

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İNSAN HAKLARI ANABİLİM DALI**

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ (AİHM) VE ANAYASA
MAHKEMESİ (AYM) TEDBİR KARARLARININ
KARŞILAŞTIRMALI OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Zehra GAYRETLİ

Ankara 2020

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İNSAN HAKLARI ANABİLİM DALI**

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ (AİHM) VE ANAYASA
MAHKEMESİ (AYM) TEDBİR KARARLARININ
KARŞILAŞTIRMALI OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Zehra GAYRETLİ

**TEZ DANIŞMANI
Doç. Dr. Abdurrahman SAYGILI**

Ankara 2020

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (...../...../2020)

Zehra GAYRETLİ

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
GİRİŞ	1

I. BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN GEÇİCİ TEDBİR KARARLARI

1. İNSAN HAKLARI YARGISINDA BİR USUL ARACI OLARAK GEÇİCİ TEDBİR	7
1.1. Kavram ve Tanım	7
1.2. Terminoloji Farklılığı	9
1.3. Amaç ve İşlev	10
1.4. Hukuki Niteliği	11
1.4.1. Geçici Tedbir Kararının Esas Taleple Bağlılığı	11
1.4.2. Geçici Tedbir Kararının İstisnailiği	12
2. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA GEÇİCİ TEDBİR	13
2.1. Geçici Tedbir Kararının Normatif Dayanağı	13
2.1.1. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Dönemindeki Uygulama	13
2.1.2. 11. Protokol Sonrası Normatif Dayanak	18
3. GEÇİCİ TEDBİR KARARI ALINMASININ KOŞULLARI	19
3.1. Usule İlişkin Koşullar	19
3.1.1. Talep Yetkisi	19
3.1.2. Geçici Tedbir Kararlarının Muhatabı	20
3.1.3. Kabul Edilebilirlik İncelemesi	21
3.1.4. Geçici Tedbir Talebinde Bulunma Usulü	23
3.1.4.1. Tedbir Birimi	23
3.1.5. Geçici Tedbir Kararının Süresi	26
3.2. Esasa İlişkin Koşullar	27
3.2.1. Yakın ve Onarılamaz Hasar (Zarar) Riski	29
3.2.1.1. Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı Kapsamında Yakın ve Onarılamaz Hasar Riski	30

3.2.1.2. Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Yakın ve Onarılamaz Hasar Riski	31
3.2.1.3. Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Kapsamında Yakın ve Onarılamaz Hasar Riski	32
4. GEÇİCİ TEDBİR UYGULAMA ALANLARI	33
4.1. Yaşam Hakkı ve İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Kapsamında Tedbir Talepleri	33
4.1.1. Öldürülme ve Kötü Muameleye Maruz Kalma Riski Bulunan Ülkeye Sınır Dışı Edilme	33
4.1.1.1. Geri Göndermeme İlkesi (<i>non-refoulment</i>) ilkesi:	39
4.1.2. Başvurucunun Sağlığı ve Tutulma Koşulları Uyarınca Tedbir Talepleri	40
4.1.3. Ötenazi ve Geçici Tedbir	41
4.2. Diğer Uygulama Alanları Vaka Örnekleri	42
4.2.1. Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Kapsamında Geçici Tedbir Uygulaması	42
4.2.2. Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Geçici Tedbir Uygulaması	44
5. GEÇİCİ TEDBİR KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI	46
5.1. Genel Olarak	46
5.2. <i>Crus Varas</i> Vakası	47
5.3. <i>Crus Varas</i> Kararından <i>Olaechea Cahuas</i> Kararına İçtihat Dönüşümü	48
6. İSTATİSTİKİ BİLGİLER	53

II. BÖLÜM

ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU YOLUNDA TEDBİR KARARLARI

1. BİREYSEL BAŞVURU YOLU	57
1.1. Anayasa Mahkemesi'nin Yapısına ve Bireysel Başvuru Yoluna İlişkin Genel Bilgiler	57
1.2. Bireysel Başvuru Yolunun Tanımı, Amacı ve Genel Özellikleri	61
1.3. İşlevi	64
2. BİREYSEL BAŞVURU YOLUNDA TEDBİR UYGULAMASI	65
2.1. Tedbir Uygulamasının Normatif Dayanağı	65

2.1.1. Kanun ile İçtüzük Arasındaki Uyumsuzluk	66
2.1.2. Kanun İle İçtüzük Arasındaki Uyumsuzluğun Çözümü	69
2.2. Tedbir Başvurularının İncelenme Usulü	71
2.2.1. Ön inceleme ve Tedbir Bürosu	71
2.2.2. Kapsam Dışı Tedbir Başvuruları	76
2.2.3. Kapsam Dâhilinde Bulunan Tedbir Taleplerinin Bölümlerce İncelenmesi	77
2.3. Tedbirin Usule İlişkin Koşulları	78
2.3.1. Tedbir Talebinde Bulunma Yetkisi	78
2.3.2. Başvuru Yollarının Tüketilmiş Olması Koşulu	79
2.4. Tedbirin Esasa İlişkin Koşulları	80
2.4.1. Maddi ve Manevi Bütünlüğe Yönelik Ciddi Bir Tehlike Bulunması	80
2.4.2. Tedbirin Gerekli Olması	81
2.5. Tedbir Kararlarının Hukuki Niteliği ve İnfazı	82
2.5.1. Tedbir Bir Ara Karar Mıdır?	82
3. BİREYSEL BAŞVURU YOLUNDA TEDBİR UYGULAMA ALANLARI	84
3.1. Yaşama Hakkı ve İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Kapsamında Tedbir Uygulaması	84
3.1.1. Öldürölme veya Kötü Muameleye Maruz Kalma Riski Bulunan Ülkeye Sınır Dışı Edilme	84
3.1.2. Geri Gönderme Merkezlerinin Kötü Koşulları Nedeniyle Tedbir Talepleri	88
3.1.3. Başvurucunun Sağlığı ve Tutulma Koşulları Uyarınca Verilen Geçici Tedbir Kararları	93
3.1.4. Yaşam Hakkı ve İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Yönünden AYM ve AİHM İçtihadının Karşılıklı Olarak Değerlendirilmesi	101
3.2. Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Kapsamında Tedbir Kararları	103
3.3. Tedbir Konusu Yapılamayacak Hak Uygulamasının AİHM Uygulaması ile Karşılıklı Olarak Değerlendirmesi	105
3.4. AYM ve AİHM Uygulamasının Çakışması: Sokağa Çıkma Yasakları	105
4. İSTATİSTİKİ BİLGİLER	106

SONUÇ	109
KAYNAKÇA	114
ÖZET	122
ABSTRACT	123



GİRİŞ

İnsan hakları hukuku, çoğunlukla geçmişte yaşanan eylemlere dayalı olarak ortaya çıkan hak ihlallerine odaklanır. Diğer bir ifadeyle insan hakları hukukunda genelde kamusal bir eylem veya işlem nedeniyle bireyin temel haklarının ihlal edilip edilmediği; ihlal tespit edildiği takdirde bu ihlalin ve sonuçlarının nasıl ortadan kaldırılabileceği meseleleri ele alınır. Buna göre, insan haklarının korunması amacıyla kurulan bir sistemde denetim organının görevi hak ihlali iddiasını araştırmak; ihlal sonucuna ulaşıldığında ise ihlalin sonlandırılması ve sebep olduğu hasarın onarılması için gereğinin yapılmasına karar vermek olmalıdır. Bununla birlikte, hak ihlali iddiasının araştırılmasının ve iddia hakkında bir karar verilmesinin belirli bir zaman alması nedeniyle bazı durumlarda ihlal sonucuna ulaşılsa bile mağdurun bu ihlal nedeniyle uğradığı zararın telafi edilmesi mümkün olmayabilir. O halde ihlal iddiasına konu edilen eylemin veya işlemin vuku bulduğu anda -zamanı durdurarak- yargı makamının uyuşmazlığı çözmesine kadar geçen sürede mağdurun haklarını koruyacak bir mekanizmaya ihtiyaç vardır.

Genel muhakeme hukukuna göre bir hakkın korunması için kanun yoluna başvurulmasının, bazı şartlar dâhilinde dava konusu yapılan işlemin veya kararın yürütülmesini otomatik olarak durdurmasına imkân tanıyan mekanizmalar mevcuttur. Otomatik durdurma imkânı tanıyan bir hüküm ihdas edilmemiş olsa bile derece mahkemelerine davanın sonuçlanmasına kadar geçecek olan sürede ortaya çıkması muhtemel ve telafi edilemez zararların önlenmesi amacıyla işlemin veya eylemin icrasını durdurucu güce sahip her türden geçici tedbir alma yetkisi verilmiş olabilir.

İnsan hakları yargısında ise bir temel hakkın ihlal edildiği veya ihlal edilme ihtimalinin bulunduğu iddia edilerek denetim organına başvuru yapılmasının otomatik olarak şikâyet konusu yapılan kamu işlemini veya eylemini durdurucu etkiye sahip

olduğuna dair normatif bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, demokratik bir hukuk devletinde insan haklarının yargısal denetimini yapmakla görevlendirilen bir denetim organının etkili olabilmesi için mağdurun haklarını koruyan bazı usul araçlarına başvurması kaçınılmazdır. Özellikle yaşama hakkının veya işkence yasağının ihlal edilme ihtimalinin bulunduğu “*onarılamaz hasar riskinin mevcut olduğu*” durumlarda ihlalin sonradan tespit edilmesi ihlal sonucu ortaya çıkan zararı telafi etmeyecek, dolayısıyla etkili olmayacaktır. Böyle durumlarda kesin kararın etkililiğini temin etmek ve mağduru telafisi imkânsız bir zarardan korumak üzere bazı güvencelere ihtiyaç vardır. İşte geçici tedbir kurumu bu güvenceyi temin eden ve hakların/özgürlüklerin etkili bir şekilde korunması amacına hizmet eden bir usul aracıdır.

Bilindiği üzere, genel muhakeme hukukunda *geçici hukuki koruma* araçları (ihtiyati tedbirler vd.) taraflar arasındaki uyuşmazlık hakkında bir çözüme ulaşılmadan önce uyuşmazlık konusu hakkın elde edilmesini zorlaştıran veya tamamen imkânsız kılan bir durumun vuku bulması halinde esasa ilişkin karar verilinceye kadar tarafların haklarını eşit olarak korumak amacıyla geliştirilmiş usul enstr manlarıdır. Bu enstrümanlar davanın esasına ilişkin kararın bütünlüğünü korumaktadır. Benzer şekilde insan hakları usul hukukunda da geçici tedbirler, temel hakların ihlal edilmesi olasılığının bulunduğuna ve onarılamaz hasar riskinin mevcut olduğuna dair *savunulabilir bir iddia* ileri sürüldüğünde, konu hakkında kesin bir hükme ulaşılıncaya kadar kararın sonucunu koruyucu bir işlev üstlenmektedir.

Geçici tedbir kurumu her ne kadar usule ilişkin bir araç olarak kabul edilmekte ise de tedbir konusu talebin, uyuşmazlığın esasına ilişkin talep ile bağlantılı olduğu yadsınamaz. Nitekim geçici tedbirler bir nevi maddi hakkın -geçici bir süre için- usul yoluyla korunmasını sağlamaktadırlar. Bu nedenle insan hakları yargısında tedbir kurumu diğer muhakeme alanlarındaki uygulamalara nazaran kendine özgü bir doğaya sahiptir.

Esasen hem genel muhakeme hukukunda hem de genel anlamda anayasa yargısı ile özel olarak insan hakları yargısında geçici tedbir kararları makul olmayan yargılama sürelerinin sebep olduğu hak kayıplarını en aza indirmek amacıyla başvuru süresi kararlarıdır. Buna göre geçici tedbir kararları belirli bir süre için koruma sağlarlar.

Muhakeme sürecinin etkililiğini koruma görevi gibi önemli bir varlık nedenine matuf tedbir uygulaması bu önemine rağmen uluslararası insan hakları yargısında başlangıçta normatif bir dayanağa ya hiç sahip olamamış ya da insan haklarına ilişkin bazı uluslararası belgelerde kendisine doğrudan yer bulamamıştır. İnsan hakları denetim mekanizmalarınca normatif bir düzenlemeye dayalı olmadan resen içtihat yolu ile uygulamaya konulan tedbir kurumu, daha sonra yargı mercilerinin yargılama usullerini düzenleyen ikincil mevzuatlarda kodifiye edilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS veya Sözleşme) ile kurulan uluslararası insan haklarını koruma sisteminin yargı organı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de geçici tedbir kurumuna İçtüzüğü'nün "usul" başlıklı ikinci bölümünde, "39. madde" altında yer vermiştir. Diğer bir ifadeyle, Sözleşme geçici tedbir uygulamasına yönelik açık bir düzenleme ihtiva etmemekte; geçici tedbir AİHM'in iç işleyişine ve yargılama usulüne ilişkin bir kural olarak değerlendirilmektedir.

Öte yandan, 2010 yılında Anayasa'nın 148. maddesinde yapılan değişiklikle Anayasa Mahkemesine (AYM veya Mahkeme) bireysel başvuruları karara bağlama yetkisi ve görevi verilmiştir. Bu değişikliği müteakip kanun koyucu AYM'nin kuruluş kanununda da değişikliğe gitmiş ve bu yeni kanunda AYM'ye bireysel başvuruları karara bağlama sürecinde tedbir kararı alabilme yetkisini açıkça tanımıştır. Mahkeme bu yetkiye istinaden İçtüzüğü'nde yaptığı düzenleme ile tedbir kurumunun işleyişini detaylandırmıştır. Dolayısıyla AYM'ye bireysel başvuru yolunda geçici tedbir uygulamasına ilişkin hükümler hem AYM'nin kuruluş kanununda hem de İçtüzüğü'nde yer almaktadır.

Bununla birlikte, kanun koyucu “temel hakların korunması için zorunlu görüldüğü” takdirde tedbir kararı alabilmesi hususunda AYM’ye geniş bir yetki alanı tanımış olmasına rağmen, Mahkeme İçtüzüğünde yer alan düzenlemede tedbir kararları sadece “kişinin yaşamına, maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşıldığı” durumlara özgülenerek tedbir uygulama alanı daraltılmıştır.

Bölgesel veya uluslararası düzeyde insan hakları yargılaması yapmak üzere teşkilatlanmış mekanizmaların hemen hemen tümünde tedbir uygulamasının içtihat yolu ile geliştirilmiş olduğu bir vakadır. Nitekim AIHM de kendisine yargı yetkisinin tanındığı 1950’li yıllarda Sözleşmede veya İçtüzükte henüz tedbire ilişkin normatif bir düzenleme bulunmadığı halde tedbir kararı almış; böylelikle tedbirin hangi koşullarda alınabileceği hususunda bir içtihat geliştirmiştir. Türk Anayasa yargısında da benzer bir durum AYM’nin somut ve soyut norm denetiminde herhangi bir normatif düzenlemeye dayalı olmaksızın “yürürlüğü durdurma” yönünde tedbir kararları vermesi ile yaşanmış/yaşanmaktadır.

Bu çalışmada, AYM’ye bireysel başvuru yolunda tedbir uygulamasının AIHM uygulaması ile karşılaştırılması yöntemiyle temel hakların etkili bir şekilde korunması için her iki yargı organınca da başvurulanan tedbir kararlarının uygulama standartları ortaya çıkarılmaya çalışılmıştır. Çalışmanın AIHM uygulaması ile sınırlandırılması ise bir tercihten ziyade bir zorunluluğa dayanmaktadır. Nitekim AYM’ye bireysel başvuru yolunu açan Anayasa değişikliğinin gerekçesinde Türkiye’de iyi işleyen bir bireysel başvuru sisteminin kurulmasıyla birlikte insan hakları ihlallerinin ulusal hukuk içerisinde çözülmesinin amaçlandığı açık bir şekilde belirtilmiştir. Buna göre, bireysel başvuru yolunda tedbir uygulama standartlarının AIHM uygulamasının gerisinde kalmaması gerektiği açıktır. Buna ek olarak, uluslararası insan haklarını koruma mekanizmaları arasında AIHM uygulamasının iyi bir örnek olduğu gerçeği de yadsınamaz.

Diğer taraftan, tedbir uygulama alanının AYM İçtüzüğü ile daraltılmasının doktrinde tepkilere neden olduğu ve bu daraltmanın pratikte –bazı durumlarda- AİHM uygulamasının gerisinde kalınması sonucunu do urdu u görülmektedir. Bununla birlikte, ulusal hukukta AYM’ye bireysel başvuru yolunun bir derece mahkemesi yargılaması şeklinde algılanmasının ve ayrıca AYM’nin tedbir taleplerine ivedilikle cevap veriyor olmasının bir tezahürü olarak Mahkeme’ye yapılan tedbir talepli başvurularda artış yaşanması kaçınılmazdır. Bu durum, ciddi tedbir talepli başvuruları karşılayabilmek adına -kapsam dışı nitelikteki talepleri azaltmak için- tedbir talebinde bulunma usulünün sıkı kurallara ba lanması gerekliliğini gündeme getirebilir. Eldeki çalışmada bu dilemma ile kar ıla ma riski bulunan Mahkeme’nin insan haklarını koruma standartlarını d   rmeksizin tedbir uygulama usulünde değişiklik yapmasının gerekli olup olmadığı meselesi de tartı ılmı tır.

Çalışmanın ilk bölümünde, normatif dayanağını bahsi geçen AİHM İ t z   n n 39. maddesinden alan ve genel olarak içtihat yoluyla geliştirilen geçici tedbir uygulamasının usul boyutu, AİHM’in Filtraj bölümü bünyesinde çalışan tedbir biriminin (*Rule 39 Unit*) i leyi i ve tedbir uygulama alanları hakkında tanımlayıcı bir şekilde bilgi verilmiştir. Tedbir talebinin ciddi bulunarak işleme alınması ve geri dönülemez hasar riskinin mevcut olup olmadığının saptanması koşullarına ilişkin olarak AİHM tarafından belirlenen standartlar, geçici tedbir uygulamasının şekillenmesinde kilometre ta ı kabul edilebilecek önemli içtihatların değerlendirilmesi metoduyla ortaya çıkarılmaya çalışılmıştır. Bu bölümde son olarak AİHM tedbir kararlarının ba layıcılı ı meselesi ele alınmıştır.

Çalışmanın ikinci ve aynı zamanda son bölümünde ise AYM’ye bireysel başvuru yolunda tedbir uygulaması AİHM uygulaması ile karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Bu karşılaştırma sonucunda ulaşılan bulgulardan ilki her iki yargı organınca da artan tedbir talepli başvurular ile ba a çıkmak ve ciddi nitelik arz etmeyen tedbir taleplerini

filtreleyebilmek için bazı yapısal değişikliklere ihtiyaç duyulduğunun anlaşılması olmuştur. Özellikle AYM'ye bireysel başvuru yolunda tedbir uygulamasının tedbir kararlarının istisnai niteliğine aykırı olmak üzere bir derece mahkemesi uygulamasına doğru evrimleşmesi riskinin bulunduğu görülmüştür. Mahkeme özellikle sınır dışı edilme işlemlerine ve geri gönderme merkezlerinin koşullarına ilişkin olarak çok sayıda tedbir talepli başvuruyu karşılamak durumundadır. Diğer taraftan AYM'nin, tedbir kapsamında olmadığı ilk bakışta anlaşılabilen tedbir talepli dosyaları da filtrelemek zorunda kaldığı anlaşılmaktadır. Çalışmada bu durumun, tedbir kararlarının pratik amacının başvuruçular tarafından doğru algılanmamasından kaynaklandığı ileri sürülmüştür. Diğer bir ifadeyle, başvuruçular anayasa şikâyetine konu ettikleri meselenin kısa sürede çözümlenmesini temin etmek üzere -esasa ilişkin kararın tedbir yolu ile öne alınması amacıyla- çok sayıda kapsam dışı nitelikte tedbir talebinde bulunmaktadırlar. Buna ek olarak AYM'nin çoğunlukla bir ilk derece yargılama mercii gibi algılandığı; herhangi bir yargı yoluna başvurulmadan doğrudan AYM'den tedbir talebinde bulunulduğu ihtimali üzerinde durulmuştur. Bu ihtimalin insan hakları yargısında tedbir kurumunun ihdas edilmesindeki amaç ile bağdaşmadığı açıktır.

I. BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN GEÇİCİ TEDBİR KARARLARI

1. İNSAN HAKLARI YARGISINDA BİR USUL ARACI OLARAK GEÇİCİ TEDBİR

1.1. Kavram ve Tanım

Temel hakların ihlal edildiği iddialarının yargısal denetimini yapmak üzere teşkilatlanmış olan ulusal ve uluslararası düzeydeki yargı makamları, karar alma sürecinde genel muhakeme hukukundakine benzer usul araçlarından faydalanırlar. Nitekim insan hakları alanındaki hukuki bir uyuşmazlığın hangi makam tarafından ve nasıl çözümleneceği meselelerinin incelendiği bir hukuk dalı¹ olan insan hakları yargılama hukuku, diğer bir ifadeyle insan hakları yargısı, genel muhakeme hukukuna (medeni usul hukuku) benzer bir yapı arz eder.

Öte yandan, insan hakları yargısı “ulusal ve uluslararası insan hakları yargısı” şeklinde iki farklı hukuk disiplinine ayrılmakta ise de usule ilişkin uygulamalar noktasında bu iki hukuk disiplini arasında önemli oranda farklılık bulunmadığı söylenebilir. Zira ulusal ve uluslararası insan hakları yargısında uyuşmazlıkların çözümü aşamasında başvuru usul kurumlarının normatif düzenlemelerinin birbirleriyle büyük oranda benzerlik gösterdiği görülmektedir. Nitekim her iki alanda da sözleşmelere veya anayasalara dayalı olarak kurulan insan hakları denetim organları “*insan haklarının bütünselliği*” ilkesi gereği birbirleriyle etkileşim içerisinde dirler.² Bu etkileşimin daha çok denetim organlarının birbirlerinin içtihatlarını takip etmeleri noktasında kendini

¹ K. Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, Ekin Yayınları, Birinci Baskı, Bursa, 2017, s.35.

² H. B. Gemalmaz, **Türkiye’de ve Ulusalüstü Hukukta Bireylerin Geçici Yargısal Koruması**, (ed. Z. Aslan), Alfa Yayınları, İstanbul, 2004, s.97.

gösterdiği söylenebilirse de, normatif düzlemde ve yargılama usulüne ilişkin uygulamalar noktasında da sistemler arasında benzerliklere rastlanılmaktadır.³ Bu kapsamda genel muhakeme hukukunda geçici hukuki korumanın bir alt unsuru olarak tanımlanan tedbir kurumunun⁴, ulusal ve uluslararası insan hakları yargısında benzer bir çerçeve içinde uygulanan ve yargılama sonucunun güvence altına alınması ortak amacını taşıyan bir usul aracı olduğu ifade edilebilir.

Geçici tedbir kurumunu düzenleyen normlar, genel olarak ulusal ve uluslararası insan hakları yargılama organlarının iç işleyişleri ve yargılama usullerine ilişkin düzenlemelerin yer aldığı içtüzüklerde (veya usul kurallarında) bulunmaktadır.⁵ Bununla birlikte söz konusu normlarda kavramsal düzeyde bir tanımına yer verilmediği, bunun yerine tedbir kurumuna başvurulmasındaki temel amaç ve kurumun uygulanabilmesi için gerekli olan koşullar üzerinden açıklandığı görülmektedir.⁶

Geçici tedbir kurumu, insan hakları yargısında özellikle temel hakların tehlikede olduğu durumlarda, “*telafti edilemez (onarılamaz) zararların*” ortaya çıkmasını önlemeyi

³ H.B. Gemalmaz, 2004, s.97.; E. Göztepe, **İnsan Haklarının Korunmasında Geçici Tedbir**, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s.11.

⁴ Genel muhakeme hukukunda geçici tedbir uygulamasına ilişkin örnek çalışmalar için bkz. E.Erişir, **Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri**, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2013.; S. Üstündağ, **İhtiyati Tedbirler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981.; O. Yılmaz, **İhtiyati Tedbirler**, Birinci Basım, İvriz Matbaası, Konya, 1963.; E. Yılmaz, **Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.

⁵ İnsan hakları alanında geçici tedbir kurumu sözleşme düzeyinde ilk kez 1969 yılında Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde düzenlenmiştir. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 63. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen geçici tedbir kurumunun lafzi ifadesinin Türkçe tercümesi için bkz. M. S. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukukunda Geçici Önlem**, Legal Yayınları, C. II., 2007, s.8.

⁶ Örneğin, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 63. maddesinin 2. fıkrasında kurum, şu şekilde açıklanmıştır: “*Mahkeme, fevkalade ciddi (vahim) ve acil nitelik arz eden vakalarda, ve kişilerin giderilmesi olanaksız zarara uğramalarının engellenmesi gerektiği zamanlarda, incelemekte bulunduğu meseleler bakımından yerinde (gerekli) gördüğü geçici nitelikte önlemler alacaktır. Mahkeme henüz kendisine sunulmamış bir vakaya ilişkin olarak da Komisyonun talebi üzerine harekete geçebilir.*”. Amerikalılar Arası İnsan Haklarını Koruma Sisteminde geçici tedbir kurumunun uygulanma usulüne ilişkin bir çalışma için bkz. A. Isabela Piacentini, “**Protective Measures in the Inter- American Human Rights System**”, erişim: 8/11/2019, <https://www.lrwc.org/ws/wp-content/uploads/2012/03/Protective-measures-Inter-American-System.pdf>.

amaçlayan, adil bir sistemin zorunlu unsurlarından biridir.⁷ Doktrinde; insan hakları yargısı bağlamında geçici tedbir kurumunun, genel muhakeme alanındaki geçici hukuki koruma ile benzer olmak üzere “*asıl yargılamayı tamamlayan, yargılama ile ulaşılmak istenen amacın, kesin hükümden sonra infaz edilebilir olmasını sağlayan, bu anlamda da muhakemenin etkili sonuç doğurmasına yardım eden*” bir güvence olarak tanımlandığı görülmektedir.⁸

1.2. Terminoloji Farklılığı

Bir usul aracı olan geçici tedbir kurumunu düzenleyen normlara terminolojik açıdan bakıldığında bölgesel veya uluslararası insan hakları koruma mekanizmalarında kurumu ifade etmek üzere tercih edilen terimlerin çeşitlilik gösterdiği gözlemlenebilir. Örneğin; AIHS kapsamında uluslararası insan hakları mahkemesi statüsüyle yargılama yapmakta olan AIHM’in İçtüzüğünde geçici tedbir kurumunu ifade etmek üzere “*interim measure* (ing.)” terimi kullanılmakta iken Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki uygulamada aynı kurum “*provisional measure* (ing.)” terimi ile tanımlanmaktadır. Benzer şekilde Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu uygulamasında kurum “*provisional measure* (ing.)” terimi ile ifade edilmekte iken Birleşmiş Milletler sisteminde Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile kurulan İnsan Hakları Komitesinin Usul Kurallarında da kurumu ifade etmekte üzere “*interim measure* (ing.)” terimi tercih edilmiştir.⁹

Uluslararası insan hakları sözleşmelerinde ve doktrinde geçici tedbir kurumunu tanımlamak üzere tercih edilen terimler arasında bir çeşitliliğin mevcut olduğu

⁷ P. McCORMICK, “A Risk of Irreparable Damage: Interim Measures in Proceedings before the European Court of Human Rights”, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, S.12, 2010, s. 313-336.

⁸ E. Göztepe, 2017, s.5.

⁹ Normatif düzenlemelerin orijinal metinlerinden Türkçe tercüme için bkz H. Gemalmaz, 2004, s.98.; M.S. Gemalmaz, 2007, s.491.

görülmekte ise de kurumun düzenlendiği sistemler arasında kuruma atfedilen anlam düzeyinde herhangi bir farklılık bulunmadığını söylemek hatalı olmayacaktır.¹⁰ Nitekim bütün geçici tedbirler, uyuşmazlıkların çözümünün belirli bir zaman alması nedeniyle doğabilecek zararı önlemek amacıyla alınmakta ve bu durum kural olarak uyuşmazlığın esası hakkında bir karar verilinceye veya tehlike hali ortadan kalkıncaya kadar devam etmektedir.¹¹

Bu çalışmada, esas olarak AYM ve AİHM kararları (tedbir kararları) ışığında karşılaştırmalı bir inceleme yapılması amaçlandığından AİHS İktüzüğünün Türkçe resmi çevirisinde kurumu tanımlarken kullanılan “geçici tedbir” kavramı tercih edilmiştir.

1.3. Amaç ve İşlev

Şekli bir hukuk dalı olan yargılama (muhakeme) hukukunda belirli prosedürlere ve/veya sürelerle riayet edilmesi gereklidir. Bu gerekliliğe bağlı olarak uyuşmazlıkların çözümü ve davaların bir karara bağlanması da uzun bir zaman alabilmektedir. Ancak bazı durumlarda prosedürlere sıkı sıkıya bağlı kalınması telafisi güç zararların doğmasına sebebiyet verebilir. Böyle bir durumda muhakeme sonucunda lehine hüküm kurulan taraf için artık bu hükmün pozitif bir etki yaratmaması riski söz konusu olacaktır.¹² İşte bu ihtimali bertaraf etmek için muhakeme hukukunda geçici hukuki koruma sağlayacak mekanizmalar ihdas edilmiştir. Bu mekanizmalar uyuşmazlığın esasına bir çözüm getirmeyen, fakat uyuşmazlığın tarafları açısından durumu eşitleyen geçici tedbirlere başvurularak işletilmektedir. Buradan hareketle geçici (ihtiyati) tedbirin amacının,

¹⁰ Doktrinde kullanılan diğer terimler örneğin; “*interim orders, preliminary measures, preventive measures, precautionary measures, emergency measures, urgent measures, conservatory measures*”, bkz. E. Göztepe, 2017, s.9

¹¹ H. Gemalmaz, 2004, s.99.; E. Göztepe, s.10.

¹² H. Pekcanitez, O.Atalay, M.Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s.711.

uyuşmazlık hakkındaki inceleme devam ederken tarafların eşit haklarını korumak ve nihai kararın etkililiğini sağlamak olduğu ifade edilebilir.¹³

Şekli bir hukuk dalı olarak insan hakları yargılamasında da geçici tedbir kurumu, acil durumlarda temel hakları ve genel anlamda yargı sisteminin etkinliğini koruma işlevi bulunan kritik bir usul enstrümanı olarak değerlendirilebilir.

Doktrinde; kurumun, tedbir kararı almaya yetkili insan hakları yargı organı açısından potansiyel ihlal kararını güvence altına alması anlamında “*güvence işlevi*”; tedbir kararının muhatabı için ise muhatabın ihlal iddiasının ciddi bulunması ile birlikte geçici bir süreliğine korumaya alınmasını sağlaması anlamında “*geçici tatmin*” işlevi bulunduğu ifade edilmektedir.¹⁴

1.4. Hukuki Niteliği

1.4.1. Geçici Tedbir Kararının Esas Taleple Bağlılığı

Geçici tedbir kararları, dava konusu uyuşmazlığı ve taraflar arasındaki ihtilafı kesin olarak geleceğe yönelik bir şekilde çözen kararlar değildirler. Bu nedenle bir hüküm ihtiva etmezler.

Genel muhakeme hukukunda geçici tedbir kararları, “*maddi hukuka ilişkin hakkın gerçekleştirilmesine hizmet etmez, asıl yargılamada verilen hükmün gerçekleştirilebilmesi yolunu açık tutmak suretiyle ona yardımcı olarak etkili bir hukuki koruma garantisi sağlar.*”¹⁵ İnsan hakları yargısında da niteliği gereği geçici tedbirler şikâyet konusu ihlal iddiasının esasını etkilemez, geçici tedbirlerin tek amacı ihlal iddiası

¹³ H. Keller Marti (2013), ‘**Interim Relief Compared: Use of Interim Measures by the UN Human Rights Committee and the European Court of Human Rights**’, erişim, 31/1/2019, <http://www.zaoerv.de>

¹⁴ T. Şirin, **Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme**, On İki Levha Yay., 2013, İstanbul, s.605.; E.Göztepe, 2017, s.116-122.

¹⁵ H. Pekcanitez, O.Atalay, M.Özekes, 2011, s.712.

hakkında nihai olarak verilecek kararın konusunu korumak ve ihlal ihtimalinin ağırlaşmasını önlemektir.¹⁶ Diğer bir ifadeyle, geçici tedbir kararı alınması temel hakkın ihlali iddiasının doğrulandığı yönünde bir işaret vermez.

Bununla birlikte geçici tedbir kararları esas yargılamadan bağımsız nitelik taşımazlar.¹⁷ Zira geçici tedbir talebi esas uyuşmazlık konusu ile içerik düzeyinde bağımlıdır ve tedbir kararı ile hedeflenen amaç, esasa konu talep ile ilişkili olmak zorundadır; kaldı ki tedbirin işlevi “*esas talep konusuna ilişkin kararın beklenmesini anlamsız kılacak*” bir durumun meydana gelmesini önlemektedir.¹⁸

1.4.2. Geçici Tedbir Kararının İstisnailiği

İnsan hakları hukukunda tedbir kurumu, olağan kanun yollarındaki tedbir mekanizmasının yerine ikame edilmemelidir. Diğer bir ifadeyle, idari veya adli yargı makamlarına başvurularak elde edilebilecek bir hukuki koruma, anayasa şikâyeti yolu ile insan hakları yargısına taşınmamalıdır. Temel hakların korunması amacıyla yapılan bir tedbir talebi insan hakları koruma mekanizmalarınca istisnai bir şekilde kabul edilebilir bulunmalıdır. Buna ek olarak, insan hakları yargısı içinde de tedbir uygulamasının bir istisnailiği vardır. Geçici tedbir kararı, “*esas kararın yerine ikame edilmemelidir.*”¹⁹ Başka bir ifadeyle, esas karar ile ulaşılabilecek sonucun tedbir kararı ile elde edilmesi mümkün olmamalıdır. Zira esas kararın yerine geçebilecek düzeyde bir tedbir kararı verilmesi, esas inceleme tamamlandıktan sonra ihlal iddiasının aksi yönünde bir sonuca ulaşıldığı takdirde yeni bir hukuksuzluğun ortaya çıkmasına neden olabilecektir.²⁰

¹⁶ Peter j. Goldsworthy, (çev. Aslan Gündüz) “**Milletlerarası Adalet Divanında Geçici Tedbir Kararları**”, İÜHFM, Cilt XL VIII-XLIX, Sayı 1-4, İstanbul, 1983, s.369.

¹⁷ T. Şirin, 2013, s.611.

¹⁸ E. Göztepe, 2017, s.120.

¹⁹ T. Şirin, 2013, s.611.

²⁰ T. Şirin, a.e. s.612.

Daha önce de ifade edildiği gibi eldeki çalışmada, geçici tedbir kurumunun insan hakları yargısında hangi koşullarda uygulanabilir olduğu, bağlayıcılığı meselesi ve uygulama alanları (kapsamı) hakkında AİHM ve AYM kararlarının (tedbir kararlarının) karşılıklı olarak incelenmesi metoduyla bir değerlendirme yapılması amaçlanmıştır. Buna göre, iyi uygulama örneği ve referans noktası olması nedeniyle anılan konulara ilişkin olmak üzere öncelikle AİHS sistemindeki “geçici tedbir uygulaması” incelenmiştir.

2. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA GEÇİCİ TEDBİR

2.1. Geçici Tedbir Kararının Normatif Dayanağı

2.1.1. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Dönemindeki Uygulama

Bilindiği üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS veya Sözleşme) 4 Kasım 1950 tarihinde kabul edilmiş ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin ilk hali daha sonra çıkarılan bir dizi Protokol ile kapsamlı değişikliklere uğramıştır. Bu protokoller içinde en kapsamlı değişiklik ise 11. Protokol ile yapılmıştır.²¹

1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11. Protokol'den önce Sözleşme ile kurulan denetim mekanizmasında Komisyon ve Mahkeme (Divan) olmak üzere iki farklı yargı organı bulunmakta idi. Komisyon bağımsız bir yargı organı olarak bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesini yaptıktan sonra başvuruları Mahkemeye yönlendirmekteydi.²²

AİHS açık bir şekilde geçici tedbir kavramını tanımlayan ya da geçici tedbir kararı verilebileceğini öngören herhangi bir madde içermemektedir. Bununla birlikte,

²¹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile kurulan insan hakları koruma mekanizmasına ilişkin çalışmalar için bkz. D. Harris, M. O' Boyle, E. Bates, C. Buckley, **Law of the European Convention on Human Rights**, Fourth Edition, Oxford University Press, 2018.; P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Fourth Edition, (ed. L. Zwaak), Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006.

²² Ş. Gözübüyük, F. Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan, Ankara, 2009, s.24.

Sözleşmeyi “*yaşayan bir belge*” olarak nitelendirerek Sözleşmede yer alan hak ve özgürlükleri etkili bir şekilde korumayı amaçlayan Sözleşme organları, verdikleri kararların anlamsız ve işlevsiz kalmaması için Sözleşme metninde yer almasa dahi geçici önlemlere başvurmanın gerekliliğini kabul etmişlerdir.²³ Bununla birlikte doktrinde, Sözleşme organlarının içtüzük hazırlama yetkisini Sözleşmeden almaları nedeniyle İchtüzükte yaptıkları düzenlemeye dayanarak geçici tedbir gösterdiklerini, dolayısıyla bu yetkilerinin doğrudan Sözleşme ile üstlendikleri görev ve yetkiden (“*yerleşik yetki*”) kaynaklandığı, böylece Sözleşmedeki normatif boşluğun Sözleşme organlarının geçici tedbir alma yetkilerinin bulunmadığı anlamına gelmeyeceği yönünde görüşler de bulunmaktadır.²⁴

Uluslararası düzeyde insan haklarına ilişkin sözleşmelere bakıldığında, insan hakları yargı organlarına geçici tedbir alma yetkisinin, bazı istisnalar dışında, doğrudan sözleşmelerle tanınmadığını tespit etmek zor olmayacaktır.²⁵ Zira geçici tedbir kurumu ana metinlerde değil, bunun yerine yargı organlarının iç işleyişlerini ve yargılama usullerini düzenleyen ikincil mevzuatlarda yer almıştır.²⁶

Geçici tedbirin bir usul aracı olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Buna göre, uyuşmazlığın esasını çözmekle yetkilendirilmiş bir yargı organının, esasa ilişkin kararının etkili sonuç doğurmasını sağlayabilmesi için usule yönelik adımları atmaya evleviyetle yetkili olduğu göz önüne alınırsa tedbir kurumunun ana metinlerde düzenlenmesine gerek bulunmadığı sonucuna ulaşılabilir. Ne var ki normatif anlamda kurumun ikincil mevzuatta düzenlenmesi ya da kurumu düzenleyen herhangi bir norm ihdas edilmemesi, uygulama noktasında ilgili yargı makamlarının tedbir kararı almaya yetkili olup

²³ E. Ergül, **Sınır Dışı Etme Geri Gönderme ve Geri Verme**, Yargı yayınları, Ankara, 2012, s.103.

²⁴ M.S. Gemalmaz, 2007, C.I, s.11.

²⁵ H. Gemalmaz, 2004, s.99.

²⁶ Geçici tedbir alma yetkisinin uluslararası hukuktaki normatif evrimi hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. H. Gemalmaz, 2004; E. Göztepe, 2017.

olmadıklarına dair tartışmalara neden olduğu gibi bu tartışmalar da beraberinde tedbir kararlarının bağlayıcı olup olmadıkları meselesini gündeme getirmektedir. Uluslararası ve/veya ulusal yargı makamları da bu tartışmaları ana sözleşmelerdeki yetkiye ilişkin diğer maddelere atıf yapmak suretiyle veya hukuk devleti ilkesi prensibinden hareketle içtihat hukuku aracılığı ile çözmeye çalışmaktadırlar.

Uluslararası insan haklarını koruma mekanizmalarında herhangi bir normatif düzenleme bulunmasa dahi ilgili organın geçici tedbir kararı aldığı örnekler mevcuttur.²⁷ Buna ilişkin ilk vaka örneği olarak AİHS ile kurulan sistemde uygulanan bir geçici tedbir kararı örnek gösterilebilir. Karar; Yunanistan'ın Birleşik Krallık aleyhine o dönemde İngiltere'nin kontrolünde olan Kıbrıs'taki olağanüstü rejimin konu edildiği bir başvuruya ilişkindir. Bu başvuruda, ölüm cezasına mahkûm edilen Nicolas Sampson adında bir kişinin infazının çok yakın bir tarihte gerçekleştirileceğine ilişkin duyum üzerine AİHM, olay hakkında tamamen bilgilenene kadar infazın ertelenmesini talep etmiştir.²⁸ Söz konusu tedbir bildirimi herhangi bir normatif düzenlemeye dayanılmadan yapılmıştır.

AİHS ile kurulan koruma sistemi uluslararası insan hakları koruma mekanizmalarından en etkili olanıdır diyebiliriz. Zira AİHS ile kurulan sistemi diğerlerinden farklı kılan özelliği etkili denetim mekanizmasına sahip olmasıdır.²⁹ Sözleşmenin hazırlandığı 1950'lerde Sözleşme metnine geçici tedbir kurumu ile alakalı herhangi bir hüküm konulmamış olması aslında anlaşılabilir bir durumdur.³⁰ Zira o dönemde Sözleşme sisteminin öncelikli amaçlarından biri korunması gereken belli temel hak ve özgürlükler üzerinde uzlaşmak ve uluslararası alanda etkili bir denetim

²⁷ H. Gemalmaz, 2004, s.99.

²⁸ H. Burak GEMALMAZ, "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Geçici Tedbir Kurumu", Türkiye'de ve Ulusalüstü Hukukta Bireylerin Geçici Yargısal Korunması, 2004, s.100.

²⁹ M. Koçak, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi**" Ankara Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011.

³⁰ R. St.J. Macdonald, "Interim Measures in International Law, with Special Reference to the European System for the Protection of Human Rights", 1992, ZaöRV, erişim, 10/11/2019, https://www.zaoerv.de/52_1992/52_1992_3_4_a_703_740.pdf

mekanizması kurmaktı.³¹ Ancak Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden sonra temel hak ve özgürlüklerin etkili bir şekilde korunabilmesi için geçici tedbir kurumuna ihtiyaç duyulmuştur. Nitekim 11. Protokol öncesi dönemde, Komisyon, başvuru hakkında karar verilinceye kadar geçici önlemlerin uygulanmasını taraf devletlerden talep etmiştir.³² Komisyon, bu uygulamayı özellikle geri gönderme ve sınır dışı davalarında çok erken bir tarihte kabul etmiştir.³³

1960 yılında vuku bulan bir olayda Belçika'dan Doğu Avrupa ülkelerinden birisine sınır dışı edilmesine karar verilen başvurucunun sınır dışı edilmesi hâlinde Sözleşmenin 3. maddesinde korunan işkence yasağının ihlal edileceği iddiası ile yapılan bireysel başvuru üzerine Komisyon, ilgili hükümete geçici bir tedbir olarak sınır dışı işlemlerinin durdurulması bildiriminde bulunmuştur. Komisyona göre Sözleşme, yabancılara vatandaş olmadıkları ülkede kalmaları ya da iltica etmeleri yönünde bir hak tanımamış ise de taraf Devletlere bireylerin başka bir ülkede maruz kalabilecekleri insan hakkı ihlallerini önleme sorumluluğu yüklemektedir.³⁴ Nitekim Sözleşme'nin birinci maddesine göre Sözleşmeye taraf Devletlerin yetkili oldukları alan içinde bulunan herkesin Sözleşmede güvence altına alınan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlama anlamında insan haklarına saygı yükümlükleri bulunmaktadır.

Bu vaka, herhangi bir normatif düzenlemenin mevcut olmadığı dönemde geçici tedbir kurumunun ilk kez sınır dışı işlemleri sırasında ve Sözleşme'nin 2. ve 3. maddeleri kapsamında yapılan şikâyetlerde gündeme geldiğini göstermesi bakımından önemlidir. Bu dönemde Komisyon tarafından taraf Devletlere yapılan geçici tedbir bildirimlerine genel olarak Devletlerin uyum gösterdiği ve buna bağlı olarak bağlayıcılık meselesi

³¹ E. Göztepe, 2017, s.36.

³² AİHM, *Mamatkulov ve Askarov/ Türkiye*, B.No: 46827-99, 4/2/2005, § 106.

³³ Y. Haeck, C.B.Herrera, "Interim Measures in the Case Law of the European Court of Human Rights", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol.21, No.4, 2003, s.663. Aktaran M.S. Gemalmaz, 2007, C.I., s.36.

³⁴ AİHM, B.No:858/60/Belçika, Aktaran: E. Göztepe, 2017, s.40.

hakkında bir tartışma yaşanmadığı düşünülebilir.³⁵ Buna rağmen Komisyon, fiili olarak uyguladığı geçici tedbir kurumuna İçtüzüğünde bir değişiklik yapmak suretiyle normatif dayanak kazandırmıştır. Buna göre Komisyon Usul Kurallarında (İçtüzükte) 13/12/1974 tarihinde yapılan değişiklik ile “*Kural 36*” başlığı altında geçici tedbir kurumu ihdas edilmiş ve aşağıdaki şekilde hükme bağlanmıştır:³⁶

“Kural 36

Komisyon ya da Komisyon toplanma halinde olmadığı zaman Başkan, tarafların menfaatleri yahut önünde bulunan (görmekte olduğu) vakada yargılamanın düzgün (gerektiği) biçimde yürütülmesi bakımlarından alınması arzuya şayan gördüğü herhangi bir geçici önlemi taraflara gösterebilir.”³⁷

Bu hükümden de anlaşılacağı üzere geçici tedbir uygulanabilecek haklar yönünden herhangi bir daraltmaya gidilmemiş ve geçi tedbir kararları “taraflar” teriminin kullanılması sonucu hem taraf devleti hem de başvurucuyu muhatap almıştır. Bu düzenlemenin, AİHM uygulamasında geçici tedbirin kurumsallaşması sürecinde bir temel teşkil ettiğini söylemek hatalı olmayacaktır. Nitekim Mahkemenin yapısında ve denetim usulünde değişiklik öngören 11. Protokolden sonra revize edilen Mahkeme İçtüzüğünde geçici tedbir kurumu anılan hükme sadık kalınarak düzenlenmiştir.

³⁵ Benzer yönde bir görüş için bkz. M.S. Gemalmaz, 2007, C.I.,s.12.

³⁶ Kural 36’da yer alan hükmün ilham kaynağının Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 41. maddesindeki tedbir düzenlemesi olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim 41. maddede Uluslararası Adalet Divanının durumun gerektirdiğine hükmettiği takdirde, tarafların haklarını güvence altına almak için hangi geçici tedbirlerin alınması gerektiğini belirtme yetkisine sahip olduğu ifade edilmiştir. (Orijinal metinden Türkçe tercüme için bkz. E. Göztepe, 2017, s.12.)

³⁷ Komisyonun Usul Kurallarının Türkçe çevirisi için bkz. M. S. Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri-Bölgesel Sistemler**, Alkım Yayınları, 1999, s.118-149; M.S. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri**, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s.254-286.

2.1.2. 11. Protokol Sonrası Normatif Dayanak

11. Protokolün yürürlüğe girmesiyle birlikte, hak ihlali iddialarının gereğince incelenebilmesini ve verilecek kararların etkili sonuç doğurabilmesini sağlamak amacıyla AİHM İçtüzüğü'nün 39. maddesinde tedbir kurumu ihdas edilmiştir.³⁸ Böylelikle geçici tedbir uygulamasının yasal dayanağını AİHM İçtüzüğü'nün 39. maddesi oluşturmuştur.³⁹ Bu maddeye göre AİHM, “ *tarafların yararı veya önündeki yargılamanın uygun bir şekilde görülebilmesi için alınmasını gerekli gördüğü geçici tedbirleri taraflara bildirebilir*”(Rule 39 ing.).⁴⁰ Bu düzenlemede de ilk dikkat çekici husus kuşkusuz madde metninin, geçici tedbir uygulanabilecek haklar noktasında sınırlayıcı veya daraltıcı bir ifadeye yer vermediğidir. Dolayısıyla, bu alandaki uygulamanın somut olayın gereklerine göre içtihatlarla şekillendiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim İçtüzük düzenlemesine göre “ *tarafların yararı*” veya “ *yargılamanın uygun şekilde yürütülmesi*” için gerekli görülen tedbirlerin alınabileceği belirtilmekle yetinilmiş; tedbir kararı alınması mümkün olan hakların hangileri oldukları konusunda tüketici usulde bir ifadeye yer verilmemiştir. “ *Tarafların yararı*” veya “ *yargılamanın uygun bir şekilde yürütülmesi için gereklilik*” kavramlarına AİHM tarafından yüklenilen anlam ise aşağıda içtihatlar ışığında ortaya çıkarılmıştır.

³⁸ E. Göztepe, 2017,. s.36.

³⁹ AİHM İçtüzüğü için bkz. https://www.echr1.coe.int/Documents/Rules_Court_TUR.pdf, erişim 4/11/2019.

⁴⁰ AİHM İçtüzüğü'nün 39. maddesi şu şekildedir: “1. Daire veya gerektiği takdirde, Bölüm Başkanı veya bu maddenin 4. fıkrası uyarınca atanan nöbetçi bir yargıç, taraflardan birinin ya da ilgili herhangi bir kişinin talebi üzerine veya resen, tarafların yararı veya önlerindeki yargılamanın uygun şekilde yürütülmesi için alınması gerektiğini düşündükleri geçici tedbirleri taraflara bildirebilir. 2. Uygun olduğu düşünülen durumlarda, belirli bir davada alınan tedbire ilişkin bildirim Bakanlar Komitesi'ne verilebilir. 3. Daire, ya da gerektiği takdirde, Bölüm Başkanı veya bu maddenin 4. fıkrası uyarınca atanan nöbetçi bir yargıç, bildirdikleri geçici bir tedbirin uygulanmasıyla bağlantılı bir konu hakkında taraflardan bilgi talebinde bulunabilir. 4. Mahkeme Başkanı, geçici tedbir talepleri konusunda karar vermek üzere Bölüm Başkan Yardımcılarını nöbetçi yargıçlar olarak atayabilir.”

3. GEÇİCİ TEDBİR KARARI ALINMASININ KOŞULLARI

3.1. Usule İlişkin Koşullar

3.1.1. Talep Yetkisi

Uluslararası ve bölgesel insan hakları yargısında geçici tedbir talebinde bulunma yetkisi kural olarak hak ihlali iddiasında bulunan bireylere/mağdurlara aittir. Ancak sadece hak ihlali iddiasında bulunan mağdurlara değil, aynı zamanda uyuşmazlığı çözmekle yetkili yargı makamlarına da resen (*proprio motu*) tedbir kararı verebilme yetkisi tanıyan normlar bulunmaktadır.⁴¹

AİHS sistemindeki normatif düzenlemeye bakıldığında davanın taraflarına (aleyhine başvuruda bulunulan devlet ile bireysel başvuruda bulunanlar), ilgili üçüncü kişilere ya da AİHM'e resen (*proprio motu*) geçici tedbir talebinde bulunma yetkisi verildiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte AİHM'in *proprio motu* geçici tedbir uygulama yetkisinin istisnai olarak kullanıldığı söylenebilir. Nitekim uygulamada AİHM tarafından resen ya da ilgili üçüncü kişilerin talebiyle alınan geçici tedbir kararlarına nadiren rastlanılmaktadır.⁴² Genel olarak davanın taraflarınca tedbir talebinde bulunulduğunu söylemek mümkündür. Ayrıca devletlerarası bir başvuruda, aleyhine başvuruda bulunulan devletin yargı yetkisi altındaki bireyleri korumak amacıyla başvuru devletin geçici tedbir talebinde bulunabileceğinde kuşku bulunmamaktadır.

Normda yer alan “*ilgili kişi*” ibaresinin muğlak bir ibare olması nedeniyle ilgili kişilerin kimlerden oluştuğu noktasında bir açıklık bulunduğu söylenemez. Doktrindeki bir görüşe göre “*ilgili kişi*” ifadesini sıkı bir kişisel menfaat şartının gerekli olduğu şeklinde algılamamak gereklidir. “*Nitekim uluslararası insan hakları hukukunda dava açma şartı olarak “zarar görme” koşulu aranmamakta, sadece “etkilenmiş olma” koşulu*

⁴¹ Bkz. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 63/2 maddesi; AİHM İçtüzüğü madde 39.

⁴² AİHM tarafından resen geçici tedbir uygulanan bir vaka için bkz. *Danimarka, Norveç, İsveç/Yunanistan* (2), B.No:4448/70, 26/5/1970)

yeterli olmaktadır.”⁴³ Ayrıca “ilgili kişi” ifadesi gerçek kişileri kapsadığı gibi tüzel kişileri de kapsamaktadır.⁴⁴ Doktrinde “kişi” teriminin, tüzel kişileri ve sivil toplum kuruluşlarını kapsadığının kabul edilmesi gerektiği yönünde bir görüşün temelinde geçici tedbir kurumunun amacının tedbir talebinde bulunabilecek kişilere yönelik bir sınırlama gayesi taşımadığı fikri yatmaktadır. Zira insan hakları alanında faaliyet gösteren bir kuruluşun AİHM önünde görülmekte olan bir dava için temel hakların onarılmaz derecede zarar görme tehlikesinin bulunduğundan bahisle geçici tedbir talep edebileceklerinin evleviyetle kabul edilmesi gereklidir.⁴⁵ Nitekim sivil toplum kuruluşlarının (hükümet dışı örgütlerin) insan hakları alanında önemi giderek artan kuruluşlar haline geldikleri savunulmaktadır.⁴⁶ Kanaatimizce de AİHM önünde görülmekte olan bir dava için sivil toplum kuruluşlarının müdahil olmalarının ve geçici tedbir talep etmelerinin önünde herhangi bir normatif veya teorik engel bulunmamaktadır.

3.1.2. Geçici Tedbir Kararlarının Muhatabı

Uluslararası insan hakları yargısında geçici tedbir kararlarının muhatabı kural olarak aleyhine tedbir talebinde bulunulan devlettir. Bununla birlikte bazı durumlarda “başvuru anındaki statükonun korunması” gerekliliği ya da bizzat bireyin/mağdurun eylemlerinin davanın etkili sonuç doğurmasını engellediği hallerde bireylere/mağdura yönelik tedbir uygulamalarına rastlanılmaktadır.⁴⁷

AİHS kapsamında geçici tedbir talebi kural olarak Sözleşmeciler taraf devletler aleyhine ileri sürülebilir. Başka bir ifadeyle geçici tedbirden faydalananlar başvuru

⁴³ H.S.Gemalmaz, 2004, s.109.

⁴⁴ Tüzel kişi niteliğini haiz Avrupa Konseyi genel sekreterinin geçici tedbir talebinde bulunduğu bir karar için bkz. *Danimarka, Norveç, İsviçre ve Hollanda/Yunanistan*, B.No:3321/67, 3322/67, 3323/67, 24/1/1968.

⁴⁵ Bu yönde görüş için bkz. H.S. Gemalmaz, s.111.

⁴⁶ M.S. Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Beta Yayınları, 4. Baskı, 2003, İstanbul, s.728.

⁴⁷ E. Göztepe, 2017, s.28.

ya da hak ihlali iddiasını ileri süren mağdurlardır. Geçici tedbir kararının muhatabı ise kural olarak aleyhine başvuruda bulunulan devlet olacaktır. Ancak *Ilaşcu ve Diğerleri ve Moldova ve Rusya*⁴⁸ kararında görüleceği üzere AİHM, başvurunun bizzat aleyhine geçici tedbir kararı vermiştir. Nitekim söz konusu davada, açlık grevinde bulunan bir başvurunun, dava konusu yaptığı uyuşmazlık hakkında nihai karar verilinceye kadar açlık grevine son vermesi yönünde geçici tedbir kararına hükmedilmiştir. Yukarıda da açıklandığı gibi, genel olarak davanın tarafları ve dava konusu olayla ‘ilgisini kanıtlayan’⁴⁹ herhangi bir gerçek veya tüzel üçüncü kişi tarafından geçici tedbir talep edilmekte ise de bahsi geçen kararda Mahkeme, geçici tedbir kurumunu resen uygulamıştır.

3.1.3. Kabul Edilebilirlik İncelemesi

Geçici tedbir talebiyle yapılan bir başvurunun tedbire ilişkin değerlendirme yapılmadan önce kabul edilebilirlik yönünden incelenmediği söylenebilir; nitekim geçici tedbir kararı verilen başvuruların daha sonra kabul edilemez bulundukları bir vakadır.⁵⁰ Bununla birlikte geçici tedbir talebi hakkında bir değerlendirme yapmadan önce başvurunun kabul edilebilir olup olmadığı yönünden incelenmesinin gerekliliği hususu tartışmalı bir meseledir. Zira potansiyel ihlal kararının etkisiz kalmaması amacıyla geçici süreliğine tedbire başvurulduğu göz önüne alındığında, ilk incelemede kabul edilemez nitelikte olduğu değerlendirilen bir başvuru yönünden tedbir kararına başvurulması da teoride mümkün olmamalıdır. Ancak eldeki bilgi ve belgelerden başvurunun “ilk bakışta” kabul edilebilirliği hususunda herhangi bir değerlendirmede bulunulmadığı takdirde başvuru hakkında kabul edilebilirlik yönünden bir yargıya varmaksızın doğrudan tedbir

⁴⁸ AİHM, *Ilaşcu ve Diğerleri ve Moldova ve Rusya*, [BD], B.No:48787-99, 8/6/ 2014.

⁴⁹ E.Göztepe, 2017, s.53.

⁵⁰ E.Göztepe, 2017, s.55.

talebini incelemek gerekir. Bu anlamda AİHM İktüzüğünün 47. maddesi bağlamında bir şekil incelemesi ve daha sonrasında kabul edilebilirlik hiyerarşisine göre başvurunun kabul edilebilir olup olmadığına yönelik bir inceleme yapılmalı mıdır? Bu sorunun cevabı için AİHM'in *M.S.S./Belçika ve Yunanistan* kararına⁵¹ bakılabilir. Karara göre; özellikle sınır dışı dosyalarında, tedbir talebinin, başvurunun sınır dışı edilmek üzere yapıldığı başvurularda, davanın derinlemesine çözülmesini sağlayacak bütün bilgi ve belgeye sahip olunmasının gerekmediğini; dolayısıyla tedbir incelemesi aşamasında bir dosyanın kabul edilebilirlik açısından incelenmeye elverişli olamayacağını kabul etmiştir.⁵² Bu anlamda kabul edilebilirlik denetimi yapılmadan verilen geçici tedbir kararı, esasa ilişkin herhangi bir ön karar niteliği de taşımamaktadır.⁵³ Geçici tedbir kararının verilmiş olması da, temel başvurunun başarılı olacağına, yani ihlal kararı verileceğine karine teşkil etmemektedir. AİHM, temel başvuruya ilişkin tüm bilgi ve belgelere eriştikten, hatta gerekli görürse duruşma açarak tarafların tüm iddia ve savunmalarını aldıktan sonra, uyuşmazlık hakkındaki esas değerlendirmesini yapacak ve uyuşmazlık konusu olayda ihlalin mevcut olup olmadığı yönündeki kararını da buna göre açıklayacaktır.⁵⁴ Bununla birlikte, çok sayıda tedbir talepli başvuruyla karşı karşıya kalan AİHM, tedbir taleplerine etkili bir şekilde cevap verebilmek için bir dizi önlem almayı gerekli görmüştür. Bu konuda ilk adım, formaliteye daha fazla önem vererek eksik belgeli başvuruların reddedilmesi ve sınır dışı işleminden en az bir gün önce AİHM'e ulaşmamış olan taleplerin incelenmemesi yönünde atılmıştır. Buna göre, derhal sınır dışı edilme tehlikesiyle karşı karşıya olan başvuru sahiplerinin bu konuyla ilgili resmi kararı beklemeksizin başvuru yapmaları veya sınır

⁵¹ *M.S.S./Belçika ve Yunanistan* [BD],(B.No: 30696/09, 21/1/2011).

⁵² bkz: *M.S.S./ Belçika ve Yunanistan*, § 355.

⁵³ E. Göztepe, 2017, s. 56.

⁵⁴ McCormick, 2010, s. 319.

dışı kararının hangi tarihte uygulanacağını başvuru dilekçelerinde açıkça belirtmeleri gerekmektedir.⁵⁵

3.1.4. Geçici Tedbir Talebinde Bulunma Usulü

AİHM uygulamasında geçici tedbir talepleri AİHM'e faks yoluyla "acil tedbir talepli" olduğuna ilişkin bir ibareye yer verilmesi suretiyle iletilebilmektedir. Dolayısıyla tedbir talebinin, bireysel başvuru anında veya bireysel başvuruya bağlı olarak yapılması yönünde bir zorunluluk bulunmadığı söylenebilir. Ancak bu durum genel bir uygulama olmayıp özellikle sınır dışı başvurularında gözlemlenmektedir.

Geçici tedbir uygulamasının normatif sınırlarını belirleyen AİHM İçtüzüğü'nün 39. maddesinde uygulamanın usul boyutuyla alakalı detaylı bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte, tarafların yararı veya AİHM'in önündeki yargılamanın uygun bir şekilde görülebilmesi amacıyla geçici tedbir kurumuna başvurulduğu ve esas hedefin esasa ilişkin kararın etkililiğini korumak olduğu hususları dikkate alınmalıdır. Buna göre tedbir kararlarının, asıl başvurudan bağımsız olamadıkları, dolayısıyla tedbir taleplerinin asıl başvurulardan ayrı bir şekilde yapıldığı durumlarda asıl başvuruların da AİHM'e belirli bir süre içerisinde iletilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

3.1.4.1. Tedbir Birimi

AİHM artan tedbir talepli başvuruları karşılayabilmek amacıyla 5 Eylül 2011 tarihinden itibaren yeni bir birim kurarak geçici tedbir incelemelerini merkezileştirmiş ve birimin etkin çalışabilmesi için uygulamada dikkat edilmesi gereken hususlarla ilgili

⁵⁵ H. Mutaş 'Avrupa İnsan Hakları Uygulamasında İhtiyati Tedbir', Haşim Kılıç'a Armağan, Seçkin Yayınları, 2015, C. I, s.1112.

açıklamalar içeren bir dizi Başkanlık talimatı yayınlamıştır.⁵⁶ Bu talimatlarda özellikle AİHM'in bir dördüncü derece mahkemesi olarak çalışmasının mümkün olmadığı ve geçici tedbir gerektiren konularla ilgili olarak yürütmeyi durdurucu etkiye sahip iç hukuk yollarının mevcut olması gerektiğine dair taraf devletlere çağrıda bulunmaktadır.⁵⁷

Tedbir Birimin temel görevleri şu şekilde özetlenebilir:

- Geçici tedbir uygulanması için AİHM tarafından alınan tüm taleplerin işlenmesini koordine etmek; taleplerin AİHM içtihadıyla merkezi ve tutarlı bir şekilde ele alınmasını sağlamak,
- Taslak kararlarını (kontrol listeleri ve diğerleri) görevli hâkimlere göndermek,
- Geçici tedbir taleplerini işleme prosedürünün yönetilmesi; prosedürün uygulanmasını sağlamak için gereken belge ve araçların oluşturulması ve güncelleme (uygulama yönü, avukatlar ve asistanların yönergeleri, İnternet ve Intranet siteleri, vb.).

Tedbir talebi faks ya da posta yoluyla AİHM'e ulaştığında ilk olarak Filtraj biriminde görevli ve nöbet usulüne göre görev yapan hukukçular tarafından başvurular hakkında ulaşılabilen tüm bilgi ve belgeler ve talebe ilişkin gerekçeli karar önerilerini içeren bir standart form *-check-list* (ing.) (kontrol listesi)- hazırlanarak tedbir birimine iletilmektedir. Tedbir birimi tarafından listenin maddi hukuk yönünden kontrol edilmesini müteakip liste ilgili Raportör sıfatıyla ulusal yargıca ve ardından Bölüm Başkan Yardımcılarına gönderilmektedir. Mahkeme Başkanı tarafından tedbir taleplerini değerlendirmek üzere görevlendirilen üç Bölümün Başkan Yardımcısından oluşan karar merkezi ise talep hakkında son kararı vermektedir.

⁵⁶ H. Mutaf, 2015, s.1112.

⁵⁷ Practice Direction- Requests for Interim Measures; http://www.echr.coe.int/Documents/PD_Interim_measures_TUR.pdf, erişim, 18/11/2019.

Başvuru anında ispat mükellefiyeti başvuru üzerinde olduğu için, talebi destekleyici bütün bilgi ve belgeler AİHM'e sunulmalıdır. AİHM, kural olarak geçici tedbir kararını, davalı devletten savunma almaksızın, kendisine sunulan dosya üzerinden ve başvuru kişinin geri gönderileceği ülkedeki riskleri gösteren uluslararası raporlardan faydalanmak suretiyle vermektedir. AİHM'in bu konudaki bilgi kaynaklarından birinin “*Court Insite*” web portalında yer alan ve AİHM'in tedbir konusundaki önemli içtihatları (*case-law*) ile tedbir inceleme prosedürü gibi tedbire ilişkin temel bilgilerin yer aldığı tedbir birimine ait özel web sitesi olduğu söylenebilir. Nitekim söz konusu site üzerinde bulunan “*Rule 39 Blog*” isimli alanda AİHM tedbir içtihatlarındaki son duruma ilişkin çalışma raporlarına ve problemli ülkelerdeki (örneğin Afganistan, İran, Irak vb...) son gelişmeler hakkında bağımsız insan hakları örgütlerince yayınlanan raporlara ilişkin linklere ulaşmak mümkündür.

AİHM tarafından alınan geçici tedbir talepli başvurular iki kategori altında değerlendirilmektedir: bariz kapsam dışı olduğu belli olan talepler (*out of scope*) ve incelenebilir (*check-list* hazırlanan) talepler. Kapsam dışı olarak nitelenen talepler hakkında standart bir mektup hazırlanarak Filtraj biriminde görevli hukukçu tarafından (*non-judicial rapporteur*) imzalanıp başvurucuya gönderilebilmektedir. Örneğin Türkiye’de 15 Temmuz 2016’da vuku bulan kalkışma nedeniyle başlatılan soruşturmalar kapsamında tutuklananlar tarafından çok sayıda kapsam dışı niteliğini haiz tedbir talepli başvuru AİHM önüne taşınmış; bu başvurular hakkında AİHM Yazı İşleri Birimince hazırlanan standart kapsam dışı (*out of scope*) mektubu başvuru kişilere gönderilmiştir.

AİHM “*check-list*” kapsamına aldığı talepleri askıda tutarak, gerekli gördüğü durumlarda belirli bir süre içerisinde kendisine cevap verilmesi şartıyla taraf devletlerden bilgi veya belge talep edebilmekte ve gelen cevaba göre- ya da cevap verilmemiş olmasına göre- tedbir talebi hakkında değerlendirme yapmaktadır. Diğer opsiyonlar ise liste kapsamına alınan talepler hakkında talebin reddedilmesi, talebin reddedilmesiyle

birlikte başvurunun da kabul edilemez bulunması, tedbir talebi reddedilmiş olsa da başvurudaki diğer şikâyetler açısından başvurunun taraf devlete bildirilmesi (communicate) veya tedbir talebi kabul edilerek başvurunun taraf devlete bildirilmesi olarak sıralanabilir.

Son olarak, tedbir biriminin çalışma usulünde özellikle uzmanlaşma metodundan yararlanıldığını söylemek gerekir. Zira bu birimde görevli hukukçular göçmen hukuku-sınır dışı- dosyaları üzerinde uzmanlaşmış ve tutuklu/hükümlülerin sağlık koşullarına ilişkin şikâyetler konusunda uzmanlaşmış hukukçulardan oluşmaktadır.

3.1.5. Geçici Tedbir Kararının Süresi

AİHM uygulamasında tedbir kararının geçerliliğine ilişkin olarak belirli bir süre kısıtlaması öngörülmemiş olup somut başvurunun koşullarına göre geçerlilik süresi değişmektedir. AİHM geçici tedbir kararlarını genellikle açık uçlu bir zaman dilimi için vermekte ise de bazı başvurularda belirli bir zaman öngörüldüğü; örneğin “başka bir karar verilinceye kadar” tedbir kararının geçerli olacağına hükmedildiği görülmektedir.⁵⁸ Daha önce de belirtildiği üzere, geçici tedbir kurumunun ihdas edilmesindeki temel amacın esas hakkında bir karar verilinceye kadar hukuki ve fiili koruma sağlamak olduğu göz önüne alınırsa, normal koşullarda, esas dava sonuçlanıncaya kadar geçici tedbir kararının geçerliliğini koruması gerektiği anlaşılabacaktır. Nitekim aksi belirtilmediği sürece geçici tedbirler, başvurunun kayıttan silinmesi veya başvurunun kabul edilemez bulunduğu tespit edilmesi veya başvurunun esas hakkında bir karar verilmesi süresince geçerliliğini koruyacaktır.⁵⁹ Başka bir ifadeyle, geçici tedbir kararı doğası gereği risklerin devam etmesine dayandığı için, risk durumu devam ettiği müddetçe uygulamada kalmalıdır. Söz

⁵⁸ Elana-ECRE (2012), *Research on ECHR Rule 39 Interim Measures*, s. 52.

⁵⁹ McCormick, 2010, s. 320.

konusu risk artık ortadan kalktıysa, geçici tedbir kararı da uygulanma kabiliyetini kaybedecektir (örneğin; geçici oturma izni verilmesi, Sözleşmecî devlet tarafından atılan adımlar, davalı ülkedeki koşulların değişmesi vs.).⁶⁰

AİHM geçici tedbir kararlarını belirli aralıklara gözden geçirerek tedbir kararı verilen ilk durumdaki koşulların mevcudiyetinin devam edip etmediğini inceleyebilir. Ayrıca AİHM, aleyhine tedbire karar verilen devlet tarafından sonradan sunulan bazı bilgi ve belgeleri birlikte değerlendirerek tedbir kararını geri çekebilmektedir.⁶¹

3.2. Esasa İlişkin Koşullar

Uluslararası insan hakları yargısında geçici tedbir kararı almaya yetkili yargı makamının bu kararı alabilmesi için görülmekte olan davanın niteliğine ilişkin olarak, diğer bir ifadeyle esasa ilişkin olarak aradığı temel koşul dava konusunun olağanüstü ve yakın bir tehlike arz etmesi gerekliliğidir.

Geçici tedbirin düzenlendiği AİHM İktüzüğünün 39. maddesine göre görülmekte olan davanın niteliği bakımından geçici tedbire karar verebilmesinin koşulu olarak “*davanın düzgün/gereği gibi yürütülmesinin gerektirmesi*” unsuru aranmaktadır. Davanın düzgün ve gereği gibi yürütülmesi gerekliliğine atfedilen anlam ise ciddi ve yakın bir tehlike riskinin bulunması olarak içtihadı bağlanmıştır.⁶² Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 63. maddesinin (2) numaralı fıkrası ve Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi Usul Kurallarının 25. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre de geçici bir tedbire karar verilebilmesi için görülmekte olan dava konusunun “*ciddi ve acil*” nitelikte olması gerekir. Bu düzenlemeye benzer bir şekilde Afrika İnsan ve Halkların Hakları

⁶⁰ E.Göztepe, 2017. s.57.

⁶¹ AİHM, *Paladi/Moldova*, (B.No:39806/05, 10/3/2009, § 90).

⁶² AHİM Tematik Bilgi Notu: Geçici Tedbirler, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı Resmi Çevirisi, 2015, erişim, 9/11/2019, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Interim_measures_TUR.pdf

Mahkemesi uygulamasında da davanın niteliğine ilişkin olarak aranan geçici tedbir koşulu dava konusunun “*ciddi ve acil*” nitelik taşıması gerekliliğidir.⁶³ Birleşmiş Milletler sisteminde Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile kurulan İnsan Hakları Komitesinin Usul Kurallarının 92. maddesinde ise davanın niteliğine ilişkin bir geçici tedbir koşuluna yer verilmediği anlaşılmaktadır.⁶⁴ Hangi durumlarda olağanüstü ve yakın bir tehlikenin mevcut olduğu vaka temelinde her somut vakanın özelliklerine göre değişecektir. Bu noktada geçici tedbir kararı almaya yetkili makamın önündeki uyumsuzluğu nasıl nitelendireceği ve etkili bir hukuki koruma sağlamak için tedbire başvurulmasının gerekli olup olmadığı hususunda-insan haklarını koruma standartları bağlamında- nasıl bir değerlendirme yapacağı önemli olacaktır.

AİHS sisteminde AİHM geçici tedbir talebi ile yapılan başvurularda iki aşamalı bir test uygulayarak geçici tedbirin gerekli olup olmadığına karar vermektedir. Bu teste göre ilk önce tedbir talepli bir başvuruda temel hakların ihlal edildiğine ilişkin “temellendirilmiş bir iddia” bulunmalıdır. İkinci olarak ise tedbir konusu eylem veya işlemin yakın ve telafisi imkânsız nitelikte kaçınılmaz bir hasara (onarılamaz bir zarara) yol açma riskinin mevcut olması gerekmektedir.

Bu kısımda esasa ilişkin bir koşul olarak yakın ve onarılamaz hasar risk koşulu kavramının içeriğine ilişkin nüveler değerlendirilmiştir.

⁶³ Orijinal metinlerdeki ifadelerin Türkçe tercümeleri için H.B. Gemalmaz, 2004, s.104.

⁶⁴ İnsan Hakları Komitesinin Usul Kuralları madde 92 hükmü şöyledir: “*Komite, başvuruya ilişkin görüşlerini ilgili Taraf Devlete göndermeden önce, ileri sürülen ihlal mağdurunun telafisi imkânsız zarara maruz kalmasını engellemek üzere geçici önlemlerin alınmasını arzuya şayan olduğuna dair görüşleri hakkında bu Devleti bilgilendirebilir. Bunu yaparken Komite, geçici önlemler hakkındaki görüşlerine dair bu tür bir ifadenin, başvurunun esasına ilişkin bir belirleme anlamına gelmediği konusunda ilgili Taraf Devleti bilgilendirecektir.*” Hükmün orijinal hâli ve Türkçe tercümesi için bkz. M. S. Gemalmaz, C. III, 2007, s. 494.

3.2.1. Yakın ve Onarılamaz Hasar (Zarar) Riski

Geçici tedbir kurumunun temel özelliği, alınması gerekli görülen önlemin acil niteliğidir. Bahsedilen acil durum, geri dönüşü olmayan, onarılamaz zararlardan kaçınmaya ve tehlike altında bulunan hakların korunmasına yöneliktir.⁶⁵ Temel hakların tehlikede olduğu durumlarda bireyin/kişinin temel haklarının telafi edilemez bir zarara uğrama ihtimalinin bulunmasına ilişkin koşul, geçici tedbir kurumunun uygulandığı hemen hemen tüm uluslararası insan hakları yargı mekanizmalarınca davanın tarafına ilişkin olarak aranan bir koşuldur.⁶⁶ Zira daha önce de ifade edildiği üzere, geçici tedbir kurumunun uluslararası insan hakları muhakeme hukukunda ihdas edilmiş olmasının temel amacı davanın esasına ilişkin bir karar verilinceye kadar geçen sürede kişinin temel haklarının zarar görmesini engellemektir.

Bu noktada AİHM İçtüzüğü'nün 39. maddesinde taraflara ilişkin geçici tedbir koşulu olarak diğer uluslararası insan hakları yargı mekanizmalarınca ihdas edilen normlara kıyasla daha farklı bir düzenlemenin yer aldığına dikkat çekmek gerekir. Buna göre, anılan maddede davanın taraflarına ilişkin olarak “*tarafların menfaatleri*” kriterine yer verildiği görülmektedir. Burada terminolojik anlamda bilinçli bir terim tercihi olduğu kanaatindeyiz. Zira insan haklarının ihlal edildiği iddiası ile farklı ülkelerden gelen başvuruları incelemekle görevli olan AİHM, insan haklarını koruma standartlarını ortak bir paydada birleştirebilmek ve geçici tedbir uygulamasının kapsamını geniş tutabilmek için yoruma müsait kavramları kullanmayı ve vaka temelinde içtihat üzerinden bu kavramları tanımlamayı tercih etmelidir. Bununla birlikte AİHM, geçici tedbire karar

⁶⁵ N. Vajic, “**Interim Measures and Mamatkulov Judgement of The ECtHR**” The Right to Life under Article 2 of the European Convention on Human Rights, Twenty Years of Legal Developments since McCann v. The United Kingdom, In honor of Michael O’Boyle, Wolf Legal Publishers, 01 edition, 2016.

⁶⁶ H. Gemalmaz, 2004, s.106.

verdiği vakalarda başvuruçulara ilişkin olarak “*onarılmaz hasar riskinin mevcut olması*” koşulunu aradığını içtihadı bağlamıştır.⁶⁷

Mahkeme İçtüzüğü’nün 39. maddesi oldukça geniş uygulama alanına imkân tanıyacak bir üslupla kaleme alınmış olmasına rağmen, uygulamada geçici tedbir kurumu sınırlı alanlarda ve bilhassa onarılmaz hasar riskinin mevcut olduğu vakalarda devreye girmektedir. Bu durum, *Al-Saadom ve Mufdhi/ Birleşik Krallık* kararında⁶⁸ şu şekilde ifade edilmiştir:

*“Geçici tedbirler sadece sınırlı alanlarda belirtilmiştir. Geçici tedbirler için bir dizi talep almasına karşın, Mahkeme, pratikte, geçici tedbir kurumunu yalnızca, telafi edilemez zarar riski mevcut olduğunda uygular.”*⁶⁹

AİHM, *Mamatkulov ve Abdurasulovic/Türkiye* kararında İçtüzüğü’nün 39. maddesi kapsamında verilen geçici tedbirlerin, başvuruçunun yaşamının ya da vücut bütünlüğünün “*yakın bir tehlike*” altında bulunduğu vakalarda söz konusu olacağını belirterek “*yakın bir tehlike*” kriterini de geçici tedbir koşullarından biri olarak belirlemiştir.

3.2.1.1. Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı Kapsamında Yakın ve Onarılmaz Hasar Riski

Onarılmaz hasar durumu genellikle işkence yasağının veya yaşam hakkının tehlikede olduğu durumlarla bağlantılı olarak gündeme gelmektedir. AİHM, Sözleşmenin yaşam hakkı ve işkence yasağını düzenleyen 2. ve 3. maddeleri⁷⁰ yönünden geçici tedbir

⁶⁷ AİHM, *Mamatkulov ve Abdurasulovic/Türkiye*, (B.No:46827/99 ve 46951/99, 6/2/2003, § 55).

⁶⁸ AİHM *Al-Saadom ve Mufdhi/ Birleşik Krallık* (B.No:61498/08, 4/10/2010)

⁶⁹ AİHM, *Al- Saadom and Mufdhi/Birleşik Krallık* (§ 160).

⁷⁰ Sözleşmenin Yaşam Hakkı kenar başlıklı 2. maddesi şöyledir: “*Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz: a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması; b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme; c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak*

talebiyle yapılan başvurular hakkında yerleşik bir içtihadı sahiptir. Özellikle sınır dışı ya da iade kararlarının icrası halinde gerçekleştirilecek hak ihlalleri⁷¹, ölüm cezasının infazının muhtemel olması, geri gönderme merkezlerinin kötü koşulları⁷² bu kategoride sınıflandırılabilir.

Ceza infaz kurumlarının standartlarının yetersiz olması, ceza infaz kurumunda tıbbi yardıma erişimin mümkün olmaması durumları tedbire konu olabilen diğer vakalardır.⁷³

Her ne kadar onarılamaz hasar riski sıklıkla yaşam hakkı veya işkence yasağı kapsamında gündeme gelmekte ise de AİHM'in başka hakları korumak amacıyla onarılamaz hasar riskini göz önünde bulundurarak tedbir kararı almasının önünde normatif bir engel yoktur. Başka haklar bakımından da ağır ve yakın bir tehlike varsa ve daha sonra verilecek olan AİHM kararını etkisiz kılacak denli büyük, telafisi olanaksız bir zarar tehdidi varsa, tedbir kararı alınması mümkündür.⁷⁴ Aşağıda adil yargılanma ve özel ve aile hayatına saygı kapsamında onarılamaz hasar riski yönünden incelenen vakalara yer verilmiştir.

3.2.1.2. Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Yakın ve Onarılamaz Hasar Riski

AİHM; Sözleşmenin 6. maddesi kapsamında geçici tedbir uygulamasının mümkün olmadığı yönündeki içtihadını *Öcalan/Türkiye* (B.No:46221/99, 12/5/2005)

bastırılması.” Sözleşmenin işkence Yasağı kenar başlıklı 3. maddesi ise şöyledir: Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.

⁷¹ Birçok karar arasından bkz. *Cruz Varas, Soering/Birleşik Krallık* (B.No:14038/88, 7/7/1989); *Nsona/Hollanda*, B.No:63/1995, 28/11/1996; *Salem/Portekiz*, B.No:26844/04, 9/5/2006.

⁷² *N./Birleşik Krallık*, (B.No:26565/05, 27/5/2008).

⁷³ *Salakhov ve Islyamova/Ukrayna*, (B.No:28005/08, 14/3/2013).

⁷⁴ Göztepe, a.g.e. s. 60.

kararı ile değiştirmiştir. AİHM; *Öcalan/Türkiye* kararında⁷⁵ başvurucunun Devlet Güvenlik Mahkemeleri (DGM) nezdinde yargılaması devam etmekte iken DGM yargılamalarının Sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenen güvencelerden yoksun olmalarını gerekçe göstererek başvuru hakkındaki yargılamada 6. maddenin usule ilişkin güvencelerinin sağlanması yönünde geçici tedbir karar vermiştir.

Benzer bir başka davada, *Othman Abu Qatada/Birleşik Krallık* kararında AİHM; Ürdün’de terörist faaliyetleri sebebiyle gıyaben hapis cezasıyla cezalandırılan başvurucunun, işkence altında alınan önceki ifadelerinin, yeniden yargılanması sırasında tekrar kullanılması ihtimalini göz önüne alarak, başvurucunun iade edilmesi halinde Sözleşme’nin 6. maddesinin ihlal edileceğine karar vermiştir. Bu karar esasen sınır dışı davaları ile bağlantılı olarak yapılan tedbir taleplerinde 6. maddenin uygulanabilirliğine ilişkin bir emsal teşkil etmektedir.

3.2.1.3. Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Kapsamında Yakın ve Onarılamaz Hasar Riski

AİHM içtihadında özel hayat ve aile hayatına ilişkin tedbir taleplerinde genel olarak, kişinin yaşadığı ülkede kurmuş olduğu sosyal bağlar ve aile ilişkileri nazara alınmaktadır. Örneğin, *B./Belçika* kararında⁷⁶, Belçikalı annenin, ortak mesken olan ABD adresini çocuğuyla birlikte terk etmesi üzerine, babanın Belçika’da açtığı davada verilen ‘*çocuğun iadesi*’ kararının, AİHM önündeki dava sona erinceye kadar infaz edilmemesi yönünde tedbir kararı verilmiştir. ⁷⁷ AİHM, Sözleşme’nin 8. maddesiyle bağlantılı *Knecht/ Romanya* davasında⁷⁸ orijinal kabul edilebilecek bir tedbir kararına imza atmıştır.

⁷⁵ *Öcalan/Türkiye*, (B.No:46221/99, 12/5/2005).

⁷⁶ *B./Belçika* (B.No.4320/11, 10 /7/ 2012)

⁷⁷ Mutaf, 2015, s.1121.

⁷⁸ *Knecht/ Romanya* (B. No.10048/10, 2/10/2012)

Bu davada, çocuk sahibi olmak için cerrahi operasyon geçiren başvurucunun partnerine ait belirli sayıda embriyo gebelik denemelerinde değerlendirilmek üzere dondurulmuştur. Romanya hukukuna göre embriyoların gebelik elde etmek amacıyla kullanılabilmesi için çiftlerin birlikte onay vermesi gereklidir; ancak başvuru ve partneri, söz konusu embriyoların transferi gerçekleştirilmeden önce birlikteliklerine son vermiş ve başvurucunun partneri embriyoların kullanılabilmesi için gerekli olan iznini çekmiştir. Bu durumda, ilgili mevzuat uyarınca embriyoların imha edilmesi gerekirken, başvurucunun bu durumu şikâyet konusu yaparak tedbir talebiyle başvuru yapması üzerine AİHM, önündeki dava sonuçlanıncaya kadar embriyoların imha edilmemesi yönünde tedbir kararı vermiştir. Bu tedbir kararı, somut olayın koşullarına göre tedbir kararının içeriğinin değişiklik arz ettiğine dair iyi bir örnektir. Zira AİHM, önündeki tedbir talebinin gereklerine göre her türden tedbire karar verebilmektedir.

4. GEÇİCİ TEDBİR UYGULAMA ALANLARI

4.1. Yaşam Hakkı ve İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Kapsamında Tedbir Talepleri

4.1.1. Öldürülme ve Kötü Muameleyle Maruz Kalma Riski Bulunan Ülkeye Sınır Dışı Edilme

Sözleşmenin 2. ve 3. maddeleri bağlamında en yaygın uygulamasının sınır dışı işlemlerine karşı yapılan başvurular olduğu daha önce belirtilmişti. AİHM'in bu konu hakkında erken tarihli kararlarından biri olan *Saadi/İtalya* kararında, sınır dışı edilmenin Sözleşmeye aykırı olması için gerekli – ve yeterli – şartın, ilgilinin geri gönderileceği ülkede kötü muamele görme riskinin “*gerçek olması*” ve ciddi ve tartışma götürmeyen gerekçelere dayanması olduğu ifade edilmiştir.

Sınır dışı davalarına ilişkin AİHM'in birçok kararı⁷⁹ arasından bir ilke kararı niteliğinde olması nedeniyle *M.S.S/ Yunanistan ve Belçika* kararının ayrıntılı olarak incelenmesi uygun görülmüştür.

Söz konusu kararda, Afgan vatandaşı olan başvurucunun, Kabil'de konuşlanmış uluslararası hava gücü askerlerinin tercümanı olarak çalışmış olması nedeniyle Taliban'ın kendisini öldürme teşebbüsünden kurtulduktan sonra Afganistan'dan kaçarak Yunanistan'ın Midilli Adası üzerinden Avrupa Birliğine giriş yapması, daha sonra buradan Belçika'ya geçmesi ve bu ülkeye yaptığı sığınma başvurusunun, “*Dublin Yönetmeliği*”⁸⁰ uyarınca geri çevrilmesi üzerine Yunanistan'a sınır dışı edilmesi ve bu süreç içerisinde Belçika ve Yunanistan'a karşı yaptığı tedbir talepleri değerlendirilmiştir.

Başvurucu öncelikle, Belçika'dan Yunanistan'a iade edilmesi aşamasında, Yunanistan'daki mültecilerin tutulma ve ülkeye kabul usulünün oldukça kötü durumda olduğunu tespit eden uluslararası belgelere dayanarak bu ülkeye geri gönderilmesi hâlinde olumsuz koşullarda tutulacağını ileri sürmüş ve geri gönderilme kararının uygulanmamasını temin etmek amacıyla Belçika aleyhine tedbir talep etmiştir. AİHM, başvurucunun 39. madde kapsamında Belçika'ya karşı yaptığı tedbir talebini, Belçika tarafından verilen geri gönderme kararının, Yunanistan'ın Sözleşme uyarınca ve Avrupa Birliği mevzuatına uygun olarak sorumluluklarını yerine getireceğine ilişkin inancına dayandığını belirterek reddetmiş; ancak davanın esasına ilişkin değerlendirmesi

⁷⁹ *Soering/ Birleşik Krallık*, B.No:14038/88, 7/7/1989; *Mamatkulov ve Askarov/ Turkey*, B. No.46827/99, 4/2/2005; *Al-Sadoon ve Mufdhi/ Birleşik Krallık*, B.No.61498/08, 2/3/2010; *Cruz Varas ve Diğerleri/ İsviçre* B. No.15576/89,20/3/1991; *Paladi/ Moldova*, B.No.39806/05, 10/3/2009.

⁸⁰ Üçüncü ülke uyruklarının Üye Devletlerden birine yaptığı sığınma başvurusunu incelemekle yükümlü Üye Devleti belirleyecek ölçütler ve mekanizmaları kuran 18 Şubat 2003 tarih ve 343/2003 sayılı Konsey Yönetmeliği (Dublin Yönetmeliği). Dublin Yönetmeliğinin başlangıç kısmının ilk paragrafı, bu belgenin, koşulların zorlamasıyla Topluluk içinde meşru bir şekilde korunma talebinde bulunan kişiler için aşamalı bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanının oluşturulmasını amaçlayan ortak bir sığınma politikasının bir parçası olduğunu belirtir. Başlangıç kısmının ikinci paragrafı, Yönetmeliğin Üye Devletlerin Cenevre Sözleşmesinde öngörülen *non-refoulement* ilkesine saygı gösterdikleri ve güvenli ülkeler olarak kabul edildikleri karinesi üzerinde temellendiğini teyit etmektedir.(*M.S.S/Belçika ve Yunanistan*, § 65-70)

neticesinde, Yunanistan'a geri gönderilen başvurunun, gerek tutulma merkezinde karşı karşıya kaldığı kötü koşullar, gerekse bu ülkede yiyecek, temizlik ve yaşayacağı bir yer gibi en temel ihtiyaçlarını karşılayamadığı çok aşırı yoksulluk durumunda yaşayarak aylar geçirmiş olması nedenleriyle Yunanistan hakkında Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Başvurucunun Yunanistan'dan Afganistan'a sınır dışı edilmesi hâlinde menşe ülkesinde öldürülme riski bulunduğunu ileri sürerek Yunanistan aleyhine yaptığı tedbir talebi ise kabul edilmiştir. AİHM, başvurunun talebi hakkında Yunan makamlarına bir mektup göndererek başvurunun mevcut durumu hakkında kendisine bilgi verilmesini istemiş; mektuba süresi içerisinde cevap verilmemesi hâlinde Yunanistan aleyhine 39. maddeyi uygulamayı ciddi bir şekilde düşüneceğini bildirmiştir. Bu mektuba süresi içerisinde cevap verilmemesi üzerine AİHM Afganistan'da büyüyen güvensizlik ortamını dikkate alarak, başvurunun karşı karşıya kaldığı ve hâlen ülkesine geri gönderilirse karşılaşılabilecek tehlikelere ilişkin öyküsünün akla yakınlığı ve Yunanistan makamlarının bu duruma bir yanıt vermemiş olmaları nedeniyle, “*tarafkların yararı*” ve işlemlerin sorunsuz yürütülebilmesi için önündeki yargılamanın sonuçlanmasına kadar, İçtüzüğün 39. maddesini uygulayarak başvurunun sınır dışı edilmemesi yönündeki tedbir kararını Yunanistan'a iletmiştir.

AİHM tedbir uygulamasına karar verirken özellikle Afganistan'daki mevcut durumu betimleyen ve ciddi ve yaygın insan hakları ihlallerinin eşlik ettiği yoğunlaşan silahlı mücadele ortamının mevcudiyetine dikkat çeken Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin (BMMYK) Temmuz 2009 tarihli raporunu temel almıştır.

AİHM geçici tedbire karar vermeden önce başvuruclların aleyhine tedbir talebinde bulundukları ülkelerdeki mevcut yargısal yolları tüketmiş olmalarına ve bu yargısal makamlar tarafından verilen kararların gerekçelerine son derece büyük önem atfetmektedir. Bilindiği üzere, AİHM'e şikâyetle bulunma mekanizması insan haklarının

korunmasında ulusal sistemlere göre ikincildir ve ulusal makamların AİHM'e nazaran başvurusunun ileri sürdüğü iddiaların ve olayların doğruluğunu araştırarak daha detaylı bir değerlendirme yapma imkânları fazladır. AİHM *M.S.S./ Yunanistan ve Belçika* kararında Yunanistan aleyhine tedbir kararına hükmederken, karar tarihinde yürürlükte bulunan Yunanistan'ın sığınma usulüne ilişkin mevzuatının işlemediğini, bu konudaki uygulamanın oldukça yetersiz olduğunu ortaya çıkaran, -hükümet dışı- uluslararası insan hakları kurumlarınca düzenlenmiş birçok raporu dikkate almıştır.

Yerel makamlarca uygulanması gereken etkili bir iç hukuk yoluna ilişkin genel ilke, kararın 293. paragrafında şu şekilde belirtilmiştir:

“... Mahkeme'nin Sözleşme'nin 3. maddesine verdiği önemi ve işkence ya da kötü muamele riski gerçekleştiğinde meydana gelebilecek zararın geri döndürülemez bir niteliğine sahip olmasını göz önüne alarak, Sözleşme'nin 13. maddesi anlamında bir iç hukuk yolunun etkililiğinin zorunlu olarak, şikâyetin bir ulusal makam tarafından sıkı bir şekilde yakından incelenmesini (bkz. Shamayev ve Diğerleri – Gürcistan ve Rusya, B.No. 36378/02, 12/4/2005, § 448), Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir muamele riskinden korkmak için esaslı nedenlerin varlığı halinde şikâyetin bağımsız ve titiz bir şekilde incelenmesini, ayrıca hızla bir karşılık verilmesini (bkz. Batı ve Diğerleri/Türkiye, no. 33097/96 ve 57834/00, 3/6/2004, §136,) gerektirir; bu madde ayrıca ilgili kişinin işlemi otomatik olarak durduran bir hukuk yoluna başvurabilmesini de gerektirir (bkz. Čonka/Belçika, B.No: 51564/99, 5/2/2002, § 81-83).”

AİHM sığınmacıların ülke dışına çıkarılmalarıyla ilgili olaylarda, fiili sığınma başvurularını incelemeyi; esas kaygısının, bir başvurusunun kaçtığı ülkeye doğrudan ya da dolaylı olarak keyfi bir şekilde geri gönderilmesine karşı etkili güvencelerin bulunup bulunmadığını saptamaktan ibaret olduğunu açıkça ortaya koymuştur.

Sınır dışı ve iade konulu başvurularda, onarılamaz risk ihtimalinin varlığı dışında AİHM tarafından dikkate alınan diğer unsurlar, başvurucunun iade edileceği ülkedeki genel durum, başvuru açısından oluştuğu düşünülen şahsi risk ve bu konuda AİHM'e sunulan teferruatlı açıklamalar, geri gönderilme hâlinde uğranılacak zararın ciddi olması, geçici tedbir istenen konuyla ilgili doğrulayıcı belgeler (yakalama veya tutuklama kararı, sağlık raporları gibi), aynı konuda daha önce verilen AİHM kararları ve en önemlisi aleyhine başvuru yapılan ülkenin ilgili makamlarının aldıkları kararların gerekçeleri olarak özetlenebilir.⁸¹

Mültecilerin haklarının korunmasındaki en önemli mekanizma AİHM tarafından uygulanan geçici tedbirlerdir.⁸² AİHM'e tedbir talebiyle yapılan başvuruların çoğu sınır dışı etmeye ve geri göndermeye ilişkin olmaktadır. Bu başvurularda AİHM geçici tedbir olarak taraf devletten başvurucunun geri gönderilmesi kararını askıya almasını isteyebilir. Bilindiği üzere, devletler, kamu güvenliği, kamu düzeni ve kamu sağlığı gibi gerekçelerle yetki alanlarındaki yabancıların haklarını sınırlamakta veya yasaklamaktadırlar. AİHM de sınır dışı davalarında ilkesel olarak yabancıların bir ülkeye girmeleri, o ülkede ikamet izni almaları ve ülkeden çıkışlarının yapılmasına ilişkin konuların doğrudan o ülkenin egemenlik yetkisine dâhil olduğunu değerlendirmekte ve bu alandaki şikâyetlerin kural olarak Sözleşmede korunmadığını ifade etmektedir. Ancak sınır dışı edildiği takdirde işkenceye uğrayacağına dair ciddi belirtiler bulunan bir yabancıнын sınır dışı edilmesi durumunda taraf devletin Sözleşme kapsamında sorumluluğu doğacaktır. Nitekim Sözleşme, taraf devletlere işkence görme ihtimali bulunan ülkeye sınır dışı etmeme yönünde bir yükümlülük yüklemektedir. AİHM sınır dışı veya iade edilecek ülkenin Sözleşme 'ye taraf bir ülke olması durumunda istisnai olarak tedbir kararı almaktadır.

⁸¹ Mutaf, 2015, s.1116.

⁸² Avrupa İnsan Hakları Sözleşme sisteminde mültecilerin haklarının korunmasına ilişkin ayrıntılı bir çalışma için bkz. N. Mole, C. Meredith, **Asylum and the European Convention on Human Rights**, Council of Europe Publishing, 2010.

Zira Sözleşmeye taraf olan ülkeler Sözleşmede güvence altına alınan hakları ihlal etmeme yükümlülüğü altındadırlar.⁸³

AİHM, Sözleşme'nin 2. (yaşam hakkı) ve 3. maddelerinin (işkence ve kötü muamele yasağı) birlikte ihlal edildiğine ilişkin şikâyetlerde kural olarak işkence ve kötü muamelenin mutlak şekilde yasaklandığı gerçeğinden hareketle başvuruları 3. maddeyle sınırlı olarak incelemektedir. Bu kural geri gönderilen ülkede idam cezası uygulanacağı gibi doğrudan yaşam hakkının konusunu oluşturan şikâyetler bakımından geçerli değildir.

AİHM, uluslararası terörizm tehlikesi bulunduğu durumlar da dâhil olmak üzere işkence görme ihtimali bulunan ülkeye sınır dışı etmeme yönündeki yükümlülüğünün herhangi bir istisnası bulunmadığını önemle vurgulamaktadır. Kamu düzeni açısından veya güvenlik endişesiyle risk oluşturanlar bakımından da işkence görme ihtimali bulunan ülkeye sınır dışı etmeme yükümlülüğü evleviyetle geçerlidir.

İşkence yasağının mutlak niteliği nedeniyle AİHM, geri gönderilen ülkede işkence görme ihtimalinin varlığını haklı gösteren önemli gerekçelerin bulunması durumunda bu iddiaların etraflı bir şekilde incelenmesi gerektiğine dikkat çekmektedir.

AİHM; bu hususta yapılacak olan etkili incelemenin temel olarak hakkında sınır dışı kararı alınan bireylerin bu karar uygulanmadan önce bağımsız bir mercie başvuruda bulunma imkânını gerektirdiğini ve bu imkânın başvuru sonuçlanıncaya kadar kişinin sınır dışı edilmesine ilişkin işlemlerin kendiliğinden (otomatik olarak) durdurulmasını sağlaması gerektiğine dikkat çekmektedir.

AİHM; Sözleşmede korunan işkence yasağı yönünden bir ihlal bulgusuna karar verirken işkence iddialarının “gerçek bir risk düzeyine ulaşması” gerektiğini belirtmektedir. Sınır dışı davalarında bu riskin mevcut olup olmadığı hususunda araştırma

⁸³ F. Akın, *Avrupa İnsan Hakları Yargılamasında Geçici Hukuki Korumalar*, İstanbul Barosu Dergisi, C.91, S.6, 2017, s.182. (171-188).

yapma yükümlülüğü taraf devletlere aittir. Diğer bir ifadeyle bu araştırma taraf devletçe kendiliğinden yapılmalıdır. Bu çalışmada insan hakları örgütlerinin hazırladıkları ülke raporlarından yararlanmak mümkündür.

Öte yandan AİHM, sınır dışı edilme ile ilgili işlemlere karşı geçici tedbir talebinde bulunan başvuru sahiplerinin kendi durumlarını ve geri gönderilecekleri ülkede karşılaşma ihtimalleri bulunan tehlikelere yönelik iddialarını temellendirmelerini ve (varsa) iddialarını destekleyen bilgi veya belge sunmaları gerektiğini önemle vurgulamaktadır. Diğer bir deyişle başvuru sahiplerinin kişisel durumlarına ilişkin iddialarını ispat etme mükellefiyetleri bulunmaktadır.⁸⁴

4.1.1.1 Geri Göndermeme İlkesi (*non-refoulement*) ilkesi:

Cenevre Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme önceki dönemlerde devletlerin kesin egemenlik yetkisi olarak görülen bir yabancıyı ülkeye kabulü ya da sınır dışı edilmesi ile ilgili sınırlandırıcı “geri göndermeme” (*non-refoulement* ing.) ilkesini temel almıştır. 1 Ocak 1951 tarihinden öncesi için geçerli olan Cenevre Sözleşmesi 2 Ekim 1967 tarihinde yürürlüğe giren Mültecilerin Hukuki Statüsü ile İlgili Protokol ile geleceğe yönelik uygulanabilir hâle getirilmiştir. AİHS sisteminde herhangi bir ayırım yapılmaksızın “bireyin hakları” koruma altın alınmıştır. Bu nedenle, yabancıların ve/veya mültecilerin haklarının korunmasına ilişkin birçok bölgesel ya da uluslararası sözleşmeye nazaran daha etkili bir koruma sağlar.

AİHS sisteminde öngörülen korumadan faydalanabilmek için “mülteci” tanımının gerektirdiği koşullara sahip olmak gerekli değildir. Buna göre, herhangi bir yabancı ya da

⁸⁴ Bu bilgilerin derlendiği AİHM içtihadı için bkz. *Soering/Birleşik Krallık*, B. No: 14038/88, 7/7/1989; *Saadi/İtalya* [BD], B. No: 37201/06, 28/2/2008; *M.S.S./Belçika ve Yunanistan* [BD], B. No: 30696/09, 21/1/2011; *J.K. ve diğerleri/İsveç* [BD], B. No: 59166/12, 23/8/2016; *Ghorbanov ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 28127/09, 3/12/2013; *Mamatkulov ve Aksarov/Türkiye* [BD], B. No: 46827/99, 4/2/2005; *Babajanov/Türkiye*, B. No: 49867/08, 10/5/2016.

bir suç kaçağının da Sözleşme'nin sağladığı güvenceden yararlanması mümkündür. Bununla birlikte, AİHS kapsamındaki korumadan faydalanmak isteyen bir mülteci veya yabancı, sınır dışı edilmesi veya ülkesine geri gönderilmesi durumunda kendi kişisel durumundan kaynaklanan nedenlerle Sözleşmede yer alan haklarının ihlal edileceğini ileri sürüyorsa bu yöndeki iddiasını ispatla mükelleftir.⁸⁵

4.1.2. Başvurucunun Sağlığı ve Tutulma Koşulları Uyarınca Tedbir Talepleri

AİHM; başvurucuların ciddi hastalıklardan mustarip olmaları durumunda tedavi imkânlarına erişimlerinin sağlanması amacıyla tedbir kararları vermektedir. Bu kararlar hasta tutuklu veya hükümlülerin ceza infaz kurumunda tedaviye erişimlerinin sağlanması, geri gönderme merkezlerinin koşullarının başvurucuların sağlık hizmetlerine ulaşmalarına engel olmaması veya tedavi koşullarının yetersiz olduğu ülkeye sınır dışı edilmemesi yönünde olabilmektedir.⁸⁶

AİHM; *S.S.C./İsveç* kararında⁸⁷ HIV virüsü taşıyan Zambiyalı başvurucunun İsveç'te çalışma izninin uzatılması talebinin reddedilmesi üzerine ülkesine sınır dışı edilmesi durumunda tedavi olamayacağını ileri sürerek Sözleşme'nin 2. ve 3. maddeleri kapsamında geçici tedbir talep ettiği başvuruyu değerlendirmiştir. Bu olayda başvuru ayrıca İsveç'te evli olduğunu belirterek sınır dışı edilmesi durumunda aile birliğinin de bozulacağını ileri sürerek Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında da tedbir talebinde

⁸⁵ Sınır dışı davalarına ilişkin AİHM tedbir uygulaması için ayrıntılı bir çalışma için bkz. S.D. Jóhannsdóttir, **Interim Measures under Rule 39 of the Rules of the European Court of Human Rights Protecting Human Rights in Cases of Urgency**, erişim, 15/11/2019. <https://skemman.is/bitstream/1946/20225/1/Soff%C3%ADa%20D%C3%B3ra-final-final.pdf>

⁸⁶ Birçok karar arasından bkz. *Kotsaftis/Yunanistan*, B.No:39780/06, 12/6/2008; *Salakhov ve Islyamova/Ukrayna*, B.No:28005/08, 14/3/2016; *Aleksanyan/Rusya*, B.No:46468/06, 22/12/2008.

⁸⁷ AİHM, *S.S.C./İsveç*, B.No:46553/99, kk, 15/2/200.

bulunmuştur. AİHM bu davada yargılamanın düzgün bir şekilde görülebilmesi amacıyla geçici tedbir kararı vermiştir.

4.1.3. Ötenazi ve Geçici Tedbir

AİHM; yakın tarihte yatağa bağlı bir şekilde tedavi görmekte olan bir hastanın yakınları tarafından yapılan ve ötenazi uygulamasının durdurulmasını talep eden bir tedbir başvurusunu değerlendirmiştir. Karara konu olayda; 2008 yılında motosiklet kazası geçiren *Vincent Lambert* 11 yıldır bitkisel hayatta yaşam mücadelesi vermektedir. Lambert'in yasal varisi konumunda bulunan eşinin talebi ve doktorların onaylaması sonucunda Lambert hakkında “*pasif ötenazi*” uygulanmasına karar verilmiştir. Lambert'in anne ve babasının bu karara itiraz etmesi üzerine olay yargıya taşınmıştır. AİHM dava devam ederken kendisine tedbir talebi ile yapılan başvuruda 24 Haziran 2014 tarihinde geçici tedbir talebini kabul etmiştir. AİHM olayda Lambert'in beslenme ünitesinden kesilmesine izin veren kararın uygulanmaması yönünde geçici tedbir kararı vermiştir. Kararda, başvurunun mümkün olan en hızlı şekilde esas karara bağlanacağı da vurgulanmıştır. Nitekim AİHM 23 Haziran 2014 tarihinde yapılan başvuruya hakkında 5 Haziran 2015 tarihinde karar vermiştir. AİHM bu olayda esasa ilişkin değerlendirmesinde yaşam hakkının korunması yönündeki pozitif yükümlülüğün ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.⁸⁸

⁸⁸ AİHM, *Lambert ve diğerleri/Fransa*, (BD), B.No:46043/14, 5/5/2015.

4.2. Diğer Uygulama Alanları Vaka Örnekleri

4.2.1. Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Kapsamında Geçici Tedbir Uygulaması

AİHM; Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinden sonra en sık tedbir uygulamasını Sözleşme'nin 8. maddesinde⁸⁹ güvence altına alınan özel hayata saygı hakkı yönünden yapmaktadır.

AİHM, özellikle sınır dışı edilmeleri hâlinde “aile birliklerinin” bozulacağını ileri süren başvuruçuların tedbir talebi ile yaptıkları başvurularda tedbir talebini kabul etme eğilimindedir. Sözleşme'nin 8. maddesi taraf devletlerin “*suçu önleme ve göç politikaları ile yakın bir ilişki*” içindedir.⁹⁰ Bu kapsamda sınır dışı edilen başvuruçuların aile birliğini ileri sürerek yaptıkları tedbir talepli başvurularda “*iç güvenlik politikası ile aile hayatına saygı hakkı arasında bir dengeleme*” yapılmak zorundadır.⁹¹ Bununla birlikte AİHM, sadece Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal iddiası kapsamında yapılan sınır dışı davalarına ilişkin başvurularda oldukça istisnai olarak tedbir taleplerini kabul etmektedir. Nitekim bu tür taleplerde “*onarılamaz zararların ortaya çıkması tehlikesi*” varsa tedbir kabul edilmektedir. Çoğunlukla aile üyelerinden birinin sınır dışı edilmesi hâlinde ailedeki küçük çocuklarla aralarındaki bağın giderilemez bir biçimde kopacak olması durumunda tedbiri kabul etmektedir.⁹²

AİHM; Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında değerlendirdiği tedbir taleplerinde özellikle sınır dışı davalarında eşlerden birinin sınır dışı edilmesi durumunda diğer eşin

⁸⁹ Sözleşmenin Özel ve Aile Hayatına Saygı kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir: *1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.*”

⁹⁰ E. Göztepe, 2017, s.63.

⁹¹ E. Göztepe, 2017, s.63.

⁹² Sınır dışı davalarında 8. madde yönünden Komisyon ve Mahkeme (Divan) tarafından verilen tedbir kararları için bkz. M.S. Gemalmaz, 2007, C.I., S. 93-100; 735-1069.

karısını/kocasını takip etme imkânının bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Eğer ülkeden çıkarılacak kişinin yakın ailesinin kendisine eşlik etmeleri olanağı yoksa bu başvurularda esas kararını verinceye kadar tedbir taleplerini kabul etmiştir. AİHM’in dikkate aldığı diğer bir unsur ise sınır dışı edilecek olan kişinin gideceği ülke ile bir bağının olup olmadığı, diğer bir ifadeyle o ülkede akraba veya arkadaş çevresinin bulunup bulunmadığıdır.⁹³

AİHM; *Moustaquim/Belçika* kararında⁹⁴ Sözleşmenin bir yabancının bir ülkeye girmesine ya da belirli bir ülkede ikamet etmesine ilişkin herhangi bir güvence sağlamadığını; ancak bir kişinin yakın aile bireyleri ile yaşadığı ülkeden çıkarılmasının Sözleşme’nin 8. maddesindeki aile yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkının ihlaline neden olabileceğini içtihadı bağlamıştır. Buna devletin bu hakka yönelik müdahalesinin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı ve ölçülülüğü AİHM tarafından denetlenmektedir.

Buna göre, mesele tedbir boyutu ile ele alınırsa AİHM’in belirli durumlarda sınır dışı vakalarının bireylerin aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına müdahale teşkil ettiğini kabul etmektedir. Bu durumlarda eğer müdahale testi olumsuz sonuçlanırsa AİHM’in ihlal bulgusuna ulaşabildiği, dolayısıyla bu alandaki başvurularda tedbir talebinin “*onarılmaz bir zarar riski*” mevcut ise kabul edildiği sonucuna varılabilir. Zira AİHM tedbir uygulama alanını haklar üzerinden değil, mevcut olayın koşulları ve olayla ilgili yerleşik içtihadının ilkelerine göre belirlemektedir.

⁹³ Örnek Komisyon içtihadı için bkz.; X/Almanya,(kk), B.No:8041/77, 15/12/1977.

⁹⁴ *Moustaquim/Belçika*, (B.No:31/1989, 18/2/1991, p.36)

4.2.2. Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Geçici Tedbir Uygulaması

Bilindiği üzere, hem medeni hem de cezai bağlamda “*adalet yönetimiyle*” ilgili olan adil yargılanma hakkı, “*adil bir hukuk sürecinin sağlanması için gerekli bir dizi bireysel hakkı kapsar.*”⁹⁵ Adil yargılanma hakkı maddi bir hak değil, prosedürel bir haktır.⁹⁶ Bu nedenle adil yargılanma hakkı kapsamında tedbir uygulaması diğer maddi haklara nazaran oldukça istisnai durumlarda gündeme gelir. Nitekim AİHM de *Öcalan/Türkiye* kararına kadar geçen süre zarfında adil yargılanma hakkı yönünden yapılan tedbir taleplerini kabul etmemiştir.

AİHM; geçici tedbirin “medeni hak ve yükümlülükler” kapsamındaki bir meselenin çözümüne ilişkin olmadığı gerekçesiyle adil yargılanma hakkı yönünden tedbir uygulanamayacağını içtihadı bağlamıştı.⁹⁷ Nitekim adil yargılanma hakkına mündemiç güvenceler “*medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili bir uyuşmazlığın çözümünde*” veya “*bir suç isnadının esasının karara bağlanması*” esnasında geçerlidir.⁹⁸

Öcalan/Türkiye kararından sonra değiştirdiği içtihadına göre “*adaletin açıkça ihlal edilmesi riski*” söz konusu olduğunda tedbir uygulayabileceğini ifade etmiştir.⁹⁹

AİHM uygulamasına bakıldığında “*bariz adaletsizlik*” ve “*yargılamanın selameti*” gibi kriterler göz önüne alınarak tedbire gidildiği görülmektedir.¹⁰⁰ Öyle ki başvuru konusu yapılan/yapılacak olan yargılamanın sonunda kurulan hükmün kesinleşmesini müteakip AİHM tarafından bir ihlal bulgusuna ulaşılsa ve bunun giderimi

⁹⁵ Wolfgang Benedek, **İnsan Haklarını Anlamak**, İnsan Hakları Eğitimi El Kitabı içinde; Hukukun Üstünlüğü ve Adil Yargılama, Avrupa İnsan Hakları ve Demokrasi İçin Eğitim ve Araştırma Merkezi (ETC) 3. Baskı, 2006, s.213.

⁹⁶ S. İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi, 4, Avrupa Konseyi, 2018. s.7-11.

⁹⁷ E.Göztepe, 2017, s.65.

⁹⁸ Bkz. AİHS 6. maddenin birinci fıkrası.

⁹⁹ T.Şirin, 2018, s.264.

¹⁰⁰ T.Şirin, a.e., 264.

için yeniden yargılamaya hükmedilse bile başvuruçuların uğrayacakları zararın telafi edilmesi mümkün olmamalıdır.

Kanaatimizce yargılama sürecine ilişkin bir dizi güvence sağlayan adil yargılanma hakkı yönünden henüz yargılamanın başında “telafi edilemez bir zararın doğması” ihtimali oldukça nadir karşılaşılabilecek bir durumdur. Zira prosedürel bir hak niteliğini haiz adil yargılanma hakkı güvencelerindeki bir noksanlık yargılama aşamalarında telafi edilebilir. AİHM’in içtihadı da yargılamanın bir bütün olarak değerlendirilmesi ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasının bu değerlendirme sonucunda ulaşılabilecek bulgular ışığında incelenmesi yönündedir. Bu nedenle daha yargılama bitmeden tedbir gösterilmesi imkânsız değil ise de oldukça nadir karşılaşılabilecek bir durumdur. Nitekim AİHM tarafından bu hak yönünden uygulanan tedbirlerin istikrarlı olmadığı ve belirli bir standarda bağlanmadığı açıkça takip edilebilmektedir.¹⁰¹

AİHM bu tür davalarda başvuruçunun “maddi ve manevi bütünlüğü” kavramından hareketle şikâyetin Sözleşme’nin 2. veya 3. maddeleri kapsamında inceleme yapmak yerine doğrudan 6. madde yönünden tedbir uygulamayı tercih etmektedir.¹⁰²

Nadir örneklerden biri olarak AİHM; *X/Hırvatistan* kararında¹⁰³ akıl hastalığı nedeniyle hukuki temsilcisi seçme ehliyetinden yoksun bir başvuruçuya avukat atanması yönünde tedbir uygulamıştır.

Bununla birlikte AİHM’in tedbir uygulama kapsamına ilişkin temel ilkesinin “giderilemez zararın ortaya çıkması” riski olduğu dikkate alınırca gerek adil yargılanma gerek Sözleşmedeki diğer haklar (örnek olsun mülkiyet hakkı) yönünden tedbir uygulamasının önünde bir engel yoktur.

¹⁰¹ AİHM’in 6. madde yönünden tedbir konusunu tartıştığı ilkesel nitelikli bir karar için bkz. *Micallef/Malta*, B.No: 17056/06, 15/10/2009.

¹⁰² T.Şirin, a.g.e., s.265.

¹⁰³ AİHM, *X/Hırvatistan*, B.No:11223/04,17/7/2008.

5. GEÇİCİ TEDBİR KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI

5.1. Genel Olarak

Geçici tedbir alma yetkisini düzenleyen normlara bakıldığında bu tedbirlerin bağlayıcılığı konusunda genel olarak bir belirsizliğin bulunduğu söylenebilir. Normun sırf lafzından hareketle bağlayıcılık konusu hakkında bazı sonuçlara ulaşılması mümkündür: Örneğin, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi kapsamında denetim organı olan İnsan Hakları Komitesinin Usul Kurallarına göre (Kural 86) Komitenin alınmasını uygun gördüğü geçici tedbirin “*arzu edilebilirliğine*” ilişkin görüşleri hususunda taraf devletleri bilgilendirme konusunda yetkilendirildiği görülmektedir. Bu düzenleme geçici tedbirlere bağlayıcılık atfedilmediği değerlendirilmesine neden olabilir.

Diğer taraftan, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 63. maddesinde yer verilen “*alacaktır*” tabiri geçici tedbirlere kesin bir bağlayıcılık niteliği kazandırmaktadır.

Geçici tedbirlerin normatif düzenleme farklılıkları insan hakları denetim organlarının, muhatap devletlerin geçici tedbirlerle bağlı olup olmadıkları hususunda farklı kararlar üretmelerine neden olmuştur.¹⁰⁴

Bu çalışmanın kapsam ve sınırları uluslararası denetim organlarının içtihatlarında bağlayıcılık meselesinin nasıl çözümlendiği hususunda ayrıntılı açıklamalar yapılmasına müsaade etmemektedir. Bunun yerine çalışmanın kapsamı ve sınırları dâhilinde kalınarak sadece AİHS sisteminde geçici tedbir kararlarının bağlayıcılığı ve Anayasa Mahkemesinde tedbir kararlarının infazı hakkında ilgili bölümlerde ayrıntılı açıklamalar yapılmıştır.

¹⁰⁴ H.B. Gemalmaz, 2004, s.115.

5.2. *Crus Varas* Vakası

Geçici tedbir kurumunun Sözleşme veya Ek Protokollerde normatif olarak düzenlenmemiş olması nedeniyle uygulamada geçici tedbir kararlarının bağlayıcılığı problemi gündeme gelmiş; bu problem zaman içerisinde içtihatlar yoluyla çözülmeye çalışılmıştır. AİHM'in geçici tedbir kararlarının bağlayıcılığı konusundaki içtihadında ilk dönüm noktası *Mamatkulov ve Askarov/Türkiye* kararı olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁵ Bu karardan önce AİHM, iç hukuktaki başvuru yollarının, sınır dışı kararlarının icrasını durdurucu etkiye sahip olması gerektiğini öne çıkaran bir içtihat oluşturmuştur. Nitekim sınır dışı işlemlerine karşı yapılan başvuruları Sözleşmedeki haklarla ilişkilendirerek ele aldığı ilk kararı olan 1989 tarihli *Soering/ Birleşik Krallık* kararında, Sözleşme'nin 13. maddesinin¹⁰⁶, ulusal hukuk düzeninde güvence altına alınabilecek herhangi bir biçimde, Sözleşme haklarının ve özgürlüklerinin özünü uygulamak için ulusal düzeyde bir çare bulunmasını garanti ettiğini ifade etmiştir. Mahkeme, *Soering* kararından itibaren sınır dışı işlemlerinin şikâyet konusu yapıldığı birçok davada¹⁰⁷, Sözleşme'nin 2. veya 3. maddesinin ihlal edileceği yönünde gerçek bir riskin mevcut olduğu durumlarda, Sözleşme'nin 13. maddesinin, söz konusu iddiaların etraflıca incelenmesini temin eden ve şikâyet edilen işlemin icrasını durdurucu etkiye sahip bir iç hukuk yolunu garanti ettiğini ifade etmiştir.

Tedbir kararlarının bağlayıcılığı meselesinin ciddi bir şekilde tartışıldığı bir diğer karar, doktrinde *Cruz Varas* vakası olarak anılan *Cruz Varas ve Diğerleri/ İsviçre* kararı olarak görülmektedir. Bu kararda Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, sınır dışı edilmek üzere olan başvurucu hakkında İsviçre aleyhine başvurucunun sınır dışı edilmemesi yönünde tedbir kararı vermiş; bu karara rağmen başvurucu sınır dışı edilmiştir. Komisyon

¹⁰⁵ E. Göztepe, 2017, s.69.

¹⁰⁶ AİHS madde 13: “Bu Sözleşmede tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir.”

¹⁰⁷ *Jabari /Türkiye*, (B.No.40035/98, 11/10/2000, § 50).

söz konusu kararında geçici tedbir kurumunu, Sözleşme'nin eski hâlinde 25. maddesinde düzenlenen (yeni madde 34) bireysel başvuru hakkının ihlali kapsamında ele almış; anılan maddenin taraf Devletlere bireysel başvuru hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını engellememe yükümlülüğü getirdiğini tespit ederek işe başlamıştır. Ardından Komisyon o tarihteki İçtüzüğün 36. maddesi uyarınca geçici tedbir kararı almaya yetkili olduğuna karar vermiştir. Komisyona göre başvuru, sınır dışı edilmiş olması nedeniyle bireysel başvuru hakkını etkin kullanmaktan yoksun bırakılmış ve böylece Sözleşme'nin 25. maddesi ihlal edilmiştir.¹⁰⁸ Ancak AİHM, bireysel başvuru hakkının düzenlendiği Sözleşme'nin 25. maddesinin ihlal edildiği görüşüne katılmamıştır. Zira AİHM, Sözleşme metninde geçici tedbir kararı verilebileceği yönünde açık bir düzenleme bulunmadığı gerekçesiyle, geçici tedbir kararının uygulanmamış olmasının Sözleşme'nin 25. maddesini ihlal etmeyeceği görüşündedir.

5.3. *Crus Varas Kararından Olaechea Cahuas Kararına İçtihat Dönüşümü*

AİHM'in söz konusu görüşünü değiştirdiği karar ise *Mamatkulov ve Askarov/Türkiye* kararıdır. Bu kararla AİHM, geçici tedbir kurumu hakkında adeta devrim niteliğinde bir değişikliğe imza atmıştır. Geçici tedbir konusunda AİHM içtihadının köşe taşlarından birisi olarak kabul edilen¹⁰⁹ söz konusu karardaki vakalar (*facts*) şu şekilde özetlenebilir:

Özbekistan'da bir muhalefet partisi üyeleri olan başvuru sahiplerinden Mamatkulov, turist vizesiyle geldiği İstanbul'da Atatürk Havaalanı'nda iken, “Özbekistan'da bir bomba patlamasıyla yaralanmalara sebep olma ve Özbekistan Başkanı'na karşı terörist saldırı girişimi şüphesi üzerine Türk polisi tarafından gözaltına alınmış; Özbekistan

¹⁰⁸ H.B. Gemalmaz, 2004, s. 116.

¹⁰⁹ E. Göztepe, 2017, s.75.

Cumhuriyeti ile Türkiye arasında imzalanmış olan iki taraflı bir anlaşma uyarınca başvuranın iadesi talep edilmiştir.”¹¹⁰ Başvurucu Özbekistan’daki siyasi muhaliflerin tutuklandıklarını ve hapisanede işkenceye uğradıklarını iddia ederek iade edilmemesini talep etmiştir. Türk yargı makamları tarafından bu talep reddedilmiştir.

İkinci başvuran, sahte pasaportla Türkiye’ye giriş yapmış; Özbekistan Cumhuriyeti’nin iade talebi üzerine Türk polisi tarafından tutuklanarak gözaltına alınmıştır. İkinci başvuran da aynı şekilde bombalı eylemlere sebep olma ve Özbekistan Başkanı’na suikast girişiminden zan altında idi. Bu başvuran hakkında da ilgili yasal prosedür tamamlandıktan sonra iade işlemleri başlatılmıştır.

Başvuranların iade edilmelerine ilişkin süreç devam etmekte iken AİHM’in ilgili Daire Başkanı, İçtüzük 39. madde gereğince, tarafların yararı ve AİHM nezdindeki davanın düzgün bir şekilde ilerlemesi için, başvuranların Özbekistan’a iade edilmemeleri yönünde geçici tedbir kararı almıştır. Başvuranlar bu karara rağmen iade edilmişlerdir. Türk hükümeti, AİHM’e yaptığı bilgilendirmede başvuru sahiplerinin sağlık durumlarının ve tutulma koşullarının iyi olduğunu belirtmişse de, başvuru sahiplerinin avukatları, müvekkilleriyle görüşemediklerini ve işkenceye maruz kaldıklarından endişe ettiklerini ifade etmişlerdir.

AİHM yaptığı incelemede, insan haklarının korunması alanındaki uluslararası sistemlere ilişkin normatif düzenlemelere oldukça geniş kapsamlı bir şekilde yer verdikten sonra¹¹¹, tedbir kararına rağmen başvuru sahiplerinin iade edilmelerini AİHS madde 34 başlığı altında değerlendirmiştir. Bireysel başvuru hakkını düzenleyen Sözleşme’nin 34. maddesi, Sözleşme veya protokollerde tanınan hakların Sözleşmeciler Devletlerden biri tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu ileri süren her gerçek kişi,

¹¹⁰ Kararın çevirisi AİHM’in resmi karar yayın organı olan HUDOC sitesinden alıntılanmıştır.

¹¹¹ Mahkemenin uluslararası hukuk ve ulusalüstü insan hakları vaka hukukuna dayanarak geçici tedbir kararlarının bağlayıcı olduğunu kabul etmesine ilişkin detaylı bir analiz için ve insan hakları hukukun bütünlüğü kavramı hakkında bkz: H.B. Gemalmaz, 2004, s.130-134.

hükümet dışı kuruluş veya kişi gruplarının AİHM'e başvurabileceklerini ve Taraf Devletlerin bu başvuru hakkının kullanılmasına hiçbir surette engel olmayacaklarını taahhüt ettiklerini garanti altına almaktadır. AİHM'e göre, bireysel başvuru hakkının etkin kullanımını engellememe yükümlülüğü, bireyin şikâyetini etkili bir şekilde AİHM önüne getirme ve takip etme hakkına müdahale etmeyi yasaklar. Somut olayda, başvurudaki amaç, telafi edilemez bir zarar görmeden önce Sözleşmeye dayanan hakların korunmasıdır. Söz konusu davada AİHM, başvuranların AİHS'in 2. ve 3. maddelerine dayanarak iddia ettikleri haklar yönünden koruma seviyesinin, başvuranların menşe ülkelerine iadeleri nedeniyle onarılamaz şekilde zarar gördüğünü ifade etmiştir. Nitekim başvuranların iade edilmeleri dolayısıyla avukatlarıyla olan temaslarının kesilmesi sonucu, AİHS'in 3. maddesi kapsamında iddialarını destekleyen delillere ulaşmaya yönelik incelemenin sürdürülmesi imkânından yoksun kalmışlardır. Sonuç olarak AİHM, AİHS'in 34. maddesi gereğince Sözleşmeciler Devletlerin, etkili başvuru hakkından fiili olarak yararlanılmasını önleyecek her türlü davranıştan ve ihmalden kaçınmakla yükümlü olduklarını belirterek, İktüzüğün 39. maddesi uyarınca verilen geçici tedbir kararını uygulamamış olması nedeniyle Türkiye'nin, Sözleşme'nin 34. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.

Mamatkulov kararının gerekçesi, AİHM'nin bağlayıcı karar verme yetkisini tanıyan bütün taraf devletlerin, AİHM'in nihai karara ulaşma aşamasında verdiği her kararı da eşit ölçüde bağlayıcı olarak görmesi fikrine dayanmaktadır. Ama bu davada AİHM, geçici tedbir kararlarının bağlayıcı olduğunu açıkça ifade etmemiştir. Bu sonuca ancak kararın özünden ve atıf yapılan diğer uluslararası mahkeme kararlarından ulaşılabilmektedir.¹¹²

¹¹² E. Göztepe, 2017, s.83.

Bu karardan itibaren AİHM, geçici tedbir kararlarının uygulanmadığı tüm başvurularda bu içtihadını devam ettirmiştir. Örneğin, *Abdullah Öcalan/Türkiye* vakasında geçici tedbirlerin bağlayıcı olduğu içtihadına atıf yapılmış; ancak bu vakada, başvuru hakkında verilen ölüm cezasının infazının gerçekleştirilmemiş olması nedeniyle Sözleşme'nin 34. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmıştır.

Geçici tedbirlerin hayati önemi, AİHM'in bu tedbirleri, prensip olarak, tüm ilgili koşulların titizlikle incelenmesi sonucunda gerçekten istisnai nitelik taşıyan davalarda verdiği düşünüldüğünde daha da göze çarpmaktadır. Bu davaların çoğunda başvuru, yaşamlarına yönelik gerçek bir tehditle karşılaşmış, sonrasında Sözleşme'nin en temel nitelikli hükümlerini çiğneyen, ağır ve telafisi imkânsız gerçek bir zarar riskiyle karşı karşıya kalmaktadır. Geçici tedbirlerin Sözleşme sisteminde oynadığı bu hayati rol sadece, yerleşik içtihadın da tasdik ettiği üzere, ilgili Devletler üzerindeki bağlayıcı hukuki etkisine dayanak oluşturmakla kalmayıp, aynı zamanda Taraf Devletlerin Mahkeme'nin bu yöndeki bildirimlerine uyması meselesine de en yüksek önemin atfedilmesini gerektirmektedir. Bu konuda herhangi bir ihmalkârlığın Sözleşme'nin temel haklarının sağladığı korumayı zayıflatması kabul edilmeyecek ve böyle bir davranış Sözleşme değerleri ve ruhuyla bağdaşmayacaktır; ayrıca, bireysel başvuru hakkının temel önemiyle de çelişecek ve daha da genel olarak, Avrupa kamu düzeninin yapısal bir aracı olarak Sözleşme'nin otoritesi ve etkinliğini zedeleyecektir.

Geçici tedbirin ifadesi, AİHM'in bir Devlet'in 34. madde kapsamındaki yükümlülüklerine uyup uymadığına yönelik analizinde hesaba katılacak unsurlardan biri olmakla birlikte, AİHM bildirilen ihtiyati tedbirin yalnızca lafzını değil, ruhunu göz önünde bulundurmaktadır.¹¹³

¹¹³ bkz. *Paladi/Moldova* [BD], B.No. 39806/05, § 91, 10/ 2009).

Geçici tedbir kararına aykırı davranılmış olmasına rağmen, başvuru haklarının kullanabildikleri, yani sınır dışı edilmiş olsalar da davalarını takip edebildikleri durumlarda, yukarıda değinilen içtihadın uygulanabilirliği mümkün müdür? Diğer bir ifadeyle, ilgili devletin geçici tedbir kararını icra etmemesinin, Sözleşme'nin 34. maddesindeki bireysel başvuru hakkını engellemediği durumlarda, 34. madde üzerinden geliştirilen ve tedbir kararlarının bağlayıcı olduğu sonucuna varan AİHM içtihadı işlevsiz mi kalacaktır?

AİHM geçici tedbir kararlarının bağlayıcılığı ile AİHS madde 34'ün ihlali arasındaki ilişkiyi kurarken, başvuru hakkının gerçekten zarar görmüş olması koşulunun mu aranması gerektiği, yoksa bundan bağımsız olarak mı hak ihlalinin değerlendirileceği sorusuna nihai cevabı, *Olaechea Cahuas/ İspanya* kararında¹¹⁴ vermiştir.¹¹⁵ Karara konu somut olayda, başvuru aleyhine verilen sınır dışı kararı uyarınca başvuru sınır dışı edildikten sonra da AİHM ile iletişim kurmaya devam ederek, taleplerini ileri sürme fırsatına sahip olabilmıştır. Bu davada Mahkeme tarafından, geçici tedbir kararlarının, telefî edilemez bir zarar riskinin gerçekleşmesini önleme amacıyla verildiği, riskin gerçekleşmemiş olmasının tedbir kararlarını etkilemeyeceği, nitekim tedbir kararlarının uygulanmaması durumunda esasen riskin devam ettiği, risk gerçekleşmemiş olsa bile bunun bağlayıcılık üzerinde bir etkisi olmayacağı açıkça içtihadı bağlanmıştır. Bu durum kararın 81. paragrafında şu şekilde ifade edilmiştir:

“..AİHM geçici tedbirin doğası gereği geçici olduğunu belirtmek ister ve bunun gereği, maddeyle korunan bireysel başvuru hakkının etkin biçimde kullanılmasını engelleyebilecek muhtemel bir risk durumunda tedbir kararı verilir. Sözleşmecî Taraf, geçici tedbirin uygulanmasına ilişkin karara uygun davranırsa, risk önlenir ve bireysel başvuru hakkının potansiyel bir engeli ortadan kalkar.

¹¹⁴ *Olaechea Cahuas/ İspanya* (B.No. 24668/03, 10/8/2006).

¹¹⁵ E. Göztepe, 2017, s.85.

Sözleşmeci Taraf geçici tedbir kararına uygun hareket etmezse, bireysel başvuru hakkının etkili bir şekilde kullanılmasının önünde herhangi bir engel oluşturmama riski devam eder. (...) Ancak bu gibi durumlarda dahi, geçici tedbirin bağlayıcı bir güce sahip olduğu düşünülmelidir. Sözleşmeci Devletlerin geçici tedbir kararlarına uyup uymamaları, riskin potansiyel olarak gerçekleşme olasılığına bağlanamaz. Mahkemenin muhtemel risk nedeniyle karar verdiği bir tedbirin taraf devletler tarafından uygulanmamasının kendisi, başvuru hakkının etkili kullanımına yönelik bir tehdit oluşturmaktadır.”

Bu karar, tedbir kararlarının bağlayıcılığını etkili başvuru hakkının ihlali koşulundan ayrı tutarak bağımsızlaştırmış ve İçtüzük 39. maddenin bağlayıcı olup olmadığı konusundaki tartışmayı noktalamıştır.

6. İSTATİSTİKİ BİLGİLER

Bilindiği üzere, AİHM’e gelen geçici tedbir talepli başvuruların sayısında her yıl dikkate değer bir artış yaşanmaktadır. 2006 yılına kadar Avrupa Konseyi üyesi 47 ülke aleyhine AİHM’e gelen geçici tedbir talebi yıllık ortalama 100 civarında iken bu sayı sadece 2010 yılında 3775 seviyesine ulaşmıştır.¹¹⁶ Söz konusu sayı, 1 Ocak 2017 ile 31 Ekim 2017 tarihlerini kapsayan döneme ilişkin istatistiklerde 6185 seviyesinde görülmektedir¹¹⁷. Söz konusu artış, uluslararası düzeyde siyasi, sosyal ve ekonomik istikrarsızlığın hüküm sürdüğü yaygın şiddet, yoksulluk ve zulüm ortamından kurtulmak amacıyla uluslararası sınırları aşmaya çalışan göçmenlerin sayısındaki artışla yakından bağlantılı kabul edilebilir.¹¹⁸ Zira Dünya genelinde artan terör saldırılarının ardından göç

¹¹⁶ H. Mutaf, 2015, s.1897.

¹¹⁷ Bkz. <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports/factsfigures&c=> The ECHR in facts&figures 2016, erişim, 18/11/2019.

¹¹⁸ Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'ne göre, yalnızca 2016 yılı sonu itibarıyla, 65.6 milyondan fazla kişi zorla dünya çapında yerinden edilmiş olup bu sayı İkinci Dünya Savaşı'ndan bu yana en fazla olanıdır.

fenomeninin bir güvenlik tehdidi olarak algılanması sonucu Sözleşmecî Devletlerce sığınma başvurularını engellemek ve yasal olmayan göç eylemlerini cezalandırmak yönünde bir eğilim sergilenmeye başlanmış; bu eğilime bağlı olarak mülteciler, sığınmacılar ve diğer düzensiz göçmenler, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezalandırmaya maruz kalma riskiyle karşı karşıya kalmışlardır.

Bu durumun sonucunda, göçmenlerin sınır dışı edilmeleri hâlinde söz konusu menşe ülkelerinde işkence ve kötü muameleyle maruz kalma risklerini öne sürerek sınır dışı işlemlerinin durdurulması amacıyla geçici tedbir talebinde bulundukları başvuruları AİHM önüne taşınmıştır. Nitekim AİHM tarafından verilen geçici tedbir kararlarının çoğu sınır dışı hâllerini kapsamaktadır. Bununla birlikte, başvurunun sağlığının hapisane şartlarıyla bağdaşmaması sebebiyle veya tedavisinin sağlanması maksadıyla hastaneye nakledilmesi, idam cezasının infazının ertelenmesi gibi çeşitli alanlarda verilen tedbir kararları da mevcuttur.¹¹⁹

Geçici tedbir uygulaması en tipik olarak Sözleşmenin 2. ve 3. maddelerinde korunan yaşam hakkı ve işkence ve kötü muamele yasağına yönelik başvurularda gündeme gelmektedir. Bahsi geçen maddeler kapsamında incelenen başvurularda geçici tedbir kararı verilebilmesi için ise başvuru konusu olayda *onarılmaz hasar riskinin* mevcut olması gerekmektedir.¹²⁰ Her ne kadar 39. maddenin lafzında ‘ tarafların yararı’ ve ‘yargılamanın uygun bir şekilde yürütülebilmesi’ şeklinde minimum düzeyde somutlaştırılmış¹²¹ koşullara yer verilmiş ise de geçici tedbir talepli başvurunun kabul edilebilmesi için Sözleşme haklarının ciddi ve geri dönülemez bir şekilde ihlal edileceği riskinin mevcut olması koşulu aranmaktadır. Bu nedenle AİHM uygulamasında geçici tedbir kurumunun genellikle sınır dışı dosyalarında gündeme gelmesi kaçınılmaz

¹¹⁹ H. Mutaş, 2015, s. 1896.

¹²⁰ *Mamatkulov ve Askarov/Türkiye*, (B No: 46827-99, 4/2/2005 § 105).

¹²¹ E. Göztepe, 2017, s.45.

olmaktadır. Zira söz konusu dosyalarda, hakkında ulusal makamlar tarafından sınır dışı ya da iade kararı verilmiş olan başvuruçular, gönderilecekleri ülkede yaşamlarının riske gireceği ya da Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanmış birtakım muamelelere maruz kalabilecekleri iddiasıyla AİHM'e başvuruda bulunmaktadır.

AİHM'in tedbire ilişkin istatistiklerine bakıldığında Türkiye aleyhine 2018 yılında toplam 207 tedbir talebi iletiltiği; bunlardan 169 başvurunun kapsam dışı olduğu; 8 talebin kabul edildiği, diğer 30 talebin ise reddedildiği anlaşılmaktadır. Bu istatistik darbe girişiminin yaşandığı 2016 yılında 485 başvuruydu ve bunların 410 adedinin kapsam dışı olduğu tespit edilmişti. Başvuruların 68'i reddedilirken 7 başvuru kabul edilmişti. Bu oranlar Türkiye aleyhine yapılan başvuruların çoğunlukla kapsam dışı alanlardan geldiğini göstermektedir. AİHM'e 2016 ile 2018 yılları arasında ulaşan toplam 5495 tedbir talepli başvurunun 922 adedi Türkiye aleyhine yapılan başvurulardır. Bu durum insan haklarının ihlal edildiği iddiasıyla AİHM önünde en çok şikâyet edilen ülke olma yönündeki kötü sicili tasdiklemektedir.¹²²

AİHM'in 2018 yılı istatistiksel analizlerinde geçici tedbir taleplerine ilişkin toplam karar sayısının 1,540 olduğu; 2017 yılına göre % 8 oranında azalma yaşandığı görülmektedir. AİHM 143 davada geçici tedbir bildirmiştir ve 486 davada tedbir talebini reddetmiştir. Kalan kısım ise, AİHM İçtüzüğü'nün 39. kuralının kapsamı dışında kalmıştır. Tedbirlerin % 59'u sınır dışı veya göçmenlik davaları ile ilişkin olarak yapılmıştır.¹²³ 2019 yılının yayımlanan ilk altı aylık verilerine göre Türkiye'den Afganistan, İran ve bir başka ülkeye (*others*) sınır dışı edilme işlemleri ile ilgili olarak yapılan 26 talebin reddedildiği; Tacikistan ve Birleşik Arap Emirlikleri'ne sınır dışı edilme ile ilgili olarak yapılan 2 talebin ise kabul edildiği görülmektedir.¹²⁴

¹²² 2018 ile 2019 arası dönem için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_art_39_02_ENG.pdf erişim, 19/11/2018.

¹²³ Bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2018_ENG.pdf, erişim, 18/11/2019.

¹²⁴ Bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_art_39_02_ENG.pdf, erişim, 18/11/2019.

AİHM 1988 ile 1999 yılları arasında 268 adet geçici tedbir talebini kabul etmiş; 2000 ile 2007 yılları arasındaki dönemde bu sayı keskin bir artış göstererek 525'e ulaşmıştır. Bu artışta *Mamatkulov* kararının payı olduğu yadsınamaz.¹²⁵



¹²⁵ *Mamatkulov ve Askarov/Türkiye* (4.2.2005), [GC], B.No: 46827/99 ve 46951/99)

II. BÖLÜM

ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU YOLUNDA TEDBİR KARARLARI

1. BİREYSEL BAŞVURU YOLU

1.1. Anayasa Mahkemesi'nin Yapısına ve Bireysel Başvuru Yoluna İlişkin

Genel Bilgiler

Bilindiği üzere, Türk hukuk sisteminde yargısal manada anayasal denetim görevi 1961 yılında kurulan AYM tarafından yerine getirilmektedir.

AYM kuruluşundan itibaren 2010 yılına kadar geçen sürede sadece *norm denetimi* yolu ile anayasal denetim görevini ifa etmekte idi. 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği halkoylaması sonucunda AYM, norm denetimi görevinin yanı sıra bireysel başvuruları incelemekle de görevlendirilmiştir.

2010 yılındaki değişiklikler nedeniyle AYM'nin kuruluşunu ve işleyişini düzenleyen mevzuatta da yenileme yapılması ihtiyacı duyulmuş; bunun üzerine yasa koyucu tarafından AYM'nin yetki ve görevlerinin neredeyse tamamının tek bir kanunda toplanması tercih edilerek buna göre hazırlanan 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı “*Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun*” yürürlüğe girmiştir.¹²⁶ Bunu takiben Anayasa'nın 149. maddesi ile 6216 sayılı Kanun'un 5. maddesinin verdiği yetki uyarınca AYM'nin iç düzeni ve işleyişini, yargılama usul ve esasları ile çalışanların özlük haklarını düzenleyen AYM İçtüzüğü (İçtüzük) 12/7/2012 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.¹²⁷

¹²⁶ 6216 sayılı Kanun için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6216.pdf>, erişim 3/11/2019.

¹²⁷ İçtüzük için bkz. <https://anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/ictuzuk/>, erişim 4/11/2019.

6216 sayılı Kanun ve İçtüzük hükümlerine bakıldığında AYM'nin Başkanlık, Genel Kurul, Bölümler, Komisyonlar, Genel Sekreterlik ile idari birimlerden oluştuğu görülmektedir. AYM; on beş üyeden oluşan Genel Kurul, bu üyelerden ve her biri yedi kişiden oluşan iki Bölüm ile Bölümlere bağlı olarak yine her biri iki kişiden oluşan toplam altı Komisyon ile yargılama faaliyetini yerine getirirken, idari faaliyetler Başkanlık ile Başkanlığa bağlı Genel Sekreterlik ve idari birimler tarafından ifa edilmektedir.

AYM Genel Kurulu, siyasi partilere ilişkin dava ve başvurulara, iptal ve itiraz davaları ile Yüce Divan sıfatıyla yürütülecek yargılamalara, gerekli görüldüğünde ise bireysel başvurulara bakmakla görevlidir. Bölümler ve Komisyonlar ise bireysel başvuruları incelemek ve karara bağlamakla görevlidirler.

Mahkeme başkanının veya başkanın belirleyeceği başkanvekilinin başkanlığında en az on iki üyenin katılımı ile toplanan Genel Kurul bazı istisnalar dışında salt çoğunluğa göre karar vermektedir.¹²⁸ Bölümler, başkanvekili başkanlığında dört üyenin katılımı ile toplanmakta ve kural olarak salt çoğunlukla; Komisyonlar ise oybirliği ile karar vermektedirler. Komisyonlar oybirliği ile karar veremezler ise başvuru Bölümlere iletilmektedir.

Anayasa Mahkemesi norm denetimi kapsamında tedbir kurumunu “yürürlüğün durdurulması” kararları ile uygulamaktadır.¹²⁹ AYM; kanunların, Cumhurbaşkanlığı

¹²⁸ Genel Kurul, Anayasa değişikliğinde iptale, siyasi partilerin kapatılmasına ya da devlet yardımından yoksun bırakılmasına karar verilebilmesi için katılan üyelerinin üçte iki çoğunluğu ile karar alabilmektedir.

¹²⁹ Anayasa Mahkemesi ilk kez 6/4/1972 tarihli (E.1972/13, K.1972/18) kararında kanunların yürürlüğünü durdurma yönünde tedbir uygulama yetkisinin bulunup bulunmadığını tartışmıştır. Karara konu olayda 25/3/1972 g nl  ve 14139 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “Deniz Gezmiş, Yusuf Aslan ve Hüseyin İnan'ın  l m Cezalarının Yerine Getirilmesine Dair” 17/3/1972 günlü, 1576 sayılı Kanunun Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülerek iptal edilmesi talep edilmiş; kesin karar verilinceye kadar geçici bir tedbir olarak şikayet konusu kanunun yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi de talep edilmiştir. Anayasa Mahkemesi yaptığı değerlendirmede; Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılan bir kanunun, yürürlüğünün durdurulması gibi ağır sonuçları olabilecek bir yetkinin Anayasa Mahkemesine ancak Anayasa ile verilmesi gerektiğini, soruna bir yargılama usulü konusu gibi bakılırsa bu defa yetkinin Mahkemenin kuruluşunu ve yargılama usulünü düzenleyen kanunda yer alması gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre, yürürlüğün durdurulması yetkisinin Anayasa ve ilgili kanunda Anayasa Mahkemesine tanındığını gösteren herhangi bir açık anayasal hüküm ya da kanun hükmü bulunmadığı gerekçesiyle yürürlüğün durdurulması talebini reddetmiştir.

kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İÇtüzüğünün Anayasa'ya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler. AYM, anılan normların Anayasa'ya aykırılığı iddiası ile sadece Anayasa'da sayılan kişi ve kurumlar tarafından açılan iptal davalarında, son karar verilinceye kadar geçici bir koruma olarak iptali istenen normun yürürlüğünün durdurulmasına karar vermektedir.¹³⁰ Ancak AYM'ye bu normların Anayasa'ya aykırı oldukları şikâyetiyle yapılan başvurularda esasa ilişkin karar verilinceye kadar geçici bir tedbir olarak yürürlüğü durdurma yönünde bir yetki ne Anayasa'da ne de yasalarda açıkça tanınmıştır. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi ilk kez 20 Ağustos 1993 tarih ve 509 sayılı Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (KHK) iptali için açılan davada esasa ilişkin bir karar verilinceye kadar KHK'nın yürürlüğünü geçici bir tedbir olarak durdurmuştur.¹³¹ AYM, geçici bir tedbir olarak yürürlüğün durdurulması kararı almasının gerekçesini ise “*iptal kararlarının etkililiğini temin etme*” amacına dayandırmıştır. Buna göre, hukukun üstünlüğü ve kararların etkililiğini korumak zorunda olan Anayasa Mahkemesi'nin bir yasanın ya da Türkiye Büyük Millet Meclisi İÇtüzüğünün yürürlüğünü durdurma kararını evleviyetle verebileceği kanısına varılmıştır.¹³² Doktrinde de hukuk devleti düşüncesi kapsamında, hukuka uygunluğu sağlamanın etkili yolunun yargısal denetim olmasından bahisle bu yetkinin eksiksiz kullanılabilmesi için son kararı vermeye yetkili organın yürürlüğün

¹³⁰ 16 Nisan 2017 tarihli Anayasa değişikliğiyle birlikte Cumhurbaşkanı'na Anayasa'da belirtilen alanlarda ve sınırlamalara uygun olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (CBK) çıkarma yetkisi verilmiş; CBK hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı iddialarını inceleme yetkisi ve görevi ise Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir. Buna göre, somut norm denetimi yolu ile CBK'ya karşı AYM'ye başvuru hakkı düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin somut norm denetimi yoluyla incelenmesi hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. M. Azaklı, “*Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Somut Norm Denetimi Yoluyla İncelenmesi*”, Anayasa Yargısı, 2019, C.XXXVI, S.1, s.73-102.

¹³¹ AYM, E.1993/33, K.1993/40-1, 21/10/1993.

¹³² Kararın gerekçesinde yer verilen “*Dava kavramı içinde yürütmenin durdurulması da vardır. Mahkemenin yürütmeyi durdurma yetkisi davayı görüp karara bağlama ödevi ve yetkisi içinde bir aşamadır. Yürütmenin durdurulması kararı, yargı bütünlüğü ilkesinin bir ön uygulamasıdır. Bu karar, sonuç karardan ayrı ama o davayla ilgili bir bölümdür. Son kararı vermeye yetkili organın, davanın bir başka bölümü için karar veremeyeceğinin kabulü "yargı yetkisinin eksiksiz kullanılmasıyla" bağdaşmaz.*” şeklindeki ifadede Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma yetkisini yargı yetkisine içkin kabul ettiği ve böylelikle uluslararası hukukta “*implied powers* (ing.)” olarak ifade edilen “*içkin yetki öğretisini*” benimsediği anlaşılmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. E. Göztepe, 2017, s.210-228.

durdurulması kararını da verebileceği savunulmaktadır.¹³³ AYM soyut ve somut norm denetimi yolu ile önüne gelen yürürlüğü durdurma talepli davalarda hangi koşullara göre talebin kabul edilebileceğine ve tedbirin içeriğine ilişkin yerleşik bir içtihadı sahiptir. Buna göre AYM, “*giderilmesi güç ya da olanaksız durum ya da zararın doğması*”, “*hukuka açıkça aykırılık*”, “*ivedilik*” ve “*kamu yararı*” koşullarına dayalı olarak tedbir kararları vermiştir.¹³⁴ Bu alanda üretilen standartların bireysel başvuru yolunda uygulanan tedbir kurumuna da teşmil edilmesi mümkündür. Ancak “*bireysel başvurunun kendine özgü doğası*” nedeniyle tedbir koşullarının ve içeriğinin güncellenmesi gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır.¹³⁵

Eldeki çalışma, AİHM geçici tedbir kararları ile karşılaştırmalı olarak AYM tedbir kararlarını incelemeye hasredildiğinden bu iki insan hakları yargısal denetim organının ortak paydada birleşen kararlarına odaklanılmış; bu kapsamda AYM’nin sadece bireysel başvuru yolundaki tedbir kararları değerlendirmeye alınmıştır. Bir bütün olarak anayasa yargısında geçici hukuki koruma kurumunun uygulanmasına ilişkin kapsamlı değerlendirmeler ise başka bir çalışmanın konusu olabilir. Bu nedenle norm denetimi yolunda “yürürlüğün durdurulması” yönündeki tedbir kararlarının içeriğine ve AYM’nin norm denetimi yolunda tedbir uygulama yetkisinin meşruiyetine ilişkin tartışmalara eldeki çalışmada yer verilmemiştir.¹³⁶

Yukarıda da ifade edildiği üzere, 2010 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişiklikleri kapsamında Anayasa Mahkemesi “bireysel başvuruları” inceleme ile yetkilendirilmiş ve 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren bu yetkiyi kullanmakla görevlendirilmiştir. Norm denetimi yolunda tedbir önlemi alma yönünde açık bir yetkisi

¹³³ M. Yıldız, **Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı**, Beta Yayınları, İstanbul, 1988, s.156.

¹³⁴ Bu konuda bir çalışma için bkz. M. Değirmencioğlu, **Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı Bağlamında Yürürlüğün Durdurulması**, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2004.

¹³⁵ T. Şirin, **Anayasa Şikâyeti**, s.615.

¹³⁶ Anayasa yargısında tedbir uygulaması hakkında karşılaştırmalı bir çalışma için bkz. M. Yıldız, 2004, s.79-174.

bulunmayan AYM'ye bireysel başvuru yolunda tedbir kararı verme yetkisi ise kuruluş kanununda yapılan değişiklik uyarınca açıkça tanınmıştır. Tedbir kurumunun normatif dayanağına ilişkin açıklamalara takip eden bölümde ayrıntılı bir şekilde yer verilmiştir.

AYM; ilgili mevzuat çerçevesinde tedbir talebi içeren başvuruları dosyalama, ilk incelemesini yapma ve bir karar verilmek üzere Bölümlere gönderme gibi yargısal faaliyetlere yardımcı nitelikteki işlemlerin seri bir şekilde takip edilmesi için idari bir örgütlenmeye gitmiştir. Buna göre, Komisyonlar Başraportörlüğü bünyesinde profesyonel çalışma disiplinine göre görev yapan Tedbir Bürosu (Tedbir Kalemi) ihdas edilmiştir. Tedbir Bürosunun çalışma usulüne ilişkin açıklamalara da ilgili bölümde ayrıntılı bir şekilde yer verilmiştir.

Tedbir talepli başvurular, tedbir talebi hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesini müteakip normal bir sıra dosyası niteliğini almakta ve diğer bireysel başvuru dosyaları ile aynı statüde işlem görmektedirler. Bu nedenle AYM'nin tedbir uygulama ve çalışma usulü ile tedbir kararları hakkında ayrıntılı açıklamalarda bulunulmadan evvel bireysel başvuru yolunun genel olarak çalışma ve yargılama usulü hakkında kısa ve tanımlayıcı nitelikte bilgi verilmesinin uygun olacağı değerlendirilmiştir.

1.2. Bireysel Başvuru Yolunun Tanımı, Amacı ve Genel Özellikleri

Bir temel hak ya da özgürlüğün ihlal edildiği iddiası ile bireylere doğrudan AYM'ye başvuruda bulunma imkânı sağlayan bireysel başvuru yolu günümüzde pek çok Avrupa ülkesinde uygulanmakta olan bir hukuk yoludur.

Doktrinde bireysel başvuru yolunun çeşitli şekillerde tanımlandığı görülmektedir.¹³⁷ Bu tanımların ortak noktası ise kamu gücü kullanan makamlar

¹³⁷ Bu tanımların bir kısmı için bkz. E. Ergül, **Anayasa Mahkemesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması**, Yargı Yayınevi, Ankara, 2012, s.5; P. Kunig, **“Anayasa Şikâyeti ve Yargı Sistemi Üzerindeki Etkileri”** Çev. Deniz Dursun, Uluslararası

tarafından temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini iddia eden bireylerin mevcut kanun yollarını tükettikten sonra başvuru yapabildikleri olağanüstü nitelikte bir hukuk yolu olmasıdır. Esasen Türk hukukuna 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile getirilen bireysel başvuru kurumu, Federal Almanya’da 1951 yılından itibaren yasa düzeyinde, 1969 yılından itibaren anayasa düzeyinde düzenlemesi yapılmış olan¹³⁸ “anayasa şikâyeti” kurumunun bir benzeridir. Anayasa şikâyeti mekanizması temel hakların doğrudan korunmasına ilişkin bir mekanizma olduğundan hak ihlallerinin ileri sürülebildiği diğer cezai, hukuki ya da idari kanun yollarına kıyasla daha etkili bir hukuk yoludur. Bu noktada bireysel başvuru yolunun *actio popularis* olarak da bilinen halk davası ile aynı anlama gelmediğini vurgulamak gerekir. Nitekim *actio popularis*, hukuka aykırı bir düzenlemeye karşı, toplumun menfaatlerini korumak amacıyla kişisel bir zarara uğrama koşulu aranmaksızın, hukuksuzluğun giderilmesi için herkes tarafından açılabilen bir davadır.¹³⁹ Oysa bireysel başvuru yolu temel hakları kişisel ve doğrudan ihlal edilmiş olan kişilerin başvurabileceği bir yoldur. *Actio popularis* davasında objektif nitelik ön plandayken, bireysel başvuruda subjektif nitelik ön plandadır. Objektif koruma işlevi bireysel başvuruda ikincil niteliktedir.¹⁴⁰

Sempozyum, Ankara, 19-20 Mart 2010, Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim, (Türkiye’de Anayasal Değişim Beklentileri), Türkiye Barolar Birliği Yayını, No.200, 2011,s.322; C. Aliyev, **Anayasa Şikâyeti**, Beta Basım, İstanbul, 2010, s.12-13. Doktrinde yer alan tanımlar içerisinde en kapsamlı olanı Tolga Şirin tarafından yapılan tanımdır. Tolga Şirin’e göre bireysel başvuru “*Anayasada veya anayasal belgede öngörülen belirli hak ve belirli hak ve özgürlüklerden birinin veya birden fazlasının, yasama, yürütme ve yargı erklerinden bir veya birden fazlası tarafından icrai veya ihmali bir edimle ihlal edilmesine karşı, hakkı ihlal edilen veya kamu düzenini gerektiren hallerde özel olarak yetkilendirilmiş kişi veya kişiler tarafından, söz konusu ihlalin geçici tedbir, iptal veya tespit kararları yoluyla önlenmesi amacıyla, olağan hukuk yolları tüketildikten sonra, ihlale konu olan eylem veya eylemsizliğin anayasaya veya anayasal belgeye uygunluğunu incelemeye yetkili Mahkeme önünde dava edilmesi imkânı tanıyan usuli bir haktır.*” T. Şirin, **Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013. s.11.

¹³⁸ A.Heper, **Anayasa Şikâyeti Konusunda Bazı Düşünceler**, Ceza Hukuku Dergisi, C.VII, S.19, Ağustos 2012, s.136-252, s.137.

¹³⁹ T.Şirin, 2013. s.40.

¹⁴⁰ E. Göztepe, **Anayasa Şikâyeti**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 530, AÜHF Döner Sermaye Yayınları No: 45., 1998, s.21.

12/9/2010 tarihli halkoylaması ile Anayasa’da yapılan değişiklik sonucunda Türk Hukuk Sistemine dâhil edilen “Bireysel Başvuru yolu” normatif dayanağını Anayasa’nın 148. maddesine eklenen üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralardan almaktadır. Bu düzenlemeye göre *“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır. Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz. Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.”*

Bu değişikliğin gerekçesinde; Türkiye’de iyi işleyen bir bireysel başvuru sisteminin kurulmasıyla birlikte insan hakları ihlallerinin ulusal hukuk içerisinde çözülmesinin amaçlandığı, böylece AİHM’e yapılan başvuruların azaltılmasının hedeflendiği açık bir şekilde belirtilmiştir. Bu faydacı yaklaşımdan ziyade bireysel başvuru kurumunun ihdas edilmesinin temel amacı, ulusal hukukta insan haklarını koruma standartlarını yükseltmek ve kamu gücü kullanan makamların temel hak ve özgürlüklere saygı gösterme yükümlölüklerini yerine getirmedikleri durumlarda bağlayıcı nitelikte kararlar almak suretiyle anayasal bir denetim mekanizması oluşturmaktır. Bununla birlikte, AYM anılan gerekçe nedeniyle bireysel başvuru yolunda AİHM içtihadını takip etmek ve bu içtihadın gerisinde kalmamak zorundadır. Nitekim Türkiye’den AİHM’e yapılan başvuruların nicelik olarak azaltılabilmesi, AİHM içtihadının niteliksel takibi ile mümkün olabilecektir. AYM’nin AİHM içtihadının ötesine geçerek insan haklarını koruma standardını yükseltmesinin ve uluslararası bir mahkeme niteliğini haiz AİHM tarafından içtihadı takip edilen bir ulusal mahkemeye dönüşmesinin önünde herhangi bir engel bulunmadığı açıktır.

1.3. İşlevi

AYM'ye bireysel başvuru, “ikincil nitelikte bir kanun yoludur.”¹⁴¹ İkincillik ilkesi¹⁴² bireysel başvuru yolunun en temel ilkesidir. AYM ikincillik ilkesini şu şekilde açıklamaktadır:

“Temel hak ve özgürlüklere saygı, devletin tüm organlarının uyması gereken bir ilke olup bu ilkeye uygun davranılmadığı takdirde ortaya çıkan ihlale karşı öncelikle yetkili idari mercilere ve derece mahkemelerine başvurulmalıdır. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, ikincil nitelikte bir kanun yoludur. Temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının öncelikle genel yargı mercilerinde olağan kanun yolları ile çözüme kavuşturulması esastır. Bireysel başvuru yoluna, iddia edilen hak ihlallerinin bu olağan denetim mekanizması içinde giderilememesi durumunda başvurulabilir”¹⁴³

Buna göre kişilerin bireysel başvuruya konu haklarının ihlal edildiği iddialarını ilk önce adli ve idari merciler önünde dile getirip bu süreçleri tüketmeleri gerekir. Bu süreçlerin sonunda hak ihlali giderilememiş ise bireysel başvuruda bulunulması söz konusu olacaktır. Zira temel hak ve özgürlüklere saygı duyma, bu özgürlükleri koruma onları uygulama ve yerine getirme görevi öncelikle AYM'ye değil, adli ve idari organlara aittir.¹⁴⁴

Bireysel başvuru yolu bir yandan bireylerin temel hak ve özgürlüklerini koruma işlevi (sübjektif işlev) görürken diğer yandan Anayasa'daki temel hak ve özgürlüklerin yorumlanmasına ve geliştirilmesine, temel hak ve özgürlüklerin kapsamının ve

¹⁴¹ Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt, (B. No: 2012/403, 26/3/2013, § 17).

¹⁴² T.Şirin, 2013,s. 497 vd.

¹⁴³ Bayram Gök, B.No:2012/946, 26/3/2013, §§ 17-18.

¹⁴⁴ H.S. Çelikyay, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının ‘Başvuru Yollarının Tüketilmemesi’ Ölçütü Açısından Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LXXIII, 2015, S.1, s. 23.

sınırlarının belirlenmesine de katkı sağlar (objektif işlev).¹⁴⁵ Ayrıca bireysel başvuru yoluyla kamu işlem ve eylemleri denetlenir ve bu yolla hukukun üstünlüğü ilkesi ve hukuk düzeni korunur.¹⁴⁶

2. BİREYSEL BAŞVURU YOLUNDA TEDBİR UYGULAMASI

2.1. Tedbir Uygulamasının Normatif Dayanağı

Tedbir uygulaması, “6216 sayılı Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un “Esas hakkındaki inceleme” kenar başlıklı 49. maddesinin beşinci fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir:

“Bölümler, esas incelemesi aşamasında, başvurusunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere resen veya başvurusunun talebi üzerine karar verebilir. Tedbire karar verilmesi hâlinde, esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Aksi takdirde tedbir kararı kendiliğinden kalkar.”

Görüldüğü üzere Kanundaki düzenlemede “geçici” ibaresi yer almamaktadır. AYM İçtüzüğü’nün 73. maddesinin kenar başlığında da aynı şekilde “geçici” kavramı kullanılmamıştır. Buna ek olarak uygulamada AYM tarafından verilen kararlarda da “tedbire ilişkin ara karar” ifadesinin kullanıldığı bilinmektedir.

AYM tarafından kurumu ifade etmek üzere sadece “tedbir” kavramının kullanılmasının isabetli bir tercih olduğu kanaatindeyiz. Zira geçici bir süre için geçerli olmaları tedbir kararlarının doğasında bulunmaktadır; bunun ayrıca belirtilmesinin pratik

¹⁴⁵ K. Kanadoğlu, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s.11, Ö.D. Aydın, “*Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XV, S.4, s.126, ayrıntılı bilgi için bkz. Y. Metin, “*Bireysel Başvurunun Hukuki İşlevleri*”, Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, 2014, S.2, s.41-67.

¹⁴⁶ H. T. Gökcen, “*Bireysel Başvuruda İkincillik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2018, S.135, s.11.

bir faydası bulunmamaktadır. Bununla birlikte insan hakları yargısında kurumu ifade etmek üzere “geçici” kavramının kullanılması kurumun İngilizce ifadesinde yer alan “interim¹⁴⁷” teriminden mülhem olabilir. Öte yandan, genel muhakeme hukukunda çeşitli tedbir türlerini ifade eden bir üst başlık olarak “geçici hukuki koruma” kavramının kullanılmakta olduğu bilinmektedir.¹⁴⁸

AYM İçtüzüğü’nün “Tedbir kararı” kenar başlıklı 73. maddesi şöyledir:

“(1) Başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşıldığı üzerine, Bölümlerce esas inceleme aşamasında gerekli tedbirlere resen veya başvurucunun talebi üzerine karar verilebilir.

(2) İncelenen başvurulara ilişkin olarak; resen ya da başvurucunun talebi üzerine dosyanın esas hakkında karar verilmeden önce, tedbir kararına başvurulması halinde başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşıldığı üzerine, Komisyonlarca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesi derhal yapılarak, tedbir hususunu da karara bağlamak üzere başvuru, ilgili Bölüme gönderilir.

(3) Bölüm, tedbire karar verilmesi halinde gereğinin ifası için bunu ilgili kişi ve kuruma bildirir.

(4) Tedbir kararı verilen başvurunun esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Tedbirin devamı konusunda yeni bir karar alınmadığında, başvurucunun hakkının ihlal edilmediğine ya da başvurunun düşmesine karar verildiği durumlarda tedbir kararı kendiliğinde kalkar.”

2.1.1. Kanun ile İçtüzük Arasındaki Uyumsuzluk

Yukarıda yer verilen hükümlerin incelenmesinden; tedbir kurumunun normatif dayanağını 6216 sayılı Kanun’un 49. maddesinden aldığı; bununla birlikte AYM’nin iç işleyişini düzenlemek üzere Genel Kurul tarafından hazırlanarak kabul edilen İçtüzükte

¹⁴⁷ interim (ing.): geçici, aralık, boşluk. orijinal tanım için bkz. Webster’s Encyclopedic Unabridged Dictionary of the English Language, Deluxe Edition, Gramercy Books, New York, 1994, s.994.

¹⁴⁸ E. Erişir, 2013, s.15.

de tedbire ilişkin hükümlere yer verildiği görülmektedir. Ancak Kanundaki düzenlemeden farklı bir şekilde tedbir talep edilebilecek hakların İçtüzükle sınırlandırıldığı görülmektedir.

Bilindiği üzere, Anayasa'nın 149.maddesi AYM'nin yargılama usulünün kanunla; çalışma esaslarının ise içtüzükle düzenleneceğini hüküm altına almıştır. Buna mukabil 6216 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (c) bendinde Mahkemenin çalışma, yargılama usul ve esaslarının içtüzükle düzenleneceği hükmü yer almaktadır. Buna göre AYM, yargılama usulüne ilişkin düzenlemeleri de içtüzük aracılığı ile yapabilmektedir. Başka bir ifadeyle AYM, Anayasa'nın kendisine tanıdığı görev alanındaki işlerin yargılama usullerini kendi yaptığı İçtüzükle düzenleyebilmektedir.

Daha önce de ifade edildiği üzere tedbir kurumu usul hukukunun bir aracıdır. Nihai kararın etkili bir hukuki koruma sağlaması amacıyla alınan ve karar verme sürecine ilişkin olan tüm kararlar, usul hukuku kapsamında kabul edilmektedir. Doktrinde; münhasıran kanunla düzenlenmesi gerektiği Anayasa'da açıkça belirtilen yargılama/usul hukukuna ait bir meselenin AYM'nin kendi Genel Kurulu tarafından hazırlanan İçtüzükle düzenlenmesi; hatta bu düzenleme kapsamında yasa koyucunun amacına aykırı bir şekilde Kanunu daraltıcı hükümlere yer verilmesi Anayasa'ya aykırı bir uygulama olarak değerlendirilmekte ve eleştirilmektedir.¹⁴⁹

AYM, 6216 sayılı Kanun'da herhangi bir hak daraltması yapılmadığı hâlde İçtüzükte yer alan düzenlemeyi temel alarak tedbir kararı verilebilecek haklar konusunda daraltıcı yorum yapmaktadır.¹⁵⁰ Nitekim *Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz*

¹⁴⁹ Birçok benzer görüş arasından bkz: E. Göztepe, 2017, s.234; **Muharrem İlhan Koç**, "Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün Kapsamı ve Bireysel Başvuru, Barobirlik e-dergi, Sayı: 10, <http://ebarobirlik.barobirlik.org.tr/EB/ekim2014/assets/basic-html/page-33.html#>, erişim, 13/10/2019.

¹⁵⁰ Bireysel başvuru yolunda hakların genişletici veya daraltıcı yoruma tâbi tutulmasına ilişkin olarak ayrıntılı bir çalışma için bkz. M. Erdoğan, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019.

kararında¹⁵¹ bazı internet sitelerinde ve sosyal medya hesaplarında yer alan içeriklere erişimin engellenmesine dair Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (BTK) kararı nedeniyle anayasal hakların ihlal edildiği ileri sürülerek tedbir talebinde bulunulan başvuruyu kapsam dışı bularak tedbir talebi yönünden reddetmiştir. AYM, anılan internet sitesine erişim engelleme kararının ifade özgürlüğü ve adil yargılanma hakkına aykırı olduğu ileri sürülerek işlemin yürütmesinin durdurulması yönündeki tedbir talebini, İçtüzük uyarınca başvuruçuların “yaşamlarına ya da maddi veya manevi bütünlüklerine” yönelik ciddi nitelikte tehlike olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Oysa bu tedbir talebi, tedbir kurumunun düzenlendiği 6216 sayılı Kanun’un 49. maddesi uyarınca “başvurucunun temel haklarının korunması için zorunlu” olma koşuluna genişletici yorumla yaklaşarak tedbir kapsamında değerlendirilebilirdi.¹⁵² Zira AYM, *Abdolghafoor Rezaei*¹⁵³ kararında “manevi bütünlük” kavramını geniş yorumlayarak aile yaşamına saygı hakkına ilişkin konuları “manevi bütünlük” içinde saymıştır ve böylelikle İçtüzükteki düzenleme uyarınca tedbir kapsamında görmüştür.¹⁵⁴ AYM içtihadına göre, Mahkeme olayların başvuruçuları tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir etmektedir.¹⁵⁵ Anılan kararda başvuruçuları; Afganistan'a geri gönderilmesi hâlinde Taliban terör örgütünün faaliyetleri nedeniyle yaşam hakkı ile kötü muamele yasağının, bakıma muhtaç beş çocuğu bulunması nedeniyle de özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkının ihlal

¹⁵¹ AYM, *Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz (2)*, (B.No: 2015/15977, 12/6/2019).

¹⁵² Benzer yönde bir eleştiri için bkz. *Şirin*, s.254. *Şirin*'e göre, *Normlar hiyerarşisi uyarınca kanunda yer almayan ek bir sınırlamanın İçtüzük yoluyla getirilmesi mümkün değildir. Öte yandan, bireysel başvuru hakkına yönelik bu sınırlamanın bir temel hak sınırlaması olduğu, Anayasa'nın 13'üncü maddesi uyarınca bu sınırlamanın İçtüzük yoluyla değil “ancak kanunla” yapılabileceği dikkate alındığında söz konusu sınırlamanın Anayasa'ya aykırı olduğu düşünülebilir.*

Bilindiği üzere 1982 Anayasası'nın 148'inci maddesinde Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi olan normlar şu şekilde belirlenmiştir: kanunlar, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü. Buna göre, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün tedbir talebinde bulunulabilecek temel hakları daraltılmasının Anayasa'ya aykırı olduğu hususunda anayasal denetim yapılması mümkün gözükmemektedir.

¹⁵³ AYM, *Abdolghafoor Rezaei*, (B.No:2015/17762, 1/12/2015).

¹⁵⁴ *Şirin*, s.255.

¹⁵⁵ AYM, *Tahir Canan*, (B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16).

edileceğini ileri sürmüştür. AYM yaptığı değerlendirmede başvurunun tüm iddialarının Anayasa'nın 17. maddesinde kapsamında değerlendirildiğini belirterek başvurunun özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında ileri sürdüğü ihlal iddiaları “manevi bütünlük” içinde kabul edilmiştir.

2.1.2. Kanun İle İçtüzük Arasındaki Uyumsuzluğun Çözümü

6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin (5) numaralı fıkrasının lafzi yorumundan yasama organının tedbir konusunda herhangi bir hak sınırlaması yapmayı düşünmediği anlaşılmaktadır. Zira hangi hakların tedbir kapsamında olduklarına dair tüketici bir yöntemle hakların tek tek belirlenmeleri mümkün iken yasa koyucu tarafından “*temel haklar*” üst başlığının tercih edildiği açıkça görülmektedir.

Doktrinde Ece Göztepe'ye göre, İçtüzüğün 73. maddesinde tüketici usulle sayılan yaşam hakkı ve işkence yasağı dışındaki temel haklar ve ilkeler söz konusu olduğunda da tedbir kararı verilebilmelidir. İçtüzükteki düzenleme, yaşam hakkı veya işkence yasağı söz konusu olduğunda bu kararın önem derecesi yüksek olduğundan acil ve öncelikli olarak verilmesi gerektiği şeklinde yorumlanmalıdır.¹⁵⁶ Göztepe, sınırlayıcı nitelikteki içtüzük düzenlemesinin AYM'ye yönelik bir *acil uygulama emri* olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. İçtüzükteki sınırlamaya dayanılarak yaşam hakkı veya işkence yasağı dışındaki temel haklar yönünden tedbir taleplerinin kabul edilmemesi, normlar hiyerarşisi çerçevesinde kanun ile içtüzük arasındaki hiyerarşiye aykırılık oluşturacaktır.¹⁵⁷

Kanundaki düzenlemenin lafzi yorumundan; Bölümlerce esas yönünden yapılan inceleme sırasında hangi koşulların bir araya gelmesi durumunda “temel hakların

¹⁵⁶ Göztepe, 2017, s.236.

¹⁵⁷ Göztepe, 2017, s.237.

korunması için zorunluluk” arz eden bir durumun ortaya çıkacağı noktasında yasa koyucu tarafından AYM’ye geniş bir takdir yetkisi tanındığı sonucu çıkmaktadır. Kanaatimizce bu takdir yetkisine dayanılarak İÇTüzük aracılığı ile bir maddi hukuk kuralı ihdas edilip tedbir uygulanabilecek temel hakların sınırlandırılması yöntemi normlar hiyerarşisine aykırı bir düzenleme olduğu gibi tedbir uygulamasının temel varlık nedenine de uygun değildir. Zira uluslararası insan hakları denetim organlarınca kuruma ilişkin normatif bir düzenlemenin bulunmadığı dönemlerde dâhi kararların etkililiği veya demokratik hukuk devleti olmanın gerekliliği gibi argümanlara dayanılarak tedbir kararları alındığına değinmiştik.

AYM’nin 6216 sayılı Kanun’dan aldığı takdir yetkisine dayanarak “temel hakların korunması için zorunlu” gördüğü durumları her bir hak yönünden -somut olayın özel koşullarını- da dikkate alarak yorumlaması ve tedbir uygulama alanına ilişkin dinamik bir hareket alanı belirlemesi doğru bir yöntem olabilirdi.

Öte yandan, İÇTüzük düzenlemesi ile tedbir alanının daraltılmaya çalışılması yönündeki tercih, kapsam dışı nitelikte çok sayıda tedbir talepli başvuru yapılmasını önleme amacına da matuf olabilir. Zira gereksiz bir iş yükü altında ezilen Mahkeme, tedbir kurumu ile ulaşılmak istenen amaca uygun olmayan birçok başvuru nedeniyle ciddi nitelikli başvuruları karşılamakta zorlanmaktadır. Benzer bir iş yükü endişesi, AİHM tarafından da hissedilmiş ve tedbir talepli başvuruların nicelik olarak azaltılabilmesi için AİHM, başvurularda aradığı niteliği yükseltmiştir.

Kanaatimizce kanun koyucunun iradesi tedbir kurumu ile korunacak alanın temel hakların tümünü kapsaması yönündedir. Diğer bir ifadeyle, yaşam hakkı veya işkence ve kötü muamele yasağı dışındaki temel haklara ilişkin olmak üzere kurumun uygulanmaması durumunda inceleme sonucu verilecek bir ihlal kararının etkililiğinden söz edilemeyecek ve bu karar ile mağdurun zararı telafi edilemeyecek ise bu haklar da tedbir kapsamına alınabilir olmalıdır. Bununla birlikte, tedbir kurumunun amacı ve işlevi

dikkate alındığında adil yargılanma hakkı veya ifade özgürlüğü gibi temel haklar yönünden tedbir gerekliliği duyulması oldukça istisnai durumlarda söz konusu olabilecektir. Bu haklar için mevcut olduğu düşünülen acil bir durumda, yan karar niteliğindeki tedbir kararına başvurmak yerine, esasa ilişkin asıl kararı hızlı bir şekilde vererek temel hakların etkili bir şekilde korunması yolu tercih edilebilir.

2.2. Tedbir Başvurularının İncelenme Usulü

2.2.1. Ön inceleme ve Tedbir Bürosu

AYM'ye tedbir talebi ile yapılan başvurular bireysel başvuru formu kullanılmak suretiyle bireysel başvuru içeriğinde iletilmektedir. Bireysel başvuru, 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile 12/7/2012 tarihli ve 28351 sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi İçtüzüğüyle belirlenen bir takım şekil şartlarına bağlanmıştır. Bir bireysel başvurunun esas yönünden incelenebilmesi için ilgili mevzuat ile belirlenen şekil şartlarına uygun olarak başvuru yapılması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 59. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, bireysel başvuruların başvuru formu doldurulmak suretiyle yapılacağı belirtilmiş, maddenin (2) numaralı fıkrasında, bireysel başvuru formunda bulunması gereken hususlara,¹⁵⁸ maddenin (3) numaralı fıkrasında bireysel

¹⁵⁸ Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 59. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir: “Başvuru formunda aşağıdaki hususlar yer alır: “a) Başvurucunun adı, soyadı, vatandaşlık numarası, doğum tarihi ve yeri, uyruğu, cinsiyeti, mesleği ve adresi, varsa telefon numaraları ve elektronik posta adresi. b) Başvurucu tüzel kişi ise unvanı, adresi ve tüzel kişiliği temsile yetkili kişinin kimlik bilgileri, varsa telefon numaraları ve elektronik posta adresi. c) Kanuni temsilcisi ya da avukatı varsa, kanuni temsilcisinin ya da avukatının adı, mesleği ve adresi, varsa telefon numarası ve elektronik posta adresi. ç) Kamu gücünün ihlale neden olduğu iddia edilen işlem, eylem ya da ihmeline dair olayların tarih sırasına göre özeti. d) Bireysel başvuru kapsamındaki haklardan hangisinin hangi nedenle ihlal edildiği ve buna ilişkin gerekçeler ve delillere ait özlü açıklamalar. e) Başvurucunun güncel ve kişisel bir temel hakkının doğrudan zedelendiği iddiasının dayanakları. f) Başvuru yollarının tüketilmesine ilişkin aşamalar. g) Başvuru yollarının tüketildiği veya başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarih. ğ) Başvuru mazeret nedeniyle süresi içinde yapılamamışsa buna dair açıklamalar. h) Başvurucunun talepleri. ı) Başvurucunun Mahkeme önünde devam eden bir başka başvurusu varsa numarası. i) Varsa kamuya açık belgelerde kimliğinin gizli tutulması talebi ve bunun gerekçeleri. j) Kısa mesaj (SMS) veya elektronik posta yoluyla bilgilendirme yapılmasını isteyip istemediği. k) Başvurucunun varsa avukatının ya da kanuni temsilcisinin imzaları.

başvuru formuna eklenmesi gereken belgelere yer verilmiştir.¹⁵⁹ İlk inceleme aşamasında bireysel başvuru dosyasında 6216 sayılı Kanun'da ve İçtüzükte belirlenen esaslara aykırı olarak herhangi bir eksiklik tespit edilmiş ise eksikliğin giderilmesi amacıyla eksiklik bildirim yazısı başvurucaya tebliğ edilmekte ve eksikliklerin giderilmesi için başvurucaya on beş gün olmak üzere kesin süre verilmektedir. Eksikliklerin tamamlattırılmasına dair yazıda başvurucaya geçerli bir mazereti olmaksızın verilen kesin sürede eksiklikleri tamamlamadığı takdirde başvurusunun reddine karar verileceği bildirilir.¹⁶⁰ Bu süre içinde eksikliklerin tamamlanmaması hâlinde başvuru diğer hususlar yönünden incelenmeden idari yönden Komisyonlar Başrapörtörü tarafından reddedilir. Öte yandan bireysel başvurunun başvuru yollarının tüketildiği tarihten itibaren, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılmaması hâlinde de idari ret kararı verilebilir. Başvurucular idari ret kararına karşı, kararın tebliğ tarihini izleyen günden itibaren yedi gün içinde Anayasa Mahkemesi'ne itiraz etme hakkına sahiptir. Bu konuda Komisyon'un verdiği kararlar kesindir.¹⁶¹

Tedbir talebiyle yapılan başvurularda ise sıkı şekil şartlarının aranmadığı ifade edilebilir. Zira tedbir talebinin değerlendirildiği aşamada henüz şikâyet konusu yapılan kamu gücü ya da işlemin esası hakkında herhangi bir değerlendirmede bulunulmamaktadır. Bu aşamada başvuru tedbir kararı alınmasını gerektiren bir durumun mevcut olup olmadığı yönünden incelenmektedir. Bu nedenle, özellikle ceza infaz

¹⁵⁹ Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 59. maddesinin (3) numaralı fıkrası şöyledir: *Başvuru formuna aşağıdaki belgeler ya da onaylı örnekleri eklenir: a) Kanuni temsilci veya avukat vasıtasıyla takip edilen başvurularda başvurucaya temsile yetkili olduğuna dair belge. b) Harcın ödendiğine dair belge. c) Nüfus cüzdanı örneği, başvuruca yabancı ise geçerli kimlik belgesi. ç) Tüzel kişilerde tüzel kişiliği temsile yetki belgesi. d) Nihai karar ya da işlem tebliğ edilmişse tebellüğ belgesi. e) Dayanılan belgelerin asılları ya da onaylı örnekleri. f) Tazminat talebi varsa uğranılan zarar ve buna ilişkin belgeler. g) Başvuru süresinde yapılamamışsa varsa mazereti ispatlayan belgeler”.*

¹⁶⁰ Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 66. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir: *“Eksikliklerin tamamlattırılmasına dair yazıda başvurucaya geçerli bir mazereti olmaksızın verilen kesin sürede eksiklikleri tamamlamadığı takdirde başvurusunun reddine karar verileceği bildirilir.”*

¹⁶¹ Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası şöyledir: *“Başvurunun; süresinde yapılmadığı, 59 uncu ve 60 ıncı maddelerdeki şekil şartlarına uygun olmadığı ve tespit edilen eksikliklerin verilen kesin sürelerde tamamlanmadığı hâllerde Komisyonlar Başrapörtörü tarafından reddine karar verilir ve başvurucaya tebliğ edilir. Bu karara tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde Komisyona itiraz edilebilir. Bu konuda Komisyonların verdiği kararlar kesindir.”*

kurumunda tutuklu veya hükümlü statüsünde bulunan başvuru sahiplerinin olumsuz sağlık koşullarını ileri sürerek tedbir talebinde bulundukları başvurular ilk bakışta fark edilen şekil eksikliklerine rağmen Tedbir Bürosunca ele alınarak incelenmektedir. Bu inceleme öncelikle tedbir talebinin kapsam dışı olup olmadığı hususunda yapılmaktadır.

Bununla birlikte Mahkeme, artan oranda tedbir talepli başvuruyu karşılayabilmek için biz dizi önlem almayı gerekli görmüş; bu kapsamda resmi internet sitesinden “Tedbir Taleplerinin Değerlendirilmesindeki İlkeler” başlığı ile bir duyuru yayımlamıştır. Bu duyuruya göre, Mahkeme’ye saat 16:00’den sonra ulaşan tedbir talepleri değerlendirilmeyecektir. Bu talepler ertesi gün değerlendirmeye alınacaktır. Mahkeme’ye tedbir talepleri mutlaka bireysel başvuru formunda bulunan “Tedbir Alanı” doldurularak iletilmelidir. Ayrıca bu talebin gerekçesinin de açıkça yazılması gerekmektedir. Bahsedilen bölüme tedbir talebi ve bunun gerekçesi yazılmadığı takdirde tedbir yönünden Mahkemece herhangi bir değerlendirme yapılmayacaktır. Mahkeme’ye sadece İçtüzüğü’nün 73. maddesi uyarınca başvuru sahibinin yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşıldığı üzerine tedbir kararı verileceği dikkate alınmalıdır.¹⁶²

Mahkemeye yapılan tedbir talebinin kapsam dışı olmadığı anlaşıldığı durumda Komisyonlarca başvurunun kabul edilebilirliği hakkında derhal karar verilmesini müteakip veya kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılması ve tedbir talebi hususunda bir karar verilmesi amacıyla başvuru Bölümlere sevk edilmektedir. Bu noktadan itibaren Tedbir Bürosunun görevi, ilgili Raportörün koordinesinde tedbir kararı alınmasını gerektiren koşulların mevcut olup olmadığını araştırmaktır. Kapsam dışı olmadığı değerlendirilen başvurularda, başvuru sahiplerinin sağlık kurumlarına erişimlerinin olanaklı olup olmadığını ortaya çıkarmak üzere ilgili kamu

¹⁶² İlgili duyuruya Mahkeme web sitesinden ulaşılabilir. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/bireysel-basvuru/tedbir-taleplerinin-degerlendirilmesindeki-ilkeler/>

kurumları ile resen yazışma yapılarak başvuruçunun içinde bulunduğu koşullara ilişkin bilgi veya belge toplanmaktadır.

Kapsam dışı olduğu değerlendirilen başvurular ise normal bir sıra dosyasına dönüşerek rutin ön inceleme aşamasından geçirilmekte ve kabul edilebilirlik hiyerarşisine uygun olarak kabul edilebilirlik kriterleri yönünden değerlendirmeye tabi tutulmaktadır.

AYM “*Hizmet Birimlerinin Görevleri, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik*” (Yönetmelik) Tedbir Bürosunun çalışma usulüne ilişkin ayrıntıları düzenlemiştir. Buna göre, AYM’ ye tedbir talebiyle yapılan başvurular öncelikle Bireysel Başvuru Müdürlüğüne ulaşmaktadır. Bireysel Başvuru Müdürlüğü bünyesinde bulunan Kabul ve Kayıt Bürosu, tedbir talebi olan başvuru dosyalarını hazırlayarak ivedilikle Tedbir Bürosuna iletmekle mükelleftir.

AYM’ye bireysel başvuru yolunda tedbir talepleri bireysel başvuru sırasında ileri sürülebilir. AYM bu konudaki değerlendirmesini, kabul edilebilirlik veya esasa yönelik kararlardan bağımsız olarak yapmaktadır.¹⁶³

Uygulamada, tedbir talebi bulunan başvurular, fiziksel dosyaların tekemmül etmesi beklenilmeden Tedbir Bürosuna ulaştırılmaktadır. Tedbir talepli başvuruların iletildiği Tedbir Bürosunun görevleri ise anılan Yönetmeliğin 64. maddesinde belirlenmiştir. Buna göre, tedbir talepli olduğu ön büro görevlilerince tespit edilen bir başvuru değerlendirme yapılması için ilgili Raportöre Tedbir Bürosu tarafından ivedilikle iletilmektedir. Raportörce yapılan ilk incelemede talebin kapsam dışı ya da kapsam dâhilinde olup olmadığı belirlenmektedir.

Uygulamada kapsam içinde olduğu değerlendirilen başvurular hakkında tedbir yönünden kabul veya ret kararı verilebilmesi için yapılması gerekli olan araştırma Tedbir

¹⁶³ T. Şirin, **Bireysel Başvuru Usul Hukuku**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi, 2018, s.251.

Bürosu aracılığı ile yapılmaktadır. Buna göre tedbir bürosu, başvurularda eksiklik bildiriminde bulunarak tedbir talebinin değerlendirilebilmesi için gerekli olan evrakları toplamaya çalışmaktadır. Eksiklik yazısına konu olan bilgi veya belge çoğunlukla sınır dışı dosyalarında başvurularda hakkındaki sınır dışı kararları olmaktadır. Zira başvuru hakkında herhangi bir sınır dışı kararının mevcut olup olmadığını ortaya çıkarabilmek için sınır dışı kararına ihtiyaç duyulmaktadır ve bunun başvurularda tarafından AYM'ye sunulmuş olması gereklidir. AYM tedbir talepli sınır dışı başvurularında eğer bireysel başvuru dosyasının ekinde sınır dışı kararı mevcut değil ise başvurularda kesin bir süre vererek bu eksikliği tamamlatmaya çalışmaktadır. Nitekim yoğun iş yükü altında görev yapmaya çalışan AYM'nin her bir sınır dışı başvurusunda -başvurunun temelini oluşturan bir belge dâhil- tüm eksiklikleri resen tamamlamasını beklemek tedbirin acil bir şekilde karar verilmesini gerektiren doğasına ters düşmektedir. Başvurularda iddialarını temellendirmek zorundadır.

Tedbir talebi içeren dosyaların eksik evraklarına ilişkin yazışmalar, ilgili kişi ve kamu kurumundan talep edilen bilgi veya belgeye ilişkin müzakereler ve buna benzer sair yazışmalar da tedbir bürosu tarafından yapılmaktadır. Buna ek olarak, Tedbir talebinin kabul kararlarının taslaklarının hazırlanması, bu taslakların Komisyon üyelerine imzaya açılması ve imza sonrasında kararın tebliğinin yapılması da büronun görevleri arasındadır.¹⁶⁴

Bu düzenlemelere göre, AYM' de tedbir kararlarının ivedilikle alınmasını temin etmek üzere ayrı ve özel olarak oluşturulmuş bir tedbir birimi bulunduğu anlaşılmaktadır. Tedbir Bürosunun görevlerine bakıldığında Büro tarafından hazırlanan tedbir talepli başvuruların incelenmek üzere öncelikle ilgili Raportöre sunulmakta olduğu anlaşılmaktadır. Eldeki çalışmaya veri temin etmek amacıyla yapılan araştırmada;

¹⁶⁴ Yönetmelik için bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/yonetmelikler/anayasa-mahkemesi-hizmet-birimlerinin-gorevleri-calisma-usul-ve-esaslari-hakkinda-yonetmelik/>, erişim, 14/10/2019.

AIHM'deki uygulamadan farklı olarak AYM'de tedbir talepli başvurular yönünden Raportörlük düzeyinde hak eksenli uzmanlaşma yolunun tercih edildiği bilgisine ulaşılmıştır. Buna göre, Komisyonlar Başraportörlüğünde görev yapan tüm Raportörler değil, yaşam hakkı ve işkence yasağı alanında uzmanlaşmış Raportörler arasında belirli bir nöbet takvimine göre sırayla tedbir incelemesi yapıldığı anlaşılmıştır. Esasen bu uygulama, tedbir uygulamasının sadece yaşam hakkı veya işkence yasağı kapsamına özgülenmesinin bir sonucu da olabilir. AYM tedbir talep edilebilecek hakları sınırlı sayıda kabul etmekte ise de Raportörlük düzeyinde sadece yaşam hakkı ve işkence yasağı alanında görevli Raportörlerin tedbir dosyalarını incelemelerine ilişkin görevlendirme, yeknesak bir uygulama ve dosyaların takibini kolaylaştırma amacıyla da tercih edilmiş olabilir.

2.2.2. Kapsam Dışı Tedbir Başvuruları

AYM'ye tedbir talebiyle yapılan bir başvuru Ön büro tarafından kayıt işlemlerinin tamamlanmasını müteakip Tedbir Bürosuna iletilmektedir. Tedbir Bürosunda görevli Raportörler tarafından yapılan ilk incelemede başvurunun tedbir kapsamında kalıp kalmadığı değerlendirilmektedir.

AYM; mahkeme kararlarının infazının durdurulması, taşınmaz üzerine ihtiyati tedbir kararı alınması, bireysel başvuru dosyasının öncelikli olarak incelenmesi, para cezasının infazının durdurulması, suç duyurusunda bulunulması talepleri gibi kişinin maddi ve manevi varlığına yönelik ciddi ve telafi edilemez bir zarar riskinin mevcut olmadığı anlaşılan başvuruları kapsam dışı olarak değerlendirmektedir.

Kapsam dışı olduğu değerlendirilen başvurular ilgili Raportör tarafından bir liste hâline getirilmekte; bu listeye tedbir ara kararı ekinde yer verilerek Komisyonlara imzaya açılmaktadır. Tedbir ara kararında başvuruların kapsam dışı oldukları, bu nedenle

başvurucuların tedbir taleplerinin değerlendirilmesi için Bölümlere gönderilmesine yer olmadığı, kabul edilebilirlik incelemelerinin ise daha sonra yapılacağı ifade edilmektedir. Başvurularının, maddi veya manevi bütünlüğe yönelik ciddi bir tehlike bulunmadığının anlaşılması gerekçesiyle kapsam dışı bulunduğu ilişkin ara karar başvurulara tebliğ edilmektedir.¹⁶⁵

Öte yandan AYM, tedbir talebine konu edilen hususun başvurunun esasına ilişkin olması durumunda talep hakkında karar verilmesine yer olmadığı yönünde karar vermektedir.¹⁶⁶

2.2.3. Kapsam Dâhilinde Bulunan Tedbir Taleplerinin Bölümlerce İncelenmesi

Ön inceleme aşamasından geçen ve kapsam dâhilinde oldukları anlaşılan tedbir talepli başvurular tedbir talepleri hakkında bir karar verilmek üzere Bölümlere iletilmektedir.

Kapsam dışı olmadığı değerlendirilen tedbir talepli başvurularda kural, kabul edilebilirlik incelemesinin Komisyonlarca veya Bölümlerce öncelikli olarak (derhal) yapılmasıdır. Ancak Komisyonlarca kabul edilebilirlik incelemesi yapıldıktan sonra tedbir talebi hakkında karar verilmesi amacıyla başvurunun Bölümlere iletilmesi zaman kaybına neden olabilir. Yaşanabilecek zaman kaybını önlemek amacıyla, uygulamada kapsam dışı olmayan tedbir talepli başvurular kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılması için kabul edilebilirlik hususu karara bağlanmadan doğrudan Bölümlere iletilmektedir.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Bu başlık altında yer verilen açıklamalar eldeki çalışma için veri toplamak amacıyla Anayasa Mahkemesi’ne yapılan müracaat sonucunda elde edilen bilgilerin derlenmesi suretiyle oluşturulmuştur.

¹⁶⁶ Bkz. AYM, *Şahin Alpay*, (B.No:2018/3007, 15/3/2018, § 4).

¹⁶⁷ Bu uygulama normatif dayanağını İçtüzüğü’nün 33. maddesinin (3) numaralı fıkrasından almaktadır. İçtüzüğü’nün 33. maddesinin (3) numaralı fıkrası şöyledir: “Komisyonlar, önlerindeki bir başvurunun

Kabul edilebilirlik hususu karara bağlanmadan Bölümlere iletilmiş bir başvuru hakkında tedbir kararı verilebilmesi için kural olarak başvurunun kabul edilebilirlik koşullarını taşıması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, kabul edilebilirlik incelemesi yapılmadan başvuru hakkında tedbir kararı verilmesi ilgili mevzuat uyarınca mümkün görünmemektedir.

Uygulama noktasında-tedbir kurumunun varlık nedeniyle de uyumlu olarak-kapsam dâhilinde görülerek tedbir talebi hakkında karar verilmesi amacıyla Bölümler önüne gelen bir başvuruda öncelikle tedbir yönünden bir karar verilmekte; kabul edilebilirlik incelemesi ise esasa ilişkin değerlendirme aşamasına ertelenmektedir. Buna göre, tedbir talepli bir başvuruda tedbir talebinin kabul edilmesinden sonra başvurunun kabul edilebilirlik kriterlerini taşımadığının anlaşılması üzerine kabul edilemez bulunması olasılık dâhilindedir. Bu noktada mevzuat ve uygulamanın birbirine ters oldukları görülmektedir.

2.3. Tedbirin Usule İlişkin Koşulları

2.3.1. Tedbir Talebinde Bulunma Yetkisi

Kanun ve İçtüzükte düzenlemelere göre, tedbir kararı AYM tarafından resen verilebileceği gibi başvurucunun talebi üzerine de verilebilir. Eldeki çalışmanın hazırlandığı dönemde AYM tarafından tedbir uygulama yetkisinin resen kullanıldığı bir vaka örneğine rastlanılmamıştır.

Tedbir uygulamasının normatif düzenlemesine bakıldığında tedbir talebinde bulunabilecek gerçek ve tüzel kişiler yönünden AİHM uygulamasına göre farklılık arz

Anayasa'nın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsam ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıyıp taşımadığının, başvurucunun önemli bir zarara uğrayıp uğramadığının tespiti ve başvurunun çözümünün bir ilke kararı gerektirmesi veya alınacak bir kararın Mahkeme tarafından verilmiş bir başka karar ile çelişebilecek nitelikte olması hallerinde kabul edilebilirlik hususunu karara bağlamadan başvuruyu ilgili Bölüme gönderirler."

eden bir durum bulunduğu gör÷lmektedir. AYM'ye bireysel başvuru yolunda tedbir talebinin başvuruclardan gelebileceği; ilgili kişi ve kuruluşların tedbir talep yetkisi bulunmadığı anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle AYM tedbir uygulamasında ilgili üçüncü kişilerin ya da insan hakları alanında faaliyet gösteren sivil toplum kuruluşlarının bir başvuruya dâhil olarak tedbir talebinde bulunma yetkileri bulunmamaktadır.

2.3.2. Başvuru Yollarının Tüketilmiş Olması Koşulu

Bireysel başvuru yolu hakkında genel bilgilerin verildiği bölümde de ifade edildiği üzere AYM'ye bireysel başvuruda bulunulmadan önce başvuru konusu şikâyetin öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletilmesi, başvurucların bu konuda sahip oldukları bilgi ve kanıtlarını zamanında bu makamlara iletmeleri gerekmektedir. Ayrıca başvurucların bu süreçte başvurularını takip etmek için gerekli özeni göstermiş olmaları da aranmaktadır. Dolayısıyla mevzu hukukta ihdas edilmiş olan ilgili başvuru yolları tüketilmeden AYM'ye başvuruda bulunulması kabul edilmemektedir.

Öte yandan, tüketilmesi beklenen başvuru yolunun başvuruclunun hakkına yönelik ihlali giderici bir etkisi yoksa diğer bir ifadeyle başvuru yolu etkisiz ise başvurucludan bu yolu tüketmesi beklenmeyecektir. Buna göre, başvuruclular öngör÷len başvuru yollarını tüketmeden doğrudan AYM'ye bireysel başvuruda bulunuyorlar ise bunun gerekçesini sunmalı ve öngör÷len yolun neden etkili olmadığını ispatlamalıdır.

AYM başvuru yollarının tüketilmiş olması kriterini tedbir talebiyle yapılan başvurularda da aramaktadır. Sağlık nedeniyle cezanın infazının devam ettirilmesinin ciddi bir tehlike oluşturduğu iddiası ile yapılan başvurularda, başvurucların ceza infaz hukuku kapsamında infaz erteleme talebinde bulunulup bulunulmadığı ya da etkili hukuk yollarına müracaat edip etmedikleri, dolayısıyla ilgili hukuk yollarını usule uygun olarak

tüketip tüketmedikleri tedbir kararı alınması noktasında önemli olacaktır. AYM bir ilk derece mahkemesi olarak değerlendirilmemeli, tedbir talepleri –bazı istisnalar haricinde– ilk ve öncelikli bir şekilde AYM’ye iletilmemelidir.

2.4. Tedbirin Esasa İlişkin Koşulları

2.4.1. Maddi ve Manevi Bütünlüğe Yönelik Ciddi Bir Tehlike Bulunması

AYM İçtüzüğü’nün 73. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre tedbir kararı, ancak “*başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı*” durumunda verilebilecektir. Bu düzenlemeye göre, tedbir konusu yapılabilecek haklar Anayasa’nın 17. maddesi kapsamında güvence altına alınan haklardır.¹⁶⁸

AYM tedbir yetkisinin istisnai bir yetki olduğunu, tedbir kararı verilebilmesi için başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik “*ciddi bir tehlike bulunduğu*” anlaşıldığı gerektiğini belirterek, bu “*tehlikeyi önlemek amacıyla*” tedbir kararı verme yetkisinin bulunduğunu ifade etmektedir.¹⁶⁹

Doktrinde, *ciddi bir risk ya da tehlikenin varlığı* ile bunlardan *doğacak zararların önlenmesi* ifadelerinin AYM kararlarında yeterince iyi kavramsallaştırılmamış olması hususu eleştiri konusu yapılmıştır.¹⁷⁰ Dahası AYM’nin geçici hukuki korumanın nedeni ile amacını biri diğerinin yerine geçer biçimde kullandığı ve bu kullanım tarzının genel muhakeme hukukundaki geçici hukuki korumaya ilişkin kavramsallaştırmaya aykırı

¹⁶⁸ Anayasa’nın “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” kenar başlıklı 17. maddesi şöyledir: “*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişiyi vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz. (...)*”

¹⁶⁹ AYM, (B.No:2013/6782, 6/9/2013, § 17-18).

¹⁷⁰ E. Göztepe, 2017, s.248.

olduğu ifade edilmektedir. Nitekim geçici hukuki korumanın nedeni ciddi bir risk ya da tehlikenin varlığı iken, amacı bu risk ya da tehlikeden doğacak zararı önlemektir.¹⁷¹

Ciddi bir tehlike ya da riskin varlığı ile geri döndürülemez zararın önlenmesi amacı arasındaki ilişki sınır dışı davaları ile ceza infaz kurumlarındaki uygunsuz sağlık koşulları kapsamında AYM'ye iletilen tedbir talepleri hakkındaki içtiha dın değerlendirildiği bölümde ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

2.4.2. Tedbirin Gerekli Olması

Başvurucular tarafından tedbir talebiyle yapılan başvurularda ileri sürülen ciddi tehlike ya da riskin varlığı tek başına yeterli görülmemekte, bunun gerekçesiyle birlikte temellendirilmesi talep edilmektedir. Burada ifade edilmek istenen ciddi bir riskin bulunduğu iddiasının soyut bir şekilde ileri sürülmesinin yeterli olmadığı, bu riskin başvurucuya yönelik güncel (yakın) bir tehlike yarattığının somutlaştırılması gerekliliğidir. Esasen tedbir talebi içersin ya da içermesin AYM'ye yapılan bireysel başvurularda hak ihlali iddialarının temellendirilmiş olması hususu genel olarak aranmaktadır. AYM yeterli bir temellendirme yapılmadığını değerlendirdiği başvuruları açıkça dayanaktan yoksun oldukları gerekçesiyle kabul edilemez bulmaktadır.¹⁷²

AYM, güncel ve ciddi riskin varlığının başvurucular tarafından somutlaştırılması için ileri sürülebilecek delillerin nelerden ibaret olabileceğine ilişkin yerleşik bir içtiha t oluşturmamıştır. Bununla birlikte kötü muamele ya da işkence iddialarına ilişkin bir rapor, kesinleşmiş mahkeme kararı gibi bilgi veya belgeler sunulabilir.¹⁷³

¹⁷¹ E. Göztepe, 2017, s.249.

¹⁷² AYM, *Veli Özdemir*, (B. No: 2013/276, 9/1/2014)

¹⁷³ AYM, (B.No:2015/1832, 13/2/2015)

2.5. Tedbir Kararlarının Hukuki Niteliği ve İnfazı

2.5.1. Tedbir Bir Ara Karar Mıdır?

AYM'nin tedbir kararlarını “tedbire ilişkin ara karar (TAK)” olarak nitelendirdiği görülmektedir. Bilindiği üzere hukuk terminolojisinde ara karar, son karara giden süreçte hazırlayıcı nitelikteki karar olarak tanımlanmakta; muhakemeye son veren ve yenilenmesi gerekmeyen kararlar ise son karar olarak adlandırılmaktadır.¹⁷⁴ Bir başka ifadeyle ara kararlar, hâkimin bir davanın yürütülmesi, ilerletilmesi ve sonuca bağlanması için yargılama sürecinde verdiği kararlardır.¹⁷⁵ Dolayısıyla ara kararlar, bir yargılamayı nihayete erdirmek amacı çerçevesinde nihai karara ulaşmak için verilen kararlardır. Oysa geçici tedbir kararları bu anlamda nihai karara bağlı değildir, nihai karardan ayrı olarak verilirler ve amaç nihai karara ulaşmak değil, bu kararın etkililiğini temin etmek üzere ayakta kalmasını sağlamaktır.¹⁷⁶ Buna göre tedbir kararlarının ara karar olarak nitelendirilmesi terminoloji açısından doğru bir tercih değildir. Ayrıca geçici tedbir kararları uyuşmazlığı nihai olarak çözmedikleri için kesin hüküm niteliğinde de değildirler.¹⁷⁷

Diğer taraftan, genel usul hukukundaki geçici hukuki koruma uygulamalarından farklı olarak, bireysel başvurudaki tedbir uygulamasında tedbir talebi içeren bazı başvurulardaki tedbir talebinin konusu ile bireysel başvuru konusu uyuşmazlığa ilişkin talebin benzerlik arz etmediği gözlemlenmektedir. Nitekim medeni usul hukukuna göre ihtiyati tedbir konusunun, davada öne sürülen taleple benzerlik taşıması gerekmektedir. Oysa bireysel başvuru yolunda tedbir talepleri, her zaman başvuru konusu taleple

¹⁷⁴ K. Doğan, “**Ceza Muhakemesinde Hüküm**”, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı 7, Yıl 3, Ağustos, 2008, (Hüküm), s.172.

¹⁷⁵ V. G. Yaşar, “**Ceza Muhakemesinde Karar ve Hüküm**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010.

¹⁷⁶ H.Pekcanitez;/ O.Atalay/M.Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2011, s.;711.; **Göztepe**, 2017, s.238.

¹⁷⁷ F. Akın, “**Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Geçici Hukuki Korumalar**”, İstanbul Barosu Dergisi, C.91, S.6, 2017, s.174.

benzerlik göstermeyebilir. Bunun tipik örneklerinden biri, tutuklu olarak yargılanmakta olan başvuruçular tarafından uzun tutukluluk süresinin şikâyet konusu yapıldığı başvurularda aynı zamanda olumsuz sağlık koşulları nedeniyle infaz kurumundan acil tahliyelerini içeren tedbir talebinde bulunmaları durumunda görülmektedir. Zira bu durumda uzun tutukluluk süresi nedeniyle hak ihlali olduğu iddia edilerek bireysel başvuru yolunda tahliye talebinde bulunulması ile sağlık koşullarının infaz kurumunda tutulmalarına imkân vermemesi nedeniyle tahliye içeren tedbir talepleri birbirinden farklı taleplerdir.

Tüm bu açıklamalardan sonra, tedbir kararlarının “ara karar” olarak nitelendirilemeyeceği; tedbir kararlarının hukuki niteliğinin “*esas kararın etkili sonuç doğurmasını sağlayan ve bireysel başvuru sürecinin hukuka uygun bir şekilde sona erdirilmesini sağlayan nihai nitelikte, süreli bir karar*”¹⁷⁸ olduğu söylenebilir.

Tedbir kararları süreli (geçici) nitelikte olduklarından bireysel başvuru konusu uyuşmazlık hakkındaki nihai kararın da kısa süre içerisinde verilmesi gereklidir. Kanunda bu süre altı ay olarak düzenlenmişse de uygulamada bu süreye tam anlamıyla riayet edildiğini söylemek mümkün gözükmemektedir. Zira yayınlanan kararlara bakıldığında tedbir kapsamına alınan başvuruların esasları hakkındaki kararların altı ay içinde verilmediği görülmektedir. Bu nedenle AYM, tedbir kararının süresinin “başka bir karar verilinceye kadar” geçerli olduğunu belirterek, tedbir koşullarını gözden geçirip süreyi uzatma zorunluluğundan ve aynı zamanda esasa ilişkin kararı da altı ay içinde verememiş olması hâlinde tedbirin otomatik olarak kalkması riskinden kurtulmaktadır. Buna göre, kanunda da bir değişiklik yapılarak altı ay kuralının değiştirilmesi düşünülebilir.

¹⁷⁸ E. Göztepe, 2017, s.240.

3. BİREYSEL BAŞVURU YOLUNDA TEDBİR UYGULAMA ALANLARI

3.1. Yaşama Hakkı ve İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Kapsamında Tedbir Uygulaması

3.1.1. Öldürülme veya Kötü Muameleye Maruz Kalma Riski Bulunan Ülkeye Sınır Dışı Edilme

AYM öldürülme veya kötü muameleye maruz kalma riski bulunan ülkeye sınır dışı edilme iddiası ileri sürülerek sınır dışı kararlarının icrasının durdurulması talebiyle yapılan çok sayıda tedbir talepli başvuruyu incelemiştir. Bu başvurular içinde esas hakkında da bir karar verdiği ve bu tür başvurularda uyguladığı ilkeleri belirlediği kararı A.A. ve A.A. kararı olarak kabul edilebilir.

AYM; A.A. ve A.A. kararında¹⁷⁹ Irak vatandaşı olan başvuruçuların “4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu*” hükümlerine aykırı davrandıkları tespit edilerek menşe ülkelerine sınır dışı edilmeleri yönünde idari makamlarca verilen kararın icrasının durdurulması için tedbir kararı verilmesi talebiyle yapılan başvuruda tedbir talebini kabul etmiştir. Olayda; sınır dışı edildikleri takdirde ülkelerinde devam etmekte olan DAESH terör örgütünün faaliyetleri nedeniyle yaşamlarının tehlikede olduğunu ileri süren başvuruçuların talebi kabul edilmiş ve esas hakkında bir karar verilinceye kadar sınır dışı edilmemeleri yönünde tedbir kararı verilmiştir.

AYM esas hakkında yaptığı değerlendirme sonucunda ise başvuruçuların sınır dışı edilmeleri yönünde idari makamlarca verilen karar nedeniyle Anayasa’nın 17.maddesi bağlamında kötü muamele yasağının ihlal edilmediğine karar vermiştir. AYM, başvuruçuların sunduğu bilgi ve belgeler ile resen yaptığı araştırma sonucunda elde ettiği bilgileri birlikte değerlendirerek başvuruçuların menşe ülkelerine geri gönderildikleri

¹⁷⁹ AYM, A.A. ve A.A., [GK], (B. No: 2015/3941, 1/3/2017)

takdirde kötü muameleye maruz kalabileceklerine ilişkin iddialarının savunulabilir olmadığı gerekçesiyle ihlal bulgusuna ulaşmadığını belirtmiştir. Kararın hüküm fıkrasında tedbir kararının sonlandırılmasına da hükmedilmiştir.¹⁸⁰

AYM; *Azizjon Hikmatov* kararında¹⁸¹ ise sınır dışı edilmesi hâlinde iade edileceği ülkede kötü muameleye maruz kalacağını iddia ederek tedbir talebinde bulunan başvurunun bu talebini kabul etmiştir. Esasa ilişkin kararında ise başvurunun sınır dışı edilmesi hâlinde menşe ülkesinde işkence ve kötü muamele göreceği yönündeki iddialarını derece mahkemeleri önünde de ileri sürdüğü; ancak, derece mahkemelerince bu iddiaların yeterince araştırılmadığını tespit ederek -pozitif yükümlülük kapsamında- Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Karara konu olayda; Özbekistan vatandaşı olan başvurunun yurda girişi yasaklanmış ve başvurunun sınır dışı edilmesine karar verilmiştir. Başvurucu sınır dışı edilmesi halinde menşe ülkesinde kötü muamele göreceğini ileri sürerek sınır dışı işleminin icrasının durdurulması yönünde tedbire karar verilmesi talebiyle AYM'ye bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvurunun tedbir talebi esasa ilişkin karar verilinceye kadar geçerli olmak üzere kabul edilmiştir.¹⁸²

AYM esasa ilişkin değerlendirmede ise başvurunun sunduğu bilgi ve belgelere göre geri gönderilmesi hâlinde kötü muamele görme riskinin varlığına ilişkin savunulabilir bir iddiası bulunmasına rağmen derece mahkemelerince bu iddianın değerlendirilmemiş olması nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁸³

¹⁸⁰ AYM, A.A. ve A.A, [GK], (B. No: 2015/3941, 1/3/2017 § 80).

¹⁸¹ AYM, *Azizjon Hikmatov*. (B.No:2015/18582, 10/5/2017)

¹⁸² AYM, *Azizjon Hikmatov*. §§ 8-24)

¹⁸³ AYM, *Azizjon Hikmatov*, §§ 73-75.

Öte yandan, 6458 sayılı Kanunda yapılan değişiklik uyarınca sınır dışı işlemine karşı idari yargı nezdinde dava açılması, anılan Kanun'un 54. maddesinin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri kapsamında sınır dışı edilenler yönünden sınır dışı edilme kararının icrasını otomatik olarak durdurmamakta idi.¹⁸⁴

AYM; sınır dışı kararına karşı idari yargıda dava açılmasının haklarındaki sınır dışı etme kararının icrasını otomatik olarak durdurmayan başvuruçular yönünden ihlale karar verdiğinde yeniden yargılamaya hükmetmekle birlikte tedbir kararının süresinin uzatılmasına da hükmetmekte idi.

Bu nedenle AYM, *Azizjon Hikmatov* kararında ihlal tespit ettikten sonra ihlalin giderimi için yargılamanın yenilenmesine hükmetmiş; bu hükmün etkililiğini güvence altına almak için aynı zamanda başvuruçunun sınır dışı edilmemesi yönünde verdiği tedbir kararını yinelemiştir. Diğer bir ifadeyle, ihlal ile birlikte tedbir uygulanmıştır.

AYM; 6458 sayılı Kanun'da yapılan değişiklik sonrasında bazı kişiler yönünden sınır dışı işlemlerine karşı idari yargıda dava açılmasının otomatik olarak sınır dışı kararının icrasını durdurmaması nedeniyle yapılan çok sayıda başvuruyu doğrudan incelemek zorunda kalmakta idi. AYM; *“kötü muameleye maruz kalma riski bulunan ülkeye sınır dışı edilme kararına karşı başvurulabilecek etkili bir yargı yolu bulunmaması nedeniyle etkili başvuru hakkının ihlal edildiği”* şikâyetiyle yapılan çok sayıda başvuruyu pilot karar usulü ile inceleyerek bu konuda kanun koyucuya etkili bir yargı yolu ihdas edilmesi bildiriminde bulunmuştur.¹⁸⁵ Nitekim AYM; 6458 sayılı Kanunun değişiklikten önceki hâlinde sınır dışı işlemlerine karşı dava açılmasının –hangi kişiye ve hangi eylemi nedeniyle sınır dışı kararı verildiğinden bağımsız olarak sınır dışı kararının icrasını

¹⁸⁴ 6458 sayılı Kanunun 54. maddesinde belirtilen istisnalar şunlardır: “b) Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar, d) Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar, k) Uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler. “

¹⁸⁵ Y.T. [GK], (B.No:2016/22418, 30/5/2019).

otomatik olarak durduruyor olması nedeniyle birçok tedbir talebini yargı yolları tüketilmediği ve bu süreçte de sınır dışı işleminin gerçekleşme ihtimali bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.¹⁸⁶ Kanunda yapılan değişiklikten sonra otomatik durdurma mekanizmasının bazı kişiler yönünden işletilmemesi üzerine bu kişiler açısından AYM doğrudan bir derece mahkemesi gibi kararların icrasını durdurmak üzere tedbir talebiyle başvurulmuş bir mahkeme halini almıştı. AYM'nin teknik donanımının bu yoğun tedbir talebini -bir ilk derece mahkemesi gibi- karşılayabilmesi ise mümkün gözükmemekte idi. Bu nedenle AYM yapısal bir sorundan kaynaklanan bu durumun çözümü için yasama organına şu şekilde çağrı yapmıştır:

“Yasama organı tarafından 6458 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (3) numaralı fıkrasının değişiklikten önceki hâle getirilmesi ya da hakkında sınır dışı etme kararı alınan kişilerin bu karara karşı dava açma süresi içinde ve dava açılması hâlinde yargılama boyunca kendiliğinden ülkede kalmalarını sağlayacak başka bir düzenleme yapılması bu konudaki yapısal sorunu ortadan kaldıracak ve benzer nitelikte yeni başvurular yapılmasını engelleyecektir. Bu nedenle kararın bir örneğinin yasama organına bildirilmesi gerekir.”¹⁸⁷

Eldeki çalışmanın hazırlandığı tarihlerde kanun koyucu tarafından 6458 sayılı Kanun'un anılan maddesinde yeniden değişikliğe gidilmiştir. Bu kapsamda, 6/12/2019 tarih ve 7196 sayılı Bazı Kanunlarda ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 75. maddesi ile 6458 Sayılı Kanunun 53. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yapılan değişiklikle *"54 üncü maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri ile ikinci fıkrasındakiler hariç"* ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Söz konusu Kanun, 24/12/2019 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁸⁶ AYM, G.B. [TK], B. No: 2015/508, 16/1/2015.

¹⁸⁷ Y.T. [GK], B.No:2016/22418, 30/5/2019, §76).

Yapılan bu değişiklikle 6458 sayılı Kanun'un 54. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca hakkında sınır dışı kararı verilenler yönünden sınır dışı işlemini durdurabilmek için -herhangi bir bent için istisna olmaksızın- idare mahkemesine dava açılması yeterli olacaktır. Bir başka ifadeyle, sınır dışı işlemi dava süresi içinde ve dava açıldıktan sonra yargılama sonuçlanana kadar otomatik olarak duracaktır.

AYM'nin çağrısına kanun koyucu tarafından kısa bir süre içerisinde cevap verildiği görülmektedir. Böylece AYM, haklarında sınır dışı etme kararı verilenlerin bu karara karşı hukuk sisteminde idare mahkemelerinde etkili bir yargı yoluna başvuru imkânlarının bulunduğu gerekçesiyle ilgili kanun yolunu tüketmeksizin tedbir talebiyle yaptıkları başvuruları incelememektedir.

3.1.2. Geri Gönderme Merkezlerinin Kötü Koşulları Nedeniyle Tedbir Talepleri

Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında yaşam hakkının veya işkence ve kötü muamele yasağı yönünden tedbir talebinde bulunulan bir diğer kategori geri gönderme merkezlerinin kötü koşullarının geri gönderme merkezinde tutulanlar yönünden sağlık sorunlarına neden olmasından kaynaklanmaktadır. Bu kategoride yapılan başvurulardan biri hakkında AYM tarafından tedbir talebi reddedilen ve daha sonra kabul edilemez olduğu yönünde karar verilen bir başvuru AİHM'e taşınmış ve AİHM tarafından olayda ihlal bulgusuna ulaşılmıştır. AİHM tarafından olayda ihlal bulunması sonucunda AYM yönünden AİHM uygulamasından sapma durumu ortaya çıkmıştır. Bu nedenle önemi nedeniyle bu karara ayrıntılı olarak değinmek faydalı olacaktır:

AYM'nin *G.B. ve diğerleri* kararına¹⁸⁸ konu olaylar ve AİHM'e uzanan süreç şu şekilde vuku bulmuştur:

¹⁸⁸ AYM, *G.B. ve diğerleri*, (B.No:2014/19481, 24/5/2018).

G.B. ve diğerleri başvurusuna konu olayda başvuru ve üç çocuğu 17 Ekim 2014 tarihinde Türkiye'ye girmişlerdir. Başvurucular ertesi gün Suriye sınırına geçmeye çalıştıkları sırada yakalanmışlardır. Valilikçe sınır dışı işlemlerini gerçekleştirmek üzere başvurulardan G.B. hakkında idari gözetim kararı verilmiştir. G.B. ve çocukları İstanbul'da Kumkapı Geri Gönderme Merkezine gönderilmiştir. 23 Ekim 2014 tarihinde G.B. hakkında sınır dışı kararı verilmiştir. Aile 23 Ocak 2015 tarihinde Gaziantep Geri Gönderme merkezine gönderilene kadar 3 ay boyunca Kumkapı Geri Gönderme merkezinde tutulmuşlardır. Gaziantep Geri Gönderme Merkezine gönderilmelerini müteakip Gaziantep Valiliğince dört başvuru hakkında idari gözetim ve sınır dışı etme kararı verilmiştir. Başvurucular her iki Geri Gönderme Merkezinde de idari gözetim kararlarına itiraz ederek serbest bırakılma talebinde bulunmuşlardır. Başvurucular geri gönderme merkezi koşullarının özellikle çocuklar için uygun olmadığını ve bu duruma rağmen yetkililerin idari gözetim alternatif yolları dikkate almadıklarını ileri sürmüşlerdir.

İtirazları inceleyen İstanbul Sulh Ceza Hâkimliği Kasım 2014 tarihinde verdiği ilk kararında çocuk başvurulardan Kumkapı Gönderme Merkezinde tutulmalarına ilişkin bir karar olmadığı için çocukların idari gözetiminin hukuka uygunluğuna karar veremeyeceğini belirtmiştir. G.B. yönünden ise kamu güvenliğine tehdit teşkil ettiği, Türkiye'yi yasadışı yollarla terk etmeye çalıştığı belirtilerek bu nedenle hukuka uygun tutulduğu sonucuna varmıştır. Daha sonraki diğer kararlarda da G.B. nin hukuka uygun tutulduğu sonucuna varmıştır. 5 Şubat 2015 tarihinde Gaziantep Sulh Ceza Hâkimliği başvurulardan Gaziantep Geri Gönderme Merkezinde tutulmalarının hukuka aykırı olduğuna ve serbest bırakılmalarına hükmetmiştir. Başvurucular 5 gün sonra serbest bırakılmıştır. Başvurucular bu süreç esnasında Kumkapı Geri Gönderme merkezinde tutuldukları esnada 15 Aralık 2014 tarihinde idari gözetim altında tutmanın hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının; tutulma koşulları nedeniyle de

kötü muamele yaşağının ve bu şikâyetlerini iç hukukta dile getirilebilmelerinin mümkün olmaması nedeniyle etkili başvuru haklarının ihlal edildiği iddiasıyla tedbir talebiyle AYM'ye bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

AYM 9 Ocak 2015 tarihinde tutma koşullarının başvuruçuların yaşamları veya bedensel ya da zihinsel bütünlükleri üzerinde acil ve ciddi bir tehlike teşkil etmediğini belirterek tedbir talebini reddetmiştir. Mahkeme 24 Mayıs 2018 tarihinde başvuruçuların serbest bırakıldığını belirterek tutma koşulları ve tutulmanın hukuksuzluğuna ilişkin tazminat taleplerini idare mahkemeleri nezdinde dile getirebilecekleri gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur. Bu karar sonrasında başvuruçular olayı AİHM'e taşımışlardır.

AİHM Kumkapı ve Gaziantep Geri Gönderme Merkezlerindeki tutma koşullarının madde 3 kapsamında ihlal oluşturduğuna karar vermiştir. AİHM 3. madde ile bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının da ihlal edildiği sonucuna varmıştır. AİHM bu sonuca Kumkapı Geri Gönderme Merkezindeki tutma yönünden ulaşmıştır. Buradaki tespitlerini göz önünde bulundurarak Gaziantep Geri Gönderme Merkezindeki tutma hâli yönünden ayrı bir inceleme yapmaya gerek görmemiştir.¹⁸⁹

AİHM; Anayasa Mahkemesine başvuru yolunun inceleme yetkisinin kapsamı, mahkemeye verilen yetkiler (tedbir kararı verebilme de dâhil) kararların bağlayıcı olması dikkate alındığında ilke olarak ihlali telafi etme imkânı sunmasına rağmen bu yolun somut olayda başvuruçular yönünden etkili olmadığı sonucuna varmıştır.¹⁹⁰

AİHM Başvuruçuların 15 Aralık 2014 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunduklarında, Kumkapı Geri Gönderme Merkezindeki belgelerle ortaya konulan sorunlara ve üç çocuk başvuruçunun durumuna dikkat çektiklerini belirtmiştir. AİHM başvuruçuların 29 Aralık 2014 tarihinde şikâyetlerini yinelediklerini ve Anayasa

¹⁸⁹ G.B. ve diğerleri/Türkiye, (B.No:4633/15, 17/10/2019, §138)

¹⁹⁰ G.B. ve diğerleri/Türkiye, (B.No:4633/15, 17/10/2019, §131)

Mahkemesi'nden davalarını karara bağlamasını talep ettiklerini, uygun olmayan alıkoyma koşullarının çocuk başvurucuların fiziksel bütünlüğünü ciddi şekilde tehlikeye attığını vurgulayarak tedbir talebi hakkında karar verme çağrısında bulunduklarını da vurgulamıştır. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi tutma koşullarının başvurucuların fiziksel veya zihinsel bütünlükleri için acil ve ciddi bir risk teşkil etmediğini belirterek talebi reddetmiştir.¹⁹¹ Mahkeme; başvurucuların bu karardan sonra bir ay daha tutulmaya devam ettiğini bu süre zarfında da Anayasa Mahkemesinin, davanın kabul edilebilirliği veya esası hakkında karar vermediğini belirtmiştir.

AİHM Anayasa Mahkemesi'nin, başvurucuların geçici tedbir talebine ilişkin olumsuz kararının tek başına bireysel başvuru yolunun etkililiğine gölge düşürmediğini belirtmiştir. Mahkemeye göre tedbir mekanizmasının özel bir amacı vardır. AİHM, Anayasa Mahkemesi'nin tedbir talebini reddetme kararının davanın esasına ilişkin değerlendirmesini önceden belirleyeceğini veya önyargı oluşturacağını düşünmek için bir sebep bulunmadığını ifade etmiştir.¹⁹²

AİHM; Anayasa Mahkemesinin, başvurucuların tutuldukları süre zarfında başvurunun kabul edilebilirliğini ve esasını incelememesinin somut olay bağlamında bireysel başvuru yolunun etkililiğini zayıflattığını belirtmiştir. Zira başvurucular bireysel başvuru yaptıktan sonra önemsiz olmayan bir süre boyunca son derece uygun olmayan koşullarda tutulmaya devam etmiştir.¹⁹³

Gerek uluslararası organlarca gerek yerel makamlarca da kabul edilen Kumkapı Geri Gönderme Merkezindeki kötü koşullar, üç çocuk başvurunun kırılğan durumu ve Anayasa Mahkemesinin somut olayda ilk derece mahkemesi olarak görüldüğü gerçeği karşısında bu mahkemenin başvurucuların 3. madde şikâyetlerini incelerken gerekli özeni

¹⁹¹ *G.B. ve diğerleri/Türkiye*, (B.No:4633/15, 17/10/2019, §132).

¹⁹² *G.B. ve diğerleri/Türkiye*, (B.No:4633/15, 17/10/2019, §133).

¹⁹³ *G.B. ve diğerleri/Türkiye*, (B.No:4633/15, 17/10/2019, §134).

göstermesinin bekleneceğini ve daha acil bir tepki verme kapasitesine sahip yasal bir mekanizmanın oluşturulmasını vurgulamıştır.¹⁹⁴

Anayasa Mahkemesinin tüketilmesini beklediği tazminat yolunun tutma hâli sona eren başvuru yolları yönünden geçerli olduğunu, somut olayda başvuru yollarının başvuru yaptıkları esnada tutulmaya devam ettiklerini, sadece tazminat imkânı sunan bir yolun 3. madde bağlamında etkili bir yol olmadığını belirtmiştir. AİHM'e göre taraf devletlerin tazminat yolunun ötesinde 3. maddeyle yasaklanan müdahaleleri hızlı bir şekilde sona erdirecek etkili bir mekanizma kurmaları gerekir.

AİHM bu başvuruda tedbir talebinin reddedilmesinin bireysel başvuru yolunun etkililiğine ilişkin tek başına bir sorun oluşturmadığını belirtmiştir. 3. maddeyle yasaklanan müdahaleleri hızlı bir şekilde sona erdirecek, etkili bir mekanizma bağlamında tedbir yolunun etkili bir şekilde işletilmesi kanaatimizce önem taşımaktadır. Somut olayda başvuru yolları 15/12/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuş ve 5/2/2015 tarihinde serbest bırakılmışlardır. AİHM; Anayasa Mahkemesinin bu süre zarfında, yani 52 gün içinde karar vermesini beklemektedir. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruları inceleme süresi dikkate alındığında bu süre zarfında bir bireysel başvuruyu incelemesi mümkün görünmemektedir. Buna mukabil Anayasa Mahkemesi tedbir başvurularına oldukça kısa bir süre zarfında cevap verebilmektedir. Nitekim somut olayda da başvuru yollarının tedbir talebine 25 gün sonra cevap verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi bu başvuruda tedbir talebini kabul ederek başvuru yollarının tedbire dayalı olarak tahliyesine karar vermiş olsa idi AİHM etkili başvuru hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmayacaktı. Kanaatimizce Anayasa Mahkemesinin başvuru yollarının

¹⁹⁴ G.B. ve diğerleri/Türkiye, (B.No:4633/15, 17/10/2019, §134)

çocuk olmasını, Kumkapı Gönderme Merkezindeki koşulları da -kendi kararlarında¹⁹⁵ da kabul ettiği üzere- dikkate alarak tedbir talebini kabul etmesi gerekirdi.

AYM, geri gönderme merkezlerinin fiziki koşullarının Anayasa'nın 17. Maddesinin üçüncü fıkrasını ihlal ettiği iddialarını K.A. kararında ayrıntılı olarak incelemiş ve genel ilkelerini ortaya koymuştur.¹⁹⁶ AYM bu kararda geri gönderme merkezlerinde tutulma koşullarının “*Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasına uygunluğu açısından denetleme ve herhangi bir aykırılık tespiti durumunda koşulların düzeltilmesi veya tutulmanın sonlandırmasına imkân sağlayacak, tutulma koşullarının standartlarını belirleyen, bu koşulların kontrolünü, gözden geçirilmesini içeren özel nitelikte bir idari veya yargısal başvuru mekanizmasının öngörülmediği*” tespitine ulaşmış ve ihlal kararı vermiştir.¹⁹⁷ Yapılan bu tespite göre, sınır dışı etmek amacıyla gözetim altında tutulanlar açısından teoride ve pratikte etkili idari ve yargısal bir başvuru yolunun ihdas edilmesi gereklidir.

3.1.3. Başvurucunun Sağlığı ve Tutulma Koşulları Uyarınca Verilen Geçici Tedbir Kararları

AYM, ölüm olayının mevcut olmadığı veya yaşam hakkına ilişkin ciddi bir riskin tespit edilemediği durumlarda ceza infaz kurumlarının fiziki koşullarının ve tıbbi imkânlarının yetersizliği nedeniyle yapılan başvuruları Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında “*kimsenin insan haysiyeti ile bağdaşmayan ceza veya muameleye tabi tutulamayacağına*” dair yasak kapsamında incelemektedir.¹⁹⁸

¹⁹⁵ K.A. [GK], B. No: 2014/13044, 11/11/2015)

¹⁹⁶ AYM, K.A. [GK], (B. No: 2014/13044, 11/11/2015)

¹⁹⁷ K.A., § 77.

¹⁹⁸ Birçok karar arasından bkz. AYM, *Hayati Kaytan*, B.No:2014/19527, 16/11/2016; AYM, *Ergin Aktaş*, B.No:2014/14810, 21/9/2016.

AYM; KHK ile mesleklerinden ihraç edilen *Semih Özakça ve Nuriye Gülmen* hakkında tutuklama kararı verilmesinin ardından başvuruçuların hayati tehlike riski içeren sağlık sorunları bulunduğu hâlde ceza infaz kurumunda tutulmalarının yaşam hakkını ihlal ettiği iddiasıyla yapılan tedbir talebini reddetmiştir. Karara konu olayda başvuruçular KHK ile mesleklerinden ihraç edilmiş olmaları nedeniyle bu durumu protesto etmek için oturma eylemi ve açlık grevi başlatmışlar; tutuklu bulundukları ceza infaz kurumunda da bu grevi devam ettirmişlerdir. Açlık grevi nedeniyle hayati risk altında bulunduklarını iddia eden başvuruçular tutukluluk hallerinin sonlandırılması yönünde tedbir talebinde bulunmuşlardır.

AYM; başvuruçular tarafından sunulan bilgi ve belgelerin tedbir talepleri hakkında inceleme yapmaya yeterli olmaması nedeniyle- bu tür başvurularda takip ettiği usule uygun olarak- başvuruçuların tutuklu bulundukları ceza infaz kurumuna süreli bir müzekkere yazmış ve başvuruçuların sağlık durumları hakkında bilgi istemiştir.

AYM; ceza infaz kurumunun koşulları nedeniyle yapılan başvurularda başvuruçuların sağlık durumlarının ceza infaz kurumunda tutulmalarına olanak tanıyıp tanımadığı hususunda araştırma yapmaktadır. Bu araştırma kapsamında ilgili ceza infaz kurumundan talep edilen bilgi ve belgelerin içeriği başvuruçuların sağlık durumlarının ceza infaz kurumunda kalmalarına engel olup olmadığı hususunda Adli Tıp raporu almak üzere Adli Tıp Kurumuna sevklerinin yapıp yapılmadığı veya başvuruçuların böyle bir talepte bulunup bulunmadıklarına ilişkin olmaktadır. Ayrıca AYM, başvuruçuların rutin sağlık muayeneleri hakkında da bilgi toplamaktadır. Diğer bir ifadeyle başvuruçuların hangi sağlık şikâyeti nedeniyle hangi sağlık biriminde muayene edildikleri ve muayene sonuçları hakkında kronolojik olarak bilgi talebinde bulunmaktadır. Buna ek olarak başvuruçuların acil sağlık hizmetlerinden faydalanma imkânlarının bulunup bulunmadığı da sorulmaktadır. Bu müzekkere üzerine gelen cevap yazısına göre değerlendirme yapmaktadır.

Bu hususlar hakkında topladığı bilgiler ışığında tedbir talebini değerlendiren AYM, Semih Özakça ve Nuriye Gülmen başvurusunda ceza infaz kurumu yerleşkesinde bir devlet hastanesinin bulunması, başvuruçuların tutulmaya başladıkları günden itibaren tedavi ve kontrol amacıyla devlet hastanesine sevk edilmeye çalışıldıkları ancak başvuruçuların bunu reddettiklerinin anlaşılması karşısında tedbir talebini reddetmiştir. AYM tedbirin reddine ilişkin ara kararında başvuruçuların her türlü acil sağlık hizmetine erişim imkânlarının bulunduğu hususuna da dikkat çekmiştir.¹⁹⁹ Başvuruçuların hayati tehlike riski içeren bir sağlık sorunu bulunduğu hâlde tutuklu bulundurulmalarının yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağını ihlal ettiği iddialarına ilişkin esas talepleri hakkında ise bu çalışmanın hazırlandığı tarihte herhangi bir karar verilmemişti.

Başvuruçular bu talepleri AİHM'e de iletmışlerdir. AİHM, başvuruçuların iddialarını tıbbi raporlar ve sağlık erişiminden faydalandırıldıklarına ilişkin bilgi ve belgeler ışığında inceleyerek, AYM ile benzer yönde bir inceleme yapmak suretiyle tahliyeye ilişkin tedbir talebini reddetmiştir.²⁰⁰ AİHM başvuruçuların gerçek ve yakın şekilde onarılamaz bir zarar riskiyle karşı karşıya olmadıklarına ilişkin değerlendirmesinde başvuruçuların tutuklu olarak bulunduruldukları ceza infaz kurumu yerleşkesi içinde devlet hastanesinin bulunması hususunu göz önüne almıştır. Buna ek ek olarak AİHM; taraflardan, AİHS'nin 2. ve 3. maddeleriyle güvence altına alınan başvuru haklarına saygı gösterilmesini sağlamak için gerekli tüm önlemleri almalarını beklediğini bildirmiştir. Buna göre, Türkiye devletinden, başvuruçulara yönelik olmak üzere açlık grevlerine devam edip etmeme konusunda diledikleri takdirde ceza infaz kurumunda görevli doktorlara başvurmalarının sağlanması bildiriminde bulunmuştur. Diğer bir ifadeyle, yaşam hakkının korunması amacıyla muhatabı başvuruçular olmak üzere açlık grevine son vermeleri yönünde tedbir kararı verilmiştir.

¹⁹⁹ AYM, *Semih Özakça ve Nuriye Gülmen*, B.No: 2017/27678 (TAK), 28/6/2017.

²⁰⁰ AİHM, B.No: 45940/17, 4617/17, (Communicated Case), 2/10/2017.

Tutuklu ve hükümlülerin ceza infaz kurumunda infazlarına ilişkin 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun tutuklu ve hükümlülerin hastalık halinde muayene ve tedavilerinin nasıl yapılacağı hususunu ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. 5275 sayılı Kanun'un 71. ve 78. maddeleri uyarınca *“hükümlü veya tutukluların acil veya olağan muayene ve tedavisi ilk önce ceza infaz kurumunun revirinde kurumun hekimi tarafından”* yapılmaktadır. Kanuna göre, *“muayene ve tedavinin kurumda mümkün olmaması hâlinde hükümlü ve tutuklular devlet veya üniversite hastanelerinin mahkûm koşullarında tedavi ettirilmektedirler.”*

AYM, *Fatih Hilmioğlu* kararında²⁰³, infaz kurumu koşulları nedeniyle yapılan bir başka tedbir talebini değerlendirmiştir. Başvuru konusu olayda; ağır ceza mahkemesince yürütülen yargılama kapsamında ceza infaz kurumunda tutuklu olan ve mahkûmiyet kararı ile birlikte tutukluluğun devamına karar verilen başvuru hastalığı nedeniyle hayati tehlike içinde bulunduğunu belirterek ceza infaz kurumundan tahliye edilmesine karar verilmesi yönünde tedbir talebinde bulunmuştur.

Başvurucu bireysel başvurusunda, hastalığına rağmen cezaevinde tutulmasının yaşam hakkı ile kişi hürriyeti ve güvenliğini ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Başvurucu bu iddialarının yanı sıra haksız tutukluluk nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının da ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Başvuru 16/1/2014 tarihinde yapılmış ve AYM tarafından başvuru dosyası 17/1/2014 tarihinde kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılması amacıyla Bölümlere sevk edilmiştir.

Başvurucunun tedbir talebi hakkında ise 20/1/2014 tarihinde karar verilmiştir. AYM yaptığı değerlendirmede *“Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun, ikincil*

²⁰³ AYM, *Fatih Hilmioğlu*, B.No.:No:2014/648, 20/1/2014.

nitelikte bir kanun yolu olduğunu ve kural olarak ancak kesinleşmiş işlemler aleyhine bu yola başvurulabildiğini, dolayısıyla bu yola gidilmesinin bireysel başvuru konusu işlem ve kararların uygulanmasına herhangi bir etkisi bulunmadığını ifade etmiştir. Ancak bir işlem ya da kararın uygulanması hâlinde bireyin anayasal haklarının ihlali yönünde ciddi bir tehlike ortaya çıkacaksa, 6216 sayılı Kanun ile Mahkemeye bu tehlikeyi önlemek amacıyla tedbir kararı verme yetkisi tanındığı hatırlatılmıştır. Bu yönüyle tedbir yetkisi istisnai bir yetki olup, ancak işlem veya kararın uygulanması hâlinde yaşam hakkına ya da bireyin maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik gerçek ve ciddi bir risk doğacaksa tedbire başvurulabilir.”²⁰⁴

Somut olayda, başvurucunun sağlık durumuna ilişkin olarak düzenlenen sağlık raporlarında çelişki bulunduğunu tespit eden AYM, başvurucunun cezaevinde bulundurulmasının mevcut hastalığı yönünden hayati risk oluşturup oluşturmadığı hususunun yeniden incelenmesi gerektiğine karar vermiştir. Bu kapsamda, başvurucuya ait mevcut tıbbi belge ve dokümanlar ve başvuru hakkında daha önce düzenlenen raporlarla birlikte yapılacak muayeneden sonra durumun yeniden değerlendirilmesi için yeni bir “uzman heyeti raporu istenmesi” yönünde tedbire hükmetmiştir. AYM ayrıca; belirtilen konularda başvurucunun durumunu değerlendiren raporun düzenlenmesi amacıyla başvurucunun, bu konuda yeterliliğe sahip, daha önce başvuru hakkında rapor düzenleyen sağlık kuruluşlarından farklı, tam teşekküllü bir sağlık kurumuna sevk edilmesi yönünde tedbir kararı vermiştir.

Geçici tedbir kararlarının içeriği her somut olayın özelliklerine göre değişmektedir. AYM bu kararda başvurucunun durumunun yeniden değerlendirilmesi gerektiğini belirterek sağlık kurumundan rapor alınması yönünde bir tedbir kararı vermiştir. AYM tedbir talebinin tekrarlanması üzerine bu defa -durumun değişen

²⁰⁴ Karara AYM’nin resmi karar yayın organı <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> adresinden ulaşılmıştır.

şartlarını da göz önünde bulundurarak- başvurusunun 20/2/2014 tarihinde tahliye edilmesi yönünde tedbir kararı verilmiştir. Bu kararın verilmesinden yaklaşık yedi ay sonra 18/9/2014 tarihinde de esasa ilişkin kararını açıklamıştır.²⁰⁵

Ceza infaz kurumunda bulunan hükümlü ve tutukluların beden ve ruh sağlıklarının korunması için tedavileri ve sağlık hizmetlerinden yararlandırılmaları öncelikle ceza infaz kurumu idaresinin sorumluluğu dâhilindedir. Yetkili ve görevli idari kurumların görevlerini yerine getirmemeleri durumunda AYM'nin devreye girerek başvuruçuların sağlık hizmetlerinden yararlandırılmalarına imkân tanıyan tedbir kararı vermesi beklenmelidir. Bunun için de başvuruçuların olağan mekanizmaları tükettikten sonra başvuruda bulunmaları gerekmektedir. Nitekim İnfaz Hâkimliği Kanununda geçici tedbir alınabileceğine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmakla görevlendirilmiş ve bu göreve uygun olarak donatılmış bir kurumun tedbir talepleri yönünden bir ilk derece mahkemesi kadar sağlıklı araştırma yapması ve buna göre isabetli değerlendirmelerde bulunması; ayrıca, ivedilikle karar vermesi her koşulda olanaklı değildir.

Öte yandan, ceza infaz kurumu koşullarının sağlık durumları yönünden hayati risk oluşturduğunu ve bu risk nedeniyle infazın devam ettirilmesinin yaşam hakkını ihlal edeceğini ileri süren başvuruçuların, bu şikâyetlerine ilişkin olarak ilgili mevzuatın öngördüğü tedbir hükümleri kapsamında olağan hukuk yollarına müracaat etmeleri mümkündür. 5275 sayılı Kanun'un "*Hapis cezasının infazının hastalık nedeni ile ertelenmesi*" kenar başlıklı 16. maddesine, veya "*Denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı*" kenar başlıklı 105/A maddesinin 3. fıkrasına dayanılarak infazın sonlandırılması talep edilebilir.²⁰⁶ Bununla birlikte AYM, henüz infazı

²⁰⁵ Karara ulaşmak için bkz. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/648?BasvuruAdi=FAT%C4%B0H+H%C4%B0LM%C4%B0O%C4%9ELU> erişim, 15/10/2019.

²⁰⁶ AYM, *İmam Çelikdemir* (B. No: 2014/20289, 5/12/2017, §§ 33, 34) kararında infazın ertelenmesi talebine ilişkin mevzuat hakkında ayrıntılı açıklamalarda bulunmuştur.

başlamamış olan bir başvurunun hastalığının hayati risk oluşturduğu gerekçesiyle infazın ertelenmesi talebinin olağan kanun yollarında reddedilmesi üzerine tedbir talebiyle yapılan bir başvuruyu incelemiştir.

AYM *Zeki Hakan Nebioğlu* kararında²⁰⁷ lenf kanseri hastası olan başvurunun cezasının infazının ertelenmesi talebiyle yaptığı başvurusunun derece mahkemesince reddedilmesi üzerine kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddiasıyla yaptığı başvurudaki tedbir talebini kabul etmiştir. Karara konu olayda kesinleşen cezasının infazına ilişkin işlemlerin başlatıldığı sırada başvuru hastalığına ilişkin bazı belgeleri sunarak cezaevinde tek başına hayatını idame ettirmesinin mümkün olmadığından bahisle infazın ertelenmesi talebinde bulunmuştur. Derece mahkemesi başvurunun bu talebini, infaz kurumunda hayatını devam ettirmesinin mümkün olup olmadığının ancak infaza başlanması üzerine anlaşılabileceği gerekçesiyle reddetmiştir. Bu noktada derece mahkemesinin başvurunun hastalığının boyutu hakkında herhangi bir inceleme ve araştırma yapmadan bu hükme varmış olduğunu not etmek gerekir. Bu ret kararı üzerine AYM'ye bireysel başvuruda bulunan başvuru infazın ertelenmesi yönünde tedbir talep etmiştir.

AYM; başvurunun hastalığının niteliğinin ve derecesinin araştırılması; infaza başlanmasının başvuru için hayati bir risk teşkil edip etmeyeceğinin araştırılması için başvurunun infazına başlanılmaması ve başvurunun Adli Tıp Kurumuna sevk edilmesi yönünde tedbir kararı vermiştir. Bunun üzerine Adli Tıp Kurulundan aldırılan rapor doğrultusunda başvurunun sağlık durumunun infaza elverişli olduğunun tespit edilmesi üzerine cezanın infazına başlanılmıştır.

Öte yandan, başvurunun esasına ilişkin inceleme devam etmekte iken başvurunun denetimli serbestlik tedbiri talebiyle tahliye edildiğinin ve iyileşinceye

²⁰⁷ AYM, *Zeki Hakan Nebioğlu*, B.No:2015/2418, 24/4/2015.

kadar infazının geri bırakıldığına bildirilmesi üzerine AYM, başvurunun esas şikâyet konusunda giderim sağlandığının anlaşıldığı gerekçesiyle başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden kalmadığı gerekçesiyle başvuru hakkında düşme kararı vermiştir.²⁰⁸

3.1.4. Yaşam Hakkı ve İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Yönünden AYM ve AİHM İçtihadının Karşılıklı Olarak Değerlendirilmesi

AYM ve AİHM içtihadına bakıldığında öldürülme veya kötü muameleye maruz kalma riski bulunan ülkeye sınır dışı edilme, başvurunun sağlığı ve tutulma koşulları yönünden verilen tedbir kararlarının usul ve içerik bağlamında büyük oranda benzerlik taşıdığı görülmektedir. Nitekim her iki yargı makamının tedbir uygulanabilecek haklar yönünden ortak bir paydada buluştukları ve en fazla tedbir talebi aldıkları alan yaşam hakkı ve işkence yasağı kapsamında yapılan başvurulardır.

AYM; sınır dışı kararlarına dayalı olarak iletilen tedbir talepli dosyalarda başvuru hakkında verilmiş sınır dışı kararının başvuru formuna eklenmesi gerekliliğini aramaktadır. Zira tedbir talebinin değerlendirilebilmesi ve tedbir ara kararı verilebilmesi için sınır dışı kararının AYM'ye gönderilmesi başvuru sahiplerinin sorumluluğundadır. Buna rağmen AYM, kesin süreler vermek suretiyle başvuru sahiplerinden bu eksikliği tamamlamalarını istemektedir. Bununla birlikte AYM başvuru sahiplerinin geri gönderilecekleri ülkenin koşullarına ilişkin araştırma yapmaya elverişli nitelikte bilgiler vermelerini de aramaktadır. Nitekim geri gönderilen ülkenin koşullarının kamu

²⁰⁸ Başvurucunun sağlığı ve tutma koşulları yönünden tedbir talebi incelenen diğer başvurular için birçok karar arasından bkz. *Salih Tuğrul*, AYM, B.No:2014/1988, 17/5/2016; *Bahadır Yalçınöz*, B.No:2016/15429, (TAK), 8/9/2016. *Abdullah İçli*, B.No:2016/22167, 31/10/2016.

makamları tarafından resen araştırılması gerektiğine ilişkin kural, başvuruçuların bu konuda açıklamada bulunma yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır.²⁰⁹

Başvuruçuların tedbir taleplerini gerekçelendirmek zorunda olmaları AİHM ve AYM uygulamasında ortak bir husustur. Buna göre, hangi türden bir zararın, hangi gerekçeyle meydana geleceğinden endişe duyulduğu ve Sözleşme veya Anayasa'daki hangi hakkın ihlal edileceği detaylı olarak açıklanmalıdır.

AYM, sınır dışı işlemlerine karşı yapılan başvurularda AİHM uygulamasına benzer bir şekilde “*Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair 28/7/1951 tarihli Sözleşme (Cenevre Sözleşmesi)*” hükümlerini ilgili mevzuat olarak değerlendirmekte, bu Sözleşmeye atıf yapmaktadır.²¹⁰ Bu Sözleşmenin 33. maddesine göre “*hiçbir taraf devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olacak ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade ("refouler") etmeyecektir*”. Bununla beraber, bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddi sebepler bulunan veya özellikle ciddi bir adi suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümle mahkûm olduğu için söz konusu ülkenin halkı açısından bir tehlike oluşturmaya devam eden bir mülteci, böyle bir talepte bulunamaz.

AYM ayrıca uluslararası insan hakları denetim organlarının ve insan hakları alanındaki sivil toplum örgütlerinin raporlarından faydalanmaktadır.²¹¹ AYM, sınır dışı edilecek ülkede risklere ilişkin araştırmasında söz konusu ülkeye dair AİHM

²⁰⁹ Yryskul Beishenaliev, (B. No: 2016/7458, 20/4/2017, § 51).

²¹⁰ Cenevre Sözleşmesi, 29/8/1961 tarihli ve 359 sayılı Kanun'la onaylanmış; 5/9/1961 tarihli ve 10898 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

²¹¹ Birleşmiş Milletler Yüksek Komiserliğinin Afganistan hakkında hazırladığı bir rapora atıf yapılan karar için bkz. AYM, *Abdolghafoor Rezaei*, B.No:2015/17762, 6/12/2017.

içtihatlarında yer verilen araştırma ve değerlendirme sonuçlarından da faydalanmaktadır.²¹²

AIHM içtihadına göre sınır dışı işlemlerine karşı otomatik olarak durdurma etkisi gösteren etkili bir iç hukuk yolunun ihdas edilmesi gerekmektedir. AYM de aynı gerekliliğe dikkat çekmektedir. Malum olduğu üzere bu tür davalarda AYM'ye tedbir talebi ile bireysel başvuruda bulunulması sınır dışı işlemlerinin icrasını otomatik olarak durdurucu bir etkiye sahip değildir. AYM her bir başvuru açısından yaptığı araştırmaya göre tedbir talebini kabul ve ret etmektedir. Bu incelemenin de belirli bir süre alacağı ve bu süre zarfında başvuru sahiplerinin iade edilme riski ile karşı karşıya oldukları açıktır. Bu duruma dikkat çeken AYM pilot karar usulüyle verdiği Y.T kararında yasa koyucuya yaptığı çağrı ile etkili bir hukuk yolu ihdas edilmesi çağrısında bulunmuştur.

Ceza infaz kurumunun koşulları nedeniyle yapılan başvurularda da AYM tutuklu ve hükümlülerin sağlık hizmetlerine erişmelerini temin etmek üzere ivedilikle tedbir kararları vermektedir. AYM bu tür tedbir talepli başvurularda yaptığı incelemede infaz işleminin kanuna uygun olarak yerine getirilip getirilmediğini denetlememektedir. Zira AYM kanuna uygunluk denetiminin yapıldığı bir temyiz mahkemesi değildir. AYM'nin görevi infaz sürecinde tutma koşullarının işkence, eziyet ve insan onuruyla bağdaşmayan muamele yasağına aykırılık teşkil edip etmediğini değerlendirmekten ibarettir.

3.2. Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Kapsamında Tedbir Kararları

AYM İçtüzükte yaptığı hak sınırlamasına sadık kalarak bazı sınır dışı davalarında başvuru sahiplerinin sınır dışı edilmeleri hâlinde aile birliklerinin bozulacağını ileri sürerek tedbir talebinde bulunmaları üzerine bu talepleri Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında

²¹² Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad, (B. No: 2016/5604, 24/5/2018); A.A. ve A.A. ([GK], B. No: 2015/3941, 1/3/2017).

“manevi bütünlük” kavramı dâhilinde yorumlamakta ve tedbir taleplerini bu kavram üzerinden değerlendirmektedir. Nitekim Mehmet Güler kararında,²¹³ tedbir talebi AYM İhtüzüğünün 73. maddesi uyarınca tedbir kararının yalnızca “başvurucunun yaşamına ya da maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu” hallerde verilebileceği, başvuru açısından böyle bir tehlikenin bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.

Mehmet Güler kararına konu olayda; Suriye’de hayatını kaybeden oğlunun cenazesinin Türkiye’ye getirilmesine izin verilmeyen baba Mehmet Güler, tedbire karar verilmesi talebiyle AYM’ye müracaat etmiştir. AYM bireysel başvurunun esası hakkında henüz bir karar vermemiştir. AYM bu olayda, tedbir talebinin içeriğinin aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkıyla ilgili olduğunu, bu hakkın ise tedbir kapsamında bulunmadığını belirterek tedbiri reddetmiştir.

AYM, 2013/1243 numaralı bireysel başvuruda Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı olan başvurunun “*on beş gün içinde ülkeden çıkış yapması gerektiğine ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada verilen, yürütmenin durdurulması talebinin reddine dair kararın anayasal haklarını ihlal ettiğini*” ileri sürerek tedbir talebinde bulunduğu bir başvuruyu tedbir kapsamında bulmamıştır.²¹⁴ Bu olayda başvurunun iddiası, kendisinin sınır dışı edilmesi durumunda “eşinin mülteci statüsü bulunmadığından BMMYK tarafından üçüncü bir ülkeye yerleştirme işlemleri tamamlanıncaya kadar hiçbir ülkeye gidemeyeceği” için aile birliğinin bozulacak olmasıdır. AYM tedbir kararında; başvurunun “*sınır dışı edilmesi halinde yaşamına ya da maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına yönelik ciddi bir riskin bulunmadığı*” gerekçesiyle tedbirin reddedildiğini belirtmiştir.²¹⁵

²¹³ AYM, *Mehmet Güler*, (TAK) (B.No:2015/15950, 2/10/2015).

²¹⁴ AYM, B.No:2013/1243, 16/4/2013.

²¹⁵ AYM, B.No:2013/1243, 16/4/2013, 27.

Öte yandan AYM; esasen özel hayat kapsamında değerlendirilebilecek bazı şikâyetleri “*manevi bütünlük*” kavramına dâhil etme yönünde bir yorum yaparak tedbir kapsamını genişletme eğilimindedir.²¹⁶

3.3. Tedbir Konusu Yapılabilecek Hak Uygulamasının AİHM Uygulaması ile Karşılıklı Olarak Değerlendirmesi

AİHM tedbir konusu yapılabilecek haklar konusunda sınırlayıcı bir yaklaşım sergilememektedir. AİHM; “ *tarafların yararını koruma*” ve “*önündeki yargılamanın uygun şekilde yürütülmesi*” amacına hizmet eden her tür tedbiri alma konusunda geniş bir serbest alana sahiptir. Bununla birlikte uygulamada “*telaî edilemez bir zararın gerçekleşme tehlikesi*” bulunduğu tedbir kararı almaktadır. Bu nedenle yaşam hakkı ve işkence yasağı dışındaki maddi haklar ve prosedürel bir hak olan adil yargılanma hakkı yönünden tedbir uygulaması oldukça istisnai bir durumdur.

AYM ise kendi uygulama alanını İçtüzük ile sınırlama yolunu tercih etmiş gözükmemektedir. AYM; “*manevi bütünlük*” kavramına yüklediği anlamı içtihat yolu ile geniş yorumlayarak tedbir kapsamını genişletebilme imkânına sahiptir.

Yukarıdaki tespitten hareketle AYM’nin daraltılmış tedbir uygulama usulünün AİHM içtihadı ile ortaya çıkan standardın gerisinde kaldığında kuşku bulunmadığı söylenebilir.

3.4. AYM ve AİHM Uygulamasının Çakışması: Sokağa Çıkma Yasakları

AYM ve AİHM uygulamasında Türkiye’de 2015 yılında bazı bölgelerde ilan edilen sokağa çıkma yasakları kapsamında yapılan tedbir talepli başvurular,

²¹⁶ Bu yönde kararlar için bkz. B.No:2015/15273, 17/9/2015, 17-18; 2015/16437, 10/11/2015, 20.

başvurucuların incelemeye elverişli ve yeterli bilgi veya belge sunmadıkları gerekçesiyle reddedilmiştir.²¹⁷ Bununla birlikte AYM, sokağa çıkma yasağı gerektiren durumla ilgili belirsizlik kalktıktan sonra kamu makamlarının, sağlık görevlilerinin ve güvenlik güçlerinin başvurucuların yaşam haklarını da dikkate alarak gerekli tedbirleri alması gerektiğini kararlarında belirtmiştir.²¹⁸

AYM, ayrıca sokağa çıkma yasaklarının uygulandığı bölgelerde bulunmayan bazı kişilerce bu yasaklara karşı yapılan başvurularda –detaylı bir gerekçelendirmeye girmeden- başvurucuların yasağın doğrudan mağduru olmadığına, yasağın temelsiz olmadığına ve kamu düzenini, halkın can ve mal güvenliğini sağlamak gibi meşru bir amaç taşıdığına karar vererek, geçici tedbir taleplerini reddetmiştir.²¹⁹

4. İSTATİSTİKİ BİLGİLER

AYM, bireysel başvuruları incelemeye başladığı 23/9/2012 tarihinden itibaren Resmi Gazetede veya internet sitesinde birçok karar yayımlamıştır; ancak ilk zamanlarda yayımladığı kararlar arasında tedbir kararlarına yer vermemiştir. Nitekim tedbir kararlarının Resmi Gazetede yayımlanma zorunluluğu bulunmamaktadır. 12 Kasım 2015 tarihinden itibaren ise tedbir kararlarının internet sitesinde yayımlanmaya başladığı görülmektedir.²²⁰

Tedbir talebiyle yapılan başvuruların çoğunlukla sınır dışı işlemlerinin durdurulması talebiyle yapılan başvurulardan oluştuğu anlaşılmaktadır. Bu başvuruları

²¹⁷ AİHM; ulusal hukukta etkili bir hukuk yolu bulunduğu gerekçesiyle incelemesini ertelemiştir. Bkz. Yavuzel ve diğerleri/Türkiye, B.No:5317/16; Irmak/Türkiye, B.No:5628/16.

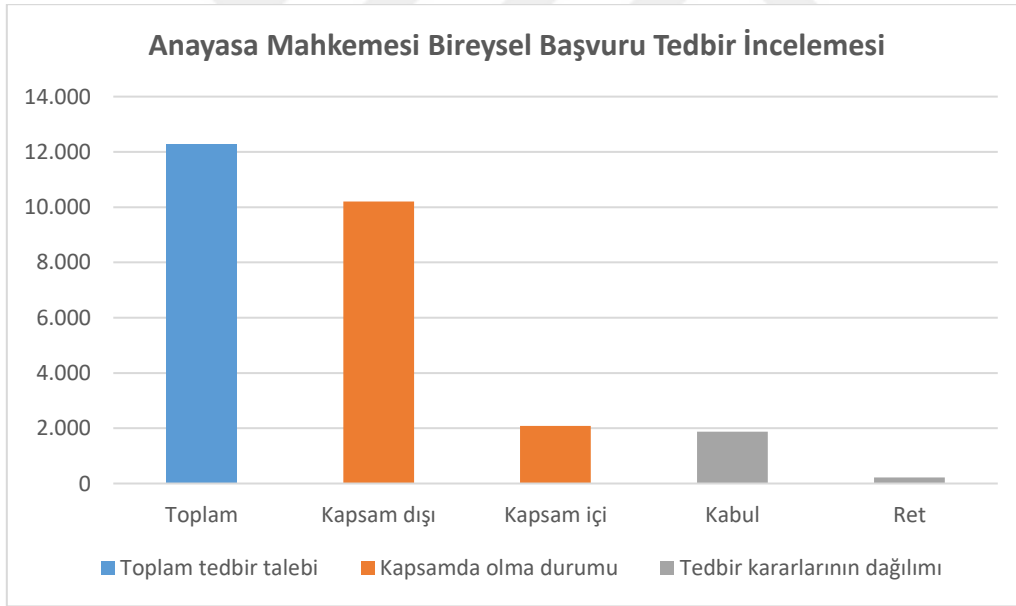
²¹⁸ Bkz. B.No:2016/1652, 29/1/2016.

²¹⁹ *Girasun ve Diğerleri* başvurusu, başvuru no. 2015/15266, Karar tarihi: 11.09.2015, para. 14 ve *Meral Danış Beştaş* başvurusu, başvuru no. 2015/19545, Karar tarihi: 22.12.2015, para. 16

²²⁰ Resmi Gazetede yayımlanan ilk tedbir kararı için bkz. AYM, *Rıda Boudraa*, B.No:2013?9673, 21/1/2015.

ceza infaz kurumunda tutuklu ya da hükümlü olarak bulunanların sağlık imkânlarına ulaşmaları talebiyle tedbir talepli başvuruları takip etmektedir.

AYM bireysel başvuruları incelemeye başladığı 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren toplam 12.304 başvuruda tedbir talebini incelemiştir. Bu taleplerden 10.207 adet başvurunun kapsam dışı olduğunu değerlendiren AYM, 2087 başvuruda tedbir talebinin kapsam içinde kaldığını tespit etmiştir. Kapsam içinde gördüğü başvuruların 1870'i hakkında “tedbir kabul” yönünde karar veren Mahkeme 217 başvuruda tedbiri reddetmiştir. Kapsam içinde değerlendirilen başvuruların büyük çoğunluğu (1508 adet) yaşama hakkı ve işkence –kötü muamele yasağı kapsamında kalmakta iken 362 başvuruda özel ve aile hayatına saygı yönünden tedbir talebi incelenmiştir.²²¹



Kapsam dışı başvurular çoğunlukla adil yargılanma hakkının veya kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvurularda esasa ilişkin bir karar verilinceye kadar başvurucuların tahliye taleplerine ilişkin olmaktadır. Bu tür tedbir

²²¹ Söz konusu istatistiki bilgiler 23 Eylül 2012 ile 1 Kasım 2019 tarihleri arasına ilişkindir.

taleplerinde, başvuruçuların, esas uyuşmazlığa ilişkin taleplerini tedbir talebi konusu yapmak suretiyle tedbir kararını esasa ilişkin kararın yerine ikame etmeye çalıştıkları gözlemlenmektedir. Kuşkusuz tedbir kararlarının böyle bir işlevi bulunmamaktadır.²²²

AYM tedbir kararlarının infaz edilmediği, diğer bir ifadeyle tedbir kararlarının gereğinin yerine getirilmediği iddia edilerek AYM'ye iletilen bir vaka örneğine bu çalışmanın hazırlandığı tarihlerde rastlanmamıştır. Dolayısıyla AYM tedbir kararlarının infazı noktasında herhangi bir tartışma bulunmadığı değerlendirilmektedir.

²²² AYM Tedbir karaları hakkında Buket Abanoz tarafından hazırlanan istatistiksel çalışma için bkz. <https://burakgemalmaz.com/wp-content/uploads/2017/06/aym-gec3a7ici-tedbir-kararlari-tablosu-mart-2017.pdf> erişim, 18/11/2019.

SONUÇ

Genel muhakeme hukukunda ve özel olarak insan hakları yargısında normal bir yargılama prosedürünün maddi ilişkinin açıklığa kavuşturulması amacıyla bir dizi faaliyetin icra edilmesini zorunlu kıldığı bir vakadır. Nitekim gerçeğe ulaşmak ve böylece uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak kapsamlı bir araştırma yapılması ile mümkün olabilecektir. Bu araştırmanın ise zaman alacağında kuşku bulunmamaktadır. Gerçeğin araştırılması sürecinin layıkıyla tamamlanmaya çalışılması bazı durumlarda telafisi imkânsız veya güç zararlara neden olabilir. Böyle durumlarda yargılama sonucunun, yargılamanın henüz başında güvence altına alınması gerekebilir. İşte geçici tedbir kararları yargılama sonucunu güvence altına almak ve yargılamanın tamamlanmasına kadar geçecek olan zaman diliminde tarafların telafi edilemez zarar görmelerini engellemek amacıyla başvuru sürelili kararlardır.

Yargılama sonucunda verilecek nihai kararın etkili hukuki koruma sağlamasını güvence altına alan geçici tedbir kurumu ile ilgili olarak -genel yargılama usulü yönünden- doktrinde çok sayıda çalışma bulunduğu söylenebilir. Ancak insan hakları yargılama usulüne özgülünen geçici hukuki korumaya ilişkin çalışmalara ender rastlanıldığı görülmektedir. Eldeki çalışma insan hakları yargısı alanındaki bu boşluğu doldurabilecek eserlerden biri olma iddiasını taşımamaktadır. Nitekim çalışmada; insan hakları yargısı alanında sıklıkla tatbik edilen geçici tedbir kurumu, uluslararası insan hakları denetim organı olan AİHM uygulaması ile ulusal düzeyde insan hakları yargılama makamı olma niteliğini haiz AYM uygulamasını karşılıklı bir şekilde incelenmiş; dolayısıyla kurum sınırlandırılmış bir düzeyde ele alınmıştır.

Bilindiği üzere, 2010 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği kapsamında AYM bireysel başvuruları incelemekle yetkilendirilmiştir. Bu değişikliğe bağlı olarak Mahkemenin kuruluş kanununda da kapsamlı bir değişikliğe gidilmiş ve norm denetimi

yolunda *gri-tartışmalı* bir uygulama olan tedbir kurumu bireysel başvuru yolunda Mahkemeye açıkça tedbir kararı alma yetkisinin tanınması suretiyle berraklaşmıştır.

Öte yandan AYM, her ne kadar normatif dayanağı bulunmasa da içtihat aracılığı ile geliştirdiği bazı standartlara bağlı kalarak soyut ve somut norm denetimi yolunda “yürürlüğü durdurma” kararları ile tedbir kurumunu uygulamaya devam etmektedir.

Öte yandan; uluslararası ya da bölgesel düzeyde insan hakları denetimi yapmakta olan birçok yargı makamının da normatif bir temele dayalı olmadan geçici tedbir kararları aldıkları; bu uygulamalarına sonradan normatif düzenleme getirdikleri anlaşılmaktadır. Bu kapsamda AYM’nin norm denetimi yolunda geliştirdiği tedbir standartlarının bireysel başvuru yoluna da teşmil edilmesi düşünülebilir. Zira Mahkeme bu konuda önemli bir içtihada sahiptir.

Mahkeme bireysel başvuruları incelemeye başladığı 23 Eylül 2012 tarihinden bu yana 6216 sayılı Kuruluş Kanununda açıkça tanımlanan yetkisine dayanarak bireysel başvuru yolunda sıklıkla tedbir kurumundan faydalanmaktadır. Bununla birlikte Mahkeme tedbir uygulanabilecek haklar yönünden Kanunda kendisine tanınan yetki alanını İçtüzükle sınırlandırmıştır. Nitekim AYM İçtüzüğü’nün 73. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre tedbir kararı, ancak “*başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı*” durumunda verilebilecektir. Bu düzenlemeye göre, tedbir konusu yapılabilecek haklar Anayasa’nın 17. maddesi kapsamında güvence altına alınan haklardır. Mahkemenin kuruluş Kanununda ise bu yönde bir kayıtlama bulunmamaktadır. AYM’nin Kanunda yer almayan ve İçtüzükle ihdas ettiği sınırlı hak uygulamasının anayasa hukuku ilkelerinden hareketle Anayasa’ya aykırı olduğu iddia edilebilir; ancak, -bu tartışmadan ziyade- bireysel başvuru yolunun Türk hukukuna getirilmesindeki amaca aykırı olmak üzere bu sınırlı uygulamanın AİHM

uygulamasının gerisinde kalması nedeniyle kanun koyucunun amacına muhalif bir uygulama olduğu açıktır.

AİHM; geçici tedbir uygulama alanını belirlerken hak temelli bir yaklaşım üzerinden değil, vaka hukuku kapsamında önündeki yargılamanın düzgün bir şekilde görülmesi ve telafisi imkânsız zararların engellenmesi ekseninde yürüttüğü inceleme üzerinden hareket etmektedir. Bu hareket alanı da AİHM’e her bir somut olay özelinde “uygulanabilir kriterler” belirleme imkânı vermektedir.

AYM’nin kendisini Anayasa’nın 17. maddesi alanına hapsetmeye çalışması, pratikte özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında ele alınarak tedbir uygulanabilecek vakaları gözden kaçırmasına ve bu suretle insan haklarını koruma standartlarını düşük düzeyde uygulamasına neden olabilmektedir. AYM’nin bu riski, Anayasa’nın 17. maddesinde yer alan “manevi bütünlük” kavramını geniş yorumlamak suretiyle bertaraf ettiği kararları varsa da bunun istikrarlı bir uygulama olamayacağı; bu nedenle Kanundaki yetki alanına göre inceleme yapmayı tercih etmesinin daha sağlıklı olacağı düşünülmektedir.

Diğer taraftan, AYM tedbir talepli başvuruları incelemek üzere bireysel başvuru bünyesinde profesyonel bir idari örgütlenmeye giderek tedbir birimi ihdas etmiştir. Mahkemenin idari yönden tedbir taleplerini inceleme ve karara bağlama sürecinde AİHM uygulamasına benzer şekilde iyi bir örgütlenmeye gittiği anlaşılmıştır. Bununla birlikte her iki yargı organının artan sayıda tedbir talepli başvuruyu karşılamak için bazı önlemler aldıkları anlaşılmaktadır. Örneğin AYM uygulamasında bireysel başvuru formu ile iletilen tedbir taleplerinin mutlaka formdaki ilgili alanın doldurulması suretiyle Mahkemeye iletilmesi, tedbir talebinin gerekçesinin açıkça forma yazılması, tedbir talebinin gün içerisinde saat 16.00’ya kadar Mahkemeye iletilme zorunluluğu bu önlemlerden birkaçıdır. Ancak AYM’nin bu önlemlere ek olarak tedbir kurumunun esas

hedefinin ve uygulama standartlarının nelerden ibaret olduğunun başvuru­cular tarafından daha iyi anlaşılmasını temin etmek üzere bu alandaki duyuru ve/veya talimatlarını daha detaylı olarak hazırlaması gerekmektedir. Örneğin tedbir taleplerinin incelenebilmesi için gerekli olan ve bireysel başvuru formuna eklenmesi gereken evraklar hususunda başvuru­cular bilgilendirilmelidir. Bu bağlamda, tedbir ret kararlarının bazılarının gerekçeli olarak Mahkeme sitesinden yayımlanması da bir metot olarak değerlendirilebilir. Nitekim AYM’ye çok sayıda kapsam dışı başvuru yapıldığı ve tedbir kurumunun başvuru­cular tarafından doğru algılanamadığı anlaşılmaktadır. Nitekim bireysel başvuru yolunda tedbir talebinin, olağan hukuk yollarındaki tedbir uygulamasının yerine geçmemesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle olağan yollara başvurmak suretiyle bir hukuki koruma elde edilememesi halinde durum anayasa şikâyeti yolu ile anayasa mahkemelerine iletilmelidir. Aksi takdirde yoğun bir iş yükü altında çalışmak zorunda kalan anayasa yargısı organları anayasa denetimi yapma görevini yerine getirmede zorlanmaktadır.

Bireysel başvuru yolunda tedbir uygulamasının daha etkili ve verimli işletilebilmesi için tedbire konu olabilecek uyuşmazlıkların Mahkeme’ye ulaşmadan önce derece mahkemeleri düzeyinde tedbir talebi yönünden çözüme kavuşturulmasının gerekli olduğu tespit edilmiştir. Nitekim ilgili ulusal mevzuatta derece mahkemelerinin önlerindeki uyuşmazlığın esası hakkında karar verilinceye kadar tedbire başvurmalarını mümkün kılan hükümler bulunmaktadır. Buna ek olarak, sınır dışı davalarında davanın açılmasının –*geri göndermeme yasağı*– kapsamındaki iddialar yönünden dava sonuçlanıncaya kadar sınır dışı işlemlerini otomatik olarak durdurucu bir etkiye sahip olması gereklidir. Bu bağlamda, 6458 sayılı Kanun’da yapılan düzenleme uyarınca - herhangi bir istisna olmaksızın- haklarında sınır dışı etme kararı verilenlerin bu karara karşı idare mahkemelerinde dava açmalarının sınır dışı işlemlerini durdurmak için yeterli olması AYM açısından olumlu bir gelişmedir. Böylece bu yöndeki taleplerin doğrudan

AYM'ye taşınması önlenebilecektir. Bu şekilde AYM, olağan kanun yollarının tüketilmesinden sonra kendisine gelen tedbir talepli başvurularda -iyi bir filtreleme yaparak- tedbir uygulama alanını kanun koyucunun da kendisine tanıdığı alanlara genişleten ve insan haklarını koruma standartlarını yüksek düzeye taşıyan içtihatlar geliştirme imkânına kavuşabilir.

Nitekim AİHM de; özellikle sınır dışı davalarıyla bağlantılı tedbir talepli başvurular yönünden ulusal hukukta sınır dışı işlemlerinin otomatik olarak durdurulmasına imkân tanıyan bir yargı sisteminin gerekliliğine vurgu yapmaktadır. Bu sayede derece mahkemeleri başvuru sahiplerinin sınır dışı edilmeleri halinde öldürülme veya kötü muameleyle maruz kalma riskinin bulunduğuna ilişkin iddialarını etraflıca araştırabilmek için gerekli olan zamanı elde etmiş olacaklar ve bu da insan haklarını koruma mekanizmasının etkili bir şekilde çalışmasını sağlayacaktır.

AYM sınır dışı işlemlerinin yargı yoluna taşınması durumunda yargısal inceleme tamamlanana kadar bu işlemleri otomatik olarak durduracak mekanizmaların inşa edilmesi için yasama organına çağrı yapan bir pilot karar almıştı. Bu karar, Mahkemenin çok sayıda tedbir talepli başvuruyu karşılamak zorunda kaldığının da bir göstergesi idi. Söz konusu karar uyarınca gerekli düzenlemelerin yasa koyucu tarafından kısa süre içerisinde yapıldığı görülmektedir. Bu durum hukuk sistemi açısından oldukça olumlu bir gelişme olmuştur.

Demokratik bir hukuk devletinde insan haklarının korunması amacıyla kurulan bir yargı sisteminin ilk hedefi ihlal tespitinin geçmişe yönelik olarak yapılması değil, potansiyel ihlal riskinin doğduğu anda ihlalin önlenmesi olmalıdır. İşte geçici tedbir kurumu bu önleyici mekanizmanın temel çarklarından biridir ve geçici tedbir teması, uluslararası düzeyde siyasi, sosyal ve ekonomik istikrarsızlığın yüksek olduğu bir ortamda önemini korumaya devam etmektedir/devam edecektir.

KAYNAKÇA

Yazılı Eserler

Akın, F. (2017), Avrupa İnsan Hakları Yargılamasında Geçici Hukuki Korumalar, İstanbul Barosu Dergisi, C.91, S.6.

Aliyev, C., (2010), Anayasa Şikâyeti, Beta Basım, İstanbul

Aydın, Ö.D., (2015), “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XV, S.4

Azaklı, M., (2019), “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Somut Norm Denetimi Yoluyla İncelenmesi”, Anayasa Yargısı, 2019, C.XXXVI, S.1.

Değirmencioğlu, M., (2004), Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı Bağlamında Yürürlüğün Durdurulması”, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi

Doğan, K., (2008), “Ceza Muhakemesinde Hüküm”, Ceza Hukuku Dergisi, S. 7.

Erdoğan, M., (2019), Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara

Ergül E., (2012), Sınır Dışı Etme Geri Gönderme ve Geri Verme, Yargı yayınları, Ankara

Ergül, E., (2012), Anayasa Mahkemesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması, Yargı Yayınevi, Ankara

Erişir, E., (2013), Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, On iki Levha Yayınları, İstanbul

- Gemalmaz, M.S., (1999), İnsan Hakları Belgeleri- Bölgesel Sistemler, Alkım Yayınları.
- Gemalmaz, M.S., (2000), Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri, Beta Yayınları, İstanbul
- Gemalmaz, M.S., (2003), Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Beta Yayınları, 4. Baskı, İstanbul
- Gemalmaz, M.S., (2007), Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukukunda Geçici Önlem, Legal Yayınları, C. II.
- Gemalmaz, H.B., (2004), Türkiye’de ve Ulusalüstü Hukukta Bireylerin Geçici Yargısal Koruması, (ed. Z. Aslan), Alfa Yayınları, İstanbul
- Goldsworthy, Peter j. (1983), (çev. Aslan Gündüz) “Milletlerarası Adalet Divanında Geçici Tedbir Kararları”, İÜHFM, Cilt XL VIII-XLIX, Sayı 1-4, İstanbul
- Gökcan, H. T., (2018), “Bireysel Başvuruda İkincillik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.135
- Gözler K., (2017), İnsan Hakları Hukuku, Ekin Yayınları, Birinci Baskı, Bursa
- Göztepe, E, (2017), İnsan Haklarının Korunmasında Geçici Tedbir, On iki Levha Yayınları, İstanbul
- Göztepe, E. (1998), Anayasa Şikâyeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 530, AÜHF Döner Sermaye Yayınları No: 45
- Gözübüyük,Ş.,Gölcüklü,F., (2009) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan, Ankara
- H.S. Çelikyay, H.S. (2015), “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının ‘Başvuru Yollarının Tüketilmemesi’ Ölçütü Açısından Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LXXIII
- Haeck, Y.;Herrera, C.B., (2003), “İnterim Measures in the Case Law of the European Court of Human Rights”, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol.21, No.4

- Harris, D.; O' Boyle, M.; Bates, E.; Buckley, C., (2018) Law of the European Convention on Human Rights, Fourth Edition, Oxford University Press.
- Heper, A., (2012), Anayasa Şikâyeti Konusunda Bazı Düşünceler, Ceza Hukuku Dergisi, C.VII, S.19.
- İnceoğlu, S. (2018), Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi, 4, Avrupa Konseyi, 2018. s.7-11.
- Kanadoğlu, K. (2015), Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s.11,
- Koçak, M. (2011), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi" Ankara Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- McCORMICK, P. (2010) "A risk of irreparable Damage: Interim Measures in Proceedings before the European Court of Human Rights", Cambridge Yearbook of European Legal Studies", S.12.
- Metin, Y. (2014), "Bireysel Başvurunun Hukuki İşlevleri", Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, 2014, S,2
- Mutaf, H., (2015), 'Avrupa İnsan Hakları Uygulamasında İhtiyati Tedbir', Haşim Kılıç'a Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara,
- N. Mole, C. Meredith,(2010), Asylum and the European Convention on Human Rights, Council of Europe Publishing, 2010
- P. Kunig, (2011), "Anayasa Şikâyeti ve Yargı Sistemi Üzerindeki Etkileri" Çev.Deniz Dursun, Uluslararası Sempozyum, Ankara, 19-20 Mart 2010, Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim, (Türkiye'de Anayasal Değişim Beklentileri), Türkiye Barolar Birliği Yayını, No.200

P.van Dijk, F.van Hoof, A.van Rijn, (2006), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Fourth Edition, (ed.L.Zwaak), Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006.

Pekcanitez, H.; Atalay, O.; Özokes M., (2011), Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara.

Şirin, T. (2013), Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme, On İki Levha Yayınları, İstanbul

Şirin, T. (2018), Bireysel Başvuru Usul Hukuku, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi

Üstündağ, S., (1981), İhtiyati Tedbirler, Fakülteler Matbaası, İstanbul

Webster’s Encyclopedic Unabridged Dictionary of the English Language, Deluxe Edition, Gramercy Books, New York, 1994

Wolfgang Benedek, (2006), İnsan Haklarını Anlamak, İnsan Hakları Eğitimi El Kitabı içinde; Hukukun Üstünlüğü ve Adil Yargılama, Avrupa İnsan Hakları ve Demokrasi İçin Eğitim ve Araştırma Merkezi (ETC) 3. Baskı.

Yaşar, V. G., (2010), “Ceza Muhakemesinde Karar ve Hüküm, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara

Yıldız, M., (1988), Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı, Beta Yayınları, İstanbul

Yılmaz, E., (2001), Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Yetkin Yayınları, Ankara

Yılmaz, O., (1963), İhtiyati Tedbirler, Birinci Basım, İvriz Matbaası, Konya

Elektronik Kaynaklar

Elana-ECRE (2012), *Research on ECHR Rule 39 Interim Measures*.

Buket Abanoz tarafından hazırlanan istatistiksel çalışma

<https://burakgemalmaz.com/wp-content/uploads/2017/06/aym-gec3a7ici-tedbir-kararlari-tablosu-mart-2017.pdf> erişim, 18/11/2019.

H. Keller- C. Marti (2013), ‘Interim Relief Compared: Use of Interim Measures by the UN Human Rights Committee and the European Court of Human Rights’, erişim, 31/1/2019, <http://www.zaoerv.de>

Isabela Piacentini, “Protective Measures in the Inter- American Human Rights System”, erişim: 8/11/2019, <https://www.lrwc.org/ws/wp-content/uploads/2012/03/Protective-measures-Inter-American-System.pdf>

K. Gözler, “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı” <http://www.anayasa.gen.tr/yorum.htm> erişim, 18/11/2019.

Muharrem İlhan Koç, “Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün Kapsamı ve Bireysel Başvuru, Barobirlik e-dergi, Sayı: 10, <http://ebarobirlik.barobirlik.org.tr/EB/ekim2014/assets/basic-html/page-33.html#>, erişim, 13/10/2019.

R. St.J. Macdonald, “Interim Measures in International Law, with Special Reference to the European System for the Protection of Human Rights”, 1992, ZaöRV, erişim, 10/11/2019, https://www.zaoerv.de/52_1992/52_1992_3_4_a_703_740.pdf

S.D. Jóhannsdóttir, “Interim Measures under Rule 39 of the Rules of the European Court of Human Rights Protecting Human Rights in Cases of Urgency,” erişim, 15/11/2019. <https://skemman.is/bitstream/1946/20225/1/Soff%C3%ADa%20D%C3%B3ra-final-final.pdf>

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları

Rıda Boudraa, B.No:2013?9673, 21/1/2015.

Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt, B. No: 2012/403, 26/3/2013

Bayram Gök, B.No:2012/946, 26/3/2013.

Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013

Veli Özdemir, B. No: 2013/276, 9/1/2014

Fatih Hilmioğlu, B.No:.No:2014/648, 20/1/2014.

G.B. [TK], B. No: 2015/508, 16/1/2015.

Zeki Hakan Nebioğlu, B.No:2015/2418, 24/4/2015.

Mehmet Güler, (TAK) (B.No:2015/15950, 2/10/2015).

Abdolghafoor Rezaei, (B.No:2015/17762, 1/12/2015).

Salih Tuğrul, AYM, B.No:2014/1988, 17/5/2016;

Bahadır Yalçınöz, B.No:2016/15429, (TAK), 8/9/2016.

Ergin Aktaş, B.No:2014/14810, 21/9/2016.

Abdullah İçli, B.No:2016/22167, 31/10/2016

Hayati Kaytan, B.No:2014/19527, 16/11/2016

A.A. ve A.A., [GK], B. No: 2015/3941, 1/3/2017

Yryskul Beishenaliev, (B. No: 2016/7458, 20/4/2017

Azizjon Hikmatov. B.No:2015/18582, 10/5/2017

Semih Özakça ve Nuriye Gülmen, B.No: 2017/27678 (TAK), 28/6/2017.

İmam Çelikdemir (B. No: 2014/20289, 5/12/2017, §§ 33, 34

Şahin Alpay, (B.No:2018/3007, 15/3/2018, § 4).

Şahin Alpay, B.No: 2018/3007, 15/3/2018.

G.B. ve diğerleri, (B.No:2014/19481, 24/5/2018).

Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad, (B. No: 2016/5604, 24/5/2018);

Y.T. [GK], B.No:2016/22418, 30/5/2019).

Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz (2), (B.No: 2015/15977, 12/6/2019).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Aleksanyan/Rusya, B.No:46468/06, 22/12/2008.

Al-Saadam ve Mufdhi/ Birleşik Krallık (B.No:61498/08, 4/10/2010)

B./Belçika (B.No.4320/11, 10 /7/ 2012)

Babajanov/Türkiye, B. No: 49867/08, 10/5/2016.

Cruz Varas, Soering/Birleşik Krallık (B.No:14038/88, 7/7/1989)

Danimarka, Norveç, İsveç/Yunanistan, B.No:4448/70 (2), 26/5/1970

Danimarka, Norveç, İsviçre ve Hollanda/Yunanistan, B.No:3321/67, 3322/67, 3323/67,
24/1/1968.

G.B. ve diğerleri/Türkiye, (B.No:4633/15, 17/10/2019, §138)

Ghorbanov ve diğerleri/Türkiye, B. No: 28127/09, 3/12/2013;

İlaşcu ve Diğerleri ve Moldova ve Rusya, ([BD], B.No:48787-99, 8/6/ 2014)

J.K. ve diğerleri/İsveç [BD], B. No: 59166/12, 23/8/2016;

Jabari /Türkiye, (B.No.40035/98, 11/10/2000, § 50).

Knecht/ Romanya (B. No.10048/10, 2/10/2012)

Kotsaftis/Yunanistan, B.No:39780/06, 12/6/2008;

Lambert ve diğeri/Fransa, (BD), B.No:46043/14, 5/5/2015.

M.S.S./Belçika ve Yunanistan [BD], B. No: 30696/09, 21/1/2011

M.S.S./Belçika ve Yunanistan [BD],(B.No: 30696/09, 21/1/2011

Mamatkulov ve Abdurasulovic/Türkiye, (B.No:46827/99 ve 46951/99, 6/2/2003

Mamatkulov ve Aksarov/Türkiye [BD], B. No: 46827/99, 4/2/2005;

Mamatkulov ve Askarov/ Türkiye, B.No: 46827-99, 4/2/2005, § 106.

Micallef/Malta, B.No: 17056/06, 15/10/2009.

Mostofa ve Diğeri/Türkiye,(B.No. 16348/05, 15/1/2008).

N./Birleşik Krallık, B.No:26565/05, 27/5/2008).

Nsona/Hollanda, B.No:63/1995, 28/11/1996

Olaechea Cahuas/ İspanya (B.No. 24668/03, 10/8/2006).

Öcalan/Türkiye, (B.No:46221/99, 12/5/2005).

Paladi/Moldova, B.No:39806/05, 10/3/2009, par.90.

S.S.C./İsveç, B.No:46553/99, kk, 15/2/200

Saadi/İtalya [BD], B. No: 37201/06, 28/2/2008

Salakhov ve Islyamova/Ukrayna, B.No:28005/08, 14/3/2013

Salakhov ve Islyamova/Ukrayna, B.No:28005/08, 14/3/2016

Salem/Portekiz, B.No:26844/04, 9/5/2006

Savridin Dzhurayev / Rusya, (B.No.71386/10, 25/ 4/2013, § 212

Şahin Alpay/Türkiye, B.No: (16538/17, 20/3/2018, 29-30

X/Hırvatistan, B.No:11223/04,17/7/2008.

ÖZET

İnsan haklarını korumak için kurulan bir sistemde yargılamanın belirli bir zaman alması nedeniyle –özellikle- yaşam hakkının veya işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edilme ihtimalinin bulunduğu “*onarılamaz hasar riskinin mevcut olduğu*” durumlarda kesin kararın etkililiğini korumak için bazı güvencelere ihtiyaç vardır. Geçici tedbir kararları bu güvenceyi temin eden ve mağduru telafisi imkânsız zarardan koruyan kararlardır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında etkili bir denetim sistemine sahip olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özellikle sınır dışı davaları ve mültecilerin hakları ile ilgili başvurularda sıklıkla geçici tedbir kararlarına başvurmaktadır. 2010 yılında yapılan anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruları incelemekle yetkilendirilmiştir. Anayasa Mahkemesi de yaşam hakkının veya işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddiası ile yapılan başvurularda tedbir kararları almaktadır. Bu çalışmada, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunda tedbir uygulamasının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulaması ile karşılaştırılması yöntemiyle her iki yargı organının tedbir kararlarının uygulama standartları ortaya çıkarılmaya çalışılmıştır. Buna göre, Anayasa Mahkemesinin sadece yaşam hakkı ve işkence yasağı kapsamında yapılan başvurularda tedbir kararları aldığı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamasında ise herhangi bir hak sınırlaması yapılmadığı anlaşılmıştır. Ayrıca her iki mahkemenin tedbir kararı alma usullerinin benzer olduğu görülmüştür. Anayasa Mahkemesinin tedbir talepli başvuruları daha etkili ve hızlı bir şekilde karşılayabilmesi için sınır dışı işlemlerine karşı idari yargı makamları nezdinde açılan davaların herhangi bir istisna getirilmeksizin sınır dışı işlemlerinin icrasını otomatik olarak durdurucu etkiye sahip olmasını sağlayacak yasal düzenleme yapılmasının gerekli olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Aksi takdirde Anayasa Mahkemesinin artan iş yükünü karşılayamaması riski bulunmaktadır.

ABSTRACT

Due to the fact that it takes a certain amount of time to judge in a system established to protect human rights, in case of “*the presence of the risk of irreparable damage*” especially where there is the possibility of violating the right to life or the prohibition on torture and maltreatment, some assurances are required so as to protect the effectiveness of the final decision.

Interim measures decisions are the ones that ensure this assurance and protect the victim from irreparable loss. The European Court of Human Rights, which has an effective audit system under the European Convention on Human Rights, has generally implemented the interim measures decisions for applications especially in relation to deportation lawsuits and the rights of refugees. Due to amendment in the Constitution during 2010, the Constitutional Court is authorized to review individual applications. The Constitutional Court has also taken interim measures decisions for applications made with the claim in respect of violating the right to life or the prohibition on torture and maltreatment. In this study, it has been tried to reveal the standards of implementation of the interim measures decisions of both judicial bodies thanks to comparison method between the interim measures decision implementation for individual application to the Constitutional Court and the application of the European Court of Human Rights. Accordingly, it has been understood that; the Constitutional Court only takes interim measures decisions on applications made within the scope of the right to life and the prohibition of torture but in the implementation by the European Human Rights Court, there is no right limitation. In addition, it has been observed that the procedures of both courts to take the interim measures decisions are similar.

In order for the Constitutional Court to meet applications requesting the interim measures decisions more effectively and quickly, it has been concluded that; legal regulation is required ensure that lawsuits filed before the administrative judicial authorities against deportation proceedings have an automatic stopping effect on the execution of deportation proceedings without any exceptions. Otherwise, there is a risk in terms of the Constitutional Court failing to meet the increasing work load.