınırlandırılmasında uygulanıp uygulanamayacağı konusunda bir muğlaklık yaratmaktadır.

Cameron, farazi olarak, lafzi bir yorumda bulunulursa Mahkeme'nin gereklilik bağlamında kullandığı “orantılılık testi”nin bu tür sınır dışı etme kararlarına uygulanamayacağı ifade etmektedir. Ayrıca Mahkeme'nin bu soruna yaklaşımını görebilmek adına, ulusal güvenlik tedbirlerinin denetlenmesinde lafzi olarak “gereklilik” kriterini içermeyen 11. maddedeki devlet görevlilerini kapsayan istisnanın yorumlanmasının yol gösterici olacağı önerisinde bulunmuştur. Bu bağlamda Sözleşme'nin “toplantı ve dernek kurma özgürlüğü”nü düzenleyen 11. maddesinin 2. fıkrası, silahlı kuvvetlerin, kolluk kuvvetlerinin ve devlet idaresi mensuplarının örgütlenme özgürlüğüne getirilen kısıtlamaların yalnızca “meşru”/“hukuka uygun”⁷² (*lawful*) olmasını gerektirmektedir.⁷³ Başka bir ifadeyle bu kişilerin 11. madde kapsamındaki örgütlenme özgürlüklerini kullanmalarına getirilen sınırlandırmaların demokratik toplumda gereklilik kriterini sağlaması gerekmemektedir.⁷⁴ Maddenin bu şekildeki lafzi yorumu önceki yıllarda Mahkeme tarafından da sahiplenilmiştir. Gerçekten de 1987 tarihli Council of Civil Service Unions v. Birleşik Krallık Komisyon kararı⁷⁵, 11. maddenin 2. fıkrasında geçen “hukuka uygun” ifadesinin herhangi bir orantılılık kısıtını kendi içerisinde barındırmadığı yönündedir. Ancak Mahkeme güncel

⁷⁰ Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, parag. 15, (<https://rm.coe.int/16800c96fd> s.e.t. 14.07.2024).

⁷¹ Gemalmaz, s. 519.

⁷² “Mahkeme, 11/2'nin ikinci cümlesindeki “meşru” teriminin, Sözleşme'nin başka yerlerindeki aynı veya benzer ifadelerin, “kanunla öngörülmuş” ifadesini kullanırken atıfta bulunduğu hukuka uygunluk kavramıyla aynı anlama geldiğini yineler. Sözleşme'de kullanılan hukuka uygunluk kavramı, iç hukuka uygunluğu ifade etmenin yanı sıra, bu kuralın *öngörülebilirlik* ve genel olarak *keyfiliğin bulunmaması* gibi niteliksel gereklilikleri içermesi gerektiğini de ima etmektedir.” Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani v. Italy, App. No. 35972/97, Judgment of 02.08.2001, parag. 30.

⁷³ “...*Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca yukarıda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir.*”

⁷⁴ Cameron, s. 430.

⁷⁵ Council of Civil Service Unions et al v. the United Kingdom, App. No. 11603/85, Commission Decision of 20.01.1987.

içtihatlarında bu görüşü terk etmiştir. Tüm Haber Sen ve Çınar v. Türkiye kararında⁷⁶ bu türden bir sınırlandırmayı “demokratik toplumda gereklilik” bağlamında inceleyen Mahkeme, bu kapsamda 11. maddede öngörülen istisnaların dar yorumlanması gerektiğini; bu kişilerin örgütlenme özgürlüğüne getirilen sınırlandırmaların mutlaka *ikna edici ve zorlayıcı* nedenlerden ötürü getirilmiş olması gerektiğini ifade etmiştir. Yine Mahkeme Slovakya Cumhuriyeti Ulusal Polis Derneği ve Diğerleri v. Slovakya kararında⁷⁷ polis memurlarının grev yapma hakkının sınırlandırılmasına ilişkin yasal düzenlemeyi hem “zorunlu toplumsal ihtiyaç” hem de “orantılılık” bakımından bir incelemeye tabi tutmuştur. Dolayısıyla Mahkeme’nin lafzi olarak gereklilik kriterini içermeyen maddeler için de demokratik toplumda gereklilik bakımından bir incelemede bulunduğu -ve bunun doğrudan bir sonucu olarak- bu maddeler için de orantılılık şartını sınırlandırma rejiminin bir parçası olarak gördüğü söylenilebilir. Ayrıca Mahkeme’nin “orantılılık testi” kapsamında kullandığı “adil denge” kriterine ilişkin genel içtihatları da orantılılık incelemesinin P7-1-2’deki her iki istisnayı da kapsayacağını destekler niteliktedir. Belçika Dil Davası’nda Mahkeme, Sözleşme’ye taraf devletlerin Sözleşme aracılığıyla belirledikleri genel amacın insan haklarının *etkili* bir şekilde korunmasını sağlamak olduğunu ve bu doğrultuda Sözleşme’nin, toplumun genel menfaati ile bireylerin temel hakları arasında adil bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini içerdiğini ifade etmiştir.⁷⁸ Ayrıca bu dengenin gözetilmesi gerekliliği Sözleşme’nin bütününe içkindir.⁷⁹

Nitekim literatürde de orantılılık testinin P7-1-2 bağlamında ulusal güvenlik için işletilemeyeceği görüşünü eleştiren yazarlar bulunmaktadır. Van Dijk ve Van Hoof, bir yabancının aciliyetle yani usuli güvenceleri kullanılmaksızın sınır dışı edilmesi için ulusal güvenliğin yeterli bir mazeret olarak ileri sürülmesinin, Sözleşme tarafından kurulan uluslararası denetim sisteminin arkasındaki tüm amaçla çeliştiğini savunmaktadır. Dolayısıyla böyle bir durumda aciliyet ihtiyacının ulusal güvenlik açısından objektif olarak gerekçelendirilmesi gerekmektedir.⁸⁰

P7-1-2’ye ilişkin Mahkeme’nin önüne gelen az sayıda dava bulunmaktadır ancak C.G. ve Diğerleri v. Bulgaristan kararında Mahkeme, istisnaların değerlendirilmesinde “orantılılık ilkesi”nin dikkate alınacağını teyit etmiştir ve bu konuda iki istisna arasında bir ayırım gözetmemiştir.⁸¹

⁷⁶ Tüm Haber Sen and Çınar v. Turkey, App. No. 28602/95, Judgment of 21.02.2006, parag. 35.

⁷⁷ Slovak Trade Union of Civil Servants and Others v. Slovakia, App. No. 54120/10, Judgment of 29.10.2013, parag. 62. Benzer yöndeki diğer bir karar için bkz: Adefdromil v. France, App. No. 32191/09, Judgement of 02.10.2014, parag. 42-45.

⁷⁸ Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages In Education in Belgium" v. Belgium (Merits), App. No. 474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Judgement of 23.07.1968, s.32, parag. 5.

⁷⁹ Sporrang and Lönnroth v. Sweden, App. Nos. 7151/75 and 7152/75, Judgment of 23.09.1982, parag. 69.

⁸⁰ Van Dijk v. Van Hoof, s. 684-685.

⁸¹ C.G. and Others v. Bulgaria, App. No. 1365/07, Judgment of 24.04.2008, parag. 77-78.

Ayrıca Mahkeme, birinci başvuruçunun sınır dışı edilmesinin *gerçek ulusal güvenlik* nedenlerine dayanmadığını tespit ettiği için ilgili istisnaya başvurulmasının gerekli ve orantılı olup olmadığını ayrıca belirlenmesine gerek olmadığını söylemiştir.⁸² Dolayısıyla Mahkeme her ne kadar henüz P7-1-2 kapsamında ulusal güvenlik gerekçesine dayanan bir müdahaleyi “orantılılık” bakımından incelememişse de bu incelemeyi gerçekleştireceğini açıkça ima etmiştir.

Mahkeme bu konuda önüne gelen diğer davalarda da genellikle devletlerin istisnaya başvurulması için geçerli sebeplerin var olduğunu ortaya koymamış olmalarından dolayı ihlal kararına hükmetmiştir. Örneğin Nolan ve K. v. Rusya kararında⁸³ ulusal makamların, ulusal güvenlik veya kamu düzenine ilişkin menfaatlerinin tehlikede olduğuna dair Mahkeme’yi ikna edecek hiçbir somut delili ortaya koymadıklarını; Takush v. Yunanistan kararında⁸⁴ başvuruçunun kamu düzeni ve güvenliği için tehlikeli olduğunu gösteren hiçbir delilin sunulmadığını; yine Ljatifi v. Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti davasında⁸⁵ ulusal güvenlik bakımından bir riskin mevcut olduğuna ilişkin herhangi bir gösterge sunulmadığı halde yetkili inceleme makamı tarafından bu iddianın kabul edilmiş olduğunu tespit ederek ihlal kararları vermiştir.

Son olarak 1. fıkradaki hakların sınır dışı işlemi gerçekleştikten sonra dahi olsa her halükârda kullanılması gerekmektedir.⁸⁶ Nitekim Açıklayıcı Rapor da söz konusu yabancıların sınır dışı edilmesinden sonra maddenin ilk paragrafında yer alan hakları kullanmasına her zaman izin verilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁸⁷

SONUÇ

7 No’lu Protokol 22 Kasım 1984 tarihinde devletlerin imzasına açılması, yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin haklar anlamında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi metnindeki eksikliğin biraz olsun giderilmesini sağlamıştır. Buna karşın Protokol’ün Hollanda, Almanya Birleşik Krallık gibi “kurucu üyeler” bakımından hala yürürlüğe girmemiş olması İsviçre tarafından ise çekince konularak onaylanmış olması Sözleşme sisteminin tesis etmeyi hedeflediği Avrupa kamu düzeni bakımından bir eksikliklerdir. Zira P7-1’de yabancılar tanınmış olan güvenceler sınır dışı işlemlerinde adil yargılamayı güvence altına alması ve bir yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin keyfi kararların önüne geçmesi bakımından önem arz etmektedir.

⁸² C.G. and Others v. Bulgaria, App. No. 1365/07, Judgment of 24.04.2008, parag. 77.

⁸³ Nolan and K. v. Russia, App. No. 2512/04, Judgment of 12.02.2009, parag. 115.

⁸⁴ Takush v. Greece, App. No. 2853/09, Judgment of 17.01.2012, parag. 63.

⁸⁵ Ljatifi v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia, App. No. 19017/16, Judgment of 17.05.2018, parag. 36-38.

⁸⁶ Lupsa v. Romania, App. No. 10337/04, Judgment of 08.06.2006, parag. 53; Kaya v. Romania, App. No. 33970/05, Judgment of 12.10.2006, parag. 53.

⁸⁷ Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, parag. 15, (<https://rm.coe.int/16800c96fd> s.e.t. 14.07.2024).

Keyfilğin önlenmesi, Mahkeme'nin de teyit ettiği üzere hukuk devleti ile yönetilen demokratik bir toplumun gerekliliğidir.⁸⁸

Bu kapsamda çalışma ile yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin önemli güvenceler sağlayan P7-1'in sınırlandırılma koşullarına açıklık getirilmeye çalışılmıştır. Mahkeme P7-1'in sınırlandırılmasının denetiminde kullanmak üzere Sözleşme'nin 5 ve 6. maddelerinden esinlenerek iki aşamalı bir test oluşturmuştur. Bu test nihai olarak P7-1 kapsamındaki sınırlandırmanın hakkın "özüne dokunmama" ölçütünü yerine getirip getirmediğini belirlemektedir. Mahkeme bu metodolojiyi izlerken P7-1'de yer alan üç usuli güvenceyi birbirinden tamamen özerk haklar olarak ele almamakta onun yerine sınır dışı işlemlerini "bir bütün olarak" incelemektedir. Bu inceleme, 1. fıkranın (a) bendinde düzenlenen "sınır dışı edilmeye karşı gerekçeler sunma" hakkının çatı hak olarak odağa alındığı, (b) ve (c) bentlerinde düzenlenen güvencelerin ise yargılamanın bütünlüğü çerçevesinde sınırlamaları telafi edebilecek dengeleyici faktörler olarak gözetildiği bir incelemeye karşılık gelmektedir.

Mahkeme'nin bu kapsamda oluşturduğu iki aşamalı testin ilk aşaması, sınırlandırmaların bağımsız bir makam tarafından usulüne uygun olarak gerekçelendirilip gerekçelendirilmediğinin değerlendirilmesidir. İkinci aşaması ise yabancıların sınırlandırmadan kaynaklı olarak yaşadığı zorlukların birtakım dengeleyici faktörlerle yeterince telafi edilip edilmediğinin belirlenmesidir. Ancak bu incelemede, Mahkeme'nin Sözleşme'deki 8, 9, 10, ve 11. maddelere ilişkin ihlal iddialarını değerlendirirken kullandığı alışlageldik "üç aşamalı test"inden farklı olarak ilk aşamadaki yani gerekçelendirme aşamasındaki bir eksiklik tek başına hakkın ihlal edildiği anlamına gelmemektedir. Mahkeme her halükârda dengeleyici unsurlar bakımından da bir inceleme yapacaktır. Bu dengeleyici unsurların ağırlığı nihai olarak hakkın özünün zarar görüp görmediğini belirlemiş olacaktır.

Mahkeme içtihatları bakımından da nispeten yeni olan bu metodoloji henüz yöntemin belirlendiği Muhammad ve Muhammad v. Romanya kararında eleştirilmeye başlanmıştır. Kararın ayırık görüşler bölümünde Mahkeme'nin benimsediği metodolojiye ve P7-1'in yorumlanmasına yönelik eleştiriler bunu göstermektedir. Yine de Mahkeme'nin bu konuda çok az inceleme yapma fırsatı bulduğu da gözden kaçırılmaması gereken bir husustur. Mahkeme 2020 yılında belirlemiş olduğu ilkeleri henüz ancak Hassine v. Romanya⁸⁹, Poklikayew v. Polonya⁹⁰, F.S. v. Hırvatistan kararlarında⁹¹ uygulama imkânı bulabilmiştir. Bu davaların tamamında Mahkeme, Muhammad ve Muhammad v. Romanya kararındaki ilkelere atıfta bulunmuş ve tamamı bakımından ihlal kararı vermiştir. Dolayısıyla erken bir gözlemlerle bu metodolojinin P7-1'de düzenlenen hakların korunması bakımından -en azından- işlevsel sayılabileceğini söylemek mümkün görünmektedir.

⁸⁸ Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020, parag. 139.

⁸⁹ Hassine v. Romania, App. No. 36328/13, Judgment of 09.03.2021.

⁹⁰ Poklikayew v. Poland, App. No. 16490/19, Judgment of 05.01.2023.

⁹¹ F.S. v. Croatia, App. No. 8857/16, Judgment of 05.12.2023.

KAYNAKÇA

Aybay R, “Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınırdışı Edilme”, C. 2, S. 2, Aralık 2003, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 141-172.

Aybay R/ Dardağan Kibar E, Yabancılar Hukuku, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010.

Aydın O D, “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru”, C. 15, S. 4, 2011, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 121-170.

Cameron I, National Security and the European Convention on Human Rights, Kluwer Law International, The Hague, 2000.

Didinmez M A, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Üç Aşamalı Testi”, C. 1, S. 1, 2021, Kırıkkale Hukuk Mecmuası, ss. 149-174.

Ergül E, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku'nda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme, Yargı Yayınevi, Ankara, 2012.

Gemalmaz B, Avrupa İnsan hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2009.

Gomien D/ Harris D/ Zwaak L, Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 1996.

Göztepe E, “Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 4. Protokolle Bağlı mıdır? Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı Açısından Bir Değerlendirme”, Legal Hukuk Dergisi, Rona Aybay'a Armağan, 2014, ss. 1121-1150.

Gözübüyük A Ş/ Gölcüklü F/ Saygılı A, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 12. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.

Mcadam J, Complementary Protection in International Refugee Law, Oxford University Press, Oxford, 2007.

Popelier, P, Van De Heyning C, “Procedural Rationality: Giving Teeth to the Proportionality Analysis”. European Constitutional Law Review, C. 9, S. 2, 2013, ss. 230-262.

Rainey B/ McCormick P/ Ovey C, Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights. 8th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2021.

Salihpaşaoğlu Y, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller. 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

Yılmaz D, “6216 Sayılı Kanundaki ‘Taraf Olma’ Koşulu ve AİHS’e Ek 4. Ve 7. Protokollerde Yer Alan Hakların, Anayasal Temel Haklar Olarak Bireysel başvuru Yolunda Uygulanabilirliği Hakkında Bir Değerlendirme”. C. 64, S. 3, Eylül 2015, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 815-854.

Özbudun E, Türk Anayasa Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

Van Dijk P/ Van Hoof G J H, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 3rd Edition, Kluwer Law International, The Hague, 1998.

MAHKEME KARARLARI

Anayasa Mahkemesi Kararları

Sebahat Tuncel Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2012/1051, K.T. 20.02.2014, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/1051> s.e.t. 14.07.2024)

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi Kararları

Adefdromil v. France, App. No. 32191/09, Judgement of 02.10.2014.

Al-Nashif v. Bulgaria, App. No. 50963/99, Judgement of 20.06.2002.

Bolat v. Russia, App. No. 14139/03, Judgment of 05.10.2006.

C.G. and Others v. Bulgaria, App. No. 1365/07, Judgment of 24.04.2008.

Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages In Education in Belgium" v. Belgium (Merits), App. No. 474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Judgement of 23.07.1968.

Council of Civil Service Unions et al v. the United Kingdom, App. No. 11603/85, Commission Decision of 20.01.1987.

De Souza Ribeiro v. France, App. No. 22689/07, Judgment of 13.12.2012.

Deweere v. Belgium, App. No. 6903/75, Judgment of 27.02.1980.

F.S. v. Croatia, App. No. 8857/16, Judgment of 05.12.2023.

Fayed v. the United Kingdom, App. No. 17101/90, Judgment of 21.09.1994.

Hassine v. Romania, App. No. 36328/13, Judgment of 09.03.2021.

Hatton and Others v. the United Kingdom, App. No. 36022/97, Judgment of 02.10.2001.

Hatton and Others v. the United Kingdom, App. No. 36022/97, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 08.07.2003.

Ibrahim and Others v. the United Kingdom, App. No. 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 13.09.2016.

Ilias and Ahmed v. Hungary, App. No. 47287/15, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 21.11.2019.

Kart v. Turkey, App. No. 8917/05, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 03.12.2009.

Kaya v. Romania, App. No. 33970/05, Judgment of 12.10.2006.

Ljatif v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia, App. No. 19017/16, Judgment of 17.05.2018.

Lupsa v. Romania, App. No. 10337/04, Judgment of 08.06.2006.

Maaouia v. France, App. No. 39652/98, Judgment of 05.10.2000.

Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020.

Nolan and K. v. Russia, App. No. 2512/04, Judgment of 12.02.2009.

Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani v. Italy, App. No. 35972/97, Judgment of 02.08.2001.

Perinçek v. Switzerland, App. No. 27510/08, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2015.

Poklikayew v. Poland, App. No. 16490/19, Judgment of 05.01.2023.

Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany, App. No. 42527/98, Judgment of 12.07.2001.

Regner v. Czech Republic, App. No. 35289/11, Judgment of 19.09.2017.

Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece, App. No. 42202/07, Judgment of 15.03.2012.

Slovak Trade Union of Civil Servants and Others v. Slovakia, App. No. 54120/10, Judgment of 29.10.2013.

Sporrong and Lönnroth v. Sweden, App. Nos. 7151/75 and 7152/75, Judgment of 23.09.1982.

Takush v. Greece, App. No. 2853/09, Judgment of 17.01.2012.

The Sunday Times v. the United Kingdom, App. No. 6538/74, Judgment of 26.04.1979.

Tüm Haber Sen and Çınar v. Turkey, App. No. 28602/95, Judgment of 21.02.2006.

AVRUPA KONSEYİ BELGELERİ

Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, (<https://rm.coe.int/16800c96fd> s.e.t. 14.07.2024).

Council of Europe, "Chart of signatures and ratifications of Treaty 117 - Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms", (<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treaty-num=117> s.e.t. 14.07.2024)