

ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURUDA ‘TEDBİR’ ‘INTERIM MEASURE’ IN INDIVIDUAL APPLICATION TO THE CONSTITUTIONAL COURT

Gonca EROL*

Özet: Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda tedbir, bir yandan başvurudaki tarafların hak ve çıkarlarını koruyan, diğer yandan ise mahkemenin vereceği kararın etkinliğini güvence altına alan ve böylece bireysel başvuru yolunun işlevselliğine katkı sunan bir araçtır. Bu bakımdan hak ve özgürlüklerin korunmasında önemli bir role sahiptir. Bu çalışmada, tedbir aracının niteliği ve amaçlarından hareketle, ilgili mevzuat ve tedbir mekanizmasının dört yıllık uygulaması incelenmektedir. Makalede, gerekli görülen yerlerde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin tedbire ilişkin uygulamasına da değinilmektedir. Ancak amaç tedbir konusunda kapsamlı bir AİHM-AYM karşılaştırması yapmak değildir. Amaç AYM’nin tedbire ilişkin dört yıllık uygulamasını incelemek ve değerlendirmektir.

Dört ana başlık altında yapılan incelemede öncelikle tedbirin niteliği ve amaçlarının neler olduğu ele alınmaktadır. İkinci başlık altında ise tedbirin amaçlarından hareketle tedbir kararının verilmesi için gereken şartların neler olduğu araştırılmaktadır. Üçüncü başlık tedbir usulünü incelemekte ve bu incelemede, hem yürürlükteki mevzuatı hem de pratik uygulamayı gözden geçirmektedir. Bu bölümde, özellikle, Anayasa hükmü, 6216 sayılı Yasa düzenlemesi ve AYM içtüzüğü arasındaki çelişkiler ve eleştiri konusu edilen hususların uygulamadaki yansımaları araştırılmaktadır. Son başlık altında ise tedbir kararının içeriği ve infazı ile ilgili belli başlı konulara değinilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Bireysel Başvuru, Tedbir, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, Yaşam Hakkı, Maddi ve Manevi Bütünlüğü Koruma Hakkı

Abstract: Interim measures in individual applications to Constitutional Court (AYM) is an instrument that protects, on one hand, the rights and interests of the parties of a case, on the other hand, that ensures the efficiency of the decisions of the court on the merits and thus that contributes the functionality of the individual application system. In this regard, it has an important role in protecting fundamental rights and freedoms. This article analyzes applicable law and four-year application of the interim measure mechanism with reference to its nature and purposes. In this article, it is also mentioned, where necessary, about the applications on interim measures of the European Court of Human Rights (ECHR). The main purpose, how-

* Araştırma Görevlisi, Galatasaray Üniversitesi SBE, goncaerol79@gmail.com.

ver, is not to make a comprehensive comparison between practices of AYM and of ECHR. The purpose is to review and analyze the four-year practice of AYM regarding interim measures.

In the review which is made under four basic titles, it is discussed, firstly, the nature and purposes of the interim measure. Under the second title, with reference to the purposes of the instrument, it is looked into what the requirements are to grant interim measure. Third title examines the procedure of the interim measure and, in this examination, looks into both applicable law and its practice. In this part, the contradictions between the related constitutional provision are reviewed and Law no.6216 provisions and internal rules of the constitutional court and the reflections of the issues are criticized on practices. Under the last title, the specific issues related to the content of the interim measure decisions and their enforcement are mentioned.

Keywords: Individual Application, Interim Measure, Internal Rules of the Constitutional Court, Right to Life, Right to Protect Corporeal and Spiritual Integrity

GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) bireysel başvuru usulünün görece yeni bir usul olmasının da bir sonucu olarak, bireysel başvuruda tedbir uygulaması birtakım soru işaretlerini ve belirsizlikleri hala içerisinde barındırmaktadır. Açıktır ki, bu soru işaretleri büyük ölçüde, AYM'nin kuracağı istikrarlı içtihatlarla ortadan kaldırılacaktır. Bu çalışmanın da amacı, oluşmakta olan tedbir uygulamasına dair içtihadı, mahkemenin dört yıllık uygulaması ekseninde incelemek ve bireysel başvuruda tedbir aracının kullanımına ve etkinliğine dair bir genel değerlendirme yapmaktır.

AYM'ye bireysel başvuru usulü öncelikle, temel hak ve özgürlüklerin daha iyi biçimde korunmasını güvence altına almanın bir yolu olarak anayasal sistemimize dâhil edilmiş olsa da¹ bu usulün getirilmesinin en önemli nedenlerinden birisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) Türkiye'den giden başvuruların sayısını azalt-

¹ Madde gerekçesinde bu şöyle ifade edilmiştir: "Türkiye'de bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi, bir yandan bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlayacak, öte yandan da kamu organlarını, Anayasaya ve kanunlara daha uygun davranma konusunda zorlayacaktır." https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf

maktır.² Hakkın kapsamının ve uygulama usullerinin belirlenmesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve AİHM içtihatları ile paralellik sağlanmaya çalışılmış olmasının bir nedeni de budur. Ancak bunun yanında, AİHM'in bu usule ilişkin uzun yıllara dayanan deneyimlerinin ve bu alandaki uzmanlığının da, bireysel başvuru yolunu yeni uygulamakta olan ülkeler açısından önemli bir rehber olduğu/olacağı tartışmasıdır.

İşte bu nedenlerle AYM'ye bireysel başvuru yolunda tedbir usulüne ilişkin incelememizi, gerekli görülen yerlerde AİHM'in oluşturduğu içtihat ile karşılaştırmalı olarak ele alacağız. Ancak amacımız kapsamlı bir AYM-AİHM tedbir uygulaması karşılaştırması yapmak değil. Amacımız, oluşmakta olan AYM'nin tedbir kararına ilişkin içtihadını irdelemek, eksik veya çelişkili görülen, eleştirilen yönlerini değerlendirmektir.

12 Eylül 2010 tarihinde halkoylaması ile kabul edilen anayasa değişikliklerinin bir parçası olarak anayasal sistemimize dâhil edilen ve 23 Eylül 2012'den beridir uygulanmakta olan bireysel başvuru yolu Anayasa'nın 148. maddesinde düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen bu maddenin birinci fıkrasına göre *"Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar."*

Aynı maddenin 3., 4. ve 5. fıkralarında ise şu hükümler yer alır:

"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.

² Ece Göztepe, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", *TBB Dergisi*, 2011 (95), ss.13-40, s.14-15. Hüseyin Turan, "Ceza Mahkemelerince Verilen Kararlar Bakımından Bireysel Başvuruda Başvuru Süresi", *TAAD*, Yıl:5, Sayı:17, Nisan 2014, s.114.

Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir."

Anayasanın 148. maddesinin 5. fıkrasında öngörüldüğü biçimde bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 'Bireysel başvuru' başlıklı dördüncü bölümünde, 45-51. maddelerinde düzenlenmiştir.

Ayrıca 12.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü de, 59 ile 84'üncü maddeleri arasında bireysel başvuru usulünün uygulamasına ilişkin usul ve esasları anayasa ve ilgili kanun çerçevesinde düzenlemiştir.

Bireysel başvuruda tedbir kararı ise, Anayasada açıkça öngörülen bir usul olmamakla birlikte, 6216 sayılı Kanun'un "esas hakkında inceleme" başlıklı 49. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiştir: "(5) Bölümler, esas inceleme aşamasında, başvurunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere resen veya başvurunun talebi üzerine karar verebilir. Tedbire karar verilmesi hâlinde, esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Aksi takdirde tedbir kararı kendiliğinden kalkar."

Bununla birlikte tedbire ilişkin ayrıntılı düzenleme Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 73. maddesinde yapılmıştır. Buna göre:

"Tebdir kararı

MADDE 73- (1) Başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşıldığı üzerine, Bölümlerce esas inceleme aşamasında gerekli tedbirlere resen veya başvurunun talebi üzerine karar verilebilir.

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

(3) Bölüm, tedbire karar vermesi hâlinde gereğinin ifası için bunu ilgili kişi ve kurumlara bildirir.

(4) Tedbir kararı verilen başvurunun esası hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Tedbirin devamı konusunda yeni bir karar alınma-

dığında, başvurucunun hakkının ihlal edilmediğine ya da başvurunun düşmesine karar verildiği durumlarda tedbir kararı kendiliğinden kalkar.”

Görüldüğü üzere, yasada tedbire ilişkin çok genel ve çerçeve bir düzenleme bulunmaktadır. Bununla birlikte içtüzük, tedbir kararı bakımından daha açıklayıcı ve usul açısından yol gösterici hükümleri içerisinde barındırmakta ve bu anlamda tedbir uygulamasına dair belli başlı soru işaretlerini giderdiği söylenebilir. Ancak aynı zamanda, içtüzük düzenlemesi, kimi yönlerden yasa ile çeliştiğinden yeni soru işaretleri yaratmakta, kimi yönlerden ise yasada mevcut eksiklikleri sürdürmektedir.

Elbette ki, tedbir kararına ilişkin soru işaretlerinin önemli bir bölümü yasa yahut içtüzük metinleri eliyle değil, AYM'nin zamanla istikrar kazanacak olan uygulamaları ile ortadan kalkacaktır. Kimi eksikliklerin, yasa yahut içtüzükteki diğer hükümlerin yardımıyla çözümü de mümkün görünmektedir. Ayrıca, AYM'nin bugüne kadarki uygulaması bu soruların bir bölümünü daha şimdiden cevaplamış görünmektedir.

Tedbir uygulamasının tüm bu cevaplanmış-cevaplanmamış soruları da içerecek bir biçimde kapsamlı bir incelemesini yapabilmek için konuyu dört ana başlık etrafında ele almak yerinde olacaktır:

Öncelikle tedbir kararının niteliğinin ortaya konulması gerekir. Hangi amaçlara yönelik bir kurum olduğu, bireysel başvuru sürecinde hangi ihtiyaçları gidermek için öngörülmesi sorularının cevabını vermeden aracın uygulamasının gerçekçi bir değerlendirmesini yapmak mümkün olmayacaktır.

Aracın niteliğine ilişkin temel özelliklerini ve amacını ortaya koyduktan sonra artık bu amaçları gerçekleştirmek bakımından tedbir talebinin hangi şartları sağlaması gerektiği belirlenmelidir. Dolayısıyla ikinci başlık altında, tedbir talebinin hangi koşulları sağlaması gerektiği ve tedbir kararının hangi şartlar sağlandığı takdirde verilebileceği mevzuat ve uygulama çerçevesinde incelenecektir.

Üçüncü bir başlık altında ise, tedbir kararına ilişkin usulün ayrıca ele alınması gerekir. Zira tedbir kararının amacının ve bu amaç doğrultusunda tedbir kararı için aranan şartların ideal bir çerçevede hazırlanmış olması yetmez, bu karara ulaşmayı sağlayan usulün de

aracın amacına uygun olması gerekir. Aksi halde, tedbir kararlarının amaca hizmet etmemesi gibi bir durum ortaya çıkabilir.

Son olarak, tedbir kararının alınmasından sonraki sürece bakmak gerekir. Bu bakımdan, tedbir kararlarının içerikleri, kapsamı, infazına ilişkin temel hususlar ve sona ermesi konuları incelemenin son bölümünü oluşturmaktadır.

I. TEDBİR KARARININ NİTELİĞİ VE AMAÇLARI

6216 sayılı Yasa 49/5. maddesinde, bölümlerin, “başvurucunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere” başvurabileceği öngörülmüştür. Bu hükümden çıkarılabilecek tedbir kararının niteliğine ilişkin genel sonuç; tedbirin, her durumda değil istisnai³ olarak, yalnızca “zorunlu” görülen hallerde, bir hakkın korunması için kullanılabilir bir usul olduğudur. Peki, ama hangi haller “zorunlu” haller olarak nitelendirilebilir?

Bu soruya cevabı kısmen İçtüzüğün 73. maddesi vermiştir: “(1) Başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılmaması üzerine, Bölümlerce esas inceleme aşamasında gerekli tedbirlere resen veya başvurucunun talebi üzerine karar verilebilir.”

Bu düzenlemeye göre tedbir usulüne başvurmayı zorunlu kılan bir halden söz edebilmek için şu iki asgari kriterin mevcut olması gerekir:

a. Başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik bir tehlike söz konusu olmalıdır.

b. Bu tehlike “ciddi” nitelikte bir tehlike olmalıdır.

Zira aynı maddenin 2. fıkrasında da “tedbir kararına başvurulmaması hâlinde başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yöne-

³ AYM de kararlarında bu istisnai olma özelliğini vurgulamaktadır: “Bu yönüyle tedbir yetkisi istisnai bir yetki olup, ancak işlem veya kararın uygulanması halinde yaşam hakkına ya da bireyin maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik gerçek ve ciddi bir risk doğacaksa tedbire başvurulabilir.” AYM, Rıdâ Boudraa (TAK), B.No: 2013/9673, 30.12.2013, §25. Ayrıca bkz. Musa Sağlam, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Tedbir Kararı”, *HUKAB Dergi* Sayı 5, <http://www.hukabdergi.com/p2122/>, Erişim Tarihi: 19.9.2016 : “Tedbir kararına hükmedilmesi çok istisnai durumlara özgüdür. Olağan üstü şartların varlığı, bu olağan üstü tedbirin alınabilmesini mümkün kılar.”

lik ciddi bir tehlike bulunduğunun anlaşılması” haline vurgu yapılmaktadır.

Öncelikle belirtelim ki, bu düzenlemenin, tedbir kararının konusunu teşkil edebilecek hakların kapsamını yasa ile çelişir biçimde daraltıyor olması bir sonraki başlıkta tartışılacaktır. Bu başlık altında bizi ilgilendiren kısım, düzenlemede, tedbir kararının, bir hakka yönelik “ciddi bir tehlike bulunduğunun anlaşılması” halinde söz olacağının öngörülmüş olmasıdır.

Bu düzenlemelerden hareketle diyebiliriz ki, tedbir kararının amacı, hakka yönelik mevcut olan ciddi tehlikenin, gerçekleşmiş bir zarara dönüşmesini önlemektir. Nitekim AYM de kararlarında bu durumu şöyle ifade etmektedir: “...bir işlem ya da kararın uygulanması halinde bireyin anayasal haklarının ihlali yönünde ciddi bir tehlike ortaya çıkacaksa, 6216 sayılı Kanun ile Mahkemeye bu tehlikeyi önlemek amacıyla tedbir kararı verme yetkisi tanınmıştır.”⁴

AYM’ye bireysel başvuruda tedbir kararları bakımından mevcut düzenlemeler açısından dikkat çekici noktalardan birisi, tedbir kararının çerçevesinin yasa ile geniş bir biçimde çizilmiş olmasına karşın, bu çerçevenin içtüzük hükümleri ile bir bakıma sınırlandırılmış olmasıdır. Bu sadece kapsama alınan haklar bakımından değil, genel olarak da söz konusudur. Yani yasada, “Bölüm bir başvuruyu incelerken zorunlu gördüğü tedbirleri alabilir” manasına gelen bir düzenleme var iken, içtüzük bunu hem haklar bakımından sınırlamış hem de, ciddi bir tehlikenin olması şartına bağlamıştır.

Aslında benzer bir durum AİHM’ndeki geçici tedbir uygulamasında da söz konusudur. Tıpkı 6216 sayılı Yasa’nın 49/5. maddesinde genel bir düzenlemeye yer verilmiş olması gibi, AİHM içtüzüğünde 39. maddede yer alan geçici tedbire ilişkin hüküm de oldukça genel bir hükümdür. Burada, mahkemenin “ *tarafların yararı veya önlerindeki yargılamanın uygun şekilde görülebilmesi için alınması gerektiğini düşündükleri geçici tedbirleri*” alabileceği ifade edilmiştir.

Hatta AİHM’in içtüzük düzenlemesi 6216 sayılı Yasa’daki düzenlemeye kıyasla daha ucu açık bir düzenlemedir de denilebilir çünkü yasada tedbir kararının hakların korunması bakımından bir “zorun-

⁴ AYM, Rıda Boudraa (TAK), B. No: 2013/9673, 30.12.2013, §25.

luluk" görülmesi halinde uygulanacağı belirtilmiş iken, AİHM düzenlemesinde bir zorunluluk haline gönderme yapılmıyor ve mahkemeye gerekli gördüğü takdirde, gerekli tedbirleri alabilmesi bakımından tam anlamıyla bir takdir yetkisi tanınmış görünüyor.

Bununla birlikte AİHM uygulamasına baktığımızda AİHM içtüzüğünde kelimelerle çizilmemiş olan sınırın, mahkemenin uzun yıllardır süregelen uygulaması ile pratikte çizildiğini görüyoruz.

AİHM'in yerleşik uygulamasına göre geçici tedbirler, 'telafisi mümkün olmayan (irreparable) bir zararın meydana gelmesine ilişkin yakın bir risk'⁵in söz konusu olduğu hallerde uygulanan acil durum tedbirleridir.⁶ Mahkemeye göre geçici tedbire ancak "tedbir uygulanmadığı takdirde başvuru sahibinin ciddi, geri dönülmez (tersine çevrilemez - irreversible) bir zarar ile karşılaşacağı"⁷ hallerde başvurulur.

Peki, AİHM gözünden geçici tedbirin amacı nedir?

AİHM'e göre, geçici tedbirlerin amacı, bireysel başvuru hakkının etkinliğini güvence altına almaktır.⁸ Bu etkinliğin sağlanmasında, tarafların hak ve çıkarlarının korunması kadar, mahkemenin etkin bir yargılama yapabilme olanaklarının da korunması önem arz eder. Başka bir ifadeyle, geçici tedbirinin amacı, bir yönüyle, mahkemenin başvuruyu etkin bir şekilde incelemesini güvence altına almak,⁹ diğer yönüyle ise Mahkeme önündeki henüz karara bağlanmamış anlaşmazlığın taraflarının çıkarlarını ve haklarını korumak ve muhafaza etmektir.¹⁰

⁵ "...if there is an imminent risk of irreparable damage..." Mamatkulov ve Askarov / Türkiye, B. No. 46827/99 ve 46951/99, 4 Şubat 2005, §104.

⁶ Geçici Tedbirlere ilişkin AİHM tarafından hazırlanmış tematik bilgi notu, Nisan 2016. http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Interim_measures_ENG.pdf Son erişim tarihi: 18.09.2016.

⁷ "...it considers that the applicant faces a real risk of serious, irreversible harm if the measure is not applied." AİHM Başkanı tarafından hazırlanmış olan geçici tedbirlere ilişkin "Uygulama Yönergesi (Practice Direction)" metninden alınmıştır. http://www.echr.coe.int/Documents/PD_interim_measures_ENG.pdf Son erişim tarihi: 18.09.2016.

⁸ AİHM, Paladi / Moldova, B. No. 39806/05, 10 Mart 2009, §88.

⁹ "Mevcut davada olduğu gibi Mahkeme tarafından geçici tedbir kararının verilmesi, Mahkeme'ye sadece başvuruyu etkin bir şekilde inceleme imkânı sağlamayacak fakat aynı zamanda Sözleşme tarafından başvuru sahibine sağlanan korumanın etkili olmasını sağlayacaktır." (Mamatkulov ve Askarov / Türkiye, §125)

¹⁰ Sözleşme kapsamında korunan çekirdek haklardan birisinin telafisi imkânsız biçimde zarar görmesi riskinin olduğunun inandırıcı biçimde ileri sürüldüğü hallerde, geçici tedbirin amacı, Mahkeme önündeki henüz karara bağlanmamış an-

Mahkemenin etkin bir inceleme yapabilmesinin güvence altına alınması bireysel başvuru yolunun işlevselliği bakımından hayati önem taşır. Çünkü eğer tedbir gerektiren bir halde tedbir alınmaz ise, inceleme sonucunda verilen nihai ihlal kararının uygulanabilirliği kalmayabilir. Telifisi imkânsız bir zararın doğması halinde, mahkemenin tespit edilen ihlalin telifisine yönelik bir karar veremeyeceği açıktır. Örneğin kişinin yaşamını kaybetmesi konusunda yakın bir tehlike halinin varlığı durumunda, tedbir kararı alınmazsa karar verinceye değin kişi yaşamını kaybedebilir. Bu durumda davanın konusuz kalacağı ve mahkemenin sonradan vereceği ihlal kararının hayatını kaybetmiş başvurucu bakımından bir anlam ifade etmeyeceği açıktır. Böylesi durumlarda bireysel başvuru yolu anlamını yitirmiş olacaktır. Oysa telifi edilemez nitelikteki zararın önlenmesi için geçici bir tedbirin alınması halinde, mevcut durum mahkeme kararını verinceye değin bir nevi dondurulmuş olacak¹¹, mahkeme ne karara varırsa varsın, sadece başvurunun değil, her iki tarafın da hak ve çıkarları ve aynı zamanda başvuru yolunun etkinliği de böylelikle korunmuş olacaktır.¹²

II. TEDBİR KARARININ ALINMASI İÇİN GEREKEN KOŞULLAR

A. Hakkın İhlaline İlişkin Tehlike/Risk, “Yakın, Güncel ve Belli Bir Ağırlıkta” Olmalıdır

Anayasa Mahkemesi bireysel başvurulardaki tedbir istemlerine ilişkin değerlendirmesini yaparken, başvuru sahiplerinin tedbir istemlerine gerekçe olarak ileri sürdükleri risklerin “gerçek”, “ciddi”, “yakın” ve

laşmazlığın taraflarının çıkarlarını ve haklarını korumak ve muhafaza etmektir. (Paladi/Moldova, §89)

¹¹ Harris/Boyle/Warbrick’e göre, bireysel başvuruda tedbirin amacı, Mahkeme’nin şikâyet konusu kararın ya da işlemin Anayasa’ya uygunluğunu incelerken ve inceleme sonuçlanıncaya kadar mevcut durumun korunmasıdır. David Harris, Michael O’Boyle ve Colin Warbrick, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi, Birinci Baskı, Ankara 2013. s.871.

¹² AİHM Mamatkulov ve Askarov/Türkiye kararında tedbirin amacını şöyle açıklıyor: “Sözleşme’den kaynaklanan çekirdek haklardan birinin, başvuru sahibi tarafından kullanımına telifisi güç bir zarar verme riskinin makul bir şekilde ileri sürüldüğü mevcut dava gibi davalarda geçici tedbirin amacı, Mahkemece alınan tedbirin haklılığı konusunda bir karar verinceye kadar mevcut durumun muhafazasını sağlamaktır.” (§ 108) Ayrıca bkz. Hellen Keller ve Cedric Marti, “Interim Relief Compared: Use of Interim Measures by the UN Human Rights Committee and the European Court of Human Rights”, *ZaöRV* 73 (2013), ss.325-372, s.326-327.

"güncel" olması gerektiğine sıklıkla vurgu yapmaktadır: "6216 sayılı Kanun ve İçtüzük hükümleri bağlamında tebdir talebi değerlendirilirken, başvuru-
vurucuların yaşam hakkı yönünden **ciddi bir risk** ile karşılaşacağına, işken-
ce ve onur kırıcı kötü muameleye tabi tutulacağına ilişkin **yakın, güncel bir riskin** varlığı belirleyici olmaktadır."¹³ Benzer şekilde: "Bu yönüyle tebdir
yetkisi istisnai bir yetki olup, ancak işlem veya kararın uygulanması halinde
yaşam hakkına ya da bireyin maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik **gerçek ve ciddi bir risk** doğacaksa tebdire başvurulabilir."¹⁴

O halde salt, bir hakkın ihlali nedeniyle telafisi mümkün olmayan bir zararın meydana gelmesi riskinin varlığı tebdir kararı için yeterli değildir. Çünkü bir başvuruyu inceleyen mahkeme, değerlendirmesi sonucunda eğer ihlal tespit ederse nihai kararında, ihlali ortadan kaldırmaya yahut onun tazminine yönelik bir karar zaten verecektir. Tebdir, mahkeme karar verinceye değin geçecek süreçte, kararı tümüyle boşa çıkaracak nitelikte bir zararın doğmasını önlemeyi amaçlar. Bu bakımdan tehlike riskinin sadece varlığı yetmez aynı zamanda bu tehlikenin "yakın ve güncel", "gerçek ve ciddi" bir tehlike olduğunun ortaya konulması gerekir.

Örnek vermek gerekirse, izinsiz olarak bir ülkede bulunduğu için yakalanmış ve bu süreçte sığınma başvurusu yapmış olan başvuru-
cunun henüz başvurusu sonuçlanmamış ve hakkında sınır dışı edilme kararı verilmemiş iken, sınır dışı edildiği takdirde işkence ve kötü muameleye maruz kalacağını iddia etmesi ve hatta bunu şüpheye yer vermeyecek biçimde ortaya koymuş olması tebdir kararı vermek için yeterli olmayacaktır. Çünkü "henüz" ortada tebdir kararını gerektirecek düzeyde yakın, güncel ve gerçek bir hak ihlali tehlikesi yoktur. Ancak başvuru hakkında sınır dışı kararı verilirse, bu durumda, bu kararın uygulamasının mahkeme nihai kararını verinceye değin durdurulması yönünde bir tedbirin alınması "zorunlu" hale gelebilir.

Nitekim AYM de bir kararında, uluslararası koruma talebi mahkemece reddedilmiş ancak hakkında bir sınır dışı kararı bulunmayan başvuru-
cunun tebdir istemini "yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik gerçekleşmesi muhtemel bir riskten somut olarak bahsetmek mümkün değildir" diyerek reddetmiştir.¹⁵ Bir başka kararında ise, sınır

¹³ AYM, S.R. (TAK), B. No.2015/33, 19.1.2015, § 17.

¹⁴ AYM, Rıda Boudraa (TAK), B. No.2013/9673, 30.21.2013, §25.

¹⁵ AYM, K.S. (TAK), B. No.2015/14566, 4.9.2015, §14-15.

dışı kararının iptali için dava açıldığı, yasa gereği sınır dışı işleminin yapılması için bu davanın sonuçlanması gerektiği, dolayısıyla henüz ortada uygulanmak üzere olan bir sınır dışı kararı olmadığına vurgu yapmış ve *“derhal tedbir kararı verilmesini gerektiren ciddi bir tehlike bulunmadığı anlaşıldığından tedbir talebinin reddine karar verilmesi gerekir”* demiştir.¹⁶

Ağır hastalığı nedeniyle bir hastanenin tutuklu koşusunda tedavisi sürmekte olan başvurucunun cezaevi koşullarında yaşamını sürdüremeyeceği iddiası ile yapılan tedbir istemine ilişkin kararında ise AYM, hastanın hali hazırda hastanede tedavi gördüğünü, iyileşip cezaevine gönderilmesi halinde ilgili mevzuatta açıkça öngörüldüğü biçimde gerekli tedavileri almak üzere gerektiğinde hastaneye sevk edilebileceği, bu bakımdan cezaevine konulması halinde sağlık sorunları nedeniyle yaşam hakkının tehlikeye gireceğine ilişkin iddialarının *“açıkça dayanaktan yoksun”* olduğu gerekçesi ile reddetmiştir: *“Başvuru dilekçesi ve eklerinin incelenmesinden başvurucunun ileri sürdüğü risklerin gerçekleşme ihtimalini ortaya koyabilecek somut ve ciddi verilere ve bulgulara da rastlanmamıştır. Açıklanan nedenlerle bu aşamada koşulları oluşmayan tedbir talebinin reddine karar verilmesi gerekir.”*¹⁷

Burada mahkeme henüz tedbir kararı almayı gerektiren *“yakın ve gerçek”* bir zarar tehlikesinin bulunmadığına işaret etmekte ve eğer yasada öngörülen bakım ve tedavi usulleri uygulanmazsa yahut başvurucunun sağlık koşulları hiçbir biçimde cezaevinde kalmamasını gerektirir bir duruma ulaşırsa tedbir kararı verilebileceğini ima etmektedir. Nitekim kararında *“bu aşamada koşulları oluşmayan”* ifadesini tercih etmiştir.

Bununla birlikte, tek başına yaşamını idame ettiremeyecek durumda olan ve bu durum sağlık kurulu raporu ile tespit edilmiş olmasına karşın bir cezaevinde tek kişilik odada tutulan başvurucunun tedbir istemi, AYM tarafından *“bu durumun, süreklilik arz etmesi halinde... başvurucunun maddi ve manevi bütünlüğü bakımından ciddi bir tehlike oluşturabileceği”* gerekçesiyle kabul edilmiştir.¹⁸

¹⁶ AYM, M.A. (TAK), B. No.2015/16282, 15.10.2015, §20-21. Ayrıca bkz. AYM, Z.S. ve Diğerleri (TAK), B. No.2015/ 16770, 5.11.2015.

¹⁷ AYM, Mehmet Şener Eruygur, (TAK), B. No.2013/6901, 2.10.2013, §24.

¹⁸ AYM, Ersan Nazlier, (TAK), B. No. 2015/19917, 7.6.2016.

Öte yandan, gerçekleşmesi bakımından “yakın ve gerçek” olan zararın, “belli bir ağırlıkta olması” da aranan bir şarttır. Bu, tedbirin, telafisi mümkün olmayan zararları önleme amacının bir gereğidir. Bu kriter çoğu kez, başvurucunun devlet tarafından gözlem altında tutulduğu yerlerdeki koşulların yaşam hakkı ve maddi ve manevi bütünlüğü bakımından tedbiri gerektirecek düzeyde ağır bir ihlale sebebiyet verir nitelikte olup olmadığı incelenirken gündeme gelmektedir.

Örneğin AİHM başvurucunun hayati tehlikesinin olduğu, önemli bir fiziksel sıkıntı nedeniyle ciddi bir ağrı ve acı içerisinde olduğu halde md.39’u uygulamaktadır. Md.3’e aykırı olduğu kabul edilebilecek nitelikte genel düzeyde kötü ancak md.39’un uygulanmasını gerektirecek düzeyde “özel ve ağır (specific and grave) bir risk” teşkil etmeyen tutulma koşulları Mahkemenin md.39’u uygulamasında yeterli görülmemektedir.¹⁹ Örneğin Lorsé ve Diğerleri/Hollanda davasında başvuru, tabi tutulduğu yüksek güvenlikli cezaevi rejiminin insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye tekabül ettiğini ileri sürmüş ve başka bir cezaevine transfer edilmesi yönünde tedbir kararı verilmesini istemiştir. Mahkeme isteme ilişkin kararında, Sözleşmenin 3. Madde-sindeki insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleye karşılık gelen, diğer katı güvenlik önlemleri ile birlikte rutin çıplak arama uygulamasını da içeren koşulların başvurucunun geçici tedbir isteminin karşılanması için yeterli düzeyde olmadığına hükmetmiştir.²⁰

D./Birleşik Krallık kararında AİHM, tedavisi mümkün olmayan ve oldukça ileri bir seviyeye ulaşmış AIDS hastası başvurucunun İngiltere’den bir Karayip adası olan St. Kitts’e geri gönderilmesine ilişkin kararında, başvurucunun gönderilmesi halinde İngiltere’de sağlanan pek çok sağlık ve tedavi olanaklarına gönderildiği yerde ulaşamayacağı, bu durumun da ölümünü hızlandıracağına vurgu yapmış (§53) ve şu karara varmıştır: “İstisnai koşullara bakıldığında ve başvurunun ölümcül hastalığının ulaştığı kritik safha dikkate alındığında, kendisini St. Kitts’e gönderme kararının uygulanması davalı devlet tarafından 3.maddeyi ihlal eden insanlık dışı muamele uygulaması anlamına gelecektir.” (§54)²¹ Buna karşın mahkeme daha sonraki benzer birkaç

¹⁹ Keller, s.354.

²⁰ AİHM, Lorsé ve Diğerleri/Hollanda, B. No. 52750/99, 4.Şubat.2003, §74.

²¹ AİHM, D./Birleşik Krallık, B. No. 30240/96, 2.Mayıs.1997, §53 ve 54.

başvuruda AIDS hastası başvuruçuların ülkelerine geri gönderilmele-ri halinde ortaya çıkacağı ileri sürülen risklerin hiçbirisinin D/Birleşik Krallık davasında belirlendiği şekliyle gerekli ağırlık düzeyine ulaşmadığını ifade etmiş ve bu nedenle tedbir taleplerini reddetmiştir.²² Mahkeme başvuruçunun hastalığı ciddi ve ölümcül düzeyde olsa da, gönderileceği ülkede de, daha az ama yine de asgari bir düzeyde, tedavi ve ilaca ulaşma imkânı var ise talebi reddetmektedir.

AYM de kararlarında sıkça AİHM'in bu yöndeki değerlendirme kriterlerine atıfta bulunmaktadır. Örneğin, yabancıların gözetim altında tutulma koşullarına ilişkin kararlarında çoğunlukla şöyle bir gerekçeleştirme üzerinden somut olayda tedbirin gerekli olup olmadığına karar vermektedir:²³

Öncelikle mahkeme *"idari gözetim altına alınan yabancıların tutulduğu yerdeki maddi ve fiziki koşulların taşıdığı olumsuzluğun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3. ve Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında bir ihlale vücut verebilmesi için belli bir eşiğe ulaşmış olması"* gerektiğini vurgulamaktadır. Bu eşiğin somut olaya göre değerlendirileceği ve bu değerlendirme yapılırken gözetim altında tutulmanın süresi, fiziksel ya da ruhsal etkileri, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi hususların göz önünde bulundurulacağı ifade edilmektedir.²⁴ İdari gözetim altında tutulma koşullarının 'insanlık dışı' veya 'onur kırıcı' olduğuna ilişkin değerlendirme yapılırken ise, bu muamelenin, tasarlanarak uygulanıp uygulanmadığı, bedensel yaralanmalar ya da fiziksel veya ruhsal acıya yol açıp açmadığı hususlarının dikkate alınması gerektiğini ifade eden AYM, gözetim altında tutulma koşullarının ve muamelenin 'aşağılayıcı' olduğu yönünde bir sonuca varılabilmesi için, şikâyet konu koşulların; mağdurları rencide edecek, küçültecek ölçüde ve korku, endişe, aşağılık olma gibi duyguları hissettirecek ağırlıkta bulunmasının şart olduğunu vurgulamaktadır²⁵. Ayrıca, bir ceza veya muamelenin, 'insanlık dışı' ya da 'aşağılayıcı' olabilmesi için rencide edilme veya

²² Örneğin bkz. AİHM, N./Birleşik Krallık, B. No.26565/05, 27.Mayıs.2008.

²³ Bkz. AYM, G.B. ve diğerleri, (TAK), B. No.2014/19481, 9.1.2015. Mahkeme bu gerekçeleri birçok kararında yinelemiştir.

²⁴ Mahkeme burada AİHM, Kafkaris/Kıbrıs, B.No: 21906/04, § 95 kararına atıfta bulunmaktadır.

²⁵ Mahkeme burada ise AİHM'in Kudla/Polonya, B.No: 30210/96, § 92 kararına atıf yapmaktadır.

ıstırabın, meşru bir muamele ya da cezanın barındırdığı rencide olma duygusu ve ıstırabın ötesine geçmiş olması gerekmektedir.²⁶

Genel bir ifadeyle söylemek gerekirse, AYM, tutulma koşullarının genel olarak getirdiği olumsuzlukların tedbir kararı için yeterli olamayacağına, doğması muhtemel zararın belli bir ağırlıkta olması gerektiğine, başka bir ifadeyle "belli bir eşiğe ulaşmış olması gerektiğine" vurgu yapmaktadır.

AYM'nin özellikle sokağa çıkma yasakları nedeniyle yapılan başvurularda vurguladığı bir diğer husus ise, tedbir taleplerinin başvurunun şahsına yönelik tehlikelere ilişkin iddialara dayanması gerektiğidir. Bu bakımdan kendisi sokağa çıkma yasağının uygulandığı bölgenin dışında ikamet eden bireylerin tedbir istemleri reddedilmiştir: *"Bireysel başvurunun niteliği gereği, tedbir talepleri sadece başvurunun şahsına yönelik iddialar yönünden değerlendirilebilir. Bu kapsamda, Ankara'da ikamet ettiği anlaşılan başvurunun "sokağa çıkma yasağı" kararlarından derhâl tedbir kararı verilmesini gerektirecek şekilde kişisel olarak etkilendiğine ya da alınan kararların doğrudan mağduru olduğuna dair bir sonuca ulaşılammıştır."*²⁷

B. Tedbir Kararı Kapsamındaki Haklar

Yasada tedbir kararının hangi haklar bakımından uygulanabileceği konusunda bir sınırlama getirilmemiş olmasına karşın, AYM İçtüzüğünde md.73'te yer alan *"Başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılmaması üzerine"* tedbir kararı verilebileceğine ilişkin ifadedenden; tedbir kararının ancak, Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenmiş olan ve AİHS'nin 2. ve 3. maddesindeki haklara karşılık gelen "yaşam hakkı" ve "maddi ve manevi bütünlüğünü koruma hakkı" söz konusu olduğunda verilebileceği gibi bir sonuç çıkmaktadır.²⁸

²⁶ Mahkeme burada AİHM'in Ramirez Sanchez/Fransa, B.No. 59450/00, § 157 kararına atıf yapmaktadır.

²⁷ AYM, Meral Danış Beştaş, (TAK), B. No.2015/19545, 22.12.2015, §17.

²⁸ Bu durum kimi yazarlarca içtüzük hükmü açık bir biçimde kanuna aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Örneğin, KOÇ'a göre içtüzük düzenlemesi, bireysel başvurunun inceleme ve yargılama usulüne ilişkindir. Buna ilişkin kanunun çerçevesini aşan, yeniden belirleyen nitelikte bir düzenleme yapılmasının, AYM'nin kendi çalışma esaslarını ve işbölümünü düzenleme yetkisine yönelik anayasal kurala uygun değildir. Çünkü bu yetki kanunla düzenlenen yargıla-

Nitekim AYM şimdiye değin uygulamasında, bu iki hak kapsamında olmayan haklar söz konusu olduğunda ihlale ilişkin ciddi bir tehlike olup olmadığını araştırmaksızın, hakkın içtüzük kapsamında yer almadığını gerekçe göstererek tedbir istemini reddetmektedir.

Örneğin Mahkeme, Suriye’de hayatını kaybeden oğlunu Türkiye’ye getirerek defnetmesine keyfi olarak izin verilmediğini belirterek Anayasa’nın 10., 17., 20. ve 24. maddelerinde belirtilen haklarının ihlal edildiğini ileri süren başvurucunun tedbir istemini reddettiği ara kararında, ihlal iddiasına konu işlemin md.17 kapsamında değerlendirilemeyeceği, md.20 kapsamındaki kişinin aile ve özel hayatına saygı gösterilmesi hakkı kapsamında olduğu belirlenmesini yapmış ve bir bakıma bu hak İçtüzük md.73 kapsamına girmez diyerek tedbir istemini reddetmiştir: *“Somut olayda başvurucunun Suriye’de hayatını kaybeden oğlunun cenazesini Türkiye’ye getirmesine izin verilmediği iddia edilmektedir. Başvurunun kişilerin özel hayatı ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Anılan işlemin başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik gerçek ve ciddi bir tehlike oluşturacak nitelikte olmadığı başvuru kapsamından açıkça anlaşılmaktadır...(§12) Açıklanan nedenlerle, İçtüzük’ün 73. maddesi kapsamında kalmadığı anlaşılan tedbir talebinin reddine karar verilmesi gerekir. (§13)”²⁹*

Benzer şekilde 6.10.2015 tarihli bir başka kararında, TİB tarafından alınan 54 adet internet sitesi ve twitter hesabına erişimin engellenmesine ilişkin kararın yürütmesinin durdurulması için yapılan tedbir başvurusunu da *“Anayasa Mahkemesi, İçtüzük’ün 73. maddesi uyarınca gerçekleştiği iddia olunan müdahalenin başvuru sahiplerinin “yaşamlarına ya da maddi veya manevi bütünlüklerine” yönelik gerçek ve ciddi bir tehlike oluşturabilecek nitelikte olması hâlinde tedbir değerlendirmesi yapabilmektedir. Bu aşamada başvuru sahiplerine yönelik derhal tedbir kararı verilmesini gerektiren ciddi bir tehlike bulunduğu dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden anlaşılamadığından koşulları oluşmayan tedbir talebinin reddine karar verilmesi gerekir.”³⁰* diyerek reddetmiştir.

ma usulüne ilişkin hükümleri değiştirme/kaldırmayı içermez. Muharrem İlhan Koç, “Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün Kapsamı ve Bireysel Başvuru”, *Barobirlik e-dergi*, Sayı 10, Ekim 2014, ss.28-32, http://ebarobirlik.barobirlik.org.tr/EB/EB_Default.aspx?b=40#34/z.

²⁹ AYM, Mehmet Güler (TAK), B. No. 2015/15950, 2.10.2015, §12-13.

³⁰ AYM, Yaman Akdeniz ve Kerem Altıparmak (TAK), B. No. 2015/15977, 6.10.2015, §12.

Bir başka kararında ise *"...başvurucunun sınır dışı edilmesi halinde özgürlük güvenlik hakkının ihlal edileceği, aile bütünlüğünün bozulacağı yönündeki iddialarıyla gerçekleştirdiği tedbir kararı verilmesi yönündeki isteminin 6216 sayılı Kanun ve İçtüzük hükümleri uyarınca reddi gerekmektedir."*³¹ denilmiştir.

Mahkemenin bu tarz taleplerde, 'md.73 kapsamında değildir' diyerek başvuruları toptancı bir bakış açısı ile değerlendirme dışında bırakmak yerine, öncelikle ortada telafisi imkansız bir zarar tehlikesinin olup olmadığına bakması, bunun ciddiyeti ve aciliyetini (gerçek ve yakın bir tehlike olup olmadığını) değerlendirmesi, daha sonra bu zarar tehlikesinin hangi hakka yönelik olduğunu da göz önünde bulundurarak, tedbir kararının alınmasının bireysel başvuru yolunun etkinliği ve tarafların haklarının ve çıkarlarının korunması bakımından "zorunlu" olup olmadığını değerlendirmesi daha doğru olur diye düşünmekteyiz. En nihayetinde tedbirin amacı bireysel başvuru yolunun etkinliğini güvence altına almak ve tarafların hak ve çıkarlarını korumaktır. Dolayısıyla tedbir talebinin reddi veya kabulü kararları bu amaçlar ekseninde verilmelidir.

Örneğin, TİB tarafından verilen erişim yasaklarına ilişkin kararlara dair tedbir istemi, "başvurucuların, tedbir kararı uygulanmadığı takdirde, telafisi mümkün olmayan bir zarara sebebiyet verecek (yani mahkemenin nihai ihlal kararı vermesi halinde bu kararı etkisiz kıla- cak) düzeyde ciddi bir tehlikenin varlığını ortaya koyamadığı, ayrıca doğacağı iddia edilen zararların telafisi mümkün olmayan ağırlıkta bir zarar olduğuna dair de yeterli emarenin bulunmadığı" gerekçeleri ile de pekâlâ ret kararı verilebilirdi. Böylesi bir yorumun tedbir kararının ve genel olarak da bireysel başvuru yolunun amacı ile daha uyumlu olacağı açıktır.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, AYM bir kararında Anayasa md.17 yanında md.19'u da tedbir kararına dolaylı olarak konu etmiştir. Kararında, *"...başvurucunun zorla ülkesine gönderilmesi durumunda yaşamına ya da maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik bir tehlikenin ortaya çıkacağı açıkça anlaşılmaktadır. Bu durumda ise Anayasa'nın 17. ve 19. maddele-*

³¹ AYM, Solmaz Mamedova (TAK), B. No. 2015/6724, 20.5.2015, §22.

rinde korunan haklarının ihlal edilme riski ortaya çıkacaktır. (§15) Açıklanan nedenlerle, başvurusunun tedbir talebinin kabulüne karar verilmesi gerekir. (§16)" diyen mahkeme, tedbir kararını gerekçelendirirken md.19'daki kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını da tedbirin nedeni olan riskin kapsamında saymıştır.³² Bu ifadeden hareketle, mahkemenin "yaşamına ya da maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik bir tehlike" kavramı içerisine sadece md.17'nin değil md.19'un da girebileceğini ima ettiği düşünülebilir. Ayrıca AYM'nin önceki kararlarında sıklıkla yinelediği ve tedbirin 17. madde kapsamındaki haklar bakımından uygulanabilirliğine işaret eden paragraf³³ da, bu kararın değerlendirme bölümünde yer almamıştır. Dahası bu kararın verildiği 14.8.2015'ten sonraki kararlar da da, bizim tespit edebildiğimiz kadarıyla, bu paragrafa yer verilmemektedir. Elbette sadece bu verilerden hareketle mahkemenin tedbir kararının haklar bakımından kapsamını genişletme yönünde bir eğilimin olduğunu söylemek mümkün değildir. AYM'nin gelecekteki kararlarına bakmak gerekecektir.

Peki, AİHM'in tedbir kapsamındaki haklara ilişkin bakış açısı böyle midir?

AİHM İçtüzüğü'nün 39. Maddesinin 1. Fıkrası şöyledir: "*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 görülebilmesi için alınması gerektiğini düşündükleri geçici tedbirleri taraflara bildirebilir.*" Görüldüğü gibi AİHM içtüzüğünde tedbir kararlarının kapsamının haklar bakımından sınırlandırılması söz konusu değildir.

³² AYM, Farah Abdulhameed Ali Al-Mudhafar (TAK), B. No.2015/13854, 14.8.2015, §15-16.

³³ AYM'nin pek çok kararında yer alan paragraf şöyledir: Anılan Kanun ve İçtüzük hükümlerine göre başvurusunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılmaması üzerine, Bölümlerce esas inceleme aşamasında gerekli tedbirlere resen veya başvurusunun talebi üzerine karar verilebilir. Yaşam hakkı ile maddi ya da manevi bütünlüğünün korunması hakkı Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınmış haklardan-
dır. AYM, Enedjan Narmetova (TAK), B. No. 2013/6782, 6.9.2013, §17; AYM, Ok-sana Chicheishvili (TAK), B. No.2014/19023, 5.12.2014, §20; AYM, Zeki Hakan Nebioğlu (TAK), B. No.2015/2418, 24.4.2015, §22; AYM, Olga Dogot (TAK), B. No.2015/11252, 10.7.2015, §13.

Her ne kadar pratikte tedbir kararları yoğunlukla, AYM uygulamasında olduğu gibi yaşam hakkı ve işkence yasağını düzenleyen AİHS md. 2 ve 3 kapsamında ortaya çıkacak bir zararın söz konusu olduğu hallerde veriliyor olsa da, mahkeme tedbir istemlerine ilişkin incelemesini bu iki hak ile sınırlamamaktadır. En azından mahkemenin, tedbirin yalnızca bu iki hak bakımından uygulanabilir olduğu gibi bir ön kabulü bulunmamaktadır. Mahkeme bu durumu, konu ile ilgili hususlarda sıkça atıf yaptığı Mamatkulov ve Askarov/Türkiye Kararında şöyle açıklıyor:

“Geçici tedbirler sadece sınırlı alanlarda verilmektedir. Geçici tedbir konusunda çok sayıda talepte bulunulmasına karşın, Mahkeme, pratikte, sadece eğer telafisi mümkün olmayan bir zarar görme konusunda yakın bir risk var ise geçici tedbir kararı vermektedir. Sözleşme’de 39. maddenin uygulanma alanlarıyla ilgili somut bir hüküm bulunmamakla birlikte, uygulanma talepleri genellikle yaşam hakkını (Madde 2), işkence ve kötü muameleye tabi tutulmama hakkını (Madde 3) ve istisnai olarak özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkını (Madde 8) ya da Sözleşmede güvence altına alınan başka hakları ilgilendirebilmektedir.”³⁴

AİHM’in şimdiye kadarki uygulamasında, md.2 ve 3’deki haklar dışında, md.6’da düzenlenen adil yargılama hakkı ve md.5’te düzenlenen özgürlük ve güvenlik hakları ile md.8’de güvence altına alınmış olan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı tedbir kararına konu edilmiş haklar arasındadır.³⁵

Örneğin, AİHM, Othman (Abu Qatada)/Birleşik Krallık, kararında, başvurucunun iadesi halinde gönderileceği Ürdün’de adil bir yargılama görmeyeceği konusunda açık emareler olduğuna vurgu yapmış ve md.6’da korunan haklarının açık bir biçimde ihlal edileceği tehlikesi olduğu gerekçesiyle tedbir kararı vermiştir. Özellikle, başvurucuyu mahkûm etmek adına üçüncü bir kişiye işkence etmek suretiyle delil üretildiği konusunda inandırıcı bulguların varlığı, md.6’nın ihlal edilmesi riskinin açık göstergesi olarak işaret edilmiştir.³⁶

AİHM, aile hayatına saygı kapsamında geçici tedbir uygulaması-

³⁴ AİHM, Mamatkulov ve Askarov v. Türkiye, B. No. 46827/99 ve 46951/99, 4.Şubat.2005, §104.

³⁵ Keller, s.340.

³⁶ AİHM, Othman (Abu Qatada)/ Birleşik Krallık, B. No. 8139/09, 17.Ocak.2012.

na da, genellikle, sınır dışı kararlarının uygulanmasında, çocukların sağlığı ve esenliğinin tehlikede olduğu hallerde, çocukların ebeveynlerinden ayrılmasını önlemek amacıyla başvurmaktadır.³⁷

Esasında, AYM'nin kimi kararları da bu anlamda benzerlik göstermekte. Ancak AYM, çocukların esenliği ile ilgili konuları aile yaşamına saygıdan ziyade çocuğun yahut ebeveynin "manevi bütünlüğünü koruma hakkı (md.17)" kapsamında değerlendirmektedir. Bu anlamda önemli bir örnek, mahkemenin 17.9.2015 tarihli ve 2015/15273 başvuru nolu ara kararıdır: *"Somut olayda hâlen Rusya Federasyonu'nda bulunan çocuk başvuruçuların yaşamlarının tehlikede olduğuna ya da Türkiye'ye girememeleri halinde maddi bütünlüklerinin bozulacağına dair bir iddia bulunmamaktadır. Bununla birlikte çocuk başvuruçuların yaşları nedeniyle annelerinin bakım ve gözetimine muhtaç olma dereceleri dikkate alındığında, birinci başvuruçulu olan anneleriyle bir araya gelememelerinin "manevi bütünlükleri" yönünden ciddi tehlike oluşturduğu anlaşılmaktadır."*³⁸

Bu kararda ayrıca AİHM'in de benzer durumlarda aile ve özel hayata saygı (AİHS md.8) kapsamında tedbir kararları verdiğine işaret eden AYM, AİHM'in bir kararına da atıf yapmıştır: *"Yaşları itibarıyla bakıma muhtaç oldukları tartışmasız olan çocuk başvuruçuların öngörüle-meyen bir tarihe kadar annelerinden ayrı yaşamaları manevi bütünlüklerine telafisi mümkün olmayacak zararlar verebilecektir. Nitekim benzer bir olayda AİHM, eşi ve üç çocuğuyla birlikte Belçika'da ikamet eden Gürcistan uyruklu başvuruçunun işlediği suçlar nedeniyle sınır dışı edilmesine dair işlemin yürütmesini özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında başvuru esas-tan sonuçlanıncaya kadar tedbiren durdurmuştur (Bkz. Paposhvili/Belçika, [B.D.], B. No:41738/10, 16.9.2015)."*³⁹

³⁷ Keller, s.353. Bkz. AİHM, B./Belçika, B. No. 4320/11, 10.Temmuz.2012, § 35; AİHM, Neulinger ve Shuruk/İsviçre, B. No. 41615/07, 6.Temmuz.2010, §§ 5 ve 3. Bu davada mahkeme, İsviçre hükümetinden, dengesiz babasının çocuğa zarar vermesi riskini önlemek amacıyla çocuğun İsrail'e dönmeye zorlanmamasını istemiştir.

³⁸ AYM, G. B. ve Diğerleri (TAK), B. No. 2015/15273, 17.9.2015, §17.

³⁹ AYM, G. B. ve Diğerleri (TAK), B. No. 2015/15273, 17.9.2015, §18. Benzer kararlar için bkz. AYM, Uthman Deya Ud Deen Eberle (TAK), B. No. 2015/16437, 10.11.2015, § 20: "başvuruçulu idari gözetim altına alındığı tarihe kadar Türk vatan-daşı olan eşi ve 4 aylık bebeği ile birlikte Göç İdaresinden aldığı ikamet iznine dayalı olarak Türkiye'de yaşamaktadır. Başvuruçunun sınır dışı edilmesi hâlinde eşi ve bakıma muhtaç bebeğinden öngörüle-meyen bir tarihe kadar ayrı kalacağı açıktır. Bu durum başvuruçuyu "manevi bütünlüğü" yönünden ciddi bir tehlikeyle

Tebdir kararının asli olarak uygulandığı iki temel hak olan yaşam hakkı ile maddi ve manevi bütünlüğünü koruma hakları bakımından ise uygulamanın büyük ölçüde yoğunlaştığı en temel alan, sınır dışı kararları ve suçluların iadesi kapsamındaki iade kararları. Başvurucunun gönderileceği ülkede, işkence veya kötü muameleye maruz kalabileceği⁴⁰, gönderilen ülkede ölüm cezasına⁴¹ mahkûm edilecek olması gibi riskler, tebdir kararının en çok uygulandığı durumları teşkil ediyor. Savaş veya iç çatışmalar gibi nedenlerle sivillerin sıklıkla zarar gördüğü, hak ve özgürlüklere yönelik ciddi ihlallerin yaşandığı bölgeler bakımından sıklıkla tebdir kararları veriliyor.⁴²

karşı karşıya bırakmaktadır (G.B. ve diğerleri [TAK], B. No: 2015/15273, 17.9.2015, §§ 17-18). AYM, Abdolghafoor Rezaei (TAK), B. No.2015/17762, 1.12.2015, §16: "başvurucunun sınır dışı edilmesi hâlinde Türkiye'de yaşayan eşi ve beş çocuğundan ayrı kalabileceği ve aile bütünlüğünün öngörülemeyen bir tarihe kadar bozulabileceği açıktır. Bu durum başvurunun "manevi bütünlüğü" yönünden ciddi bir tehlike oluşturmaktadır." AYM bir başka kararında ise, ebeveynleri Türkiye'de bulunan çocukların Türkiye'ye girişine izin verilmemesine ilişkin başvuruda, çocukların manevi bütünlüğünün bozulacağı gerekçesiyle, giriş yasağına ilişkin kararın uygulanmaması yönünde tebdir kararı vermiştir. AYM, G. B. ve Diğerleri (TAK), B. No.2015/15273, 17.9.2015.

⁴⁰ Bkz. AYM, K.A. (TAK), B. No.2014/19101, 10.12.2014; AYM, Z.M. ve I.M. (TAK), B.No.2015/2037, 6.1.2016; AYM, A.M.A.A. ve J.A.A.A. (TAK), B.No.2015/3941, 27.3.2015; AYM, D.M. (TAK), B.No.2015/4176, 17.3.2015; AYM, Mohammad Abdul Khaliq (TAK), B. No.2015/6721, 14.5.2015; AYM, Farah Abdulhameed Mohammed Ali Al-Mudhafar (TAK), B. No.2015/13854, 14.8.2015; AYM, Majid Mahmood Ahmed Aljamal (TAK), B. No.2015/15277, 11.9.2015; AYM, Mohammad Esmaeilzadeh ve Diğerleri (TAK), B. No.2015/17658, 19.11.2015; AYM, M.A. (TAK), B. No.2016/220, 20.1.2016. AİHM kararları için örnek olarak bkz. Abdulkhakov/Russia, B. No. 14743/11, 2.Ekim.2012.

⁴¹ AYM, R.M. (TAK), B. No. 2015/19133, 16.12.2015, §17-18: "...başvurucu, ülkesinde 2008 yılında bir üniversitede gerçekleşen olaylara katılması nedeniyle mahkûmiyetine karar verildiğini, bu tür eylemlerin İran İslam Cumhuriyetinin devrilmesi yönünde faaliyette bulunmak olarak kabul edildiğini ve katılan kişilerin idam cezasıyla cezalandırıldığını ileri sürmüş ve iddialarını doğrular nitelikte bazı bilgi ve bilgiler sunmuştur (bkz. §§ 8-9). Nitekim İnsan Hakları İzleme Örgütünün İran'a ilişkin 2015 yılı İnsan Hakları Raporunda, İran hukukuna göre çok sayıda suçun karşılığının ölüm cezası olduğu ve verilen cezaların da infaz edildiği belirtilmiştir. Açıklanan nedenlerle, bu aşamada başvurunun ülkesine sınır dışı edilmesi hâlinde "yaşamına" yönelik ciddi bir tehlikeyle karşılaşma ihtimali bulunduğu anlaşıldığından tebdir talebinin kabulüne karar verilmesi gerekir." AİHM'in bu yönde kararları için bkz. Al-Saadoon ve Mufdhi/ Birleşik Krallık, B. No. 61498/08, 2.Mart.2010; Rrapo/Arnavutluk, B. No. 58555/10, 25.Eylül.2012.

⁴² Bkz. AYM, Z.M. ve I.M. (TAK), B.No.2015/2037, 6.1.2016; AYM, A.M.A.A ve J.A.A.A. (TAK), B.No.2015/3941, 27.3.2015; AYM, D.M. (TAK), B.No.2015/4176, 17.3.2015; AYM, Mohammad Abdul Khaliq (TAK), B. No.2015/6721, 14.5.2015; AYM, Farah Abdulhameed Mohammed Ali Al-Mudhafar (TAK), B. No.2015/13854, 14.8.2015; AYM, Majid Mahmood Ahmed Aljamal (TAK), B.

Bunun yanında, AİHM bugüne değin uygulamasında, başvuru-
cunun sınır dışı/iade edilmesi halinde; şartlı tahliye imkânı olmaksızın
ömür boyu hapis cezasına hükmedilebilecek olması⁴³, cinsel yö-
nelimi nedeniyle kötü muameleye maruz kalacağı⁴⁴, zina suçundan
yargılanacağı⁴⁵, kadın sünneti uygulamasına maruz kalacağı⁴⁶, cin-
sel istismara maruz kalacağı⁴⁷ gibi riskler ile karşı karşıya kalacağını
tespit ettiği takdirde de sözleşmenin 2. ve/veya 3. maddelerinin ihlal
edilmesine dair ciddi tehlike bulunduğu gerekçesiyle tedbir kararları
vermiştir.

AYM'nin önüne sıkça gelen bir diğer husus ise, sınır dışı edilmek
üzere tutulan yabancıların kaldığı Geri Gönderme Merkezlerinin
koşullarının md.17'deki hakların ihlali sonucunu doğuracak düzey-
de sağlıksız olduğu yönündeki iddialara dayanan tedbir talepleridir.
Ancak AYM şimdiye kadar, bu yerlerdeki koşulların md.17 kapsamın-
da tedbir kararı verilmesini gerektirecek düzeyde ciddi bir hak ihlali
tehlikesi yarattığı yönünde bir karar vermemiş, bu yöndeki tüm tedbir
istemlerini reddetmiştir.⁴⁸

Md.17 kapsamında AYM'nin tedbir taleplerini değerlendirdiği
bir diğer konu cezaevlerinde bulunan tutuklu ve hükümlülerin sağ-
lık koşullarıdır. Ölümcül bir hastalıktan muzdarip olanlar, tek başına

No.2015/15277, 11.9.2015; AYM, Mohammad Esmaeilzadeh ve Diğerleri (TAK), B. No.2015/17658, 19.11.2015; AYM, M.A. (TAK), B. No.2016/220, 20.1.2016. Mahkeme bu bölgelerde tedbir kararı verirken bölgenin insan hakları örgütleri raporlarına dayanarak ortaya konan koşulları yanında 6458 sayılı Kanun'un 4/1. maddesi ile Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 3/1. Maddesinde yer alan, uluslararası hukuk açısından geçerli bir ilke konumunda bulunan "zulüm tehlikesi altında bulunan yere geri gönderilmeme (non -refoulement)" ilkesine sıklıkla gönderme yapıyor.

⁴³ AİHM, Babar Ahmad ve Diğerleri/Birleşik Krallık B. No. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 ve 67354/09, 10.Nisan.2012.

⁴⁴ AİHM, K.N./Fransa B. No. 47129/09, 19.Haziran.2012.

⁴⁵ AİHM, Jabari/Türkiye, B. No. 40035/98, 11.Temmuz.2000.

⁴⁶ AİHM, Abraham Lunguli/İsveç B. No. 33692/02, 1.Temmuz.2003.

⁴⁷ AİHM, M./Birleşik Krallık, B. No. 16081/08, 1.Aralık.2009.

⁴⁸ Bkz. AYM, G.B. ve Diğerleri (TAK), B. No.2014/19481, 9.1.2015; AYM, Gulistan Ernazarova (TAK), B.No.2015/508, 16.1.2015; AYM, Gulbahar Rahmanova (TAK), B.No.2015/509, 19.1.2015; AYM, Iryna Bondarchuk (TAK), B. No.2015/615, 28.1.2015; AYM, Madina Mayusupova (TAK), B. No.2015/1471, 19.2.2015; AYM, Manzura Jumaeva (TAK), B. No.2015/1474, 28.1.2015; AYM, Ann Starovoi-tova (TAK), B. No.2015/1476, 2.2.2015; AYM, Solmaz Mamedova (TAK), B. No.2015/6724, 20.5.2015; AYM, I.M. (TAK), B. No.2015/16013, 14.10.2015; AYM, İlia Karimov (TAK), B. No.2015/16280, 15.10.2015; AYM, K.L. (TAK), B. No. 2016/4754, 16.3.2015.

yaşamını idame ettirmesini engelleyen bir sağlık sorunu bulunanlar ve sürekli kontrol altında bulunması gereken hastalar AYM'den infazlarının ertelenmesi yönünde tedbir kararı verilmesini istemektedir.⁴⁹

III. TEDBİR KARARINA İLİŞKİN USUL

A. Tedbir Talepli Başvurular Öncelikli Olarak İncelenmektedir

Tedbir, bir hakkın ihlaline yönelik ciddi ve yakın bir tehlikenin bulunduğu hallerde uygulanmak üzere öngörülmüş, söz konusu tehlikeyi bir an evvel önlemek amacına yönelik bir usul olduğuna göre, tedbir taleplerine ilişkin incelemenin buna uygun biçimde acil olarak yapılması gerekir.⁵⁰

Bu aciliyet hali esasında İçtüzüğün 73'üncü maddesinin 2'inci fıkrasında ifadesini bulur: *"İncelenen başvurulara ilişkin olarak; resen ya da başvurunun talebi üzerine dosyanın esası hakkında karar verilmeden önce, tedbir kararına başvurulmaması hâlinde başvurunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılmaması üzerine, Komisyonlarca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesi derhâl yapılarak, tedbir hususunu da karara bağlamak üzere başvuru, ilgili Bölüme gönderilir."*

Görüldüğü gibi içtüzük, tedbir istemine ilişkin incelemenin derhal yapılıp karara bağlanması bakımından süreci hızlandırmaya yönelik bir düzenleme getirmiştir. Fakat bu hüküm, durumun aciliyeti bakımından yeterli ivediliği sağlamakta yetersiz görünmektedir. Çünkü tıpkı yasa gibi içtüzük de tedbir kararının esasa ilişkin inceleme aşamasında verilebileceğini öngörmüştür. Dolayısıyla bu düzenlemelerden, önce kabul edilebilirlik incelemesinin yapılıp, kabul edilebilirlik kararı verildikten sonra tedbir kararının verilebileceği sonucu çıkmaktadır. Ancak bu usulün, yaratacağı zaman kaybı nedeniyle, tedbirin amacına ve niteliğine uygun düşmeyeceği açıktır.

⁴⁹ Bkz. AYM, Hüseyin Yılmaz (TAK), B. No.2016/9401, 25.5.2016; AYM, Veysi Şahinli (TAK), B. No. 2016/6003, 7.4.2016; AYM, Mecit Gümüş (TAK), B.No.2016/5991, 7.4.2016; AYM, Ersan Nazlier (TAK), B. No.2015/19917, 7.6.2016; AYM, Zeki Hakan Nebioğlu (TAK), B. No. 2015/2418, 24.4.2015; AYM, Salih Tuğrul (TAK), B. No.2014/1988, 25.4.2014; AYM, Fatih Hilmioğlu (TAK), B. No.2014/648, 20.1.2014.

⁵⁰ Sağlam, <http://www.hukabdergi.com/p2122/>.

Bu nedenledir ki ilk yıllarda AYM, uygulamasında tedbir istemli çoğu başvuruda İktüzük md.33/3'ü⁵¹ işleterek süreci hızlandırmıştır.⁵²

Uygulamada son bir yıla kadar, tedbir istemli başvurular yapıldıkları gün ön incelemesi tamamlanıp komisyona gönderiliyor ve aynı gün komisyon tarafından md.33/3 hükmü çerçevesinde şöyle bir karar ile bölüme gönderiliyordu: *"....Komisyonunca, tarihinde başvurunun karara bağlanması için Bölüm tarafından karar alınması gerekli görüldüğünden, Anayasa Mahkemesi İktüzüğü'nün 33. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir."*

⁵¹ İktüzük md.33/3 şöyledir: "Komisyonlar, önlerindeki bir başvurunun Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsam ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıyıp taşımadığının, başvuruçunun önemli bir zarara uğrayıp uğramadığının tespiti ve başvurunun çözümünün bir ilke kararını gerektirmesi veya alınacak kararın Mahkeme tarafından verilmiş başka bir karar ile çelişebilecek nitelikte olması hâllerinde kabul edilebilirlik hususunu karara bağlamadan başvuruyu ilgili Bölüme gönderirler."

⁵² Örneğin bkz. AYM, Eneđjan Narmetova (TAK), B. No.2013/6782, 6.9.2013. Tedbir istemli bir bireysel başvurunun AYM'de nasıl bir süreç izlediğini Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm Başkanı Dr. Alparslan Altan, 2013 tarihli bir yazısında şöyle özetlemiştir:

"...tedbir talepli bir başvuru yapıldığında Bireysel Başvuru Bürosu derhal bu başvuruyu işleme almaktadır. Başvuru evrakı üzerinde yapılan ilk değerlendirmede tedbir kararı verilmesi için yeterli bilgi olup olmadığına bakılmaktadır. Eğer tedbir kararı için yeterli bilgi mevcut değilse derhal başvuru ya da vekiline belirtilen iletişim bilgilerinden ulaşılarak bu eksikliklerin tamamlanması yoluna gidilmektedir. Eksiklik yoksa ya da eksiklikler tedbir kararı vermeye yetecek ölçüde tamamlandığında başvuru dosyası derhal komisyonlara havale edilmektedir. Dosya Komisyonlar Baş raportörlüğü önüne geldiğinde bu konuyla ilgili raportör derhal tedbir talebi hususunda heyete sunulmak üzere bir karar taslağı hazırlanmasını sağlamaktadır.

Komisyonlar önlerine gelen bu başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin vakit alacağı düşüncesiyle başvurunun kabul edilebilirlik hususunun karara bağlanması için derhal Bölüme sevkı yapılmaktadır. Bu amaçla Komisyonlar, toplantı yapması mümkün değil ise toplantı yapmaksızın ya da elektronik oylama yapılması usulü ile karar alabilmektedirler.

Bu şekilde Bölüm önüne gelen başvuruda, Bölümler başvurunun kabul edilebilirlik ve esasının birlikte incelemesine karar verdikleri dosyanın tedbir kararı ile ilgili kısmının hemen görüşmesine başlarlar. Eğer başvurunun o anda görüşülmesi için Bölüm üye yeter sayısının temin edilememesi durumunda diğer Bölüm üyelerinden bu eksiklik tamamlanmaktadır.

Tedbir ile ilgili kısmı karara bağlanan dosyanın daha sonra kabul edilebilirlik ve esasına ilişkin incelemesi birlikte yapılarak başvuru kesin bir şekilde sonuçlandırılmaktadır."

Alparslan Altan, "Bireysel Başvurunun Birinci Yılına Genel Bir Bakış", *HUKAB Dergi*, Sayı 7, <http://www.hukabdergi.com/p2605/>

AYM komisyonları, son dönemde verdiği kararlarda bu hüküm yerine doğrudan İçtüzüğü'nün 73. maddesinin 2. fıkrasına dayanarak tedbir istemli başvurularda, kabul edilebilirlik incelemesinin bölümce yapılmasına karar verip, dosyayı bölüme göndermektedir: *"...Komisyonunca, başvurucunun tedbir talebinin Bölüm tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 73. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir."*

Böyle bir karar ile bölüme gelen dosyalardaki tedbir istemi, pratikte, kabul edilebilirliğe ilişkin bir karar verilmeden önce incelenmekte ve karara bağlanmakta. Yani md.73/2'de yer alan "dosyanın esas hakkında karar verilmeden önce" tedbir kararının verileceğine ilişkin ifade, kabul edilebilirlik aşamasını da kapsayacak biçimde yorumlanıyor gibi görünüyor. Ancak 6216 sayılı yasanın md.49/5 hükmü ve İçtüzük md.73/1 açık biçimde tedbirin "esas inceleme aşamasında" yani başvuru kabul edilebilir bulunduktan sonra verilebileceğini düzenlemiştir. Bu bakımdan, pratikte, olumlu bir biçimde, tedbirin amacına uygun bir işleyiş söz konusu olsa da, mevzuat ile olan uyumsuzluğun en azından belirsizliğin giderilmesi yerinde olacaktır.

B. Tedbir Talebi ve Talebin İncelenmesine İlişkin Bazı Hususlar

1. Başvurucu Tarafından Tedbir İstemi ve Resen Tedbir Kararı

6216 sayılı Kanun md.49/5 ve AYM İçtüzüğü md.73/1-2 hükümlerine göre, tedbire resen veya başvurucunun talebi üzerine karar verilebilir. Her ne kadar mahkemenin resen tedbir kararı alabileceği belirtilse de, mahkemenin her önüne gelen başvuruda ayrıca tedbir kararı alınıp alınmaması gerektiğini tartışması gerekmez. Mahkeme olağan inceleme süreci içerisinde tedbir kararı verilmesini gerektiren bir durum tespit ederse bu kararı resen verecektir.⁵³

Bu anlamda AİHM uygulamasında bir alternatif daha bulunmaktadır. AİHM İçtüzük md.39/1'e göre, tedbir istemi taraflardan gelebileceği gibi ilgili üçüncü bir kişi tarafından da sunulabilir: *"Daire veya ge-*

⁵³ Sağlam, <http://www.hukabdergi.com/p2122/>.

rektiği takdirde, Bölüm Başkanı veya bu maddenin 4. fıkrası uyarınca atanan nöbetçi bir yargıç, taraflardan birinin ya da ilgili herhangi bir kişinin talebi üzerine veya re'sen, tarafların yararı veya önlerindeki yargılamanın uygun şekilde yürütülmesi için alınması gerektiğini düşündükleri geçici tedbirleri taraflara bildirebilir.” KELLER ve MARTI'nın aktardığına göre şimdiye kadar böyle bir durum söz konusu olmamıştır.⁵⁴

2. Tedbir Kararında İç Hukuk Yollarının Tüketilmiş Olması Şartı

Bireysel başvuru yolu, anayasada güvence altına alınmış, AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerde yer alan hak özgürlüklerinden biri kamu gücü tarafından ihlal edilmiş olanların, iç hukuk yollarını tükettikten sonra başvurabilecekleri ikincil nitelikte bir başvuru yoludur.⁵⁵ Dolayısıyla tedbir talebine konu, bir hakkın ihlali riskini yaratan işlem, eylem yahut ihmale karşı da öncelikle iç hukuk aracılığıyla müdahale etmek gerekir. Ancak bunlardan bir sonuç alınamadığı takdirde bireysel başvuru ile birlikte AYM'den tedbir talep edilebilecektir.

Bununla birlikte kimi durumlarda, iç hukuk yollarının tüketilmesi belli bir zaman alacağından, bu zaman aralığında ihlalin gerçekleşip telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğurması tehlikesi söz konusu olabilir. İşte böylesi durumlar bakımından AYM “anayasal haklara saygı ilkesi” gereği iç hukuk yolları tüketilmeden de tedbir isteminde bulunulabileceğini kabul etmiştir.

ALTAN'ın ifadesiyle, “Anayasa Mahkemesinin mevzuatı ve içtihadı çerçevesinde başta kamu gücünün sınır dışı ve iade işlemleri nedeniyle yapılan bireysel başvurular olmak üzere tedbir talebi içeren başvuruların derhal incelenip karara bağlanması zorunluluğu bulunduğundan, sınır dışı etme kararına karşı ilgililer diğer başvuru yolla-

⁵⁴ Keller s.331.

⁵⁵ Bireysel başvurunun amacı, olağan kanun yollarının bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasını gerçekleştirememesi halinde, bu hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamaktır. M. Yavuz Sabuncu ve Selin Esen Arnwine, “Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu”, Anayasa Yargısı, Sayı 21, s.230. Bireysel başvuruda başvuru yollarının tüketilmesine ve bunun istisnalarına ilişkin AYM içtihatları hakkında bilgi için bkz. Serdar Güleney, Üçüncü Yılında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, SETA Analiz, Sayı:142, Kasım 2015, s.19-22.

rını tüketme zorunda olmaksızın doğrudan tedbir talebi ile Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapabilmekte ve bu başvurular durumun gerektirdiği şekilde derhal karara bağlanabilmektedir.”⁵⁶

Mahkemenin sıkça tekrarladığı gerekçe şöyledir:

“Diğer taraftan bireysel başvuru yoluna gidebilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi zorunludur. Bu ilke uyarınca, başvurunun Anayasa Mahkemesi önüne getirdiği şikâyetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtlarını zamanında bu makamlara sunması ve aynı zamanda bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir. Anayasa Mahkemesinin başvuru yolları henüz tüketilmeden bir başvuruyu kabul edip incelemesi kural olarak mümkün değildir. Ancak başvuru yolunun tüketilmesinin başvurunun hakkına yönelik ihlalin giderilmesi açısından herhangi bir etkisi yoksa başka bir deyişle başvurulacak yol etkisizse ya da başvuru yolunun tüketilmesinin beklenmesi halinde başvurunun haklarına yönelik ciddi ve geri dönülmesi imkânsız bir tehlike ortaya çıkacaksa anayasal haklara saygı ilkesi Mahkemenin bu başvuruları incelemesini gerektirebilir.”⁵⁷

3. Tedbir Kararının Dayanakları ve Tedbirde İspat Yükü

Kural olarak tedbir isteminde bulunan başvurunun hakkının ihlal edilmesi suretiyle telafisi mümkün olmayan bir zararın ortaya çıkacağı konusunda gerçek ve yakın nitelikte bir tehlikenin var olduğunu ileri sürmesi ve bunu yeterli bilgi ve belge ile (sağlık raporları, mahkeme kararları, uluslararası kabul görmüş kimi insan hakları örgütlerinin raporları vb.) ortaya koyması gerekir. Bu anlamda iddiasını kanıtlama yükü başvuru sahibidir.⁵⁸ Bu bakımdan, sadece ihlal iddiasını ileri sürmek ancak bunu destekleyecek nitelikte bilgi ve/veya belgeler sunmamak çoğu zaman tedbir isteminin reddi sonucunu doğurmaktadır: *“...başvurucunun, sınır dışı edilerek gönderileceği ülke olan Hollanda’da*

⁵⁶ Altan, <http://www.hukabdergi.com/p2605/> .

⁵⁷ AYM, Rıda Boudraa (TAK), B. No.2013/9673, 30.12.2013, §26. AYM’nin pratikte bu kuralı genellikle sınır dışı etme kararları bakımından uyguladığını görüyoruz. “İdare Mahkemesine başvurulmamış olması tedbir talebinin incelenmesine engel değildir.” AYM, Enedjan Narmetova (TAK), B. No.2013/6782, 6.9.2013, §19.

⁵⁸ Hüseyin Ekinci ve Musa Sağlam, Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2014, soru 89.

yaşam hakkı yönünden ciddi bir risk ile karşılaşacağına, işkence ve kötü muameleye tabi tutulacağına ilişkin bir bilgi, belge sunulmadığı görülmektedir.”⁵⁹

Bununla birlikte mahkeme, kimi durumlarda, başvurunun ile-ri sürdüğü tehlikenin çok bariz ve bilinir olduğu hallerde, başvuru kendisi bilgi ve belge sunmamış olsa dahi çeşitli uluslararası insan hakları örgütlerinin raporlarını resen göz önünde bulundurmak suretiyle tedbir kararı verebilmektedir. *“Somut olayda başvuru ülkesine geri gönderilmesi hâlinde etnik kökeni ve inançları nedeniyle yaşamının tehlikeye düşebileceğini, işkence ve eziyet görebileceğini ileri sürmüş ancak kişisel durumuyla ilgili somut bilgi ve belge ortaya koymamıştır. Bununla birlikte bazı insan hakları örgütlerinin (İnsan Hakları İzleme Örgütü, Uluslararası Af Örgütü), Rusya’ya ilişkin raporlarında, başvurunun iddialarını destekler nitelikte tespitlere yer verildiği görülmektedir. Başvurunun iddiaları ve anılan insan hakları örgütlerin raporları birlikte değerlendirildiğinde, bu aşamada başvurunun iddialarının temelsiz olduğu söylenemez.”⁶⁰*

Mahkeme bu durumu bir kararında şöyle açıklıyor: *“Anayasa Mahkemesi, sınır dışı işlemlerine karşı yapılan başvurularda, geri gönderilen ülkenin koşullarını dosyaya sunulan bilgi ve belgelerle sınırlı kalmaksızın ulusal ve uluslararası kuruluşların ve hükümetlerin düzenlemiş olduğu insan hakları raporlarından da yararlanmak suretiyle resen araştırmaktadır. Bu kapsamda, Türkiye İnsan Hakları Kurumu (TİHK), Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (UNHCR), İnsan Hakları İzleme Örgütü (HRW), Uluslararası Af Örgütü (AMNESTY) gibi bağımsız kurum ve kuruluşların düzenlemiş olduğu raporlar geri gönderilecek ülkede sistematik olarak insan hakları ihlalleri yaşanıp yaşanmadığı sorusuna ışık tutmaktadır.”⁶¹*

Mahkeme, bilgi ve belgelerle desteklenmemiş “soyut” iddialar ile başvurunun şahsı yahut bağlı olduğu insan grubu ile ilgili öznel duruma ilişkin olmayan “genel” nitelikteki iddiaları, tedbire başvurulması bakımından yeterli ve ciddi bulmamaktadır:

⁵⁹ AYM, A.D. (TAK), B. No. 2014/19506, 31.12.2014, §21. Benzer şekilde bkz. AYM, M.S.S. (TAK), B. No.2014/19690, 31.12.2014, §21

⁶⁰ AYM, M.A. (TAK), B. No.2016/220, 20.1.2016, §19. Mahkemenin insan hakları örgütlerinin raporlarından yararlandığı bazı kararlar için bkz. AYM, Z.M. ve İ.M. (TAK), B. No. 2015/2037, 19.2.2015; AYM, Mohammad Esmailzadeh ve Diğerleri (TAK), B. No. 2015/17658, 19.11.2015; AYM, Azizjon Hikmatov (TAK), B. No. 2015/18582, 15.12.2015; AYM, R.M. (TAK), B. No. 2015/19133, 16.12.2015.

⁶¹ AYM, Oyatullo Kurbonov ve Diğerleri (TAK), B. No. 2016/10071, 31.5.2016, §17.

*"...uluslararası koruma talebine dair mülakatta siyasi veya dinsel herhangi bir örgüte/gruba üye olmadığını belirten ve İngiltere'de daha önce kötü muamele veya işkenceye maruz kalmamış olan başvuruçunun, öznel durumu nedeniyle yaşam ve vücut bütünlüğüne yönelik bir riskin varlığını ortaya koymaksızın, İngiltere'de İslam karşıtlığı olarak tezahür eden toplumsal olayların şahsına yönelik güncel ve kişisel bir risk oluşturduğunu ileri sürmesi tedbir kararı verilebilmesi yönünden yeterli bir gerekçe olarak kabul edilemez."*⁶²

*"İngiliz Gizli Servisi tarafından takip edildiği, ajanlık teklifi yapıldığı, reddetmesi üzerine psikolojik baskı gördüğü ve evinin arandığı yönündeki soyut iddiaları dışında İngiltere'de daha önce kötü muamele veya işkenceye maruz kaldığına ilişkin bilgi, belge sunmayan başvuruçunun, öznel durumu nedeniyle yaşam ve vücut bütünlüğüne yönelik bir riskin varlığını ortaya koymaksızın, İngiltere'de İslam karşıtlığı olarak tezahür eden toplumsal olayların şahsına yönelik güncel ve kişisel bir risk oluşturduğunu ileri sürmesi tedbir kararı verilebilmesi yönünden yeterli bir gerekçe olarak kabul edilemez."*⁶³

Benzer şekilde AYM, bir suça tanık olduğu için mafya tarafından tehdit edildiğini iddia eden fakat buna ilişkin herhangi somut bir belge sunamayan, ayrıca buna dair kendi ülkesinde adli bir başvuru da yapmamış olan başvuruçunun tedbir talebini *"somut bilgi ve belgeyle temellendirilmemiş olan soyut iddialar tedbir kararı verilebilmesi yönünden yeterli bir gerekçe olarak kabul edilemez"*⁶⁴ diyerek reddetmiştir.⁶⁵

IV. TEDBİR KARARININ İNFAZI, SONUÇLARI VE SONA ERMESİ

A. Tedbir Kararının İçeriği

Bireysel başvuruda, başvuruçunun hak ve özgürlüğünün telafisi mümkün olmayan bir biçimde zarar görmesi riskinin tespit edilme-

⁶² AYM, M.S.S. (TAK), B. No. 2014/19690, 31.12.2014, §21.

⁶³ AYM, A.K.K. (TAK), B. No.2015/757, 20.1.2015, §21.

⁶⁴ AYM, M.A.G.J. (TAK), B. No.2015/1834, 19.2.2015, §11.

⁶⁵ Bununla birlikte, AYM, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) tarafından bir başvuruçuya mülteci statüsünün verilmiş olmasını, sınır dışı kararına karşı tedbir uygulanması bakımından yeterli görmektedir. Örnek olarak bkz. AYM, Farah Abdulhameed Ali Al-Mudhafar (TAK), B. No. 2015/13854, 14.8.2015; AYM, Majid Mahmood Ahmed Aljamal (TAK), B. No.2015/15277, 11.9.2015; AYM, Mohammad Esmailzadeh ve Diğerleri (TAK), B. No.2015/17658, 19.11.2015; AYM, Azizjon Hikmatov (TAK), B. No.2015/18582, 15.12.2015; AYM, A.A.K. (TAK), B. No.2015/17761, 2.12.2015.

si halinde, bu zararın ortaya çıkmasını önlemek amacıyla uygulanan tedbirin içeriğinin ne olacağı, amaca bağlı olarak değişiklik gösterir. Her somut olayda önlenmek istenen zarar farklı olacağından, hükmedilecek tedbirin içeriği de hiç şüphesiz farklılaşacaktır. Burada önemli olan alınacak tedbirin ulaşılmak istenen amaca uygun olmasıdır.

Çoğu durumda mahkeme tedbirin içeriğini tam anlamıyla kendisi belirlemektedir. Böylesi durumlarda, ilgili kamu birimlerinin bu karara dair yapacağı şey, mahkemenin 'şunu yapın ya da yapmayın' biçimindeki takdire yer bırakmayan emrini yerine getirmektir. Buna ilişkin en tipik örnek, alınmış olan sınır dışı/iade kararının mahkeme başka bir yönde karar verinceye değin fiilen uygulanmamasına yönelik tedbirlerdir: "Mahkemece yeniden bir karar verilinceye kadar başvuruçular A.M.A.A. ve J.A.A.A.'nın menşe ülke olan IRAK'A SINIRDIŞI EDİLMESİNE İLİŞKİN İŞLEMİN FİİLEN UYGULANMAMASINA,..."⁶⁶

Ancak kimi hallerde, mahkeme, tedbirin yalnızca genel çerçevesini belirlemekte, amaca ulaşmak için en uygun işlem ve eylemin ne olduğu konusunda takdiri idareye bırakmaktadır. Yani burada ilgili kamu birimlerinin yapacakları şey, mahkemenin 'tedbirin amacının gerçekleşmesini uygun bir usulle sağlayın' manasına gelen emrini yerine getirmektir.

Örneğin, tek başına temel ihtiyaçlarını karşılayamaz durumda olan ve bu bakımdan cezaevinde tek başına ve tek kişilik odada kalmasının uygun olmadığı yönünde sağlık raporu bulunan başvuruçunun buna karşın tek kişilik odada tutulmaya devam edilmesinin başvuruçunun "maddi ve manevi bütünlüğü" bakımından ciddi bir tehlike oluşturabileceği sonucuna varan AYM tedbirin içeriğinin biçimlendirilmesinde ilgili makamlara bir takdir alanı bırakarak şu kararı vermiştir: "Başvuruçunun 'maddi ve manevi bütünlüğü' bakımından ortaya çıkabilecek tehlikenin ortadan kalkması için fiziki koşulları daha iyi bir ceza infaz kurumuna sevk edilmesi, periyodik olarak açık havaya erişim imkânı sağlanması gibi tedbirler alınması yeterli değildir. Bu nedenle başvuruçunun sağlık durumuna ve fiziksel özelliklerine uygun koşullarda cezasının infaz edilmesi konusunda gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesi gerekir." Söz konusu kararın

⁶⁶ AYM, A.M.A.A ve J.A.A.A. (TAK), B. No:2015/3941, 27.3.2015. Ayrıca bkz. AYM, K.A. (TAK), B. No. 2014/19101, 10.12.2014; AYM, D.M. (TAK), B. No.2015/4176, 17.3.2015.

hüküm bölümünde bu tedbir şöyle ifade edilmiştir: *"Başvurucunun sağlık durumuna ve fiziksel özelliklerine uygun koşullarda cezasının infaz edilmesi konusunda gerekli tedbirlerin alınmasına,.."*⁶⁷

Benzer şekilde, yakın zamanda verilen bir kararda mahkeme, cezaevi koşullarının çocuklarının gelişimi ve yaşamı için yeterli olmadığından hareketle biri iki yaşında ve biri de dört aylık iki çocuğu ile birlikte bir cezaevinde kalmakta olan başvurucunun infazın ertelenmesi talebini kabul etmemiş ancak red de etmeksizin, çocukların hak ve yüksek menfaatlerinin korunması amacıyla tedbir alınması gerektiğine karar vermiştir. Fakat bu tedbirin içeriğinin ne olacağı konusunda takdir yetkisini açık bir biçimde kamu makamlarına bırakmıştır: *"kamu makamlarının başvurucunun kişisel durumunu da dikkate alarak çocukların hak ve yüksek menfaatlerinin korunması konusunda uygun tedbirleri alması gerekmektedir. Ancak alınacak bu tedbirlerin ne şekilde olması gerektiğine ilişkin (tutma koşullarının iyileştirilmesi, infazın ertelenmesi ya da başkaca alternatifler üretilmesi) takdir yetkisi kamu makamlarına aittir. (§26) Bu nedenle, cezanın infazına ilişkin süreçte tutma koşullarının yeterli olmaması nedeniyle başvurucunun ve çocuklarının "maddi ve manevi bütünlüğü" bakımından oluşan tehlikenin ortadan kaldırılması konusunda derhâl gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesi gerekir. (§27)"*⁶⁸

Kimi durumlarda ise AYM, başvurucunun talep ettiği tedbirin koşullarının oluşmadığına karar verirken, başka birtakım tedbirlerin alınması gerektiğine karar verebilmektedir. Örneğin infazın ertelenmesi için yapılan tedbir talebine ilişkin ara kararında AYM, *"Açıklanan nedenlerle, bu aşamada tedbir talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına, ancak sağlık kurulu raporu düzenlenmesine ilişkin sürecin bir ayı aşkın süredir tamamlanamamış olması ve başvurucunun ceza infaz kurumunda tutulmasının hayatı bakımından tehlike oluşturduğuna ilişkin 22/4/2014 tarihli sağlık kurulu raporu (bkz. §9) karşısında kamu makamlarından yukarıda belirtilen değerlendirme sürecinin ivedi bir şekilde yerine getirilmesine ve Anayasa Mahkemesinin gelişmelerden gecikmeksizin bilgilendirilmesine karar verilmesi gerekir."* sonucuna varmış ve *"Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından başvurucunun kişisel ve sağlık durumuna ilişkin değerlendirme sürecinin ivedi bir şekilde yerine getirilmesine,.. gelişmelerden Anayasa Mahkemesini gecikmeksizin bilgilendirmesine..."* karar vermiştir.⁶⁹

⁶⁷ AYM, Ersan Nazlier, (TAK), B. No: 2015/19917, 7.6.2016.

⁶⁸ AYM, Şükran İrge (TAK), B. No. 2016/8660, 28.6.2016.

⁶⁹ AYM, Hüseyin Yılmaz (TAK), B. No. 2016/9401, 25.5.2016.

B. Tedbir Kararının Başvurunun Esasına Etkisi

Bir başvuruda tedbir kararının alınması o başvurunun kabul edilebilirliği ve esası hakkında herhangi yargıyı içermez. Tedbir kararının verilmesi, başvurunun başvurusunda yer verdiği ihlal iddialarının haklılığı anlamına gelmemektedir. Dahası tedbire ilişkin inceleme ile başvurunun esasına ilişkin inceleme farklı perspektif ve amaçlarla yapılan incelemelerdir. Bu bakımdan, tedbir kararı verilen bir başvuru hakkında daha sonra ihlal bulunmadığı yönünde karar verilebilir.⁷⁰ Hatta pratikte kabul edilebilirlik incelemesinin de esasa ilişkin inceleme ile birlikte bölüm tarafından yapılması yönünde karar alınarak dosyalar bölüme gönderildiğinden bölüm önce tedbir kararı verip, ardından kabul edilemezlik kararı da verebilir.⁷¹

C. Tedbir Talebinin Reddi ve Yeniden Tedbir İstemi

Tedbir talebi niteliği ve amacı gereği bireysel başvurunun yapılması sırasında sunulabileceği gibi, incelemenin ilerleyen aşamalarında da sunulabilir. Aynı şekilde mahkeme de esasa ilişkin kararı vermeden önce, incelemesinin her aşamasında resen tedbir kararı verebilir. Bununla yanında, tedbir istemi bir kez reddedildikten sonra da, koşullarda birtakım değişiklikler meydana gelmiş ise, bunlara dayanarak yeniden tedbir isteminde bulunulmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Hatta AYM kimi kararlarında, tedbir talebini reddetmekle birlikte, koşullar değiştiği takdirde tedbir hususunun yeniden değerlendirilebileceğini ve başvurunun da gelişme olması halinde her aşamada yeniden tedbir talebinde bulunabileceğini hüküm bölümünde açıkça belirtmektedir.⁷²

D. Tedbir Kararının Sona Ermesi

6216 sayılı Yasa'nın 49/5 maddesi ile AYM İçtüzüğü'nün 73/4 hükmü gereğince tedbir kararı verilmesi durumunda başvurunun esası hakkındaki kararın 6 ay içerisinde verilmesi gerekmektedir. Eğer bu

⁷⁰ Örneğin bkz. AYM, Fatih Hilmioğlu, B. No.2014/648, 20.2.2014 (TAK) ve 18.9.2014 tarihli karar.

⁷¹ Örnek olarak bkz. AYM, Z.M. ve İ.M. (TAK), B. No.2015/2037, 19.2.2015 (TAK) ve 6.1.2016 tarihli karar.

⁷² AYM, Hüseyin Yılmaz (TAK), B. No. 2016/9401, 25.5.2016.

süre içerisinde esasa ilişkin karar verilmez ve tedbirin bu 6 aylık sürenin dolmasının ardından devam edeceği konusunda yeni bir karar alınmaz ise tedbir kararı kendiliğinden kalkar.⁷³

Pratikte, başvuruların esasına ilişkin inceleme 6 aylık sürede tamamlanamamaktadır. Böyle durumlarda bölüm toplantı yapıp, tedbir kararını gözden geçirmekte ve koşullarda aksi yönde bir karar almayı gerektiren bir değişiklik olmamışsa tedbir kararının belli bir süre daha devamına karar vermektedir.⁷⁴

Tedbir kararı, öngörülen sürenin sona ermesi ve devamına ilişkin bir karar alınmamış olması halinde, mahkemece tedbirin kaldırılması yönünde karar alınması halinde ve başvurunun esasına ilişkin kararda ihlal olmadığı sonucuna varıldığı takdirde yahut düşme kararı verildiğinde kendiliğinden kalkar. Ayrıca pratikte ortaya çıkan bir durum olarak belirtmek gerekir ki, kabul edilebilirlik konusunda bir karara varılmadan evvel verilen tedbir kararları da kabul edilemezlik kararı verilmesi halinde kendiliğinden kalkacaktır.

SONUÇ

Bireysel başvuru yolunda tedbir, bir yandan başvurudaki tarafların hak ve çıkarlarını korurken, diğer yandan da mahkemenin vereceği kararın etkinliğini güvence altına alır ve böylece başvuru yolunun işlevselliğine katkı sağlar. Bu bakımdan hak ve özgürlüklerin korunmasında önemli bir role sahiptir. Ancak bu önemli rolün yerine getirilmesi için, tedbirin, niteliğine ve amacına uygun bir biçimde düzenlenmiş ve bu çerçevede uygulanıyor olması gerekir.

⁷³ 6216 sayılı Kanun md.49/5: "...Tedbire karar verilmesi hâlinde, esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir..." AYM İçtüzük md.73/4: "Tebdir kararı verilen başvurunun esası hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Tedbirin devamı konusunda yeni bir karar alınmadığında, başvuruçunun hakkının ihlal edilmediğine ya da başvurunun düşmesine karar verildiği durumlarda tedbir kararı kendiliğinden kalkar."

⁷⁴ AYM, Z.M. ve I.M. (TAK), B. No.2015/2037, 7.7.2015:
"3. Hâlihazırda incelemesi devam eden başvuruya ilişkin Bakanlık görüş yazısı beklenmektedir. Ayrıca başvuru dosyasına, tedbir kararının verilmesini gerektiren koşullarda herhangi bir değişiklik olduğuna dair ek bilgi veya belge de sunulmamıştır. 4. Açıklanan nedenlerle, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 73. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince, 19.2.2015 tarihli tedbirin, altı aylık sürenin dolacağı 19.8.2015 tarihinden itibaren takdire üç ay süreyle devamına karar verilmesi gerekir."

Öncelikle tedbir, bir hakkın telafisi mümkün olmayan bir biçimde zarar görme tehlikesine karşı önleyici bir usuldür ve bu bakımdan aciliyet gerektiren durumlarda gündeme gelir. Bu nedenle tedbir isteminin de ivedilikle incelenmesi gerekir. AYM'nin şimdiye kadar ki uygulaması, mahkemenin bu gerekliliğe özen gösterdiğini ortaya koymaktadır. Ancak yasa ve içtüzükte tedbir kararlarının esas inceleme aşamasında alınacağına ilişkin mevcut hüküm ile, pratikte kabul edilebilirlik kararlarından önce tedbir kararının alınıyor olması, her ne kadar uygulama tedbirin amacı bakımından yerinde bir uygulama olsa da, çelişkili bir görünüm ortaya çıkarmaktadır. Bu uyumsuzluğun giderilmesi gerekir.

Bunun yanında yasada bu yönde bir sınırlama öngörülmemiş olmasına karşın içtüzüğün tedbir kararlarını, kapsamına giren haklar bakımından sınırlayan bir düzenlemeye yer vermesi de içtüzüğün açık biçimde yasaya aykırılığı durumunu ortaya çıkarmaktadır. AYM de uygulamasında tedbirin haklar bakımından kapsamını içtüzüğü esas alarak dar yorumlamaktadır. Ancak tedbir kapsamındaki hakların içtüzükte öngörülen doğrultuda dar bir biçimde yorumlanıyor olması tedbirin amacı ile çelişen sonuçların ortaya çıkmasına sebep olabilir. Neticede tedbir kurumunun getirilmesinde amaç, birtakım haklara ayrıcalık sağlamak değil, bireysel başvuru yolu ile korunmak istenen hak ve özgürlüklerin, mahkeme bir karar vermeden evvel ihlal edilmesini ve bunun sonucunda mahkemenin vereceği kararın anlamını yitirmesini önlemektir. Böylesi durumların özellikle yaşam hakkı ve maddi ve manevi bütünlüğün korunması hakları bakımından söz konusu olacağı açıktır ancak bunlarla sınırlı olduğu da söylenemez. Mahkemenin her somut olayın özelliklerine göre tedbiri gerektiren telafisi mümkün olmayan bir ihlal tehlikesinin bulunup bulunmadığını değerlendirmesi tedbirin niteliği ve amaçları bakımından daha yerinde olacaktır. İchtüzük hükmü bunun önünde bir engel gibi gözükse de, 6216 sayılı yasada bu yönde herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır.

Kaynakça

- AİHM tarafından geçici tedbirlere ilişkin hazırlanmış tematik bilgi notu, Nisan 2016.
http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Interim_measures_ENG.pdf
- AİHM Başkanı tarafından hazırlanmış geçici tedbilere ilişkin "Uygulama Yönergesi"
http://www.echr.coe.int/Documents/PD_interim_measures_ENG.pdf

- Altan, Alparslan. "Bireysel Başvurunun Birinci Yılına Genel Bir Bakış", *HUKAB Dergi*, Sayı 7, <http://www.hukabdergi.com/p2605/>
- Ekinci, Hüseyin ve Musa Sağlam. Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2014.
- Göztepe, Ece. "Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", *TBB Dergisi*, 2011 (95), ss.13-40.
- Gülener, Serdar. Üçüncü Yılında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, SETA Analiz, Sayı:142, Kasım 2015.
- Harris, David, Michael O'Boyle ve Colin Warbrick, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi, Şen Matbaa, Ankara 2013. s.871.
- Keller, Hellen ve Cedric Marti. "Interim Relief Compared: Use of Interim Measures by the UN Human Rights Committee and the European Court of Human Rights", *ZaöRV* 73 (2013), ss.325-372.
- Koç, Muharrem İlhan. "Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün Kapsamı ve Bireysel Başvuru", *Barobirlik e-dergi*, Sayı 10, Ekim 2014, ss.28-32. http://ebarobirlik.barobirlik.org.tr/EB/EB_Default.aspx?b=40#34/z.
- Sabuncu, M. Yavuz ve Selin Esen Arnwine. "Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu", *Anayasa Yargısı*, Sayı 21, 2004, ss.229-246.
- Sağlam, Musa. "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Tebdir Kararı", *HUKAB Dergi*, Sayı 5, <http://www.hukabdergi.com/p2122/>
- Turan, Hüseyin. "Ceza Mahkemelerince Verilen Kararlar Bakımından Bireysel Başvuruda Başvuru Süresi", *TAAD*, Yıl:5, Sayı:17, Nisan 2014, s.114.