



**T.C.
İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**YABANCILARIN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİNİN
BİREYSEL BAŞVURU YOLUYLA KORUNMASI**

FATİH SOLAK

KAMU HUKUKU YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

**DANIŞMAN
Prof. Dr. Gül ÜSTÜN**

İSTANBUL-2020



T.C.
İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZİ

YABANCILARIN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİNİN
BİREYSEL BAŞVURU YOLUYLA KORUNMASI

FATİH SOLAK

KAMU HUKUKU YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

DANIŞMAN
Prof. Dr. Gül ÜSTÜN

İSTANBUL-2020

ÖZ

Ulusal bir başvuru yolu olarak Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu, yürürlüğe girdiği 2012 yılından itibaren temel hak ve özgürlükler bakımından Türkiye’de önemli ilerlemelere vesile olmuştur. Tezde, yabancıların temel hak ve özgürlükleri belirtilen değişim perspektifi çerçevesinde yeniden ele alınmıştır. Bu doğrultuda, yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı, özgürlük ve güvenlik hakkı, adil yargılanma hakkı, etkili başvuru hakkı konusunda yabancılık statüsü ile bağlantılı ihlal iddialarına Anayasa Mahkemesinin sergilediği tutum mercek altına alınmış, eleştiriler getirilerek öğretiyeye katkı sunulması amaçlanmıştır. Bu yapılırken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ilgili kararlarına da temas edilmiştir.

Anahtar kelimeler: Bireysel başvuru, insan hakları, yabancılar hukuku, sınır dışı, idari gözetim

ABSTRACT

Since its entry into force in 2012, the individual application to the Constitutional Court has led to achieving significant progress in Turkey, in terms of fundamental rights and freedoms, as a domestic remedy. In this thesis, fundamental rights and freedoms of foreigners have been re-examined within the framework of this perspective of change. Accordingly, the Constitutional Court's attitude to allegations of violations related to the right to life, the prohibition of torture and ill-treatment, the right to liberty and security, the right to a fair trial, and the right to an effective remedy have been examined, and criticisms have been brought to contribute to the doctrine. Meanwhile, the relevant judgments of the European Court of Human Rights' were also touched upon.

Key words: Individual application, human rights, foreigners' law, deportation, administrative detention

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT	iii
İÇİNDEKİLER.....	iv
KISALTMALAR.....	xiv
TABLolar.....	xvii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR VE HUKUKİ GENEL ÇERÇEVE

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE.....	3
A. Vatandaşlar	4
B. Yabancılar.....	5
C. Vatansızlar	6
D. Uluslararası Korumadan Yararlananlar	9
1. Mülteciler	9
2. Şartlı Mülteciler.....	13
3. İkincil Korumadan Yaralanan Kişiler	14
4. Geçici Korumadan Yararlananlar ve Suriye Arap Cumhuriyeti Vatandaşları.....	18
E. Sığınmacılar	21
1. Uluslararası Metinlerde Sığınmacı Kavramı.....	21
2. Türk Hukukunda Sığınmacı Kavramı	25
F. Göçmenler ve Benzer Statüdeki Kişiler.....	31
II. YABANCILARIN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİNE İLİŞKİN HUKUKİ ÇERÇEVE	37
A. Ulusal Hukuk.....	37

1. Anayasa	37
2. Pasaport Kanunu	37
3. Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun	39
4. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu.....	39
5. Cezaî Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu.....	41
6. 1994 Tarihli Yönetmelik	41
B. Uluslararası Hukuk	43
1. Jus Cogens (Uluslararası Emredici Kural)	43
2. Uluslararası Sözleşmeler	43
a. Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri.....	43
b. Avrupa Konseyi Sözleşmeleri.....	47
III. KORUMA VE DENETİM MEKANİZMALARI.....	53
A. Ulusal Koruma Mekanizmaları	53
1. İdari Mekanizmalar	53
a. Göç İdaresi Genel Müdürlüğü.....	53
b. Valilikler	54
2. Yargısal Denetim.....	54
a. İdari Yargı Denetimi	54
b. Adli Yargı Denetimi	57
3. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu	57
B. Uluslararası Koruma Mekanizmaları.....	58
1. Birleşmiş Milletler.....	58
a. Mülteciler Yüksek Komiserliği.....	58
b. İnsan Hakları Komitesi	59
c. Çocuk Hakları Komitesi.....	60
d. Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi.....	61
e. İşkenceye Karşı Komite	62
f. İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezanın Önlenmesi Alt Komitesi	63
g. Tüm Göçmen İşçiler ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunması Komitesi	63
h. İnsan Hakları Konseyi.....	64
2. Avrupa Konseyi.....	65

a. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi	65
b. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri.....	65
c. Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu	66
d. Avrupa İşkencenin ve İnsanlıkdışı veya Onurkırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi (CPT).....	67
e. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi.....	68
f. Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) ...	69

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRKİYE'YE GELEN YABANCILARA İLİŞKİN HUKUKİ SÜREÇLER VE BİREYSEL BAŞVURU YOLU

I. TÜRKİYE'YE GELEN YABANCILARA İLİŞKİN HUKUKİ SÜREÇLER	71
A. Düzenli Göç.....	71
1. Yabancılara Vize Verilmesi	72
a. Türkiye'ye Giriş	72
b. Vize Verilmesi	74
c. Vize Verilmeyecek Yabancılar	75
d. Vizenin İptali	75
e. Vize Muafiyeti	76
f. Tebligat Zorunluluğu.....	77
2. Yabancılara İkamet İzni Verilmesi.....	77
a. İkamet İzni Talebi	78
b. İkamet İzninden Muafiyet Halleri.....	81
c. İkamet İzni Türleri	82
i. Kısa Dönem İkamet İzni	82
ii. Aile İkamet İzni	83
iii. Öğrenci İkamet İzni	86
iv. Uzun Dönem İkamet İzni	87
v. İnsani İkamet İzni.....	87
vi. İnsan Ticareti Mağdurlarına Yönelik İkamet İzni.....	88
3. Vatansızlara İlişkin Süreç.....	89
a. Vatansızlık Halinin Belirlenmesi	89

b. Vatansız Kişilere Sağlanan Güvenceler	89
B. Düzensiz Göç	90
1. Düzensiz Göçün Önlenmesi	90
a. Genel Olarak	91
b. Uluslararası İş Birliği	91
c. Geri Kabul Antlaşmaları	93
d. Düzensiz Göçle Mücadeleye İlişkin Düzenlemeler	93
2. Düzensiz Göçün Ortadan Kaldırılması	96
a. Sınır Dışı Etme	96
i. Sınır Dışı Edilmesi Öngörülenler	96
ii. Hakkında Sınır Dışı Kararı Alınamayacak Kişiler	97
iii. Sınır Dışı Kararı, Uygulama Süreci ve Sınır Dışı Edilmesine Karar Verilen Yabancıların Yolculuk Giderleri	98
iv. Sınır Dışı Kararına Karşı “İdari Yargı Yolu”	99
b. Sınır Dışı Kararı Nedeniyle İdari Gözetim Altına Alma	100
i. İdari Gözetim Kararı ve Uygulanması	100
ii. İdari Gözetime Alternatif Tedbirler	102
iii. İdari Gözetim Kararının Yargısal Denetimi	103
iv. Gönüllü Geri Dönüş	104
c. Türkiye’ye Giriş Yasağı	104
C. Uluslararası Koruma	104
1. Mülteci, Şartlı Mülteci ve İkincil Koruma	104
2. Uluslararası Korumadan Yararlanan Kişilerin Hakları	106
a. Sağlık	107
b. Eğitim	107
c. Çalışma	107
d. Sosyal Yardımlardan Yararlanma, Sosyal Hizmetlere Erişim ve Harçlık	108
3. Uluslararası Korumadan Yararlanan Kişilerin Sorumlulukları	109
4. Menşe Ülke Bilgisi	109
D. Geçici Koruma	109
II. ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU YOLU	111
A. Bireysel Başvuru Yolunun Temel Özellikleri	111

B. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü	114
1. Genel Olarak Bireysel Başvuru Koşulları	115
a. Taraf Ehliyeti	115
b. Hukuki Yarar	117
c. Hakka Yönelik İddia Edilen Müdahalenin Doğrudan, Güncel ve Kişisel Nitelikte Olması	118
d. Dava Ehliyeti	119
e. Bireysel Başvuruya Konu İşlemler	120
f. Bireysel Başvuruya Konu Olabilecek Hak ve Özgürlükler	120
g. Başvuru Yollarının Tüketilmesi	122
h. Başvurunun Şekli ve İçeriği	124
i. Başvuru Süresi	126
j. Başvuru Harcı ve Adli Yardım	128
2. Bireysel Başvuru İnceleme ve Karar Süreci	129
3. Bireysel Başvuru Koşullarının Yabancılar Yönünden Değerlendirilmesi .	134
III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU YOLU	135
A. Genel Olarak	135
B. Yargı Yetkisi	136
C. Tedbir Kararları	136
D. Yargıçlar ve Daireler	137
E. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve Dostane Çözüm	138
F. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü	139
1. Başvurunun Şekli ve İçeriği	139
2. Başvuru Yollarının Tüketilmesi, Dördüncü Derece Şikayetler ve Taleple Bağlılık İlkesi	139
3. Başvuru Süresi	141
4. Başvuru Konusu ve Mağdurluk Statüsü	142

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YABANCILARIN BİREYSEL BAŞVURULARINA ANAYASA MAHKEMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN YAKLAŞIMI

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU BAKIMINDAN KÖPRÜ NİTELİĞİNDEKİ KARARLARI	143
A. Jabari/Türkiye Başvurusu	143
1. Olayların Özeti	143
2. İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Yönünden	144
3. Etkili Başvuru Hakkı Yönünden	146
B. Mamatkulov ve Askarov/Türkiye Başvurusu	148
1. Olayların Özeti	148
2. Yaşam Hakkı ve İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Yönünden	150
3. Adil Yargılanma Hakkı Yönünden	153
4. Sözleşme'nin 34. Maddesi Yönünden.....	155
C. Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye Başvurusu	155
1. Olayların Özeti	155
2. Kabul Edilebilirlik Yönünden	156
3. Yaşam Hakkı ve İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Yönünden	158
4. Etkili Başvuru Hakkı Yönünden	161
5. Özgürlük ve Güvenlik Hakkı	163
D. Yarashonen/Türkiye Başvurusu	166
1. Olay ve Olguların Özeti	166
2. Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Yönünden.....	167
3. Tek Başına veya Etkili Başvuru Hakkı ile Bağlantılı Olarak Tutma Koşulları Bağlamında İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Yönünden.....	168
II. BİREYSEL BAŞVURU HAKKI BAĞLAMINDA YABANCILARIN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİ	171
A. Yaşam Hakkı	172
1. Genel Olarak Yaşam Hakkı.....	172
a. Yaşam Hakkının Niteliği ve Sınırlandırılması	172
b. Yaşam Hakkının Aktif ve Pasif Søjeleri	173

c. Yaşam Hakkının İhlal Edilip Edilmediğinin Tespiti.....	174
i. Uygulanabilirlik	174
ii. Kanıtlama	178
iii. Devletin Yükümlülükleri	180
(1) Öldürmeme Yükümlülüğü	180
(2) Yaşamı Koruma Yükümlülüğü	183
(3) Soruşturma Yükümlülüğü.....	184
2. Yabancıların Yaşam Hakkının Korunması.....	185
a. Ölüm Cezası Uygulanma Riski Olan Ülkeye Göndermeme Yükümlülüğü	186
b. Herhangi Bir Nedenle Öldürülme Riski Olan Ülkeye Göndermeme Yükümlülüğü	188
c. Kişinin Yaşamına Yönelik Diğer Riskler Nedeniyle Göndermeme Yükümlülüğü	190
d. Geri Gönderilen Yabancıların Yaşam Haklarının Korunmasına Yönelik Hukuki Korunma Mekanizmalarının Etkililiği Sorunu	191
B. İşkence ve Kötü Muamele Yasağı	192
1. Genel Olarak İşkence ve Kötü Muamele Yasağı	192
a. İşkence ve Kötü Muamele Yasağının Niteliği	193
b. İşkence ve Kötü Muamele Yasağının İhlal Edilip Edilmediğinin Tespiti	194
i. Uygulanabilirlik	194
ii. Kanıtlama	196
iii. Vasıflandırma.....	198
iv. Devletin Yükümlülükleri	200
(1) Şiddet Uygulamama.....	201
(2) İnsanlık Dışı Ceza Vermeme	203
(3) Üçüncü Kişilerin Şiddetine Karşı Koruma	204
(4) Etkili Soruşturma	205
2. Yabancıların İşkence ve Kötü Muameleye Karşı Korunması	206
a. Şiddet Riskine Maruz Bırakmama Yükümlülüğü	207
i. Ölüm Cezası Uygulanabilecek Ülkeye Göndermeme Yükümlülüğü ..	209
ii. Ölüm Koridoru Yaşanabilecek Ülkeye Göndermeme Yükümlülüğü .	209

iii. Bedensel Ceza Uygulanabilecek Ülkeye Göndermeme Yükümlülüğü.....	210
iv. Öldürülme veya İşkence Görme Riski Olan Ülkeye Göndermeme Yükümlülüğü.....	210
b. İnsani Olmayan Koşullarda Tutmama Yükümlülüğü	212
C. Özgürlük ve Güvenlik Hakkı.....	215
1. Genel Olarak Özgürlük ve Güvenlik Hakkı.....	215
2. Özgürlükten Yoksun Bırakmanın Anlamı.....	216
3. Özgürlükten Yoksun Bırakmanın Hukukiliği	218
a. Genel Olarak Özgürlükten Yoksun Bırakmanın Hukukiliği.....	218
i. Mahkûmiyet Hükmü	219
ii. Bir Mahkeme Kararı veya Kanunda Öngörülen Yükümlülüğün Yerine Getirilmesi.....	222
iii. Suç Şüphelisinin Tutulması	222
iv. Bir Küçüğün Gözetim Altında Islahı veya Yetkili Mercî Önüne Getirilmesi.....	224
v. Toplum İçin Tehlike Teşkil Eden Bir Akıl Hastası, Uyuşturucu veya Alkol Tutkunu, Bir Serseri veya Hastalık Yayabilecek Kişinin Tedavi Eğitim veya Islah Amacıyla Özgürlüğünden Yoksun Bırakılması	226
vi. Usulüne Aykırı Şekilde Ülkeye Girmek İsteyen veya Giren ya da Hakkında Sınır Dışı Etme yahut Geri Verme Kararı Verilen Kişinin Yakalanması veya Tutuklanması	227
b. Yabancıların İdari Gözetim Altında Tutulmalarının Hukukiliği	227
i. 6458 Sayılı Kanun'dan Önceki Durum.....	228
ii. 6458 Sayılı Kanun'dan Sonraki Durum.....	229
(1) Hukuki Çerçevenin Niteliği	229
(2) Uygulamada Gerekli Özen (“Due Diligence”)	230
aa. Genel Olarak	230
bb. Geri Gönderme Merkezinde Rızaya Dayalı Tutma Sorunu.....	231
4. Özgürlükten Yoksun Bırakılma Nedenlerinin Bildirilmesi.....	233
a. Genel Olarak	233
b. Yabancılara Özgürlükten Yoksun Bırakılma Nedenlerinin Bildirilmesi.	234

i. Özgürlükten Yoksun Bırakılma Nedenlerinin Bildirilme Zorunluluğu	234
ii. Özgürlükten Yoksun Bırakılma Nedenlerinin Bildirilme Zamanı.....	235
iii. Verilecek Bilginin Niteliği.....	236
5. Özgürlükten Yoksun Bırakılmanın Yargısal Denetimi	238
a. Genel Olarak Özgürlükten Yoksun Bırakılmanın Yargısal Denetimi	238
i. Denetimin Tutmanın Hukukiliği Konusunda Yapılması	238
ii. Denetimin Süratle Yapılması	239
iii. Yargısal Denetimin Makul Aralıklarla Yapılma Zorunluluğu.....	240
vi. Denetimin Bir Mahkeme Tarafından Yapılması.....	240
vii. Usul Güvenceleri.....	241
b. Yabancıların İdari Gözetim Altında Tutulmalarının Yargısal Denetimi .	241
i. 6458 Sayılı Kanun'dan Önceki Durum.....	242
ii. 6458 Sayılı Kanun'dan Sonraki Durum.....	243
6. Haksız Yere Özgürlükten Yoksun Bırakılma Nedeniyle Tazminat Sağlama Hakkı	244
a. Genel Olarak Tazminat Sağlama Hakkı.....	244
b. Yabancıların Haksız Yere Özgürlüklerinden Yoksun Bırakılmaları Nedeniyle Tazminat Sağlama Hakkı	245
D. Adil Yargılanma Hakkı	246
1. Genel Olarak Adil Yargılanma Hakkı.....	246
2. Yabancıların Ülkeye Girişleri, İkametleri ve Sınır Dışı Edilmeleri ile İlgili Hukuki Süreçlerde Adil Yargılanma Hakkının Uygulanabilirliği	249
E. Etkili Başvuru Hakkı.....	251
1. Genel Olarak Etkili Başvuru Hakkı.....	251
2. Yabancıların Etkili Başvuru Hakkı	254
a. İdari Gözetim Koşullarına Karşı Yabancıların Etkili Başvuru Hakkı.....	254
b. Kötü Muameleye Maruz Kalma Riski Bulunan Ülkeye Sınır Dışı Edilen Yabancıların Etkili Başvuru Hakkı.....	255
c. İdari Gözetim Tedbirinin Hukukiliğine Karşı Etkili Başvuru Hakkı.....	259
d. Etkili Başvuru Hakkının Özel Bir Görünümü Olan Haksız Tutma Nedeniyle Tazminat Sağlama Hakkı Yönünden İdari Yargı Yolunun Etkililiği	260

SONUÇ.....	262
KAYNAKÇA	264



KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
AP	: Avrupa Parlamentosu
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Anayasa	: 1982 Tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF İHM	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi
AYD	: Anayasa Yargısı Dergisi
AYM	: Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi
B. No	: Başvuru Numarası
BD	: Büyük Daire
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
ç.b.	: Çevireni Belirtilmemiş
Der.	: Derleyen
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
et al.	: Ve diğerleri
GK	: Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu
GKY	: Geçici Koruma Yönetmeliği

GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HUDOC	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Veri Tabanı
ICMPD	: International Centre for Migration Policy Development
IOM	: International Organization for Migration
İHİD	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İ.Ü.	: İstanbul Üniversitesi
K.	: Karar
kk	: Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar
K.T.	: Karar Tarihi
md.	: madde
No.	: Numara
S.	: Sayı
s.	: sayfa
s.K.	: sayılı Kanun
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
SDÜ	: Süleyman Demirel Üniversitesi
Sözleşme	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TK	: Tedbir Kararı
TVK	: Türk Vatandaşlığı Kanunu
UNHCR	: United Nations High Commissioner for Refugees
Üniv.	: Üniversite

vb.	: ve benzeri
vd.	: ve diğerleri
Vol.	: Volume (Cilt)
vs.	: ve saire
Y.	: Yıl
yay.	: Yayınları/Yayınevi
YL	: Yüksek Lisans
y.b.	: Yayın Yeri Belirtilmemiş
YUKK	: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu

TABLÖLAR

“Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda Güvence Altına Alınan, AİHS’de ve Türkiye’nin Taraf Olduğu Ek Protokollerinde de Karşılığı Olan Temel Hak ve Özgürlükler” Başlıklı Tablo.....123



GİRİŞ

Günümüzde, uluslararası krizler, artan terör olayları, bölgesel çatışmalar ve savaşların bir sonucu olarak giderek hız kazanan göç hareketleri, Türkiye'yi de yakından etkilemiştir. Bunun sonucunda ortaya çıkan siyasi, ekonomik ve sosyal etkiler ile iç hukuk ve uluslararası hukukun zorunlu etkileşimi, kanun koyucunun yabancılarla ilgili mevzuatı yeniden ele alması zorunluluğunu doğurmuştur.

Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün resmi internet sayfasından temin edilen verilere göre, son dönemde yabancıların Türkiye'ye giriş çıkış sayısı yıllık 40 milyonu, Türkiye'de oturan yabancıların nüfusu ise sayısı beş milyonu geçmiştir. Aynı sitede, analiz edilen göç hareketlerine göre Türkiye'nin "geçiş ülkesi" konumu son dönemde yerini "hedef ülke" konumuna bırakmıştır.

Bu çerçevede ülkenin güvenliği ve kamu düzeni açısından hayati önem kazanan düzensiz göçle mücadele meselesi ele alınırken, insan hakları ihlallerinden de kaçınılması ve bu konuda başta kanun değişiklikleri olmak üzere gerekli tüm tedbirlerin alınması gerekmektedir. Bu kapsamda alınan tedbirlerden belki en önemlisi, 11/4/2013 tarihinde Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiş olan 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'dur (YUKK).

Anılan Kanun, insan haklarına saygılı devlet ilkesi çerçevesinde ilerleme olarak değerlendirilebilecek önemli yenilikler içermektedir. Bu çalışmada da belirtilen Kanun öncesinde ve sonrasında ve hatta Kanun yürürlüğe girdikten sonra yapılan "zigzag" niteliğindeki kanuni değişiklikler ile ortaya çıkan insan hakları sorunlarına karşı Anayasa Mahkemesince sergilenen yaklaşım hakkında bilgiler verilecektir.

Yabancılarla ilgili ulusal hukukun insan haklarına saygı perspektifi çerçevesinde şekillenmesinin pratikte en önemli ayağı, bu tezin omurgasını teşkil eden "Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu"dur.

Her ne kadar arka planında, “AİHM önündeki bireysel başvuruların” ve Türkiye aleyhindeki “ihlal kararlarının” sayısal olarak asgariye çekilmesi gibi pragmatik gerekçeler yer alsada yürürlüğe girdiği 2012 yılından ve özellikle ilk “hak ihlali” yönündeki kararların şekillenmeye başladığı 2013 yılının ortalarından günümüze, sergilenen genel performansa bakıldığında “bireysel başvuru yolu”nun, anayasal hak ve özgürlüklerin koruma alanlarının ortaya konulması ve Anayasa ve kanunların yorumlanmasında “hak odaklı” yaklaşımın benimsenmesi bakımından kamu otoriteleri ve yargı mercileri bakımından ufuk açıcı ve yol gösterici bir fonksiyon ifa ettiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesinin “bireysel başvuru yolu” çerçevesinde üstlendiği kritik rol, “dışa dönük” olduğu kadar “içer dönük” olarak da olumlu etkiler doğurmuştur. Bir başka ifadeyle Anayasa Mahkemesinin geçmişten gelen klasik ve kendisini daha ziyade otoriteden yana tavır almaya sevk eden norm denetimi anlayışında olumlu eksen kaymaları gözlemlenmeye başlamıştır. Söz konusu yönelimde, bireysel başvuru yolunun etkisi büyüktür. İctihatta tutarlılık ve istikrar sağlama refleksinin bir gereği olarak Anayasa Mahkemesi artık, “norm denetimi” görevini ifa ederken yaptığı “Anayasa’ya uygunluk” değerlendirmesinde, bireysel başvuru incelemesi kapsamında belirlediği ve geliştirdiği ilkeleri göz ardı edemeyeceği bir noktaya gelmiştir.

Tezin konusu olan “yabancıların temel hak ve özgürlükleri” de belirtilen değişim gelişim sürecinden önemli ölçüde nasibini almış, son dönemdeki görece “geriye gidiş”ler dışında, bu alanda genel olarak oldukça ileri ve özgürlükçü kararlar ortaya konulmuştur.

Nitekim, Anayasa Mahkemesinin ikincilliğin kuvvetlendirilmesi ve bireysel başvuru yolunun “objektif işlevi” bağlamında oldukça önemli bir yöntem olan “pilot karar usulü”ne ilişkin ilk ihlal kararı “yabancıların temel hak ve özgürlükleri”nin korunmasına yönelik olarak verilmiş olup, kanuni düzenlemeden kaynaklanan ihlalin ortadan kaldırılması noktasında yasama organının harekete geçmesi sağlanmış ve pilot karar süresinin sonunda 7196 sayılı Kanun’un yürürlük kazanması ile yapısal sorun çözüme kavuşturulmuştur. Söz konusu pilot karar, aşağıda ilgili kısımlarda incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR VE HUKUKİ GENEL ÇERÇEVE

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Yabancılar hukuku, devletlerin hükümrancılık haklarının bir gereği olarak vatandaş olmayanların yararlanabileceği hakları belirleme yetkisinin sınırsız olmadığı ve uluslararası hukuki ve ahlaki gelişmelerin gerektirdiği yeni koşullar çerçevesinde birtakım evrensel hukuk kriterlerine uyulmasına ilişkin gereklilik ışığında ortaya çıkmış bir disiplindir¹. Yabancılar hukukunun ortaya çıkışının temelinde yabancı kategorisine dahil olan kişilere uygulanan hukuk kurallarının nitelik ve kapsam yönünden vatandaşlara uygulananlardan farklı olması yer almaktadır².

Türk hukukunda “yabancılar hukuku” ifadesi ile yabancıların kişisel ve maddi haklarına ilişkin kurallar bütünü kastedilmektedir. Bu doğrultuda Türkiye’de yabancıların seyahatleri, istihdam izinleri, evlilik ve boşanma, Türk vatandaşı ile ortak çocuk sahibi olmaları halinde çocuğun velayet ve vatandaşlık bağının

¹ Aysel Çelikel, Günseli (Öztekin) Gelgel, **Yabancılar Hukuku**, Beta yay., İstanbul, 2004, Onikinci Bs., s. 7-8; İnsan hakları sözleşmeleri ile sağlanan güvenceler, yabancılara, vazgeçilmez olarak kabul edilen insan haklarından eşit olarak yararlanma hakkı vermektedir (Çelikel, Gelgel, s. 8); A. Gündüz Ökçün, **Yabancıların Türkiye’de Çalışma Hürriyeti**, Pelin Ofset yay., İkinci Bs., Ankara, 1998, s. 4.

² Bülent Çiçekli, **Yabancılar Hukuku**, Dördüncü Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 28.

kurulması ve nihayet bizzat yabancıнын vatandaşlık kazanmaya yönelik başvuru hakkı bahsi geçen kuralların düzenleme alanındadır³.

A. Vatandaşlar

Bir kişinin bir devletle arasındaki en temel hukuki bağ olan vatandaşlık, birey ile devlet arasındaki aidiyet ilişkisini ifade etmektedir⁴. Vatandaşlık statüsü fertlere ilgili devlet nezdinde hukuki ve siyasal haklar bahşeder⁵. Devletler sahip oldukları geniş hükümlerlik hak ve yetkisinin bir sonucu olarak vatandaşlığın kazanılması ve kaybına ilişkin hukuki çerçeveyi çizmede geniş bir takdir marjına sahiptirler⁶. Bununla birlikte bu geniş takdir yetkisinin sınırları uluslararası hukuk tarafından çizilmiş olup, bu kapsamda vatandaşlıkla ilgili bazı kanunlar ihtilafı problemlerine dair 1930 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 1. maddesinde vatandaşlığın uluslararası teamüllere ve hukukun genel kabul görmüş prensiplerine uygun olarak tanınacağı, devletlerin vatandaşlık kurallarını belirlemede uluslararası örf ve âdet kuralları ve hukukun genel prensiplerine riayet etmeleri gerektiği ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra Uluslararası Adalet Divanınının 6/5/1955 tarihli kararında da devletle kişi arasındaki bağlılığın gerçek, sıkı ve organik bir düzeyde olması gerekliliği ve vatandaşlığa ilişkin kuralların çerçevesinin uluslararası hukuk tarafından çizilebileceği ifade edilmiştir⁷.

Anayasa'nın 66/1. maddesinde "*Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür.*" ifadesine yer verilerek Türklüğün vatandaşlık bağı ile eş değer olduğu ifade edilmiştir. Bir başka ifadeyle Türkiye Cumhuriyeti devletini inşa eden

³ Mehmet Kavuk, "Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Yabancıların Uluslararası Korunması", İstanbul Ticaret Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası Ticaret ve AB AD Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Haziran, 2015, s. 2.

⁴ Ergin Nomer, **Vatandaşlık Hukuku**, Filiz Kitabevi yay., İstanbul, 1999, 12. Bs., s. 3.

⁵ Kavuk, s. 4.

⁶ Kavuk, s. 4.

⁷ Çelikel, Gelgel, s. 10.

ulusun adı olarak farklı ırk, dini inanç veya kültüre sahip tüm insanların, bu devlete olan aidiyetlerini ifade eden “vatandaşlık”, Türk kavramı ile özdeşleştirilmiştir⁸.

Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun (TVK) 3/1. maddesinin ç bendinde “*Türk vatandaşı*” “Türkiye Cumhuriyeti Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan kişi” olarak tanımlanmıştır.

Anayasa’nın 66/3-4. maddesinde ise vatandaşlığın kanunun gösterdiği şartlarla kazanılacağı ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedileceği, hiçbir Türkün vatanına bağlılıkla bağdaşmayan bir fiil işlemekçe vatandaşlıktan çıkarılamayacağı hükmüne yer verilmiştir. TVK’nin 5. maddesinde, Türk vatandaşlığının doğumla veya sonradan kazanılacağı ifade edilmiştir. Aynı Kanun’un 7.⁹ ve 8.¹⁰ maddelerinde doğumla kazanılan vatandaşlığa ek olarak soy bağı ve doğum yeri nedeniyle vatandaşlığın kazanılma şartları belirtilmiştir.

B. Yabancılar

Türk Dil Kurumunun (TDK) güncel Türkçe sözlüğünde “*yabancı*” kavramı “*Başka bir milletten olan, başka devlet uyruğunda olan (kimse), bigâne, ecnebi*” şeklinde tanımlanmıştır¹¹.

⁸ Süleyman Dost, “Ülkemizdeki Suriyeli Sığınmacıların Osmanlı Devleti veya Hatay Cumhuriyeti Vatandaşlığı Yoluyla Türk Vatandaşlığını Kazanması Mümkün mü?” **SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.5, S.1, Y.2015, s. 41.

⁹ “Soy bağı

MADDE 7 – (1) Türkiye içinde veya dışında Türk vatandaşı ana veya babadan evlilik birliği içinde doğan çocuk Türk vatandaşıdır.

(2) Türk vatandaşı ana ve yabancı babadan evlilik birliği dışında doğan çocuk Türk vatandaşıdır.

(3) Türk vatandaşı baba ve yabancı anadan evlilik birliği dışında doğan çocuk ise soy bağı kurulmasını sağlayan usul ve esasların yerine getirilmesi halinde Türk vatandaşlığını kazanır.”

¹⁰ “Doğum yeri

MADDE 8 – (1) Türkiye’de doğan ve yabancı ana ve babasından dolayı doğumla herhangi bir ülkenin vatandaşlığını kazanamayan çocuk, doğumdan itibaren Türk vatandaşıdır.

(2) Türkiye’de bulunmuş çocuk aksi sabit olmadıkça Türkiye’de doğmuş sayılır.”

¹¹ <http://sozluk.gov.tr>

Öğretideki tanımlamaya göre ise yabancı, ülkesi sınırlarında bulunduğu devletin vatandaşı olmayan, o devlete vatandaşlık bağıyla bağlı olmayan kişidir¹². Öğretideki bir başka tanımlamada ise ülkesinde bulunduğu devletin tabiiyetini iddia etme hakkı olmayan kişilere yabancı (ecnebi) adı verildiği ifade edilmektedir¹³. Bu, Devletler Hukuku Enstitüsü tarafından da benimsenen bir tanımlamadır¹⁴.

YUKK'nin 3/1. maddesinin ü bendine göre “yabancı” kavramı “Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişiyi” ifade etmektedir. Aynı fıkranın ş bendinde vatansız kişilerin de yabancı sayıldığı ifade edilmiştir.

Türk hukukuna göre yabancı kavramı, yabancı gerçek kişiler, merkezleri yurtdışında bulunan tüzel kişiler ile yabancı devlet temsilciliklerinin yanı sıra vatansızlar, özel statüye sahip yabancılar ve Türk soyundan gelse dahi Türk vatandaşlığını yitirmiş olan kişileri kapsamaktadır¹⁵.

Diplomatik temsilciliklerde veya uluslararası örgülerde çalışan ve ülkesinde bulunulan ülkenin vatandaşı olmayan kişiler, uluslararası teamül ve antlaşma hükümleri çerçevesinde “özel statüye sahip yabancılar” olarak değerlendirilmekte ve diğer yabancıardan farklı kurallara tabi tutulmaktadır¹⁶.

C. Vatansızlar

Vatansız kişileri tanımlamak üzere İsviçre ve Alman hukukunda *heimatlos*, Fransız hukukunda *apatride* terimleri kullanılmıştır¹⁷. Günümüzde uluslararası hukukta formel bir ifade olarak *stateless* terimi benimsenmiştir¹⁸.

¹² Nuray Ekşi, **Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku**, Beta yay., İstanbul, 2014, İkinci Bs., s. 39.

¹³ Osman Fazıl Berki, Türkiye’de Yabancılar Hukuku <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/329/3315.pdf> erişim: 14/10/2019, s. 172.

¹⁴ Kavuk, s. 8.

¹⁵ Mehmet Dikici, **Uyum Yasaları (Yabancıların Mülk Edinmeleri ve Azınlık Vakıfları)**, Çatı Kitapları yay., Birinci Bs., İstanbul, 2005, s. 25.

¹⁶ Rona Aybay, **Yabancılar Hukuku**, Bilgi İletişim Grubu yay., Birinci Bs., İstanbul, 2005, s. 27.

¹⁷ Kavuk, s. 9.

Herhangi bir devletle arasında vatandaşlık bağı bulunmayan kişilere vatansız adı verilmektedir¹⁹. YUKK'nin 3/1. maddesinin 5. bendinde de “vatansız” kavramının, “yabancı” sayılan ve herhangi bir devletle arasında vatandaşlık bağı olmayan kişiyi ifade ettiği belirtilerek benzer bir tanımlamaya yer verilmiştir. Aynı Kanun'un vatansızların hukuki statüsünün düzenlendiği 50. maddesinde bir kişinin vatansız olduğunu tespit eden Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün yetkili olduğu, bu kapsamdaki kişilere, kanunen Türkiye’de ikamet edebilme hakkı veren “*vatansız kişi kimlik belgesi*” verileceği, başka devletlerin “vatansız” olduğunu kabul ederek hakkında işlem yaptığı kişilerin ise bu haktan yararlandırılmayacağı hüküm altına alınmıştır.

Vatansızlık hali, ilgilinin ulusal düzeyde vatandaşlarla eşit haklara sahip olamaması, uluslararası düzeyde ise vatandaşı olunan devlet tarafından diplomatik ilişkiler çerçevesinde sağlanan himayesinden yararlanamama sonucunu doğurması itibarıyla bireyler açısından önemli bir insan hakları sorunu oluşturmaktadır²⁰. Bu kapsamda İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 15. maddesinde, herkesin yurttaşlık hakkı olduğuna ve keyfi olarak hiç kimsenin yurttaşlığından veya yurttaşlığını değiştirme hakkından mahrum bırakılmayacağına işaret edilmiştir.

Vatansızlık durumu, kişinin herhangi bir devletin vatandaşı olmaması veya vatandaşı olmakla birlikte birtakım nedenlerle vatandaşlığın gerektirdiği himayeden yararlandırılmaması yahut kişinin bunu istememesi hallerinde ortaya çıkmaktadır.

Aynı doğrultuda YUKK'nin 51. maddesinde, 50. madde kapsamında kimlik belgesi verilen vatansız kişilere, ikamet izni talep etme, kamu düzeni ve güvenliği bakımından ciddi bir risk oluşturmadıkları müddetçe sınır dışı edilmeme, yabancılara ilişkin işlemlerde karşılıklılık koşulundan bağışık tutulma, çalışma izinlerine ilişkin

¹⁸ M. Tefik Odman, “Vatansızların Hukuki Durumu ve Türk Hukuku”, *içinde: İltica, Uluslararası Göç ve Vatansızlık: Kuram, Gözlem ve Politika* (Ed: Özlen Çelebi, Saime Özçürümez, Şirin Türkay), Anıl Reklam Matbaacılık yay., Ankara, 2011, s.132 (Vatansızlar) (s. 131-164).

¹⁹ M. Tefik Odman, *Türk Mülteci Hukuku ve Uygulamadaki Gelişmeler*, İstanbul Barosu yay., Birinci Bs., İstanbul, 2004, s. 21, (Mülteci Hukuku).

²⁰ Kavuk, s. 10.

işlemlerde 27/2/2003 tarih ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun hükümlerine tabi olma ve nihayet 15/7/1950 tarih ve 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 18. maddesi hükmünden yararlanma gibi hak ve güvenceler tanınmıştır.

Öte yandan Birleşmiş Milletler (BM) tarafından hazırlanan Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme 28/9/1954 tarihinde New York'ta imzalanmış ve 6/6/1960 tarihinde yürürlüğe girmiştir²¹. Türkiye Cumhuriyeti'nin anılan Sözleşme'ye katılması, 1/7/2014 tarih ve 6549 sayılı Kanunla *uygun bulunmuş* ve Sözleşme, uygun bulma belgesinin BM Genel Sekreterliğine depo edildiği 26/3/2015 tarihini²² takip eden doksanıncı gün olan 24/6/2015 tarihinde Türkiye açısından yürürlüğe girerek bağlayıcılık kazanmıştır²³. Sözleşme'nin 1. maddesinde “*vatansız kişi*” kavramı “*kendi yasalarının işleyişi içinde hiçbir devlet tarafından vatandaş olarak sayılmayan kişi*” olarak tanımlanmıştır. Sözleşme'nin 2. maddesinde her vatansız kişinin kendisini içinde bulunduğu ülkeye karşı, o ülkenin hukuk düzenine ve aynı zamanda kamu düzeninin sürdürülmesi için alınan önlemlere uymak gibi sorumlulukları olduğu; 3. maddesinde sözleşmecı devletlerin Sözleşme hükümlerini ırk, din ya da menşe ülke gibi sebeplerle ayrımcılık yapmaksızın tüm vatansız kişilere eşit uygulamak zorunda oldukları; 5. maddesinde bu Sözleşme hükümlerinin taraf devletlere, diğer hukuki metinlerde vatansız kişilere tanınan hak ve menfaatlerin ihlaline yol açacak şekilde yorumlanamayacağı, bir başka ifadeyle Sözleşme hükümlerinin asgari standardı ortaya koyduğu ve sınırlayıcı bir fonksiyon yüklenmemesi gerektiği; 7. maddesinde Sözleşme'deki daha geniş imkan sağlayan hükümler haricinde sözleşmecı devletlerin, vatansız kişileri diğer yabancıları tabi tuttuğu muamele mahrum bırakamayacakları, tüm vatansız kişilerin üç yıllık oturma

²¹ Kavuk, s. 10; Ekonomik ve Sosyal Konsey'in 26/4/1954 tarih ve 526 A (XVII) sayılı kararı gereğince 28/9/1954 tarihinde toplanan Tam Yetkili Temsilciler Konferansı'nda kabul edilerek, 36. madde hükmü gereğince 6/6/1960 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²² https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-3&chapter=5&Temp=mtdsg2&clang=en erişim: 22/6/2019

²³ Bakanlar Kurulunun 30/9/2014 tarih ve 2014/6866 sayılı kararı ile 1/7/2014 tarih ve 6549 sayılı Kanunla uygun bulunan Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme'ye katılmamız; Dışişleri Bakanlığının 17/9/2014 tarih ve 6902090 sayılı yazısı üzerine, 31/5/1963 tarih ve 244 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre kararlaştırılmış ve bu karar 25/10/2014 tarih ve 29156 sayılı Resmî Gazete yayımlanmıştır (<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/10/20141025-5.htm>).

(ikamet) süresi sonrasında taraf devletlerin ülkesinde kanuni karşılıklılık ilkesinden bağışık tutulmaları gerektiği hükme bağlanmıştır.

Konuya ilişkin diğler uluslararası düzenlemeler, Türkiye'nin 1975 tarihinde taraf olduğu ve 4/12/1954 tarihinde Avrupa Konseyi Kişi Halleri Komisyonunca kabul edilen Vatansızlık Hallerinin Azaltılmasına Dair Sözleşme²⁴ ile Türkiye'nin henüz imza koymadığı²⁵, 19/5/2006 tarihinde imzalanan ve 1/5/2009 tarihinde yürürlüğe giren Devletin Halefiyeti ile İlişkili Vatansızlığın Önlenmesi Avrupa Konseyi Sözleşmesidir.

D. Uluslararası Korumadan Yararlananlar

1. Mülteciler

Yabancılar ve Uluslararası Korunma Kanunu'nun 61. maddesinde, Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırk, din, tabiiyet, belli bir toplumsal gruba mensubiyet veya siyasi düşünceden dolayı zulme maruz kalacağından endişe edilmesinde haklı sebepler bulunması sebebiyle, vatandaşlık bağı ile bağı olduğu devletin ülkesi dışında bulunan ve bu devletin korumasından yararlanamayan ya da yukarıda belirtilen endişeler nedeniyle böyle bir korumadan yararlanma talebi olmayan bir yabancı veya aynı kapsamdaki olaylar nedeniyle önceki yaşadığı ülkenin dışında bulunan, bu ülkeye dönemeyen veya bahsi geçen haklı endişeler nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye, statü belirleme işlemleri sonrasında mülteci statüsü verileceği hükme bağlanmıştır.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 14/12/1950 tarih ve 429 (V) sayılı kararıyla toplanan konferansta kabul edilen ve 28/7/1951 tarihinde Cenevre'de akdedilen, Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme, 22/4/1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 24/8/1951 tarihinde imzalanmış ve 29/8/1961 tarihinde “*Bu sözleşmenin hiçbir hükmü, mülteciye*

²⁴ Aysel Çelikel, **Yabancılar Hukuku**, Beta yay., Yenilenmiş Yirminci Bs., İstanbul, 2014, s. 18-19.

²⁵ https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/200/signatures?p_auth=VJXKO2KM erişim: 23/6/2019.

Türkiye’de Türk uyruklu kimselerin haklarından fazlasını sağladığı şeklinde yorumlanamaz.” ihtirazi kaydıyla onaylanmıştır. Sözleşme’nin onaylanmasına dair 359 sayılı Kanun, 5/9/1961 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

Anılan Sözleşme’ye göre mülteci, ülkesine dönmesi durumunda özgürlüğü ve güvenliği (yaşamı) tehlikeye girecek olan kişidir²⁶. Belirtilen tehlikenin bağlı olduğu risk durumunun ciddi boyutta olması, bu emarelerin somut nitelikte olması ve terk ettiği ülkedeki kamu otoritesinin, kişiyi maruz kalmasından endişe edilen zulümden koruyamayacak durumda olması gerekmektedir. Belirtilen kategoriye dahil olan kişiler, Sözleşme’deki çerçevede bir zulüm hali ile karşı karşıya kaldıkları takdirde mülteci olarak tanınmaları gerekmektedir²⁷.

Cenevre Sözleşmesi’nin bir nevi devamı mahiyetinde ve bu Sözleşme’deki tanımlamaları güçlendiren bir sözleşme olarak 22/11/1984 tarihli Mültecilerle İlgili Cartagena Deklarasyonu karşımıza çıkmaktadır²⁸. Anılan Deklarasyon’a göre yaygın şiddet olayları, dış saldırılar, iç çatışmalar, insan haklarına ilişkin ağır ihlaller veya kamu düzenini bozan başka durumlar nedeniyle yaşam ve vücut bütünlükleri ile özgürlük ve güvenliklerinin selameti risk altında olan ve bu nedenle buldukları ülkeyi terke mecbur kalan kişilerin mülteci olarak kabul edilmeleri gerekmektedir²⁹.

Mültecilik kavramında ulusal mülteci ve uluslararası mülteci şeklinde ikili bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Bu kapsamda sığınma talep edilen ülkenin ulusal kimliği ile etnik ve kültürel yönden bağlılığı olan kişiler ulusal mülteci olarak değerlendirilmektedir³⁰. Örneğin Bulgaristan’da zulüm altında olan ve bu nedenle Türkiye’ye sığınan Türk kökenli kişilerin durumu ulusal mülteci olarak mütalaa edilmektedir. Buna karşılık sığınma talep edilen ülke ile herhangi bir bağı

²⁶ Murat Saraçlı, **Uluslararası Hukukta Yerinden Edilmiş Kişiler**, Adalet yay., Ankara, 2011, s. 105.

²⁷ Saraçlı, s. 106.

²⁸ https://www.oas.org/dil/1984_cartagena_declaration_on_refugees.pdf, erişim: 20/11/2019.

²⁹ https://www.oas.org/dil/1984_cartagena_declaration_on_refugees.pdf, erişim: 20/11/2019.

³⁰ Saraçlı, s. 112-113.

bulunmayan kişilerin durumu uluslararası mülteci olarak nitelendirilmektedir³¹. Örneğin bir İrlanda vatandaşının Türkiye'ye sığınması belirtilen ikinci kategori kapsamındadır. Böyle bir ayırımın pratik faydası mültecilerin iltica ettikleri ülkenin toplumuna adaptasyon süreçlerinin takibinde ortaya çıkmaktadır.

Mülteciliğin bir başka görünümü, ülkelerindeki doğal afetler ve çevresel felaketlerden kurtulmak için ülkelerini terk etmek zorunda kalan bireylerle ilgili olarak karşımıza çıkmakta olup, bu kapsamda başka bir ülkeye iltica talebinde bulunan kişilere “çevresel mülteci” adı verilmektedir³².

Ülkelerini terk eden ve vatandaşı oldukları devletten herhangi bir koruma talep etmeyen ve bu kapsamdaki tutumlarının altında ırk, din, etnik kimlik, siyasi düşünce ve benzeri nedenlerle zulüm görme konusunda ortaya çıkan haklı bir endişeden kaynaklanan kişilere “sözleşmeli mülteci” (“convention refugee”) adı verilmektedir³³.

Ülkelerini terk ediş periyodlarına göre mülteciler, iltica taleplerinin kaynağında yer alan sorunun derinliği ile doğru orantılı olarak “kısa süreli mülteci” ve “uzun süreli mülteci” şeklinde ikiye ayrılmaktadır.

Farklı alt tanımlamalardan da anlaşılacağı üzere esas itibarıyla mülteciliğin iki temel koşulu bulunmaktadır: Birincisi kişinin ülkesi dışında bulunması, ikincisi ülkesine geri döndüğünde zulüm göreceği veya yaşamının tehlikeye düşeceğinden endişe etmekte haklı olmasıdır³⁴.

Cenevre Sözleşmesi'nin 1. maddesine göre *mülteci statüsü*, meydana gelen olaylar sonrasında ve ırk, din, tabiiyet, belli bir toplumsal gruba mensubiyet veya siyasi düşünceler gibi olgular sebebiyle, zulme maruz kalacağı konusunda haklı endişeleri olduğu için, vatandaşı olduğu devletin ülke sınırları dışında bulunan ve bu

³¹ Saraçlı, s. 114.

³² Saraçlı, s. 115-116.

³³ Kavuk, s. 19.

³⁴ Saraçlı, s. 115-115.

devletin korumasından mahrum kalan ya da söz konusu haklı endişeler sebebiyle böyle bir korumadan yararlanma talebi olmayan; yahut herhangi bir devlete tabiiyeti olmayıp, bahsi geçen olaylar nedeniyle, ikamet etmekte olduğu ülke dışında bulunan, bu ülkeye dönemeyen veya aynı haklı endişeleri nedeniyle dönmek istemeyen her kişiye verilecektir³⁵.

Mültecilik, içerik bakımından oldukça dar ve spesifik bir kavram olup, ülkesini terk etmeye mecbur kalan herkes bu kapsamda değerlendirilememektedir. Dar anlamda mültecilik kavramı, herhangi bir menfaat veya çıkar elde etmek için değil ülkelerinden ayrılmayan doğrudan veya dolaylı olarak zorlandıkları için ülkelerini terk eden kişileri kapsamaktadır³⁶.

Peş peşe iki dünya savaşının yaşandığı yirminci yüzyılda ülkelerinden göç etmek zorunda kalan insanların durumu, uluslararası bir sorun olarak ortaya çıkmıştır. Bu sorunun çözümüne yönelik olarak uluslararası birtakım organizasyonlar kurulmuştur. Bu kapsamda ilk olarak Birinci Dünya Savaşı nedeniyle ülkelerini terk etmek zorunda olan sivillere yönelik olarak 1921 yılında Mülteciler Yüksek Komiserliği kurulmuştur³⁷. Bir diğeri Birleşmiş Millet bünyesinde 1947’de kurulan Uluslararası Mülteci Örgütü’dür (IRO). Mülteci kavramının tanımı ilk defa bu örgütün statüsünde yapılmıştır³⁸. Üçüncü olarak, Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 8/12/1949 tarih ve 302 (IV) sayılı kararı ile kurulan Birleşmiş Milletler Yakın Doğu Filistin Mültecileri Yardım ve Çalışma Ajansı karşımıza çıkmaktadır³⁹.

Nihayet 1/1/1951 tarihinde Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (UNHCR: United Nations High Commissioner for Refugees) faaliyete başlamış ve günümüzde halen çalışmalarına devam etmektedir⁴⁰. UNHCR

³⁵ https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc044/kanunmbkc044/kanunmbkc04400359.pdf? erişim: 24/6/2019; Kavuk, s. 19.

³⁶ Kavuk, s. 20.

³⁷ Saraçlı, s. 132.

³⁸ Saraçlı, s. 134.

³⁹ Saraçlı, s. 135.

⁴⁰ Saraçlı, s. 136.

Statüsü'nün 8. maddesinde Komiserlikçe sağlanan uluslararası korumanın içeriği şöyle sıralanmıştır:

“a) Mültecilerin korunması ile ilgili uluslararası sözleşmelerin sonuçlandırılmasını ve onaylanmasını desteklemek, bu sözleşmelerin uygulanmasını denetlemek ve bu sözleşmelerde değişiklik yapılmasını önermek,

b) Hükümetlerle özel anlaşmalar yaparak, mültecilerin durumunu iyileştirebileceği ve korumaya gereksinim duyanların sayısını düşürebileceği hesaplanan önlemlerin uygulanmasını desteklemek,

c) Mültecilerin gönüllü olarak geldikleri ülkelere geri dönmelerini ya da yeni ulusal topluluklara entegre edilmelerine yönelik hükümetler tarafından ya da özel girişimler tarafından yapılan çabalara yardımcı olarak,

d) En çaresiz kategorilerde olanlar dışlanmayacak şekilde, mültecilerin devletlerin topraklarına kabulünü destekleme,

e) Mültecilerin varlıklarını ve özellikle de yeniden yerleşimleri için gerekli olan varlıklarını transfer edebilmeleri için izin almaya çalışmak,

f) Hükümetlerin, topraklarındaki mültecilerin sayısı ve koşulları ile onlara ilişkin yasa ve düzenlemeler konusunda bilgi almak,

g) Hükümetler ve ilgili hükümetler arası kuruluşlarla yakın temas halinde bulunmak,

h) Mülteci sorunlarıyla ilgilenen özel kuruluşlarla en iyi olacağını düşündüğü tarzda temas kurmak,

i) Mültecilerin refahıyla ilgili özel kuruluşların çabalarının eşgüdümlemesini kolaylaştırmak”

2. Şartlı Mülteciler

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 62. maddesinde *Avrupa ülkeleri dışında* ortaya çıkan olaylar nedeniyle; ırk, din, tabiiyet, belli bir toplumsal gruba mensubiyet veya siyasi düşünceler bağlamında zulme maruz kalacağı konusunda haklı endişeleri bulunan, buna bağlı olarak vatandaşı olduğu devletin ülke sınırları dışında bulunan ve bu devletin korumasından mahrum bırakılan ya da bahsi geçen haklı endişeler nedeniyle herhangi bir korumadan yararlanma talebi olmayan yabancıya veya aynı kapsamdaki olaylar sonucu, yaşadığı ülke dışında kalan, oraya dönemeyen veya yine bahsi geçen haklı endişeleri sebebiyle dönmek istemeyen vatansız kişiye, şartlı mülteci statüsü verileceği ve üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar bu kapsamdaki kişilerin Türkiye sınırları içinde kalmalarına müsaade edileceği

düzenlemesine yer verilmiştir⁴¹. Bu tanımlama esasen 1994 tarihli Yönetmeliğin 3. maddesindeki “ırkı, dini, milliyeti, belirli bir toplumsal gruba üyeliği veya siyasi düşünceleri nedeniyle takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu ülke dışında bulunan ve vatandaşı olduğu ülkenin himayesinden istifade edemeyen veya korkudan dolayı istifade etmek istemeyen ya da uyruğu yoksa ve önceden ikamet ettiği ülke dışında bulunuyorsa oraya dönmeyen veya korkusundan dolayı dönmek istemeyen yabancıyı, ... ifade eder.” şeklindeki sığınmacı tanımı ile örtüşmektedir⁴². Yani, YUKK’nin yürürlüğe girmesiyle iç hukukumuzdaki “sığınmacı” terimi, yerini “şartlı mülteci” terimine bırakmıştır.

Kanun’un “mülteci” kavramının tanımlandığı 61. maddesi ile “şartlı mülteci” kavramının tanımlandığı 62. maddesi karşılaştırıldığında, iki kavram arasındaki belirleyici vasfın, sığınmanın temelinde yer alan olayların Avrupa’da veya Avrupa dışında meydana gelmesi olduğu görülmektedir⁴³. Bu ayrımın pratik sonucu ise şartlı mülteci statüsü alanların güvenli üçüncü ülkeye yerleştirilebilmeleri ve bu gerçekleşinceye kadar “Türkiye’de geçici oturma izni” verilmesinde ortaya çıkmaktadır⁴⁴.

Mülteciler Yüksek Komiserliğine göre şartlı mülteci kavramının -görece- netlikten yoksun olması, bu alanın daha esnek, dinamik ve yeni gelişmelere açık olmasına zemin hazırlayarak, “mazlum” konumunda olan kişilerin haklarının geliştirilmesinin önünü açmaktadır⁴⁵.

3. İkincil Korumadan Yaralanan Kişiler

İkincil koruma kavramı YUKK’nin 63. maddesinde düzenlenerek ilk defa Türk hukuk sistemine dahil olmuştur⁴⁶. Anılan maddeye göre “Mülteci veya şartlı

⁴¹ Ekşi, s. 51-52.

⁴² Kavuk, s. 27.

⁴³ Ekşi, s. 52.

⁴⁴ Ekşi, s. 52.

⁴⁵ Ali Çağlar, **Türkiye’de Sığınmacılar: Sorunlar, Beklentiler ve Sosyal Uyum**, Hacettepe Üniversitesi yay., Birinci Bs., Ankara, 2011, s. 74.

⁴⁶ Kavuk, s. 30.

mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde; a) Ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek, b) İşkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak, c) Uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye, statü belirleme işlemleri sonrasında ikincil koruma statüsü verilir.”

“İkinci koruma”, Cenevre Sözleşmesi ve buna ek 1967 tarihli New York Protokolü’nün koruma şemsiyesi dışında kalan ve fakat içinde buldukları koşullar gereği korunmaları da gereken kişilere tanınan tamamlayıcı bir hukuki statüdür⁴⁷.

Uluslararası planda bahsi geçen hukuki statünün öncü işaretlerini görmek mümkündür. Bu cümleden olarak Türkiye’nin de imzaladığı Cenevre Sözleşmesi’nin 33. maddesinde, sözleşmecı devletlerin her ne şekilde olursa olsun, bir mülteciyi, ırk, din, tâbiyet, belirli bir sosyal gruba mensubiyet veya siyasi düşünceleri nedeniyle yaşam veya özgürlüklerinin tehlike altında olacağı ülkelere geri göndermeyecekleri veya iade (“*refouler*”) edemeyecekleri hükmüne yer verilmiştir⁴⁸.

Bahsi geçen koruma sistemi, hangi isimle anılırsa anılsın, özü itibarıyla insan hakları ilkelerinin mülteci hukukuna uygulanması ve “*non-refoulement*” ilkesinin⁴⁹ hakkaniyet prensibi çerçevesinde genişletilmesi ve esnetilmesidir⁵⁰.

Yabancıların sınır dışı edilmesi veya iadeye ilişkin yasak insan haklarının ihlal edildiği veya edileceğine dair güçlü emareler bulunduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla mevcut veya muhtemel herhangi bir insan hakkı ihlali söz

⁴⁷ Ekşi, s. 52-53.

⁴⁸ Ekşi, s. 52-53.

⁴⁹ Levent Korkut, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Devletlerin Sığınmacıları Sınırdışı Etme Egemen Yetkisine Etkisi: Türkiye Örneği”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y.66, S.4, Güz 2008 (s. 20-35), s. 23 (*Egemen Yetki*).

⁵⁰ Taneri, s. 141.

konusu olmaksızın kişinin bir suç nedeniyle mahkûm olması tek başına sınır dışı veya iade yasağını gündeme getirmez⁵¹.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) “işkence yasağı” kenar başlıklı 3. maddesinin kapsamı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) bu maddeye yüklediği anlam, bir yabancının işkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulacağı bir ülkeye sınır dışı edilmesine engel teşkil etmekte olup, aksi yöndeki uygulamalar bu maddenin ihlali sonucunu doğurmaktadır. Ayrıca Türkiye'nin taraf olduğu 10/2/1984 tarihli İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi de AİHS'ye benzer hükümler içermektedir. AİHS'nin 3. maddesine göre bir şahsın geri gönderilmesi ya da sınır dışı edilmesi sonucunda kişinin işkence göreceğine dair esaslı belirtilerin mevcut olması halinde taraf devletlerin bu kişileri sınır dışı etmeme ve geri göndermeme yükümlülükleri doğmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti tarafından 30/1/2003 tarih ve 4800 sayılı Kanunla onaylanan⁵² “Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”nin “*suçluların iadesi*” başlıklı 16. maddesinin (14) numaralı fıkrasına göre, iade talebinin arka planında kişinin ırkı, cinsiyeti, dini, etnik kökeni, vatandaşlığı veya siyasi düşünceleri nedeniyle yargılanması veya cezalandırması amacı bulunduğu ve talebe uymanın bunlardan herhangi biri yönünden kişiyi zor duruma düşüreceğine inanmak için ciddi ve haklı sebeplerin var olduğuna kanaat getirilmesi halinde bu Sözleşme'ye istinaden bir iade zorunluluğu doğmayacaktır.

Türkiye hukukuna göre bir yabancıya mülteci veya şartlı mülteci statüsü verilmesi, o yabancının sınır dışı edilme imkanını ortadan kaldırmaktadır. İkincil koruma olarak yukarıda bahsi geçen bu durum, YUKK'nin 63. maddesinde açıkça düzenlenmiştir⁵³.

⁵¹ Kavuk, s. 30.

⁵² <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4800.html> erişim: 25/6/2019.

⁵³ Ekşi, **a.g.e.**, s.52-54.

Suçluların iadesi konusu devletlerarası ilişkilerde karşılıklılık (mütakabiliyet) esasına dayanmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nda (TCK), iade edilecek ülkede aynı koşulların varlığı halinde diğer ülkenin de aynı prosedürü uygulamasına yani karşılıklı anlaşılması şartına dayanarak suçluların iade edilebileceği belirtilmiştir. TCK'da öngörülen koşulların başında, iade kapsamına alınması talep edilen kişinin Türk vatandaşı olmaması gelmektedir. Bunun yanında kişinin suçunun siyasi ve askeri nitelikte olmaması gerekmektedir. Suçlunun iade edilebilmesi için bir diğer koşul, suçun işlendiği ülke yetkili makamlarınca iade talebinde bulunulmuş olmasıdır. İki devlet arasında bir iade anlaşması var ise ona göre karar verilmesi gerekir. Anlaşma bulunmayan hallerde iade talebi, Cumhurbaşkanı tarafından karara bağlanacaktır⁵⁴. “Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi”, onaylanmasının uygun bulunmasına dair 18/11/1959 tarih ve 7376 sayılı Kanunla Türkiye Cumhuriyeti tarafından kabul edilmiştir⁵⁵. Bu Sözleşme'de bir suçlunun başka bir taraf devlete iadesi, işlenmiş olan fiilin her iki taraf devlet tarafından da suç olarak kabul edilebilir olmasına bağlanmıştır. Sözleşme'ye göre, devlet başkanlarına karşı işlenen suçlar siyasi nitelikte sayılmamakta ve iade kapsamına alınması gerekmektedir. Suça konu fiilin talep edilen ülkede işlenmiş olması halinde suçlunun iade zorunluluğu bulunmamaktadır. Ayrıca suçlunun ülkesi içinde bulunduğu devletin yetkili makamlarınca işlediği suç sebebiyle soruşturmaya başlanmamış olması gerekmektedir. Kişinin iade edileceği ülkede, suçun ölüm cezasını gerektirmesi halinde talep eden ülkenin ölüm cezasının uygulanmayacağına dair teminat vermesi şarttır. Son olarak kişiye yüklenen suçun her iki ülkede de zamanaşımına uğramamış olması da iade için gerekli şartlardandır⁵⁶.

⁵⁴ Vahit Doğan, Hasan Odabaş, **Yargı Kararları Işığında Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku**, Seçkin yay., Ankara, 2004, s. 294-295.

⁵⁵ *Bkz.* 26/11/1959 tarih ve 10365 sayılı Resmî Gazete.

⁵⁶ Doğan, Odabaş, s. 295.

4. Geçici Korumadan Yararlananlar ve Suriye Arap Cumhuriyeti Vatandaşları

Özellikle 2011 yılı sonrasında şiddetlenen Suriye'deki kriz sonrası ortaya çıkan durum başta olmak üzere belli dönemlerde kitlesel akınlarla karşı karşıya kalan Türkiye'de bu konuda bir düzenleme yapılma ihtiyacı ortaya çıkmıştır⁵⁷. Geçici koruma kavramı da hukukumuzda bahsi geçen ihtiyacın etkisi ile ilk defa YUKK ile girmiştir. Bu koruma şekli ülkemize yönelik kitlesel sığınma ve göç akınlarının ortaya çıktığı durumlarda sağlanmaktadır⁵⁸. YUKK'nin yürürlüğe girmesinden önce mülteci ve sığınmacılara yönelik işlemler aşağıda ilgili başlık altında daha ayrıntılı olarak incelenecek olan 1994 tarihli Yönetmelik ile düzenlenmekteydi. Açıkça “geçici koruma” kavramından söz edilmemekle birlikte bahsi geçen Yönetmeliğin 8 ilâ 26. maddelerinde Türkiye sınırlarına kitlesel akınlarla gelen yabancıların hukuki durumları bir çerçeveye bağlanmaktadır⁵⁹.

YUKK'nin 91. maddesine göre, ülkesinden herhangi bir nedenle ayrılmak zorunda kalmış ve geri dönme imkânı olmayan, geçici ve acil bir korunma arayışı ile kitle halinde Türkiye Cumhuriyeti sınırlarına gelen veya bu sınırları aşan yabancılara “geçici koruma” sağlanması mümkündür. Bu kapsamdaki kişilerin ülkeye kabul edilmeleri, ülkede kalışları, hak ve mükellefiyetleri, ülkeden ayrılmaları halinde yapılması gereken işlemler, bu kapsamdaki göç hareketlerine karşı alınacak önlemler ve ulusal veya uluslararası organizasyonlarla iş birliği ve eşgüdüm, bu kapsamdaki kurum ve kuruluşların görev ve yetkilerinin çerçevesi Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle çizilecektir⁶⁰.

⁵⁷ Kavuk, s. 33.

⁵⁸ Kavuk, s. 33.

⁵⁹ Ekşi, s. 55.

⁶⁰ Ekşi, s. 55-56.

Bahsi geçen Kanun'a göre kitlesel göç akınlarının gerçekleştiği durumlarla sınırlı olan "geçici koruma"dan yararlanılabilmesi için ilgili yabancının ülkesine geri dönemeyecek durumda olması da şarttır⁶¹.

Bahsi geçen 91. maddeye dayanılarak 13/10/2014 tarih ve 2014/6883 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile kabul edilen ve 22/10/2014 tarih ve 29153 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Geçici Koruma Yönetmeliği'nin (GKY) 6/1. maddesinde, bu Yönetmelik kapsamına giren hiç kimsenin, işkence, insanlık dışı veya onur kırıcı ceza yahut muameleye maruz kalacağı ya da ırk, din, tabiiyet, belli bir toplumsal gruba mensup olma veya siyasi düşünce sebebiyle yaşamı veya özgürlüğünün tehlike altında olacağı bir yere gönderilemez. Aynı maddenin (2) numaralı fıkrasına göre ise Göç İdaresi Genel Müdürlüğü, ilgili mevzuata göre Türkiye'den gönderilmesi gerektiği halde, (1) numaralı fıkra kapsamında ülkemizden gönderilemeyecekler hakkında idari tedbirler alabilir.

"Geçici koruma" kapsamında farklı bir hukuki statü olarak düzenlenmiş olan kategori Türkiye'ye sığınan Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşları ile bu ülkeden Türkiye'ye kritik tarihten sonra giriş yapan vatansız ve mültecilerdir.

Suriye'de 2011 yılının Mart ayından itibaren halkın genelinde başlayan mobilizasyon, belirli bir aşamadan sonra "iç savaş"a evrilmiştir. Söz konusu istikrarsızlık hali, Suriye vatandaşlarının kendileri için güvenli bir bölge arayışına girmelerine ve fiilen bir "zorunlu göç" halinin ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir.

Ortaya çıkan bu olumsuz durum nedeniyle GKY'nin geçici 1. maddesi yukarıda sözü edilen sorunun çözümüne hasredilmiştir. Anılan geçici maddeye göre 28/4/2011 tarihinden sonra Suriye'den kitlesel veya bireysel olarak, bu ülke sınırları içinde meydana gelen olayların olumsuz etkilerinden geçici olarak korunmak amacıyla, Türkiye Cumhuriyeti sınırlarına gelen yahut bu sınırları geçen *Suriye vatandaşları, vatansızlar veya mültecilere*, uluslararası koruma sağlanmasına yönelik bir müracaatta bulunmuş olsalar dahi "geçici koruma" statüsü verilir. Sözü edilen "statü" devam ettiği müddet içerisinde, anılan kategori kapsamındaki kişilerin

⁶¹ Kavuk, s. 33-34.

uluslararası korumaya yönelik bireysel müracaatları konusunda herhangi bir işlem yapılmaz. Aynı maddenin (2) numaralı fıkrasında ise 28/4/2011 tarihinden önce “uluslararası koruma” müracaatında bulunanlar da talep etmeleri durumunda “geçici koruma”dan yararlanabilirler.

Geçici 1. maddenin (3) numaralı fıkrası, 28/4/2011 tarihinden itibaren oturma izni verilmiş olup da süresi yenilenmeyen veya izni iptal edilenler ve vize süresi veya muafiyetinin bitiminden sonra koruma talep edenlerin, “geçici koruma” kapsamı dışında bırakılan yabancılara ilişkin 8. maddedeki düzenleme saklı kalmak koşuluyla “geçici koruma”dan yararlandırılmalarını, koruma talebi olmayanlar hakkında ise genel hükümlerin uygulanmasını öngörmektedir.

Görüldüğü üzere Suriye’den Türkiye’ye giriş yapan Suriye vatandaşları, vatansız veya mülteciler otomatik olarak geçici korumadan yararlandırılmakta ve kural olarak sınır dışı edilmemektedirler. Burada kritik tarih olarak 28/4/2011 tarihinin kabul edildiği ve bu tarihten sonra yurda giriş yapanların bu korumadan yararlandıkları görülmektedir.

Geçici 1. maddeye 5/4/2016 tarihli değişiklikle eklenen (6) numaralı fıkra ile söz konusu madde kapsamındaki Suriye vatandaşlarından, 20/3/2016 tarihinden sonra Türkiye’den “düzensiz yollarla” Ege adalarına geçtikten sonra yeniden Türkiye’ye kabul edilenlere, talep etmeleri halinde “geçici koruma” statüsü verilebilmesine imkan sağlanmıştır.

Suriyelilerin durumuna ilişkin olarak İçişleri Bakanlığı tarafından 30/3/2012 tarih ve 62 sayılı “*Türkiye’ye Toplu Sığınma Amacıyla Gelen Suriye Arap Cumhuriyeti Vatandaşlarının ve Suriye Arap Cumhuriyetinde İkamet Eden Vatansız Kişilerin Kabulüne ve Barındırılmasına İlişkin Yönerge*” çıkarılmıştır. İçişleri Bakanlığı Müsteşarlığı (mülga) bünyesindeki, “İltica ve Göç Mevzuatı ve İdari Kapasitesini Geliştirme ve Uygulama Bürosu” tarafından yayınlanan söz konusu Yönerge ile Türkiye’de geçici barınma merkezlerinde kalan Suriyelilere sağlanması öngörülen beslenme, tıbbi yardım, barınma, güvenlik, tercümanlık, eğitim, ibadet, sosyal aktivite vb. hizmetlerin çerçevesi çizilmiştir.

E. Sığınmacılar

1. Uluslararası Metinlerde Sığınmacı Kavramı

Uluslararası metinlerde “sığınmacı” kavramı “ırkı, dini, milliyeti, belirli bir toplumsal gruba üyeliği veya siyasi düşünceleri nedeniyle” takip edileceğinden endişe etmede haklı sebepleri olan ve bu sebeplerle vatandaşı olduğu devletin ülkesi dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan veya haklı endişeleri nedeniyle bu böyle bir yardım talebi olmayan, herhangi bir ülkeye sığınmış ve sığındığı ülkeden mülteci statüsü almak isteyen yabancı olarak tanımlanmaktadır⁶².

Sığınma hakkı, 20. yüzyılda gündeme gelmekle birlikte; uluslararası hukukun bu denli ilerlediği ve insan haklarına dayalı uluslararası iş birliğinin bu denli etkili bir nitelikte kazandığı günümüzde dahi sığınma hakkına ilişkin olarak, uluslararası antlaşmalarla tanınmış bağlayıcı hükümler bulunmamaktadır⁶³. Bu alanda yapılan antlaşmalar daha çok sığınma hakkı tanındıktan sonrasında, hak sahibinin yükümlülükleri ve bu aşamada yapılacak işlemleri düzenlemektedir⁶⁴.

Sığınma ile ilgili Milletler Cemiyeti tarafından yapılan uluslararası çalışmaların bazıları şunlardır⁶⁵:

- “5/7/1922 ve 31/5/1924 tarihli Rus ve Ermeni Sığınmacılara Kimlik Belgesi Verilmesi Antlaşması”
- “30/6/1928 tarihli Rus ve Ermeni Sığınmacılar Hakkında Saptanan Kimi Kuralların Öteki Sığınmacılara Uygulanması Antlaşması”
- “28/10/1933 tarihli Mültecilerin Uluslararası Statüsü Antlaşması”
- “4/7/1936 tarihli Almanya'dan Gelen Sığınmacıların Statüsü ile İlgili Geçici Düzenleme”

⁶² Çağlar, s. 73-74.

⁶³ Kavuk, s. 38.

⁶⁴ Saraçlı, s. 65.

⁶⁵ Saraçlı, s. 66; Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, İkinci Kitap, Gözden Geçirilmiş Sekizinci Bs., Turhan Kitabevi yay., Ankara, 2005, s. 187 (*İkinci Kitap*).

- “10/2/1938 ve 14/9/1939 tarihli Almanya’dan Gelen Sığınmacıların Statüsü ile İlgili Sözleşme”

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin⁶⁶ 14/1. maddesinde “Herkes zulüm karşısında başka memleketlerden mülteci olarak kabulü talep etmek ve memleketler tarafından mülteci muamelesi görmek hakkını haizdir.” ifadesine hüküm altına alınmış, (2) numaralı fıkrasında ise “Bu hak, gerçekten adi bir cürüme veya Birleşmiş Milletler prensip ve amaçlarına aykırı faaliyetlere müstenit kovuşturmalar halinde ileri sürülemez.” hükmüne yer verilerek sığınmacı tanımının sınırları ortaya konulmuştur⁶⁷.

Takip eden süreçte kabul edilen ve tam anlamıyla sığınma hakkını odak noktasına alması da devletlerin inisiyatifine bırakılan sığınmanın kabulü kararını ve bu kararın gereği olan yükümlülüklerin uluslararası iş birliği çerçevesinde çözebileceğini belirten Cenevre Sözleşmesi ile sığınma meselesinin karar ve uygulama aşamalarının uluslararası bir boyut kazanması sağlanmıştır⁶⁸.

Esasen mültecilere yönelik olarak hazırlanmış bir uluslararası hukuki belge niteliğinde olan Cenevre Sözleşmesi’nde sığınmacılara ilişkin birtakım düzenlemelere de yer verilmiştir⁶⁹. Belirtilen düzenlemelerde sığınmacıların sığınma başvurusu yapmasına neden olan şartlar ve başvuru sonrası sığınma başvurusunu alan devletin yükümlülükleri ortaya konulmuştur⁷⁰. İlgili devlet tarafından sığınmacılara sağlanması gereken kolaylıklar, sığınma başvurusunu gerektiren durumların açıklanması için süre tanınması ve bu süre zarfında ilgili sığınmacının

⁶⁶ Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 10/12/1948 tarih ve 217 A(III) sayılı kararıyla ilan edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Bakanlar Kurulunun 6/4/1949 tarih ve 9119 sayılı kararı ile “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin Resmi Gazete ile yayı[m]lanması yayımdan sonra okullarda ve diğer eğitim müesseselerinde okutulması ve yorumlanması ve bu Beyanname hakkında radyo ve gazetelerde münasip neşriyatta bulunulması”na karar verilmiştir. Karar, 27/5/1949 tarih ve 7217 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

⁶⁷ <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf> erişim: 2/7/2019; Saraçlı, s. 67.

⁶⁸ Saraçlı, s. 68.

⁶⁹ Kavuk, s. 39.

⁷⁰ Kavuk, s. 39.

ülkeye girişine ilişkin cezalardan bağışık tutulması ve sığınmacının iade edilmemesine ilişkin gereklilik belirtilen kapsamdaki konulardır⁷¹.

Hukuki anlamda bağlayıcılığı bulunmamakla birlikte uluslararası alanda öne çıkan çalışmalardan biri de 1967 tarihli BM Ülkesel Sığınma Bildirgesi'dir⁷².

Anılan Bildirge'nin 1. maddesinde *“bir Devletin, egemenliğini kullanarak, sömürgeciliğe karşı mücadele edenler dahil olmak üzere, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 14. maddesine giren kişilere tanıdığı sığınmaya, tüm öteki Devletlerce saygı”* gösterilmesi, *“Sığınma arama ve sığınma olanağından yararlanma hakkı hakkında, barışa karşı bir suç / bir savaş suçu, ya da insanlığa karşı bir suçu, bu tip suçlarla ilgili hükümleri belirlemek için hazırlanan uluslararası belgelerde tanımlandığı şekilde suçları işlediğini düşünmek için ciddi nedenler bulunan herhangi bir kimse tarafından ileri”* sürülememesi, *“Sığınma hakkı tanımaya ilişkin temellendirmenin değerlendirilmesi, sığınma hakkını tanıyan Devlete ait”* olacağı hükme bağlanmaktadır.

Sığınma Bildirgesi'nin 2. maddesinde, yukarıda zikredilen kişilerin durumunun, *“devletlerin egemenliğine”* ve BM'nin *“amaç ve ilkelerine zarar vermemek üzere, uluslararası topluluk için önem”* taşıdığı, bir devletin, *“sığınma hakkı tanıma ya da tanımayı sürdürme konularında güçlüklerle”* karşılaşması halinde, diğer devletlerin *“tekil olarak ya da bir arada”* ya da *“BM aracılığıyla, uluslararası dayanışma ruhu içinde, söz konusu devletin üzerindeki yükü hafifletmek için gerekli önlemleri”* alacakları hükme bağlanmıştır.

Sığınma Bildirgesi'nin 3. maddesinde, 1. maddede zikredilen kişilerin, *“sınırda reddedilme, ya da sığınma hakkı aradığı ülkeye daha önce girmiş ise sınır dışı edilme ya da zulme uğrayabileceği herhangi bir ülkeye zorla geri döndürülme gibi önlemlere maruz”* bırakılmayacakları, *“bu ilkeye ancak olağanüstü nedenler olan ulusal güvenlik ya da kitlesel nüfus akışı durumunda olduğu gibi nüfusun*

⁷¹ Saraçlı, s. 69.

⁷² http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/bm/bm_25.pdf 3/7/2019; Bu Beyanname, BM Genel Kurulunun 14/12/1967 tarih ve 2312 (XXII) sayılı kararı ile kabul edilmiştir; Saraçlı, s. 70-71.

korumasını sağlama amacıyla” istisna getirilebileceği, bir devletin herhangi bir durumda söz konusu 3. maddenin (1) numaralı fıkrasında altı çizilen ilkeye istisna getirilmesinin haklı olduğu kanaatinde olması halinde, “ilgili kişiye uygun gördüğü koşullarda, geçici sığınma ya da başka yollarla bir başka ülkeye gitme olanağını tanıma olasılığının” da değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Nihayet Sığınma Bildirgesi'nin 4. maddesi ile sığınmaya izin veren devletlere, bu kapsamdaki kişilerin BM'nin “amaç ve ilkelerine aykırı” faaliyetlerde bulunmalarını engelleme yükümlülüğü yüklenmektedir.

Sığınma Beyannamesi, Cenevre Sözleşmesi'nde ele alınmamış olan sığınma konusunu incelemesi itibarıyla önemli bir hukuki belgedir. Fakat bu belgenin devletler açısından doğrudan bir bağlayıcılığa sahip olmadığı ve sığınma konusu ile ilgili uluslararası ve bağlayıcı nitelikte bir belgenin henüz kabul edilmemiş olduğunun akılda tutulması gerekmektedir.

Bununla birlikte uluslararası literatürde “soft law” şeklinde ifade edilen yumuşak hukuk karar veya bildirgeleri mevcuttur⁷³. BM himayesinde 1993 yılında düzenlenen İnsan Hakları Üzerine Dünya Konferansı'nda görüşülen ve kabul edilen sığınma arayışı ve sığınma ile ilgili imkânlardan faydalanabilmeye ilişkin birtakım güvenceler sağlanmasını öngören Viyana Deklarasyonu, bu kapsamda önemli bir dönemeçtir. Diğer taraftan BM İnsan Hakları Alt Komisyonunun 2000/20 sayılı kararıyla devletlere, insanların sığınma başvurusu yapma haklarını engellememe ve bu sonucu doğuran uygulamalardan kaçınma yükümlülüğü yüklemektedir⁷⁴.

Sığınma hukuku alanında küresel çalışmaların yanı sıra bölgesel çalışmalar da yapılmıştır. Bu konuya verilebilecek ilk örnek, 20/2/1928 tarihli Amerikan Devletleri Altıncı Konferansı'nda kabul edilen ve 21/5/1929 tarihinde yürürlüğe giren Havana Sığınma Sözleşmesi olup, adi suçlar ya da kara ve deniz kuvvetlerinden firar etmiş kişilerin sığınma başvurularının kabul edilmemesi gerektiğini belirtirken, bunun dışında kalan siyasi suçların muhatabı olan sığınma

⁷³ Kavuk, s. 41.

⁷⁴ Saraçlı, s. 71.

başvurusu yapan kişinin talebinin, mevcut siyasi konjonktür olumlu bir şekil alana kadar geçerli olmak koşuluyla sığınma başvurularının kabul edilmesiyle ilgili hükümler içermektedir⁷⁵. Bu kapsamdaki bir diğer örnek ise 26/12/1933 tarihli Montevideo Siyasi Sığınma Sözleşmesidir⁷⁶.

28 Mart 1954 tarihinde Karakas'ta gerçekleştirilen konferansta kabul edilen ve 29 Mart 1954'te yürürlüğe giren Diplomatik Sığınma Sözleşmesi ile siyasi sebeplerle ve aynı kapsamdaki suçlar nedeniyle temsilcilik, savaş gemileri, askeri kamplar ve uçaklar vasıtasıyla sığınma talebinden bulunan kişilerin bu taleplerinin kabul edilmesi gerektiği ve bu konunun ilgili devletin tasarrufunda bulunduğu ifade edilmiştir⁷⁷.

2. Türk Hukukunda Sığınmacı Kavramı

Türk mülteci hukukunda mülteci ve sığınmacı ayrımı uluslararası mülteci hukukundan farklı bir şekilde yapılmış olup, uluslararası mülteci hukukunda sığınmacının mülteciye dönüşmesi mümkün iken Türk hukukunda sığınmacıların mülteci statüsü kazanmasına imkân tanınmamıştır⁷⁸.

Türk hukukunda göç ve sığınma kavramlarının farklı çerçevede değerlendirilmesinin temelinde AB sürecinin dönüm noktaları olan Katılım Ortaklığı Belgesi ve İlerleme Raporları yer almaktadır. Anılan belgelerin iç hukuka yansımaları “İltica ve Göç Alanındaki Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Eylem Planı” ve YUKK'nin kabulü ile somutlaşmıştır⁷⁹.

⁷⁵ Saraçlı, s. 72; Pazarcı, **İkinci Kitap**, s. 187.

⁷⁶ Pazarcı, **İkinci Kitap**, s. 187.

⁷⁷ Saraçlı, s. 73; Ahmet Hamdi Topal, “Uluslararası Hukuk Açısından Diplomatik Sığınma ve Assange Olayı” **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** (1), Bahar 2014 (s. 49-74), s. 53, dn. 10.

⁷⁸ Çiçekli, s. 239.

⁷⁹ Y. Yeşim Özer, Türk Kamu Yönetiminde Yeni Bir Çalışma Alanı Olarak Uluslararası Göç: Yasalaşma ve İdari Yapılanma Sürecinin Değerlendirilmesi, **İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 2011, No: 45, s. 3; İltica ve Göç Alanındaki Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Eylem Planı için bkz. [https://www.goc.gov.tr/files/files/turkiye_ulusal_eylem_plani\(2\).pdf](https://www.goc.gov.tr/files/files/turkiye_ulusal_eylem_plani(2).pdf) erişim: 8/7/2019.

Yaşadıkları ülkede karşılaştıkları, ırk, dini inanç ve siyasi düşünce gibi konulardaki farklılıkları nedeniyle ortaya çıkan potansiyel veya gerçek insan hakları ihlalleri nedeniyle kişilerin ülkeleri dışında bir koruma arayışında olmaları, sığınma kavramının özünü oluşturmaktadır⁸⁰. Ancak sığınmacı kavramı ile mülteci kavramı arasında birtakım benzer ve farklı noktalar mevcuttur. Benzer olan nokta, her iki insan kategorisinin bir ülkeden başka bir ülkeye giderek yer değiştirmeleri, farklı oldukları nokta ise sığınmaların yer değiştirmeye mecbur kalmalarının altında yatan etkenlerin yaşamlarına yönelik tehdit oluşturan durumlardan dolayı başka bir ülkeden koruma talep etmeleri; buna karşılık mültecilerin göç etmesinin altında ekonomik düzeyleri ya da yaşam kalitelerini artırma çabası içinde olmalarıdır⁸¹.

Ülkelerinde zulüm ve işkence gördüğü için bir başka ülkeye sığınmak isteyen herkes sığınmacı olarak kabul edilememekte olup, sığınma talep edilen ülkenin ilgili makamlarınca değerlendirilmesi gerekmektedir. Çoğunlukla sığınma başvurusunun dayanağı olan olay ve olguların gerçekliği ve haklılığının tespitine ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak sığınma başvurusu konusunda bir karar verilinceye kadar kişiler sığınmacı olarak kabul edilmektedir. Sığınma başvurusu onaylanan kişiler ise artık mülteci olarak tanımlanmaktadır⁸².

Yaşam ve vücut bütünlüğüne yönelik ağır tehdit oluşturan durumlara kaynaklık eden ülkeye geri gönderilemeyecek olma hali, sığınmacı statüsündeki kişilerin temel özelliğidir. “*Non-refoulement*” (geri göndermeme) adı verilen bu ilke, uluslararası hukukun tatbikinde yerleşik bir hal almış olup, aynı zamanda sığınmacılar karşısında devletlere birtakım sorumluluklar da yüklemektedir⁸³. Bu

⁸⁰ Saraçlı, s. 77-78.

⁸¹ Saraçlı, s. 77-78.

⁸² Saraçlı, s. 79.

⁸³ Saraçlı, s. 80; Sığınmacılar ile ilgili istatistiksel bilgiler kıtasal ölçekte incelendiğinde en çok sığınmacı başvurusunun %50 ile Asya Kıtası'ndan yapıldığı, Afrika'nın %21, Avrupa'nın %15, Latin Amerika ve Karayipler'in %12 ve Kuzey Amerika'nın %1 ile sığınmacıların geldiği kıtalar olarak sıralandığı görülmektedir. Ülkelere sığınmacıların geldikleri yerlere bakıldığında, en fazla sayıda sığınmacının Irak'tan geldiği, Rusya Federasyonu, Çin, Sırbistan, Pakistan, Somali, Meksika, Afganistan, İran, Sri Lanka, Eritre ve Türkiye şeklinde sıralanmış olduğu görülmektedir (Saraçlı, s. 83). Bunun yanında Avrupa Birliği ülkelerine en fazla sayıda sığınmacı gönderen ilk on ülke Yugoslavya Federal Cumhuriyeti, Romanya, Türkiye, Irak, Afganistan, Bosna Hersek, Sri Lanka, İran, Somali, Kongo Demokratik Cumhuriyeti'dir

ilkeden bahseden birçok uluslararası antlaşma bulunmaktadır. 1951 tarihli Mültecilerin Durumuna İlişkin Sözleşme, 1957 tarihli “Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi, 1977 tarihli Tedhişçiliğin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi” ve 1984 tarihli “İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, benzer biçimde “*non-refoulement*” ilkesine değinilen uluslararası anlaşmalardır⁸⁴.

Sığınmacıları kabul eden devletlerin uymaları gereken başka ilkeler de mevcuttur. İlk olarak ilgili devlet tarafından, sığınma konusunda faaliyet gösteren uluslararası örgütlerle belirli bir plan ve program çerçevesinde eş güdüm kurulması ve tüm sosyal yapıyı bu konu için organize edip katılım sağlamak suretiyle, sığınmacılara destek verilmesi gerekmektedir. İkinci olarak, sığınmacılara yönelik koruma mekanizmasının, kişinin geçmişi, güncel durumu ve gelecek planlarının da dikkate alınmasını sağlayacak şekilde tesis edilmesi önemli bir ihtiyaçtır. Diğer yandan sığınma talep eden kişilerin dayandıkları olay ve olguların gerçekliği ve kabul edilebilirliğine ilişkin değerlendirmenin sağlıklı bir şekilde yapılması için kamu makamlarına tanınacak sürelerin makul olanın ötesine geçmemesi gereklidir. Son olarak sığınmacılar arasında ayrımcılığa sebebiyet verecek hukuki veya fiili durumlara izin verilmemelidir⁸⁵.

Ancak ne yazık ki birçok devlet, sığınmacılar konusunda yukarıda belirtilen ilkeleri göz ardı etmekte ve uluslararası örgütlerle olan iş birliğini uhdelerindeki sorumluluklardan sıyrılmak bakımından araçsallaştırmaktadır. Bu çerçevede uluslararası alanda ortaya çıkan belirsizlik ve düzensizliğin Avrupa Birliği (AB) bölgesinde giderilmesi ve sığınmacılara yönelik ortak bir Avrupa standardı geliştirilmesi bakımından AB Adalet ve İçişleri Konseyi tarafından 20/6/1995 tarihinde Sığınma Prosedürü Asgari Teminatları Hakkında İlke Kararı kabul

(Stephen Castles, Mark J. Miller, **Göçler Çağı Modern Dünyada Uluslararası Göç Hareketleri**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi yay., Birinci Bs., Çev.: Bülent Uğur Bal, İbrahim Akbulut, İstanbul, 2008, s.153).

⁸⁴ Korkut, **Egemen Yetki**, s. 23; Saraçlı, s. 80.

⁸⁵ Saraçlı, s. 80.

edilmiştir⁸⁶. Anılan kararlar sığınmacılara evrensel ilkelere uygun, adil ve etkili bir yardım sunulması, sığınma başvurularında uyulacak standart kuralların belirlenmesi, sığınma başvurusu sonrasında inceleme, itiraz ve yeniden inceleme aşamalarında kişilerin sahip oldukları güvenceler ve nihayet kadınlar ve refakatsiz çocukların korunması için sağlanması gereken ek güvenceler ve tüm bu süreçlerde görev alacak yetkili kişilerin vasıflarının⁸⁷ düzenlendiği görülmektedir⁸⁸.

Avrupa bölgesindeki düzenleme çabalar bir yana bırakılırsa küresel planda, bağlayıcı ve yükümlülük oluşturan, sağlıklı bir hukuki çerçeve çizen bir belgenin eksikliği sığınma alanındaki en önemli sorunu teşkil etmektedir. Bu sorunu daha da derinleştiren bir başka sorun ise, temelindeki etkenlerin niteliğinin bir sonucu olarak sığınma olgusunun çoğunlukla kitlesel düzeyde gerçekleşerek, bu konuda inisiyatif kullanan devletlerin ekonomik ve sosyal koşulları ile kamu düzeni üzerinde zorlayıcı etkiler oluşturması, yine bu kapsamda biriken başvuruların sağlıklı bir şekilde değerlendirilmesinde ciddi zorluklar yaşanmasıdır. Nihayet sığınmacılara sağlanan koruyucu tedbirleri uygulayan kamu görevlilerinin can güvenliklerinin sağlanmasına ilişkin gereklilikler de sığınmacılara uygulanan sınırlamaları genişletmektedir⁸⁹.

Dünyada bireyler ve ulusların sorunlarında her geçen gün artan çeşitlilik ve karmaşıklık hali, göç olgusuna kaynaklık eden olay ve olgulara da yansımaktadır. Bu bağlamda göçmen kişilerin, yalnızca mülteci, sığınmacı ya da kaçak işçi olarak kategorize edilmeleri bahsi geçen çeşitlilik bağlamında yetersiz kalacaktır⁹⁰. Sığınmacı olabilmenin ön koşulu bir başka devletin ülkesine göç etmektir. Ancak göç etmek bu imkânlardan yararlanmak adına geçerli tek koşul değildir. Yaşam tehlikesinden dolayı göç başvurusunda bulunan bir kişi ile maddi sebepler sonucunda

⁸⁶ Saraçlı, s. 84-85.

⁸⁷ Belirtilen yetkililerin, sığınma ve mülteci kavramlarıyla ilgili gerekli bilgiye sahip ve sığınma başvurusu yapan kişinin hassas konumunu anlayacak derecede uzman, sığınmacılarla ilgili menşe ve transit ülkelerdeki durumlarını farklı yerlerden doğru ve güncel şekilde edinebilen, ihtiyaç olduğunda psikolog ve doktor gibi konu uzmanlarıyla fikir alışverişi yapabilecek niteliğe sahip olmaları gerekmektedir (Saraçlı, s. 87).

⁸⁸ Saraçlı, s. 86.

⁸⁹ Saraçlı, s. 88-89.

⁹⁰ Muammer Tuna, Çağlar Özbek, **Türkiye ve Yeni Uluslararası Göçler**, Sentez yay., Birinci Bs., Ankara, 2014, s. 38.

göçmen olarak başvuru yapan kişiler arasında bir ayırım yapılması gerektir. Bu ayırımın yapılabilmesi için ise göçmen ve sığınmacılar için belirli politika ve standartlara sahip olunması gerekmektedir. Günümüzde, bu anlamda oluşturulan uygulama kültürü genellikle ülkeyi göçmenlerden koruma fikri çerçevesinde şekillenmiştir. Göçmen olmak isteyen insanlar da bu koşullar nedeniyle kendilerini sığınmacı olarak takdim etmeye çalışma yoluna sapmaktadırlar. Bu şekilde kalıcı ikamet elde edemeseler bile durumları netleşinceye kadar sınır dışı edilmeyerek hedef ülkede yaşama fırsatı yakalamaktadırlar. Böylece sığınma kurumu göç etmenin farklı bir versiyonu veya kılıfı olarak görülmeye başlanmıştır⁹¹.

Ortaya çıkan bu sorunun kronikleşmesini önlemek amacıyla bir kısım devletler, geçici koruma kampları kurarak, menşe ülkedeki koşullar normalleşinceye kadar sığınmacıların bu tip yerlerde barınmalarına izin vermekte ve koşullar normalleştiğinde sığınmacıların ülkelerine dönmelerini özendirilmektedir. Ancak bu politika, Türkiye'deki Çeçen sığınmacıların yaşadığı süreçte olduğu gibi, etkili bir şekilde sürdürülmediği takdirde kişilerin bu geçici durumlarının kendi içinde kalıcı hale gelmesine ve birkaç nesil boyunca bu durum devam ettirilerek sorunun tamamıyla kronikleşmesine sebebiyet verilmesi riskini de barındırmaktadır.

Son olarak ülkelerinden kaçmalarına neden olan koşulların ağırlığı ve aciliyeti veya ülkelerindeki resmî kurumların çalışmaması nedeniyle vatandaşlık bilgileri, vize, pasaport vb. belgeleri temin edememiş olmaları, sığınmacıların büyük çoğunluğunu başka ülkelere giriş için yasadışı yöntemlere başvurmaya zorlamaktadır.

Pek tabii içinde buldukları koşulların ağırlık düzeyinin ciddiyetinden bağımsız olarak sığınma arayışında olan bireylerin zihinlerinde mutlaka refah düzeylerini iyileştirme amacının da olması doğal ve kabul edilebilir bir durumdur. Küreselleşme ile ortaya çıkan dünya düzeni, belirtilen koşulların devamlılığına sebebiyet veren faktörlerden biridir⁹².

⁹¹ Saraçlı, s. 90.

⁹² Saraçlı, s. 91.

Göç ve sığınma ile ilgili düzenlemeler, “Avrupa Birliği’nin İşleyişine İlişkin Anlaşma”nın (“Treaty on the Functioning of the European Union”) düzenleme alanında, “Özgürlük, Güvenlik ve Adalet” şeklinde ifade edilen beşinci başlık altında düzenlenmiştir. Lizbon anlaşması ile Özgürlük güvenlik adalet konuları üye her devletin uymak zorunda oldukları Birlik çatısı altına birleştirilmiştir⁹³. Bu başlığın ikinci bölümünde, birliğin amacının iç sınırlarda geçişin herkes için serbest olması ilkesi benimsenmiştir. Bunun yanı sıra dış sınırlardan geçişlerin takibi ve entegre bir sınır yönetimi oluşturulmasına yönelik düzenlemeler yapılması öngörülmüştür⁹⁴.

Avrupa ile entegrasyon süreci içinde olan Türkiye'deki “göç ve sığınma yönetiminin” tasarımında Avrupa Birliğince benimsenen kural ve uygulamaların önemli etkileri bulunmaktadır⁹⁵.

Göç alan devletler tarafından “sığınma” ve “göç” olgularına karşı uygulanan politikaların benzerliği, bu iki husus arasındaki bağlantıyı da ortaya koymaktadır. Devletler sığınma ve göç alanında iki tip önlem alma eğilimindedirler. Bunlardan birincisi sığınmacıların ülkeye girişlerini zorlaştırmak amacıyla belirlenen fiili ve hukuki sınırlamalardır (vize zorunluluğu, uçuş öncesinde ya da transit geçişte yapılan

⁹³ 2007 yılının ilk yarısında AB dönem başkanı olan Almanya, müteakip dönem başkanlıklarını devralacak olan Portekiz ve Slovenya'nın da iş birliği ile 2009 yılının Haziran ayında yapılan Avrupa Parlamentosu (AP) seçimleri öncesinde AB'nin müşterek bir yapıya kavuşturulması ve yeni bir antlaşmanın hazırlanması amacıyla bir “*yol haritası*” oluşturmuştur. Haziran 2007'de gerçekleştirilen Brüksel Zirvesi'nde kabul edilen Sonuç Bildirgesi'nin (I) numaralı ekinde yer alan müzakere dokümanı ışığında, üye ülkeler Anayasal Antlaşma'da zorunlu gördükleri hükümleri yürürlüğe koymak amacıyla bir Reform Antlaşması hazırlanması konusunda mutabakata varmışlardır. Bu çerçevede Temmuz 2007 tarihinde Portekiz'in dönem başkanlığında toplanacak olan Hükümetler Arası Konferans'ta söz konusu hükümlerin bir antlaşma metnine dönüştürülerek, planlanan tarihten itibaren bir Reform Antlaşması taslağı hazırlanması çalışmalarına başlanmıştır. 18-19 Ekim 2007 tarihinde gerçekleştirilen Lizbon Zirvesi'nde Reform Antlaşması'nın (Lizbon Antlaşması) metninde konsensüs sağlanmıştır. Ancak üye ülkelerce fazlasıyla iddialı ve yanlış anlaşılmaya müsait olduğu düşünülen “Anayasal Antlaşma” ifadesinden vazgeçilmiş ve 13/12/2007 tarihinde imzalanan metne “*Avrupa Birliği Antlaşması ile Avrupa Topluluğunu Kuran [Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin] Antlaşmayı Değiştiren Lizbon Antlaşması*” adı verilmiştir. (Ebru Oğurlu, “Lizbon Antlaşması'ndan Sonra Avrupa Birliği”, **Türkiye Cumhuriyeti Türk İşbirliği ve Kalkınma İdaresi Başkanlığı Avrasya Etüdüleri**, S.34, Y.2008, s.14-15, (s. 7-33).

⁹⁴ Nurcan Özgür, Yeşim Özer, **Türkiye’de Sığınma sisteminin Avrupalılaştırılması**, Derin yay., İstanbul, 2010, s. 89-90.

⁹⁵ Ahmet İçduygu, **Türkiye’de Düzensiz Göç**, Uluslararası Göç Örgütü (Türkiye) yay., Ankara, 2012, s. 41.

kontroller ve ulaştırma ile ilgili yaptırımlar). İkinci kategoride olanlar ise ÷lkedeki yaşam koşullarının özellikle sığınmacılar için cazip olmadığını ve olmayacağını ortaya koyan sığınmacılara ÷lkede kalma konusunda izin verilen sürenin kısa tutulması, sığınma başvurusu reddedilmiş olan kişilerin sınır dışı edilme işlemlerinin kolaylaştırılması, ÷lke içinde sığınmacılar için rahat hareket edebilme olanaklarının tanınmaması, sosyal yardımların kısıtlanması, mecburi ikamet yerinin belirlenmesi, çalışma izninin verilmemesi gibi sığınmacıların ÷lke içindeki tasarruflarını kısıtlayıcı önlemler alınması gibi tedbirlerdir⁹⁶. Belirtilen özellikler çerçevesinde Türkiye'nin uyguladığı tedbirlerin diğerk ülkelere nazaran oldukça dar kapsamlı ve sınırlı düzeyde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır⁹⁷.

Sığınma müessesesinin istismarına karşı alınan önlemlerdeki başarı gerek başvuru süreci ve gerekse sonraki aşamalarda sağlanan hakları ve hukuki statüyü aşındırması itibarıyla gerçek sığınmacılar için bir mağduriyet oluşturmaktadır.

Sorunun yoğunlaştığı AB bölgesinde, üye devletlerin bu kapsamda uyguladıkları farklı politikalar bu mağduriyetleri daha geniş bir alana yaydığı gibi, bu koşullar altında devletler açısından da sağlıklı bir çözüm elde edilememektedir. Bu bağlamda özellikle AB'nin ani mülteci ve sığınmacı akınlarına çözüm bulmasının temel adımları, sorunun ortak bir payda etrafında tartışılması, göç faaliyetinin sağlıklı bir şekilde kategorize edilmesi ve tutarlı politikalar izlenmesidir⁹⁸.

F. Göçmenler ve Benzer Statüdeki Kişiler

Göç, bireysel veya toplu olarak insanların kısmen veya tamamen yaşamlarının ilerleyen dönemlerini yaşadıkları yerde geçirmekten vazgeçerek başka bir coğrafyada geçirmek üzere yer değiřtirmeleridir⁹⁹. Başka bir tanımlamaya göre

⁹⁶ Saraçlı, s. 93.

⁹⁷ Sema Erder, **İstanbul Bir Kervansaray (Mı?)**, İstanbul Bilgi Üniversitesi yay., İstanbul, 2015, Birinci Bs., s. 88.

⁹⁸ Juliet Lodge, Mustafa Bayburtlu, **Avrupa Birliği'nin Adalet ve İşleri Alanındaki Müktesebatı ve Türkiye'nin Uyumu**, İktisadi Kalkınma Vakfı yay., İstanbul, 2002, s. 21-28.

⁹⁹ Mustafa Mutluer, **Uluslararası Göçler ve Türkiye**, Çantay Kitapevi yay., İstanbul, 2003, Birinci Bs., s. 9.

göç insanın bir yerden diğer bir yere geri dönmek üzere, uzunca bir süre kalma ve tekrar göç etme ya da geri dönmek üzere uzun bir süre kalmak niyetlerinden birisiyle yer değiştirmesidir¹⁰⁰.

Göç olgusunun temelinde yatan sebepler geniş bir spektruma yayılan bir çeşitliliğe sahiptir¹⁰¹. Bu bağlamda ekonomik ve siyasal değişim, kargaşa ve çalkantılar, yaygın ve sistematik insan hakları ihlalleri, afetler, kıtlığa bağlı açlık, salgın hastalıklar, iradi veya gayri iradi olarak insanları ülkelerini terke ve daha güvenli ülkelere sığınmaya zorlayabilmektedir. Bu itibarla uluslararası platformda ortaya çıkardığı, siyasi, ekonomik ve sosyal sonuçları nedeniyle iltica ve göç bir problematik halini almıştır¹⁰².

Tarihsel süreçlere bakıldığında göç vakıasının, toplum ve fertlerin hayatlarını iktisadi, siyasi, kültürel, sosyal vb. birçok açıdan ve komplike bir etkileşime tabi tuttuğu gözlemlenebilmektedir¹⁰³.

Küresel ve bölgesel etkileri yoğun olarak hissedilen göç olgusunun öznesi olan göçmenlerin, daha yakından incelenmesi gerekmektedir. İnsanları göçe zorlayan veya sevk eden faktörlerin araştırılarak tespiti, bu tespit doğrultusunda önlemler alınarak derinleştirilecek politikalarla ortaya çıkan olumsuz sonuçların önlenmesi önem arz etmektedir. Aynı doğrultuda, bu alanda etkin bir uluslararası iş birliği tesisi ve bunun neticesinde düzensiz göçmen sayısının asgari düzeye indirilmesi ile göç olaylarının oluşturduğu olumsuz etkilerin ortadan kaldırılması mümkün olabilecektir.

Birlikte ortaya çıktığı diğer sebeplerin niteliğine göre yoğunluk farklılığı olmakla birlikte göç olgusu bünyesinde mutlaka ekonomik sebepleri barındırdığı ve göç yönünün pek tabii ki daha az gelişmiş ülkelere daha fazla gelişmiş ülkelere

¹⁰⁰ Nurcan Özgür, **Dış Politika ve Göç Yugoslavya'dan Göçlerde Arnavutlar**, Derin yay., İstanbul, 2010, Birinci Bs., s.7.

¹⁰¹ Mustafa Mutluer, **Uluslararası Göçler ve Türkiye**, Çantay Kitapevi yay., İstanbul, 2003, Birinci Bs., s. 9.

¹⁰² Çağlar, s. 55-56.

¹⁰³ Yusuf Akan, İbrahim Arslan, **Göç Ekonomisi**, Ekin Basımevi yay., Bursa, 2008, s. 43.

doğru olduğu grlmektedir¹⁰⁴. Ancak bu saptama, gç sebeplerinin yaygın, girift ve kompleks halinin gözden kaçıırılmasına sebep olmamalıdır¹⁰⁵.

Gç kavramına ilişkin tanımlamaların birçoğunun ortak paydası niteliğinde olan ‘yerleşmek niyeti’ gç fiilinin manevi unsurunu teşkil etmektedir. Ancak yerleşmek niyetine gereğinden fazla derin anlamlar yüklenmemelidir. Bu bağlamda söz gelimi, bir kişinin yerleşmek niyetiyle bir yabancı ülkeye gitmesi, onun mutlaka menēe ülkesine tekrar kalıcı olarak dönüş yapmayacağı veya asla menēe ülkeye seyahat etmeyeceği şeklinde anlařılamaz¹⁰⁶. Göçün gerçek ve nesnel olan yönü göç eden kişinin başka bir ülkeye yerleşmek amacıyla kendi ülkesinden ayrıldığı geređidir¹⁰⁷. Belirtilen gerçeklik Türk hukukunda da göçmenlerin yurda girişlerinin kalıcı nitelikte olması ve vatandaşlık iktisap edememiş olmaları şeklinde formüle edilmektedir¹⁰⁸.

Göçmenlik kavramına ilişkin tanımlamaya yer veren 5543 sayılı İşkn Kanunu’ndaki düzenlemelere de değinilmesinde yarar vardır. Kanun’un 3/1-d. maddesinde Kanun’un uygulanması bakımından esas alınacak “göçmen” kavramının “yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu halde Türkiye’ye gelip bu Kanun gereğince kabul” olunan “Türk soyundan” gelen ve “Türk kültürüne bağlı” kişileri ifade ettiği hükme bağlanmıştır.

İşkn Kanunu, 1934 ile 2006 yılları arasında yürürlükte olan ve 5543 sayılı Kanun’un kabulü ile yürürlükten kalkan 2510 sayılı İşkn Kanunu’ndaki¹⁰⁹ göçmen tanımı aynı olmasına rağmen türleri konusunda daha kapsamlı düzenlemeye

¹⁰⁴ İbrahim Balcıoğlu, **Sosyal ve Psikoloji Açıdan Gç**, Elit Kültür yay., İstanbul, 2007, Birinci Bs., s. 15.

¹⁰⁵ Mutluer, s.11.

¹⁰⁶ Çiçekli, **Yabancılar Hukuku**, s.237.

¹⁰⁷ Halis Kırıl, **Yabancıların Türkiye’de Çalışma Esasları (Yabancınnın Çalışmasına İlişkin Düzenlemeler, Yabancınnın Çalışamayacağı Meslekler, Yabancınnın Sosyal Hakları, Yabancı Kaçak İşçilik, Avrupa Birliğinin Kişilerin Serbest Dolaşımı Müktesebatı)**, Yorum Matbaacılık yay., Ankara, 2006, Birinci Bs., s. 15.

¹⁰⁸ Mehmet Firik, **İnsan Hakları Işığında Türkiye’de Bulunan Mlteçiler, Sığınmacılar ve Yasadışı Göçmenlerin Sorunları** (TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu), TBMM Basımevi yay., Ankara, 2010, s. 224.

¹⁰⁹ <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/2733.pdf> erişim: 15/9/2019.

gidilmiştir¹¹⁰. Anılan Kanun kapsamında düzenlenen “göçmen” kavramı iskân durumuna ve sayılarına göre ikişer grup halinde tasnif edilmiştir.

İskân durumuna göre göçmenler, “*serbest göçmen*” ve “*iskanlı göçmen*” şeklinde ikiye ayrılmaktadır. “Serbest göçmen”, “Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı, yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu halde ülkeye gelen” ve Devlet yardımıyla iskân edilmeyi istememeleri koşuluyla ülke sınırları içine kabul edilen insan kategorisini ifade etmektedir¹¹¹. “İskanlı göçmen” ise yine “Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı” olan, “özel kanunlarla yurt dışından getirilen ve bu Kanun hükümlerine göre taşınmaz mal verilerek iskanları” sağlanan göçmenlerdir¹¹².

Sayılarına göre göçmenler ise “münferit göçmen” ve “toplu göçmen” şeklinde iki başlık altında tanımlanmaktadır. “Münferit göçmen”, “Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olan” ve Türkiye’ye yerleşmek niyetiyle bir aile olarak gelenleri ifade etmektedir. Toplu göçmen ise aynı kapsamda soy ve kültür bağına sahip olup, menşee ülke ile Türkiye Cumhuriyeti’nin yaptığı anlaşma gereğince ülkemize yerleşmek niyetiyle toplu halde gelen aileler olarak tanımlanmıştır.

“*Türk soyundan olma*” ve “*Türk kültürüne bağlılık*” olgularının ne anlama geldiği ve hangi kişilerin bu kapsamda değerlendirileceği, Cumhurbaşkanının kararı ile saptanacaktır¹¹³.

Anılan Kanun’un 4. maddesine göre, “Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olmayan yabancılar ile Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı bulunup da sınır dışı edilenler ve güvenlik bakımından Türkiye’ye gelmeleri uygun görülmeyenler göçmen olarak kabul edilmezler”.

¹¹⁰ Ekşi, **Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku**, s. 60-63.

¹¹¹ Ekşi, **Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku**, s. 60-63.

¹¹² Ekşi, **Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku**, s. 60-63.

¹¹³ Bu hususun düzenlendiği 7. madde hükmü, mevcut halini 2/7/2018 tarih ve 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 174. maddesiyle almış olup, önceki madde metninde, bahsi geçen soy ve kültür bağının tespitinde ilgili bakanlıkların görüşü alınarak Dışişleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunun bu konuda karar vermesi öngörülmekteydi.

İskân Kanunu'nun münferit göçmenlere ilişkin 5. maddesine göre Türkiye'ye "yerleşmek isteyen Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı bulunan kimselerden, Türk uyruklu ve Türkiye'deki birinci veya ikinci derecede bir yakını tarafından referans verilen veya buldukları ülkedeki konsolosluk temsilciliklerimize bizzat müracaat eden ve bu Kanun hükümlerine göre Dışişleri ve İçişleri bakanlıklarınca yapılacak incelemelerden sonra uygun görülerek serbest göçmen vizesi alanlar, Hükümetten hiçbir iskân yardımı istememeleri şartıyla İçişleri Bakanlığınca serbest göçmen olarak kabul" edilirler¹¹⁴.

"Toplu göçmenler"e ilişkin kurallar İskân Kanunu'nun 6. maddesi ile belirlenmiştir. Buna göre, "(y)abancı ülkelerle yapılan anlaşmalar gereğince Türkiye'ye gelmek isteyen Türk soyundan (gelen) ve Türk kültürüne bağlı kimseler, anlaşma hükümlerine göre ve Cumhurbaşkanınca verilecek karar uyarınca İçişleri Bakanlığınca serbest göçmen olarak kabul olunurlar". Bu kapsamdaki kişilere "Geçici barındırma, göçmen belgesi verilmesi ve vatandaşlığa kabul" konularını düzenleyen 8. madde hükümleri uygulanacaktır¹¹⁵.

Türkiye'ye gelen iskanlı veya serbest göçmenlerin, hukuki statülerine göre geçici veya kesin olarak yerleştirildikleri yerin en büyük mülki amirine başvurarak "vatandaşlığa girme beyannamesi" vererek "göçmen belgesi" almaları zorunludur. Anılan belge, 5543 sayılı Kanun'a göre kişinin ülke sınırlarına girişine izin verildiğini ispat etmekte olup, iki yıl süre ile kimlik belgesi olarak kullanılabilir. Bu kapsamdaki kişilerin, gerekli şartları sağlamaları halinde Cumhurbaşkanı kararı ile vatandaşlık kazanmaları da mümkündür¹¹⁶. Gerçekten de TVK'nın 12/1-d maddesine göre, "göçmen olarak kabul edilen kişiler", "millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartıyla Cumhurbaşkanı kararı ile Türk vatandaşlığını" kazanabilirler¹¹⁷.

¹¹⁴ Ekşi, **Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku**, s. 60-63.

¹¹⁵ Ekşi, **Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku**, s. 60-63.

¹¹⁶ Ekşi, **Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku**, s. 60-63.

¹¹⁷ Vatandaşlık hukukuna ilişkin yasal düzenlemelerde 2017 yılından sonra yapılan değişikliklere bakıldığında, Cumhurbaşkanının karar vereceği işlemlerin, 2017 tarihli Anayasa Değişikliği

Küçük göçmenlerin hukuki statüsü ebeveynine, ebeveyni bulunmadığı takdirde kan veya sıhri hısımlarına göre belirlenir. Kimsesi olmayan küçükler, herhangi bir yaş ayrımı gözetilmeksizin vatandaşlığa kabul edilirler.

Genel kanun niteliğinde olan YUKK'nin 2/2. maddesi gereğince, özel kanunlarla düzenlenen konularda YUKK yerine ilgili özel düzenleme uygulanacaktır. 5543 sayılı Kanun'a bakıldığında ise göçmenlerin iskân, barınma ve fiziki yerleşimleri konusunda oldukça detaylı düzenlemeler içerdiği görülmektedir. Bu bağlamda 5543 sayılı Kanun'un "özel kanun" niteliğinde olduğu açık olup, göçmenlerin iskanına ilişkin konularda uygulama önceliği bulunmaktadır. Bu Kanun'da hüküm bulunmayan konularda ise pek tabiidir ki YUKK hükümlerine müracaat edilecektir¹¹⁸.

Türkiye'ye ekonomik refah sağlamak amacıyla gelen göçmenlerin çoğunluğunun ülkede sürekli kalmayı düşünmedikleri ve geldikleri ülkedeki kazançlarından daha fazla para kazanarak kendi ülkelerindeki refah seviyelerini arttırmayı hedefledikleri gözlemlenmektedir. Özellikle "Bağımsız Devletler Topluluğu" ve Doğu Avrupa ülkeleri ile Türkiye arasındaki vize muafiyet veya kolaylıklarının etkisi ile belirtilen kapsamdaki kişilerin çoğunluğu bu ülke vatandaşlarından oluşmaktadır¹¹⁹. Ancak özellikle nitelikli iş gücü sağlama potansiyeli bulunan yabancıların, aynı nitelikteki iş gücü piyasalarında değerlendirilemedikleri ve potansiyellerinin altındaki işlerde çalıştıkları, bu durumun hem Türkiye hem de menşe ülkeler bakımından sosyo-ekonomik kayıplara sebebiyet verdiği de kabul edilmesi gereken acı bir gerçektir¹²⁰.

öncesinde ekseriyetle, ilgili Bakanlığın teklifi ve Bakanlar Kurulunun kararına bağlanmış olduğu gözlemlenmektedir.

¹¹⁸ Ekşi, **Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku**, s. 60-63.

¹¹⁹ Ahmet İçduygu, **Türkiye'de Kaçak Göç**, Can Ajans Reklam ve Matbaacılık yay., İstanbul, 2004, s. 47.

¹²⁰ Arnd-Michael Nohl, Karin Schittenhelm, Oliver Schmidtke, Anja Weiss, **Göç ve Kültürel Sermaye Türkiye, Almanya, Kanada ve Büyük Britanya'da Yüksek Vasıflı Göçmenler**, Çev.: Türks Noyan, Kitap yay., İstanbul, 2011, Birinci Bs., s. 255.

II. YABANCILARIN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİNE İLİŞKİN HUKUKİ ÇERÇEVE

Yabancıların temel hak ve özgürlüklerine ilişkin hukuki çerçeve, “ulusal” ve “uluslararası” olmak üzere iki ana başlık altında incelenecektir.

A. Ulusal Hukuk

1. Anayasa

Anayasa'nın temel haklar ve ödevlere ilişkin genel hükümlerin düzenlendiği kısımda yer alan “(y)abancılardan durumu” kenar başlıklı 16. maddesine göre, temel hak ve özgürlükler, yabancılar yönünden uluslararası hukuka uygun olmak koşuluyla ancak kanunla sınırlandırılabilir.

Anayasa'nın “(d)ilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı” kenar başlıklı 74. maddesi gereğince, “karşılıklılık esası” gözetilmek kaydıyla “Türkiye’de ikamet eden yabancılar, kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve TBMM’ye yazı ile başvurma hakkına sahiptir”.

2. Pasaport Kanunu

Pasaport Kanunu'nun *mülga* 4. maddesinin birinci fıkrasında, “pasaportsuz, vesikasız veya usulüne uygun veya muteber olmayan pasaport veya vesikalarla” “Türkiye sınırlarına gelen yabancıların geri çevrilecekleri” düzenlemesine yer verilmektedir¹²¹. Bununla birlikte aynı maddenin ikinci fıkrasında, pasaport veya

¹²¹ Anılan Kanun hükmü YUKK'nin 124. maddesi gereğince yürürlükten kalkmış olup, söz konusu hükmün yerini YUKK'nin 7. maddesi almıştır. Anılan 7. madde hükmü şöyledir:

“Türkiye’ye girişlerine izin verilmeyecek yabancılar

MADDE 7 – (1) Aşağıdaki yabancılar, kabul edilemeyen yolcu kapsamına alınır ve Türkiye’ye girişlerine izin verilmeyerek geri çevrilir:

- Pasaportu, pasaport yerine geçen belgesi, vizesi veya ikamet ya da çalışma izni olmayanlar ile bu belgeleri veya izinleri hileli yollarla edindiği veya sahte olduğu anlaşılanlar
- Vize, vize muafiyeti veya ikamet izin süresinin bitiminden itibaren en az altmış gün süreli pasaport veya pasaport yerine geçen belgesi olmayanlar

ilgili belgelerini yolculuk esnasında kaybettiklerini iddia edenleri durumları ayrıca düzenlenmiştir. Anılan fıkraya göre bu kapsamdaki kişilerin ülkeye kabulleri mümkündür. Ancak belirtilen kapsamdaki kişilerin, haklarında yapılacak işlemlerin ne olduğu tespit edilene kadar ilgili yer mülki amirinin göstereceği yerde oturtulmayı kabul etmeleri gerekir.

Türkiye Cumhuriyeti Hükümetinin müsaadesiyle gelenler de pasaport veya belge ibrazından muaf tutulan bir başka göçmen kategorisini oluşturmaktadır¹²². Bunun için anılan kategoriye dahil kişilerin elinde Türkiye'nin yurtdışı temsilcilikleri veya göçmenlerin sevk edilmesi için hükümet tarafından yetkilendirilmiş görevliler veya heyetlerce düzenlenmiş belgeyi ibraz etmeleri yeterlidir.

Ancak her halükârda, mülteciler ve iskân mevzuatına aykırı olarak yurt edinmek amacıyla ülkeye giriş yapmak isteyen yabancıların kabul işlemleri, pasaportları olsa dahi İçişleri Bakanlığının kararına bağlıdır¹²³. Bir başka ifadeyle, belirtilen kategoriye dahil kişilerin ülkeye kabulleri, İçişleri Bakanlığınca yayımlanacak genel bir emirle yasaklanabilir.

Ülkeye girişlerine izin verilmeyecek olan kişiler kategorik olarak, Pasaport Kanunu'nun "*Türkiye'ye girmeleri memnu kimseler*" kenar başlıklı "mülga" 8. maddesinde düzenlenmiştir¹²⁴.

c) 15 inci maddenin ikinci fıkrası saklı kalmak kaydıyla, vize muafiyeti kapsamında olsalar dahi, 15 inci maddenin birinci fıkrasında sayılan yabancılar

(2) Bu maddeyle ilgili olarak yapılan işlemler, geri çevrilen yabancılar tebliğ edilir. Tebligatta, yabancıların karara karşı itiraz haklarını etkin şekilde nasıl kullanabilecekleri ve bu süreçteki diğer yasal hak ve yükümlülükleri de yer alır.

(3) Bu madde kapsamındaki yabancılar, işlemleri sonuçlanıncaya kadar sınır kapılarında kendileri için belirlenen alanlarda bekletilir."

¹²² Bkz. 5682 sayılı Kanun mülga md. 4/3.

¹²³ Bkz. 5682 sayılı Kanun md. 4/4.

¹²⁴ "1) Serseri ve dilenciler

2) Akıl hastaları veya bulaşıcı hastalığı olan kişiler (Bu kişiler, genel sağlık veya asayiş tehlikeye sokmayacak durumda olup hava değişimi veya tedavi için geldikleri takdirde, bu yasaktan istisna tutulabilirler.)

3) Türkiye Cumhuriyeti'nin tarafı olduğu suçluların iadesine dair herhangi bir uluslararası antlaşma hükmüne göre iadeye esas alınan suçlardan birinden sanık veya hükümlü bulunanlar

3. Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun

5683 sayılı “mülga” Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun’un 17. maddesinde “siyasi sebeplerle Türkiye’ye sığınan” yabancıların “ancak İçişleri Bakanlığınca müsaade olunacak yerlerde ikamet” edebilecekleri düzenlemesi yer almaktadır. Aynı Kanun’un 23. maddesinde ise “ülke dışına çıkarılmalarına karar” verilen ancak “pasaport tedarik edemediklerinden veya başka sebeplerden dolayı Türkiye’yi terk” edemeyenlerin de İçişleri Bakanlığının belirleyeceği yerlerde oturma zorunlulukları bulunduğu hükme bağlanmıştır.

4. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun “*Geri gönderme yasağı*” kenar başlıklı 4. maddesine göre anılan “*Kanun kapsamındaki hiç kimse, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemez*”.

Aynı Kanun’un 53. maddesinde ise “yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı”nın, “sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren yedi gün içinde idare mahkemesi”nde dava açabileceği, dava açan kişinin, sınır dışı kararını veren mercie de söz konusu dava açma keyfiyetini bildireceği, davanın ilgili Mahkemece on beş gün içinde sonuçlandırılacağı, Mahkemenin vereceği kararın kesin olduğu, dava süresi zarfında ve dava açıldığı takdirde sonuçlanıncaya kadar, rızası olan haller haricinde, yabancıların sınır dışı edilemeyeceği düzenlemelerine yer verilmiştir.

4) Sınır dışı edildikten sonra yeniden girişlerine izin verilmemiş (giriş yasakları kaldırılmamış) olanlar

5) Türkiye Cumhuriyeti’nin güvenliğini ve kamu düzenini bozmak veya bu amacı taşıyan ya da teşebbüs edenlere yardım etmek amacıyla geldikleri “sezilenler”

6) Fuhuş yapanlar veya fuhşa aracılık veya yönlendirmeyi meslek edinenler, insan ticareti yapanlar veya kaçakçılar

7) Ülkede kalacaklarını beyan ettikleri sürede yaşamlarını idame ettirmeye ve geri dönmeye yeterli paraları olmayan ve Türkiye’de kendilerini himaye edecek bir kimseleri bulunduğunu veya yabancıların icra etmesi yasak olmayan herhangi bir işle iştigal edeceklerini kanıtlayamayanlar.”

YUKK'nin 54. maddesinde ise haklarında sınır dışı kararı verilmesi gereken kişiler kategorik olarak sıralanmıştır. Aynı maddenin (2) numaralı fıkrasında "başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında, sadece ülke güvenliği için tehlike oluşturduklarına dair ciddi emareler bulunduğu veya kamu düzeni açısından tehlike oluşturan bir suçtan kesin hüküm giymeleri durumunda sınır dışı etme kararı" alınabileceği hükme bağlanmıştır. Ancak Kanun'un 55. maddesine göre; "a) Sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı konusunda ciddi emare bulunanlar b) Ciddi sağlık sorunları, yaş ve hamilelik durumu nedeniyle seyahat etmesi riskli görülenler c) Hayati tehlike arz eden hastalıkları için tedavisi devam etmekte iken sınır dışı edileceği ülkede tedavi imkânı bulunmayanlar d) Mağdur destek sürecinden yararlanmakta olan insan ticareti mağdurları e) Tedavileri tamamlanıncaya kadar, psikolojik, fiziksel veya cinsel şiddet mağdurları" 54. madde kapsamında olsalar dahi sınır dışı edilemezler.

Kanun'un 57. maddesinde, sınır dışı işleminin yerine getirilmesine yönelik idari gözetim kararına ilişkin prosedür ve idari gözetim müddeti düzenlenmiştir. Yine YUKK'nin 58/1. maddesinde, idari gözetim altına alınan yabancıların geri gönderme merkezinde tutulacakları düzenlenmiştir.

Uluslararası koruma başvurularında izlenecek usuller YUKK'nin 65. maddesinde düzenlenmiştir. Bu kapsamdaki başvurular valiliklere yapılacaktır. Doğrudan veya kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmakta olması nedeniyle kolluk görevlilerine yapılan başvuruların da derhal ilgili valiliğe bildirilmesi gerekmektedir. Yabancı veya vatansız kişiler kendi namlarına başvuruda bulunabilecekleri gibi, başvuruları aynı gerekçeye dayanmak ve ergin olanların sonradan muvafakatlerini almak şartıyla kendileri ile birlikte gelen aile fertleri adına da başvuruda bulunabilirler.

Kimlik veya vatandaşlığa da dair bilgilerinin gerçekliği konusunda önemli şüphe sebepleri bulunan durumlarda, bu bilgilerin saptanması veya hudut kapılarında usule aykırı şekilde ülke sınırları içine girilmesinin önlenmesi amacıyla, idari gözetim tedbiri uygulanmaması halinde uluslararası koruma başvurusunun temelinde yer alan hususların tespit edilemeyecek olması durumunda ve kamusal düzen ve

güvenlik bakımından ciddi tehlike oluşturan durumlarda uluslararası koruma talep eden kişiler idari gözetim altına alınabilir (YUKK md. 68). İdari gözetim istisnai bir tedbirdir.

YUKK'nin 57. maddesinde de sınır dışı etmeye dair işlemin gereğinin yerine getirilmesi amacıyla uygulanacak "idari gözetim tedbiri" ve süresi düzenlenmiştir.

5. Cezaî Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu

Yabancı devletlerle ceza hukukuna müteallik konularda yapılacak adli yardımlaşmaya ilişkin genel kanun niteliğinde olan 23/4/2016 tarih ve 6706 sayılı "Cezaî Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu"nun 36. maddesi ile TCK'nın geri vermeye ilişkin 18. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Bunun yerine 6706 sayılı Kanun'un suçlularına iadesine ilişkin 10 ve devamı maddeleri uygulanacaktır. 6706 sayılı Kanun'un 11. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendine göre, "(i)adesi talep edilen kişinin ırkı, etnik kökeni, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî görüşleri nedeniyle bir soruşturma veya kovuşturmayaya maruz bırakılacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence veya kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması" halinde iade talebi kabul edilmeyecektir.

6. 1994 Tarihli Yönetmelik

30/11/1994 tarih ve 22127 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "*Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılara ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*"in ("1994 tarihli Yönetmelik") "*Karar makamı*" kenar başlıklı 6. maddesine göre "Türkiye'ye iltica eden veya başka bir ülkeye iltica etmek üzere Türkiye'den ikamet izni talep eden münferit yabancıların" talepleri, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ile 1967 tarihli Protokol ve bu Yönetmelik hükümleri çerçevesinde İçişleri Bakanlığı tarafından değerlendirilecektir. Aynı maddeye göre Bakanlık, bu yetkisini uygun göreceği hallerde valiliklere devredebilir. Her durumda bu kapsamda anılan kararların ilgili yabancıya tebliği zorunludur.

Talebi uygun görülen yabancı, İçişleri Bakanlığınca bir misafirhaneye yerleştirilir veya İçişleri Bakanlığınca belirlenecek bir yerleşim yerinde oturabilir.

Talebi uygun görülmeyen yabancı, ilgili karara yönelik olarak valiliğe itirazda bulunabilir. İtiraz süresi kural olarak 15 gün ise de sürecin daha hızlı işletilmesi gereken durumlarda İçişleri Bakanlığınca daha kısa bir süre belirlenebilir. Başvuru süresinin ne kadar kısaltılabileceğinin ve aciliyet arz eden durumların hangileri olduğunun Yönetmelik'te belirlenmemiş olması, Anayasa'nın 36. ve 40. maddeleri açısından sorunlu olup, hak ihlallerinin sıkça gündeme gelmesi muhtemel görünmektedir. İtiraz yoluna başvuran yabancıya buna ilişkin ifadeleri ve iddialarını güçlendiren sair bilgi ve belgeler valilik tarafından İçişleri Bakanlığınca iletilir. İtirazı sonuçlandırma görevi, İçişleri Bakanlığınca ait olup, buna ilişkin karar yabancıya tebligat yöntemi ile bildirilir. İtirazı kabul edilmeyenlerin akıbetleri, yabancıya ilişkin diğer mevzuat hükümleri çerçevesinde tayin edilir. Durumu bu kapsamda değerlendirilen ve oturma izni verilmeyen yabancıya, belirli bir süre dahilinde ülkeyi terk etmesi gerektiği bildirilir. Bu bildirimde riayet etmeyen kişiler, İçişleri Bakanlığının talimatı ile ilgili valilik tarafından veya karar yetkisi devredilmiş ise ilgili valiliklerce re'sen ülke dışın çıkartılırlar.

Yönetmelik'te mülteci statüsüne sahip olmayan kişiler sığınmacı olarak ifade edilirken, sığınmacı statüsüne sahip kişiler de mülteci olarak nitelendirilmektedir¹²⁵. Türkçe dilbilgisi kuralları bakımından eş anlamlı kabul edilen "mülteci" ve "sığınmacı" sözcüklerinin, öğretilerdeki yerleşik ıstılahta kavramları ifade etmek için kullanıldıkları ve birbirinin yerine kullanıldıklarında önemli bir kavram kargaşasının ortaya çıktığı görülmektedir¹²⁶.

¹²⁵ Gökhan Taneri, **Uluslararası Hukukta Mülteci ve Sığınmacıların Geri Gönderilmemesi (Non-Refoulement)**, Bilge yay., Birinci Bs., Ankara, 2012, s. 19.

¹²⁶ Taneri, s. 19.

B. Uluslararası Hukuk

1. Jus Cogens (Uluslararası Emredici Kural)

İç hukuk düzenlerinde olduğu gibi uluslararası hukukta da sözleşme serbestisi sınırsız bir hak olmayıp, emredici hukuk kuralları ile çevrelenmiştir. Bu durum 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ile kabul edilmiştir. Sözü edilen Sözleşme'nin 53. maddesine göre akdedildiği tarih itibarıyla uluslararası hukukun emredici nitelikte kuralları ile çatışma halinde olan antlaşmalar batıldır. 1969 tarihli Sözleşme'nin gayeleri yönünden, uluslararası hukukun emredici kuralları, devletlerden oluşan uluslararası topluluğun bütününe tanınan, aksi yönde kural konulması imkanı bulunmayan ve ancak uluslararası hukukun aynı niteliğe sahip sonradan oluşan kuralıyla değişmesi mümkün olabilen bir kuraldır¹²⁷.

Uluslararası hukukun emredici kuralları arasında bu çalışmanın konusunu ilgilendiren en önemli kural, işkence ve kötü muamele yasağıdır. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin *Prosecutor/Furundzija*¹²⁸, *Prosecutor/Delacic ve diğerleri*¹²⁹ ve *Prosecutor/Kunarac*¹³⁰ davalarında işkence yasağının bir *jus cogens* kuralı olduğu açıkça kabul edilmiştir. AİHM de *Al-Adsani/Birleşik Krallık* başvurusunda bu hususa temas etmiş ve aynı kuralı kabul etmiştir¹³¹.

2. Uluslararası Sözleşmeler

a. Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri

“İşkence ve Diğer Zalimane Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme”, BM Genel Kurulunun 10 Aralık 1984 tarihli kararıyla

¹²⁷ Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, Birinci Kitap, Gözden Geçirilmiş Onuncu Bs., Turhan Kitabevi yay., Ankara, 2004, s. 172 (*Birinci Kitap*).

¹²⁸ *Prosecutor v. Furundzija* (10 December 1998, case no. IT-95-17/I-T, (1999) 38 International Legal Materials 317), §§ 144-154.

¹²⁹ *Prosecutor v. Delacic and others* (16 November 1998, case no. IT-96-21-T), § 454.

¹³⁰ *Prosecutor v. Kunarac* (22 February 2001, case nos. IT-96-23-T and IT-96-23/1), § 466.

¹³¹ *Al-Adsani/Birleşik Krallık*, B. No: 35763/97, 21/11/2001, §§ 60-61.

kabul edilerek tüm devletlerin imza, onay ve katılımlarına açılmıştır. Sözleşme 27/1. madde gereğince 26 Haziran 1987 tarihi itibarıyla yürürlük kazanmıştır¹³².

Sözleşme'nin dayanak aldığı çıkış noktaları olarak "hiç kimsenin işkence veya zalimane, gayriinsani veya küçültücü muamele veya cezaya tabi tutulmaması" kuralını içeren "İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi"nin 5. ve "Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi"nin 7. maddeleri ile BM Genel Kurulu tarafından 9 Aralık 1975 tarihli kararla kabul edilmiş olan "İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Tabi Tutulan Kimselerin Korunmaları Hakkında Bildirge" gösterilmektedir.

Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 3. maddesinde sözleşmeciler devletlere, kişinin "işkenceye tabi tutulacağı tehlikesinde olduğuna dair esaslı sebepler bulunduğu kanaatini uyandıran başka bir devlete" geri göndermeme, sınır dışı veya iade etmeme yükümlülüğü yüklemektedir. "Esaslı sebepler" in tespitinde karşı taraftaki devletteki "sistemik", "yaygın", "açık seçik" ve "kitleli" nitelikte hak ihlalleri gibi hususlarının tümü göz önünde bulundurulacaktır.

"Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi" 28/7/1951 tarihinde Cenevre şehrinde imzalanmıştır. Bu Sözleşme ve ekli

¹³² Türkiye Cumhuriyeti bu Sözleşme'yi 25 Ocak 1988 tarihinde imzalamış ve 21 Nisan 1988 tarihinde bir beyan ve bir ihtirazi kayıtla onaylamıştır. 21/4/1988 tarih ve 3441 sayılı Onay Kanunu, 29/4/1988 tarih ve 19799 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşme'nin 21. maddesinin (1) numaralı paragrafı uyarınca, bir taraf devletçe diğer bir taraf devletin bu Sözleşme'ye göre mükellefiyetlerini yerine getirmediği hususunda yapılacak; Sözleşme'nin 22. maddesinin (1) numaralı paragrafı uyarınca, ihlalinden mağdur olduğunu iddia eden, kendi yargısına tabi kişilerden gelen veya onlar adına yapılan şikayetleri kabul etmek ve incelemek için İşkencenin Önlenmesi Komitesinin yetkisini tanıdığını beyan etmiştir. Bunun yanı sıra Türk Hükümeti, Sözleşme'nin 30. maddesinin (2) numaralı paragrafı gereğince aynı maddenin "*İki veya daha ziyade Taraf Devletler arasında bu Sözleşmenin yorumlanması ve uygulanmasını ilgilendiren müzakere ile çözümlenemeyen herhangi bir anlaşmazlık, bunlardan birinin talebiyle hakeme havale edilecektir. Hakem talebinin yapıldığı tarihten itibaren altı ay içerisinde taraflar hakem teşkili üzerinde anlaşmaya varamazlar ise, bu taraflardan herhangi birisi anlaşmazlığı Divan Statüsüne uygun olarak yapılacak bir talep ile Uluslararası Adalet Divanına intikal ettirebilecektir.*" şeklindeki (1) numaralı paragrafı ile kendini bağlı adanmadığını, ihtirazi kayıt sunarak beyan etmiştir.

“Deklarasyon”¹³³, 29/8/1961 tarih ve 359 sayılı Kanun ile onaylanarak ve 5/9/1961 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir¹³⁴.

Sözleşme’nin 1. maddesinde “*mülteci*” kavramının tanımı yapılmıştır. Anılan maddenin (A)-(1) fırcasına göre mülteci, 12/5/1926 ve 30/6/1928 Antlaşmaları veya 28/10/1933 ve 10/2/1938 Sözleşmeleri ve 14/9/1939 Protokolü yahut “*Milletlerarası Mülteci Teşkilatı Anayasası*”na göre mülteci sayılan kişileri ifade ettiği belirtildikten sonra, anılan Teşkilat tarafından faaliyeti esnasında alınmış mülteci sıfatını vermeme kararlarının, birazdan belirtilecek olan (A)-(2) numaralı fıkradaki şartları haiz kişilere mülteci sıfatı verilmesine mani teşkil etmediği ifade edilmiştir. (A)-(2) numaralı fıkraya gelindiğinde, mülteci kavramı, 1/1/1951 tarihi öncesinde ortaya çıkan olaylar sonucu ve ırk, din, vatandaşlık, belirli bir sosyal gruba mensubiyet veya sahip olunan siyasi düşünceden dolayı, soruşturulacağı konusunda haklı endişeleri nedeniyle vatandaşlık bağıyla bağlı olduğu devletin ülke sınırları dışında bulunan ve bu devletin korumasından faydalanamayan ya da sözü edilen endişeleri nedeniyle böyle bir himayeden faydalanma talebi olmayan, yahut herhangi bir devletin vatandaşı olmayan ve yukarıda zikredilen olaylar sonucu, önceleri oturmakta olduğu ülkenin dışında bulunan, bu ülkeye dönüş yapamayan veya yukarıda söz edilen meşru endişeleri nedeniyle o ülkeye dönmek istemeyen kişileri ifade etmektedir. Bu

¹³³ “*Deklarasyon*

A) Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, mezkûr Sözleşmenin 1 inci maddesinin (A) fırcasında mevzuubahis 12 Mayıs 1926 ve 30 Haziran 1928 Anlaşmalarına Taraf değildir. Ayrıca, 30 Haziran 1928 Anlaşma[sı]nın şümulüne giren 150 kişi esasen 3527 sayılı Af Kanunu şümulüne girmekle, mezkûr Anlaşmanın memleketimiz bakımından derpiş ettiği husus ortadan kalkmıştır. Bu durum muvacehesinde, Cumhuriyet Hükümeti 28 Temmuz 1951 tarihli Sözleşmeyi yukarıdaki Anlaşmalardan müstakil olarak kabul etmektedir.

B) İşbu Sözleşmenin tahmil ettiği vecibeler bakımından Cumhuriyet Hükümeti, 1 inci maddenin (B) fırcasındaki “1 Ocak 1951 den evvel cereyan eden hâdiseler” ibaresini, “1 Ocak 1951 den önce Avrupa’da cereyan eden hâdiseler” şeklinde anlamaktadır.

C) Keza Sözleşmenin 1 inci maddesinin mülteci vasfının kaydına mütedair (C) fırcasındaki “Vatandaşı bulunduğu memleketin himayesinden kendi isteği ile tekrar istifade ederse, veya, vatandaşlığını kaybettikten sonra kendi arzusu ile tekrar iktisap ederse” ibarelerini Cumhuriyet Hükümeti bu istifade ve iktisap keyfiyetinin sadece alâkadarın talebine değil, aynı zamanda bahis konusu Devletin muvafakatine bağlı bulunduğu şeklinde anlamaktadır.”

¹³⁴ Türkiye Cumhuriyeti tarafından, Sözleşme’nin 42. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak, sözü edilen Onay Kanunu’nun 2. maddesiyle, bu Sözleşme’nin “hiçbir hükmünün, mülteciye Türkiye’de Türk uyruklu kimselerin haklarından fazlasını sağladığı şeklinde yorumlanamayacağı” doğrultusunda çekince konulmuştur.

noktada Sözleşme'nin aynı hükmünde kişinin birden fazla devlet ile vatandaşlığının bulunduğu ve bunlardan sadece birinin himayesinden yararlanamadığı durumlarda “vatandaşı olduğu memleketin himayesinden mahrum” sayılmayacağı ve dolayısıyla mülteci kabul edilemeyeceği belirtilmiştir.

Yukarıda da açıklandığı üzere “Mültecilerin Hukuki Durumuna ilişkin Sözleşme”, sadece 1/1/1951 tarihi öncesinde vuku bulan hadiseler sonucu mülteci statüsü kazanan kişileri kapsamaktadır. Anılan Sözleşme'nin akdedilmesinden sonra farklı mültecilik ortamları ortaya çıkması ve bu mültecilerin, belirtilen tarih sınırlaması nedeniyle Sözleşme kapsamına giremeyeceği göz önünde bulundurularak, bir kritik tarih sınırlamasına bağlı olmaksızın Sözleşme'de yer verilen tanımlamanın kapsamındaki tüm mültecilerin, 1951 tarihine ilişkin sınırlamaya bakılmaksızın eşit hukuki statüden yararlanmaları amacıyla “Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair 1967 Tarihli Protokol” imzalanmış ve bu şekilde değişiklik yapılan 1951 tarihli Sözleşme'nin kapsamı genişletilmiştir¹³⁵.

Protokol'ün 1. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile 1951 tarihli Sözleşme'nin 1. maddesinin (A)-(2) bölümünde geçen “1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar sonucunda ve ...” ve “söz konusu olaylar sonucunda” ifadeleri metinden çıkarılarak “mülteci” tanımı yenilenmiş ve kapsamı genişletilmiştir. Sözleşmeciler devletler, bu şekilde tanımı yapılan mültecilere Sözleşme'nin 2 ilâ 34. maddelerini uygulamayı taahhüt etmişlerdir.

“Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme”nin¹³⁶ 1. maddesinde kapsama ilişkin açıklamalara, 2.

¹³⁵ Türkiye Cumhuriyeti, 1/7/1968 tarih ve 6/10266 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla “Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair 1967 tarihli Protokol”ü onaylamıştır. Bakanlar Kurulu kararı 5/8/1968 tarih ve 12968 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır (<http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/12968.pdf> erişim: 26/9/2019). Ayrıca 25/9/1968 tarih ve 6/10733 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla, Protokol'ün Türkiye Cumhuriyeti bakımından 31/7/1968 tarihinden itibaren bağlayıcı olduğu ifade edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Protokol'ü onaylarken, “Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme”de öngörülen coğrafi çerçevenin geçerliliğini sürdüreceğini deklare etmiştir; bkz. Korkut, **Egemen Yetki**, s. 23.

¹³⁶ Türkiye Cumhuriyeti tarafından 13/1/1999 tarihinde imzalanan ve 26/4/2001 tarih ve 4662 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme'nin ilişik bildirimler ve çekince ile onaylanması;

maddesinde ise tanımlamalara yer verilmiştir. Sözleşme'nin 7. maddesinde hakları konusunda göçmen işçiler arasında ayrımcılık yapılmaması yükümlülüğü öngörülmüştür. Sözleşme'de göçmen işçiler ve aile fertlerinin sahip oldukları insan haklarına ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.

“Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme”, BM Genel Kurulunca 16/12/1966 tarih ve 2200 A (XXI) sayılı kararla kabul edilerek 19/12/1966 tarihinde imzaya açılmıştır. 41. maddesi haricinde Sözleşme, 23/3/1976 tarihinde yürürlük kazanmıştır. “İnsan Hakları Komitesi”nin kurulmasına dair 41. madde ise 28 Mart 1979 tarihinde yürürlük kazanmıştır. Türkiye Cumhuriyeti bu Sözleşme’yi nispeten gecikmeli bir tarih olan 15/8/2000 tarihinde imzalamıştır¹³⁷. Sözleşme'nin denetim organı, İnsan Hakları Komitesidir.

b. Avrupa Konseyi Sözleşmeleri

*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*¹³⁸ 4/11/1950 tarihinde Roma’da imzaya açılmış ve 3/9/1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹³⁹. İnsan Hakları Evrensel

Dışişleri Bakanlığı'nın 26/5/2004 tarihli yazısı üzerine 31/5/1963 tarih ve 244 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre, Bakanlar Kurulunca 18/6/2004 tarihinde kararlaştırılmıştır.

¹³⁷ Sözleşme'nin onaylanmasının uygun bulunmasına dair 4/6/2003 tarih ve 4868 sayılı Kanun, 18/6/2003 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Bakanlar Kurulunun 7/7/2003 tarihli kararıyla Sözleşme'nin onaylanmasına karar verilmiş ve resmî tecümesi, 21/7/2003 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Türkiye Cumhuriyeti, onay belgelerini 15/9/2003 tarihinde BM Genel Sekreterliğine depo etmiş ve 49. maddesi uyarınca 23/12/2003 tarihinde bağlayıcılık kazanmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşme’den kaynaklanan mükellefiyetlerini BM Şartı kapsamındaki mükellefiyetleri ile uyumlu şekilde ifa edeceğini, Sözleşme ahkâmının sadece Türkiye’nin diplomatik ilişki içinde olduğu sözleşmecî devletlere karşı tatbik edileceğini ve Sözleşme’nin ancak Türkiye Cumhuriyeti’nin ülke sınırları itibarıyla onayladığı belirtilen üç ayrı beyanda bulunmuştur. Buna ek olarak Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşme’nin etnik azınlıklar ile din ve dil farklılıkları olan azınlıkların haklarına ilişkin 27. maddesine, Ulusal Anayasa ve Lozan Barış Antlaşması ile eklerindeki ilgili hükümlere göre tatbik hakkını muhafaza ettiğine dair çekince koymuştur.

¹³⁸ Resmi adı “*İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme*”dir. “*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*” ifadesi daha doğru bir kullanım olmakla birlikte, yaygın olan bu ifade tercih edilmiştir. Bu konudaki tercihlere ilişkin daha detaylı analiz için bkz. Tolga Şirin, “AIHM ve İHAM Kısaltmaları Üzerine” <https://www.tolgasirin.com/post/i-ham> erişim: 28/9/2019.

¹³⁹ Osman Doğru, Atilla Nalbant, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, C. I, Avrupa Konseyi yay., Ankara, 2012, s. 2 (“C. I”); M. Serhat Kaşıkara, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye**, Adalet yay., Ankara, 2009, s. 50.

Bildirgesi ile gün yüzüne çıkan temel hak ve özgürlüklerin bazıları, bu Sözleşme ile geliştirilip somutlaştırılmıştır. Ayrıca Sözleşme'nin gereklerinin yerine getirilmesinin yargısal denetimi için eserin sonraki kısımlarında ayrı başlık altında incelenecek olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur.

Sözleşme'nin ana metninde yaşam hakkı (md. 2), işkence yasağı (md. 3), kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (md. 4), özgürlük ve güvenlik hakkı (md. 5), adil yargılanma hakkı (md. 6), kanunsuz ceza olmaz (md. 7), özel ve aile hayatına saygı hakkı (md. 8), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (md. 9), ifade özgürlüğü (md. 10), toplantı ve dernek kurma özgürlüğü (md. 11), evlenme hakkı (md. 12), etkili başvuru hakkı (md. 13), ayrımcılık yasağı (md. 14) düzenlenmiştir.

Sözleşme'nin “*Yabancıların siyasal etkinliklerinin kısıtlanması*” kenar başlıklı 16. maddesinde, 10, 11 ve 14. maddelerin hiçbir hükmünün, sözleşmecî devletlere yabancıların siyasal etkinliklerine kısıtlama getirmelerinin yasakladığı anlamında değerlendirilemeyeceği hükmüne yer verilmiştir.

Sözleşme'nin imzalanmasından, bu eserin kaleme alındığı tarihe kadar geçen süre zarfında Sözleşme'nin ilk metninde değişiklikler yapan veya yeni hak ve güvenceler getiren 16 adet ek protokol imzalanmıştır¹⁴⁰.

Sözleşme sistemi bakımından dikkat çekici olan bir diğer özellik, sözleşmecî devletlerin tanıyıp güvence altına almayı taahhüt ettikleri hakların sadece vatandaşları açısından değil, ülkelerinde veya daha doğru bir ifade ile yetki alanları içinde bulunan “tüm bireyler” için geçerli olmasıdır¹⁴¹.

Sözleşme statik bir hukuki metin olmayıp, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarında sıkça tekrarladığı üzere “*yaşayan bir belge*” (“*living*

¹⁴⁰ Örneğin, 2003 yılında yürürlüğe giren, “Ölüm Cezasının Her Durumda Kaldırılmasına Dair 13 No.lu Ek Protokol” ve 2005 tarihinde yürürlüğe giren, “Her Türü Ayrımcılığın Genel Olarak Yasaklanmasına Dair 12 No.lu Ek Protokol” ile eklenen yeni güvencelerle Sözleşme'nin koruma alanı genişlemiştir.

¹⁴¹ Sözleşme'nin “*İnsan haklarına saygı yükümlülüğü*” kenar başlıklı 1. maddesinde “*Yüksek Sözleşmecî Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.*” şeklindeki kurallara yer verilmiştir; Korkut, **Egemen Yetki**, s. 23; Kaşıkara, s. 51, 76.

instrument”) niteliğindedir¹⁴². İctihatlarda ortaya konulan derinlik ve istikrar, Sözleşme’nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince amaca uygun ve özgürlük lehine yorumlanarak zaman içinde değişime uğramasını meşrulaştırmış ve bu konuda Mahkemenin elini güçlendirmiştir. Bu gerçeklik aynı zamanda “*dinamik yorum*” (“*dynamic interpretation*”) veya “*evrimsel yorum*” (“*evolutive interpretation*”) gibi tamlamalarla da ifade edilmektedir¹⁴³.

Birçok taraf devlet gibi Türkiye Cumhuriyeti de Sözleşme’yi iç hukukun bir parçası haline getirmiştir¹⁴⁴. Öncelikle yürürlükteki Anayasa’nın temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerinin içerik itibarıyla AİHS ile çakışması esasen Anayasa’nın bir “*iç hukuka aktarma*” işlevi gördüğünü ortaya koymaktadır. Ancak Türkiye Cumhuriyeti bununla da yetinmemiş olup, Anayasa’nın 90. maddesi hükmü ile “insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeleri” ve dolayısıyla AİHS’yi normlar hiyerarşisinde kanunların üstünde konumlandırarak ve uygulamacılara doğrudan Sözleşme’yi uygulama yetkisi vererek, Sözleşme sistemi ile daha özel ve etkili bir entegrasyonun önünü açmıştır¹⁴⁵.

“İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi”, 26/11/1987 tarihinde tüm devletlerin imzasına açılmış ve 1/2/1989 tarihi itibarıyla yürürlük kazanmıştır¹⁴⁶. Sözleşme’nin

¹⁴² Bkz. George Letsas, “The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy”, https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2021836_code505621.pdf?abstractid=2021836&mirid=1&type=2 erişim: 29/9/2019; “Yaşayan organizma” metaforunun, farklı anayasal gelenekler bakımından değerlendirilmesi için bkz. William H. Rehnquist, “The Notion of a Living Constitution,” *Texas Law Review*, 54 (1976), s. 693.

¹⁴³ Letsas, s. 2, dn. 2; ayrıca bkz. Korkut, **Egemen Yetki**, s. 24; David Harris, Michael O’Boyle, Ed Bates, Carla Buckley, Colin Warbrick, Ursula Kil Kelly, Peter Cumper, Yutaka Arai, Heather Lardy, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku** (Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan), Avrupa Konseyi yay., Ankara, 2013, s. 7; “Mahkeme, Sözleşme’nin dinamik karakterine gönderme yaparak Sözleşme’nin anlamını etkileyen bir karar vereceği zaman, Avrupa’da geniş biçimde kabul görmeyi başarmış bir hukuk politikası değişikliğine dayanarak bir karar vermelidir. Mahkeme bu esnada, aceleci biçimde yeni bir yaklaşım ortaya koymak yerine genellikle devletlerin uygulamasını izlemeyi tercih etmekte ve dikkatli davranmaktadır.” (Harris *et al.*, s. 8).

¹⁴⁴ Kaşıkara, s. 76.

¹⁴⁵ Kaşıkara, s. 77-78.

¹⁴⁶ Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşme’yi 11/1/1988 tarihinde imzalamıştır. 25/2/1988 tarih ve 3411 sayılı Kanun, 26/2/1988 tarih ve 19737 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Sözleşme’nin onaylanmasını kararlaştıran 26/2/1988 tarih ve 88/12649 sayılı Bakanlar Kurulu

1. maddesi ile “işkence, eziyet ya da küçültücü ceza veya muameleye” mani olunmak üzere bir “Avrupa Komitesi” (CPT) kurulması öngörülmüştür¹⁴⁷. Bu konu aşağıda ayrıca incelenecektir.

“Avrupa Sosyal Şartı”, Avrupa Konseyi tarafından 18/10/1961 tarihinde *Torino* şehrinde yapılan toplantıda imzalanmıştır¹⁴⁸. “Avrupa Sosyal Şartı”, AİHS’nin “ekonomik ve sosyal haklar” sahasındaki karşılığını teşkil etmektedir. Bu belge ile taraf devletlerce takip edilen sosyal politikalar çerçevesinde tanımlanmış olan sosyal ve ekonomik hakların, uygun tüm yollarla ayrımcılık yapılmadan kullanılarak garanti etmektedir. Avrupa Sosyal Şartı’nda “çalışma hakkı, örgütlenme hakkı, toplu pazarlık hakkı, sosyal güvenlik hakkı, sosyal ve tıbbi yardım hakkı, sosyal, hukuki ve ekonomik korunma hakkı, aile ve göçmen işçiler ve aileleri için koruma ve yardım hakkı” güvence altına alınmıştır¹⁴⁹. “Avrupa Sosyal Şartı”nın uygulanmasına ilişkin denetim görevi “Avrupa Sosyal Haklar Komitesi”ne aittir.

kararı ile Sözleşme’nin resmi Türkçe çevirisi, 27/2/1988 tarih ve 19738 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Onay belgeleri 26/2/1988 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine tevdi edilmiş ve Sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti yönünden 1/2/1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/99-iskencenin-ve-gayriinsani-ya-da-kucultucu-ceza-veya-muamelenin-onlenmesine-dair-avrupa-sozlesmesi/> erişim: 29/9/2019

¹⁴⁷ European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT); <https://www.coe.int/en/web/cpt/home> erişim: 29/9/2019.

¹⁴⁸ Türkiye Cumhuriyeti aynı tarihte (18/10/1961 tarihinde) Şartı imzalamıştır. Şartın onaylanmasına dair 16/6/1989 tarih ve 3581 sayılı Kanun, 4/7/1989 tarih ve 20215 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir (<http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20215.pdf> erişim: 29/9/2019). Şartın onaylanmasını kararlaştıran 7/8/1989 tarih ve 89/14434 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile Şart’ın resmi Türkçe çevirisi, 14/10/1989 tarih ve 20312 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Onay belgeleri 24/11/1989 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine tevdi edilmiş ve Şart, Türkiye Cumhuriyeti yönünden 24/12/1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Avrupa Sosyal Şartı’nda seçimlik onay sistemi öngörülmüştür. Buna göre Şart’a taraf olmak isteyen devletler, Şart’ın 20. maddesine uygun olmak kaydıyla, yükümlülük altına girmek istedikleri hükümleri seçebilirler. Türkiye, Avrupa Sosyal Şartı’nın Dibacesini, I., III., IV. ve V. Bölümleri ile korunan kişiler bağlamında Şart’ın kapsamını açıklayan Ek’in tümünü onayladığını beyan etmiştir. Bunlar yanında II. Bölümde yer alan 1., 9., 10., 11., 12., 13., 14., 16., 17., 18. ve 19. maddelerin tüm fıkralarını; 4. maddenin sadece üçüncü ve beşinci fıkralarını ve 7. maddenin üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı, sekizinci ve dokuzuncu fıkralarını kabul ettiğini beyan etmiştir.

¹⁴⁹ Kaşıkara, s. 53.

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 4 No.lu Protokol”, 16/9/1963 tarihinde imzaya açılmış ve 2/5/1968 tarihinde yürürlük kazanmıştır¹⁵⁰. 4 No.lu Protokol, Sözleşme ve diğer ek protokollerinde yer verilmeyen *sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle hapsedilmeme, serbestçe seyahat etme, yerleşme ve ülkeyi terk etme özgürlükleri, bireysel veya toplu sınır dışı yasağı, vatandaşın ülkesine girmekten yoksun bırakılmama hakkı* gibi güvencelere yer verilmiştir.

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 6 No.lu Protokol”, 28/4/1983 tarihin itibarıyla devletlerin imzasına açılmış ve 1/3/1985 tarihi itibarıyla yürürlük kazanmıştır¹⁵¹. “6 No.lu Protokol” ile barış zamanlarında idam cezası uygulanması yasaklanmıştır. Protokol’e göre bir devlet, “ancak savaş zamanında” ya da “yakın savaş tehdidi” durumlarında gerçekleştirilen fiiller için idam cezası verebilir.

¹⁵⁰ Türkiye, bu Protokol’e 19/10/1992 tarihinde imza koymuştur. Protokol’ün onaylanmasının uygun bulunmasına dair, 23/2/1994 tarih ve 3975 sayılı Kanun, 26/2/1994 tarih ve 21861 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır (<http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/21861.pdf> erişim: 29/9/2019). Protokol’ün onayının kararlaştırıldığı 9/6/1994 tarih ve 94/5749 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ve resmi tercüme, 14/7/1994 tarih ve 21990 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır (<http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/21990.pdf> erişim: 29/9/2019). Ancak onay belgeleri Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine henüz depo edilmemiş olduğundan anılan Protokol, tek yanlı olarak iç hukuk bağlamında yürürlüğe girmiş, ancak Avrupa Konseyi nezdinde bir başka ifadeyle uluslararası hukuk anlamında Türkiye bakımından bağlayıcılık kazanmamıştır. Bu nedenle, iç hukuk mekanizmaları işletilirken bu Protokol ile tanınan güvencelere dayanılabilir; ancak uluslararası koruma mekanizmalarında bu güvenceler Türkiye’ye karşı ileri sürülemez.

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/54-avrupa-insan-haklar-sozlesmesine-ek-4-numaral-protokol/> erişim: 29/9/2019.

¹⁵¹ Türkiye, bu Protokol’ü 15/1/2003 tarihinde imzalamıştır. Protokol’ün onayının uygun bulunmasına dair 26/6/2003 tarih ve 4913 sayılı Kanun, 1 Temmuz 2003 tarihinde yayımlanmak suretiyle yürürlük kazanmıştır (<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/07/20030701.htm#8> erişim: 29/9/2019). Protokol’ün onaylanmasına dair 15/8/2003 tarih ve 2003/6069 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ve Protokol’ün resmi tercümesi, 17/9/2003 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanmıştır (<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/09/20030917.htm#7> erişim: 29/9/2019). Onay belgeleri, 12/11/2003 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine depo edilmiş ve Protokol, Türkiye Cumhuriyeti yönünden 1/12/2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir (https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/114/signatures?p_auth=0duHAp0z erişim: 29/9/2019).

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/56-avrupa-insan-haklar-sozlesmesine-ek-6-numaral-protokol/> erişim: 29/9/2019.

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 13 Numaralı Protokol”, 3/5/2002 tarihinde imzaya açılmış ve 1/7/2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁵². “6 No.lu Protokol”ün öngördüğü “*savaş zamanı ya da yakın savaş tehdidi*” istisnası, 13 No.lu Protokol’e taraf devletler bakımından işlevini kaybetmiştir. Çünkü 13 No.lu Protokol ölüm cezasını her koşulda kaldırmaktadır¹⁵³. 13 No.lu Protokol’ün 2. maddesi ile taraf devletlere, AİHS’nin 15. maddesine dayanılarak 13 No.lu Protokol’e istisna getirme yasağı ve 3. maddesi gereğince çekince yasağı öngörülmüştür.

Yabancı işçilerin sosyal güvenlik, eğitim, çalışma ve oturma haklarını güvence altına alan “Göçmen İşçilerin Hukuki Statüsüne Dair Avrupa Sözleşmesi”, 24/11/1977 tarihinde devletlerin imzasına açılmış ve 1/5/1983 tarihinde yürürlük kazanmıştır¹⁵⁴. Söz konusu Sözleşme, göçmen işçilerin hukuki durumlarını, özellikle işe kabul, tıbbi muayene, mesleki testler, seyahat, oturma ve çalışma izinleri, aile birliğinin sağlanması, çalışma koşulları ve sosyal güvencelerinin sağlanması, sosyal ve tıbbi yardım, iş sözleşmesi, işten çıkarılma ve yeniden istihdam edilmeleri ile ilgilidir¹⁵⁵.

¹⁵² Türkiye Cumhuriyeti 13 No.lu Protokol’ü 9/1/2004 tarihinde imzalamış, onaylanmasının uygun bulunmasına dair 6/10/2005 tarih ve 5409 sayılı Kanun, 12/10/2005 tarih ve 25964 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır (<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/10/20051012-6.htm> erişim: 29/9/2019). Protokol’ün onaylanmasını kararlaştıran 17/11/2005 tarih ve 2005/96849 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile resmi çeviri, 13/12/2005 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanmıştır (<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/12/20051213-2.htm> erişim: 29/9/2019). Türkiye Cumhuriyeti, onay belgelerini 20/2/2006 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine tevdi edilmiş ve 1/6/2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir (https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/187/signatures?p_auth=0duHAp0z erişim: 29/9/2019).

¹⁵³ <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/56-avrupa-insan-haklar-sozlesmesine-ek-6-numaral-protokol/> erişim: 29/9/2019.

¹⁵⁴ Türkiye, “Göçmen İşçilerin Hukuki Statüsüne Dair Avrupa Sözleşmesi”ni 24/11/1977 tarihinde akdedilmiştir. Onaylanmasının uygun bulunmasına dair 25/12/1979 tarih ve 2257 sayılı Kanun, 6/1/1980 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Sözleşme’nin onaylanmasına dair 25/11/1980 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile resmi tercüme metni, 27/1/1981 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Onay belgeleri 19/5/1981 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’ne depo edilmiş ve Sözleşme, 1/5/1983 tarihinde yürürlük kazanmıştır (https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/093/signatures?p_auth=SAAGeZM9 erişim: 29/9/2019).

¹⁵⁵ <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/093> erişim: 29/9/2019.

III. KORUMA VE DENETİM MEKANİZMALARI

Yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin korunması ile ilişkili “koruma ve denetim mekanizmaları”, “hukuki çerçeve” kısmında olduğu gibi “ulusal” ve “uluslararası” olarak iki başlık altında incelenecektir.

A. Ulusal Koruma Mekanizmaları

Yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin korunmasına yönelik “ulusal koruma mekanizmaları” “idari” ve “yargısal” mekanizmalar ile “bireysel başvuru mekanizması” şeklinde incelenmiştir. Söz konusu mekanizmaların işleyişinin detayları ve öngörülen “idari usuller” ikinci bölümde incelenecektir.

1. İdari Mekanizmalar

a. Göç İdaresi Genel Müdürlüğü

Göç İdaresi, YUKK'nun 103. maddesi ile kurulmuştur. Anılan maddenin devamı maddelerinde ise Göç İdaresinin görev ve yetkileri ile merkez ve taşra teşkilatına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Ancak anılan Kanun hükümleri, 2/7/2018 tarih ve 703 sayılı “Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”nin¹⁵⁶ 71. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi gereğince yürürlükten kaldırılmıştır¹⁵⁷.

15/7/2018 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlük kazanan “4” sayılı “Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” (CBK) ile Göç İdaresi Genel Müdürlüğü yeniden ihdas edilmiştir.

¹⁵⁶ Bu Kanun Hükmünde Kararname, 10/5/2018 tarih ve 7142 sayılı Kanunla verilen yetkiye istinaden Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılmıştır.

¹⁵⁷ “(f) 1 inci maddesinde yer alan ‘ve İçişleri Bakanlığına bağlı Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarını’ ibaresi, 2 inci maddesinde yer alan ‘; Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarını’ ibaresi, 103 ila 120 nci maddeleri ve 123 üncü maddesi ile eki (I) sayılı cetvel yürürlükten kaldırılmıştır.”

Anılan CBK'nin 158. maddesi gereğince, “göç alanına ilişkin politika ve stratejileri uygulamak, bu konularla ilgili kurum ve kuruluşlar arasında koordinasyonu sağlamak, yabancıların Türkiye'ye giriş ve Türkiye'de kalışları, Türkiye'den çıkışları ve sınır dışı edilmeleri, uluslararası koruma, geçici koruma ve insan ticareti mağdurlarının korunmasıyla ilgili iş ve işlemleri yürütmek üzere İçişleri Bakanlığına bağlı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü” kurulmuştur¹⁵⁸.

Kararname'nin 159. maddesinde Genel Müdürlüğün yetkileri düzenlenmiştir.

Anılan CBK'nin 160 vd. maddelerinde Göç İdaresinin merkez teşkilatı, 162. maddesinde taşra teşkilatı, 163. maddesinde ise yurtdışı teşkilatı düzenlenmiştir.

b. Valilikler

Valilikler, YUKK'nin 65. maddesine göre uluslararası koruma başvurularının birincil muhatabı olan idari makamlardır. Bir uluslararası koruma talebi herhangi bir kolluk birimine yöneltilmesi durumunda, söz konusu müracaat zaman kaybedilmeksizin ilgili valiliğin bilgisine sunulur ve müracaatla alakalı işlemler valilikçe yapılır. Aynı şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılmakta olan yabancı veya vatansızların uluslararası koruma başvuruları da derhal valiliğe iletilir.

2. Yargısal Denetim

a. İdari Yargı Denetimi

Anayasa'nın 125. maddesi gereğince “(i)darenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” “İdarî işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar.” “Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz.”¹⁵⁹ “Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde¹⁶⁰ veya

¹⁵⁸ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/19.5.4.pdf> erişim: 29/9/2019.

¹⁵⁹ Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Özge Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, XII Levha yay., İstanbul, 2013, Güncellenmiş 5. bs., s. 707 vd.

¹⁶⁰ Yıldırım *et al.*, s. 719 vd.

takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez.”¹⁶¹ “İdarî işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.” Ancak olağanüstü hal, seferberlik veya savaş hali, ulusal güvenlik, kamu düzeni ve genel sağlık sebepleri ile idari yargı mercilerinin yürütmeyi durdurma yetkisi kanunla sınırlandırılabilir. Son olarak idare, kendi fiil ve işlemlerinden kaynaklanan zararları tazminle mükelleftir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun (İYUK) 2/2. maddesine göre, *“(i)dari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler”*.

Dava açma süresi, İYUK’nin 7. maddesi gereğince, diğer kanunlarda farklı bir süre öngörülmeven durumlarda Danıştay ve idare mahkemelerinde 60, vergi mahkemelerinde 30 gündür.

YUKK’nin uygulanması nedeniyle oluşan uyuşmazlıklara ilişkin olarak idari yargıya başvurulması ve başvuru alan yerdeki idari yargı çevresinde birden fazla idare mahkemesi bulunması halinde bu tip davalara, Hakimler ve Savcılar Kurulunca belirlenen daire bakar (YUKK md. 101).

YUKK’nin 52. maddesinde hakkında sınır dışı kararı verilen yabancıların, “menşe ülkesine” veya “transit gideceği ülkeye” yahut “üçüncü bir ülkeye sınır dışı edilebileceği” hükme bağlanmıştır. YUKK’un 53. maddesinde, Göç İdaresinin talimatı ile veya resen ilgili valilik tarafından alınan sınır dışı kararına karşı kararın tebliğinden itibaren yedi gün içinde idare mahkemesine başvurulabileceği kurala bağlanmıştır. Daha önce 15 gün olan bu süre, 6/12/2019 tarihli ve 7196 sayılı Kanun’un 75. maddesi ile yedi güne düşürülmüştür. Yine, bu kurala göre idari yargı yoluna başvuran yabancı, temsilcisi veya avukatının sınır dışı kararını veren makamı

¹⁶¹ Yıldırım *et al.*, s. 697 vd.,

keyfiyetten haberdar etmesi gerekmektedir. İdare mahkemesinin başvuruyu 15 gün içinde sonuçlandırması öngörülmüş ise de bu sürede karar verilmemesine hukuki bir müeyyide bağlanmamıştır. Bu nedenle, bahsi geçen sürenin düzenleyici nitelikte olduğu söylenebilir ise de söz konusu süreye riayet edilmemesinin, sınır dışı işleminin ihlal ettiği maddi içeriğe sahip hak ve özgürlükle (Örneğin AİHS md. 2, 3 vb.) bağlantılı olarak Anayasa'nın 40. ve AİHS'nin 13. maddesi bakımından ihlal olarak değerlendirilebilmesi mümkündür.

Rızasının bulunduğu durumlar haricinde, dava süresi (yedi gün) içinde veya dava açılması durumunda bu konudaki yargı süreci neticeleninceye kadar yabancı sınır dışı edilemez. Bu ve buna benzer kurallara AİHM içtihatlarında “otomatik askıya alma mekanizması” adı verilmektedir¹⁶². 6/12/2019 tarih ve 7196 sayılı Kanun değişikliği öncesinde “terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar, kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar ve uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler” bu korumadan yararlandırılmamakta idi. Sınır dışı işlemlerine karşı açılan idari yargı davalarında, genel nitelikteki otomatik askıya alma mekanizmasına getirilen bu istisnalar nedeniyle Anayasa Mahkemesi, sistemin etkililiği bağlamında bir pilot karar vermiş olup, bu karar aynı zamanda bireysel başvuru sisteminde pilot karar usulünün uygulandığı ilk başvurudur¹⁶³. Anılan pilot karar doğrultusunda yasama organınca gerekli adım atılmış, 6/12/2019 tarihinde kabul edilen ve 24/12/2019 tarihinde yürürlüğe giren 7196 sayılı Kanun'un 75. maddesi ile söz konusu istisnalar kaldırılmış ve otomatik askıya alma mekanizması tüm yabancılar için geçerli hale getirilmiştir.

Adli yargı denetimine tabi olan idari gözetime ilişkin kararlar hariç olmak üzere, YUKK'nin 72. maddesi gereğince kabul edilemez olduğuna karar verilen veya 79. maddesi gereğince hızlandırılmış değerlendirme kapsamındaki başvurular

¹⁶² *Gebremedhun [Gaberamadhien]/Fransa*, B. No: 25389/05, 26/4/2007; *Çonka/Belçika*, B. No: 51564/99, 5/2/2002.

¹⁶³ *Bkz. Y.T. Pilot Karar [GK]*, B. No: 2016/22418, 30/5/2019, § 53.

kapsamında verilen kararlara karşı, tebliğden itibaren 15 gün, diğer “idari karar” veya “işlemlere” karşı ise yine tebliğden itibaren 30 gün içerisinde yetkili idare mahkemesine başvurulabilir.

b. Adli Yargı Denetimi

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda öngörülen karar ve işlemler ağırlık olarak idari nitelikte olduğundan, yargısal denetimin de idari yargı mercilerince yapılması beklenebilir. Ancak YUKK, nitelik olarak özgürlükten yoksun bırakılma sonucu doğuran idari gözetim kararlarının yargısal denetimini, bu konuda daha çok uzmanlaşmış olan adli yargı yolunu ve bu yargı yolu içerisinde de sulh ceza hakimliğini görevlendirmiştir.

Gerçekten de YUKK’nin “*sınır dışı etmek üzere idare gözetim ve süresi*” başlıklı 57. maddesinin (6) numaralı fıkrasına göre, “idari gözetim altına alınan kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatı, idari gözetim kararına karşı sulh ceza hâkimine başvurabilir. Başvuru idari gözetimi durdurmaz. Dilekçenin idareye verilmesi hâlinde, dilekçe yetkili sulh ceza hâkimine derhâl ulaştırılır. Sulh ceza hâkimi incelemeyi beş gün içinde sonuçlandırır. Sulh ceza hâkiminin kararı kesindir. İdari gözetim altına alınan kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatı, idari gözetim şartlarının ortadan kalktığı veya değiştiği iddiasıyla yeniden sulh ceza hâkimine başvurabilir”.

Yine uluslararası korumaya ilişkin “*Başvuru sahiplerinin idari gözetimi*” kenar başlıklı 68. maddenin (7) numaralı fıkrasında da 57. maddenin (6) numaralı fıkrasındaki güvence aynen tekrar edilmiştir.

3. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu

Yukarıda belirtilen iç hukuk yollarının tüketilmesini müteakiben ilgili yabancı veya vatansız kişiler, “Anayasa’da güvence altına alınan ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye’nin taraf olduğu Ek Protokollerinin kapsamına giren hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda” bulunabilirler. Bunun için izlenecek usul, başvuruların esası, hak ve özgürlüklerin kapsamına ilişkin açıklamalar ilerleyen bölümlerde yapılacaktır.

B. Uluslararası Koruma Mekanizmaları

Uluslararası koruma mekanizmalarının incelenmesi, bu çalışmanın kapsamını daha yakından ilgilendirmesi itibarıyla, Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi bünyesindeki oluşumlarla sınırlı tutulmuştur.

1. Birleşmiş Milletler

a. Mülteciler Yüksek Komiserliği

“Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği” (BMMYK), 14/12/1950’de BM Genel Kurulunun kararıyla kurulmuş ve dünya çapındaki mültecilerin muhafazası için uluslararası hareketleri düzenlemek, önderlik etmek ve mülteci meselelerini çözüme kavuşturmakla yetkilendirilmiş olup, kurumun temel maksadı mülteci haklarını korumak ve onların refahlarını sağlamaktır.

BMMYK, insan haklarının muhafazasında ve çatışmaların barışçıl yollarla çözüme kavuşturulmasında etkili şartların oluşturulması için devletler ve sair kurumlara destek olarak “zorla yerinden edilme” olaylarını engellemeyi amaç edinmektedir. Bu doğrultuda BMMYK, ülkelerine dönen mültecilerin yeniden uyum ve bütünleşmelerini güçlendirmenin yollarını aramakta olup, mülteci üreten olayların tekrarlanmasını önlemeye çalışmaktadır.

BMMYK, çalışmalarına 1/1/1951 tarihinde başlamış beş yıllık bir görev süresi öngörülmüştür. İkinci Dünya Savaşı sonrası bir milyonu aşkın Avrupa menşeli mülteciye destek olmuştur. Müteakip senelerde, dünya çapında göçe zorlanmış insan sayısındaki artışla, teşkilatın görevi beşer yıllık periyodlarla yenilenmiştir. 2003 yılının sonuna gelindiğinde BM Genel Kurulunca BMMYK’nin görevi süresiz hale getirilmiştir.

BMMYK Türkiye Bürosu, bölgedeki çatışma ortamından kaynaklanan insani krizler ve mülteci akınları karşısında Türk kamu otoritesinin aldığı ve almayı planladığı insani tedbirlerin desteklenmekte ve diğer destekleyici faaliyetleri koordine etmektedir. Söz konusu Büro aynı doğrultuda, ihtiyacı olan yabancıların, Türkiye’de müesses hukuki koruma ve sosyal destek mekanizmalarına ulaşmalarını

kolaylaştırmak için faaliyetler yürütmektedir. BMMYK bu kapsamda Türkiye’deki göç idaresi ile eşgüdüm ve iş birliği tesis ederek kamplar ve şehirlerde yaşamını idame ettirmeye çalışan “mültecilere” insani yardım sağlanmasına ve bu kapsamdaki yerel faaliyetlere destek olmakta, Türkiye’deki sığınma sisteminin ve bu sistemin kanuni kapasitesinin kuvvetlendirilmesine katkı sağlamakta ve Suriye menşeli olmayan sığınmacıların kayıt altına alınarak kendi yetki alanı çerçevesinde “mülteci statüsü belirleme” prosedürünü başlatmak suretiyle destekleyici faaliyetlerine devam etmektedir¹⁶⁴.

b. İnsan Hakları Komitesi

İnsan Hakları Komitesi, “Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme”nin denetim mercii olup, söz konusu Sözleşme’nin uygulamasının takip ve denetiminin sağlanması amacıyla oluşturulmuştur. “Komite”, sözleşmecî devletlere vatandaşlık bağı ile bağlı olan ve seçimle belirlenen 18 “bağımsız uzman”dan müteşekkildir. Üyelerin görev süresi dört yıldır.

“İnsan Hakları Komitesi”, sözleşmecî devletlerce sunulan raporları inceler ve değerlendirmeye tabi tutar. Sözleşmecî devletler, Sözleşme’yi imzaladıkları birinci sene içerisinde, daha sonra da beş senede bir “Komite”ye rapor vermekle yükümlüdür¹⁶⁵. Komite’nin başka bir zaman diliminde rapor istemesi de mümkündür. Komite, ilgili devletin raporunu tahlil ederken güvenilirliğinden şüphe edilmeyen kaynakları, özellikle sivil toplum kuruluşları veya “ulusal insan hakları kurumları”ndan sağlanan verileri de dikkate almaktadır.

¹⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.unhcr.org/tr/>

¹⁶⁵ Türkiye’nin Komiteye sunduğu Başlangıç Raporu (13 Nisan 2011, CCPR/C/TUR/1) için bkz. <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/CCPR:C:TUR:1.pdf> erişim: 30/9/2019; Ayrıca İnsan Hakları Komitesinin “Türkiye Başlangıç Raporu’na ilişkin Sonuç Gözlemleri” (13 Kasım 2012, CCPR/C/TUR/CO/1) için bkz. <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/CCPR:C:TUR:CO:1.pdf> erişim: 30/9/2019; Atasoy ve Sarkut/Türkiye, B. No: 1853/2008 ve 1854/2008, 19/6/2012, CCPR/C/104/D/1853-1854/2008 (<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/AtasoyAndSarkut v. Turkey.pdf> erişim: 30/9/2019).

“Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeye Ek İhtiyari Protokol” ile “İnsan Hakları Komitesi”ne bireysel ve devletler arası müracaat yöntemi öngörülmüştür. Türkiye, bireysel ve devletler arası müracaat yöntemini öngören söz konusu Protokol’e taraf olmak suretiyle, “İnsan Hakları Komitesi”nin söz konusu yetkisini tanıma yolunu seçmiştir.

c. Çocuk Hakları Komitesi

“Çocuk Hakları Komitesi”, “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”nin” denetleme merciidir. Komite, “gizli seçim yoluyla” belirlenen bağımsız üyelerden oluşmaktadır. Sözleşme’nin ilk metnine göre, Komite 10 üyeden müteşekkil ise de yapılan bir düzenleme ile üye sayısı 18’e yükseltilmiştir. Üyelerin görev süreleri dört senedir.

“Çocuk Hakları Komitesi” de “İnsan Hakları Komitesi” gibi, sözleşmeci devletlerce sunulan raporları inceleyip değerlendirmeye tabi tutar¹⁶⁶. Sözleşmeci devletler, Sözleşmeyle bağlı olmaya başladıkları ilk iki sene içerisinde, daha sonra ise her beş senede bir “Komite”ye rapor sunma yükümlülüğü altındadır. Ayrıca gerek duyulduğunda da rapor sunma yükümlülüğü doğmaktadır. Komite tarafından, sözleşmeci devletçe sunulan raporların, ilgili devletin görevlendirdiği kişilerin iştirakiyle irdelendiği “yapıcı diyaloglar” ve sözleşmeci devletlerden gelen raporların tetkikine dayalı genel önerilerde bulunulabilir. Bununla beraber Komite, Sözleşme’nin hükümlerini açıklığa kavuşturmak amacıyla genel yorumlamalar da yapabilir.

Komite ayrıca, bahsi geçen Sözleşme’ye Ek “Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili” ve “Çocukların Silahlı Çatışmalara Dâhil Olmaları

¹⁶⁶ Türkiye, Başlangıç Raporu, 8 Ağustos 2000, CRC/C/51/Add.4 (erişim: 30/9/2019); <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/CRC:C:51:Add.4.pdf> erişim: 30/9/2019; Türkiye, İkinci ve Üçüncü Rapor, 18 Temmuz 2011, CRC/C/TUR/2-3 <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/CRC:C:TUR:2-3.pdf> erişim: 30/9/2019; Çocuk Hakları Komitesi, Sonuç Gözlemleri: Türkiye Başlangıç Raporu, 9 Temmuz 2001, CRC/C/15/Add.152 <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/CRC:C:15:Add.152.pdf> erişim: 30/9/2019; Çocuk Hakları Komitesi, Sonuç Gözlemleri: Türkiye İkinci ve Üçüncü Rapor, 20 Temmuz 2012, CRC/C/TUR/CO/2-3 <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/CRC:C:TUR:CO:2-3.pdf> erişim: 30/9/2019.

Konusundaki” İhtiyari Protokollere bağlı devletlerce verilen raporları da değerlendirmeye tabi tutabilmektedir.

Tüm bunlara ek olarak, 14/4/2014 tarihi itibarıyla yürürlük kazanan “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin Başvuru Usulüne İlişkin İhtiyari Protokol”le Komite, devletler arası ve bireysel müracaatları incelemeye yetkili kılınmıştır. Ayrıca, yine “Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Başvuru Usulüne İlişkin İhtiyari Protokol”le bağlı devletler yönünden Komite, müracaat sahiplerinin giderimi mümkün olmayan zararlardan korunmasına yönelik geçici nitelikte önlemler almaya yetkilidir. “Ciddi ve sistematik” hak ihlalleri oluştuğuna dair güvenilen kaynaklardan edinilen bilgiler mevcut olan hallerde, “soruşturma” yöntemine müracaat edilebilir ve sözleşmecî devletle görüşmeye gelinebilir. Protokol, Türkiye yönünden 26/3/2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

d. Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi

“Irka Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi”, “Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme”nin uygulanmasının denetimini sağlayan mercidir. Komite, sözleşmecî devletlerce gösterilen adaylar arasından belirlenen 18 uzman üyeden müteşekkildir. Üyeler dört sene için seçilirler.

Sözleşmecî devletlerin, Sözleşme’ye imza koydukları birinci yıl içerisinde ve bundan sonra da iki senede bir, Komiteye rapor sunma mükellefiyetleri bulunmaktadır¹⁶⁷. Ayrıca, belirtilen zaman periyodu beklenmeksizin Komitece gerekli görülmesi halinde de ilgili devletin rapor sunma zorunluluğu doğabilir.

¹⁶⁷ Türkiye’nin Komite’ye sunduğu raporlar: Türkiye, Üçüncü Periyodik Rapor, 13 Şubat 2008, CERD/C/TUR/3 <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/CERD:C:TUR:3.pdf> erişim: 30/9/2019; Türkiye, Dördüncü, Beşinci ve Altıncı Periyodik Rapor, 17 Nisan 2014, CERD/C/TUR/4-6 <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/CERD:C:TUR:4-6.pdf> erişim: 30/9/2019; Komite’nin Türkiye’ye ilişkin sonuç gözlemleri: Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, Sonuç Gözlemleri: Türkiye Üçüncü Periyodik Rapor, 24 Mart 2009, CERD/C/TUR/CO/3 <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/CERD:C:TUR:CO:3.pdf> erişim: 30/9/2019.

Komite tarafından raporlar incelendikten sonra, genel nitelikte birtakım önerilerde bulunulabilir.

Ayrıca Komite, Sözleşme’de güvence altına alınan haklara ilişkin genel yorumlar yayınlamaya, bireysel müracaatları ve devlet müracaatlarını tetkike yetkilidir. Komiteye bireysel müracaatta bulunulabilmesi için, ilgili sözleşmeci devletin Komitenin bu yetkisini tanımış olması gerekli olup, Türkiye Cumhuriyeti tarafından, Komitenin bireysel müracaatları inceleme yetkisi henüz tanınmamıştır.

e. İşkenceye Karşı Komite

“İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”nin denetim mercii, “İşkenceye Karşı Komite”dir. Taraf devletlerin adayları arasından seçilen 10 uzman üyeden oluşur. Komite üyelerinin görev süresi 4 yıldır.

“İşkenceye Karşı Komite”, sözleşmeci devletlerce sunulan raporları değerlendirmeye tabi tutmaktadır. Sözleşmeci devletlerin, birinci senenin sonunda ve sonrasında dört senede bir Komiteye rapor sunma yükümlülükleri bulunmaktadır¹⁶⁸. Bunun yanı sıra belirtilen süre sınırlaması ile bağlı olmaksızın ilgili devletin, Komite tarafından talep edilen özel durumlarda rapor sunma yükümlülüğü doğabilir. Söz konusu raporları inceleyen Komitece, genel nitelikte önerilerde bulunulabilir.

¹⁶⁸ Türkiye’nin Komite’ye sunduğu raporlar: Türkiye, İkinci Periyodik Rapor, 22 Temmuz 2002, CAT/C/20/Add.8 <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/CAT:C:20:Add.8.pdf> erişim: 30/9/2019; “Türkiye, Üçüncü Periyodik Rapor”, 26 Ocak 2010, CAT/C/TUR/3 <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/CAT:C:TUR:3.pdf> erişim: 30/9/2019; “Türkiye, Dördüncü Periyodik Rapor”, 26 Ocak 2015, CAT/C/TUR/4 <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/CAT:C:TUR:4.pdf> erişim: 30/9/2019; “Komite’nin Türkiye’ye ilişkin sonuç gözlemleri: İşkenceye Karşı Komite, Sonuç Gözlemleri: Türkiye İkinci Periyodik Rapor”, 27 Mayıs 2003, CAT/C/CR/30/5 <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/CAT:C:CR:30:5.pdf> erişim: 30/9/2019; “İşkenceye Karşı Komite, Sonuç Gözlemleri: Türkiye Üçüncü Periyodik Rapor”, 20 Ocak 2011, CAT/C/TUR/CO/3 <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/CAT:C:TUR:CO:3.pdf> erişim: 30/9/2019; “Soruşturma yoluyla denetim ve Türkiye Komite’nin Türkiye’ye ilişkin soruşturma raporları: İşkenceye Karşı Komite, Soruşturma Raporu”, 15 Kasım 1993, A/48/44/Add.1 <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/A:48:44:Add.1.pdf> erişim: 30/9/2019.

Komitenin, Sözleşme’de güvence altına alınan haklara ilişkin genel yorum ve öneriler yayınlama, bireysel ve devletler arası müracaatları incelemeye tabi tutma yetkisi bulunmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti tarafından, Komitenin devletler arası ve bireysel müracaatları inceleme yetkisi tanınmıştır. Telafisi imkânsız zararların doğabileceği durumlarda Komite, lüzumlu görülen “geçici tedbirler alınmasını” ilgili devletten talep edebilir. Sözleşmecî devlette sistematik işkence yapıldığına ilişkin somut ve güvenilir bilgiler bulunması halinde Komitenin, “soruşturma usulünü” devreye sokma yetkisi de bulunmaktadır. Ancak Komitece bu yetkinin kullanılabilmesi için ilgili devletin “Komitenin soruşturma yetkisini tanımadığına” dair açık bir beyanda bulunmamış olması gerekmektedir. Türkiye’nin bu doğrultuda sunduğu olumsuz bir beyanı bulunmamaktadır.

f. İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezanın Önlenmesi Alt Komitesi

“İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezanın Önlenmesi Alt Komitesi”, aynı adlı BM Sözleşmesi’ne Ek İhtiyari Protokol’ün denetleme merciidir. Alt Komitenin 10 üyesi olup, sözleşmecî devletlerce belirlenen adaylar içinden seçilen dört yıllık süre için seçilirler.

Alt Komitece, kişilerin özgürlüklerinin kısıtlandığı gözaltı ve mahpuslara özgü mekanlara haberli veya habersiz periyodik ziyaretlerde bulunabilir ve sözleşmecî devletlere bu kapsamda önerilerde bulunur. Sözleşmecî devlet Alt Komitece yapılan önerileri gereğini yapmayı reddettiği takdirde, ilgili ziyarete dair rapor alenileştirilebilir. Ayrıca sözleşmecî devlet, ulusal planda da bir önleyici mekanizması tesis etme mükellefiyeti altındadır. Bu bağlamda Alt Komite, söz konusu mekanizma ile de temasa geçebilir.

g. Tüm Göçmen İşçiler ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunması Komitesi

Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunması Komitesi, aynı adlı Uluslararası Sözleşme’nin denetleme merciidir. Komitenin çalışma alanına ilişkin konularda uzmanlığı bulunan Komite üyeleri, dört yıl için seçilirler.

Komitece, sözleşmecı devletlerin sunduğu raporlar değerlendirmeye tabi tutulur. Sözleşmecı devletlerin, Sözleşme'ye taraf oldukları birinci yıl ve sonrasında beş yıllık periyodlarla Komiteye rapor sunma yükümlülükleri bulunmaktadır. Ayrıca Komitece gerek duyulması halinde ilgili devletin, rapor sunma yükümlülüğü doğabilmektedir. Raporları inceleyen Komitece genel nitelikte önerilerde bulunabilmektedir. Sözleşmecı devletçe yetkisi tanındığı takdirde Komitenin bireysel ve devletler arası müracaatları inceleme yetkisi doğmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti, "Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme"ye onay verirken, Komitenin yetkisini ileriki bir tarihte tanıyacağına ilişkin beyanda bulunmuştur.

h. İnsan Hakları Konseyi

Birleşmiş Milletler Şartı'nın 1/3. maddesine göre, BM'nin en temel gayelerinden bir tanesi "*insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygıyı geliştirmek ve teşvik etmektir*". Bu gerçeklikten yola çıkarak, kurulduğu 1945 yılını müteakiben Birleşmiş Milletlerce insan haklarına ilişkin ortak kriterlerin belirlenmesi yönünde faaliyetlere başlanmıştır. Söz konusu faaliyetlerin ilk meyvesi, 10/12/1948 tarihinde BM Genel Kurulunda İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin kabulüyle alınmıştır. Bildirge'nin bağlayıcılığının bulunmaması sebebiyle, bahsi geçen faaliyetler bu tarihten sonra da devam etmişse de ağırlık olarak o tarihlerde devam etmekte olan "Soğuk Savaş" gibi siyasi ve konjonktürel faktörler bu süreci yavaşlatmıştır.

Diğer taraftan, BM bünyesinde kabul edilen, insan haklarına ilişkin bir sözleşme, yalnızca âkit devletler yönünden bağlayıcı olduğundan, herhangi bir sözleşmeye dayanmayan ve doğrudan BM Şartı'nın yukarıda sözü edilen gayelerini realize etmeye yönelik denetim yöntemleri ihdas edilmiştir.

BM Şartı'na dayanan denetim faaliyetleri, yıllardan beri BM İnsan Hakları Komisyonu yapısı içerisinde yürütülmüştür. Fakat Komisyona yönelik tenkitlerin çoğalması sebebiyle, BM Genel Kurulunca 2006 yılında kurulan "İnsan Hakları Konseyi", Komisyonun işlevini devralmıştır. BM Genel Kurulunca belirlenen 47 devletin temsilcisinden oluşan Konsey, her sene 10 hafta boyunca Cenevre şehrinde

toplanmakta ve kendine yüklenen verilen görevleri yürütmektedir. Konseye üye devletler, üç yıllık süre için seçilir ve bir sonraki dönemde üye seçilemezler.

Bir şikayet başvurusunun “İnsan Hakları Konseyi”nce incelemeye tabi tutulabilmesi için başvurunun konusunu, sistemli ve ağır nitelikteki insan hakkı ihlalleri olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, tekil nitelikli insan hakkı ihlalleri, Konsey önüne getirilemez.

2. Avrupa Konseyi

a. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuru” da yabancıların “temel hak ve özgürlüklerinin” muhafazası açısından oldukça önemli ve etkili bir koruma mekanizması olup, ikinci bölümde ayrı başlık altında inceleneceğinden, şimdilik sadece başlık olarak zikredilmesi yeterli görülmüştür.

b. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri

“Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri”nin görevleri, “insan haklarına saygı gösterilmesini temin etmek, devletlerin “insan hakları” sahasındaki gayretlerini ve eğitim faaliyetlerini desteklemek, tüm bu alanlardaki yetersiz kalan noktaları tespit etmek ve sorumluluğu olan diğer kuruluşların insan hakları sahasındaki etkinliklerinin önünü açmaktır.

Avrupa Konseyi çatısı altında “İnsan Hakları Komiserliği”nin kuruluş girişimleri, 10-11/101997 tarihli “İkinci Hükümet ve Devlet Başkanları Zirvesi”nde başlatılmıştır.

Bakanlar Komitesi’nin 7/5/1999 tarihli kararıyla, “İnsan Hakları Komiserliği”nin kuruluş süreci nihayete ermiştir.

Görev periyodu altı sene olan “İnsan Hakları Komiseri”, ilk defa 1999-2006 tarihleri arasında görevlendirilmiştir.

Avrupa Konseyine üye devletlere ziyaretler gerçekleştiren Komiser, söz konusu ziyaretlerini rapora dönüştürür¹⁶⁹. Bununla beraber Komiser, “tematik raporlar” da hazırlayabilir. Nihayet, AİHS’ye Ek 14 No.lu Protokol’ün 1/6/2010 tarihi itibarıyla yürürlük kazanması ile Komiserin, AİHM önünde derdest başvurulara müdahil olarak katılması da mümkün hale gelmiştir.

c. Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu

“Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu”nun gayesi “ırkçılık, yabancı düşmanlığı, antisemitizm ve ırk, renk, dil, din, uyrukluk ya da etnik köken” temelinde ortaya çıkan ayrımcı fiilleri kapsayan “hoşgörüsüzlükle” (“*intolerans*”) mücadele edilmesidir.

Komisyon, 1993 senesinde yapılan “Birinci Hükümet ve Devlet Başkanları Zirvesi”nde ihdas edilmiştir. Bu çerçevede Komisyonun kuruluşunun dayanağı olarak herhangi bir “Avrupa Konseyi Sözleşmesi” bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Komisyon tarafından, Avrupa Konseyine üye devletlere ziyaretler gerçekleştirilerek “ülke raporları” hazırlanarak önerilerde bulunulmaktadır. Komisyon faaliyetleri beş senelik periyodlar halinde, senede dokuz-on ülke ele alınacak şekilde sürdürülmektedir.

Ayrıca Komisyon tarafından, Avrupa Konseyine üye devletlerin politikalarına yönelik genel nitelikte “tavsiye kararları” da alınabilmektedir¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri’nin Türkiye raporları: 1-5 Temmuz 2013 Türkiye Ziyareti Raporu, 26.11.2013, CommDH(2013)24; 10-14 Ekim 2011 Türkiye Ziyareti Raporu, 10.01.2012, CommDH(2012)2; 27-29 Nisan 2011 Türkiye Ziyareti Raporu, 12.07.2011, CommDH(2011)25; 28 Haziran-3 Temmuz 2009 Türkiye Ziyareti Raporu, 01.10.2009, CommDH(2009)30; 11-12 Haziran 2003 Türkiye Ziyareti Raporu, 19.12.2003, CommDH(2003)15; 3-6 Aralık 2001 Türkiye Ziyareti, 12.12.2001, CommDH(2001)14; (<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/44-avrupa-konseyi-insan-haklar-komiseri/> erişim: 30/9/2019).

¹⁷⁰ Tavsiyelerin İngilizce ve Türkçe metinlerine ulaşmak için bkz. <http://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/31-avrupa-konseyi-diger-belgeler/> (erişim: 30/9/2019); “Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu, Beşinci Türkiye Raporu”, 04.10.2016, CRI(2016)37; “Ara İzleme Kapsamında Türkiye’ye Yönelik Tavsiyelerin Uygulanmasına İlişkin Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu’nun Vardığı Sonuçlar; Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu, Dördüncü Türkiye Raporu”,

d. Avrupa İşkencenin ve İnsanlıkdışı veya Onurkırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi (CPT)

Kısa adı “CPT” olan “Avrupa İşkencenin ve İnsanlıkdışı veya Onurkırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi”nin (“European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment”) temel fonksiyonu, “ziyaret yöntemi”yle denetimler gerçekleştirmek olup, “İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi”nin denetleme merciidir.

Komite, “İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi” kapsamındaki sözleşmeci devlet adedi kadar sayıda üyeye sahip olup, üyelerin görev süreleri dört senedir.

Komite, Sözleşme kapsamındaki güvencelerin ihlaline ilişkin şikayetler hakkında karar veren yargısal nitelikli bir denetim organı değildir. İhlal gerçekleşmeden önce önleme (“proaktif denetim”) Komitenin denetleme yönteminin esasını oluşturmaktadır. Bu gayeyle Komite, sözleşmeci devletlerin gözetim ve denetimi altında bulunan kişilerin, kamu otoritesince özgürlüklerinden yoksun bırakılmakta oldukları mekanlara ziyaretler gerçekleştirebilir ve bu mekanlarda “inceleme, araştırma ve denetim” yapabilir. Sözleşmeci devletlerin, Komitenin ziyaretlerine müsaade etme ve Komite ile iş birliği yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. Komite, söz konusu “gözetim” mekanlarına “sınırsız erişim” ve söz konusu mekanlarda hiçbir kısıtlamada bulunulmaksızın gözlem yapma yetkilerine sahiptir. Ziyareti gerçekleştiren üyeler, özgürlüklerinden mahrum edilen kişilerle özel görüşebilir ve bilgi sahipleri ile serbestçe iletişime geçebilirler.

Komite, ziyaretlerini “periyodik” aralıklarla ya da “*ad hoc*” şekilde yapabilir. Ziyaret kararı, resen veya ilgili sözleşmeci devletçe davet yapılması üzerine

08.02.2011, CRI (2011)5; “İrkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu, Üçüncü Türkiye Raporu”, 15.02.2005, CRI (2005)5; “İrkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu, İkinci Türkiye Raporu”, 03.07.2001, CRI (2001)37; “İrkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu, Birinci Türkiye Raporu”, 09.11.1999, CRI (99)52 (<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/45-irkclga-ve-hosgorusuzluge-kars-avrupa-komisyonu/> erişim: 30/9/2019).

alınabilir. Bir sözleşmeci devletin daveti ile gerçekleşen ilk ziyaret, 1996 tarihinde Türkiye'ye yapılmıştır.

Komitece hazırlanan raporlar, prensip olarak gizli tutulmaktadır. Fakat, sözleşmeci devletçe onaylanması halinde söz konusu raporlar kamuoyunun erişimine açılabilir. Bununla birlikte ilgili devletin, Komite ile iş birliği yapmaktan ve raporlarda eleştirilen koşullara ilişkin iyileştirmeleri yapmaktan ısrarla kaçınması halinde kamuoyuna ilgili raporlar hakkında bilgi verilebilir. Komitece, Türkiye hakkında 1992 ve 1996 yıllarında belirtilen kapsamda kamuoyu bilgilendirmeleri yapılmıştır.

Anayasa Mahkemesi ve AİHM'nin yabancı ve vatansız statüsündeki kişilere ilişkin idari gözetim tedbirlerinin uygulandığı geri gönderme merkezlerinin koşullarına ilişkin değerlendirmelerinde CPT'nin yaşam koşullarına ilişkin genel asgari standartları¹⁷¹ ile başvuru hakkında idari gözetim tedbirinin uygulandığı tarih aralığı veya o tarih aralığa yakın dönemlere ilişkin raporlarını birinci derecede referans aldığı görülmektedir¹⁷².

e. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi¹⁷³

Avrupa Sosyal Hakları Komitesi, Avrupa Sosyal Şartı kapsamında kurulmuş bir organdır. Şart'a imza koyan devletlerin, iki yıllık periyodlarla Komiteye "ülke raporları"ni sunma yükümlülükleri bulunmaktadır. Söz konusu raporlar değerlendirilirken, sözleşmeci devletlerce Şart'ın öngördüğü kurallara riayet edilip edilmediği tespit edilir ve inceleme neticesinde, müspet veya menfi bir kanaat beyan edilir. Komitece ortaya konulan bu saptamalar, "*Kararlar*" başlıklı bir metin olarak yayınlanmak suretiyle alenileştirilir.

¹⁷¹ Komitece özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerin tutulma koşulları hakkında yayımlanan standartlar için bkz. <http://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/31-avrupa-konseyi-diger-belgeler/> erişim: 30/9/2019; bkz. Harris *et al.*, s. 95-96.

¹⁷² Harris *et al.*, s. 95.

¹⁷³ <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/46-avrupa-sosyal-haklar-komitesi/> erişim: 29/9/2019.

Yukarıda bahsi geçen raporların incelenmesi neticesinde sözleşmeci devletlere yönelik olarak belirlenen öneriler Bakanlar Komitesi tarafından tavsiye kararına dönüştürülebilir.

“Avrupa Sosyal Şartı’na Ek Toplu Şikâyet Sistemi Öngören Protokol”le mevcut denetim yöntemlerine, “toplu şikâyete dayanan denetim usulü” ilave edilmiştir. “Toplu şikâyetler” herhangi bir sözleşmeci devletin Şart’la güvence altına alınan bir yükümlülüğün gereklerine aykırı hareket edildiği iddialarını içermektedir.

Toplu şikâyetler de Komite tarafından incelemekte ve elde edilen bulgular bir rapora bağlanmaktadır. Sözü edilen rapor, Bakanlar Komitesi ve Parlamenteler Asamblesi’ne gönderilir. Raporu inceleyen Bakanlar Komitesince, Şart’ın ihlal edildiği kanaatine varılması halinde, duruma ilişkin bir “tavsiye kararı” alınır.

Revizyona tabi tutulmuş Avrupa Sosyal Şartı ile dördüncü bölümünün (D) maddesi ile Şart’ın ihtiva ettiği hükümlerin denetiminin, ilgili devletin “Toplu Şikâyet Sistemi Öngören” Ek Protokol’e taraf olması kaydıyla, “toplu şikâyet usulü”yle yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Diğer yandan, söz konusu maddenin ikinci fıkrası “Avrupa Sosyal Şartına Ek Toplu Şikâyet Sistemi Öngören Protokol”e imza koymamış olan devletlere de tek taraflı bir bağlayıcılık beyanı ile “toplu şikâyet usulü”nü kabul etme imkanı sağlamaktadır.

f. Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu)

“Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu” veya “Venedik Komisyonu”, Avrupa Konseyi nezdinde anayasal konulara ilişkin istişare organı niteliğinde olup, 1990 yılında kurulmuştur. Komisyon’un görevi, Konsey üyesi devletlere “hukuki tavsiyelerde bulunarak demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğüne ilişkin mekanizmalarını Avrupa standartlarıyla uyumlaştırmak isteyen Devletlere yardımcı” olmaktır¹⁷⁴. Komisyonun çalışmaları, “demokratik kurumlar ve

¹⁷⁴ Venedik Komisyonunun Türkiye’ye ilişkin görüşleri: “Türkiye Büyük Millet Meclisi Tarafından 21 Ocak 2017 Tarihinde Kabul Edilen 16 Nisan 2017 Tarihinde Referanduma Sunulacak Olan Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Görüş”, 13 Mart 2017, CDL-AD(2017)005; “Sulh Ceza Hakimliklerinin Görev, Yetki ve İşleyişleri Hakkında Görüş”, 13 Mart 2017, CDL-AD(2017)004; “Anayasa’nın 83. Maddesinin İkinci Fıkrasının Askıya Alınmasına İlişkin Görüş

temel haklar”, “anayasa yargısı ve seçimler” ile “siyasi partiler” sahalarında sürdürülmektedir.

2019 yılı itibarıyla (47’si Avrupa Konseyi üyesi) toplam 62 devlet, Komisyona üyedir. Türkiye Cumhuriyeti’nin, kuruluşundan (1990) itibaren Komisyona üyeliği bulunmaktadır.



(Yasama Dokunulmazlığı”, 14 Ekim 2016, CDL-AD(2016)027; “5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun (“İnternet Kanunu”) ile İlgili Görüş”, 15 Haziran 2016, CDL-AD(2016)011; “Sokağa Çıkma Yasaklarının Yasal Çerçevesine İlişkin Görüş”, 13 Haziran 2016, CDL-AD(2016)010; “Türk Ceza Kanunu’nun 216, 299, 301 ve 314. Maddelerine İlişkin Görüş”, 15 Mart 2016, CDL-AD(2016)002; “Anayasa Mahkemesinin Yapısının Değiştirilmesi Hakkında Anayasa Değişikliği Tasarısına İlişkin Görüş”, 29 Haziran 2004, CDL-AD(2004)024; “Türkiye’de Siyasal Partilerin Kapatılmasıyla İlgili Yasal ve Anayasal Düzenlemelere İlişkin Görüş”, 13 Mart 2009, CDL-AD(2009)006; “Türkiye’de Dini Cemaatlerin Hukuki Statüsü ile İstanbul Ortodoks Patrikliğinin “Ekümenik” Sıfatını Kullanma Hakkına İlişkin Görüş”, 15 Mart 2010, CDL-AD(2010)005; “Hâkimler ve Savcılar Kanunu Tasarısına İlişkin Görüş”, 29 Mart 2011, CDL-AD(2011)004; “Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanuna İlişkin Görüş”, 18 Kasım 2011, CDL-AD(2011)040 (Görüşlerin İngilizce metinlerine ve bazılarının Türkçe tercümelerini incelemek için bkz. <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/112-avrupa-hukuk-yoluyla-demokrasi-komisyonu/> erişim: 30/9/2019).

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRKİYE'YE GELEN YABANCILARA İLİŞKİN HUKUKİ SÜREÇLER VE BİREYSEL BAŞVURU YOLU

I. TÜRKİYE'YE GELEN YABANCILARA İLİŞKİN HUKUKİ SÜREÇLER

Bu başlık altında “düzenli göç”, “düzensiz göç”, “uluslararası koruma” ve “geçici koruma” konu başlıkları ele alınacaktır.

A. Düzenli Göç

Bir kimsenin, “menşe”, “transit” veya “hedef” ülkelerin kanunlarına uygun olarak vatandaşlık bağı olan Devletin ülkesi dışındaki bir ülkeye (vatansızlar açısından herhangi bir Devletin ülkesine), belirli bir süre için giriş yaparak o ülkede konaklamasına “düzenli göç” adı verilmektedir. Daha basit bir tanımlamaya göre “düzenli göç” hukuka uygun yöntemlerle gerçekleştirilen göçtür¹.

¹ **Göç Terimleri Sözlüğü**, (Ed. Richard Perruchoud ve Jillyanne Redpath – Cross), Uluslararası Göç Hukuku Yay. No: 31, Uluslararası Göç Örgütü (IOM) yay., 2013, s. 26.

1. Yabancılara Vize Verilmesi

a. Türkiye'ye Giriş

Pasaport Kanunu'nun 2. maddesine göre, "yolcu giriş – çıkış kapılarındaki" kolluk görevlilerine Türkiye'ye girmek isteyen yabancılar tarafından "usulüne uygun ve muteber pasaport" veya "pasaport yerine geçen bir belge" ibrazı zorunludur. Gümrük ve sair muamelelerin gerçekleştirilebilmesi de söz konusu "giriş-çıkış işlemlerinin" tamamlanmasına bağlıdır. YUKK'nin 5. ve 6. maddeleri de benzer hükmü içermektedir.

YUKK'nin 6. maddesi, Türkiye'ye giriş yapmak isteyen bir yabancı, aynı Kanun'un 7. maddesinde sayılan kişiler arasında olup olmadığının incelenmesini emretmektedir. Söz konusu maddede "Türkiye'ye girişlerine izin verilmeyecek yabancılar" başlığı altında sayılan kişiler, "*(p)asaportu, pasaport yerine geçen belgesi, vizesi veya ikamet ya da çalışma izni olmayanlar ile bu belgeleri veya izinleri hileli yollarla edindiği veya sahte olduğu anlaşılanlar, (v)ize, vize muafiyeti veya ikamet izin süresinin bitiminden itibaren en az altmış gün süreli pasaport veya pasaport yerine geçen belgesi olmayanlar, 15 inci maddenin ikinci fıkrası² saklı kalmak kaydıyla, vize muafiyeti kapsamında olsalar dahi, 15 inci maddenin birinci fıkrasında³ sayılan*" yabancılarıdır.

² "(2) Bu madde kapsamında olmasına rağmen vize verilmesinde yarar görülenlere Bakanın onayıyla vize verilebilir."

³ "(1) Aşağıda belirtilen yabancılara vize verilmez:

- a) Talep ettikleri vize süresinden en az altmış gün daha uzun süreli pasaport ya da pasaport yerine geçen belgesi olmayanlar
- b) Türkiye'ye girişleri yasaklı olanlar
- c) Kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından sakıncalı görülenler
- ç) Kamu sağlığına tehdit olarak nitelendirilen hastalıklardan birini taşıyanlar
- d) Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu anlaşmalar uyarınca, suçluların geri verilmesine esas olan suç veya suçlardan sanık olanlar ya da hükümlü bulunanlar
- e) Kalacağı süreyi kapsayan geçerli sağlık sigortası bulunmayanlar
- f) Türkiye'ye giriş, Türkiye'den geçiş veya Türkiye'de kalış amacını haklı nedenlere dayandıramayanlar
- g) Kalacağı sürede, yeterli ve düzenli maddi imkâna sahip olmayanlar

Yukarıda 7. madde kapsamında belirtilen kişilerin girişlerinin engellenmesi, giriş anında ortaya çıkan durumlarla ilgilidir. Bunun dışında ayrıca “Türkiye’ye giriş yasağı” müessesesi de mevcut olup YUKK’nin 9. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre Göç İdaresi Genel Müdürlüğü, “gerektiğinde ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının görüşlerini alarak, kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından Türkiye’ye girmesinde sakınca görülen yabancıların ülkeye girişini” yasaklayabilmektedir. Söz konusu yasak, azami *beş yıl* için geçerlidir. Fakat, “kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından ciddi tehdit bulunması hâlinde” belirtilen müddete, Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne “en fazla on yıl daha” eklenebilir.

YUKK’nin 10. maddesi, hakkında giriş yasağı kararı verilen yabancılara ilgili kararın, yabancıнын yurda girmiş olup olmamasına göre sınır kapısındaki görevlilerce veya ilgili valilikçe tebliğ edilmesini öngörmektedir. Aynı maddeye göre söz konusu tebligatta, Anayasa’nın 40. maddesinde sağlanan güvencelerin bir gereği olarak giriş yasaklanan yabancıнын ilgili karar aleyhine etkin bir şekilde itiraz yoluna müracaat edebileceği ve söz konusu süreç içerisinde “diğer yasal hak ve yükümlülükleri”nin nelerden ibaret olduğu da bildirilecektir. Maddede bu konuda bir açıklık olmamakla birlikte eşyanın tabiatı gereği söz konusu bilgilendirmenin, ilgili yabancıнын anladığı dilde yapılmasının gerekli olduğu kanaatindeyiz.

“Vize veya ikamet izni süresi sona eren” ve bu son bulma keyfiyeti yetkili mercilerce saptanmadan önce Türkiye’yi terk etmek için ilgili valiliğe müracaat eden ve “hakkında sınır dışı etme kararı alınan” yabancılara, “idari para cezalarını ödemiş olmaları ve Bakanlıkça belirlenen ihlal sürelerini aşmamaları” koşuluyla, “giriş yasağı” uygulanması yönünde karar verilmemesi idarenin takdirine bırakılmıştır.

ğ) Vize ihlalden veya önceki ikamet izninden doğan ya da 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre takip ve tahsil edilmesi gereken alacakları ödemeyi kabul etmeyenler veya 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa göre takip edilen borç ve cezalarını ödemeyi kabul etmeyenler”

“Giriş yasağını” tamamen kaldırma veya yasağı kaldırmaksızın ilgili “yabancının belirli bir süre için Türkiye’ye girişine” izin verme konusunda da Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün takdir yetkisi mevcuttur.

Bireysel olarak yabancıların tabi olduğu müşahhas sınırlamaların ötesinde yurda giriş konusunda genel sınırlamalar getirilmesi de mümkündür. Bu doğrultuda “kamu düzeni”, “kamu güvenliği” veya “kamu sağlığı” mülahazalarıyla Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün, “idari para cezaları” ve “kamu alacakları” bağlamında ise ilgili valiliklerin, yabancıların ülkeye kabulünü “ön izin” koşuluna bağlama yetkileri bulunmaktadır.

b. Vize Verilmesi

“Vize”nin tanımı, YUKK’nin 3/1-t maddesinde yapılmıştır. Buna göre “vize”, “Türkiye’de en fazla doksan güne kadar kalma hakkı tanıyan ya da transit geçişi sağlayan izni” ifade etmektedir.

Türkiye’ye giriş için uygulanan “vize rejimi” YUKK’nin 11. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre “Türkiye’de doksan güne kadar kalacak yabancılar, vatandaşı oldukları veya yasal olarak buldukları ülkedeki konsolosluklardan geliş amaçlarını da belirten vize olarak gelirler. Vizenin veya vize muafiyetinin Türkiye’de sağladığı kalış süresi, her yüz seksen günde doksan günü geçemez.” Aynı maddenin (2) numaralı fırcası gereğince, yabancının almış olduğu vize, Türkiye’ye girişi sağlayan mutlak bir hak olarak değerlendirilmemektedir.

YUKK’nin 11/3. maddesine göre kural olarak konsolosluklar, istisnai olarak da “sınır kapılarının bağlı olduğu valilikler” vize vermeye yetkilidir. Vize başvurularının 90 gün içerisinde sonuçlandırılması gerekmektedir.

“Sınır kapılarının bağlı olduğu” valiliklere verilen istisnai vize yetkisi YUKK’nin 13. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre “(v)ize almadan sınır kapılarına gelen yabancılar, süresi içinde Türkiye’den ayrılacaklarını belgelemeleri hâlinde, sınır kapılarında istisnai olarak vize” verilebilmektedir. Kanun bu vize türüne “sınır vizesi” adını vermiştir.

YUKK'nin 14. maddesinde "havalimanı transit vizeleri" düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre "Türkiye'den transit geçecek yabancılara, havalimanı transit vizesi şartı getirilebilir. Havalimanı transit vizeleri, en fazla altı ay içinde kullanılmak üzere konsolosluklar tarafından verilir." "Havalimanı transit vizesi" talep edilecek yabancı kategorileri, İçişleri ve Dışişleri Bakanlıklarının alacağı ortak kararlarla belirlenecektir.

c. Vize Verilmeyecek Yabancılar

YUKK'nın 15. maddesinde "vize verilmeyecek yabancılar" sıralanmıştır. Buna göre "(t)alep ettikleri vize süresinden en az altmış gün daha uzun süreli pasaport ya da pasaport yerine geçen belgesi olmayanlar", "Türkiye'ye girişleri yasaklı olanlar", "(k)amu düzeni veya kamu güvenliği açısından sakıncalı görülenler", "(k)amu sağlığına tehdit olarak nitelendirilen hastalıklardan birini taşıyanlar", "Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu anlaşmalar uyarınca, suçluların geri verilmesine esas olan suç veya suçlardan sanık olanlar ya da hükümlü bulunanlar", "(k)alacağı süreyi kapsayan geçerli sağlık sigortası bulunmayanlar", "Türkiye'ye giriş, Türkiye'den geçiş veya Türkiye'de kalış amacını haklı nedenlere dayandıramayanlar", "(k)alacağı sürede, yeterli ve düzenli maddi imkâna sahip olmayanlar" ve "(v)ize ihlalden veya önceki ikamet izninden doğan ya da 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre takip ve tahsil edilmesi gereken alacakları ödemeyi kabul etmeyenler veya 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa göre takip edilen borç ve cezalarını ödemeyi kabul etmeyenler"e vize verilmemektedir.

Ancak belirtilen maddedeki bu kural mutlak olmayıp, aynı maddenin (2) numaralı fıkrası, yukarıda sayılan kişilerden olmasına rağmen "vize verilmesinde yarar görülenlere [İçişleri Bakanı] onayıyla vize" verilebilmesine imkan sağlamaktadır.

d. Vizenin İptali

YUKK'nin 16. maddesinde, vizelerin hangi durumlarda iptal edileceği sorusunun cevabı verilmiştir. Buna göre "(s)ahteciliğe konu olduğunun tespiti",

“(ü)zerinde silinti, kazıntı veya tahrifat yapıldığının anlaşılması”, “(v)ize sahibinin Türkiye’ye girişinin yasaklanması”, “(y)abancının suç işleyebileceği yönünde kuvvetli şüphe bulunması”, “(p)asaport veya pasaport yerine geçen belgenin sahte olması veya geçerliliğinin sona ermesi”, “(v)ize veya vize muafiyetinin amacı dışında kullanılması” ve “(v)izenin verilmesine temel olan şartların veya belgelerin geçerli olmadığı anlaşılması” durumunda vize alınan makam veya doğrudan ilgili valilik tarafından vize iptal edilir. Yukarıda belirtilen hallerden biri mevcut olmasa dahi aynı maddenin (2) numaralı fıkrası gereğince “(v)izenin geçerlilik süresi içinde yabancıyla ilgili sınır dışı etme kararı alınması” durumunda da vizenin iptaline karar verilir.

e. Vize Muafiyeti

YUKK’nin 12. maddesi gereğince Türkiye’ye giriş için “vize” koşulu aranmayan kişilere şöyle sıralanmaktadır:

- “Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu anlaşmalarla ya da Cumhurbaşkanlığı kararıyla vizeden muaf tutulan ülkelerin vatandaşları”
- “Türkiye’ye giriş yapacağı tarih itibarıyla, geçerli ikamet veya çalışma izni bulunanlar”
- “15/7/1950 tarihli ve 5682 sayılı Pasaport Kanunu’nun 18 inci maddesine göre verilmiş ve geçerliliklerini yitirmemiş yabancılara mahsus damgalı pasaport sahipleri”
- “29/5/2009 tarihli ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 28 inci maddesi kapsamında olduğu anlaşılabilirler”

Tüm bunlara ek olarak yine YUKK’nin 12. maddesine göre “(m)ücbir nedenlerle, Türk hava ve deniz limanlarını kullanmak zorunda kalan taşıtlardaki yabancılardan liman şehrine çıkacak kişiler” ve “(d)eniz limanlarına gelip, yetmiş iki saati geçmemek kaydıyla, liman şehrini veya civar illeri turizm amaçlı gezecek kişiler” için Türkiye’ye giriş için vize koşulu aranmayabilmektedir.

Bu noktada yukarıda da ifade edildiği üzere YUKK’nin 7. maddesinde gereğince “vize muafiyeti” kapsamında bulunsalar bile, YUKK’nin 15/1 maddesinde

sıralanan, (yani “vize verilemeyecek” olan) yabancıların, yurda girişlerine izin verilmeyeceğinin hatırd tutulmasında yarar vardır.

f. Tebligat Zorunluluğu

YUKK'nin 17. maddesine göre vize talebi konusundaki olumsuz kararlar veya iptal kararları, ilgisine tebliğ edilmek zorundadır.

2. Yabancılara İkamet İzni Verilmesi

Hukuk normlarının ulusal veya uluslararası düzeyde tutarlı ve istikrarlı biçimde uygulanması, “insan haklarına dayalı ve saygılı devlet” anlayışının realize edilmesi, hak ihlallerinin önüne geçilmesi ve insan onuruna yakışan bir devlet sisteminin şekillendirilmesi bakımından yaşamsal bir öneme sahiptir. Belirtilen anlayış ve duyarlılığın bir gereği olarak Türkiye'ye gelen yabancılara müşahhas ve kişisel durumlarının gereklerine uygun birtakım ek hakların sağlanması ve bu ayrıcalıklı durumun karşılığında birtakım mükellefiyetlere uygun davranmalarının beklenmesi kaçınılmazdır. Bu gereklilik doğrultusunda “ikamet izinleri” belirtilen zorunlu “hak ve yükümlülükler” çerçevesinde yabancıların Türkiye sınırları içinde kalmalarının hukuki dayanağını oluşturmaktadır.

YUKK'nin 3/1-j maddesinde “ikamet izni”, “Türkiye’de kalmak üzere verilen izin belgesi” olarak tanımlanmıştır. Bu belge ile ilgili yabancıların Türkiye’de belli bir süre ve yerle sınırlı olarak oturmasına olanak vermektedir. “İkamet izni”, kamu düzeninin temin ve muhafazası için öngörölmüş bir kontrol mekanizmasıdır. Bunun için ilgili yabancı tarafından bulunduğu konuma göre ilgili konsolosluk⁴ veya valiliğe müracaatta bulunulması, gereken belgelerin sunulması ve ilgili izin kategorisinin gerektirdiği koşullara sahip olunması gerekmektedir⁵.

⁴ YUKK'nin 21/1. maddesinde “(i)kamet izni başvurusu, yabancıların vatandaşı olduğu veya yasal olarak bulunduğu ülkedeki konsolosluklara yapılır.” ifadesine yer verilmektedir.

⁵ Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün internet sitesinde “Kanunda öngöröldüğü şekilde ikamet izni başvurularının yabancıların vatandaşı olduğu ya da yasal olarak bulunduğu ülkedeki konsolosluklardan alınması yakın bir zamanda mümkün olacak olup bu durum ayrıca duyurulacaktır. Bu aşama gerçekleşene kadar yabancıların ikamet izni başvuruları ikamet

a. İkamet İzni Talebi

YUKK'nin 19. maddesi gereğince “Türkiye’de, vizenin veya vize muafiyetinin tanıdığı süreden ya da doksan günden fazla kalacak yabancıların ikamet izni alma” zorunlulukları bulunmaktadır.

YUKK'nin yürürlüğe girmesi ile “ikamet izni başvurularında refakat uygulaması kaldırılmış olup her yabancıнын başvurusu ve izin belgesi”nin ayrı ayrı düzenlenmesi gerekmektedir⁶.

“İkamet izni başvurusu” ilgili yabancı tarafından “bizzat” ya da belirleyeceği temsilci veya avukat vasıtasıyla da yapılabilir. Ancak gerekli görülen bazı durumlarda ilgili göç idaresi müdürlüğü, müracaat sahibi yabancıнын da hazır olmasını isteyebilir. YUKK'nin 21. maddesine göre “ikamet izni” müracaatları “yetkili aracı kurum” tarafından da yapılabilmektedir⁷. “Yetkili aracı kurum” YUKK'nin 3/1-y maddesinde “(n)itelikleri ve görev çerçevesi yönetmelikle belirlenen ve [Göç İdaresi Genel Müdürlüğü] tarafından yetkilendirilen kurum veya kuruluş...” olarak tanımlanmıştır.

Söz konusu müracaatın Göç İdaresinin resmi internet sitesindeki “e-ikamet” sistemi vasıtasıyla yapılması mümkündür⁸. Bu müracaat üzerine “e-ikamet” sistemi ile ilgili yabancıya ikamet etmek istediği yerdeki Göç İdaresi Müdürlüğü nezdinde randevu oluşturulmakta olup, işlemlerin sürdürülebilmesi için yabancı kişinin belirlenen yerde, belirlenen gün ve saatte hazır bulunması gerekmektedir.

edilmek istenilen il valiliğince alınmaktadır.” şeklinde bir nota yer verilmiştir (<https://www.goc.gov.tr/> erişim: 2/2/2020).

⁶ <https://www.goc.gov.tr/ikamet-genel-bilgiler>

⁷ YUKK'nin 21/7. maddesi şöyledir:

“... İçişleri Bakanlığı tarafından gerekli görülen durumlarda ikamet izni başvurularında azami üç yıl geçerli sözleşmelerle ve ikamet izni aracılık hizmet bedelinin %20'sinin genel bütçeye aktarılması kaydıyla, ikamet izni aracılık hizmeti sunacak yetkili aracı kurumlar Bakan onayıyla görevlendirilebilir. Buna ilişkin işlemlerde 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümleri uygulanmaz. Buna ilişkin usul ve esaslar İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle belirlenir. Alınacak payın genel bütçeye özel gelir olarak kaydedilmesine ve bakanlık bütçesinin ilgili tertiplerine özel ödenek yazılmasına Cumhurbaşkanı yetkilidir.”

⁸ <https://e-ikamet.goc.gov.tr>

“İkamet izni uzatma” başvurularında da aynı yöntem izlenmektedir. YUKK’nin 24. maddesi gereğince, söz konusu başvuruların, “ikamet izni” müddetinin bitimine 60 gün veya daha az zaman kalan durumlarda yapılması mümkün olup, her halükârda süre bitmeden önce yapılması gereklidir. İlgili yabancıya başvuru yapıldığına dair harçsız olarak verilen belge, “ikamet izni” müddeti dolsa bile yeni bir karar verilinceye kadar “ikamet izni” belgesi yerine geçmektedir.

YUKK’nin 25/1. maddesi gereğince “ikamet izinleri”ne ilişkin “Türkiye içinden yapılan” talepler konusunda ilgili valilik karar verilmektedir. Bu kararlar taleple uyumlu olabileceği gibi, “ret”, “iptal” veya “uzatmama” yönünde de olabilir. Karar sürecinde “yabancının Türkiye’deki aile bağları, ikamet süresi, menşe ülkesindeki durumu ve çocuğun yüksek yararı” gibi durumların dikkate alınması gerekmektedir. Bu çerçevede gerek görülmesi halinde “ikamet iznine” ilişkin kararın açıklanması tehir edilebilir. Aynı maddenin (2) numaralı fıkrası ile bu kapsamdaki kararların ilgili yabancıya, temsilcisi veya avukatına tebliğ edilmesi ve söz konusu tebliğin “yabancının karara karşı itiraz haklarını etkin şekilde nasıl kullanabileceği ve bu süreçteki diğer yasal hak ve yükümlülükleri” de kapsamı zorunludur.

YUKK’nin 26/1. maddesi gereğince, özgürlükten yoksun kalma (hapsedilme) sonucu doğuran tedbir veya cezalar (örneğin, tutukluluk, hükümlülük, idari gözetim gibi) kapsamında geçen süreler, “ikamet izni süresinin ihlali” olarak kabul edilmemektedir. Ancak aynı maddeye göre bu kişilerin “ikamet izinlerinin iptali” de mümkündür.

YUKK’nin 26/2. maddesi gereğince “(i)kamet (veya çalışma) izinlerini”⁹ konsolosluklar vasıtasıyla alan yabancıların, yurda girişlerinden itibaren 20 gün içerisinde “adres kayıt sistemine” kayıt yaptırmaları gerekmektedir.

⁹ YUKK’nin 27. maddesi şöyledir:

“(1) Geçerli çalışma izni ile 27/2/2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun 10 uncu maddesine istinaden verilen Çalışma İzni Muafiyet Teyit Belgesi, ikamet izni sayılır.”

Yabancıların “ikamet izinleri” konusunda bir diğer önemli başlık “ikamette kesinti” halidir. Bu kapsamda YUKK’nin 28. maddesi gereğince “zorunlu kamu hizmeti”, “eğitim” ve “sağlık” sebepleri dışında, bir yıllık süre için toplamda “altı ay” ya da “son beş yıl içinde toplam bir yılı” aşkın sürelerle yurtdışında kalma durumları “ikamette kesinti” sayılmaktadır. “İkamette kesinti” olgusunun etkisi, “ikamet izni” müracaatlarında veya farklı bir türden “ikamet izni”ne geçiş taleplerinde gün yüzüne çıkmaktadır. YUKK’nin 28/1. maddesindeki “(i)kamet süresinde kesintisi olanların ikamet izni başvurularında veya başka bir ikamet iznine geçişlerinde, önceki izin süreleri”nin hesaba katılmayacağına dair hüküm bu hususu ortaya koymaktadır.

YUKK’nin 21/2. maddesinde, “ikamet izni” müracaatında bulunacak olan bir yabancı, talep ettiği “ikamet izni” süresinin 60 gün ötesine geçen bir geçerlilik süresine sahip “pasaport” ya da “pasaport yerine geçen belge”ye sahip olması öngörülmektedir. Aynı maddenin (3) numaralı fıkrasında ise “ikamet izni” müracaatı için istenen belgelerde eksiklik bulunması halinde, söz konusu eksikliklerin ilgili kişiye bildirileceği ve eksiklikler tamamlanana dek müracaatın incelenmesinin ertelenebileceği hükmü mevcuttur. Kanun’un 21/5. maddesinde müracaatların sonuçlandırılması için 90 günlük bir süre belirlenmiş ise de bu sürenin aşılmasına bir hukuki sonuç bağlanmamıştır.

YUKK’da “ikamet izni” başvurularının yapılacağı merci konusunda ana kural “konsolosluklara yapılması” olup, valilikler istisnai merci olarak düzenlenmiştir¹⁰.

“(2) Çalışma izni verilebilmesi veya iznin uzatılabilmesi için yabancı, 7 nci madde kapsamına girmemesi şartı aranır.”

¹⁰ Bu bağlamda anılan Kanun’un 22/1. maddesi ile “(a)dli veya idari makamların kararlarında veya taleplerinde”, “(y)abancı, Türkiye’den ayrılmasının makul veya mümkün olmadığı durumlarda”, “(u)zun dönem ikamet izinlerinde”, “(ö)ğrenci ikamet izinlerinde”, “(i)nsani ikamet izinlerinde”, “(i)nsan ticareti mağduru ikamet izinlerinde”, “(a)ile ikamet izninden kısa dönem ikamet iznine geçişlerde”, “Türkiye’de ikamet izni bulunan anne veya babanın Türkiye’de doğan çocukları için yapacağı başvurularda”, “(g)eçerli ikamet izninin verilmesine esas olan gerekçenin sona ermesi veya değişikliğe uğramasından dolayı yeni kalış amacına uygun ikamet izni almak üzere yapılacak başvurularda”, YUKK’nin 20/2. maddesi “kapsamında yapılacak ikamet izni başvurularında” ve “Türkiye’de yükseköğrenimini tamamlayanların, kısa dönem ikamet iznine geçişlerinde” müracaatların “Türkiye içinden” valiliklere yapılması mümkündür.

YUKK'nin 21/2. maddesi ile paralel olarak aynı Kanun'un 23/1. maddesi gereğince "ikamet izinlerinin süresi", ilgili yabancının pasaportu veya onu ikame eden belgenin geçerlilik süresinin 60 gün öncesine kadarki tarihi aşamaz. Sürenin belirlenmesinde yabancının ülkede bulunma maksadı da dikkate alınır ve "her yabancı için ayrı" belge düzenlenmesi gerekir.

b. İkamet İzninden Muafiyet Halleri

"İkamet izninden muafiyet" halleri YUKK'nin 20. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre ikamet izninden muaf olanlar şunlardır¹¹:

- "Doksan güne kadar vizeyle veya vizeden muaf olarak gelenler, vize süresi veya vize muafiyeti süresince"
- "Vatansız Kişi Kimlik Belgesi sahibi olanlar"
- "Türkiye'de görevli diplomasi ve konsolosluk memurları"(*)
- "Türkiye'de görevli diplomasi ve konsolosluk memurlarının ailelerinden Dışişleri Bakanlığınca bildirilenler" (*)
- "Uluslararası kuruluşların Türkiye'deki temsilciliklerinde çalışan ve statüleri anlaşmalarla belirlenmiş olanlar" (*)
- "Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu anlaşmalarla ikamet izninden muaf tutulanlar" (*)
- "5901 sayılı Kanununun 28 inci maddesi kapsamında olanlar"
- "76 ncı ve 83 üncü maddelerin birinci fıkraları kapsamında belge sahibi olanlar"

Yukarıda belirtilen 76. madde kapsamındaki belge "*uluslararası koruma başvuru sahibi kimlik belgesi*", 83. madde kapsamındaki belge ise "*uluslararası koruma [mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma] statüsü sahibi kimlik belgesi*"dir.

¹¹ (*) YUKK'nin 20/2. maddesi gereğince, bu kapsamdaki yabancılar için "şekil ve içeriği Bakanlık ve Dışişleri Bakanlığınca birlikte belirlenen belge" düzenlenmesi gerekmektedir.

c. İkamet İzni Türleri

İkamet izinleri YUKK’de beş kategoriye ayrılmıştır. Bunlar, “kısa dönem ikamet izni”, “aile ikamet izni”, “öğrenci ikamet izni”, “uzun dönem ikamet izni”, “insani ikamet izni” ve “insan ticareti mağduru ikamet izni”nden ibarettir.

i. Kısa Dönem İkamet İzni

“Kısa dönem ikamet izni” YUKK’nin 31. maddesinde düzenlenmiştir. Bu kapsamdaki kişiler, “(b)ilimsel araştırma amacıyla gelecekler”, “Türkiye’de taşınmaz malı bulunanlar”, “(t)icari bağlantı veya iş kuracaklar”, “(h)izmet içi eğitim programlarına katılacaklar”, “Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu anlaşmalar ya da öğrenci değişim programları çerçevesinde eğitim veya benzeri amaçlarla gelecekler”, “(t)urizm amaçlı kalacaklar”, “(k)amu sağlığına tehdit olarak nitelendirilen hastalıklardan birini taşımamak kaydıyla tedavi görecekleler”, “(a)dli veya idari makamların talep veya kararına bağlı olarak Türkiye’de kalması gerekenler”, “(a)ile ikamet izninden kısa dönem ikamet iznine geçenler”, “Türkçe öğrenme kurslarına katılacaklar”, “(k)amu kurumları aracılığıyla Türkiye’de eğitim, araştırma, staj ve kurslara katılacaklar”, “Türkiye’de yükseköğrenimini tamamlayanlardan mezuniyet tarihinden itibaren altı ay içinde müracaat edenler”, “Türkiye’de çalışmayan ancak Cumhurbaşkanınca belirlenecek kapsam ve tutarda yatırım yapacaklar ile bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu”, “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşları”dır¹².

“Kısa dönem ikamet izni”nin koşulları YUKK’nin 32. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre ilgili yabancı kişinin yukarıda belirtilen kişi

¹² YUKK’nin 31. maddesi şöyledir:

“... ”

(2) (Değişik: 28/7/2016-6735/27 md.) Kısa dönem ikamet izni, birinci fıkranın (j) ve (k) bentleri hariç olmak üzere, her defasında en fazla ikişer yıllık sürelerle verilebilir.

(3) Birinci fıkranın (h) bendi kapsamında verilen ikamet izinleri en fazla iki defa verilebilir.

(4) Birinci fıkranın (i) bendi kapsamında verilen ikamet izinleri, bir defaya mahsus olmak üzere en fazla bir yıl süreli verilebilir.

(5) (Ek: 28/7/2016-6735/27 md.) Birinci fıkranın (j) ve (k) bentleri kapsamında verilen ikamet izinleri en fazla beşer yıllık sürelerle verilebilir.”

kategorilerinden birinin kapsamında olduğuna ilişkin talep ve “ilgili bilgi ve belgeleri” sunulması, yabancının “Türkiye’ye girişlerine izin verilmeyecek yabancılar”dan (YUKK. md. 7) sayılmaması, “genel sağlık ve güvenlik standartlarına uygun” barınma koşullarına sahip olunması, gereken durumlarda kişinin vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu “ülkenin yetkili makamları tarafından düzenlenmiş adli sicil kaydı”nın ibrazı ve Türkiye’de oturulacak olan adresin bildirilmesi gerekmektedir. YUKK’nin 33. maddesine göre bu koşulların sağlanmaması, yabancı hakkında “sınır dışı” ya da “yurda giriş yasağı” kararları alınması veya “ikamet izni”nin amacı dışı kullanımı durumunda izin talebi reddedilir, verilmiş olan izin iptal edilir veya müddeti dolanlar hakkında uzatma kararı alınmaz.

ii. Aile İkamet İzni

“Aile ikamet izni” YUKK’nin 34. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre TVK’nin 28. maddesi¹³ kapsamına dahil olanları ile “ikamet izinlerinden birine sahip

¹³ TVK’nin 28. maddesi şöyledir:

“Çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden kişilere tanınan haklar

MADDE 28 – (Değişik: 9/5/2012-6304/14 md.)

(1) Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve üçüncü dereceye kadar olan altsoyları, bu maddede belirtilen istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. Millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklıdır.

(2) Bu madde kapsamında bulunan kişilerin, seçme ve seçilme, muafin araç veya ev eşyası ithal etme hakları ile askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü yoktur. Bu kişilerin sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı olup bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabidirler.

(3) Bu madde kapsamında bulunan kişiler, bir kadroya dayalı ve kamu hukuku rejimine tabi olarak asli ve sürekli kamu hizmeti görevlerinde bulunamazlar. Ancak kamu kurum ve kuruluşlarında işçi, geçici veya sözleşmeli personel olarak çalıştırılabilirler.

(4) Cumhurbaşkanı gerekli görmesi halinde üçüncü dereceden itibaren hangi dereceye kadar olan altsoyların bu maddede tanınan haklardan faydalanabileceğini belirleyebilir.

(5) Bu madde hükümlerinden yararlanacak olan altsoyun, üstsoyu ile soy bağıını belgelendirmesi şarttır.

(6) Bu madde kapsamında bulunan kişilere, talepleri halinde bu maddede belirtilen haklardan faydalanabileceklerini gösteren Mavi Kart düzenlenir. Bu Kart, 21/2/1963 tarihli ve 210 sayılı Değerli Kağıtlar Kanunu kapsamındadır.

(7) Bu maddenin sağladığı hakların kullanılmasında Mavi Kartın ibrazı yeterlidir. Kartın ibraz edilememesi durumunda Kimlik Paylaşımı Sistemi aracılığıyla Mavi Kartlılar Kütüğünden alınacak kayıt örneği ve uyuşunda bulunulan devlet makamlarınca verilmiş kimlik bilgilerini gösteren belge ile işlem yapılır. Bu kişilerin kimlik bilgilerinde değişiklik olması durumunda

olan yabancılar”, “mülteciler” ve “ikincil koruma statüsüne sahip olan kişiler”in; “(y)abancı eşine”, “(k)endisinin veya eşinin ergin olmayan yabancı çocuğuna”, “(k)endisinin veya eşinin bağımlı yabancı çocuğuna”, her defada üç seneyi geçmemek üzere “aile ikamet izni” verilmesi mümkündür. Ancak her halükârda “aile ikamet izni”nin müddeti, “destekleyici” kişinin sahip olduğu iznin müddetinden fazla olamaz. Aynı maddenin (2) numaralı fıkrasına göre menşe ülke hukuku gereğince “birden fazla eş ile evlilik halinde, eşlerden yalnızca birine aile ikamet izni” verilir. Ancak bu durum, izin verilmeyen diğer eşlerden olan çocukların bu izinden yararlanmasına engel teşkil etmez. Aynı maddenin (4) numaralı fıkrası gereğince “aile ikamet izni” alan bir kişi, 18 yaşını dolduruncaya kadar “öğrenci ikamet izni”ne ihtiyaç duymadan ilk ve ortaöğretim kurumlarında (ortaokul ve lise) eğitim görebilir ve (5) numaralı fıkra çerçevesinde “en az üç yıl aile ikamet izniyle Türkiye’de kalmış olanlardan on sekiz yaşını tamamlayanlar, talep etmeleri halinde bu izinlerini kısa dönem ikamet iznine dönüştürebilirler.” Aynı şekilde Türk vatandaşı ile evli olup boşanan yabancıya “en az üç yıl aile ikamet izniyle kalmış olmak kaydıyla kısa dönem ikamet izni” verilmesi, belirtilen maddenin (6) numaralı fıkrası gereğince mümkün olup, yabancı eşin “aile içi şiddet mağduru” olması durumunda söz konusu “üç yıllık süre” koşulu aranmayacaktır. Anılan maddenin (7) numaralı fıkrası gereğince “destekleyici kişi”nin ölmesi durumunda, “bu kişiye bağlı aile ikamet izniyle kalanlara” süre koşulu aranmaksızın “kısa dönem ikamet izni” verilebilmektedir.

YUKK’nin 35/1. maddesi gereğince, “aile ikamet izni” verilebilmesi için (her bir aile ferdine düşen gelir payı güncel asgari ücret tutarının 1/3’ünden az olmamak koşuluyla) ailenin toplam gelirinin güncel asgari ücret tutarının tümünden az

uyruğunda bulunduğu devlet makamından alınmış eski ve yeni kimlik bilgilerini gösteren belgenin usulüne göre tasdik edilmiş Türkçe tercümesi ile birlikte ibrazı zorunludur.

(8) Bu madde kapsamında bulunan kişilere Bakanlığın tespit edeceği esaslar çerçevesinde kimlik numarası verilir. Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası aranan yerlerde bu kimlik numarası kullanılır.

(9) Mavi Kartın düzenlenmesi ve dağıtılması ile Mavi Kartlılar Kütüğünün elektronik ortamda tutulmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça belirlenir.

(10) Kamu kurum ve kuruluşları, bu madde hükümlerinin uygulanması amacıyla her türlü tedbiri alır ve gerekli düzenlemeleri yapar.”

olmaması gerekmektedir. Ayrıca aile nüfusu ile uyumlu bir şekilde “genel sağlık ve güvenlik standartlarına uygun” barınma koşullarına sahip olunması ve aile üyelerinin tamamını kapsayan “sağlık sigortası” yaptırılması zorunludur. Tüm bunlara ek olarak müracaat sahibinin müracaat tarihindeki koşullara göre son beş sene içerisinde “aile düzenine karşı suçlar”dan mahkûm olmamış olması, asgari son bir sene boyunca “ikamet izni”nden faydalanmakta olması¹⁴ ve “adres kayıt sistemi”nde kayıtlı olması gereklidir. Aynı maddenin (4) numaralı fıkrası gereğince, belirtilen koşulların, “mülteciler” ve “ikincil koruma statüsü” taşıyan kişiler yönünden gerçekleşmemesi başvurunun reddi sonucunu doğurmayabilir.

“Destekleyici”nin yanında kalmak üzere “aile ikamet izni” müracaatında bulunan bir yabancıya ise YUKK’nin 35/3. maddesi gereğince, 34/1. madde kapsamına girdiğini ispat eden “bilgi ve belgeleri” sunması, “34 üncü maddenin birinci fıkrasında belirtilen kişilerle birlikte yaşadığını veya yaşama niyeti taşıdığını” ortaya koyması, “(e)vliliği aile ikamet izni alabilmek amacıyla yapmamış” ve her bir eşin “on sekiz yaşını doldurmuş” olması ve nihayet YUKK’nin 7. maddesinde sayılan kişilerden olmaması şarttır.

YUKK’nin 36. maddesi gereğince, aynı Kanun’un yukarıda da belirtilen 35. maddesindeki koşulların oluşmaması veya kalkması, “aile ikamet izni” koşullarının ortadan kalkması sonrasında “kısa dönem ikamet izni” alınamaması, kişi hakkında “sınır dışı etme” veya “Türkiye’ye giriş yasağı” kararlarının alınmış olması veya “aile ikamet izni”nin amaç dışı kullanımı hallerinde “aile ikamet izni” müracaatları reddedilir, mevcut olanlar iptal edilir veya müddeti dolanlar hakkında uzatma kararı alınmaz.

¹⁴ YUKK’nin 35/2. maddesi şöyledir:

“Bilimsel araştırma amaçlı ikamet izni ya da çalışma izni bulunanlar, 5901 sayılı Kanununun 28 inci maddesi kapsamında olanlar veya Türk vatandaşlarıyla evli olan yabancılar hakkında, birinci fıkranın (ç) bendi uygulanmaz.”

YUKK'nin 37. maddesi “anlaşmalı evlilik yoluyla talep edilen aile ikamet izinlerinin” tespiti halinde ret veya iptal kararı verilmesini öngörmektedir. Hatta aynı madde, ilgili valiliklere bu konuda denetim yapma yetkisi de vermektedir¹⁵.

iii. Öğrenci İkamet İzni

Türkiye’de bir yüksek öğrenim kurumunda öğrenim görmek için gelen ve “(b)akımı ve masrafları gerçek veya tüzel kişi tarafından üstlenilen ilk ve orta derecede öğrenim görecekt yabancılara, velilerinin veya yasal temsilcilerinin muvafakatiyle öğrenimleri süresince birer yıllık sürelerle” YUKK'nin 38. maddesi gereğince “öğrenci ikamet izni” verilebilmekte ve verilmiş olan izinler aynı sebeplerle uzatılabilmektedir. Öğrenim döneminin bir seneden az olduğu durumlarda “öğrenci ikamet izni” müddeti, söz konusu öğrenim döneminden fazla olamaz.

Bir yabancınn “öğrenci ikamet izni” alabilmesi için yukarıda belirtilen 38. maddeye ilişkin (öğrencilik) statüsünü kanıtlayan bilgi ve belgeleri sunması, diğer ikamet izinlerinde olduğu gibi YUKK'nin 7. maddesinde sayılan kişilerden olmaması ve Türkiye’de bulunacağı adresi bildirmesi gerekmektedir.

Türkiye’de eğitim-öğretim görmekte olan yabancılara çalışma izni verilmesi de mümkündür¹⁶.

“Öğrenci ikamet izni talebinin reddi, iptali veya uzatılmaması” halleri YUKK'nin 40. maddesinde düzenlenmiş olup, anılan maddeye göre 39. maddedeki (ve dolayısıyla 38. maddedeki) koşulların karşılanmaması, öğrenime devam edilemeyeceğine dair “kanıtların ortaya çıkması”, izninin amaç dışı kullanımının tespiti veya kişi hakkında “sınır dışı etme” veya “Türkiye’ye giriş yasağı” kararları

¹⁵ YUKK'nin 37/3. maddesi şöyledir:

“(3) Anlaşmalı evlilik yoluyla alınan ve sonradan iptal edilen ikamet izinleri, bu Kanunda öngörülen ikamet izin sürelerinin toplanmasında hesaba katılmaz.”

¹⁶ “Öğrencilerin çalışma hakkı” YUKK'nin 41. maddesinde “Türkiye’de örgün öğrenim gören ön lisans, lisans, yüksek lisans ve doktora öğrencileri, çalışma izni almak kaydıyla çalışabilirler. Ancak, ön lisans ve lisans öğrencileri için çalışma hakkı, ilk yıldan sonra başlar ve ilgili kanunlar ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenlenir.” şeklinde kurala bağlanmıştır.

alınmış olması durumlarında “öğrenci ikamet izni” konusunda “ret”, “iptal” veya “uzatmama” yönünde işlemler tesis edilecektir.

iv. Uzun Dönem İkamet İzni

Türkiye’de aralıksız olarak en az sekiz sene bir izne dayalı olarak ikamet etmiş ya da İçişleri Bakanlığınca belirlenen koşullara riayet etmiş yabancılara adı geçen Bakanlığın onayıyla valiliklerce “süresiz” olarak verilen ikamet iznine “uzun dönem ikamet izni” adı verilmektedir.

“Uzun dönem ikamet izni”nden yararlanabilmek için, YUKK’nin 43. maddesinde, ilgili yabancının aralıksız olarak “en az sekiz yıl ikamet izniyle Türkiye’de kalması”, geriye doğru üç senelik zaman periyodu içerisinde herhangi bir sosyal yardımdan yararlanmamış olması, geçimi için yeterli ve istikrarlı “gelir kaynağı”nın ve sağlık sigortasının bulunması, “kamu düzeni” ve “kamu güvenliği” yönünden tehlike oluşturan bir durumunun bulunmaması koşullarının gerçekleşmesi gerekmektedir.

YUKK’nin 45. maddesi, “uzun dönem ikamet izni” alan yabancının kamu düzeni ve güvenliği yönünden “ciddi tehdit” oluşturmakta olması ya da “sağlık”, “eğitim” ve “ülkesindeki zorunlu kamu hizmeti” gerekçeleri haricinde bir sebeple bir seneden fazla aralıksız olarak Türkiye dışında kalması durumunda söz konusu iznin iptalini öngörmektedir.

v. İnsani İkamet İzni

Bir “(ç)ocuğun yüksek yararı”nın mevzu bahis olduğu, hakkında “sınır dışı etme” veya “Türkiye’ye giriş yasağı” yönünde kararlar alınmasına rağmen, bir yabancının Türkiye’den çıkış yapmaları veya yaptırılmalarının “makul veya mümkün” görülmemesi, YUKK’nin 55. maddesi¹⁷ gereğince Anayasa’nın 17/1. maddesindeki

¹⁷ YUKK md. 55: “(1) 54 üncü madde kapsamında olsalar dahi, aşağıdaki yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınmaz:

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

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

güvencelerden kaynaklanan engeller nedeniyle “sınır dışı” edilemeyen; 53., 72. ve 77. maddeler çerçevesinde tesis edilen işlemler aleyhine yargı yoluna başvuru, “ilk iltica ülkesi veya güvenli üçüncü ülkeye geri gönderilmesi”ne ilişkin işlemler devam eden, aciliyet, ülke menfaati, kamu düzeni ve güvenliği gibi zorlayıcı sebeplere bağlı olarak ülkeye girişine veya ülkede kalmasına müsaade edilmesi gereken ve başka sebeplerle “diğer ikamet izinleri” verilemeyen yabancılara (yahut olağanüstü durumlarda belirtilen koşullar oluşmasa dahi YUKK’nin 46/1. maddesi gereğince) “diğer ikamet izinleri”ne ilişkin koşullar aranmaksızın ve sınırlı bir süre için “insani ikamet izni” verilmesi mümkündür¹⁸.

Verilmesini gerektiren koşulların kalkması halinde ilgili valilikçe, YUKK’nin 47. maddesi gereğince “insani ikamet izni”nin iptaline karar verilir veya süresi dolan izin uzatılmaz.

vi. İnsan Ticareti Mağdurlarına Yönelik İkamet İzni

“İnsan ticareti mağduru” olduğuna veya olabileceğine dair “kuvvetli şüphe” uyandıran yabancıların, başlarından geçen olayların tesirinden kurtulmaları ve Devlet görevlileri ile iş birliği yapma konusunda bir karar verebilmeleri için, YUKK’nin 48. maddesi, ilgili valiliklere, “diğer ikamet izinleri” için belirlenen koşullar aranmaksızın 30 günle sınırlı olarak “ikamet izni” verme yetkisi tanımıştır. YUKK’nin 49. maddesi gereğince söz konusu süre, insan ticari mağdurunun “güvenliği”, “sağlığı” veya “özel durumu” sebebiyle ve toplamda üç seneyi aşmamak koşuluyla altışar aylık periyodlarla uzatılabilir. Buna karşılık ilgili yabancının herhangi bir zorlama olmaksızın suç failleriyle tekrar irtibat kurması durumunda, iznin iptaline karar verilir.

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

ç) Mağdur destek sürecinden yararlanmakta olan insan ticareti mağdurları

d) Tedavileri tamamlanıncaya kadar, psikolojik, fiziksel veya cinsel şiddet mağdurları”

¹⁸ YUKK md. 46/2: “(2) İnsani ikamet izni alan yabancılar, iznin veriliş tarihinden itibaren en geç yirmi iş günü içinde adres kayıt sistemine kayıt yaptırmak zorundadır.”

3. Vatansızlara İlişkin Süreç

a. Vatansızlık Halinin Belirlenmesi

“Vatansızlık”, YUKK’nin 50. maddesi gereğince Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne tespit edilmektedir. Bu tespit, “Vatansız Kişi Kimlik Belgesi” ile belgelenir. İkamet izni yerine geçen ve iki senede bir yenilenen söz konusu belge ile “vatansız” kişiler, kanuni olarak Türkiye’de ikamete hak kazanırlar. Ancak başka ülkelerce “vatansız” muamelesine tabi tutulan bir kişi, Türkiye’de bu haktan yararlanamaz. Resmi olarak “vatansız” statüsünde geçirilen süreler, ikamet sürelerine ilişkin toplam sürede dikkate alınır. Belirtilen kimlik belgesi, “vatansız” statüsündeki kişinin “vatandaşlık” kazanması ile hükümsüz hale gelir.

b. Vatansız Kişilere Sağlanan Güvenceler

YUKK’nin 51. maddesi, “kamu düzeni” ve “kamu güvenliği” bakımından tehlike oluşturmadıkları müddetçe “vatansız” kişiler hakkında “sınır dışı” kararı alınmasını yasaklamaktadır. Ayrıca “vatansız” kişiler, eşyanın tabiatı gereği yabancılara ilişkin işlemler için öngörülen mütekabiliyet koşulundan muaftırlar. Nihayet “vatansız” kişiler, 5682 sayılı Pasaport Kanunu’nun 18. maddesi¹⁹

¹⁹ “Yabancılara mahsus’ damgalı pasaportlar:

Madde 18 – Tabiiyetsiz bulunan veya tabiiyet durumlarının muntazam bulunmaması hasebiyle ikamet ve seyahatleri bakımından fiilen tabiiyetsizlere tatbik edilen muamelelere tabi tutulmasında İçişleri Bakanlığınca zaruret görülen kimselere icabında mezkür Bakanlığın alacağı kararla "yabancılara mahsus" damgasını taşıyan ve Türk vatandaşlığını iktisap bakımından her hangi bir manayı veya hamili lehine her hangi bir hak iktisabını tazammun etmeyen bir pasaport verilir.

Bu pasaport iki nevidir:

A) Türkiye'ye yalnız bir giriş veya Türkiye'den yalnız bir çıkış için muteber olan pasaportlar

Giriş için verildiği takdirde Türkiye'ye girişin vukuu; Türkiye'den çıkış için verildiği takdirde de üzerindeki şerhte tasrih edilen memlekete vusul üzerine muteberliği nihayet bulacak olan bu pasaportların sahipleri tarafından itası tarihinden itibaren bir ay içinde bulunduğu memleketi terketmek suretiyle kullanılması şarttır. Aksi takdirde yenilenmesi gerekir.

B) (Değişik birinci fıkrâ: 19/6/1984 - KHK 240; Aynen kabul: 7/11/1984 - 3073/8 md.) (Değişik birinci paragraf: 23/7/2010-6009/58 md.) Bir gidiş ve geliş için verilen pasaportlar üç aydan az olmamak kaydıyla İçişleri Bakanlığının takdirine göre belirlenecek süreyle geçerli olmak üzere tanzim edilir.

hükünden faydalanabilirler ve çalışma izinleri 4817 sayılı “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun” hükümlerine tabidir.

B. Düzensiz Göç

Bir ülkeye kanuna aykırı olarak girmek, bir ülkede kanuna aykırı olarak kalmak veya kanuna uygun olarak girmiş olmakla birlikte kanunlar çerçevesinde verilen süre içerisinde ülkeden çıkmamak “düzensiz göç” olarak adlandırılmaktadır. “Düzensiz göç”, “hedef”, “transit” ve “menşe” ülkeler yönünden ayrı ayrı değerlendirilen bir olgudur.²⁰

1. Düzensiz Göçün Önlenmesi

Ülkesi üç kıtanın birleştiği bir nokta konumlanan, siyasi ve iktisadi yönden geri kalmış ülkelerle gelişmiş ve müreffeh ülkeler arasında bir “köprü” işlevi gören Türkiye, bu özellikleri nedeniyle “düzensiz göçmenler”ce “transit güzergâh” olarak kullanılmaya devam etmektedir.

Diğer yandan Ortadoğu, Kafkas ve Balkan ülkelerinde senelerdir devam eden çatışma ortamının kitlesel göç hareketlerinin hedefi haline getirdiği Türkiye, tarihi bağlar ve “insani sorumluluk” çerçevesinde zora düşmüş olan sığınmacılara kapılarını açmaktadır. Tüm bunlara ek olarak küreselleşme sürecinin doğurduğu haberleşme ve seyahat serbestisi de dünya genelinde göç hareketlerinde önemli artışlara neden olurken, Türkiye de bu süreçten nasibini almıştır.

Her iki neviden pasaportlar, İçişleri Bakanlığı ve yabancı memleketlerde, İçişleri Bakanlığının talebi veya tasvibi üzerine Dışişleri Bakanlığınca verilecek talimata istinaden, Türkiye Cumhuriyeti konsolosluk makamları tarafından verilir.

Yukardaki (A) fıkrasında yazılı neviden pasaportların yürürlüğünü kaybetmesi tarihinden itibaren iki ay geçmiş ise bunların yenilenmesi işlemi İçişleri Bakanlığının kararına bağlıdır.

Pasaport sahibinin tabiiyet bakımından aynı durumda bulunup reşit olmıyan ve iş sahibi bulunmıyan kız veya erkek çocuklarının o pasaportun refakat hanesine kaydı caizdir. Kocasiyle tabiiyet bakımından aynı durumda bulunan karısı hakkında da aynı işlem yapılabilir.

Refakat hanesinde kayıtlı olanlar, pasaport sahibiyle seyahat etmedikleri takdirde o pasaportu kullanamazlar.

Bu pasaportların, sahiplerinin ve varsa refakat hanesinde kayıtlı olanların birer kıta fotoğrafisini ihtiva etmesi lazımdır.”

²⁰ Ayrıca *bkz.* **Göç Terimleri Sözlüğü**, s. 26.

Bu çerçevede Türkiye'nin sistemli ve organize bir şekilde "düzensiz göç"le mücadeleye girişmesi kaçınılmaz hale geldiğinden, söz konusu ihtiyacın kurumsal alt yapısı, önce İçişleri Bakanlığı bünyesinde bağlı kuruluş olarak Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün, daha sonra ise 15/7/2018 tarih ve (4) sayılı "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" ile aynı Genel Müdürlüğün çatısı altında "Düzensiz Göçle Mücadele Daire Başkanlığı"nın kurulması ile tesis edilmiştir. Söz konusu Daire Başkanlığının görevleri anılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 161/2-e maddesinde şöyle sıralanmıştır:

1) Düzensiz göçle ilgili iş ve işlemleri yürütmek.

2) Düzensiz göçle mücadele edilebilmesi amacıyla kolluk birimleri ve ilgili kamu kurum ve kuruluşları arasında koordinasyonu sağlamak, tedbirler geliştirmek, alınan tedbirlerin uygulanmasını takip etmek.

3) Türkiye'nin taraf olduğu geri kabul anlaşmalarına ilişkin hükümleri yürütmek.

4) Genel Müdür tarafından verilen diğer görevleri yapmak."

a. Genel Olarak

Düzensiz göçle mücadele kapsamında alınabilecek önlemler, "menşe", "transit" ve "hedef" ülkelerden oluşan paydaşların müşterek bir platformda bir araya gelerek hukuki tedbirlerin eşgüdümlü bir şekilde alınması, aynı doğrultuda ulusal ve uluslararası kuruluşların eşgüdüm içerisinde çalışması, hudut ve hudut kapılarında üst düzey güvenlik önlemleri alınması, "çalışma" sahasındaki düzenleme eksikliklerinin tamamlanması, kanuna aykırı ve kayıt dışı istihdamın asgariye indirilmesi, göçmenlere ait "statü edinme" süreçlerini hızlandırıcı tedbirler alınması, göçmen kaçakçılığı ve diğer bağlantılı "organize suçlarla" mücadeleye yönelik hukuki alt yapının kuvvetlendirilmesi, yaptırımlara etkili ve caydırıcı bir nitelik kazandırılması, menşe ülkelerdeki "göç verme" sebeplerinin tespiti ve buna ilişkin düzeltici önlemler içeren projeler geliştirilmesi ilk akla gelenlerdir.

b. Uluslararası İş Birliği

"Düzensiz göç" sorununun, uluslararası iş birliği ve eşgüdüm sağlanmaksızın çözülmesi mümkün olmadığı gibi, devletlerin tek taraflı tasarrufları ile kararlar alıp

uygulayabilecekleri bir hareket alanı da sunmamaktadır. Bu doğrultuda, devletlerin “ikili”, “bölgesel” veya “küresel” çapta organizasyon ve çalışma grupları kurarak “düzensiz göç” sorununu çözme temayülünde oldukları gözlemlenebilmektedir.

“Düzensiz göç” sorunu ile oldukça yoğun koşullar altında yüzleşmekte olan Türkiye de haklı olarak bu alanda iş birliği ihtiyacı en çok olan ülkeler arasında olup, bu ihtiyaca cevap verebilecek olan uluslararası örgütler arasında Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği²¹, Uluslararası Göç Organizasyonu²² ve Göç Politikaları Geliştirme Uluslararası Merkezi (ICMPD)²³ gelmektedir.

Diğer yandan Türkiye, dördü gözlemci toplam 59 ülkenin ve 13 uluslararası organizasyonun temsil edildiği²⁴, “düzensiz göç”e yönelik önleme ve mücadele faaliyetleri bağlamında kalıcı çözüm üretmeyi ve bu alanda “sürdürülebilir politika”lar geliştirmeyi amaç edilen “Budapeşte Süreci”nin paydaşı olup, 2006 yılında organizasyonun dönem başkanlığını deruhte etmiştir.

Türkiye anılan Süreç’te “İpek Yolu Bölgesi Çalışma Grubu”nun kurulmasına ön ayak olmuş ve söz konusu göç güzergahındaki “menşe”, “transit” ve “hedef” ülkelerin bir araya gelmelerini sağlamıştır.

Aynı şekilde Türkiye, ICMPD tarafından yürütülen “Akdeniz Bölgesinde Transit Göç Diyalogu Girişimi”ne de önemli katkılar sağlamaktadır.

²¹ United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) (www.unhcr.org).

²² International Organization for Migration (IOM) (www.iom.int).

²³ International Centre for Migration Policy Development (ICMPD) (www.icmpd.org).

²⁴ “**Katılımcı Ülkeler** (52): Almanya, Afganistan, Arnavutluk, Avusturya, Azerbaycan, Belarus, Belçika, Birleşik Krallık, Bosna-Hersek, Bulgaristan, Cumhuriyeti, Danimarka, Ermenistan, Estonya, Finlandiya, Fransa, Gürcistan, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi, Hırvatistan, Hollanda, Irak, İrlanda, İspanya, İsveç, İsviçre, Karadağ, Kazakistan, Kırgızistan, Letonya, Lihtenştayn, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Makedonya, Malta, Moldova, Norveç, Özbekistan, Pakistan, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, Tacikistan, Türkiye, Türkmenistan, Ukrayna Yunanistan / **Gözlemci Ülkeler** (7): Avustralya, ABD, Bangladeş, Çin, Hindistan, Kanada ve İran / **Uluslararası Kuruluşlar**: BMMYK, BSEC (Karadeniz Ekonomik İşbirliği), Avrupa Konseyi, Avrasya Ekonomi Topluluğu, Avrupa Komisyonu, Europol, Frontex, ILO (Uluslararası Çalışma Kuruluşu), INTERPOL, IOM, MARRI (Göç, Sığınma ve Mülteci Bölgesel Girişimi), SELEC (Güneydoğu Avrupa Kuvvetleri Merkezi), UNODC (BM Uyuşturucu ve Suç Ofisi), Bağımsız Devletler Topluluğu Yürütme Komitesi”

Nihayet Türkiye, “düzensiz göçün önlenmesi” maksadıyla 28/5/2012 tarihinde “FRONTEX” (“AB Sınır Güvenliği Birimi”) ile hazırlanan “mutabakat zaptına” imza koymuştur.

c. Geri Kabul Antlaşmaları

“Düzensiz göç”le mücadelenin en önemli ayağı uluslararası hukuk olup, bu alanda da en güçlü enstrüman “geri kabul antlaşmaları”dır. Söz konusu antlaşmalarla, “düzensiz göç”le mücadele sorumluluğu olan devletler, bu alanda gerekli adımları atıp birtakım tedbirlere başvurmaya zorlanmaktadır. Diğer yandan söz konusu antlaşmalar, “düzensiz göçmenler”in ülkelerine gönderilmelerinde “insan hakları ihlallerinin önlenmesine” ve uluslararası teamüllerin doğru bir şekilde uygulanmasına da hizmet edebilmekte ve gereken öngörülebilirlik sağlamaktadır.

“Düzensiz göç”e ilişkin yolların kavşağında yer alan Türkiye de söz konusu problematiğin üstesinden gelebilmek amacıyla kaçınılmaz bir şekilde “transit” ve “hedef” ülkelerle “geri kabul antlaşmaları akdetme” politikası izlemektedir. Bu kapsamda Avrupa Birliği, Kırgızistan, Rusya, Belarus, Ukrayna, Moldova, Romanya, Yunanistan ve Suriye ile biz dizi “geri kabul antlaşması” akdetmiştir.

AB ile yapılan “Geri Kabul Antlaşması”, “Vize Muafiyeti Yol Haritası” ile eşzamanlı şekilde 16/12/2013 tarihinde Ankara’da imzalanmış, 25/6/2014 tarih ve 6547 sayılı Onay Kanunu, 28/6/2014 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmış, söz konusu Antlaşma’nın onaylanması Bakanlar Kurulunca 21/7/2014 tarihinde kararlaştırılarak 2/8/2014 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. AB ile yapılan “Geri Kabul Antlaşması” 1/10/2014 tarihinde âkit tarafların kendi vatandaşları ile ilgili hükümler yönünden ve müşahhas AB ülkeleri ile daha önce akdedilen “geri kabul antlaşmaları”nın devamı olarak yürürlük kazanmıştır. Antlaşmada yer verilen “üçüncü ülke vatandaşlarına ilişkin hükümler”in üç yıl sonra yürürlüğe girmesi öngörülmüştür.

d. Düzensiz Göçle Mücadeleye İlişkin Düzenlemeler

Birinci bölümde, hukuki çerçeve başlığı altında, yabancıların temel hak ve özgürlüklerine ilişkin hukuki düzenlemeler açıklanmıştır. Bu başlık altında ise

münhasıran “düzensiz göç” olgusunu ilgilendiren hukuki düzenlemeler özetlenecektir.

İlk olarak TVK'nin 16. maddesi ile vatandaşlığın evlilik yoluyla kazanılmasına süre sınırlaması getirilmiştir. Anılan maddede bir Türk vatandaşıyla evliliğin otomatik olarak vatandaşlığa hak kazandırmayacağı, bu kapsamda vatandaşlık başvurusunda bulunulabilmesi için söz konusu evliliğin mevcut ve üç yıldan uzun sürmüş olması koşulu aranmaktadır. Bu şekilde muvazaalı evlilikler yapılarak haksız yere vatandaşlık kazanılması engellenmiştir.

Düzensiz göçle mücadelenin en önemli ayaklarında birini, göç olgusunun temelinde yer alan “sosyal ve ekonomik zorlukların yol açtığı kaçak çalışma”nın önlenmesi teşkil etmektedir. 4817 sayılı “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun” 6/3/2003 tarihinde²⁵ ve anılan Kanun'a ilişkin “Uygulama Yönetmeliği” ise 29/8/2003 tarihinde²⁶ yürürlük kazanmıştır. Söz konusu düzenlemelerle kaçak veya düşük ücretle yabancı çalıştırılmasının engellenmesi ve “çalışma amaçlı göç”ün kanuni çerçeveye bağlanarak düzenleme ve denetleme yapılması amaçlanmıştır.

Kanuni alt yapısının tasarlanması bakımından “düzensiz göçle mücadele”nin, hukuk düzeninin bütüncüllüğü bağlamında, “suç ve ceza” tanımlamaları ve ceza normlarının tanım ve müeyyide alanları dışında bırakılması düşünülemez. Nitekim TCK'nın 79. maddesinde “göçmen kaçakçılığı” suçu düzenlenmiştir. Anılan suça ilişkin kanun maddesi şöyledir:

“(1) Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan;

a) Bir yabancıyı ülkeye sokan veya ülkede kalmasına imkan sağlayan,

b) Türk vatandaşı veya yabancıнын yurt dışına çıkmasına imkan sağlayan,

Kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve bin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Suç, teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.

(2) Suçun, mağdurların;

²⁵ Bkz. 6/3/2003 tarihli ve 25040 sayılı Resmî Gazete

²⁶ Bkz. 29/8/2003 tarihli ve 25214 sayılı Resmî Gazete

- a) Hayatı bakımından bir tehlike oluşturması,
b) Onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi,
hâlinde, verilecek ceza yarısından üçte ikisine kadar artırılır.

(3) Bu suçun; birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde verilecek ceza yarısına kadar, bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde verilecek ceza yarısından bir katına kadar artırılır.

(4) Bu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özğü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.”

Görüldüğü üzere (20/7/2010 tarih ve 6008 sayılı Kanun’un 6. maddesi ile yapılan değişiklikle) belirtilen suç “teşebbüs” derecesinde kalsa bile “tamamlanmış” şekli için öngörülen ceza uygulanacak olup, istisnai suçlar için öngörülen bu tercih, kanun koyucu tarafından “düzensiz göç” olgusuna atfedilen önemi ortaya koymaktadır.

690 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”nin²⁷ 6. maddesi ile YUKK’a eklenen ek 1. madde, “göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesinde kullanılan araçlara” CMK’nın 128/4. maddesi hükümleri uygulanarak “el koyma” işlemi yapılmasını öngörmektedir.

Nihayet yukarıda birinci bölümde “hukuki çerçeve” başlığı altında da incelendiği üzere Türkiye’nin göç sahasındaki politikalarının düzenlenmesi ve göç süreçlerinin daha etkili bir şekilde yönetilebilmesi amacıyla 6458 sayılı “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu” kabul edilmiştir. “Düzensiz göçle mücadele” yönünden kritik bir önemi haiz bir kurum olarak Göç İdaresi Genel Müdürlüğü de bu Kanun’a istinaden 11/4/2014 tarihi itibarıyla faaliyetlerine başlamıştır.

²⁷ Bkz. 29/4/2017 tarihli ve 30052 Resmî Gazete.

2. Düzensiz Göçün Ortadan Kaldırılması

a. Sınır Dışı Etme

“Düzensiz göç”ün ortadan kaldırılması bakımından en güçlü araç “sınır dışı etme” olarak karşımıza çıkmaktadır. “Sınır dışı etme” YUKK’nin aynı başlığı taşıyan “dördüncü bölüm”ünde 52-60. maddelerde düzenlenmektedir.

i. Sınır Dışı Edilmesi Öngörülenler

Hakkında sınır dışı kararı alınması gereken 14 farklı “kişi kategorisi” YUKK’nin 54/1. maddesinde sıralanmıştır:

Bunlar:

- “5237 sayılı Kanununun 59 uncu maddesi kapsamında sınır dışı edilmesi gerektiği değerlendirilenler”
- “Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar”
- “Türkiye’ye giriş, vize ve ikamet izinleri için yapılan işlemlerde gerçek dışı bilgi ve sahte belge kullananlar”
- “Türkiye’de bulunduğu süre zarfında geçimini meşru olmayan yollardan sağlayanlar”
- “Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar”
- “Vize veya vize muafiyeti süresini on günden fazla aşanlar veya vizesi iptal edilenler”
- “İkamet izinleri iptal edilenler”
- “İkamet izni bulunup da süresinin sona ermesinden itibaren kabul edilebilir gerekçesi olmadan ikamet izni süresini on günden fazla ihlal edenler”
- “Çalışma izni olmadan çalıştığı tespit edilenler”
- “Türkiye’ye yasal giriş veya Türkiye’den yasal çıkış hükümlerini ihlal edenler ya da bu hükümleri ihlale teşebbüs edenler”

- “Hakkında Türkiye’ye giriş yasağı bulunmasına rağmen Türkiye’ye geldiği tespit edilenler”
- “Uluslararası koruma başvurusu reddedilen, uluslararası korumadan hariçte tutulan, başvurusu kabul edilemez olarak değerlendirilen, başvurusunu geri çeken, başvurusu geri çekilmiş sayılan, uluslararası koruma statüleri sona eren veya iptal edilenlerden haklarında verilen son karardan sonra bu Kanunun diğer hükümlerine göre Türkiye’de kalma hakkı bulunmayanlar”
- “İkamet izni uzatma başvuruları reddedilenlerden, on gün içinde Türkiye’den çıkış yapmayanlar”

Yukarıdaki kişilerden “(t)erör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar”, “(k)amu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar” ve “(u)luslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler” aynı zamanda “uluslararası koruma” başvurusunda bulunmuş veya anılan statüyü kazanmış olsalar bile, sözü edilen işlemler hangi aşamada olursa olsun haklarında sınır dışı kararı alınması mümkündür.

ii. Hakkında Sınır Dışı Kararı Alınamayacak Kişiler

Hakkında “sınır dışı etme” kararı alınamayacak kişiler YUKK’nin 55/1. maddesinde beş başlık altında düzenlenmiştir. Bunlar:

- “Sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı konusunda ciddi emare bulunanlar”
- “Ciddi sağlık sorunları, yaş ve hamilelik durumu nedeniyle seyahat etmesi riskli görülenler”
- “Hayati tehlike arz eden hastalıkları için tedavisi devam etmekte iken sınır dışı edileceği ülkede tedavi imkânı bulunmayanlar”
- “Mağdur destek sürecinden yararlanmakta olan insan ticareti mağdurları”
- “Tedavileri tamamlanıncaya kadar, psikolojik, fiziksel veya cinsel şiddet mağdurları”

Anılan Kanun'un 55/2. maddesine göre "sınır dışı edilememeye" ilişkin değerlendirmenin, her bir kişi için ayrı yapılması gerekmektedir.

iii. Sınır Dışı Kararı, Uygulama Süreci ve Sınır Dışı Edilmesine Karar Verilen Yabancınn Yolculuk Giderleri

"Sınır dışı etme" kararı YUKK'nin 54. maddesi ile ortaya konulan sebeplerin gerçekleşmesi halinde uygulanmaktadır. YUKK'nin 53. maddesinde açıkça ifade edildiği üzere "sınır dışı etme" kararı "Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün talimatı üzerine" veya "resen" ilgili valilikler tarafından alınabilmektedir. Hakkında "sınır dışı" kararı alınan yabancı, YUKK'nin 52. maddesi gereğince "menşe ülkesine", "transit gideceği ülkeye" veya "üçüncü bir ülkeye" gönderilebilir.

"Sınır dışı etme" kararı, YUKK'nin 53/2. maddesi gereğince "yabancıya", "yasal temsilcisine" veya "avukatına" tebliğ edilmelidir. Bir avukat tarafından temsil edilmeyen yabancı veya kanuni temsilcisinin, kararın neticesi ile öngörülen itiraz yolunun yöntem ve süresi hakkında bilgilendirilmesi şarttır.

Hakkında "sınır dışı etme" kararı alınan yabancılara, YUKK'nin 56/1. maddesi gereğince 15 ila 30 gün arasında belirlenecek bir mühlet içerisinde kendi başlarına ülkeyi terk etmeleri, aynı "sınır dışı etme" kararı ile bildirilir. Bu bildirim "terke davet" olarak adlandırılmakta olup, bu kapsamdaki kişilere hiçbir harca tabi olmaksızın "ıkış izin belgesi" verilmektedir. Fakat aynı fıkra, "kaçma ve kaybolma riski bulunanlara, yasal giriş veya yasal çıkış kurallarını ihlal edenlere, sahte belge kullananlara, asılsız belgelerle ikamet izni almaya çalışanlara veya aldığı tespit edilenlere, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlara" bu imkânı tanımamaktadır.

YUKK'nin 60. maddesine göre hakkında sınır dışı kararı olan yabancınn, ilgili kolluk birimi tarafından sınır kapısına götürülmesi gerekmektedir. Aynı maddenin (3) numaralı fıkrası, "sınır dışı edilecek" olan yabancınn, yolculuk giderlerini kural olarak kendisinin karşılayacağını kurala bağlamaktadır. Yabancınn "hiç parası yoksa" aynı fıkra gereğince, yolculuk giderleri Göç İdaresi Genel

Müdürlüğünce üstlenilecektir. Yabancının parası var ve fakat yeterli değilse, şu yol izlenir:

“1) Seyahat masrafları Genel Müdürlükçe karşılanır ve yabancının mevcut parasının Genel Müdürlükçe her mali yıl başında belirlenen sınır dışı edilecek yabancılardan temel gereksinimlerini karşılamaya yetecek tutar kadar kısmı kendisine bırakılarak artan kısmı seyahat masrafları karşılığında Hazineye gelir kaydedilir.

2) Yabancının mevcut parası temel gereksinimlerini karşılamaya yetecek tutarın altındaysa seyahat masraflarının tamamı Genel Müdürlükçe karşılanır ve mevcut parası kendisine bırakılır.”

iv. Sınır Dışı Kararına Karşı “İdari Yargı Yolu”

Anayasa'nın 125. maddesinde “(i)darenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu(nun) açık” olduğuna dair hüküm bulunmaktadır. Bu güvence aynı zamanda “hukuk devleti” ilkesinin bir gereği olup, “sınır dışı etme” kararları da bu güvencenin kapsamındadır.

Bu bağlamda, YUKK'nin 53/3. maddesi gereğince ilgili yabancı, kanuni temsilci veya avukat, tebliğden itibaren yedi gün içerisinde “sınır dışı etme kararına karşı” idare mahkemesine başvurma hakkına sahiptir. Aynı fıkraya göre söz konusu başvurunun 15 gün içerisinde sonuçlandırılması öngörülmekte ise de aksi yöndeki uygulamalar bir hukuki yaptırıma bağlanmamıştır. Bu bağlamda söz konusu sürenin “düzenleyici” mahiyette olduğu anlaşılmaktadır. Pek tabii söz konusu süreye uyulmaması ilgili hâkimin disiplin veya cezai yönden sorumluluğunu da gerektirebilir.

Yabancının muvafakati olan durumlar haricinde, “dava açma süresi veya dava açılması halinde yargılama sonuçlanıncaya kadar” ilgili yabancının sınır dışı edilmesi yasaktır. Bu hüküm “otomatik askıya alma mekanizması”na yakın bir güvence öngörmekte olup, bu güvencenin işlerlik kazanabilmesi, YUKK'nin 53/3. maddesinin ikinci cümlesi gereğince başvuruda bulunan kişinin, “sınır dışı etme” kararı alan makamı da bu başvurudan haberdar etmesine bağlanmış görünmektedir.

b. Sınır Dışı Kararı Nedeniyle İdari Gözetim Altına Alma

i. İdari Gözetim Kararı ve Uygulanması

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 54. maddesi kapsamına giren bir yabancıya kolluk görevlileri tarafından yakalanması durumunda, hakkında gerekli kararların ("sınır dışı etme" ve "idari gözetim altına alma") alınabilmesi için ilgili valilik zaman kaybedilmeksizin bilgilendirilecektir. Bu kapsamda, 48 saati aşmamak kaydıyla bir "değerlendirme ve karar süresi" öngörülmüştür.

YUKK'nin 57/2. maddesinde "*sınır dışı edilmelerine*" karar verilen kişilerin aşağıdaki durumlarda ilgili valiliğin kararı ile idari gözetim kararı alınacağı (veya bir sonraki başlıkta açıklanacak olan YUKK'nin 57A maddesindeki "alternatif yükümlülükler" in yükleneceği) düzenlenmiştir:

- "(K)açma ve kaybolma riski bulunan"
- "Türkiye'ye giriş veya çıkış kurallarını ihlal eden"
- "(S)ahte ya da asılsız belge kullanan"
- "(K)abul edilebilir bir mazereti olmaksızın Türkiye'den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayan"
- "(K)amu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar"

Yukarıda belirtilen yabancıların "idari gözetim" altına alınmaları zorunlu değil ise de "idari gözetim altına alınmamaları" durumunda, haklarında YUKK'nin 57A/1. maddesinde öngörülen (bir sonraki başlıkta incelenecek olan) "alternatif yükümlülükler" den en az birinin uygulanması, aynı maddenin (3) numaralı fırcası gereğince kaçınılmazdır.

"İdari gözetim altına alınmasına" karar verilen bir yabancıya, YUKK'nin 57/2. maddesi gereğince, yakalama işlemini yerine getiren kolluk görevlilerince en geç 48 saat içerisinde "geri gönderme merkezine" teslim edilmesi gerekmektedir.

Kişinin özgürlüğünden yoksunluğu sonucu doğuran "idari gözetim" tedbiri, hangi gerekçe ile uygulanırsa uygulansın zorlayıcı doğasının bir gereği olarak,

sınırları belirsiz, bir başka ifadeyle süresiz olarak uygulanamaz. Nitekim YUKK'nin 57/3. maddesinde de bu kapsamda bir sınırlamaya gidilerek "idari gözetim" tedbirinin süresi "altı ay" ile sınırlanmıştır. Bununla birlikte, "sınır dışı etme işlemleri"nde, ilgili yabancının iş birliği yapmaktan kaçınması ya da ülkesine ilişkin gerçek bilgi veya belgeleri sunmamasına bağlı olarak gecikme yaşanması durumunda, "idari gözetim tedbiri"nin süresi yine altı ayı (toplamda bir yılı) geçmemek üzere uzatılabilir.

İdari gözetime devam edilmesinde "zaruret olup olmadığı" hususunun YUKK'nin 57/4. maddesi gereğince aylık periyodlarla ilgili valilikçe değerlendirilmesi gerekir. Ancak lüzum görüldüğünde daha sık aralıklarla değerlendirme yapılması da mümkündür. Söz konusu değerlendirme sonucunda "idari gözetimin devamında zaruret görülmeyen yabancılar" yönünden idari gözetimin derhal sonlandırılması şarttır.

"İdari gözetim altına alma" kararı başta olmak üzere, "idari gözetim" sürecinde alınan (uzatma, değerlendirme vb.) tüm kararların gerekçesiyle birlikte ilgili yabancıya, varsa kanuni temsilcisi veya avukatına tebliği YUKK'nin 57/5. maddesi gereğince zorunludur. Aynı fırkanın devamındaki hükme göre, avukatı olmayan yabancının kendisi veya kanuni temsilcisinin "kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında" bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bir önceki cümlede tebligattan söz edildiğine göre, burada bilgilendirmenin yabancının huzurunda ve yüzüne karşı yapılan bir bilgilendirmeye, interaktif bir duruma işaret edildiğinin kabul edilmesi gerekir.

Bilgilendirme yapılmasına ilişkin kuralın düzenlendiği YUKK'nin 57/5. maddesinin ikinci cümlesindeki "*kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında*" ifadelerine bakılarak "tebligatın" içeriğinde, belirtilen hususlar hakkında bilgilendirici açıklamalara yer verilmeyeceği düşünülmemelidir. Zira Kanun'da böyle bir zorunluluk öngörülmediği varsayımında dahi Anayasa'nın 40. maddesi gereği sözü edilen hususlarda, ilgili kişilerin bilgilendirilmesi zorunludur. Burada kanun koyucunun, avukatı olmayan ve dil bilmeyen yabancı lehine, salt yazılı bildirim dayalı tebligat ile hak ve yükümlülükleri konusunda yeterince bilgi sahibi olamayabileceği düşüncesi ile ilave bir güvence getirdiği anlaşılmaktadır.

ii. İdari Gözetime Alternatif Tedbirler

“İdari gözetime alternatif yükümlülükler” YUKK’nin 57A maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre aynı Kanun’un 57/2. maddesinde sayılanlar²⁸ ile “idari gözetim” halleri son erdirilen yabancılar hakkında uygulanabilecek alternatif yükümlülükler şunlardır:

- “Belirli adreste ikamet etme”
- “Bildirimde bulunma”
- “Aile temelli geri dönüş”
- “Geri dönüş danışmanlığı”
- “Kamu yararına hizmetlerde gönüllülük esasıyla görev alma”
- “Teminat”
- “Elektronik izleme”

“İdari gözetim” tedbiri gibi “alternatif yükümlülükler” de sınır ve süresiz olmayıp YUKK’nin 57A/2. maddesi gereğince azami 24 ay süre ile uygulanabilmektedir.

Ancak önceki başlıkta da ifade edildiği gibi YUKK’nin 57A/3. maddesi gereğince, 57/2. madde kapsamında olmasına rağmen “idari gözetim” altına alınmayan bir yabancı hakkında “alternatif yükümlülük” getirilmesi zorunludur. “Alternatif yükümlülüklere ilişkin” tebligat ve bilgilendirme koşulları, “idari gözetim kararları”na ilişkin bir önceki başlıkta açıklanan 57/5. maddedeki gibidir.

“Elektronik izleme” şeklinde belirlenen yükümlülüklere karşı da YUKK’nin 57A/5. maddesi gereğince, (“idari gözetim” tedbirinde olduğu gibi) “sulh ceza hakimine” müracaat yolu öngörülmüştür. Benzer şekilde, hâkime müracaat, tedbiri durdurmamakta ve beş gün içerisinde karar verilmesi gerekmekte olup, karara karşı başka bir mercie başvuru yolu açık değildir.

²⁸ “(K)açma ve kaybolma riski bulunan, Türkiye’ye giriş veya çıkış kurallarını ihlal eden, sahte ya da asılsız belge kullanan, kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın Türkiye’den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayan, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar”

iii. İdari Gözetim Kararının Yargısal Denetimi

“İdari gözetim” kararına karşı, ilgili yabancı, varsa kanuni temsilci veya avukatı YUKK’nin 57/6. maddesi gereğince “sulh ceza hakimine” itiraz yoluna müracaat edebilir. Söz konusu müracaat “idari gözetim” halini kendiliğinden durdurmamaktadır. İtiraz dilekçesinin göç idaresine sunulması durumunda, söz konusu dilekçenin “sulh ceza hakimine” zaman kaybedilmeksizin ulaştırılması gerekmektedir. “Sulh ceza hakimi”nin dilekçenin kabulünden itibaren beş gün içinde karar vermesi gereklidir. Aynı fıkra gereğince “sulh ceza hakimi”nin kararı kesin nitelikte olup, kararın yabancının aleyhinde olması halinde bireysel başvuru usulü yönünden “başvuru yollarının tüketilmiş” olduğunun kabulü gerekir.

Diğer taraftan YUKK’nin 57/6. maddesi gereğince “idari gözetim şartlarının ortadan kalktığı veya değiştiği iddiasıyla yeniden sulh ceza hakimine” başvurulması da mümkündür.

“İdari gözetim” kararlarına karşı başvuru yapmak için avukatlık ücretlerini karşılama imkânı bulunmayan kişilere talep etmeleri halinde YUKK’nin 57/7. maddesi atfıyla 1136 sayılı “Avukatlık Kanunu” hükümlerine göre “avukatlık hizmeti” sağlanır.

“İdari gözetim altına alınan” bir yabancının uyruk bilgisinin tespiti için YUKK’nin 57/8. maddesi, ilgili yabancının “elektronik ve iletişim cihazları”nın incelenmesine “elde edilen verilerin” başka amaçla kullanılmaması koşuluyla izin vermektedir. Bu kapsamda “elde edilen verilerin bu amaç dışında” kullanılması yasaktır. Söz konusu düzenlemenin, Anayasa’nın 20/2. maddesindeki “(m)illî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz.” hükmü ile öngörülen güvence rejimine ve AİHS’nin 8. maddesine açıkça aykırı olduğu kanaatindeyiz.

iv. Gönüllü Geri Dönüş

Aleyhinde “sınır dışı etme kararı” verilmiş olan ve “menşe ülkesine gönüllü olarak geri dönmek isteyen düzensiz göçmenlerden” Göç İdaresi Genel Müdürlüğünce uygun görülen kişilere YUKK’nin 60A maddesi gereğince “aynı veya nakdi” yardım yapılması mümkündür.

c. Türkiye’ye Giriş Yasağı

YUKK’nin 9/2. maddesi “Türkiye’den sınır dışı edilen yabancıların Türkiye’ye girişi”nin, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü veya ilgili Valilikçe yasaklanmasını öngörmektedir. Ancak aynı Kanun’un 56. maddesi gereğince “Türkiye’yi terke davet edilen” ve bu davete icabet ederek verilen müddet içerisinde yurdu terk eden yabancılar hakkında “giriş yasağı” kararı alınmaması konusunda idarenin takdir yetkisi vardır. Türkiye’ye giriş yasağı ile ilgili diğer açıklamalar yukarıda “Türkiye’ye Giriş” başlığı altında yapılmıştır.

C. Uluslararası Koruma

1. Mülteci, Şartlı Mülteci ve İkincil Koruma

YUKK’nin 8. maddesine göre aynı Kanun’un 5., 6. ve 7. maddelerinde sıralanan koşullar, “uluslararası koruma başvurusu” yapılmasına engel teşkil edecek yönde yoruma tabi tutulup uygulanamaz.

“Mülteci” statüsünü, YUKK’nin 61. maddesinde “*Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında mülteci statüsü verilir.*” şeklinde düzenlenmiştir.

“Şartlı mülteci” YUKK’nin 62. maddesinde *“Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında şartlı mülteci statüsü verilir. Üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar, şartlı mültecinin Türkiye’de kalmasına izin verilir.”* şeklinde düzenlemeye bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere “mülteci” statüsünün kazanılabilmesi için, kişinin subjektif koşullarına kaynaklık eden olayların “Avrupa ülkelerinde” meydana gelmiş olması koşuldur. Söz konusu olayların “Avrupa ülkeleri dışında” meydana gelmiş olması halinde ilgili kişiye “mülteci” değil ancak “şartlı mülteci” statüsü verilebilmektedir.

“İkincil koruma” ise YUKK’nin 63. maddesinde şöyle düzenlenmiştir:

“(1) Mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde;

- a) Ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek,*
- b) İşkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak,*
- c) Uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak,*

olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye, statü belirleme işlemleri sonrasında ikincil koruma statüsü verilir.”

“Uluslararası koruma başvuruları”nın ilgili valiliğe YUKK’nin 65. maddesi gereğince “bizzat” yapılması, söz konusu başvuruların, yurtiçinde veya “sınır kapılarında” kolluk birimine yöneltilmesi veya ilgili yabancının hapsedilmekte olması durumunda, başvurunun ilgili valiliğe zaman kaybedilmeksizin iletilmesi gerekmektedir.

“Uluslararası koruma” talepleri bakımından “refakatsiz çocuklar” ve “özel ihtiyaç sahipleri” (örneğin, işkence, cinsel saldırı veya başka türden ciddi ruhsal veya fiziksel şiddet uygulanmış kişiler) hakkındaki işlemlerde ve sağlanan haklarda YUKK’nin 66. ve 67. maddeleri gereğince daha öncelikli kabul edilmeleri öngörülmektedir.

“Uluslararası koruma” talep eden kişilerin “idari gözetim altına alınmaları” ancak “(k)imlik veya vatandaşlık bilgilerinin doğruluğuyla ilgili ciddi şüphe varsa, bu bilgilerinin tespiti amacıyla”, “(s)ınır kapılarında usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonulması amacıyla”, “(i)dari gözetim altına alınmaması durumunda başvurusuna temel oluşturan unsurların belirlenemeyecek olması hâlinde” veya “(k)amu düzeni veya kamu güvenliği açısından ciddi tehlike oluşturması hâlinde” mümkün olup, salt “uluslararası koruma talebi olması” kişinin “idari gözetim altına alınmasını” gerektirmez. YUKK’nin 68. maddesi gereğince “uluslararası koruma” talep eden kişilerin işlemleri süratle yerine getirilir, “idari gözetim” süreleri 30 günü aşamaz ve “idari gözetim kararı” için gereken koşullar sona erdiğinde zaman kaybedilmeksizin salıverilirler. Buna ek olarak “idari gözetim tedbiri” her aşamada karar veren merci tarafından kaldırılarak YUKK’nin 71. maddesinde öngörülen “yükümlülüklerin”²⁹ yerine getirilmesi istenebilir veya başkaca tedbirler uygulanabilir.

“Uluslararası koruma” başvurularında izlenecek prosedür ve alınan kararlara karşı yargı yolu YUKK’nin 69 ila 87. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

2. Uluslararası Korumadan Yararlanan Kişilerin Hakları

“Uluslararası koruma statüsü”ne sahip olan kişiler, YUKK’nin 88. maddesi gereğince “mütekabiliyet” koşulundan muaf tutulmuşlardır. Bu çerçevede anılan

²⁹ “İkamet zorunluluğu ve bildirim yükümlülüğü

MADDE 71 – (1) Başvuru sahibine, kendisine gösterilen kabul ve barınma merkezinde, belirli bir yerde veya ilde ikamet etme zorunluluğu ile istenilen şekil ve sürelerde bildirimde bulunma gibi idari yükümlülükler getirilebilir.

(2) Başvuru sahibi, adres kayıt sistemine kayıt yaptırmak ve ikamet adresini valiliğe bildirmekle yükümlüdür.”

koşula tabi olmaksızın “yabancı” veya “vatansız” kişiler, Türk vatandaşlarına sağlanan hak ve imkanlardan fazla olmamak koşuluyla birtakım hak ve imkanlardan yararlandırılabilirler.

a. Sağlık

“Başvuru sahibi” veya “uluslararası koruma” statüsüne sahip olup, sağlık güvencesi bulunmayan ve ödeme gücünden yoksun kişilere verilecek hizmetler, YUKK’nin 89/3-a maddesi atfıyla 5510 sayılı “Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu” hükümlerine göre, “uluslararası koruma başvuru kaydı” tarihinden sonra bir yıl müddetle yerine getirilir³⁰. “Özel ihtiyaç sahipleri” ve İçişleri Bakanlığınca “sigorta kaydının devamı” uygun görülenler bakımından “bir yıl süre” koşuluna bakılmaz.

“Uluslararası koruma başvurusu” idarece reddedilen kişiler, YUKK’nin 89/3-a maddesi gereğince “genel sağlık sigortası” kapsamı dışına alınır. “Sağlık güvencesi” veya “ödeme gücü”ne sahip olduğu ya da sırf tıbbi yardım almak için başvuruda bulunduğu saptanan kişilerin “genel sağlık sigortaları” YUKK’nin 89/3-b maddesi gereğince sonlandırılır; tedavi ve ilaç giderleri ayrıca ödetirilir.

b. Eğitim

“Başvuru sahibi” veya “uluslararası koruma statüsü sahibi” olan kişiler ve aile fertleri YUKK’nin 89/1. maddesi gereğince, statülerine göre verilen “kimlik belgeleri” ile ilk ve ortaöğretim hizmetlerinden yararlandırılırlar³¹.

c. Çalışma

“Başvuru sahibi” veya “şartlı mülteci”ler, YUKK’nin 89/4-a maddesi gereğince uluslararası koruma başvurusu tarihinden “altı ay” sonra çalışma izni

³⁰ “Geçici koruma” statüsündeki yabancılar için sağlanacak sağlık hizmetlerinin kapsam ve koşulları “Geçici Koruma Yönetmeliği”nin 37. maddesinde düzenlemeye bağlanmıştır.

³¹ “Geçici koruma” kapsamına alınan kişiler de “geçici koruma kimlik belgesi” ile eğitim hizmetlerine erişebilmektedirler. Bu konuyla alakalı olarak daha detaylı bilgilere erişmek için Milli Eğitim Bakanlığı Temel Eğitim Hizmetleri Genel Müdürlüğü’nün 23/9/2014 tarih ve 2014/21 no.lu Genelgesinin incelenmesinde yarar vardır.

müracaatında bulunabilirler. Aynı maddeye göre “mülteci” veya “ikincil koruma statüsü sahibi” olan kişi, ilgili statüyü kazandıktan sonra “bağımlı veya bağımsız” olarak çalışma imkanına kavuşmaktadır. Ancak tabii ki özel kanunlarda yabancıların icra edemeyeceği meslek veya çalışma faaliyetlerinin olabileceği de unutulmamalıdır.

“Mülteci” veya “ikincil koruma statüsü sahibi” olan kişilerin, bu sıfatlarını ispat eden kimlik kartları YUKK’nin 89/4-b maddesi gereğince “çalışma izni belgesi” yerine geçmektedir.

YUKK’nin 89/4-ç maddesindeki “(b)aşvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerin çalışmasına ilişkin usul ve esaslar, Bakanlığın (İçişleri Bakanlığı) görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından belirlenir.” hükmüne istinaden “Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı”nın³² 26/4/2016 tarih ve 29695 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi ve Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Kişilerin Çalışmasına Dair” Yönetmeliği yürürlüğe girmiştir³³.

d. Sosyal Yardımlardan Yararlanma, Sosyal Hizmetlere Erişim ve Harçlık

Yardıma muhtaç durumda olan “başvuru sahibi” veya “uluslararası koruma statüsü sahibi” olan kişilere³⁴ valilik ve kaymakamlıklar bünyesinde teşekkül ettirilmiş olan “Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma” vakıfları aracılığıyla “sosyal yardım” ve “hizmetler” sağlanabilmektedir.

YUKK’nin 72. (“kabul edilemez başvuru”) ve 79 (“hızlandırılmış değerlendirme”) maddelerine giren kişilerden olmayan ve muhtaç durumda bulunduğu saptanan “başvuru sahiplerine”, YUKK’nin 89/5. maddesi gereğince,

³² Güncel adıyla “Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı”.

³³ “Geçici koruma altındaki kişiler”in çalışma haklarına dair düzenleme, İçişleri Bakanlığından görüş alınmak suretiyle 15/1/2016 tarih ve 29594 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlük kazanmıştır.

³⁴ “Geçici koruma kapsamındaki kişiler” de aynı korumadan yararlanabilmektedir (Bkz. <https://www.goc.gov.tr/> erişim: 13/2/2020).

İçişleri Bakanlığınca belirlenen usul ve esaslara göre “harçlık” verilmesi mümkündür.

3. Uluslararası Korumadan Yararlanan Kişilerin Sorumlulukları

“Başvuru sahibi” veya “uluslararası koruma statüsü sahibi” olan kişilerin hakları olduğu gibi birtakım yükümlülük ve sorumluluklarının olması da kaçınılmazdır.

“Başvuru sahibi” veya “uluslararası koruma statüsü sahibi” olan kişi, “çalışma durumuna ait güncel bilgileri” ve “gelirlerini, taşınır ve taşınmazlarını” 30 gün içerisinde, “adres, kimlik ve medeni hâl değişikliklerini” ise 20 gün içerisinde bildirmek; “kendisine sağlanan hizmet, yardım ve diğer imkânlardan haksız olarak yararlandığının tespit edilmesi hâlinde, bedellerini tamamen veya kısmen geri ödemek” ve Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne “uluslararası koruma” kapsamında istenilen hususları yerine getirmek ile mükelleftir.

4. Menşe Ülke Bilgisi

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun 93/1. maddesinde, “uluslararası koruma”ya ilişkin başvuruların incelenmesi kapsamında, “etkin” ve “adil” karar verilebilmesi için başvuru sahiplerince sunulan bilgi ve iddiaların gerçekliğinin saptanmasına yönelik “menşe”, “ikamet” ve “transit” ülkelere ilişkin BMMYK ve diğer kaynaklar aracılığıyla ilgili bilgilerin toplanacağına işaret edilmiştir. Aynı maddenin (2) numaralı fıkrasında “menşe ülke bilgi sistemi” oluşturması öngörülmüştür.

D. Geçici Koruma

Birleşmiş Milletler Yürütme Komitesinin 2004 tarih ve 100 numaralı “Kitlesel Akın Durumlarında Uluslararası İşbirliği ile Yük ve Sorumluluk Paylaşımına Dair Karar”ına göre “kitlesel sığınma”nın mevcudiyetinin kabulü için iki egemen devletin ülkeleri arasındaki sınırlara yönelik kayda değer sayıda insanın mobilize olması, söz konusu mobilizasyonun “hızla devam etmesi”, “ev sahibi” ülkenin rutin “bireysel sığınma” yönergelerini kısa vadede tatbik edemeyecek

duruma gelmiş olması gereklidir³⁵. Belirtilen koşullar altında, “geçici koruma” müessesesi devreye alınmaktadır.

YUKK'nin 91. maddesine göre “(1) Ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara geçici koruma sağlanabilir. (2) Bu kişilerin Türkiye'ye kabulü, Türkiye'de kalışı, hak ve yükümlülükleri, Türkiye'den çıkışlarında yapılacak işlemler, kitlesel hareketlere karşı alınacak tedbirlerle ulusal ve uluslararası kurum ve kuruluşlar arasındaki iş birliği ve koordinasyon, merkez ve taşrada görev alacak kurum ve kuruluşların görev ve yetkilerinin belirlenmesi, Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.” Belirtilen kanun maddesine istinaden 13/10/2014 tarihli “Geçici Koruma Yönetmeliği” kabul edilmiştir. “Geçici koruma statüsü” kapsamındaki kişiler hakkındaki işlem ve politikalarda “açık sınır politikası ile kabul”, “geri göndermeme” ve “temel ve acil ihtiyaçların karşılanması” ilkelerinin hâkim olması öngörülmektedir³⁶.

“Geçici koruma statüsü”nden halihazırda “Suriye Arap Cumhuriyeti” vatandaşları yararlandırılmaktadır.

Anılan “Geçici Koruma Yönetmeliği” kapsamında, Suriyeli sığınmacılar için “adres bildirim yükümlülüğü” öngörülmüştür. Adres değişikliği durumunda kişilerin bağlı oldukları Göç İdaresi İl Müdürlüğüne başvurarak güncelleme yapmaları gerekmektedir. Benzer şekilde “üçüncü ülkeye çıkış” yapmak isteyen Suriyelilerin “geçici koruma kimlik belgesi”, “pasaport” veya “seyahat belgesi”, “vize” veya “ikamet izni”ni doğrulayan belgelerle birlikte ilgili valiliğe başvurdukları takdirde bu kişilere çıkış izni verilebilmektedir³⁷.

³⁵ “Conclusion on International Cooperation and Burden and Responsibility Sharing in Mass Influx Situations” No. 100 (LV) – 2004, (<https://www.unhcr.org/41751fd82.html> erişim: 13/2/2020).

³⁶ <https://www.goc.gov.tr/gecici-korumanin-unsurlari> erişim: 13/2/2020.

³⁷ <https://www.goc.gov.tr/gecici-korumaya-ait-kayit-islemleri> erişim: 13/2/2020.

II. ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU YOLU

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu, 7/5/2010 tarih ve “5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un 12/9/2010 tarihli halk oylamasıyla kabulü ile “yeni bir hak arama yolu” olarak Türk hukuk sistemine entegre edilmiştir.

Anayasa’nın 148/3. maddesine göre “herkes, Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine” bireysel başvuruda bulunabilir.

Hasan Uzun/Türkiye başvurusuna ilişkin kararında³⁸ “Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı sağlayan yeni kanun yolunun” temel niteliklerini değerlendiren AİHM, Anayasa Mahkemesinin “Sözleşme ile korunan hak ve özgürlüklere yönelik ihlallerin doğrudan ve ivedi olarak telafi ve tazmini hususunda” gerekli ölçüde yetkili kılındığını ve bu nedenle “tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu” olduğunu kabul etmiştir³⁹.

A. Bireysel Başvuru Yolunun Temel Özellikleri

Bireysel başvuru yolu, kamu otoritesi tarafından ve kamu gücü kullanılmak suretiyle anayasal hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerin meşru olup olmadığının incelendiği ve meşru olmayan müdahalelerin sonuçlarının ortadan

³⁸ *Hasan Uzun/Türkiye*, B. No: 10755/13, 30/4/2013. [Bu eserde gerek Anayasa Mahkemesi gerekse AİHM kararlarında benzer nitelikte atıf yöntemleri kullanılmış olup, *italik* olarak yazılan karar adında “/” işareti ile ayrılmış ülke ismi olan (örneğin “*Hasan Uzun/Türkiye*”) ve başvuru numarasındaki yıl bilgisi “/” işaretinde sonra yazılmış olanlar (örneğin “B. No: 12345/19”), AİHM kararlarını ifade etmektedir. Buna karşılık karar adında sadece başvurucunun adı geçen ve başvuru numarasındaki yıl bilgisi “/” işaretinden önce yazılanlar ise Anayasa Mahkemesi kararlarına işaret etmektedir.]

³⁹ *Hasan Uzun/Türkiye*, § 67; diğer yandan AİHM, söz edilen kararın, “bireysel başvuru yolunun etkililiği” konusunda bir saptama içermediğini vurgulamış ve bu yolun “teoride olduğu kadar uygulamada da etkin olduğunu ispat” mükellefiyetinin Devlete ait olduğunu vurgulamıştır (*bkz.* aynı karar, § 71).

kaldırılmasına ve benzer hak ihlallerinin tekrür etmesinin önüne geçilmesine yönelik birtakım kararların alındığı spesifik bir yargısal mekanizmadır⁴⁰.

Bireylerin, hangi anayasal hakların ihlal edilmesi halinde buna karşı başvuruda bulunabilecekleri veya bulunamayacakları konusunda farklı teori ve uygulamalar mevcuttur⁴¹. Anayasa'nın 148/3. maddesinde, “*Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine*” başvuruda bulunulabileceği ifadesine yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre Türk hukukunda bireysel başvuru konusu olabilen hak kategorileri, Anayasa ve AİHS'nin kesişim kümesi veya Anayasa Mahkemesinin kendi ifadesi ile “*ortak koruma alanı*” ile sınırlandırılmıştır⁴².

Bireysel başvuruda amaç, olağan hukuk yollarının bireyin temel hak ve özgürlüklerini korumada yetersiz kaldığı durumlarda, çaresiz kalan bireylerin mağduriyetlerinin giderilerek anayasal koruma sağlamaktır⁴³.

⁴⁰ Ebru Karaman, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu**, On İki Levha yay., İstanbul, 2013, s. 1 (“Bireysel Başvuru”); Winfried Hassemer, “Die Verfassungsbeschwerde im Besonderen”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 21, Y. 2004, s. 4.

⁴¹ Avusturya'daki sisteme göre Anayasa'da güvence altına alınan tüm hak ve özgürlükler bireysel başvuruya konu olabilir. İspanya ve Meksika'da sadece *temel nitelikte* hak ve özgürlükler bireysel başvuruya (*amparo*) konu olabilmektedir. Federal Alman Anayasası'nın “*Federal Anayasa Mahkemesi*” kenar başlıklı 93. maddesinin 4.a bendinde “*Kamu makamlarınca kendi temel haklarından birinin veya 20. maddenin 4. fıkrasında, 33, 38, 101, 103 ve 104. maddelerde temin edilmiş haklarından birisinin ihlal edildiğini iddia eden herkesin yaptığı Anayasa şikâyeti konusunda; ... Federal Anayasa Mahkemesine başvurulabilir.*” (**Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası**, Deutscher Bundestag, Çev. Christian Rumpf ve Gökçe Uzar, Berlin, 2010, s. 79-80; Rudolf Mellinghof, “Federal Almanya Cumhuriyeti'nde Anayasa Şikayeti” (çevireni belirtilmemiş), **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 26, Y. 2009, s. 34). Benzer ifadelere Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun (Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG) (<https://www.gesetze-im-internet.de/bverf/gg/BJNR002430951.html>) erişim: 23/9/2019) 90. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise “*Kamu otoritesi tarafından temel haklarından biri veya Anayasa'nın 20 (4), 33, 38, 101, 103 ve 104. maddelerinde yer alan haklarından birinde ihlal edildiğini iddia eden herkes, Federal Anayasa Mahkemesine anayasa şikayetinde bulunabilir.*” ifadeleri hükme bağlanmıştır (Recep Ünal, “Bireysel Başvuru Çerçevesinde İfade Özgürlüğü”, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku AD Doktora Tezi, Kırıkkale, 2014, s. 8).

⁴² *Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18.

⁴³ Ünal, s. 9; M. Yavuz Sabuncu, Selin Esen-Arnwine, “Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 21, s. 230.

Bir eylem veya işlemin bireysel başvuruya konu olabilmesi için oluşturduğu etkinin kamu gücünden kaynaklanması gerekir. Dahası, kamu gücüne dayanan eylem veya işlemin, yöneldiği anayasal hak veya özgürlüğün mevcudiyeti veya kullanımını bakımından müdahale niteliğinde sonuçlar doğuracak düzeyde bağlayıcı ve icrai olması da bir diğer gerekliliktir⁴⁴. Kamu otoritesinin, kamu gücüne dayanmaksızın özel hukuk hükümleri çerçevesinde giriştikleri eylem veya işlemler⁴⁵ kural olarak bireysel başvuruya konu olamaz⁴⁶.

Bireysel başvuru, iç hukukta müesses idari ve yargısal başvuru yolları bakımından tamamlayıcı nitelikte bir hukuki çaredir. Bu bağlamda bireysel başvuru yolu *ikincil* nitelikte olup, asıl olan hukuki sorun ve mağduriyetlerin mahallinde birinci elden çözümü ve giderilmesidir⁴⁷. Bu nedenle, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğine dair iddiaların öncelikle yerel makamlara sunulması gerekir⁴⁸. Bir kabul edilebilirlik koşulu olan başvuru yollarının tüketilmesi şartı da bireysel başvurunun ikincil niteliğinin bir sonucu olup, bu nitelik, Anayasa Mahkemesi ile iç hukuk mercileri arasındaki görev ve yetki paylaşımının sınırlarını çizmektedir⁴⁹.

Anayasa'nın 148/4. maddesinde bireysel başvuru incelemesinde, "kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme" yapılamayacağı kurala bağlanmıştır. Bu çerçevede bireysel başvuru incelemesi yapan Anayasa Mahkemesinin kendi inceleme perspektifinin dışına çıkarak daha geniş bir hukuki denetim yapma yetkisi bulunmamaktadır⁵⁰. Bireysel başvuruda, bir eylem veya

⁴⁴ Ünal, s. 9.

⁴⁵ Yıldırım *et al.*, s. 395 vd.

⁴⁶ Ece Göztepe, **Anayasa Şikâyeti**, AÜHF yay., No: 530 (Döner Sermaye Yayın No: 45), Ankara, 1998, s. 42-45.

⁴⁷ Ünal, s. 10.

⁴⁸ *İsmail Buğra İşlek*, B. No: 2013/1177, 26/3/2013, §§ 16-17; *Kamil Koç*, B. No: 2012/660, 7/11/2013, § 39.

⁴⁹ Göztepe, s. 74-75; Ünal, s. 11.

⁵⁰ *Ramazan Tosun*, B. No: 2012/998, 7/11/2013, § 55; *Necati Gündüz ve Recep Gündüz*, B. No: 2012/1027, § 26; Sabuncu, Esen-Arnwine, s. 230.

işlemin hukuka uygunluğunun denetimi, hukukilik sorunu anayasal bir hak ve özgürlüğü ilgilendirdiği ölçüde yapılabilir⁵¹.

Bireysel başvuru yolu, vatandaşın, kendisine uygulanmayan veya herhangi bir menfaatini etkilemeyen bir düzenleyici işleme karşı iptal davası açmasına olanak tanıyan özel bir anayasal yargı yolu niteliğindeki *actio popularis* (halk davası veya yurttaş şikâyeti) değildir⁵². Bireysel başvuru yolunda kişi ancak kendisine uygulanan veya kişisel ve güncel bir menfaatini ihlal eden somutlaşmış bir işlem veya karara karşı anayasal denetim talep edebilmektedir⁵³.

B. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü

Anayasa'nın 148. maddesine, 5982 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle ilave edilen üç adet fıkra (üç, dört ve beşinci fıkralar) ile bireysel başvuruların kabulü, incelenmesi ve varsa hak ihlallerinin tespiti Anayasa Mahkemesinin görev ve yetki alanına monte edilmiştir⁵⁴.

⁵¹ Ünal, s. 12.

⁵² Klasik anayasa yargısı pratiğinde, aktif dava süjeliği, belirli siyasi aktörlere, anayasal kurumlara veya mahkemelere tanınmaktadır. Buna karşılık *actio popularis* yolunun kabul edildiği sistemlerde, bu yetki tüm vatandaşlara tanınmaktadır; Peter Paczolay, “Anayasa Şikâyeti: Bir Karma Çözüm mü?”, ç.b., **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 26, Y. 2009, s. 313; Berkan Hamdemir, “Türk Anayasa Hukukunda Bireysel Başvuru”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku AD Doktora Tezi, Konya, 2013, s. 33-34; Kasım Karagöz, **Doğrudan Demokrasi Aracı Olarak Halk Girişimi**, Yetkin yay., Ankara, 2010; *karş.* Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, Ekin yay., Bursa, 2017, s. 508.

⁵³ 6216 sayılı Kanun'un 16/1. maddesinde “*Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir.*” ifadesi hükme bağlanmaktadır. Bu koşul aynı zamanda Anayasa Mahkemesinin kişi bakımından yetki alanı ile de bağlantılıdır (*Sadık Koçak ve diğerleri*, B. No: 2013/841, 23/1/2014, §§ 94-99; *Türk Pediatrik Onkoloji Grubu Derneği*, B. No: 2012/95, 25/12/2012, §§ 21-22).

⁵⁴ Anayasa'nın geçici 18. maddesi ve 6216 sayılı Kanun'un 76/1-(a). maddesi gereğince Anayasa Mahkemesinin “zaman bakımından yetkisinin” başlangıcı belirlenmiştir. Buna göre (halk oylaması sonuçlarının Yüksek Seçim Kurulu tarafından Resmî Gazete’de yayımlanarak anayasa değişikliğine ilişkin geçiş hükümlerinin yürürlüğe girdiği tarih olan 23 Eylül 2010 tarihini takip eden -aynı geçiş hükümlerinden geçici 18. madde gereğince hazırlık çalışmaları için öngörülen- iki yıllık sürenin dolduğu) “23 Eylül 2012 tarihinden sonra kesinleşen işlem ve kararlar” Anayasa Mahkemesinin “zaman bakımından yetkisi” kapsamında olup, anılan tarihten önce kesinleşen işlemlere ilişkin başvurular hakkında “zaman bakımından yetkisizlik” nedeniyle kabul edilemezlik kararları verilmiştir ve verilmektedir.

Peşinen belirtilmelidir ki bireysel başvuru müessesesinin kabulü, Anayasa Mahkemesinde bir dönüşüm ve paradigma değişikliğine yol açmış, norm denetimindeki bakış açısı, bireysel başvuru kararları bakımından otoriterlikten uzaklaşarak özgürlükçülüğe doğru kaymıştır.

1. Genel Olarak Bireysel Başvuru Koşulları

a. Taraf Ehliyeti

Anayasa ve 6216 sayılı Kanun'da, "bireysel başvuru" yoluna "*herkesin*" başvurabileceği belirtilmiştir. Bundan çıkan sonuç kamu gücünü kullanmayan gerçek veya tüzel kişiler bireysel başvuruda "başvurucu" olan tarafı teşkil edebilir. Yukarıda "*kavramsal çerçeve*" başlığı altında da belirtildiği üzere vatandaşlık hakları dışındaki insan hak ve özgürlükleri bakımından taraf ehliyetine sahip olmanın tek koşulu "*insan*" olmaktır⁵⁵.

Özel hukuk tüzel kişilerinin tabi oldukları kanunlara göre hak ehliyeti tanınan işleri bakımından ortaya çıkan hak ihlalleri bakımından taraf ehliyetlerinin de bulunduğu kabul edilecektir⁵⁶.

6216 sayılı Kanun'un 46/2. maddesine göre kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru yönünden taraf ehliyetleri bulunmamaktadır⁵⁷. Bu kurala istisnalar tanınması

⁵⁵ Bireysel başvuru yolunu kabul eden bazı ülkelerde hukuk karşısında "*insan*" niteliğini kazanmamış olan "*cenin*" ve hakkın niteliği elverdiği ölçüde "*ölülere*" de taraf ehliyeti tanınmaktadır; Göztepe, s. 50-51; Karaman, **Bireysel Başvuru**, s. 119; Ünal, s. 22.

⁵⁶ Zafer Gören, "Anayasa Şikayeti: Külfetsiz, Masrafsız ve Sonuçsuz?", **Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan**, C. II, Anayasa Hukuku, Yetkin yay., Ankara, 2008, s. 310; Karaman, **Bireysel Başvuru**, s. 135 vd; Ünal, s. 23; Mülga Ticaret Kanunu'nun 137. madde ile ticaret şirketlerinin hak ehliyetleri, ana sözleşmelerinde yazılı işletme konusu ile sınırlanmaktaydı. Hak ehliyetinin bulunmadığı bir konuda fiil ehliyeti de olmayacağından, konu dışı işlemler yok hükmünde sayılmakta ve şirketi bağlamamakta, hatta şirket ortaklarının sonradan toplanarak işleme icazet vermeleri dahi işlemi geçerli hâle getirememekteydi. Bu duruma öğretide "*ultra vires*" adı verilmektedir. Buna karşılık yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu'nun 125. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile AB'nin Şirketler Hukukuna Dair Birinci Yönergesine uyum sağlanması amacıyla, "ticaret şirketleri"nin Medeni Kanun'un "Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler." hükmünü içeren 48. maddesi bağlamında tüm haklarından yararlanabilecekleri ve borç üstlenebilecekleri öngörülmüştür. Ancak özel kanunlarda bu konuda istisnalar olabileceği de unutulmamalıdır.

gerektiği ve kamu tüzel kişilerinin kamu gücünü kullanmadıkları uyuşmazlıklar bakımından, uygun güvenceleri sağlayan anayasal haklar bakımından bireysel başvuru taraf ehliyetlerinin bulunduğu ileri sürülmektedir⁵⁸.

⁵⁷ Bkz. *Büğdüz Köyü*, B. No: 2012/22, 25/12/2012, § 28; *İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi*, B. No: 2013/1430, 21/11/2013, §§ 25 – 29; Karaman, **Bireysel Başvuru**, s. 127; Ümit Kılınç, “Anayasa Mahkemesi Önünde Bireysel Başvuru: Kabul edilebilirlik Kriterlerinin Uygulanması Konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Uyum ve Uyumsuzluklar”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 4, S. 14, Temmuz 2013, s. 631.

⁵⁸ Göztepe, s. 53-54; Servet Armağan, “Federal Almanya’da Anayasa Şikâyeti”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 5, No. 7, (Ayrı Bastı), İstanbul, 1971, s. 10; *İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi* kararında, “başvurucunun, hissedarı olduğu taşınmaza kamulaştırmaz el attığı iddiasıyla aleyhine açılan dava sonucunda tazminata hükmedilmiştir. Başvurucu, anılan davada düzenlenen bilirkişi raporları gerçeğe aykırı olduğu hâlde buna yönelik itirazlarının dikkate alınmadığını, tapu kaydında hissedar gözüken bazı kişilerin mirasçılarının davaya dâhil edilmediğini, taşınmazlardaki hisselerinin küçük bir kısmını kullandığını belirterek, mülkiyet hakkı ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve yeniden yargılama yapılması talebinde bulunmuştur”. “Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklerinin kamu gücü tarafından ihlal edildiğini iddia eden herkese Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunma hakkı tanındığını ancak kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru yapamayacaklarını hatırlatmıştır. Mahkeme ‘*kamu tüzel kişisi*’ kavramı içine vakıf üniversitelerinin de girdiğini tespit etmiştir. Mahkeme, bireysel başvurunun, kamu gücünün kullanılmasından kaynaklanan hak ihlallerine karşı tanınan bir yol olduğundan, kamu tüzel kişilerine bireysel başvuru hakkı tanınmasının bu anayasal kurumun hukuki niteliği ile bağdaşmadığını, vakıf üniversitelerinin de kamu gücü ayrıcalıkları ve yetkileriyle donatılmış olduğunu ifade etmiştir.” Mahkemeye göre, “6216 sayılı Kanun’un 46. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde, kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuruda bulunamayacakları düzenlenmiş olup, anılan hükümde, başvuruya konu olayın özel hukuk ilişkisinden ya da kamu gücü kullanılmasından kaynaklanan bir olay olup olmadığı ayrımı yapılmamıştır. Bu açıdan ilgili idarenin içinde bulunduğu hukuki ilişkinin niteliğinin bir önemi yoktur.” Mahkeme, başvuruya konu olayda, “kamu tüzel kişisi” olan başvurucunun bireysel başvuruya ehil olmadığını ifade ederek başvurunun “*kişi yönünden yetkisizlik*” nedeniyle “kabul edilemez olduğuna” karar vermiştir. Bu kararda çoğunluk görüşüne katılmayan Anayasa Mahkemesi Üyesi Erdal Tercan’ın karşı oy yazısı şöyledir: “*Ancak, 6216, s.K. m. 46,2 cümle 1’deki hükmü, kamu tüzel kişilerinin kamu gücü kullanmadıkları hallerde de teşmil etmek, kamu tüzel kişilerinin de yararlanabilecekleri temel hak ve özgürlükleri kapsam dışı bırakacak şekilde yorumlayıp, uygulamak ve kamu tüzel kişilerinin kategorik olarak hiçbir şekilde bireysel başvuruda bulunamayacaklarını kabul etmek, bireysel başvurunun niteliğine aykırı olduğu gibi, amacına da uygun düşmez. O nedenle, kamu tüzel kişilerinin kamu gücü kullanmadıkları hallerde, yararlanabilecekleri temel hak ve özgürlüklere ilişkin konularda, sınırlı da olsa bireysel başvuruda bulunabilmelerini kabul etmek gereklidir. Nitekim Alman hukukunda da kamu tüzel kişilerinin, kamu gücü kullandıkları sürece bireysel başvuruda (anayasa şikâyetinde) bulunmaları kural olarak yasak olmakla birlikte [1], istisnaen yargılamaya ilişkin (yahut usule ilişkin) temel haklara (Anayasa m. 101,1; 103,1 gibi) ilişkin olarak, örneğin kanuni hâkim ilkesi, hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı gibi konularda bireysel başvuruda bulunabilecekleri kabul edilmektedir [2]. Gerçekten bu gibi hallerde, kamu tüzel kişilerinin de söz konusu haklardan yararlanmaları ve bu haklar ihlâl edildiğinde, bireysel başvuruda bulunabilmeleri, kamu tüzel kişilerinin konumuna aykırı olmadığı gibi, bireysel başvurunun niteliğine ve amacına da uygun düşmektedir. Bu durum, özellikle yargı organlarının keyfi davranışlarla, hak ihlâline neden olmalarının bertaraf edilmesi açısından da gereklidir.*

Hukumumuz açısından da kamu tüzel kişileri Anayasa m. 36, 37’deki haklardan zaten yararlanabildiklerinden, bu haklarının ihlâli halinde bireysel başvuruda bulunabilmeleri de

b. Hukuki Yarar

Hukuki nitelikte tüm başvuru yollarının başlıca ortak noktası, bu yola başvuran tarafın elde etmek istediği sonucun, hukuki bakımından bir yarar sağlaması gerekliliğidir⁵⁹. Bireysel başvuru yolunda da bu kural geçerli olup, başvuru bireysel başvuru yoluna başvururken elde etmek istediği sonucun, Anayasa Mahkemesinden talebinin hukuki olarak bir yarar sağlayacak olması gerekmektedir⁶⁰. Ancak şu da var ki bireysel başvuru bakımından salt ihlalin tespiti de bir giderim yöntemi olabildiği için bu şartın daha esnek uygulanması da önemli bir zorunluluktur.

kabul edilmelidir. İnceleme konusu olayda da başvuru ihlâl iddiaları dikkate alındığında, bunların Anayasa m. 35'deki mülkiyet hakkına ve m. 36.'daki (AİHS m.6) adil yargılanma hakkına dayandığı görülmektedir. Bu iddiaların ayrı ayrı incelenmesi ve mülkiyet hakkının ihlâli açısından başvuru kamu tüzel kişisi olması dikkate alınarak 'kişi yönünden yetkisizlik' kararı verilebilirse de adil yargılanma hakkı bakımından başvuru 'kişi yönünden yetkisizliğine' karar verilmeyip, kabul edilebilirlik incelemesinin diğer açılardan da yapılması gerekirdi.

6216 s.K. 46,2'deki, 'kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz' kuralını, kamu tüzel kişilerinin kategorik olarak, hiçbir şekilde bireysel başvuruda bulunamayacakları şeklinde yorumlamak ve uygulamak, Anayasanın 36. ve 148. maddelerine de aykırı olur. Yukarıda değinilen 01.03.2012 tarihli Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere, "36. maddede yer alan 'herkes' ibaresi ile 148. maddede yer alan 'herkes' ibaresinin her iki maddede düzenlenen hak arama yollarının niteliğine uygun olarak yorumlanması gerekmektedir". Kamu tüzel kişilerini m. 36'daki 'herkes' ibaresine dahil ederek, orada düzenlenen haklardan yararlanmalarını kabul etmek, daha sonra da bireysel başvuru hakkına ilişkin m.148'3'deki 'herkes' ibaresine dahil etmemek; buna bağlı olarak m. 36 ile tanınan hakların devamı niteliğinde değerlendirilebilecek bireysel başvuru hakkını tanımamak, kendi içinde çelişki oluşturduğu gibi, iki hükmün birbiriyle uyumlu olarak yorumlanmasına, her iki maddede düzenlenen hak arama yollarının niteliğine aykırılık oluşturmaktadır. Bireysel başvurunun, diğer hak arama yollarından farklı olması, tali bir nitelik taşıması, kamu tüzel kişilerinin istisnai hallerde bu yola başvurmalarına engel olmamalıdır.

6216 s. K. m. 46,2'deki söz konusu hükmü, kamu tüzel kişilerinin kural olarak bireysel başvuruda bulunamayacakları, ancak kamu gücünü kullanmadıkları Anayasa m. 36, 37'de düzenlenen haklara ilişkin olarak istisnaen başvurabilmelerinin mümkün olduğu şeklinde yorumlamak ve uygulamak, Anayasa m. 36 ve 148'in bu açıdan birbiriyle uyumlu olarak yorumlanmasını ve uygulanmasını sağlayacağı gibi, bireysel başvurunun niteliğine de uygun olur.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, başvuru İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesinin yapmış olduğu bireysel başvurunun, adil yargılanma hakkının ihlâl edildiği iddiası ile ilgili olarak, 'kişi yönünden yetkisizlik nedeniyle kabul edilemezlik' kararı verilmemesi; kabul edilebilirlik incelemesinin diğer unsurlar açısından da yapılması gerektiği kanaatinde olduğumdan Bölüm çoğunluğunun görüşüne katılmıyorum. [bazı imla hataları düzeltilmiştir.]"

⁵⁹ Ergin Ergül, **Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması**, Yargı yay., Ankara, 2012, s. 22; Ünal, s. 25.

⁶⁰ Ünal, s. 25.

c. Hakka Yönelik İddia Edilen Müdahalenin Doğrudan, Güncel ve Kişisel Nitelikte Olması

Bireysel başvuruda bulunan kişinin, iddia ettiği müdahalenin müdahaleden kişisel olarak ve doğrudan etkilenmiş olması ve bu durumun güncelliğini koruması gerekmektedir⁶¹. Başvuruya konu olan anayasal hak ile başvurucu arasında doğrudan bir bağlantı olması şarttır⁶². Doğrudan etkilenme şartı da özellikle, bir kanun veya benzeri bir soyut nitelikteki düzenleyici işlemin, kişinin hak ve özgürlükleri üzerinde bir sonuç doğurması için ek işleme ihtiyaç duyulan durumlarda, böyle bir ek işlem yapılmaksızın doğrudan soyut kurala yönelik bireysel başvuru yapılması mümkün değildir⁶³.

Güncellik şartı ise başvuruya konu ihlal iddiasına vücut veren düzenleme, işlem veya eylemin geçerliliğini korumakta olmasını ifade etmektedir. İhlalin sonuçlarının tümüyle ortadan kalktığı veya gelecekte beklenen bir işlem veya eyleme ilişkin ihlal iddiası içeren başvurular, aynı zamanda güncellik şartını sağlamadıklarından kural olarak bireysel başvuru incelemesine konu olamaz⁶⁴. Yürürlüğe girmesi beklenen bir kanunun uygulanması halinde hak ve özgürlüklerin ihlal edileceğinin muhakkak veya kuvvetle muhtemel olduğu durumlarda da kural olarak güncellik şartının sağlandığı kabul edilemez⁶⁵.

⁶¹ Kılınç, s. 630.

⁶² Göztepe, s. 58-61; Ünal, s. 25.

⁶³ Göztepe, s. 26.

⁶⁴ Ünal, s. 26.

⁶⁵ Bu kuralın katı bir şekilde uygulanması “*potansiyel mağdurluk*” (*potential victim*) müessesesinin göz ardı edilmesine sebebiyet vereceği için sakıncalı sonuçlar doğurabilecektir. “*Almanya uygulamasında kanuna karşı doğrudan başvurularla ilgili şu örnekler verilebilir. 11 Eylül 2001 saldırılarından sonra Hava Güvenliği Kanunu’nun 14. maddesinde yapılan yasal düzenlemeyle, sivil uçakların insanların yaşamını tehdit edecek şekilde silah olarak kullanılması halinde, Federal Savunma Bakanı ya da vekilinin talimatıyla Alman ordusuna bu uçağı düşürebilme yetkisi tanınmıştı. Söz konusu düzenlemede uçak düşürülmeden önce alınabilecek diğer tedbirler de kademeli bir biçimde sıralanmış ancak son çare olarak hava kuvvetlerine uçağı düşürme yetkisi verilmişti. / Bu örnekte, başvurucular, ‘başka insanların yaşamını korumak amacıyla, teröristlerin uçakta rehin aldığı masum insanların yaşamına son verilebilir mi?’ sorusuna olumlu yanıt veren kanun hükmüne karşı anayasa şikayetinde bulunmuşlardır. Başvurucular, kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte kendilerinin güncel ve doğrudan bir müdahalenin muhatabı haline geldiklerini iddia etmişlerdir. Anayasa Mahkemesi bu davada; -*

d. Dava Ehliyeti

“Dava ehliyeti”, “fiil ehliyeti”nin usuli görünümü olup, kendi fiilleri ile hak iktisap edebilme ve borç altına girebilme ehliyeti olanlar, bireysel başvuru bakımından dava ehliyetine de sahiptir⁶⁶. Ancak medeni haklarını tek başına kullanamayan herkes, bireysel başvuru ehliyetinden yoksun kabul edilemez. Bu bakımından kişinin ehliyet konusunda tabi olduğu sınırlamanın, insan hakları perspektifinden bakıldığında sınırlamanın amacı ile bağdaşmayacak derecede kişiyi dezavantajlı duruma düşürmemesi gerekir⁶⁷.

Bu kapsamda hapiste olan hükümlülerin durumları özel bir öneme sahiptir. Mahkûm oldukları hapis cezasının infazı süresince fiil ehliyetleri sınırlanan hükümlülerin tabi oldukları bu sınırlamanın bireysel başvuru hakkının kullanılması

*Başvurucuların, özel ve mesleki sebeplerle sık bir biçimde uçak yolculuğu yaptıklarını ikna edici bir biçimde açıkladıkları ve bu sebeple şikayet konusu kanun hükmünün, başvuruların kendilerine ve temel haklarına güncel bir müdahale oluşturması noktasında yeterli bir olasılığın var olduğu tespitinde bulunmuş, - Şikayet konusu kanun hükmünün uygulanması durumunda, uçakta bulunan masum kişilerin de buna kurban gidebileceğinin açık olduğunu ve başvurulardan, şikayet konusu kanun hükmüne kurban gidecekleri aşamayı beklemelerinin istenemeyeceğini belirtmiş – ve söz konusu düzenlemenin bütünüyle anayasa aykırı olduğuna karar vermiştir.” [Recep Kaplan, “Kanuna Karşı Bireysel Başvuru”, **Bireysel Başvuru İncelemeleri-1**, (Ed. Musa Sağlam, Serdar Gülener ve Recep Kaplan), Anayasa Mahkemesi yay., Ankara, 2013 içinde, s. 156]; Gerçekten de öyle durumlar vardır ki kanun kişiye uygulandığında telafisi mümkün olmayan sonuçlarının ortadan kaldırılması mümkün olmayan hak ihlalleri gündeme gelebilir. Örneğin hareketleri şüpheli görülen sivil hava araçlarının doğrudan doğruya düşürülmesine imkân tanıyan bir yasal düzenlemenin anayasal denetiminin yapılması için, kanunun kişiye uygulanmasının beklenmesi, telafisi mümkün olmayan “ölüm” neticesine sebebiyet verecektir. Bu koşullar altında sivil havacılıkla uğraşan kişilere “potansiyel mağdur” statüsü verilerek başvurularının incelenmesine imkân tanınması gerekir. (Ayrıca bkz. *Klass ve diğerleri/Almanya*, B. No: 5029/71, 6/9/1978; *Roman Zakharov/Rusya* [BD], B. No: 47143/06, 4/12/2015, §§ 173-78; *Iordachi ve diğerleri/Moldova*, B. No: 25198/02, 10/2/2009, § 35; *Dil Davası/Belçika*, B. No: 1774/62, 23/7/1968; *Marcx/Belçika*, B. No: 6833/74, 13/6/1979, § 27. *Fabris/Fransa* [BD], B. No: 16574/08, 7/2/2013; *Norris/İrlanda*, B. No: 10581/83, 26/10/1988, § 31; *Dudgeon/Birleşik Krallık*, B. No: 7525/76, 22/11/1981, § 41; *Modinos/Kıbrıs*, B. No: 15070/89, 22/04/1993, § 24; *Vijayanathan ve Pusparajah/Fransa*, B. No: 17550/90 ve 17825/91, 27/8/1992, § 46; *Michaud/Fransa*, B. No: 12323/11, 6/12/2012, §§ 51-52; *Sejdić ve Finci/Bosna Hersek* [BD], B. No: 27996/06 ve 34836/06, 22/12/2009, § 28; *Ternovszky/Macaristan*, B. No: 67545/09, 14/12/2010; *Dubská ve Krejzová/Çek Cumhuriyeti* [BD], B. No: 28859/11 ve 28473/12, 15/11/2016, § 101; *Shindler/Birleşik Krallık*, B. No: 19840/09, 7/5/2013, § 86; Bkz. Tolga Şirin, “Potansiyel Mağdurluk”, tolgasirin.com, www.tolgasirin.com/single-post/potansiyelmagruyiet; erişim 24/9/2019); ayrıca bkz. Gözler, s. 508-509.*

⁶⁶ Karaman, **Bireysel Başvuru**, s. 144.

⁶⁷ Ünal, s. 27.

bakımından engelleyici bir etkiye sahip kabul edilmesi, insan haklarına saygı ilkesi ile bağdaşmaz⁶⁸. Bu nedenle hapsedilme halleri devam eden hükümlülerin, bu durumları ile ilgili başvurularında kanuni kısıtlılık durumlarının başvuru ehliyeti bakımından aleyhlerine değerlendirilmemesinin isabet olacağı açıktır.

e. Bireysel Başvuruya Konu İşlemler

Bir eylem veya işlemin bireysel başvuruya konu olabilmesi için, hukuk alanında meydana getirdiği değişikliğin kamu gücünden kaynaklanması gerekir. “Kamu gücü”, “yasama”, “yürütme” ve “yargı” erklerinden birinin uzantısı olup, temelinde devletin hükümlerlik yetkisi yatmaktadır. Anayasa’nın 148/3. maddesinde “*kamu gücü tarafından*” ifadesi ile ortaya konulan husus tam da budur.

6216 sayılı Kanun’un 45/3. maddesi gereğince, “yasama işlemleri”, “idarenin düzenleyici işlemleri”, “Anayasa Mahkemesi kararları” ve Anayasa gereği yargısal denetim haricinde bırakılan işlemler⁶⁹ bireysel başvuru incelemesinin konusu olamaz. Bu hükümle yasama işlemleri ve idarenin düzenleyici işlemlerin bireylere uygulanması nedeniyle ortaya çıkan ihlal iddiaları değil, soyut biçimde anılan işlemlerin Anayasa Mahkemesi önüne taşınması kastedilmektedir⁷⁰. Belirtilen firka hükmündeki “*doğrudan*” ibaresi ile anlatılmak istenen budur.

f. Bireysel Başvuruya Konu Olabilecek Hak ve Özgürlükler

Anayasa’nın 148/3. maddesine göre, Anayasa’da güvenceye bağlanmış ve aynı zamanda AİHS kapsamında olan temel hak ve özgürlüklerinde herhangi birinin “kamu gücü” tarafından ihlal edilen herkes, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilir. Bilindiği üzere Türkiye, Sözleşme’nin ek protokollerinin tümüne taraf değildir. Nitekim 6216 sayılı Kanun’un 45/1. maddesinde Anayasa’daki ifadeler ek olarak “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf*

⁶⁸ Karaman, **Bireysel Başvuru**, s. 152; Ünal, s. 27.

⁶⁹ Yıldırım *et al.*, s. 686 vd.; Nesin Kayserilioğlu, B. No: 2013/1581, 16/4/2013, § 15; Aziz Yıldırım (No. 2), B. No: 2013/8404, 8/5/2014, § 18.

⁷⁰ Arif Güneş, B. No: 2012/837, 5/3/2013, § 17; Süleyman Erte, B. No: 2013/469, 16/4/2013, §§ 14 – 19; Ergül, s. 18.

olduğu protokoller kapsamındaki” ifadelerine yer verilmiştir. Dolayısıyla Anayasa’da belirtilmeyen ancak bireysel başvurunun doğasının gerektirdiği bu sınırlama, 6216 sayılı Kanunla yapılmıştır. Bu şekilde, Anayasa Mahkemesinin “bireysel başvuru incelemesine konu olabilecek” hak ve özgürlükler ve bu hak ve özgürlüklerin norm alanı belirlenmiş olup, “sosyal ve ekonomik haklar”ın bireysel başvuru incelemesinin konusu dışında bırakıldıkları anlaşılmaktadır.

Bireysel başvuruya konu olabilecek haklar “yaşam hakkı”, “işkence, eziyet ve insan haysiyeti ile bağdaşmaya muamele yasağı”, “zorla çalıştırma yasağı”, “özgürlük ve güvenlik hakkı”, “adil yargılanma hakkı”, “suç ve cezaların kanuniliği”, “özel hayata, aile hayatına, konut ve haberleşmeye saygı hakkı”, “maddi-manevi varlığını koruma geliştirme ve itibar hakkı”, “düşünce, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü”, “basın ve ifade özgürlüğü”, “din ve vicdan özgürlüğü”, “toplantı ve örgütlenme özgürlüğü”, “mülkiyet hakkı”, “serbest seçim hakkı”, “eğitim hakkı” ve “etkili başvuru hakkı” ile “ayrımcılık yasağı”dır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Güvence Altına Alınan, AİHS'de ve Türkiye'nin Taraf Olduğu Ek Protokollerinde de Karşılığı Olan Temel Hak ve Özgürlükler

HAK VE ÖZGÜRLÜK	ANAYASA	AİHS
Yaşam hakkı	15/2, 17/1 ve 38/9. md.	2. md.
İşkence ve kötü muamele yasağı	17. md.	3. md.
Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı	18. md.	4. md.
Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı	19. md.	5. md.
Adil yargılanma hakkı	36, 38 ve 138-142. md.	6. md.
Suç ve cezaların kanuniliği	15/2 ve 38/1. md.	7. md.
Özel yaşama saygı	20, 21, 22 ve 26/2. md.	8. md.
İfade, din ve vicdan özgürlüğü	15/2, 24, 26, 10, 27-31, 32 ve 133. md.	9-10. md.
Örgütlenme ve toplantı özgürlüğü	33, 34, 51, 53, 54, 68 ve 69. md.	11. md.
Evlenme ve aile kurma hakkı	41. md.	12. md.
Etkili başvuru hakkı	36 ve 40. md.	13. md.
Ayrımcılık yasağı	10. md.	14. md.
Mülkiyet hakkı	35, 46 ve 47. md.	EP-1: 1. md.
Eğitim ve öğrenim hakkı	42. md.	EP-1: 2. md.
Serbest seçim hakkı	67, 75-79, 101-102 ve 104. md.	EP-1: 3. md.

g. Başvuru Yollarının Tüketilmesi

“Bireysel başvuru yolunun ikincilliği” prensibi gereği herhangi bir hak ihlali iddiasının esasının Anayasa Mahkemesince incelenebilmesi için, başvuruya konu olan eylem veya işleme karşı makul başarı şansı sunabilecek tüm başvuru yollarının denenmiş olması gerekmektedir⁷¹. Kişinin kasten veya mazur görülemeyecek bir hata

⁷¹ Anayasa Mahkemesinin S.S.A. (B. No: 2013/2355, 7/11/2013, §§ 27-28) başvurusuna ilişkin kararı şöyledir: “27. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, bireysel başvuruda bulunulmadan önce, ihlal iddiasının dayanağı olan işlem, eylem ya da ihmali için kanunda öngörülmesi olan idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmiş olması gerektiği belirtilmiştir. Temel hak ihlallerini öncelikle derece mahkemelerinin gidermekle yükümlü olması, kanun yollarının tüketilmesi koşulunu zorunlu kılar. ...”; “28. Ancak belirtilen hükümlerde yer verilen olağan başvuru yolları ibaresinin, başvurucunun şikâyetleri açısından makul bir başarı şansı sunabilecek ve bir çözüm sağlayabilecek nitelikte, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olarak anlaşılması gerekmektedir. Ayrıca, başvuru yollarını tüketme kuralı ne kesin ne şekli olarak uygulanabilir bir kural olup, bu

ile başvuru yollarının tümünü tüketmeksizin yapılan bir başvuru, “*başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle*” kabul edilemez bulunacaktır⁷².

Başvuru yollarının tüketilmemesi mutlak bir kural olmadığı ve bazı durumlarda esnetilebileceği savunulmaktadır. İlk olarak şekli anlamda tüketilmesi gerekli görülen başvuru yollarının makul bir çözüm üretmeyeceği açık olan durumlarda, kişinin bu kapsamdaki başvuru yollarını tüketmemiş olması mazur görülebilir⁷³. Gerçekten de bazı başvuru yolları vardır ki teoride bireysel başvuruda bulunmadan önce bir seçenek olarak kişinin önünde durur, ancak idari ve yargısal pratikler o kadar istikrar kazanmıştır ki böyle bir yola başvurulmasını beklemek birey açısından zaman kaybına ve mağduriyetinin büyümesine neden olur. Kişilere bu kapsamdaki başvuru yollarını ödevinin yüklenmesi adil değildir. İkinci olarak bazı durumlarda başvuru konusu olay ve ihlal iddiaları, toplumun genelini yakından ilgilendiren anayasal bir sorunla yakın ilişki içinde olabilir. Böyle bir durumda bireysel başvuru incelemesi sonucunda verilecek kararlar, benzer olay ve olgulara ilişkin olan tekrar etmekte olan veya devam eden hak ihlallerinin ortadan kaldırılabileceği veya önlenebileceği dikkate alındığında başvuru yollarının tüketilmesi şartının uygulanmasından beklenen yarardan daha üstün bir yarar sağlayacağı açıktır. Dolayısıyla bu tip durumlarda da başvuru yollarının tüketilmesi şartının aranmaması mümkündür⁷⁴. Son olarak, başvuru yollarının tüketilmesinin beklendiği ve aynı zamanda başvuruya konu işlemin bu bekleme sürecinde sonuç doğurmaya devam ettiği bazı durumlarda ağır ve telafisi güç zararlar ortaya çıkabilmektedir. Böyle durumlarda başvuru yollarının tüketilmesinin beklenmesi, bahsi geçen zararlara göz yumulması anlamına gelir ki bu da insan haklarına saygı

kurala uygunluğun denetlenmesinde somut başvurunun koşullarının dikkate alınması esastır. Bu anlamda, yalnızca hukuk sisteminde bir takım başvuru yollarının varlığının değil, aynı zamanda bunların uygulama şartları ile başvuru yollarının kişisel koşullarının gerçekçi bir biçimde ele alınması gerekmektedir. Bu nedenle başvuru yollarının, kendisinden başvuru yollarının tüketilmesi noktasında beklenebilecek her şeyi yerine getirip getirmediğinin başvurunun özellikleri dikkate alınarak incelenmesi gerekir. ...”

⁷² Ergül, s. 23-24.

⁷³ Göztepe, s. 78; *Yaman Akdeniz ve diğerleri*, B. No: 2014/3986, 2/4/2014, §§ 24-27.

⁷⁴ Göztepe, s. 79-80.

ilkesiyle bağdaşmaz. Bu bağlamda bahsi geçen durumlarda “başvuru yollarının tüketilmesi” şartı aranmayabilir⁷⁵.

“Başvuru yollarının tüketilmesi” şartının normatif dayanağı Anayasa’nın 148/3. maddesindeki “*Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.*” ifadesine dayanmaktadır. Bu koşul 6216 sayılı Kanun’un 45/2. maddesinde tekrar edilmiştir. Buna göre, başvuru yollarının tüketilmiş olması koşulunun gerçekleşmesi için, “ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal” için kanunda öngörülen “idari ve yargısal başvuru yollarının” tümünün tüketilmesi gereklidir. Anayasa’da her ne kadar “olağan kanun yolları” ifadesinde yer verilmiş ise de bundan anlaşılması gereken “*etkili başvuru yolları*”dır.

Yargı süreçlerinin bireysel başvuru yöntemiyle Anayasa Mahkemesine taşınabilmesi için itiraz, istinaf ve temyiz gibi kanun yollarının denenmiş olması gerekir. Bu yollara başvurulurken Anayasa Mahkemesi önüne getirilen argümanların anılan başvurularda da ileri sürülmüş olması gerekir. Aksi takdirde yine başvuru yollarının tüketilmiş olduğunun kabulü mümkün değildir.

Yargıtay veya Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcısının olağan üstü itiraz veya Adalet Bakanlığının kanun yararına bozma talebinde bulunma yetkilerinin kullanılmasına yönelik başvurular, Anayasa Mahkemesince tüketilmesi gerekli başvuru yolu olarak değerlendirilmemektedir⁷⁶. Ancak bu kapsamdaki talepler kabul edilip süreç yeniden canlandırıldığı takdirde Anayasa Mahkemesince başvuru bekletilebileceği gibi “başvuru yollarının tüketilmemiş olması” nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilmesi de mümkündür.

h. Başvurunun Şekli ve İçeriği

6/11/2018 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan ve 1/1/2019 tarihinde yürürlük kazanan İçtüzük değişiklikleri sonucunda, bireysel başvuruda, İçtüzüğün ekleri

⁷⁵ Göztepe, s. 80-81.

⁷⁶ *Estaş Kum ve Ticaret Mad. Nak. San. A.Ş.*, B. No: 2012/644, 5/3/2013, § 22; *Rafet Ünal*, B. No: 2013/1610, 13/6/2013, § 16.

arasında örneği sunulan ve Anayasa Mahkemesine ait internet sayfasında yayınlanan “başvuru formu”nun kullanılması zorunlu hale gelmiştir (İçtüzük md. 59/1) ⁷⁷.

İçtüzüğün 59. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince başvuruların resmî dil olan Türkçe olarak yapılması öngörülmüştür. Türkçe dışında bir dilde yapılan bir başvuru bu madde gereğince reddedilecektir.

İçtüzüğün 59/2. maddesinde “başvuru formu”nda yer verilmesi zorunlu olan bilgiler, 59/3. maddesinde ise “başvuru formu”na ilave edilmesi gerekli belgeler sıralanmıştır. İçtüzüğün 59/4. maddesine göre başvuru tarafından, (3) numaralı fıkradaki belgelerin sunulmaması durumunda bunun sebepleri belirtilmeli ve varsa belirtilen sebepleri ispatlayan bilgi ve belgeler “başvuru formu”na eklenmelidir. Anayasa Mahkemesince, söz konusu mazeretin kabulü durumunda, gereken bilgi ve belgeler re’sen toplanacaktır.

İçtüzüğün 59/5. maddesine göre “başvuru formunda belirtilen bilgilerde ve başvuruyla ilgili koşullarda herhangi bir değişiklik olduğunda bunun Mahkemeye bildirilmesi zorunludur”.

Başvurunun yazılı ve gerekçeli olması gerekir⁷⁸. Gerekçelendirme yapılırken ihlal iddialarına ilişkin hukuki ve fiili ispat araçlarının da belirtilmiş olması gerekmektedir⁷⁹.

Başvuru evrakında eksiklik bulunduğu takdirde, Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Müdürlüğüne, söz konusu eksikliklerin giderilebilmesi için başvuru ya da avukatına on beş günü geçmemek üzere bir süre tanınır. Muteber bir özür bulunmaksızın verilen süre içerisinde eksikliklerin giderilmemesi halinde başvuru,

⁷⁷ “MADDE 59 – (1) Başvurular, İçtüzük ekinde (EK-1) örneği bulunan ve Mahkemenin internet sitesinde yayımlanan başvuru formu kullanılarak resmî dilde yapılır.

...”

⁷⁸ Seda Duysak-Fidan, “Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru yolu ve Türkiye’de Gelişimi”, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku AD Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013, s. 80.

⁷⁹ Armağan, s. 20.

Komisyonlar Başraportörünün kararı ile “idari yönden” reddedilir (İçtüzük md. 66/3) ve bu husus uyarı olarak eksiklik bildirim yazısında belirtilir⁸⁰.

Bireysel başvurunun idari yönden reddine dair karara karşı, tebliğden itibaren yedi gün içerisinde itirazda bulunulabilir. Bu kapsamdaki itirazlar iki üyeden müteşekkil Komisyon tarafından kesin olarak karara bağlanır. Üyeler arasında oy birliği sağlanamadığı takdirde itiraz, Bölüme sevk edilir.

i. Başvuru Süresi

Usul kurallarının arka planında, çoğunlukla maddi hukuka ilişkin kamusal veya özel bir menfaat yer alır. Süre şartı da “yargı kararlarının kesinliği”, “hukuki istikrar ve güvenliğin” sağlanması ve belirsizliklerin asgariye indirilmesi bakımından kaçınılmaz bir sonuçtur⁸¹. Bu koşul aynı zamanda Anayasa Mahkemesinin iş gücünü yönetmesi bakımından bir filtraj sağlama işlevine de sahiptir.

6216 sayılı Kanun’un 47/5. maddesine göre “bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir.” Görüldüğü üzere başvuru süresinin başlangıcının tespiti bakımından esas alınması gereken nokta, (zaman bakımından yetkinin tespitinde esas alınan) “*kesinleşme*” olgusu değil, “*başvuru yollarının tüketilmesi*”dir. Görüldüğü üzere “başvuru yollarının tüketilmesi” ile “başvuru süresi” arasında çok yakın bir ilinti mevcuttur.

Bireysel başvuru süresi, başvuru sahibinin “nihai karar” hakkında kafi derecede bilgilendirildiği tarihte başlar. Bu bağlamda hukuk kurallarının “nihai karar”ın tebliğini öngördüğü durumlarda mutlaka kararın tebliğ edilip edilmediğinin araştırılması gerekir. Kararın tebliği öngörülmeyen durum ve süreçlerde ise başvuru sahibinin kararın içeriği hakkında yeterince bilgi sahibi olduğunun kesin olarak varsayılabilirliği tarihin esas alınması gerekir⁸².

⁸⁰ Veli Özdemir, B. No: 2013/276, 9/1/2014, § 21.

⁸¹ Duysak-Fidan, s. 82.

⁸² Taner Kurban, B. No: 2013/1582, 7/11/2013, § 21.

Başvuru süresine riayet edilmesi, bir kabul edilebilirlik koşulu olup, bireysel başvuru incelemesinin her aşamasında resen dikkate alınabilir⁸³. Bunun anlamı şudur: Komisyon tarafından başvurucaunun kabul edilebilirliğine karar verilmiş olsa dahi Bölüm tarafından yapılan inceleme sırasında süre koşulu nedeniyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilebilir.

Otuz günlük sürenin resmî tatil niteliğindeki bir zaman dilimi içerisinde dolması halinde, başvuru süresi tatili takip eden ilk iş gününün sonuna uzar ve o gün yapılan başvuru süresinde yapılmış kabul edilir⁸⁴. Bahsi geçen resmî tatiller, 2429 sayılı “Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun”da belirlenen tatil günleridir⁸⁵. Bu tarihler dışında kamu çalışanlarına yönelik Cumhurbaşkanlığı

⁸³ *Taner Kurban*, § 19.

⁸⁴ “Görüldüğü üzere temel muhakeme kanunlarında, son günü resmî tatil gününe rastlayan sürelerin, resmî tatil gününü takip eden ilk iş gününün çalışma saati sonuna kadar uzayacağı kuralına yer verilmektedir. Bu kuralın, bireysel başvuruya ilişkin süreler bakımından uygulanmamasını gerektiren herhangi bir sebep yoktur. Bu çerçevede başvurucaunun, son günü resmî tatil gününe rastlayan başvuru süresinin, resmî tatili takip eden ilk iş günü olan 7/1/2013 tarihine uzadığının ve bu tarih itibariyle yapılan başvurunun süresi içerisinde yapıldığının kabulü gerekir. [İmla hataları düzeltilmiştir.]” (*Abdullah Öcalan* [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 51); Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvurularda durum daha farklı olup, son günü resmî tatile rastlayan bireysel başvurularda takip eden iş günü gelen başvurular süresinde kabul edilmemektedir (*Sabri Güneş/Türkiye* [BD], B. No: 27396/06, 29/6/2012. §§ 44 vd.).

⁸⁵ 2429 sayılı Kanun’un ilgili maddeleri şöyledir:

“Madde 1 – 1923 yılında Cumhuriyetin ilan edildiği 29 Ekim günü Ulusal Bayramdır. Türkiye'nin içinde ve dışında Devlet adına yalnız bugün tören yapılır. Bayram 28 Ekim günü saat 13.00'ten itibaren başlar ve 29 Ekim günü devam eder.

Madde 2 – Aşağıda sayılan resmi ve dini bayram günleri ile yılbaşı günü, 1 Mayıs günü ve 15 Temmuz günü genel tatil günleridir. (2)

A) Resmi bayram günleri şunlardır:

1. (Değişik: 20/4/1983 - 2818/1 md.) 23 Nisan günü Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramıdır.
2. 19 Mayıs günü Atatürk'ü Anma ve Gençlik ve Spor Bayramı günüdür.
3. 30 Ağustos günü Zafer Bayramıdır.

B) Dini bayramlar şunlardır:

1. Ramazan Bayramı; Arefe günü saat 13.00'ten itibaren 3,5 gündür.
2. Kurban Bayramı; Arefe günü saat 13.00'ten itibaren 4,5 gündür.

C) (Değişik: 25/10/2016-6752/2 md.) 1 Ocak günü yılbaşı tatili, 1 Mayıs günü Emek ve Dayanışma Günü ve 15 Temmuz günü Demokrasi ve Milli Birlik Günü tatilidir.

D) (Değişik: 20/4/1983 - 2818/1 md.) Ulusal, resmi ve dini bayram günleri ile yılbaşı günü, 1 Mayıs günü ve 15 Temmuz günü resmi daire ve kuruluşlar tatil edilir. (1)(2)

tarafından belirlenen genel nitelikteki idari izinlerde, kamu kurumları açık kaldığından son günü idari izin gününe denk gelen başvuruların o gün yapılması gerekmektedir⁸⁶.

6216 sayılı Kanun'da adli tatil konusunda bir hüküm yoktur. Anayasa Mahkemesinde adli tatil uygulanmamakta olup, bu kapsamdaki zaman dilimlerinde faaliyetlerini sürdürmektedir. Bu çerçevede bireysel başvuru sürenin hesabında adli tatil hükümleri dikkate alınmamaktadır⁸⁷.

Kabul edilebilir nitelikte bir özre binaen, süresi içerisinde bireysel başvuruda bulunamayan kişiler, söz konusu özrün sona erdiği tarihten başlayarak on beş gün içerisinde, özürlerini ortaya koyan kanıtları da sunarak başvuruda bulunabilirler. Böyle bir durumda Anayasa Mahkemesi, öncelikle ileri sürülen özrün kabul edilebilir nitelikte olup olmadığını tespit ederek bir karara varacaktır⁸⁸.

j. Başvuru Harcı ve Adli Yardım

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu, AİHM ve diğer bazı ulusal “bireysel başvuru” veya “anayasa şikayeti” sistemlerinden farklı olarak ücretlidir⁸⁹.

Bu Kanunda belirtilen Ulusal Bayram ve genel tatil günleri; Cuma günü akşamı sona erdiğinde müteakip Cumartesi gününün tamamı tatil yapılır.

Mahiyetleri itibariyle sürekli görev yapması gereken kuruluşların özel kanunlarındaki hükümler saklıdır.

29 Ekim günü özel işyerlerinin kapanması zorunludur.

Madde 3 – A) Hafta tatili Pazar günüdür. Bu tatil 35 saatten az olmamak üzere Cumartesi günü en geç saat 13.00'ten itibaren başlar.

B) 394 sayılı Hafta Tatili Kanunu, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 1475 sayılı İş Kanunu ve diğer kanunlardaki hafta tatili ile ilgili hükümler saklıdır.

C) Yemek, içmek, giyinmek gibi zaruri ihtiyaçların giderilmesi için alışveriş yapılan dükkan ve mağazalar hakkında Hafta Tatili Kanununun Cumartesi günüyle ilgili hükümleri uygulanmaz.”

⁸⁶ Tolga Şirin, **Bireysel Başvuru Usul Hukuku**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 7, Avrupa Konseyi, Ankara, 2018, s. 200; *Abdulkadir Önen*, B. No: 2014/16212, 28/9/2016, § 32.

⁸⁷ *Turgut Tayyar*, B. No: 2013/7168, 15/10/2014, § 18; Şirin, **Bireysel Başvuru Usul Hukuku**, s. 200.

⁸⁸ *Yasin Yaman*, B. No: 2012/1075, 12/2/2013, §§ 15-26.

⁸⁹ Ünal, s. 39.

Harç adı altında alınan başvuru ücreti her yıl, Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından önceki yılın aralık ayında Resmî Gazete’de yayımlanan tebliğ ile güncellenmektedir⁹⁰.

Her ne kadar insan hakları gibi parasal rakamlarla yan yana getirilmemesi gereken bir alana ilişkin başvuru yollarının ücretli olması o mekanizmanın etkililiği bakımından sorun olarak görülebilir ise de mevcut sistemin adli yardım mekanizması ile tamamlanmış olması bu sorunu önemli ölçüde hafifletmektedir⁹¹.

Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Şerif Ay* başvurusuna ilişkin kararında, bireysel başvuru kapsamında adli yardım taleplerin değerlendirilmesine dair ilkeler ortaya konulmuştur⁹². Söz konusu karara göre “adli yardım talebinin kabul edilebilmesi için başvurucunun kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olması ve talebin dayanaksız olmaması” gerekmektedir. “Adli yardım” talep eden başvurucunun, ödeme gücünden yoksunluğunu ortaya koyan belgeleri başvuru formuna eklemesi gerekmektedir⁹³. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi bu konuda resen araştırma yaparak, başvurucunun sunduğu bilgi ve belgelerin gerçeğe uygunluğunu kontrol edebilmektedir.

2. Bireysel Başvuru İnceleme ve Karar Süreci

Bireysel başvuru inceleme süreci sırasıyla “ön inceleme (idari inceleme)”, “kabul edilebilirlik incelemesi” ve “esas incelemesi” olmak üzere üç aşamalı olarak

⁹⁰ Bireysel başvuru harçlarının yıllara göre uğradığı değişim 2012 yılı için 172,50 TL, 2013 yılı için 198,35 TL, 2014 yılı için 206,10 TL, 2015 yılı için 226,90 TL, 2016 yılı için 239,50 TL, 2017 yılı için 257,50 TL, 2018 yılı için 294,70 TL, 2019 yılı için 364,60 TL ve 2020 yılı için 446,90 TL şeklindedir.

⁹¹ Duysak-Fidan, s. 84.

⁹² *Mehmet Şerif Ay*, B. No: 2012/1181, 17/9/2013, §§ 22-27. Esasen bireysel başvuru, özü itibarıyla masraflı bir mekanizma olmadığından ve davalı taraf temsil edilmediğinden, en önemli masraf kalemi, bireysel başvuru harcından oluşmaktadır. Bu nedenle adil yardımdan yararlanmanın pratik karşılığının başvuru harcından muafiyet olduğu söylenebilir.

⁹³ *Bkz.* Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Formu Kılavuzu (https://www.anayasa.gov.tr/media/5687/basvuru_kilavuzu.pdf erişim: 25/11/2019).

gerçekleşmektedir. Uygulamada bireysel başvuruların büyük çoğunluğu ilk iki aşamayı geçememektedir.

Bireysel başvuruların İçtüzük ekindeki⁹⁴ başvuru formu ile yapılması zorunludur. Ancak bu formun düzenlenmesinde mutlaka bilgisayar veya daktilo kullanılması zorunlu olmayıp, el yazısı ile de doldurulabilir. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru kayıt bürosuna sunulan başvuru formu ve ekleri ön incelemeye tabi tutulur. Bu inceleme, bireysel başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin düzgün bir şekilde yapılabilmesi bakımından önemlidir⁹⁵.

Başvuru formunda herhangi bir eksiklik bulunması halinde, Bireysel Başvuru Müdürlüğü tarafından başvuru veya avukatına 15 günden fazla olmamak üzere süre verilir. Belirlen süre içerisinde eksikliği mazeretsiz olarak giderilmemesi halinde Komisyonlar Başraportörünce bireysel başvurunun “idari yönden reddine” karar verilir.

İdari yönden bir eksiklik bulunmaması halinde başvuru, kabul edilebilirlik yönünden incelenir. 6216 sayılı Kanun’un 48. maddesinde, bireysel başvurunun “kabul edilebilir olduğuna” karar verilebilmesi için aynı Kanun’un 45-47. maddeleri arasında öngörülen şartların sağlanması zorunluluğu öngörülmüştür⁹⁶.

⁹⁴ Bkz. İçtüzük: “EK-1”

⁹⁵ Ünal, s. 41.

⁹⁶ “Bireysel başvuru hakkı

MADDE 45 – (1) Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiyenin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.

(2) İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.

(3) Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz.

Bireysel başvuru hakkına sahip olanlar

MADDE 46 – (1) Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir.

“Kabul edilebilirlik” denetimi, “*kabul edilebilirlik kriterleri*” çerçevesinde yürütülmektedir. Söz konusu “kriterler”, “usule ilişkin” ve “esasa ilişkin” olmak üzere iki temel kategoriye ayrılmaktadır. Usule ilişkin kabul edilebilirlik kriterleri veya daha doğru bir tabirle “*kabul edilemezlik sebepleri*”, *mükerrer başvuru, Anayasa Mahkemesinin kişi, yer, zaman veya konu bakımından yetkisizliği, başvuru yollarının tüketilmemiş olması ve başvurunun süresinde yapılmaması* şeklinde sıralanabilir. Esasa ilişkin “kabul edilemezlik sebepleri” ise “bir ihlal olmadığının açık olduğu” durumlar⁹⁷, kanıtlanmamış⁹⁸, karmaşık veya zorlama şikayetler ve temyiz mercii şikâyeti⁹⁹ şeklinde alt başlıklara ayrılan *açıkça dayanaktan yoksunluk*

(2) Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz. Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir.

(3) Yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancılar bireysel başvuru yapamaz.

Bireysel başvuru usulü

MADDE 47 – (1) *Bireysel başvurular, bu Kanunda ve İçtüzükte belirtilen şartlara uygun olarak doğrudan ya da mahkemeler veya yurt dışı temsilcilikler vasıtasıyla yapılabilir. Başvurunun diğer yollarla kabulüne ilişkin usul ve esaslar İçtüzükle düzenlenir.*

(2) *Bireysel başvurular harca tabidir.*

(3) *Başvuru dilekçesinde başvurunun ve varsa temsilcisinin kimlik ve adres bilgilerinin, işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle ihlal edildiği ileri sürülen hak ve özgürlüğün ve dayanan Anayasa hükümlerinin, ihlal gerekçelerinin, başvuru yollarının tüketilmesine ilişkin aşamaların, başvuru yollarının tüketildiği, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarih ile varsa uğranılan zararın belirlenmesi gerekir. Başvuru dilekçesine, dayanan deliller ile ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem veya kararların aslı ya da örneğinin ve harcın ödendiğine dair belgenin eklenmesi şarttır.*

(4) *Başvurucu bir avukat tarafından temsil ediliyorsa, vekâletnamenin sunulması gerekir.*

(5) *Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir. Haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvuramayanlar, mazeretin kalktığı tarihten itibaren onbeş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilirler. Mahkeme, öncelikle başvurunun mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek talebi kabul veya reddeder.*

(6) *Başvuru evrakında herhangi bir eksiklik bulunması hâlinde, Mahkeme yazı işleri tarafından eksikliğin giderilmesi için başvuru veya varsa vekiline onbeş günü geçmemek üzere bir süre verilir ve geçerli bir mazereti olmaksızın bu sürede eksikliğin tamamlanmaması durumunda başvurunun reddine karar verileceği bildirilir.”*

⁹⁷ *Kürşat Eyoğlu*, B. No: 2012/665, 13/6/2013, §§ 19 – 33.

⁹⁸ *Veli Özdemir*, B. No: 2013/276, 9/1/2014, §§ 19 – 21.

⁹⁹ *Hüseyin Soyaltın*, B. No: 2013/1375, 16/5/2013; *Günay Ozal ve diğerleri*, B. No: 2013/1281, 16/5/2013; *Naci Karakoç*, B. No: 2013/2767, 2/10/2013; *Lokman Sapan*, B. No: 2013/723, 21/11/2013; *Uğur Özdemir*, B. No: 2013/2600, 23/1/2014; *Celalettin Aşçıoğlu*, B. No: 2013/1436, 6/3/2014.

hali, başvurunun anayasal önemden yoksun olması ve başvurunun “önemli bir zararının” bulunmaması şeklinde ifade edilebilir¹⁰⁰.

Kabul edilebilirlik incelemesi Komisyonlarca yapılmaktadır. Komisyonlarca verilen kabul edilemezlik kararları kesindir¹⁰¹.

Esas incelemesi ise Bölümler tarafından yapılır. Kabul edilemez olduğuna karar verilemeyen başvurunun esas yönünden incelenmesi gerekir¹⁰².

Esas incelemesinin amacı başvurunun herhangi bir anayasal hak ve özgürlüğüne yönelik müdahale olup olmadığının, bir müdahalenin tespit edilmesi halinde meşru olup olmadığı, daha açık bir ifadeyle Anayasa’daki sınırlama rejimine uygun olup olmadığının araştırılıp tespit edilmesidir. Müdahale olmadığı veya müdahalenin meşru olduğu sonucuna varılması halinde hakkın ihlal edilmediğine, müdahalenin meşru olmadığı sonucuna varılması halinde ise hakkın ihlal edildiğine karar verilir.

Bireysel başvurunun esas incelemesi sonucunda ve özellikle hak ihlali yönünde karar verilmesi halinde izlenecek yol, 6216 sayılı Kanun’un 50. maddesinde belirlenmiştir. Buna göre, ihlal tespitinin yanı sıra “ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere” veya “tazminata” hükmedilebilir. Bireysel başvuru yolunun etkinliği bakımından en çok belirleyici olan hususun, anılan maddedeki geniş yetkiler olduğu söylenebilir. Ancak bu yetkiler sınırsız olmayıp, yerindelik denetimi veya idarenin yerine işlem ya da karar alınmasına kadar

¹⁰⁰ Ünal, s. 345.

¹⁰¹ Yayımlanan kararlara bakıldığında, Anayasa Mahkemesi uygulamasında komisyonlarca, “başvurunun *kabul edilebilir* olduğuna” dair karar verilmesinin çok nadir rastlanan bir durum olduğu görülmektedir. Böyle bir durumda dahi başvurunun *kabul edilebilir* olduğuna dair komisyon kararı kesin olmayıp, ilgili bölüm tarafından, başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilmesi teorik olarak mümkündür.

¹⁰² Anayasa Mahkemesi uygulamasında ilgili Bölüm başkanının kararına istinaden, “kabul edilebilirlik ve esas incelemesi birlikte” yapılmakta olup, herhangi bir kabul edilebilirlik kararı verilmeden başvuru görüş sunması için Adalet Bakanlığına bildirilmektedir [bkz. 6216 sayılı Kanun’un 49. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları]. Bölümler, “bireysel başvuruları incelerken bir temel hakkın ihlal edilip edilmediğine yönelik her türlü araştırma ve incelemeyi” yapabilir. Başvuruya ilişkin bilgi ve belgeleri başvuruca istenebileceği gibi ilgili kurumlardan da istenebilir. İnceleme kural olarak dosya üzerinden yapılmakta olup, -uygulamada tercih edilmemekle- birlikte gerekli görülen hallerde duruşma yapılması da mümkündür.

uzanamaz. Söz konusu kanun maddesinin uygulanmasına ilişkin ilkeler Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* [GK] kararında ortaya konulmuştur¹⁰³.

Başvurunun bir yargı kararı sonrasında Anayasa Mahkemesine taşındığı hallerde, “hak ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması bakımından hukuki yarar bulunması” halinde, yeniden yargılama¹⁰⁴ aksi taktirde tazminata¹⁰⁵ veya genel mahkemelerde dava açması yolu gösterilmesine hükmedilebilir¹⁰⁶.

Bireysel başvuruda bulunulması, başvuruya konu işlem veya kararların icrası veya uygulanmalarına engel teşkil etmemektedir. Bununla birlikte 6216 sayılı Kanun’un 49/5. maddesi ile “esas incelemesi” aşamasında, başvuru konusunun temel hak ve özgürlüklerinin “korunması için zorunlu” görülen tedbirlere talep üzerine veya resen hükmedilebilir. Bu takdirde esasa ilişkin kararın “altı ay” içerisinde verilmesi gerekmekte olup, aksi halde tedbir “kendiliğinden” hükümsüz kalır. Şu var ki bazı tedbir kararları uygulanmakla tükenecek nitelikte olduğundan, kararın kendiliğinden kalkmasının bir yaptırımı olmamaktadır. Örneğin yaşam ve vücut bütünlüğüne yönelik ağır bir tehlike olan durumlarda tutuklu veya hükümlünün tahliyesi yönünde verilen tedbir kararı uygulanmakla tükenecek nitelikte olup, karar kendiliğinden kalkması, bu kapsamdaki kişilerin yeniden hapsedilmeleri sonucunu doğurmayacaktır¹⁰⁷.

Tezin konusu ile bağlantılı *Laura Alejandra Caceres* başvurusunda, öldürülme veya işkence görme riski olan ülkeye gönderilen başvuru konusunun tedbir

¹⁰³ *Mehmet Doğan* [GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018, §§ 54 vd.

¹⁰⁴ *Remzi Durmaz*, B. No: 2013/1718, 2/10/2013, § 40; *Karlis A.Ş.*, B. No: 2013/849, 15/4/2014, § 47.

¹⁰⁵ *Mehmet Ali İncesu (No.1)*, B. No: 2012/1145, 15/4/2014, §§ 44-46; *Mehmet Ali İncesu (No.2)*, B. No: 2013/2253, 15/4/2014, §§ 40-42.

¹⁰⁶ *Kırca Mühendislik İnş.turz.tic. ve San. A.Ş.*, B. No: 2014/6241, 29/9/2016, § 88.

¹⁰⁷ Nitekim uygulama da bu yönde gelişmiştir. Örneğin *Fatih Hilmioğlu* başvurusu kapsamında (B. No: 2014/648) 20/2/2014 tarihli ara kararı ile Anayasa Mahkemesi başvuru konusunun “tedbiren tahliyesine” karar vermiş olup, bu tarihten yaklaşık yedi ay sonra, 18/9/2014 tarihinde (yani tedbir kararı kendiliğinden ortadan kalktıktan sonra) başvuru hakkında nihai karar verilmiştir. Üstelik verilen karar hak ihlali yönünde olmayıp, başvurunun kabul edilemez olduğuna ilişkindir. Buna rağmen başvuru konusunun yeniden hapsedilmemiş olup, bu durum yukarıdaki düşünceleri doğrulamaktadır.

talebi Anayasa Mahkemesince reddedilmiştir¹⁰⁸. Kararın, başvurunun değerlendirildiği kısmı şöyledir¹⁰⁹:

“Başvuru konusu olayda, başvuru sınır dışı edilmesi ve ülkeye giriş yasağı konulması halinde Anayasa’nın 20. ve 41. maddelerinde güvence altına alınan aile ve özel yaşam haklarının ihlal edileceğini ileri sürerek, hakkında tesis edilen idari işlem hakkında tedbir kararı verilmesini talep etmiştir. Başvurucu Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı olup herhangi somut bir ülkeye sınır dışı edilmesi konusunda karar alınmamıştır. Başvurucu sınır dışı edilmesi halinde istediği ülkeye gitme olanağına sahiptir. Bu nedenle sınır dışı edilmesi halinde başvuru kişinin yaşamına ya da maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına yönelik ciddi bir riskin bulunduğu söylenemez. Ayrıca başvuru sınır dışı edilmesi halinde hayatının tehlikeye gireceği veya işkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleye veya cezaya maruz kalabileceğine ilişkin ciddi bir risk bulunduğu dair herhangi bir iddia da ileri sürmemiştir. Bu nedenle bu aşamada koşulları oluşmayan tedbir talebinin reddine karar verilmesi gerekir.”

3. Bireysel Başvuru Koşullarının Yabancılar Yönünden Değerlendirilmesi

Yukarıda “bireysel başvurunun ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmali nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından” yapılabileceğini belirtmiştik. Buna karşılık 6216 sayılı Kanun’un 46/3. maddesinde, “*yalnızca* Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancıların bireysel başvuru yapamayacakları” kurala bağlanmak suretiyle, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru incelemesi kapsamında kişi bakımından yetkisi, yabancılar yönünden sınırlandırılmıştır.

Harca tabi olan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunda, maddi imkanları yetersiz olan bireylerin bu koruma mekanizmasına erişimlerinin engellenmemesi için adli yardım mekanizması öngörüldüğü yukarıda ifade edilmiştir. Bireysel başvuru kararlarının geneline bakıldığında Anayasa Mahkemesinin adli yardım konusunda başvurular lehine esnek bir tutum sergilediğini ve bunun da bireysel başvuru yolunun etkililiğini güçlendirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Anayasa Mahkemesince adli yardım taleplerinin

¹⁰⁸ Laura Alejandra Caceres, B. No: 2013/1243, 16/4/2013, § 19-27.

¹⁰⁹ Laura Alejandra Caceres, § 27.

değerlendirilmesinde referans alınan *Mehmet Şerif Ay* başvurusunda ortaya konulan ilkelere bakıldığında, kişinin Türk vatandaşı veya yabancı olması arasında bir ayırım gözetilmediği ve yabancılar yönünden farklı bir kural belirlenmediği görülmektedir. Uygulamada da ödeme gücünden yoksun olan yabancı başvuru sahiplerinin adli yardım taleplerinin kabul edildiği gözlemlenmektedir¹¹⁰.

Hukuki yarar, dava ehliyeti, “bireysel başvuruya konu olabilecek işlemler”, [6216 sayılı Kanun’un yukarıda zikredilen 46. maddesinin (3) numaralı fırcası akılda tutulmak şartıyla] bireysel başvuruya konu olabilecek anayasal haklar, başvuru yollarının tüketilmesi, başvurunun şekli ve içeriği ile başvuru süresi gibi koşullar yönünden yabancılar bakımından genel itibarıyla farklılık arz eden herhangi bir yön bulunmadığının söylenmesi mümkündür.

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU YOLU

A. Genel Olarak

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 11 No.lu Protokol”ün 1/11/1998 tarihinde yürürlük kazanması öncesinde, AİHS’yle öngörülen “denetim usulü” üç organ üzerine bina edilmiştir. Bu organlar, “Avrupa İnsan Hakları Komisyonu”, AİHM ve “Bakanlar Komitesi”dir. AİHS’de “bireysel başvuru” ve “devletlerarası başvuru” yöntemleri öngörülmüştür. Bu kapsamda bireysel başvuruların incelemesi, “Avrupa İnsan Hakları Komisyonu” ve AİHM tarafından “iki aşamalı” olarak yapılmakta olup, adı geçen organlar tam zamanlı çalışmamaktadır. “Bakanlar Komitesi” ise bir başvurunun bahsi geçen iki organa taşınmasına imkân bulunmayan durumlarda AİHS’nin ihlal edilip edilmediğine karar vermekte ve AİHM kararlarının sözleşmecî devletler tarafından icra edilip edilmediğini takip etmektedir.

“11 No.lu Protokol”ün yukarıda belirtilen tarihte yürürlük kazanması sonrasında “Bakanlar Komitesi”nin hak ihlallerinin tespiti yönünde karar verme

¹¹⁰ Birçok karar arasında bkz. *Feruza Musulmankulova*, B. No: 2015/9727, 26/9/2019; *Nashaat Alalloush*, B. No: 2019/9386, 24/10/2019; *Abdulkadir Yapıquan* [GK], B. No: 2016/35009, 2/5/2019.

yetkisi sonlandırılmış ve yarı zamanlı çalışan Komisyon ve AİHM şeklindeki yapılanma kaldırılarak bunun yerine, tam zamanlı faaliyet gösterecek olan günümüzdeki haliyle AİHM teşekkül ettirilmiştir. Bu şekilde “bireysel ve devletlerarası başvurular”ın Komisyon yerine, doğrudan AİHM’ye yöneltilmeye başlanmıştır.

B. Yargı Yetkisi

Yukarıda belirtilen “Ek 11 No.lu Protokol”ün yürürlük kazandığı 1998 yılından önce, bireysel başvuru yönteminin işletilebilmesi için, “Komisyonun bireysel başvuruları inceleme yetkisini”nin tek taraflı bir beyanla tanınması gerekmektedir. “Devletlerarası başvuru” yöntemi için ise böyle bir beyana gerek bulunmamakta idi. Türkiye Cumhuriyeti tarafından 28/1/1987 tarihinde Komisyonun anılan yetkileri tanınmıştır.

AİHM’nin “zorunlu yargı yetkisi”nin işlerlik kazanabilmesi için bir tanıma beyanının açıklanması gereklidir. Türkiye Cumhuriyeti’nce AİHM’nin “zorunlu yargı yetkisi” 27/9/1989 tarihi itibarıyla tanınmıştır. Belirtilmelidir ki 11 No.lu Protokol’ün yürürlük kazanmasıyla, “bireysel başvuru” ve “zorunlu yargı yetkisi” bakımından, hususi “tanıma beyanları” gereksiz hale gelmiştir. Bireysel başvuru yolu, AİHS’ye bağlı sözleşmecî devletler yönünden bağlayıcı nitelik kazanmıştır.

C. Tedbir Kararları

İnceleme konusu ile olan yakın ilişkisi nedeniyle AİHM’nin *tedbir kararları* üzerinde durulmasında yarar vardır. AİHS’de tedbir kararları konusunda herhangi bir özel kural yoktur. Fakat söz konusu yetki İktüzüğün 39. maddesi ile AİHM’ye tanınmıştır¹¹¹. Bahsi geçen maddenin (1) numaralı fırcasına göre taraflardan birinin veya ilgili kişilerin istemleriyle ya da re’sen, tarafların menfaatleri veya davanın gerektiği şekilde görülmesi bakımından alınması zorunlu olduğu düşünülen geçici tedbirler, taraflara bildirilebilir.

¹¹¹ Korkut, **Egemen Yetki**, s. 29.

AİHM'nin söz konusu İçtüzük hükmüne istinaden verdiği tedbir kararının uygulanmaması ve bağlayıcılığı ile ilgili sorun, bir *iade* işlemine karşı yapılan *Mamatkulov ve Abdurasulovic/Türkiye* başvurusunda gün yüzüne çıkmıştır¹¹². Söz konusu başvuruda AİHM, iade kararının uygulanmamasına yönelik tedbir kararına Türk hükümeti tarafından uyulmamış olmasını¹¹³, ulusal makamlara etkili başvuru hakkının ve AİHM'ye yapılan bireysel başvurunun gerektiği gibi incelenebilmesinin engellenmesi niteliğinde olduğunu kabul ederek, AİHS'nin 34. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir¹¹⁴. AİHM İçtüzüğü'nün fonksiyonellik bağlamında "rüştünü ispat ettiği" bir başvuru olarak *Gebremedhin [Gaberamadhien]/Fransa* başvurusu da önem arz etmektedir¹¹⁵.

D. Yargıçlar ve Daireler

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sözleşmecî devlet adedine denk sayıda yargıca sahiptir. 2020 yılı itibarıyla AİHM'de, 47 yargıç görev yapmaktadır. Yargıçlar, sözleşmecî devletlerce sunulan üç kişilik aday listesindeki isimler arasından Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesince belirlenir. Her bir yargıcın görev süresi dokuz sene olup, her halükârda 70 yaşını dolduranların görevleri sona erer. Yargıçlar bir kereye mahsus seçilirler.

Yargıçlar, görevde buldukları müddetçe siyasi veya idari faaliyet ya da görevlerde bulunamazlar. Yargıçların bağımsızlık ve tarafsızlıkları ile ya da tam zamanlı görev yapmanın gereklilikleri ile uyumlu olmayan işlerle uğraşamazlar.

¹¹² *Mamatkulov ve Abdurasulovic/Türkiye*, B. No: 46827/99, 46951/99, 6/2/2003; bkz. Tulkens, s. 155-156.

¹¹³ Türk Hükümeti, başvurucuları, Özbekistan Cumhuriyeti ile arasındaki suçluların iadesine ilişkin ikili antlaşmaya ve anılan Devlet tarafından "bu kişilere işkence ve kötü muamele yapılmayacağı", "ölüm cezası verilmeyeceği" ve "adil bir yargılama yapılacağına" dair güvencelere istinaden iade etmiştir (*Mamatkulov ve Abdurasulovic/Türkiye*, §§ 29-30).

¹¹⁴ *Mamatkulov ve Abdurasulovic/Türkiye*, §§ 100-111; *Mamatkulov ve Abdurasulovic/Türkiye* [BD], B. No: 46827/99, 4/2/2005, §§ 128-129.

¹¹⁵ *Gebremedhin [Gaberamadhien]/Fransa*, B. No: 25389/05, 26/4/2007, § 101; Tulkens, s. 156.

AİHM, verilen kararların niteliğine göre “tek yargıç”, üç yargıçtan oluşan “Komiteler”, yedi yargıçtan oluşan “Daireler” ve 17 yargıçtan oluşan “Büyük Daire” şeklinde kararlar vermektedir.

Mahkemece yapılan müzakereler gizli olup, yargıçlar ve görevleri gereği katılmaları hazır bulunmaları gereken, yazı işleri müdürlüğü görevlileri ve çevirmenler dışında kural olarak başka kimse katılamaz.

E. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve Dostane Çözüm

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen AİHS ve Ek Protokollerinin ihlal edildiğine dair kararlar, hukuken bağlayıcıdır¹¹⁶. Söz konusu ihlal kararlarının sonuçlarının ortadan kaldırılması için ilgili devlet tarafından gereken adımların atılıp atılmadığı, daha basit ifadeyle kararların icrasının denetim görevi, Bakanlar Komitesince yerine getirilir.

Davanın her aşamasında AİHM tarafından AİHS'nin 39/1. maddesi gereğince, başvurunun taraflarının “AİHS ve ek protokollerini ile tanınan insan haklarına saygı ilkesinden esinlenen bir dostane çözüm”e ulaşmalarının sağlanmasına yönelik adımlar atılabilir. Aynı maddenin (2) numaralı fıkrası gereğince “dostane çözüm” sürecine ilişkin işlemler gizli olup, tarafların da bu gizliliğe riayet etmeleri zorunludur. Dostane çözümün sağlanması halinde özet bir kararla başvuru kayıttan düşürülür ve Bakanlar Komitesine bildirilir. Dostane çözümle sonuçlanan başvuruların, ihlal içerikli ve icra edilmeyi bekleyen kararlara ilişkin istatistiklerde yer almaması, söz konusu çözüm yolunu prestij açısından sözleşmeciler devletler açısından cazip hale getirmektedir.

¹¹⁶ AİHM kararlarına erişmek için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/tur#>

F. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü

1. Başvurunun Şekli ve İçeriği

Başvuru yazılı olarak, AİHM resmi internet sayfasında bulunan “başvuru formu” doldurulmak suretiyle yapılır. Başvurucunun kimlik bilgileri başta olmak üzere başvuru formunda talep edilen bilgilerin eksiksiz biçimde yazılması şarttır.

Başvuru formunda dile getirilen şikayetlerin “sağlam temellere” dayalı olması önem arz etmektedir. Şikayete konu olan olay veya olgular “açık ve özlü” biçimde ifade edilmeli, iddialar “uygun delillerle” kanıtlanmalıdır.

AİHM'nin resmi dilleri İngilizce ve Fransızca'dır. Ancak bireysel başvuru, bu dillerin yanı sıra AİHS'ye taraf olan sözleşmecî devletlerin resmi dillerinde de yapılabilir. Başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı verilmeyen ve başvurunun davalı devletin hükümetine bildirilmesine karar verilen süreçlerde AİHM İçtüzüğü'nün 34. maddesindeki istisnai haller dışında savunma ve hükümet savunmasına karşı cevap yazılarının İngilizce veya Fransızca dillerinde sunulması gerekmektedir. Söz konusu aşamalarda aynı zamanda avukatla temsil zorunluluğu da bulunmaktadır.

Başvurunun içeriği bağlamında, AİHS'nin 35. maddesi gereğince “mükerrer” nitelikte (yani başvuru sahipleri, başvuru konusu, dayanan olaylar ve ihlal iddialarının daha önce yapılmış bir başvuru ile aynı olması) olmaması veya daha önce uluslararası nitelikteki bir başvuru ile aynı nitelikte olmaması gerekmektedir¹¹⁷.

2. Başvuru Yollarının Tüketilmesi, Dördüncü Derece Şikayetler ve Taleple Bağlılık İlkesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin denetim usulünde ikincillik ilkesi geçerlidir¹¹⁸. Söz konusu ilke uyarınca AİHM'nin bireysel başvuru incelemesi sadece, sözleşmecî devletlerce hak ihlallerinin önlenmesi veya önlenememiş

¹¹⁷ Gözler, s. 519-520.

¹¹⁸ Gözler, s. 512; Kaşıkara, s. 75.

ihlallerin sonuçlarının giderilmesi için gerekli tedbirlerin alınmamış olduğu hallerde gündeme gelebilir. Bu çerçevede AİHM'e yapılan bireysel başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilebilmesi için iç hukukta mevcut ve etkili başvuru yollarının tüketilmesi gereklidir. İç hukuk yollarının tüketilmiş olduğunun kabul edilebilmesi için aynı zamanda ulusal hukukta öngörülen usul kurallarına ve süre koşullarına riayet edilmiş olması da zorunludur.

Buna karşılık, etkisiz veya olağanüstü ya da taktiri nitelikteki başvuru yollarının tüketilmesi gerekli değildir.

“Başvuru yollarının tüketilmesi” koşulu aynı zamanda aşağıda incelenecek olan “altı aylık” başvuru süresinin başlangıç tarihinin hesaplanması bakımından da önem arz etmektedir.

“Başvuru yollarının tüketilmesi koşulu” şekli yönü olduğu gibi maddi (içeriksel) yönü de bulunmaktadır. Bir başka ifadeyle, AİHM önünde ileri sürülen ihlal iddialarının, daha önce tüketilmesi gerekli iç hukuk yollarına yapılan başvurularda da ileri sürülmüş olmalıdır. Ancak bu kural da katı biçimde uygulanmamakta olup, başvurucunun ihlal iddialarını “örtülü ve dolaylı” biçimde sunmuş olması yeterli görülebilmektedir¹¹⁹.

23/9/2012 tarihi itibarıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun yürürlüğe girmesi ile Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu da kural olarak (yani bireysel başvuru incelemesine konu olamayacak işlem veya kararlara ilişkin başvurular haricinde) AİHM'e başvurulmadan önce “tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolları” arasına dahil olmuştur¹²⁰.

Bir yandan “iç hukuk yollarının tüketilmesi” şartı öngörülürken, diğer taraftan başvurunun “daha önce incelenmiş ya da uluslararası diğer bir soruşturma

¹¹⁹ Gözler, s. 514.

¹²⁰ AİHM'ye “bireysel başvuru usulü” hakkında bkz. <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants/tur&c=> ve ayrıca bkz. http://www.inhak.adalet.gov.tr/sorulan_sorular/sorular.html; En güncel başvuru formuna erişmek için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Application_Form_TUR.pdf; Gözler, s. 513.

veya çözüm merciine daha önceden sunulmuş bir başka başvuruyla esasen aynı” nitelikte olmaması da gerekmektedir.

AİHM bir temyiz mercii olmayıp, sadece AİHS ve ek protokollerinin ihlal edilip edilmediğinin tespitine yönelik ve bununla sınırlı bir inceleme yapar. Bu çerçevede salt “ulusal hukuka aykırılık” iddiaları, söz konusu aykırılık sonucunda AİHS veya ek protokolleri ile güvenceye bağlanmış bir “hak ve özgürlüğün” ihlal edilmiş olmadıkça, AİHM tarafından incelenemez. Bu kuralın dayanağını, “dördüncü derece şikâyet doktrini” (“fourth instance complaint doctrine”) oluşturmaktadır¹²¹.

Diğer yandan AİHM, başvurucunun ileri sürdüğü olay ve olgular ile bunlara ilişkin ihlal iddiaları ile bağlı olup, taraflarca ileri sürülmeyen olay ve olguları re’sen incelemeye tabi tutamaz.

3. Başvuru Süresi

Bireysel başvuru, AİHS’nin 35/1. maddesine göre “iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren altı aylık bir süre içinde” yapılmalıdır. Anılan süre, başvuru yollarının tüketildiği nihai kararın tebliğ edildiği tarihten, “etkili başvuru yolu” bulunmayan durumlarda ise başvuru süresi şikâyet konusu eylem, ihmal, olay veya kararın öğrenildiği ya da öğrenilmesi gerektiği tarihten itibaren başlar¹²².

Başvuru süresinin “hak düşürücü” nitelikte olduğu yönündeki görüş kanaatimizce de yerinde olup, hukuki rejim olarak da “hak düşürücü süre”nin hükümlerine tabidir¹²³.

¹²¹ AİHM içtihatlarına göre bir şikâyetin “fourth instance” olarak nitelendirilebilmesi için “adil yargılanma hakkı” kapsamında formüle edilmiş olması gerekmektedir. Ayrıca *Bkz.* Maija Dahlberg, “... It Is Not Its Task to Act as a Court of Fourth Instance’: The Case of The European Court of Human Rights”, *European Journal of Legal Studies*, Vol.7, No:2, 2014, s. 84-118; Harris *et al.*, s. 15; Gözler, s. 529.

¹²² Gözler, s. 517.

¹²³ Gözler, s. 516.

4. Başvuru Konusu ve Mağdurluk Statüsü

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan bireysel başvuruda ortaya konulan şikayetlerin, AİHS veya ek protokolleri kapsamında güvenceye bağlanmış “hak ve özgürlüklere” ilişkin olması ve ileri sürülen şikâyet bakımından söz konusu kuralların “uygulanabilir” nitelikte olması gerekir. Bu koşulu yerine getirmeyen başvuruların “konu bakımından yetkisizlik” (“ratione materiae”) sebebiyle “kabul edilemezlik olduğuna” verilmektedir.

Diğer yandan bireysel başvuruya konu eylem, ihmal, işlem veya kararın AİHS ve/veya ilgili ek protokole taraf olan bir sözleşmeci devletin, kamu otoritesinin (yasama, yürütme, yargı vb.) sorumluluğunda olması ve bahsi geçen eylem, ihmal, işlem veya kararların, AİHS veya ilgili ek protokolün davalı devlet hakkında resmi olarak bağlayıcılık kazandığı tarihten sonra yapılmış veya meydana gelmiş olması zorunludur¹²⁴.

Başvuruda bulunan kişi veya kişilerin, şikayetçi oldukları hak ihlallerinden “şahsen ve doğrudan” etkilenmiş olmaları gerekmektedir.

Çalışmanın konusu bağlamında “mağdurluk statüsü”nü yakından ilgilendiren *Ariztimonu Mendizabal/Fransa* başvurusuna ilişkin AİHM kararı dikkat çekicidir¹²⁵. Söz konusu başvuruya konu olayda, başvurucuya 14 seneden fazla süre boyunca her defasında bir seneyi aşmayan sürelerle geçerli “geçici ikamet izinleri” verilmiştir. Böyle uzun bir sürenin sonunda başvurucu 10 sene süreli “ikamet izni” alabilmiştir. AİHM belirtilen nihai statüyü bir giderim olarak kabul etmemiş ve başvurucuya yaşatılan “uzun süreli belirsizlik ve endişe” halinin sonuçlarının tazmin edilmemiş olması nedeniyle mağdurluk statüsünün devam ettiği sonucuna varmıştır¹²⁶.

¹²⁴ Bkz. Gözler, s. 526.

¹²⁵ *Ariztimono Mendizabal/Fransa*, B. No: 51431/99, 18/9/2003.

¹²⁶ Tulkens, s. 155.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YABANCILARIN BİREYSEL BAŞVURULARINA ANAYASA MAHKEMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN YAKLAŞIMI

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU BAKIMINDAN KÖPRÜ NİTELİĞİNDEKİ KARARLARI

A. Jabari/Türkiye Başvurusu

Jabari/Türkiye başvurusuna dair karar, AIHM tarafından 11/7/2000 tarihinde açıklanmıştır¹.

1. Olayların Özeti

İran İslam Cumhuriyeti vatandaşı olan başvuru *Hoda Jabari*'nin 1997 yılında “zina suçu”nu işlediği tespit edilmiştir. Başvuru 1997 yılının Kasım ayında kanuni olmayan yollarla Türkiye sınırlarına giriş yapmış, 1998 yılının Şubat ayında ise Kanada ülkesine ait sahte bir pasaportla Fransa üzerinde Kanada’ya gitmek istemiştir. Ancak başvuru Paris havaalanında polis tarafından alıkonulmuş ve kullandığı pasaportun sahte olduğu tespit edilerek 4/2/1998 tarihinde İstanbul’a geri

¹ *Jabari/Türkiye*, B. No: 40035/98, 11/7/2000.

gönderilmiştir. Ertesi gün başvurucu Türkiye'ye sahte pasaportla giriş yaptığı gerekçesiyle gözaltına alınmış ve pasaportuna el konulmuştur.

6/2/1998 tarihinde başvurucu, hakkında yapılan adli işlemleri müteakiben, Emniyet Müdürlüğünün Yabancılar Şubesine transfer edilmiştir. Burada yürütülen işlemler sırasında "Irak ülkesine sınır dışı edileceğini" öğrenen başvurucu, İran vatandaşı olduğunu belirterek "iltica" talebinde bulunmuştur. Ancak 1994 tarihli Yönetmelik'te öngörülen "beş günlük" süre dolduğundan, başvurucunun bu talebi reddedilmiştir.

Ülkesine gönderildiği takdirde "gerçek anlamda işkence ve ölüm tehlikesi" ile karşı karşıya kalacağı kabul edilen başvurucuya 16/2/1998 tarihinde BMMYK tarafından "mülteci statüsü" verilmiştir.

Öte yandan başvurucu, 8/3/1998 tarihinde "sınır dışı edilme" işlemi aleyhinde Ankara İdare Mahkemesine müracaat ederek "yürütmenin durdurulması" talebiyle iptal davası açmıştır. "Yürütmenin durdurulması" talebini 16/4/1998 tarihinde reddeden Mahkeme, 4/11/1998 tarihinde "AİHS gereği başvurusu sonuçlanıncaya dek ikamet izni sağlanmasını" ve bu nedenle "sınır dışı tehlikesi kalmamış olmasını" gerekçe göstererek davayı reddetmiştir.

2. İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Yönünden

Başvurucu, ülkesinde AİHS'nin 3. maddesi ile yasaklanan muameleler kapsamında olan "falaka", "kırbaç" veya "taşlanarak öldürülme" cezaları uygulanmasını gerektiren "zina suçu" işlediğini ifade ederek, hakkında soruşturma başlatılmadan ülkesinden kaçtığını, döndüğünde bu suçtan takibata uğrayıp yukarıda belirtilen cezaların uygulanması ihtimalinin yüksek olduğunu ileri sürmüştür.

Başvurucunun bu tezlerine karşılık olarak Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetince; başvurucuya üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar "geçici ikamet izni" verilmesinin mümkün olduğu, ancak başvurucunun bu konudaki talebini süresi içerisinde iletmediği, Fransa'da yakalandığında da herhangi bir "iltica" talebinde bulunmadığı, Kanada'ya girmeyi başardığı takdirde de bu yönde talebi olacağını

şüpheli olduğu, bu nedenlerle başvuru ileri sürdüğü endişelerin gerçekliğinin sorgulanabilir nitelikte olduğu savunulmuştur.

Başvuruyu değerlendiren AİHM, öncelikle “siyasi iltica” hakkının AİHS veya ek protokolleri kapsamında sağlanan güvenceler arasında yer almadığını, âkit devletlerin, uluslararası antlaşmalarla deruhte ettikleri taahhütler dışında, yabancıların ülkeye girişleri, ikametleri ve sınır dışı edilmeleri konularında düzenleme yapma konusunda “egemen yetki”ye sahip olduklarını ifade etmiştir². Bu temel kuralı belirttikten sonra AİHM, “sınır dışı” edilmesi durumunda “kabul eden ülke”de AİHS’nin 3. maddesi ile bağdaşmayan bir “muamele” ile karşılaşma riski bulunduğu takdirde, böyle bir işlemin anılan 3. maddeyi ihlal edebileceğine ve belirtilen koşullar altında “sınır dışı” etmeme zorunluluğu doğduğuna dair içtihadının yerleşmiş olduğunu vurgulamıştır.

AİHM kararındaki ifadelerden, “demokratik bir toplumdaki temel değerler”den birini içeren AİHS’nin 3. maddesindeki yasakların ihlali sonucunun doğacağına dair iddiaların, söz konusu güvencenin önemi ile orantılı bir titizlik içinde irdelenmesi gerektiği anlaşılmaktadır³.

Jabari başvurusunda AİHS’nin 3. maddesinin ihlal edilip edilmediğini analiz eden AİHM, Devlet görevlileri ve İdare Mahkemesinin tutumunu eleştirirken, hukuki çerçeveyi oluşturan 1994 tarihli Yönetmelikle öngörülen “geçici ikamete” dair başvuru süresinin kısıtlılığına ve süre sınırlamasının “otomatik/mekanik” niteliğine dikkate çekmiştir. AİHM öncelikle, başvuru talebi ile ilk defa muhatap olan Devlet görevlilerinin “süre koşulunun gerçekleşmemesi nedeniyle” bir değerlendirme yapmamalarının, başvuru talebine dayanak teşkil eden iddialarının ve “korkularının” içeriği ve gerçekliğinin irdelenmemesi sonucunu doğurduğu kanaatindedir. Gerek bu sonuç gerekse Yönetmelikteki hakkın

² Bkz. *Vilvarajah ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, 30/10/1991, § 102.

³ Tulkens, s. 156; ayrıca bkz. *Selmouni/Fransa*, §§ 95, 101; “Biliyoruz ki, bu hükmün gücü AİHS’deki diğer bazı alanlarına da sirayet edecek tetikleyici bir etkide (un effet par ricochet) bulunabilecek olmasıdır. Benim görüşüme göre, bu hüküm iltica ve sınır dışı etme işlemleri alanında giderek daha da etkili bir rol oynamaktadır. Burada iki hassas soru ile karşılaşılıyor: Kamu güvenliği ve terör ve sağlık durumu. ...” (Tulkens, s. 156).

kullanılmasını oldukça zorlaştıran “kısa tutulmuş süre koşulu” AİHS’nin 3. maddesindeki yasakla tezat halindedir. İdare Mahkemesince yapılan denetim de söz konusu tezatın ortaya konulmasını sağlayacak olan “sınır dışı edilme kararının sebebiyet vereceğinden endişe edilen olay ve olgulara” ilişkin çerçevenin dışında, şekilci bir kanuna uygunluk anlayışı ile yerine getirilmiştir.

AİHM, Devletin başvuru ile bire bir görüşerek endişe duyduğu risklerin ve İran’da uygulanması muhtemel cezanın yakınlığını ve gerçekliğini gözlemleyen BMMYK’nin vardığı neticelere gereken önemi verilmemesini ve özellikle Uluslararası Af Örgütü’nün İran’da “zina yapan” kadınlara verilen cezalarla ilgili saptamalarına itibar edilmemesini tenkit etmektedir. AİHM bu hususta değerlendirme yaparken, başvuru taleplerinin idari makamlarca değerlendirildiği ve ikame ettiği davanın görüldüğü tarihlerdeki koşulları dikkate almıştır.

Başvurucunun ülkesine döndüğü takdirde AİHS’nin 3. maddesine aykırı bir muamele ile karşı karşıya kalacağını ispat ettiği neticesine ulaşan AİHM, “sınır dışı edilme işlemi icra edildiği takdirde AİHS’nin 3. maddesinin ihlal edileceğine” karar vermiştir.

3. Etkili Başvuru Hakkı Yönünden

Başvuru *Jabari*, “iltica” başvurusunun süresini kaçırmaması sebebiyle kendisine, İran’a “sınır dışı” edilmekten neden endişe ettiğine dair açıklamada bulunma fırsatı verilmediğini ve “iltica başvurusunun reddine” dair karara itiraz etme olanağı sağlanmadığını ileri sürmüştür. Başvurucuya göre “yürütmenin durdurulması yönünde” bir karar alınamamış olan İdare Mahkemesi önündeki dava da “etkili bir iç hukuk yolu” olarak kabul edilemez.

Hükûmete göre İdare Mahkemesi, başvuru hakkında verilmiş bir “sınır dışı” kararı mevcut olmadığı için davayı reddetmiştir. Buna ek olarak hükûmet, başvuru talebinin reddine dair kararın iptalini talep etmediğine dikkate çekerek AİHM’nin “etkililik”le ilgili tereddütlerini gidermeye çalışmıştır. Hükûmet,

Anayasa'nın 125. maddesine ve temyiz yoluna atıfta bulunularak "sınır dışı kararı"na karşı "etkili iç hukuk yollarının" bulunduğunu savunmuştur.

Mahkeme, 13. maddenin AİHS'deki "temel hak ve özgürlüklerin iç hukuk düzeninde uygulanmasını sağlayacak bir iç hukuk yolunun mevcudiyetini güvence altına aldığı"na ve anılan maddenin âkit devletlere "bu hüküm uyarınca yüklendikleri taahhütlere ne şekilde uyacakları hususunda belli bir takdir hakkı tanımış olmasına rağmen, Sözleşme uyarınca yapılan bir şikayeti araştırma ve bu şikayetin sebebini ortadan kaldırmakla görevli bir ulusal makamın mevcudiyetini sağlayan bir iç hukuk" yolunun gerekli olduğuna dikkat çekmiştir.

Sonraki değerlendirmesinde AİHM, iç hukuku uygulayan otoritelerin, başvuru İran'a gönderilmesi durumunda "tehlikede olacağı" savını değerlendirmemiş olmalarına, şekil şartları yerine getirilmediğinden, "iltica talebinin reddine dair" karara itiraz edilememesine, "sınır dışı" kararının hukuka uygun olup olmadığına ilişkin yargısal denetim mekanizmasının "yürütmenin durdurulması" ve tehlikeye ilişkin iddiaların esasının incelenmesi imkanlarının pratikte mevcut olmamasına ve İdare Mahkemesinin iç hukuk normlarıyla sınırlı bir denetim yapmasına odaklanmıştır. Başvurucuya BMMYK tarafından Cenevre Sözleşmesi kapsamında sağlanan "mülteci" statüsü dahi İdare Mahkemesini, başvuru iddialarının sıhhatini araştırmaya sevk etmemiştir.

Mahkeme, işkence ve kötü muamele yasağına aykırı fiillerin geri dönüşü (telafisi) mümkün olmayan karakterine dikkat çekerek, AİHS'nin 13. maddesi çerçevesinde bir başvuru yolunun "etkili" kabul edilebilmesi için 3. maddeye aykırı bir muamele ile karşılaşılacağı konusunda "haklı gerekçeler" mevcut olduğunda, "bağımsız ve kapsamlı bir inceleme"ye girişilmesini temin eden güçlü bir koruma mekanizmasının zorunlu olduğunu kabul etmiştir. AİHM, İdare Mahkemesince, sözü edilen "etkililik" koşullarını sağlayan herhangi bir önlem alınmamış olması bağlamında, hükûmetin savunmasında dayandığı hususların, Devletin AİHS'nin 13. maddesi çerçevesinde beliren yükümlülüklerine ilişkin gereklilikleri karşılamaktan uzak olduğu ve bu nedenle AİHS'nin 13. maddesinin de ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

B. Mamatkulov ve Askarov/Türkiye Başvurusu

Mamatkulov ve Askarov/Türkiye başvurusuna ilişkin karar AİHM tarafından 4/2/2005 tarihinde açıklanmıştır⁴.

1. Olayların Özeti

Başvurucular *Rustam Sultanovich Mamatkulov* ve *Abdurasulovich Askarov* Özbekistan Cumhuriyeti vatandaşlarıdır. Başvurucu *Mamakulov* 3/3/1999 tarihinde turist vizesiyle Kazakistan'dan (Almaata) Türkiye'ye (İstanbul) giriş yapmıştır. Akabinde, "cinayet", "bombalı saldırı" ve "Özbekistan Cumhurbaşkanı'na terörist saldırı girişimi" suçları nedeniyle çıkarılan "uluslararası tutuklama emri"ne istinaden Türk polis görevlileri tarafından yakalanarak gözaltına alınmıştır.

Özbekistan ile arasındaki suçluların iadesine ilişkin ikili antlaşma gereğince Türkiye'den birinci başvuru *Mamatkulov*'un iadesi talep edilmiştir. Cumhuriyet savcısının geri gönderme talebi üzerine *Mamatkulov* hâkim önüne çıkarılmış ve "Ceza İşlerinde Karşılıklı Yardıma İlişkin Avrupa Sözleşmesi" gereğince 45 gün müddetle gözetim altına alınmıştır.

11/3/1999 tarihinde *Mamatkulov*, ceza hâkimi önüne çıkarılmış ve aynı gün "acil başvurular prosedürü" gereği düzenlenen kararda, başvurucuya isnat edilen suçların "siyasi" ya da "askeri" değil "adi suç" kategorisinde olduğu ifade edilmiştir. Aynı kararla hâkim tarafından başvuruçunun iadesi askıya alınmıştır. Aynı tarihte avukatı, *Mamatkulov*'un "ülkesinin demokratikleşmesi için çalıştığını, Özbekistan'daki siyasi muhaliflerin yetkililer tarafından tutuklandığını ve hapisanede işkenceye maruz bırakıldıklarını" savunmuştur. Bunun dışında müvekkilinin hayati tehlikesi bulunduğu için siyasi sığınma talebinde bulunduğunu, ülkesinde siyasi suçlar nedeniyle takibat altında olduğunu, TCK'nin 9/2. maddesi gereğince "iade talebinin" reddi gerektiğini ileri sürmüştür.

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

Mamatkulov, yukarıda belirtilen karara karşı 15/3/1999 tarihinde Bakırköy Ağır Ceza Mahkemesine başvuruda bulunmuştur. Başvurucuya ait dosyayı inceleyen Mahkeme, itirazın reddine dair kararını 19/3/1999 tarihinde açıklamıştır.

İkinci başvuru *Askarov*, 13/12/1998 tarihinde sonradan sahteliği tespit edilen pasaportuyla Türkiye'ye girmiştir. Özbekistan Cumhuriyeti'nden gelen iade talebi üzerine Türk polis görevlilerince yakalanan *Askarov*, gözaltına alınmıştır. *Askarov*'a isnat edilen suçlar da *Mamatkulov*'a isnat edilen suçlarla hemen hemen aynı olup, iade süreci de yakın tarihlerde benzer şekilde işletilmiştir.

18/3/1999 tarihinde AİHM tarafından AİHM İçtüzüğü'nün 39. maddesi gereğince, 23/3/1999 tarihinde ilgili Dairece yapılacak toplantıya kadar her iki başvuru için "iade edilmemeleri" yönünden tedbire hükmedilmiştir. Buna karşılık Türkiye Cumhuriyeti Hükûmeti tarafından başvuruların ülkelerine iadelerine dair Bakanlar Kurulu kararı çıkarılmıştır. 23/3/1999 tarihine gelindiğinde AİHM tarafından önceki tedbir kararının yenilenmesine (uzatılmasına) karar verilmiştir. Buna rağmen başvurular 27/3/1999 tarihinde Özbekistan'a iade edilmişlerdir. 19/4/1999 tarihinde Türk Hükûmeti AİHM'yi, Özbekistan'dan alınan "*başvuruların ölüm cezasına çarptırılmamaları, işkence ve kötü muamele uygulanmaması ve adil bir şekilde yargılanmaları*" yönündeki güvenceler konusunda bilgilendirmiştir. Aynı şekilde Hükûmet, Özbekistan Anayasa Mahkemesinden aldığı "*başvuruların suçlu bulunduğu ve hapis cezasına mahkûm edildiklerine*" dair bilgiyi de daha sonraki bir tarihte AİHM'ye iletmiştir.

Başvuruların avukatları, AİHM'ye sundukları 15/9/1999 tarihli mektupla, "müvekkilleriyle iletişim kuramadıklarını, Özbekistan'daki hapisane koşullarının kötü olduğunu ve mahkûmların işkenceye maruz bırakıldıklarını" bildirmişlerdir. Türk Hükûmetince görevlendirilen Taşkent Büyükelçiliğinde görevli iki memur, başvuruları buldukları cezaevinde ziyaret etmişlerdir. Anılan görevliler başvuruların "sağlık durumlarının iyi olduğunu" ve "hapisane koşullarından şikayetçi olmadıklarını" rapor etmişlerdir. Aynı şekilde Özbek makamlarınca 3/12/2001 tarihinde başvurular hakkında cezaevi doktorları tarafından düzenlenen raporlar ve Ocak 2002 ve 2004 tarihleri arasında yakın akrabaları tarafından birçok defa ziyaret edildikleri bilgisi Türk Hükûmetine sunulmuştur. Ancak AİHM'nin

tespitine göre başvurucuların avukatları karar tarihi itibarıyla halen başvurucularla görüşmemişlerdir.

2. Yaşam Hakkı ve İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Yönünden

Başvurucuların avukatları, Özbekistan'daki hapishanelerdeki “insani olmayan” ve “kötü muamele oluşturan” koşullara ve “işkence uygulamalarına” dikkat çekmişler ve bu bağlamda başvurucuların Özbekistan'a iade edilmeleri halinde AİHS'nin 3. maddesi ile bağdaşmayan muamelelere maruz kalacaklarından endişe edilmesi için haklı nedenler bulunduğunu iddia etmişlerdir. Anılan ülke hakkında düzenlenen uluslararası kuruluşlarca düzenlenen raporların bu iddialarını doğruladığını ifade etmişlerdir. Dahası başvuruculara Özbekistan ülkesinde kendi belirledikleri avukatın kanuni yardımından yararlanma imkânı sağlanmadığını, bu doğrultuda esasen kabul etmedikleri suçlamaları işkence veya başka türden kötü muameleler nedeniyle kabul etmek zorunda kalabileceklerini ileri sürmüşlerdir.

Hükûmet savunmasında, öncelikle Özbekistan makamlarının Türkiye Cumhuriyeti'ne, tarafı olduğu “BM İşkenceyi Önleme Sözleşmesi”ne uygun hareket edeceğine dair güvenceler sunduğu, başvurucuların bu aşamadan sonra iade edildiği, “terörist eylemlerle suçlanan” başvurucuların durumlarının, yargılama kapsamındaki duruşmalarda ve tutuldukları cezaevinde, Türk hükûmeti yetkilileri tarafından “adil yargılanma hakkı” ve “işkence veya kötü muamele yasağı” bağlamında takip edildiği ifade edilmiştir. Bunlara ilaveten AİHS'nin 3. maddesinin, iade eden Devlete süresiz bir sorumluluk hali yüklediği, söz konusu sorumluluğun iade edilen kişinin “suçlu bulunmasından ve cezasını çekmeye başlamasından sonra” son bulması gerektiği, aksi yöndeki düşüncenin AİHS'nin 3. maddesinin kapsamını aşan zorlayıcı bir yorum olarak kabul edilemez bir yaklaşım olduğu belirtilmiştir.

Mamatkulov ve Askarov davasına üçüncü taraf olarak müdahil olan “İnsan Hakları İzleme Örgütü” (“Human Rights Watch”) ve “AIRE (‘Advice on Individual Rights in Europe’) Centre” tarafından, “Özbekistan'daki bağımsız Müslümanların ve yakınlarının gördüğü baskılara”, “hapishanelerdeki kötü muameleler sonucunda yaşamını kaybeden siyasi mahkumlara” ve “mevcut siyasi durum ve güvenlik kuvvetlerinin etkin bir yargısal denetim altında bulunmaması” bağlamında “Özbek

Hükûmetinden alınan güvencelerin yeterli garanti oluşturmadığına” dikkat çekilmiştir.

Mahkeme, yukarıda temas edilen *Jabari/Türkiye* başvurusunda olduğu gibi âkit devletlerin “egemen yetkileri” bağlamında “ülkeye giriş, ikamet ve sınır dışı” işlemleri konusundaki geniş yetkilerinin kabul edildiğine⁵, bununla birlikte bir yabancının başka ülkeye iade edilmesi halinde AİHS’nin 3. maddesine aykırı muamelelerle karşı karşıya kalacağına dair “somut kanıtlar” bulunması durumunda belirtilen “egemen yetkilerini” baskılayan birtakım yükümlülüklerin gündeme geleceğine⁶ dair içtihadına atıf yapmıştır⁷.

Mahkemeye göre, kişinin iade edileceği ülkede AİHS’nin 3. maddesi ile bağdaşmayan bir muamele veya cezaya maruz kalma tehlikesi bulunduğu konusunda somut ve inandırıcı sebeplerin bulunup bulunmadığı araştırılırken, taraflarca sunulan veya *proprio motu* elde edilen veriler ışığında değerlendirilmelidir. Söz konusu

⁵ *Vilvarajah ve diğerleri/Birleşik Krallık*, § 102; *Tulkens*, söz konusu içtihadı “hemen hemen her kararında tekrarlanan standart, ritüel bir formül” olarak vasıflandırmaktadır (Françoise Tulkens, “Migration and the Law, Recent Trends in the Protection Afforded by the European Convention on Human Rights”, **50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı?** Ed. Kerem Altıparmak, Ankara Barosu yay., Ankara, 2009, s. 154).

⁶ *Soering/Birleşik Krallık*, B. No: 14038/88, 7/7/1989, §§ 89-91; “İşkenceye ya da insanlık dışı aşağılama veya cezaya maruz kalacağına inanmak için somut nedenlerin bulunduğu bir durumda, bir Sözleşmeci Devlet’in kişiyi, bilinçli bir şekilde, başka bir Devlet’e teslim edilmesinin, Önsöz’ün atıfta bulunduğu ‘ortak siyasi gelenekler, idealler, özgürlük ve hukukun üstünlüğü mirasına’ aykırı olduğu açıktır.” (*anılan karar*, § 88).

⁷ *Tulkens*’e ait şu ifadeler dikkat çekicidir: “Bazı yorumcuların Mahkeme’nin gerekçelendirmesini aktarım şekline dair itirazları var ve itiraf etmeliyim ki büyük ölçüde, ben de onların kaygılarını paylaşıyorum. Bu aktarım, Mahkeme tarafından daha sonrasında yapılan değerlendirmeyi üstü kapalı bir şekilde etkiler. Sözleşme’nin hükümleri devletlerin hala üstünlüğünü koruyan ve bundan da fazlası, bu davada ‘yerleşik’ bir ilke olan, egemenlik yetkisine sınırlama olarak görülür. Bu türden bir yaklaşım, Sözleşme tarafından korunan hakların ilke olduğu, bazı durumlarda belli koşullara saygı gösterilirken göz ardı edilebilen, olağan yöntemden ayrılır. Sözleşme tarafından korunan haklar aynı zamanda yerleşiktir ve hiçbir hiyerarşi onların daha düşük bir düzeyde değerlendirilmesine izin vermez. ‘Devletlerin egemenliğinin kural ve Sözleşme haklarına saygı göstermenin istisna olduğunu söylemek, tam tersini savunmakla eş değildir. Tam tersi ise Sözleşme haklarına saygıyı ilke olarak almayı ve sınırlamayı ve/veya müdahaleleri istisna kabul etmeyi içerir. Gerekliğinde göçle ilgili olarak devletlerin egemenliği adına sınırlama yapılması gibi.” Bu bağlamda *Tulkens*, AİHM’nin *X/Almanya* (B. No: 6315/73, 30/9/1974) başvurusuna ilişkin kararındaki “Suçluların iadesi meselesi, sınır dışı ve iltica hakkı Sözleşme’de düzenlenen haklar arasında sayılmasa bile, sözleşmeci devletler yabancıların giriş ve çıkışını kontrol etme hakkı da dahil olmak üzere haklarını özgürce kullanmalarının genel uluslararası hukuk çerçevesinde sınırlanmasını, Sözleşme çerçevesinde kabul ettikleri yükümlülüklerinin kapsamı ve sınırları dahilinde her şeye rağmen kabul etmişlerdir.” şeklindeki “formülasyonu(un) daha tercih edilebilir” olduğuna işaret etmektedir. (Tulkens, s. 154-155).

veriler, iade işlemi sırasında âkit devletçe bilinen veya bilinmesi gerekli olanlardır. Ancak bu kabul, AİHM'nin iade işleminden sonra “gün yüzüne çıkan” bilgileri de dikkate almasına engel teşkil etmemektedir.

Mahkeme, “[İçtüzüğün] 39. maddesi uyarınca bildirilen bir geçici tedbirin ... AİHM'nin zanlıyı talep eden ülkede 3. madde ile yasaklanan bir muamele riski olup olmadığını belirlemek için gereken ilgili tüm kanıtları henüz toplayamadığı anlamına gelmekte” olduğu belirterek, geçici tedbirler hükmedilen durumların istisnai niteliğine dikkate çekmiştir.

Son olarak AİHM, AİHS'nin 3. maddesinin uygulanabilir olabilmesi için şikâyete konu muamele veya cezanın “asgari ağırlık eşiği”ni aşması ve cezanın doğası gereği bünyesinde barındırdığı acı ve ıstırapın ötesine geçmesi gerektiğine ve söz konusu durumun uygun delillerle desteklenmesi gerektiğine dikkat çekmiştir.

AİHM, yukarıda belirtilen şekilde ortaya koyduğu ilkeleri *Mamatkulov ve Askarov/Türkiye* başvurusuna uyarlamıştır.

AİHM ilk olarak başvurucuların sunduğu uluslararası insan hakları kuruluşlarının Özbekistan'da “İslami muhalefet” olarak nitelendirilen hareketlere mensup kişilerin maruz kaldıkları işkence ve kötü muamelelere ilişkin tespitlere atıflar yapmıştır. Ancak AİHM'e göre adı geçen ülkedeki genel koşulları resmeden söz konusu saptamaların, mevcut başvuruda, başvurucuların iddialarını kanıtlamaya tek başına yeterli olmayıp, başka kanıtlarla desteklenmeleri gerekmektedir. AİHM, bu bağlamda AİHS'nin 3. maddesi çerçevesindeki değerlendirmesinde kritik tarih olarak başvurucuların Özbekistan'a gönderildikleri 27/3/1999 tarihini esas almıştır. AİHM'i böyle bir tercihte bulunmaya ve normal inceleme usulünün dışına çıkmaya, Türk Hükûmetinin “geçici tedbir” kararına riayet etmemesi itmiştir.

Mahkeme, Türk Hükûmetinin, Özbek Hükûmetinden almış olduğu güvenceleri, Özbekistan Cumhuriyeti'nin BM Sözleşmesi'ne taraf olmasını ve başvurucuların buldukları hapisanelerdeki doktorlarca düzenlenen tıbbi raporları incelediğini not etmiştir. Mevcut bilgi ve belgeler ışığında yukarıda belirtilen kritik tarih itibarıyla başvurucuların AİHS'nin 3. maddesi ile yasaklanmış olan bir

“muamele” veya “ceza”ya tabi tutulacaklarına dair “gerçek bir risk”in mevcut olduğu konusunda bir karar vermesini sağlayacak somut bir neden bulamamış ve AİHS’nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine, aynı koşullara tabi olan 2. madde yönünden ayrı bir değerlendirme yapılmasını gerektiren bir durum bulunmadığına karar vermiştir. Ancak AİHM ortaya çıkan bu durumun Türk Hükûmetinin “geçici tedbir” uygulanmasına yönelik “bildirime” uymamasından kaynaklandığını hatırlatarak, davalı Devletin bu tutumunun AİHS’nin 34. maddesi⁸ gereğince incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir.

3. Adil Yargılanma Hakkı Yönünden

Başvurucular, “sınır dışı” işleminin iptale ilişkin dava dosyasındaki belgelere erişemediğini ve kendilerine isnat edilen suçlamalar konusundaki görüşlerinin alınmadığını, bu çerçevede söz konusu yargılamanın hakkaniyete uygun yapılmadığını ileri sürmüşlerdir.

AİHM, *Maaouia/Fransa* başvurusunda ortaya koyduğu “yabancıların ülkeye girişlerine, ikametlerine ve sınır dışı edilmelerine ilişkin kararların, medeni hak ve yükümlülük veya bir suç isnadının esası”nın ilgilendirmediğine ilişkin içtihadına atıfta bulunarak, AİHS’nin 6. maddesinin Türkiye’de görülen idari dava bakımından uygulanabilir olmadığına karar vermiştir.

Özbekistan’da görülen ceza davasına gelince: Başvurucular, “ülkelerinde hakkaniyete uygun bir şekilde yargılanma imkanlarının olmadığını ve ölüm cezasına çarptırılıp idam edilmeleri ihtimalinin bulunduğunu” ve “Özbek yargı makamlarının yürütme makamlarından bağımsız olmadığını” ileri sürmüşlerdir. Aynı doğrultuda, başvurucuların avukatları, ceza davasının başladığı döneme kadar dış dünya ile iletişimlerinin sağlanmadığını, kendi belirledikleri avukatlar tarafından

⁸ “**Madde 34- Bireysel Başvurular**

Mahkeme, Sözleşme ya da onun Protokollerinde düzenlenen hakların Yüksek Sözleşmeci Taraflardan birisince ihlal edilmesinin mağduru olduğunu iddia eden herhangi bir kişiden, hükümet-dışı örgütten ya da birey grubundan gelen başvuruları kabul edebilir. Yüksek Sözleşmeci Taraflar, bu hakkın etkin biçiminde kullanımını herhangi bir biçimde engellemeyi üstlenirler.”

savunulmalarına müsaade edilmediğini ve suçluluğun tespitine dair kararın dayanağı olan ifadelerin işkence ile elde edildiğini iddia etmişlerdir.

Davaya müdahil kuruluşlar da başvuruçular ve avukatları ile benzer iddiaları ileri sürmüşlerdir.

Hükûmet savunmasında, AİHS'nin 6/1. maddesinin âkit devletleri yabancıların iadesine bağlı bir yükümlülük altına sokmadığını beyan etmiştir.

AİHM, öncelikle *Soering* başvurusuna ilişkin kararındaki “6. madde ile garanti altına alınan cezai işlemlerde hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, demokratik toplumlarda önemli bir yere sahiptir. AİHM, kaçağın [mülteci/sığınmacı] hakkaniyete uygun yargılanma hakkının açıkça ihlal edildiği ya da bu hakkın ihlal edilmesi riskini yaşadığı durumlarda, istisnai olarak, 6. maddeye dayanarak verilen iade kararının sorgulanması olasılığının dışlamamaktadır.” ifadelerine atıfta bulunmuştur⁹. Mahkemeye göre AİHS'nin 2. ve 3. maddeleri bağlamında ortaya çıkan riskler gibi, yabancıyı gönderileceği ülkede “adaletin açıkça engellenmesi riski”nin de sözleşmecî devlet tarafından bilinen ve bilinmesi gereken veriler ışığında değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir. Ancak AİHM, başvuruçuların gönderildikleri 27/3/1999 tarihi itibarıyla Özbekistan'daki soruşturma ve potansiyel yargılamanın adilliği konusunda oluşan şüphelerin “adaletin açıkça engellenmesi” olgusunun mevcudiyetini ispatlayacak yeterli kanıtlarla desteklenmediği ve bu nedenle adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.

⁹ *Soering/Birleşik Krallık*, B. No: 14038/88, 7/7/1989, § 113; ayrıca bkz. *Selmouni/Fransa*, § 101; Tulkens, s. 156; diğer yandan “Avrupa Topluluğu Mahkemesi (Adalet Divanı) da temel hakları Topluluk hukukunun genel ilkeleri olarak tanımlamış, adil yargılanma hakkına, dolayısıyla savunma hakları gibi yargılama hukuku genel ilkelerine geniş yer vermiştir. Avrupa Topluluğu Mahkemesi bugün istikrar kazanan içtihadında, bu tanımayı yaparken, demokrasinin uygulandığı ve hukukun üstünlüğü ilkesinin tanıdığı üye devletler ortak anayasal geleneklerine ve bu devletlerin taraf olduğu insan haklarının korunması ile ilgili uluslararası sözleşmelere ve özellikle de İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine dayanmaktadır.” Sibel İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, 4. Bs., Beta yay., İstanbul, 2013, s. 1 (“Adil Yargılanma Hakkı”).

4. Sözleşme'nin 34. Maddesi Yönünden

Mahkeme, Türk Hükûmetinin AİHM İçtüzüğü'nün 39. maddesi gereğince hükmedilen “geçici tedbir”e riayet etmeyerek başvuruçuları Özbekistan'a iade etmesini AİHS'nin 34. maddesi çerçevesinde incelemiştir.

Mahkeme bu kapsamdaki değerlendirmesinde özetle, AİHS'nin 34. maddesi gereğince âkit devletlerin, kişilerin “bireysel başvuru” haklarından istifade etmelerine fiilen mani olabilecek her çeşit davranış veya ihmalden imtina etmekle mükellef olduklarını, bir âkit devletin, “geçici tedbirler” ile uyumlu hareket etmekten kaçınmasının, ilgili bireysel başvurunun AİHM tarafından “etkili biçimde” incelenmesinin ve başvuruçunun “haklarından yararlanmasının fiili olarak” engellenmesi ve dolayısıyla AİHS'nin 34. maddesinin ihlali niteliğinde olduğunu kabul ederek, *Mamatkulov ve Askarov* başvurusuna ilişkin süreçte de Türk Hükûmeti'nin AİHS'nin 34. maddesini ihlal ettiği neticesine ulaşmıştır.

C. Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye Başvurusu

Abdolkhani ve Karimnia başvurusuna dair karar AİHM tarafından 22/9/2009 tarihinde açıklanmıştır¹⁰.

1. Olayların Özeti

İran İslam Cumhuriyeti vatandaşları olan başvuruçuları *Mohsen Abdolkhani* 1992 ve başvuruçuları *Hamid Karimnia* 2001 yıllarında “İran Halkın Müdahitleri Örgütü”ne (HMÖ) katılmışlarsa da 2005 ve 2006 yıllarında “amaç ve yöntemlerini” tasvip etmedikleri adı geçen örgütten ayrılmışlardır. Başvuruçuları *Abdolkhani*'nin “siyasi görüşü, kişiliği ve siyasi görüşlerine ilişkin sağlam inancı nedeniyle İran'da zulme uğrayacağı” ve başvuruçuları *Karimnia*'nın da “keyfi veya kanuna aykırı bir şekilde öldürülme yoluyla yaşam hakkının; işkence, kötü muamele ve keyfi yakalama veya alıkoymaya karşı korunma hakkının ve adil ve açık olarak yargılanma hakkının İran makamları tarafından ihlal edileceği” yönündeki korkularının haklı

¹⁰ *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, B. No: 30471/08, 22/9/2009.

olduğu kabul edilmiş ve her iki başvurucuya Irak'taki BMMYK tarafından “mülteci” statüsü verilmiştir. AIHM başvurucuların içinde buldukları “risk hali” hakkında “makul olasılık” nitelemesini kullanmıştır.

Başvurucular bilinmeyen bir tarihte Türkiye sınırlarına girdikten sonra kolluk görevlileri tarafından yakalanmışlar ve 17/6/2008 tarihinde Irak'a “sınır dışı” edilmişlerdir. Ancak başvurucular tekrar kanuni olmayan yollarla Türkiye'ye girmişlerdir. 21/6/2008 tarihinde, jandarma görevlileri tarafından Muş'ta sahte pasaportlarıyla yakalanan başvurucuların aynı gün ifadeleri alınmıştır. Başvurucular, İran'daki yönetime siyasi olarak karşı olmaları nedeniyle geri gönderilmeleri durumunda ölüm cezasına çarptırılacaklarını, Irak'ta da hayatlarının güvence altında olmadığını, Kanada'ya iltica etmek istediklerini bildirmişlerdir.

Başvurucuların iddiasına göre haklarında yürütülen adli işlemleri müteakiben 28/6/2008 tarihinde başvurucular, İran'a “sınır dışı edilme” girişimi ile karşı karşıya kalmışlarsa da “Arapça konuşup Farsça anlamıyor gibi” davranmaları nedeniyle İran'a kabul edilmemişlerdir.

Başvurucular Muş'tan Kırklareli'ne transfer edilmişler ve başvuru *Karimnia* anılan yerdeki “Yabancı Kabul ve Barınma Merkezi”nde tanıştığı bir İranlı ile evlenmiştir.

Başvurucular 18/10/2008 tarihinde geçici sığınma talebinde bulunmuşlardır. Ayrıca İsveç Hükûmeti, BMMYK'nin girişimi üzerine İsveç'e yerleştirilmelerine ilişkin davanın incelenmesi talebini kabul etmiştir.

2. Kabul Edilebilirlik Yönünden

Hükûmet, “21 Haziran 2008 tarihinden önce, yasadışı yollardan Türkiye'ye girdiklerini ve ulusal mevzuat uyarınca geldikleri ülke olan Irak'a sınır dışı edildiklerini belirtmiştir. Hükûmet, buna rağmen, haklarında herhangi bir sınır dışı etme kararı çıkarılmadığı için, başvuruların AIHS'nin 34. maddesi uyarınca mağdur statüsünde olmadıklarını” ileri sürmüştür. Buna karşılık başvurucular, “Irak'a sınır dışı edildiklerini ve [ilgili] makamların sınır dışı etme kararına yönelik herhangi bir tebligatta bulunmadan kendilerini İran'a sınır dışı etme girişiminde bulduklarını,

bu nedenle haklarında mevcut bir sınır dışı etme kararı bulunmamasına rağmen mağdur statüsünde olduklarını” ileri sürmüşlerdir.

Mahkeme, Türk Hükûmetinden, 17/6/2008 tarihinde Irak’a ve 28/6/2008 tarihinde İran’a “sınır dışı etme girişiminin yasal dayanağı” ve “sınır dışı etme kararlarının kopyalarıyla birlikte söz konusu kararların başvurulara tebliğ edildiğini gösteren belgeler” talep edilmiş ancak söz konusu belgeler Hükûmet tarafından sunulmamıştır. AİHM, Hükûmetin “başvuranların, güvenlik güçleri tarafından yakalanmadan önce, yasadışı yollardan Türkiye’ye girdiklerine” ve “Irak’a sınır dışı edildiklerine” dair savunmasından, başvurucuların “sınır dışı etme kararı” verilmeden ve bu kapsamda herhangi bir “tebligat” yapılmadan “en az bir defa” sınır dışı edildikleri sonucunu çıkarmıştır. Bu çerçevede AİHM’e göre “herhangi bir sınır dışı etme kararının çıkarılmamış olması” başvurucuların daha önce veya karar tarihinde “sınır dışı edilme riski içinde bulunmadıkları” sonucuna varılmasını gerektirmemektedir. Bu çerçevede AİHM, AİHS’nin 34. maddesi gereğince başvurucuların “mağdur statüsü”nü kabul etmiştir.

Hükûmet ikinci olarak başvurucular hakkında “sınır dışı etme kararı” verilmiş olsaydı, başvurucuların “Anayasa’nın 125. maddesi gereğince idare mahkemelerine başvurabileceklerini” ve “bunu yapmış olmaları gerektiğini” ileri sürmüştür. Başvurucular tebliğ edilmemiş olması nedeniyle bilgi sahibi olamadıkları bir işleme karşı itirazda bulunmalarının mümkün olmadığını ifade etmişlerdir.

AİHM, bir kişinin “sözleşmeye taraf bir devletin ülkesinden çıkarılmasının önlenmesi”nin talep edildiği başvurularda, kullanılması gerektiği iddia edilen iç hukuk yolunun etkili olduğunun kabul edilebilmesi için “otomatik askıya alma mekanizması” içermesi gerektiğine dair içtihatlarına atıfta bulunmuştur¹¹.

¹¹ *Gebremedhun [Gaberamadhien]/Fransa*, B. No: 25389/05, 26/4/2007; *Çonka/Belçika*, B. No: 51564/99, 5/2/2002.

3. Yaşam Hakkı ve İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Yönünden

Başvurucular, farklı tarihlerde Irak ve İran ülkelerine yönelik “sınır dışı etme” girişimleri nedeniyle “açık bir ölüm veya kötü muamele görme riskiyle karşı karşıya kalacaklarını iddia ederek, halihazırda mevcut olan, bahsi geçen iki ülkeden birine sınır dışı edilmeleri tehlikesi”nden yakınmışlardır.

Hükûmet, başvurucuların iddialarına öncelikle kamu güvenliği mülahazalarına atıfta bulunarak itiraz etmiş ve sınır dışı edilmelerinin kaçınılmaz olduğunu ve sınır dışı edilmeleri planlanan Irak ülkesinin önceye nazaran daha güvenli olduğunu savunmuştur.

Başvurucular, Devlet yetkililerinin herhangi bir karara dayanmaksızın kendilerinin sınır dışı etme gayreti içinde olduklarını ve “menşe ülkeleri”nde karşı karşıya kalabilecekleri (kötü muamele, idam vb.) muameleleri dikkate almadıklarını, Irak ülkesinde zulme uğrama, İran’a sınır dışı edilme riskleri bulunduğunu, Eşref Kampı’nın Irak hükûmetine devredilmesi sonrasında belirtilen yerde can güvenliklerinin kalmadığını ifade etmişlerdir.

AİHM başvurucuların iddialarının AİHS’nin 3. maddesi kapsamında incelenmesini gerekli ve yeterli görmüştür.

AİHM öncelikle, tüm benzer kararlarda ifade ettiği, devletlerin yabancıların ülkeye giriş-çıkışlarına ilişkin “egemen yetkileri” bulunduğuna dair klasik içtihadını tekrarlamıştır. Sonrasında *Mamatkulov ve Askarov* kararında dile getirdiği, “kabul eden ülke”deki koşulların AİHS’nin 3. maddesi kapsamında standartlar çerçevesinde değerlendirilmesi ve söz konusu koşulların “asgari ağırlık eşiği”ni aşması gerektiğine dair görüşünü yinelemiştir. Ayrıca AİHM’e göre söz konusu koşulların “kabul eden ülke”deki devlet yetkililerinin davranışlarından kaynaklanması şart olmayıp, kamu görevlisi olmayan kişi veya gruplardan kaynaklanması da mümkündür. Başvurucunun, sistemli biçimde 3. maddeye aykırı muamelelere tabi tutulan bir grubun mensubu olduğunu iddia ettiği durumlarda, “mensubiyet” olgusunun ispatı yeterli olup, 3. madde ile sağlanan korumayı işlevsiz kılacak biçimde detaylı bir

ispatlama beklenmemelidir¹². Yine “risk” olgusunun mevcudiyeti, sonradan gün yüzüne çıkan bilgilerin mutlaka görmezden gelinmesini gerektirmemekle birlikte¹³, iade veya sınır dışı işleminin yerine getirildiği tarih itibarıyla mevcut bilinen veya bilinmesi gereken koşullar, iade veya sınır dışı işlemi bekletilmekte ise bireysel başvuru incelemesinin yapıldığı zaman dilimindeki koşullar dikkate alınmalıdır¹⁴.

Mahkeme, karar verdiği dönem itibarıyla başvurucuların “Yabancı Kabul ve Barınma Merkezi”nde tutulmakta olmaları nedeniyle 17/6/2008 tarihinde uygulanan sınır dışı işleminin bir kenarda tutarak, “halihazırda” sınır dışı edilmeleri halinde Irak ülkesinde karşı karşıya kalacakları “risk”in gerçekliğine yoğunlaşmıştır.

AİHM ayrıca, başvurucuların 28/6/2008 tarihinde İran’a sınır dışı etme girişimi ile karşılaştıklarına dair iddialarının Hükûmet tarafından kabul veya inkâr edilmemiş olmasından bir sonuç çıkaramamıştır. AİHM bu çerçevede başvuruyu incelerken başvurucuların İran’a sınır dışı edilme ihtimallerinin sonuçlarını da incelemeye karar vermiştir.

AİHM öncelikle İran’da, başvurucuların mensubu olduklarını beyan ettikleri HMÖ mensuplarına yönelik uygulamaları ortaya koyan ulusal ve uluslararası kurum ve kuruluşların raporların masaya yatırmıştır. Söz konusu raporların bazılarında HMÖ mensupları hakkında idam cezası uygulandığı, uzun yıllar boyunca hapiste tutuldukları, hapistekilerden bazılarının şüpheli biçimde öldüğü yönünde tespitler mevcuttur. AİHM ayrıca BMMYK’nın, İran’a iade edilen HMÖ mensupları ile irtibatının kesildiğine ve İran Hükûmetinin af vaadini yerine getirmediğine vurgu yapmıştır.

Başvurucuların yukarıda çizilen resmin neresinde oldukları konusuna değinen AİHM bu noktada başvurucularla doğrudan temas kuran BMMYK yetkililerinin başvurucuların iddialarını doğrulayan gözlem ve tespitlerine atıf yapmış ve İran’a gönderilmeleri durumunda başvurucuların “siyasi görüşleri nedeniyle 3. madde

¹² *Saadi/İtalya*, B. No: 37201/06, 28/2/2008, § 132.

¹³ *Mamatkulov ve Askarov/Türkiye*, § 69.

¹⁴ *Saadi/İtalya*, § 133.

kapsamındaki haklarının ihlal edilmesi riski ile karşı karşıya kalacaklarının” kabulü için sağlam gerekçeler mevcut olduğu kanaatine varmıştır.

Başvurucuların Irak’a gönderilmeleri ihtimalini de değerlendiren AİHM, öncelikle başvurucuların “Türkiye ile Irak arasında İran vatandaşlarına ilişkin geri kabul anlaşması bulunmadığı ve Irak makamlarının, eski HMÖ sığınmacılarının Irak’a yeniden kabulünü sistematik olarak reddettiği”ne ilişkin iddialarının Hükûmet tarafından cevapsız bırakılmasından “İran vatandaşlarının Irak’a gönderilmelerinin, herhangi bir yasal prosedüre dayanmadığı” sonucunu çıkarmıştır. AİHM ayrıca bu çıkarımı teyit eden BMMYK ve Uluslararası Af Örgütündeki verilere atıf yapmıştır. BMMYK raporlarına göre de Irak’a kabul edilen eski HMÖ sığınmacıları ya tutuklanmakta ya da İran’a sınır dışı edilmektedir. Ayrıca Irak’ın 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi’ne taraf olmaması da bir başka “risk” sebebidir.

Bu noktada AİHM, “bir yabancının, bir geçiş ülkesine gönderilmek üzere dolaylı olarak sınır dışı edilmesinin, sınır dışı eden Sözleşmecî Devletin, sınır dışı etme kararından dolayı yabancının 3. maddeyle çelişecek bir muameleye maruz bırakılmamasını garanti etme sorumluluğunu etkilemediği”ne dair içtihadını tekrarlamıştır¹⁵.

AİHM, başvurucuların Irak’a gönderilmelerinin, öldürülme veya kötü muamele ile karşılaşma ya da İran’a sınır dışı edilme tehlikelerine karşı kâfi derece korunma imkânı sunan “yasal bir çerçeve”ya dayanmayacak olmasını dikkate alarak, Irak’a sınır dışı edilmelerinin, AİHS’nin 3. maddesinde belirlenen güvencelerin ihlali sonucunu doğuracağına dair sağlam bulguların mevcut olduğu sonucuna varmıştır.

Nihayet AİHM, “AİHS’nin 3. maddesinin mutlak niteliği” ile başvurucuların HMÖ’den ayrılmış oldukları ve BMMYK’nin bu kişileri “mülteci” olarak nitelendirmesine atfen, Hükûmetin kamu güvenliği noktasında düğümlenen savunmasına itibar etmediğini ifade ederek, başvurucuların İran veya Irak’a gönderilmeleri durumunda “AİHS’nin 3. maddesinin ihlal edilmiş olacağı”na karar vermiştir.

¹⁵ T.I./Birleşik Krallık, B. No: 43844/98, 7/3/2000.

4. Etkili Başvuru Hakkı Yönünden

Başvurucular özellikle “sığınma talepleri” ve “sınır dışı” işlemleri bağlamında AİHS’nin 13. maddesi ile bağlantılı olarak 2. ve 3. maddelerinin ihlaline ilişkin savlarını ileri sürebilecekleri “etkili bir iç hukuk yolu”nun mevcut olmadığını iddia etmişlerdir.

Başvurucuların iddialarına karşılık olarak Hükûmet ilk olarak, mevzuatta “sığınma” alanında yapılan hukuki reformlardan bahsetmiştir. Hükûmet ayrıca, başvuru sahiplerinin Türkiye’ye girişlerinden sonra ve “sınır dışı” edilmelerinden önce “sığınma” veya “geçici sığınma” başvurusunda bulunmadıklarını ifade etmiştir. Aynı görüşte, “sığınma” ve “geçici ikamet” müracaatlarının reddi halinde müracaat sahiplerinin yargı mercilerine başvuru haklarının bulunduğu ifade edilmiştir. Son olarak Hükûmet, hürriyetinden yoksun bırakılmakta olan ilgili kişilere talep etmeleri halinde “adli yardım” sağlandığını ve “yeterli gerekçe sunulması” durumunda BMMYK görevlilerinin müracaat sahipleri ile görüşmelerine izin verildiğini de eklemiştir.

Başvurucular, birçok defa “sığınma” ve “geçici ikamet” izni talep etmelerine rağmen, söz konusu talep süreçlerine “erişim”lerine görevlilerce “sürekli ve otomatik” engeller çıkarıldığını, durumları hakkında kendileri ile bir mülakat veya “sınır dışı edilmeleri” halinde karşılaşacakları risklere ilişkin bir değerlendirme yapılmadığını, “sınır dışı etme” kararlarının kendilerine tebliğ edilmediğini, söz konusu kararlara karşı başvuru yollarını kullanamadıklarını, “sığınma başvurusunun reddine” dair kararların esasını inceleme yetkisi bulunmayan idari yargının, “etkisiz” nitelikte bir başvuru yolu olduğunu, avukata erişim imkanı sağlanmadığını, “sığınma başvurusu” yapmalarına izin verilmediğinden “57 sayılı Genelge” çerçevesinde kimlik belgesi edinemediklerini iddia etmişlerdir.

Müdahil üçüncü taraf olarak BMMYK da Türkiye’deki “mülteci statüsü belirleme prosedürü” hakkında AİHM’e bilgi sunmuştur.

Mahkeme *Jabari* başvurusundaki gibi, 13. maddesinin AİHS’deki “temel hak ve özgürlüklerin iç hukuk düzeninde uygulanmasını sağlayacak bir iç hukuk yolunun

mevcudiyetini güvence altına aldığı”na ve anılan maddenin âkit devletlere “bu hüküm uyarınca yüklendikleri taahhütlere ne şekilde uyacakları hususunda belli bir takdir hakkı tanımış olmasına rağmen, Sözleşme uyarınca yapılan bir şikayeti araştırma ve bu şikayetin sebebini ortadan kaldırmakla görevli bir ulusal makamın mevcudiyetini sağlayan bir iç hukuk yolunun gerekli olduğuna” dair içtihadına atıf yapmıştır.

Mahkeme, işkence ve kötü muamele yasağının geri dönüşü (telafisi) mümkün olmayan karakterine dikkat çekerek, AİHS’nin 13. maddesi çerçevesinde bir başvuru yolunun “etkili” kabul edilebilmesi için 3. maddeye aykırı bir muamele ile karşılaşılacağı konusunda “haklı gerekçeler” mevcut olduğunda, “bağımsız ve kapsamlı bir inceleme”ye girişilmesinin ve “otomatik askıya alma” etkisine sahip bir hukuk yolunun mevcudiyetinin zorunlu olduğunu ortaya koymuştur.

AİHM ilk olarak başvurucuların “geçici sığınma prosedürleri”nden yararlanmalarına izin verilmediğine ilişkin iddialar üzerinde durmuş ve Hükûmetin bu iddialara itirazında emsal olarak gösterdiği *M.B.* ve *A.A.* adlı şahısların ve bu şahısların davalarının öznel koşullarının başvurucularla “benzer nitelikte” olduğu sonucuna varamadığını ifade etmiştir.

Mahkeme, başvurucuların ilk defa Türkiye’ye giriş yapan başvurucuların ifadelerine başvurulmadan ve “görünüşe göre resmi bir ‘sınır dışı etme’ kararı alınmadan” Irak ülkesine “sınır dışı” edildiklerini not ettikten sonra, Hükûmetin başvurucuların Türkiye’ye girdikten sonra “sığınma” başvurusunda bulunmadıklarına dair iddiasının, hiçbir belgeyle desteklenmediğini ifade etmiş ve “başvurucuların sınır dışı edilmesini düzenleyen ve usul güvenceleri sağlayan bir yasal prosedürün bulunmadığı bir ortamda, başvurucuların taleplerinin, Türkiye’ye girdiklerinde sığınma talebinde bulunmuş olsalardı dahi resmi kayıt altına alınmayabileceğine dair emareler bulunması” nedeniyle söz konusu iddiayı inandırıcı bulmamıştır.

Mahkeme ayrıca başvurucuların ikinci defa Türkiye’ye girmelerini müteakiben HMÖ ile ilişkili tüm geçmişlerini, örgüt içindeki faaliyetlerini ve kopuşlarını açıkladıklarına, “ikamet tezkeresi” ve avukat talebinde bulduklarına

dikkat çekmiş ve “Sulh Ceza Mahkemesi” önünde de ülkelerini “ölüm tehlikesi ile karşı karşıya olmaları” nedeniyle terk ettiklerini belirttiklerini not etmiştir. Buna rağmen Mahkeme hakimi, başvuruçuların “sınır dışı edilmeleri halinde maruz kalacaklarını iddia ettikleri tehlikelere ilişkin” ifadelerine başvurma ihtiyacı hissetmemiştir. AİHM’e göre ilgili resmi mercilerin başvuruçuların iddia ettikleri riskler karşısında sergiledikleri “tepkisizlik”, AİHS’nin 13. maddesinin zorunlu kıldığı “titiz inceleme”nin yapılmamasına sebebiyet vermiştir. Hükümet tarafından itiraz edilmeyen iddialar çerçevesinde AİHM, başvuruçuların *asgari olarak* Hasköy Emniyet Müdürlüğünde tutuldukları dönem itibarıyla avukat yardımından yararlandırılmadıkları sonucuna varmıştır.

AİHS’nin 13. maddesi ile sağlanan güvencenin yalnızca teoride değil uygulamada da “etkililik” gerektirmesi bağlamında AİHM, ulusal mercilerin başvuruçuların “geçici sığınma talepleri”nin değerlendirilmemesi, değerlendirilmeme nedenlerinin bildirilmemesi ve adli yardım taleplerinin karşılanmaması nedeniyle AİHS’nin 3. maddesi kapsamına giren iddiaların “1994 tarihli Yönetmelik” ve “57 sayılı Genelge” hükümleri çerçevesinde dile getirilmesinin engellendiğine dikkat çekmiştir. AİHM’e göre gerek kararın kendisi gerekse dayandığı gerekçelerin bildirilmemesi nedeniyle başvuruçuların dava açma imkanından yoksun kalmış olmaları bir yana, yürütmenin durdurulması kararı verilmediği müddetçe herhangi bir askıya alıcı etkisi bulunmayan idari dava yolunun etkili olduğu kabul edilemez.

Sonuç olarak AİHM, başvuruçuların “sınır dışı edilmelerinin” AİHS’nin 3. maddesi ile bağdaşmayan neticelere vücut vereceğine dair iddialar, ulusal mercilerce hiç incelenmemiş olduğundan ve bu duruma ilişkin şikayetlerin etkili biçimde ele alınmasını temin eden erişilebilir bir iç hukuk yolu bulunmadığından AİHS’nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

5. Özgürlük ve Güvenlik Hakkı

Başvuruçular, AİHS’nin 5/1-f maddesi çerçevesinde kanuna aykırı olarak hapsedildiklerini, 5/2. maddesi gereğince 23/6/2008 tarihinden sonraki hapsedilmelerinin gerekçesi hakkında bilgilendirilmediklerini, 5/4. maddesi

gereğince hapsedilmelerinin hukukiliğinin yargısal denetimini talep etme imkanından mahrum olduklarını ileri sürmüşlerdir.

Hükûmet savunmasında, başvuruçuların hapsedilmediklerini, “Yabancı Kabul ve Barınma Merkezi”nde barındırıldıklarını, söz konusu durumun 5683 sayılı Kanun’un 23.¹⁶ ve 5682 sayılı Kanun’un 4.¹⁷ maddelerinden kaynaklandığını ifade etmiştir. Buna karşılık başvuruçuların tutma nedenleri konusunda bilgilendirilmeme ve yargısal denetime ilişkin şikayetlerine karşı görüş sunulmamıştır.

Başvuruçular, “23 Haziran – 26 Eylül 2008 tarihleri” arasında Hasköy Emniyet Müdürlüğünde ve 26 Eylül 2008 tarihinden itibaren “Kırklareli Yabancı Kabul ve Barınma Merkezi”nde alıkonulmalarının kanuni temeli olmadığını, tutulmalarının arka planında “sınır dışı kararı” bulunmadığını, makul olanın ötesinde bir zamana yayılan alıkonulma hallerinin devamına dair yetkililerce herhangi bir gerekçe sunulmadığını, dış dünyayla iletişim kuramadıklarını, 5683 sayılı Kanun’un 23. maddesinin “yeterli yasal dayanak” niteliğinde olmadığını ifade etmişlerdir.

Başvuruçular ayrıca AİHS’nin 5/4. maddesi çerçevesinde tutmanın hukukiliğinin “ivedi bir yargısal denetime tabi tutulmasını” temin edecek “etkili” bir hukuki mekanizmaya başvuramadıklarını ileri sürmüşlerdir.

Mahkeme değerlendirmesinde öncelikle, AİHS’nin 5. maddesinin uygulanabilirliğini irdelemiş ve tutuldukları Emniyet Müdürlüğü ve “Kabul ve Barınma Merkezi”nden çıkışlarına izin verilmemesi, noter onaylı vekaletname ibraz edilmeksizin avukatla görüştürülmemeleri, BMMYK’nin görüşmesinin de İçişleri Bakanlığının iznine tabi olmasına odaklanarak iç hukuktaki nitelemeden bağımsız

¹⁶ “**Madde 23** – Memleket dışına çıkartılmalarına karar verilipte pasaport tedarik edemediklerinden veya başka sebeplerden dolayı Türkiye’yi terkedemiyenler İçişleri Bakanlığının göstereceği yerde oturmağa mecburdurlar.”

¹⁷ “**Pasaportsuz veya vesikasız gelen yabancılar:**

Madde 4 – ...

Bunlardan, pasaport veya vesikalarını yolda kaybettiklerini iddia edenlerin, İçişleri Bakanlığınca yapılacak soruşturma sonuna kadar, icabederse, en yakın idare merkezine gönderilerek haklarında verilecek kararlara göre işlem yapılmak üzere mahalli mülkiye amirinin göstereceği yerde oturtulabilmek kaydıyla kabulleri caizdir.”

olarak AİHS'nin 5. maddesi anlamında bir “özgürlükten yoksun bırakma hali”nin mevcut olduğu sonucuna ulaşmıştır.

İkinci olarak AİHM'e göre başvurucunun tutulmasına gerekçe olarak gösterilen AİHS'nin 5/1-f maddesine dayanılarak gerçekleştirilen bir tutmanın meşru olabilmesi için “sınır dışı etme ya da geri verme işleminin yürütülmekte olması” şarttır. Ancak bahsi geçen işlemlerin gereken ihtimam (“*due diligence*”) gösterilmeksizin yürütülmesi halinde anılan maddeye dayalı olmaktan çıkacaktır. Özgürlükten yoksun bırakma kanunlara uygun ve her halükârda 5. maddede izlenen “keyfi tutmaların önlenmesi” amacı ile uyumlu olmalıdır. Ancak söz konusu “kanuna uygunluk” yalnızca “iç hukuka uygunluk” olgusu ile sınırlı olmayıp, ilgili kanunların belirli bir niteliğe sahip olmasını ve AİHS'nin tüm maddelerinde mündemiç olan “hukukun üstünlüğü” ilkesi ile paralelliği de ifade eder. AİHM Hükûmetin dayandığı 5682 ve 5683 sayılı Kanunlardaki barındırılma halinin, başvurucuların “özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarına” dayanak teşkil edecek içeriğe sahip olmadığı görüşündedir. Özetle AİHM'nin vardığı sonuca göre, ulusal mevzuattaki hükümler karar mercii, tutma süresi, sürenin uzatılması vb. koşullara yönelik bir çerçeve çizmekten ve keyfiliğe karşı koruyucu nitelikte yeterli bir “yasal dayanak” oluşturmaktan yoksun olup, bu nedenle başvurucuların “kanuna uygun” olmayan tutulmaları AİHS'nin 5/1. maddesini ihlal etmiştir.

Üçüncü olarak Mahkeme, AİHS'nin 5/2. maddesi kapsamındaki incelemesinde “başvuruculara tutuklanma nedenlerinin bildirilip bildirilmediğine ilişkin görüş belirtmesi ve görüşünü destekleyecek belgeleri sunması yönünde açıkça talepte” bulunulmasına rağmen Hükûmetin bu konuda sessiz kalması ve aksi yönde belgelerin dava dosyasında da mevcut olmamasına istinaden, başvurucuların alıkonulma nedenleri konusunda bilgilendirilmedikleri ve bu nedenle AİHS'nin 5/2. maddesinin ihlal edildiği neticesine ulaşmıştır.

Son olarak AİHM, özgürlüğünden yoksun bırakılmakta olan kişilerin, bu hallerinin kanuna uygunluğunun ivedilikle denetimi ve gerektiğinde serbest bırakılmanın temini için bir yargı merciiine başvurma hakkı sağlanmasını zorunlu kılan AİHS'nin 5/4. maddesi çerçevesinde bir inceleme yapmış ve başvurucuların 23/6/2008 tarihi itibarıyla gerçekleşen özgürlükten yoksun bırakılma hallerinin ve

Hasköy Emniyet Müdürlüğünde tutulmaları esnasında adli yardımdan yararlandırılmamalarının başlı başına 5/4. maddedeki hakkın özünü zedelediğini belirterek, anılan güvencelerin yargısal denetim açısından sahip olduğu “taşıyıcı” role işaret etmiştir. Sonuç olarak AİHM, başvuru sahiplerinin AİHS’nin 5/4. maddesi kapsamında özgürlükten yoksun bırakılmalarının hukukiliğinin denetimini sağlayacak bir başvuru yolunun mevcut olmadığı ve bu nedenle anılan fıkradaki güvencenin ihlal edildiği neticesine ulaşmıştır.

D. Yarashonen/Türkiye Başvurusu

Yarashonen/Türkiye başvurusuna dair karar, AİHM tarafından 24/6/2014 tarihinde açıklanmıştır¹⁸.

1. Olay ve Olguların Özeti

Başvuru sahibi *Zalim Yarashonen* Çeçen asıllı bir Rusya Federasyonu vatandaşı olup, İstanbul’da ikamet etmektedir. İddiaya göre başvuru sahibi, babası ve erkek kardeşinin Rus “güvenlik güçleri”nce öldürülmeleri nedeniyle 2000 yılında Rusya ülkesinden kaçarak Türkiye’ye giriş yapmıştır. 25/10/2010 tarihinde İstanbul Atatürk Havalimanı’nda yapılan kimlik kontrolünde ülkeye kanuna aykırı olarak giriş yaptığı ve pasaportu bulunmadığı anlaşılan başvuru sahibi, anılan yerdeki görevlilerce gözaltına alınmıştır. Ertesi gün alınan ifadesinde başvuru sahibi, 2000 yılında Gürcistan üzerinden Sarp Sınır Kapısı’nı kullanarak Türkiye’ye nüfusu cüzdanı ile giriş yaptığını ve “hiçbir zaman pasaport sahibi olmadığını” beyan etmiştir. Başvuru sahibi, 1/11/2010 tarihinde Kumkapı Geri Gönderme Merkezine transfer edilmiş, (ilk defa olup olmadığı ve içeriği konusunda bilgi olmamakla birlikte) 17/2/2011 tarihinde avukatı ile görüştürülmüştür. Başvuru sahibi, 13/4/2011 tarihinde başka bir avukatla görüşmüş ve sığınma talebi ve grip rahatsızlığının tedavisi noktasında Merkezdeki yetkililere müracaatta bulunması tavsiyesini almıştır. Başvuru sahibi 18/4/2011 tarihinde sığınma talebinde bulunmuştur. Başvuru sahibinin avukatı, 21/4/2011 tarihinde Emniyet Genel Müdürlüğüne hitaben yazdığı dilekçe ile başvuru sahibinin salıverilmesini ve başvuru sahibine tıbbi yardım sağlanmasını talep etmiştir. Başvuru sahibi 29/4/2011 tarihinde

¹⁸ *Yarashonen/Türkiye*, B. No: 72710/11, 24/6/2014.

salıverilmiş, adına “sığınmacı belgesi” düzenlenmiş ve “sığınma” başvurusu konusunda bir karar verilinceye kadar Sakarya ilinde ikamete mecbur tutulmuştur. Başvurucu 30/4/2011 tarihinde “öksürük” ve “halsizlik” yakınmalarıyla İstanbul’daki özel bir sağlık kuruluşuna gitmiş ve kendisine “alt solunum yolu enfeksiyonu” teşhisi konulmuştur. Yakınmaları devam eden başvuru, 9/6/2011 tarihinde İstanbul’daki “Süreyyapaşa Göğüs Hastalıkları ve Göğüs Cerrahisi Eğitim ve Araştırma Hastanesi”ne müracaat etmiş, yapılan testler sonucunda “tüberküloz ploresi” hastalığına duçar olduğu saptanmış ve 15/6/2011 tarihine kadar yatılı tedavisi yapılmıştır.

Başvurucu, AİHS’nin 13. maddesi ile bağlantılı olarak 5/1-2-3-4. maddesi çerçevesinde, alıkonulmasının kanuna uygunluğunu denetleme imkânı olmaksızın “hukuka aykırı” olarak tutulduğunu, “özgürlüğünden yoksun bırakılma” sebepleri hakkında usulünce bilgilendirilmediğini ve AİHS’nin 5/5. maddesinde öngörülen “tazminat hakkı” sağlanmadığını ileri sürmüştür.

Mahkeme, başvuruçunun AİHS’nin 13. maddesine ilişkin şikayetleri ile 5/4. maddesi arasında “lex generalis-lex specialis” ilişkisi bulunduğunu ve incelemenin “lex specialis” niteliğindeki 5/4. madde kapsamında inceleme yapılması gerektiğini belirtmiştir.

2. Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Yönünden

Mahkeme “özgürlük ve güvenlik hakkı” bağlamındaki ilk incelemesini AİHS’nin 5/1-f çerçevesinde yapmış ve yukarıda da özetlenen *Abdolkhani ve Karimnia* başvurusuna atıf yaparak söz konusu hakkın ihlal edildiği (tutmanın hukuki olmadığı) sonucuna ulaşmıştır.

Mahkeme ikinci olarak AİHS’nin 5/2. maddesi bağlamında tutulma nedenlerinin bildirilmemesine dair şikayetler konusunda da *Abdolkhani ve Karimnia* başvurusundaki ilkelere ve Hükümet tarafından sunulan ve sunulamayan bilgi ve belgelere atıfta bulunarak başvuruçunun AİHS’nin 5/2. maddesinin gereklerine yerine getirecek surette bilgilendirilmediği sonucuna ulaşmış ve söz konusu maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Mahkeme AİHS'nin 5/4-5. maddesi çerçevesinde yaptığı değerlendirmede de *Abdolkhani ve Karimnia* başvurusunda ortaya koyduğu içtihadı atıfta bulunmuştur. Bu çerçevede AİHM, “idare mahkemelerince, talepleri hızlı bir şekilde inceleyip bir sığınmacının hukuka aykırı olarak tutulduğu gerekçesiyle serbest bırakıldığına ve tazminata hükmedildiğine ilişkin herhangi bir örnek [karar] Hükûmet tarafından sunulmadığından” ve dahası AİHS'nin 5/2. maddesi kapsamında verilen ihlal kararının da başlı başına başvurusunun 5/4-5. maddesindeki haklarını kullanma imkanından mahrum kaldığını ortaya koyduğundan, belirtilen *Abdolkhani ve Karimnia* içtihadından ayrılmaya gerek görmemiş ve AİHS'nin 5/4-5. maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir.

3. Tek Başına veya Etkili Başvuru Hakkı ile Bağlantılı Olarak Tutma Koşulları Bağlamında İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Yönünden

Başvurucu, “Kumkapı Geri Gönderme Merkezi”nde tutulduğu dönemde anılan Merkezin fiziki koşulları ve kendisine “tıbbi yardım” sağlanmamasından yakınmış ve söz konusu durum ve koşullara ilişkin AİHS'nin 13. maddesinin gerektirdiği bir başvuru yolunun mevcut olmadığını ileri sürmüştür.

Hükûmet, başvuruya konu olayla benzer mahiyette bir davada “çözüm üretme kabiliyetini haiz” bir karar örneği sunamamış olmakla birlikte Anayasa'nın 125. maddesi gereğince idari yargı yoluna başvurulmamış olması nedeniyle başvuru yollarının tüketilmediğini savunmuştur.

Mahkeme ise “tek başına veya etkili başvuru hakkı ile bağlantılı olarak tutma koşulları bağlamında işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddiası” bakımından başvuru yollarının tüketilip tüketilmediğine ilişkin tartışmanın, yakın bir bağlantı içerisinde olduğu “etkili başvuru hakkına” ilişkin ihlal iddialarının esası ile birleştirilerek incelemeyi tercih etmiştir.

AİHM'e göre AİHS'nin 13. maddesi ile teminata bağlanan “etkili başvuru hakkı” AİHS'nin diğer maddeleri çerçevesinde “tartışmaya açık bir şikâyetin özünün ele alınması”na ve ihlal oluşturan durum veya şikâyetin niteliği dikkate alındığında

teoride ve pratikte kabul edilebilir bir giderim yöntemi sunulabilmesine yönelik bir “iç hukuk” mekanizmasını gerekli kılar.

Mahkemeye göre “özgürlükten yoksun bırakılma koşullarının insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele oluşturduğu”na dair yakınmalar yönünden söz konusu olabilecek giderim yöntemleri, ihlal oluşturan durumun devam etmekte olup olmamasına göre “tutulma işleminin maddi koşullarının iyileştirilmesi” ve “bu tür tutulma işlemleri nedeniyle uğranan zarar veya kayıp için tazminat” şeklindedir. AİHM’e göre her iki giderim yönteminin mevcudiyeti “tam bir gerekliliğe” işaret etmekte olup, anılan yöntemler birbirini tamamlayıcı mahiyettedir. Ayrıca tesis edilen giderim mekanizmasının şikâyetin niteliğine uygun bir süratle sonuç almaya elverişli bir şekilde dizayn edilmesi gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, süreçteki gecikme, başvuru yolundan elde edilecek olumlu sonucu anlamsız kılmamalıdır.

Yukarıda da ifade edildiği gibi AİHM’nin tespitlerine göre Hükûmet, özgürlüğünden yoksun durumdaki bir yabancıнын idari yargı yoluna başvurarak olumsuz tutma koşullarının iyileştirilmesi ve/veya anılan koşullar nedeniyle ortaya çıkan acı ve ıstırap nedeniyle tazminat ödenmesi ile sonuçlanan bir karar örneği sunamamıştır. AİHM bu kapsamda ispat kriterlerini sıkı tutmasını iki nedene bağlamıştır: İlk neden, başvuruçuların tutuldukları dönemde düzensiz göçün kontrolüne yönelik olarak yabancıların özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarına ilişkin mevzuattaki boşluklar ve uygulanan tedbirin nitelendirilmesindeki kargaşa (tutma, barındırılma, misafir edilme vb.) nedeniyle bu kapsamdaki kişilerin haklarının korunması konusundaki meşru endişedir. İkinci neden ise yabancıların tutulma koşullarına ilişkin standartların belirlendiği bir düzenlemenin mevcut olup olmadığına ve uygulanıp uygulanmadığına dair belirsizlikler oluşturmaktadır. Tüm bu saptamalar çerçevesinde AİHM, Hükûmet tarafından işaret edilen genel başvuru yollarının etkililiği ve tüketilmesi gerekli olduğu konusunda ikna olmamış ve başvuru yollarının tüketilmediği itirazını reddetmiştir.

Belirtilen saptamalardan sonra AİHM, başvuruçuların AİHS’nin 3. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin şikâyetlerini incelemiştir.

Mahkeme öncelikle “asgari ağırlık eşiği” olgusu ve bu eşiğin aşılp aşılmadığının tespiti için belirleyici olan parametrelere (muamelenin süresi, bedensel ve ruhsal etkileri, mağdurun cinsiyeti, yaşı, sağlık durumu vb.) dikkat çekmiştir. Buna göre AİHS’nin 3. maddesi gereğince devlet, kişinin, insanlık onuruna saygı ilkesi ile tutarlı koşullar altında tutulmasını sağlamalı ve tedbirin uygulanma biçimi ile yönteminin, bireyi, tutulma halinin kaçınılmaz olarak bünyesinde barındırdığı ıstırap düzeyini aşan derecede sıkıntı ve güçlüğü maruz bırakmadığından emin olmalıdır.

Kişinin tutulduğu mekandaki “kişisel alan”ın “mutlak surette” yetersiz olması AİHM’e göre tutma koşullarının 3. maddeye aykırılık oluşturması bakımından birinci derecede belirleyici faktördür. AİHM, 3 m²’den¹⁹ daha dar bir kişisel alan sağlanmasının, başlı başına AİHS’nin 3. maddesinin ihlali sonucuna varılmasını gerektiren vahim bir sorun olduğunu ifade etmiştir²⁰.

Başvurucunun açık havaya çıkarıldığına dair bir veri sunulmaması, hareket serbestisi ve boş zaman değerlendirme fırsatı olmaması, ortak alanların yetersizliği, yemek saatleri dışında kafeteryanın kapalı olması (ve açık olduğu zamanlarda da aşırı kalabalık olması), tutma süresinin uzunluğu ve belirsizliğinin oluşturduğu sürekli tedirginlik hali vb. birçok elverişsizliğin yanı sıra, eldeki verilere göre başvurucunun tutulduğu tarihlerde kişi başına düşen 2,27 m²’lik alan, AİHM’nin AİHS’nin 3. maddesinin ihlaline karar vermesinde belirleyici olmuştur.

Son olarak “tıbbi yardıma ilişkin” şikayetler bakımından yaptığı değerlendirmede AİHM, başvurucunun Merkezde tutulduğu süreçte, tıbbi problemleri konusunda yetkili kişileri “harekete geçirmeye yönelik gerekli adımları” atmadığını ve salıverilmesinden sonra konulan “tüberküloz” teşhisini müteakiben,

¹⁹ AİHM’e göre “yeterli kişisel alana sahip olma zorunluluğu haricinde, tutulma işleminin fiziksel koşullarının diğer yönleri de önemli”dir. Buna göre “açık hava egzersizi, gün ışığı veya havaya erişim, havalandırmanın mevcut olması ve temel sağlık ve hijyen gereksinimleri” öne çıkan unsurlardır (*Ananyev ve diğerleri/Rusya*, B. No: 42525/07 ve 60800/08, 10/1/2012, § 149; *Yarashonen/Türkiye*, § 73).

²⁰ AİHM, tutulma yerindeki sıkışıklığı değerlendirirken, kullanılan mobilyaların işgal ettiği alanı da hesaba katmaktadır (*Petrenko/Rusya*, B. No: 30112/04, 20/1/2011, § 39; *Yevgeniy Alekseyenko/Rusya*, B. No: 41833/04, 27/1/2011, § 87).

konuyu yetkili mercilerin dikkatine sunmadığını saptamıştır. AİHM'e göre hakkında konulan teşhis ciddi olmakla beraber, başvuru "tıbbi ihtiyaçlarına ilişkin erişebileceği tüm yolları tükettiğini ispat" edememiş ve bu nedenle başvuru yolları tüketilmemiştir. AİHM, başvuru yollarının tüketilmediği kanaatinde olduğundan, "tıbbi yardım"la bağlantılı olarak "etkili başvuru hakkının ihlal edildiği" iddiasını da "açıkça dayanaktan yoksun" bulmuştur.

II. BİREYSEL BAŞVURU HAKKI BAĞLAMINDA YABANCILARIN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİ

Bu başlık altında "bireysel başvuru hakkı" bağlamında yabancıların "doğrudan doğruya yabancı statüleri" ile bağlantılı müdahale ve sınırlama alanlarını ilgilendiren "temel hak ve özgürlükler" incelenecektir. Bu çerçevede "bireysel başvuru hakkı" açısından pratikte uygulama alanı bulunan "temel hak özgürlükler" olarak "yaşam hakkı", "işkence ve kötü muamele yasağı", "özgürlük güvenlik hakkı" ve "etkili başvuru hakkı" aşağıda incelenecektir. "Adil yargılanma hakkı" ise esasen yukarıda çizilen "yabancıların 'doğrudan doğruya yabancı statüleri' ile bağlantılı müdahale ve sınırlama alanı" perspektifi çerçevesinde AİHM ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarında uygulanabilir kabul edilmediğinden, daha yüzeysel bir incelemeye tabi tutulmuştur.

Diğer yandan AİHM veya diğer Sözleşme organları tarafından AİHS'nin yorumlanmasında kullanılan "otonom kavramlar" doktrinine peşinen dikkate çekilmesinde yarar vardır. Otonom kavramlar, Avrupa Konseyi üyesi ve AİHS'ye taraf devletlerin iç hukuk süreçlerindeki olay veya olgulara (işlem veya eylemlere) yönelik iç hukukun belirlediği vasıflandırmanın üstüne çıkılarak, AİHS'nin uygulanması bakımından sözleşmecî devlet arasındaki değişkenliklerden bağımsız ve müşterek kavramlar üretilmesine ve AİHS'nin bu kavramlar çerçevesinde ve "Avrupa ortak koruma standardı"nın sağlanmasına hizmet etmektedir²¹. Otonom kavramlar doktrininde iç hukuktaki kavramsal tasnifin arka planındaki nesnel gerçekliğe odaklanılarak, taraf devletlerin iç hukuklarındaki nitelendirmelerde

²¹ İnceoğlu, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 12.

değişiklik yapmak suretiyle AİHS hükümlerinin koruma alanını, anılan hükümlerin amacına aykırı olarak daraltmalarının önlenmesi amaç edinilmektedir²².

İlk akla gelen otonom kavramlar “suç”, “suç isnadı”, “medeni hak ve yükümlülük”, “mahkeme”, “tanık”, “kanun”, “tutma” ve “mülk” şeklinde sıralanabilir.

A. Yaşam Hakkı

Anayasa'nın 17/1. maddesinde tüm fertler açısından “yaşama”, “maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme” hakları güvence altına alınmıştır. Bu madde, Anayasa'nın 5. maddesindeki “temel amaç ve görevleri” ile birlikte okunduğunda devletin, yaşamı koruma ödevini de beraberinde getirmektedir²³.

1. Genel Olarak Yaşam Hakkı

a. Yaşam Hakkının Niteliği ve Sınırlandırılması

Bireylere yaşam hakkı tanınmasının temelinde, insanların doğal olmayan ölümlere karşı koruma amacı yatmaktadır²⁴. Bu bağlamda, yaşam hakkı kişinin yaşamını sürdürmesi, bir başka ifadeyle hayatta kalması ile bağlantılı olup, bunun dışında kişinin yaşam kalitesine ilişkin olay ve olgular, özel yaşama saygı hakkı başta olmak üzere diğer hak ve özgürlükler kapsamında değerlendirilmektedir²⁵.

²² Anayasa Mahkemesinin de AİHM ile benzer bir tutum sergilediği ve anayasallık denetiminin gerektirdiği düzeyde “otonom” nitelikte yorum ve tanımlamalar yaparak kendi kavram kataloğunu oluşturduğu görülmektedir. Anayasa Mahkemesindeki bu yönelimin özellikle “adil yargılanma hakkı” bağlamında AİHM içtihadına daha çok yaslandığı ve AİHM'nin geliştirdiği içtihat birikiminin doğurduğu kavramsal paradigmayı neredeyse blok halinde kendi içtihat sistemine monte ettiği görülmektedir; ayrıca bkz. Gözler, s. 527.

²³ *Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 50; *Bubo Çeviren ve diğerleri*, B. No: 2015/16290, 13/6/2019, § 93; Ebru Karaman, **Human Rights Law**, XII Levha yay., İstanbul 2014, s. 76 (“Human Rights Law”); Karan, **Yaşam Hakkı**, s. 133.

²⁴ Osman Doğru, **Yaşama Hakkı**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 5, Avrupa Konseyi yay., Ankara, 2018, s. 3.

²⁵ Doğru, **Yaşama Hakkı**, s. 3; Ebru Karaman, **Human Rights Law**, s. 76.

Yaşam hakkının önem düzeyi diğer haklara nazara oldukça yüksek ve hatta “kutsal”²⁶ olmakla birlikte mutlak nitelikte değildir²⁷. Bu bağlamda yaşam hakkına yönelik müdahalelerin meşru sayılabileceği durumlar “meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu” durumlardan ibarettir²⁸.

Bununla birlikte yaşam hakkına, Anayasa’nın “temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulmasına” ve sınırlama rejiminin genişletilmesine ilişkin 15. maddesi kapsamında (savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler haricinde) ek sınırlamalar getirilmesi mümkün olmayıp, bu anlamda diğer haklara nazara oldukça güçlü bir koruma sağlanmak istenmiştir²⁹.

b. Yaşam Hakkının Aktif ve Pasif Süjeleri

Yaşam hakkının aktif süjesi Devletin egemenlik yetkileri altında bulunan “herkes”tir. Hak sahibinin vatandaş, yabancı veya vatansız olmasının hakkın içeriği bakımından bir önemi yoktur.

Hakkının pasif süjesi³⁰, bir başka ifadeyle yükümlüsü Devlettir. Üçüncü kişilerin yaşam hakkına yönelen fiilleri söz konusu olduğunda da sonuç değişmemektedir. Devletin yaşam hakkına saldıran fiilleri önlemek amacıyla

²⁶ *Pretty/Birleşik Krallık*, B. No: 2346/02, 29/4/2002, § 65,

²⁷ Ulaş Karan, “Yaşam Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa** (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme), Editör Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi yay., Ankara, 2013, s. 115 (“Yaşam Hakkı”).

²⁸ Anayasa’nın 17/4. maddesi şöyledir:

“meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.”

²⁹ Doğru, **Yaşama Hakkı**, s. 4; Karan, **Yaşam Hakkı**, s. 121.

³⁰ Bu noktada kullanılan “pasif” ifadesinden, eylemsel anlamda bir pasiflik anlaşılmalıdır. Burada kullanılan “pasif” ifadesi, hakkın yükümlüsü olmayı ifade etmektedir.

güvenlik teşkilatı kurma, önleyici kolluk hizmeti sağlama, bu fiillerin cezai vb. müeyyidelere bağlanmasına yönelik hukuki çerçeveyi çizme; tüm bunlara rağmen önlememiş fiiller sonucunda meydana gelen ölüm olaylarını etkili biçimde soruşturma ve tespit edilen faillerin, kusur durumlarına uygun ve etkili şekilde cezalandırma yükümlülükleri bulunmaktadır. Özet olarak Devletin yükümlülükleri “öldürmeme”, “yaşamı koruma” ve “ölümü soruşturma” şeklinde üç kategoride değerlendirilmektedir.

c. Yaşam Hakkının İhlal Edilip Edilmediğinin Tespiti

Bir ölüm olayı nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılabilmesi için üç aşamalı bir test uygulanmaktadır. Bunlardan birincisi uygulanabilirlik, ikincisi Devletin yaşam hakkına müdahalesinin ispatı ve üçüncüsü ise Devletin anayasal yükümlülüklerine riayet etmemiş olmasıdır³¹. Bu test uygulanırken sıralamaya riayet edilmesi önemlidir; zira sıralamada önce gelen koşulun gerçekleşmediğinin tespiti halinde sonrakinin incelenmesine gerek kalmayacaktır.

i. Uygulanabilirlik

Yaşam hakkının bir uyumsuzluk bakımından uygulanabilir olduğunun kabulü için üç koşulun gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Birincisi, yaşam hakkından yararlanan bir insan mevcut olmalıdır³². İkincisi bu insanın doğal olmayan nedenlerle [cinayet, intihar, trafik kazası, tıbbi hata (malpraktis), suda boğulma, göçük altında kalma, yüksekten düşme, ev kazası, zehirlenme vs.] yaşamını yitirmiş olması gerekir. Üçüncü ve son olarak da kamu makamlarının yaşam hakkının koruma alanına müdahale etmiş olması gerekmektedir.

Yaşam hakkının uygulanabilirliğinin ön şartı, hakka müdahale edilmeden önce yaşamın başlamış olmasıdır. Anayasa'nın 17. veya AİHS'nin 2. maddelerinde yaşamın başlangıcı ile ilgili bir hüküm veya tanımlamaya yer verilmemiştir. AİHM,

³¹ Doğru, **Yaşama Hakkı**, s. 4.

³² Doğru, **Yaşama Hakkı**, s. 7

özellikle henüz doğmamış çocuklarla ilgili hukuki ve etik sorunlar çerçevesinde, yaşamın başlangıcı konusunda Avrupa Konseyine üye devletler nazarında sağlanmış bir konsensüs bulunmadığından, yaşamın başlangıcı noktasında taraf devletlerin belirli bir takdir marjına³³ sahip olduğunu kabul etmektedir³⁴.

Yaşam hakkı, salt güvence olarak yaşamın sona ermesi yani ölüm³⁵ ile tükenir. “Yaşamın başlangıcı” konusunda olduğu gibi sona ermesinin de Anayasa’nın 17. ve AİHS’nin 2. maddesinde tanımı yapılmamıştır. Hatta Anayasa’da “ölüm” değil “öldürme” terimi kullanılmaktadır. AİHM de karmaşık bilimsel, hukuki ve etik bir soruna ilişkin ve üzerinde konsensüs sağlanmamış olan bu konuda taraf devletlerin “belirli bir takdir marjına sahip olduklarını” kabul etmektedir³⁶. Bu

³³ “Takdir alanı doktrini, Sözleşme’nin yorumlanmasında oldukça önemli rol oynayan ve üzerinde çok fazla yorum yapılan bir doktrindir. Kavram genel hatlarıyla bir devletin, Sözleşme’de yer alan bir hakla ilgili olarak, yasama organı, idare veya yargısal organlar aracılığıyla bir eylemde bulunduğu ve sonrasında Avrupa denetimi ile karşılaştırıldığında, belirli bir oranda takdir yetkisine sahip olması anlamına gelmektedir.” (Harris *et al.*, s. 12) / “Takdir alanı doktrini insan haklarının korunmasında Sözleşme’nin tamamlayıcılık rolünü yansıtmaktadır. Sözleşme’nin genel tasarımına göre insan haklarının korunmasında ilk ve birincil sorumluluk taraf devletler üzerindedir.” (Harris *et al.*, s. 14).

³⁴ *Vo/Fransa* [BD], B. No: 53924/00, 8/7/2004, § 82; “Bu yaklaşımla hareket eden Mahkeme, gebelik öncesinde, yani rahim dışında oluşturulan ve rahme yerleştirilmeden önce ortadan kaldırılan embriyoya yaşama hakkı tanımayan ulusal hukuku Sözleşme’ye aykırı görmemiştir [*Evans/Birleşik Krallık*, B. No: 6339/05, 10/4/2007]. Mahkeme, gebelik anından sonra, annenin sosyal yaşamında güçlükler doğuracağı gerekçesiyle 14 haftalık fetüsün kürtajla alınmasına izin veren devletin [*H./Norveç* (kk), B. No: 17004/90, 19/5/1992, § 155]; annenin sağlığını tehlikeye sokacağı gerekçesiyle 12 haftalık fetüsün kürtajla alınmasına izin veren devletin [*Boso/İtalya*, B. No: 50490/99, 5/9/2002]; hatalı müdahalesiyle 6 aylık fetüsün kürtajla alınmasına neden olan doktoru taksirle öldürme suçundan mahkûm etmeyen devletin Sözleşme’nin 2. maddesini ihlal etmediği sonucuna varmıştır. Sonuç olarak Mahkeme doğacak çocuğa Sözleşme’nin 2. maddesi anlamında ‘yaşama hakkı’ tanımamaktadır. Mahkemeye göre ulusal hukukta doğmamış bebeğin yaşama hakkına sahip olduğu kabul edilse dahi, bu hak annenin yaşamından ve sağlığından üstün tutulamaz.” (Bkz. Doğru, **Yaşama Hakkı**, s. 8.); “Mahkeme, bir Avrupa konsensüsünün yokluğunda, kararlarında en düşük ortak payda yaklaşımını benimseyerek ulusal hukuku yansıtmaya veya Sözleşme ile getirilen bir güvencenin anlamı konusunda karar verirken takdir alanı doktrini ile çeşitli devlet uygulamalarını uyumlulaştırma eğilimindedir. Bu durumun sonucu, bir devletin hukuk kurallarının veya davranışının, bir dizi Avrupa ülkesinde geçerli olan bir uygulamayı yansıtmaması durumunda veya çok değişik uygulamalar söz konusu olduğunda mahkumiyetten kurtulabilmesidir.” (Harris *et al.*, s. 9); Karan, **Yaşam Hakkı**, s. 117.

³⁵ Ölümün meydana gelmesi, son nefesin verilmesi, beyin sinir hücrelerinin hareketlerinin bitmesi, vücuttaki organlar arasındaki bütünleştirici hareketliliğin geri döndürülemez biçimde yok olması ile gerçekleşir. Ölümün tespitinin resmi olarak tababet mesleğini icraya yetkili bir hekim tarafından yapılması ve bu kapsamda ölüm zamanı ve nedeninin ilgili belgelere kaydedilmesi gerekir. (Doğru, **Yaşama Hakkı**, s. 10.)

³⁶ *Lambert ve diğerleri/Fransa* [BD], B. No: 46043/14, 5/6/2015, § 44.

noktada ölüm olayının tespitinde ulusal mevzuat ve ulusal makamların açıklamaları önceliklidir³⁷.

³⁷ Organ ve doku nakli ile ilgili olarak Türkiye’de yapılmış olan ilk kanuni düzenlemeler öncesinde, öğretide ve içtihatlarda ölüm anı olarak biyolojik ölüm kabul edilmekteydi (Yargıtay 1. CD, E.1971/2697, K.1972/3634, K.T.11/8/1972). Fakat organ ve doku nakilleriyle ilgili olarak 1968 tarihli Türk Tabipler Birliği Komite kararıyla ve 1969 tarihli Yüksek Sağlık Şûrası kararıyla beyin ölümünün esas alınacağı kararlaştırılmıştır (Özlem Yenerer Çakmut, **Tıp-Sağlık Hukuku Mevzuatı**, Seçkin yay., Ankara, 2010, s. 165-166; Hazal Algan, **Türk Ceza Kanunu’nda Organ ve Doku Ticareti Suçları**, Seçkin yay., Ankara, 2018, s. 57; Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, Seçkin yay., Ankara, 2007, s. 372). Yüksek Sağlık Şûrası kararının ilgili kısmı şöyledir: “(Ölüm) ... bugünkü telakkileirn en kuvvetlisi ve hâkim durumda olan beyin fonksiyonunun tamamen durması halinin tespiti şeklinde kabul olunmuştur.” Öte yandan 2238 sayılı “Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun”un genel gerekçesinde “... Ölüm anı kavramı bu yönüyle bütün ülkelerde yıllardan beri tartışılmış «Ölüm anında» esas unsurları bugün saptanmıştır. Ölüm anını simgeleyen başlıca iki unsur vardır. 1. Beyin dokusunun ölümü, 2. Solunumun durması, Beyin dokusunun öldüğünü gösterecek en kesin kriter beyin elektroensefalografisinde (EEG) beyin dalgalarının düzleşmesi halidir. Böylece bir hasta beyin dokusunun hayata dönme olanağı kalmadığı kesinlikle anlaşılır. Solunum sistemi dışarıya açık bir sistem olduğu için bazı mekanik araçlarla işler halde tutulabilir. Hastanın kendisi soluyamıyor ise bu araçlar kullanılır. Eğer yukarıda bahsettiğimiz beyin dokusunun ölümü meydana gelmiş ise hastanın tekrar kendi kendine nefes alma fonksiyonu geri dönmez. Mekanik araç hastadan çıkarıldığı zaman solunum durur. Eğer hastanın kalbi o ana kadar kendiliğinden çalışıyorsa aracın hastadan ayrılmasından 2 - 3 dakika sonra durur. Ölüm işte bu andır. O halde şûrası açıklıkla ve bütün vicdani endişelerden arınmış olarak söylenebilir ki eğer hastanın (EEG) bulguları düz bir çizgi halinde ise ve mekanik araçlar kullanılmadığı zaman solunum olanak dışı ise bu hasta ölü demektir. ...” Organ veya nakli konusunun Avrupa Konseyi düzeyinde ele alındığı Biyotıp Sözleşmesi’ne Ek İnsan Kaynaklı Organ ve Doku Nakline İlişkin Protokol’de ölümün ne olduğuna dair bir açıklama yapılmamış olmakla birlikte anılan Protokol’ün 16. maddesinde ölüden organ alınabilmesi için verici kişinin ölü olduğunu kanunlar çerçevesinde belgelenmesi gerektiği hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümle ölüm kriteri konusunda sözleşmeciler devletlerin iç hukuklarına gönderme yapılmıştır. Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği’nin “Tanımlar ve kısaltmalar” kenar başlıklı 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (i) bendinde beyin ölümünden söz edildiği ve beyin ölümü tanısı konulmasının ayrıntılarının ise aynı Yönetmeliğin (1) numaralı ekinde ayrıntılı olarak düzenlendiği görülmektedir. Anılan ekte beyin ölümünün klinik bir tanı olduğu ve tüm beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümü olmayan kaybı anlamına geldiği ifade edilmiştir. Bu açıklamalar çerçevesinde Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği ile 1968 tarihli Türk Tabipler Birliği Komitesi ve 1969 tarihli Yüksek Sağlık Şûrası kararlarında beyin ölümüne üstünlük tanınması ve 2238 sayılı Kanun’da da aksi yönde bir hüküm bulunmaması birlikte değerlendirilip anlamlandırıldığında, Türk hukuk sisteminde de “beyin ölümü” kriterinin geçerli olduğu sonucuna ulaşılması kaçınılmazdır (Ahmet Gökçen, Murat Balcı, **Kasten Öldürme Kasten Yaralama Organ ve Doku Ticareti Suçları**, Adalet yay., Ankara 2015, s. 443 ve 443; Mehtap Yücel, “Organ veya Doku Ticareti Suçu”, **Mecmua: Ankara Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Fakültelerine Armağanı**, s. 682; Algan, s. 57; Barış Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Seçkin yay., Ankara, 2003, s. 221; Şahin Akıncı, **Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar**, Yetkin yay., Ankara, 1996, s. 114; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet yay., Ankara, 2014, s. 449; Ahmet Nezih Kök, “Organ ve Doku Nakillerinde Yaşanılan Güçlükler”, **Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu** 13-14 Kasım 2009, İstanbul, 2011, s. 217; Hakeri, s. 372; Karşılaştırmalı hukuk açısından da ölüm anının kullanılmasındaki ölçünün kalp ve nefes alma

Ancak ölüm olayının doğal nedenlerden kaynaklanmaması, yani şüpheli olması ve yukarıda belirtilen diğer şartların da gerçekleşmesi halinde yaşam hakkına ilişkin güvenceler ölen kişi bakımından ilk ve son defa aktif hale gelir ve Devletin birtakım yükümlülükleri devreye girer.

Belirli koşullar altında, cesedi bulunamamış olsa bile kayıp bir şahsın ölü olarak kabulü mümkündür. Bu noktada Devletin sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için, kayıp şahsın kamu görevlilerince gözaltına alındığının “*makul şüphenin ötesinde*” (“*beyond the reasonable doubt*”) bir standartta ispatı ve kişinin öldüğüne dair somut unsurlara dayalı yeterli belirtilerin bulunması gerekir³⁸.

Bazı durumlarda, olayın gelişim şekli ve maruz kalınan yaralanmanın niteliği, “kişinin yaşamının ağır bir tehlike altına girdiğini” gösterdiği takdirde, kişi ölmemiş olsa dahi Anayasa’nın 17. maddesinin yaşam hakkına ilişkin güvencesinin uygulanabilir olduğu kabul edilmektedir³⁹. Aynı şekilde kişinin yaşamına yönelik ağır ve yakın bir tehdit bulunan durumlarda da yaşam hakkına ilişkin güvencelerin uygulanabilir olduğu sonucuna ulaşılabilmektedir⁴⁰.

Genel olarak maddi içeriği olan diğer tüm temel hak ve özgürlüklerde olduğu gibi, mutlak nitelikte olmayan yaşam hakkında da hakka yönelik müdahale, doğrudan doğruya hakkın ihlal edildiği anlamına gelmemektedir. Bu bağlamda müdahalenin tespitinden sonra hakkın niteliğine uygun bir meşruluk testi uygulanmaktadır. Bu bağlamda bir hakkın ihlal edilmiş olmasının tespitinde birinci aşama müdahalenin tespitidir.

Hakkın pasif süjesi olan Devletin, yaşama müdahalesi “ölümden önce” ve “ölümden sonra” olmak üzere iki şekilde tezahür edebilir.

faaliyetinin durması değil, beyinciğin, beyin ve beyin sapının bütün fonksiyonlarının geri dönülmez ve tam bir şekilde kaybedilmesi yani beyin ölümü kriteri olduğu açıklanmaktadır.

³⁸ *Birsen Gülünay*, B. No: 2013/2640, 21/4/2016, § 63.

³⁹ *Krivova/Ukrayna*, B. No: 25732/05, 9/11/2010, § 45.

⁴⁰ *R.R. ve diğerleri/Macaristan*, B. No: 19400/11, 4/12/2012, § 30-32; *Selahattin Demirtaş/Türkiye*, B. No: 15028/09, 23/6/2015, § 22; *Eylem Çetin Demir*, B. No: 2014/2302, 9/11/2017, § 37 vd.

Ölümden önce müdahale ölümün Devlet görevlilerinin kusurlu davranışı nedeniyle olabileceği gibi, Devletin ölümün meydana gelmemesi için gerekli hukuki ve kurumsal önlemleri almaması, hukuki çerçeveyi hiç veya gereken düzeyde çizmemiş olması şeklinde de ortaya çıkabilir⁴¹.

Ölümden sonra müdahale ise şüpheli ölümün etkili bir şekilde soruşturularak aydınlatılması ve sorumluların tespit edilerek cezalandırılmasına ve diğer giderim yöntemlerinin uygulanmasına yönelik yükümlülüklerini hiç veya gerektiği gibi yerine getirmemesi halinde ortaya çıkabilmektedir⁴².

ii. Kanıtlama

Kanıtlama sorunu, müşahhas olayın meydana geliş şekli konusunda başvuranın iddiası ile soruşturmaya ait veriler ve bulgular ile varılan sonuçlar arasında ortaya çıkan çelişkileri ifade etmektedir⁴³.

Yaşam hakkının ihlal edilip edilmediği noktasında bir denetim mercii olarak Anayasa Mahkemesi, ölüm olayının vuku bulup bulmadığını, vuku bulmuş ise “şüpheli ölüm” olup olmadığı, “şüpheli ölüm” ise ölüm olayının meydana geliş şekline ilişkin tüm koşulları ve varsa ölüme sebebiyet veren kişilerin tespiti noktasında birincil düzeyde yetkili Devlet makamlarının vardıkları sonuçlarla bağlı olmaksızın, eksiksiz olarak araştıracaktır⁴⁴. Ancak bu durum Anayasa Mahkemesinin kolluk, savcılık veya mahkemeler gibi makamların yerine geçerek ölüm olayını aydınlatmasını ve suçluların cezalandırılmasını sağlamaya yönelik karar vermesini de gerektirmez. Ulusal makamlarca yapılan saptamalar, elde edilen deliller ve ulaşılan sonuçların tutarsız ve keyfi olduğu durumlarda Anayasa Mahkemesi kendi tespit ve çıkarsamaları doğrultusunda bir sonuca ulaşabilir⁴⁵. Ulusal makamlarca

⁴¹ Doğru, **Yaşama Hakkı**, s. 20.

⁴² Doğru, **Yaşama Hakkı**, s. 21.

⁴³ *Nesrin Demir ve diğerleri*, B. No: 2014/5785, 29/9/2016, § 116.

⁴⁴ Doğru, **Yaşama Hakkı**, s. 26.

⁴⁵ *Putintseva/Rusya*, B. No: 33498/04, 10/5/2012, § 60; Doğru, **Yaşama Hakkı**, s. 26.

sunulan bilgilerle tamamen zıt sonuçlara ulaşılabilmesi için Anayasa Mahkemesinin önünde sağlam bulgular olmalıdır⁴⁶.

Bireysel başvuru incelemesinde tam bir çelişmeli yargılama olmadığından, bir başka ifadeyle davalı taraf veya savunmayı temsil etmenin sorumluluğunu uhdesinde bulunduran bir kurum veya merci bulunmadığından, Adalet Bakanlığınca sunulan görüş de bir savunma niteliğinde olmadığından Anayasa Mahkemesi yaşam hakkı gibi maddi olayın ve ispat sorununun ön plana çıktığı başvurularda tarafların iradelerinin uyuştugu ve uyuşmadığı olgular üzerinden bir çıkarsama yapamamakta, çoğunlukla bizzat ilgili makamlarla yazışmalar yaparak bilgi ve belgeleri kendisi toplamaktadır. Toplanan bilgi ve belgeler pek tabii Anayasa Mahkemesince mutlak doğru olarak kabul edilmeyip, bir mantık süzgecinden ve tutarlılık testinde geçirilerek bir sonuca ulaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, AİHM'nin kabul ettiği “*makul şüphenin ötesinde*” şeklinde ifade edilen ispat standardını benimsemiştir⁴⁷. Buna göre ispat için yeterince “sağlam”, “kesin” ve “birbiriyle uyumlu” çıkarsamalar veya “çürütülmemiş maddi karinelere”in bir arada bulunması gerekmektedir⁴⁸.

Hukukun genel prensibi olarak ispat yükümlülüğü iddia sahibine aittir⁴⁹. Ancak resmî belge düzenleme yetkisi olan Devlet makamları karşısında bireylerin ispat araçları önemli ölçüde sınırlı olup, bu eşitsizliğin giderilebilmesi için kimi durumlarda ispat külfeti yer değiştirebilmektedir⁵⁰. Örneğin kişinin ölmeden önce gözaltına alındığı ve dolayısıyla Devletin denetimine girdiği konusunda bir tereddüt yoksa, bu aşamadan sonraki sürecin Devlet tarafından ispatı gerekir⁵¹. Yukarıda da

⁴⁶ Doğru, **Yaşama Hakkı**, s. 26.

⁴⁷ *Uçar/Türkiye*, B. No: 52392/99, 11/4/2006, § 74; *Orhan/Türkiye*, B. No: 25656794, 18/6/2002, § 264; *Nachova ve diğerleri/Bulgaristan*, B. No: 43577/98, 43579/98, 6/7/2005, § 147.

⁴⁸ *Mehmet Hanefi Özçoban ve diğerleri*, B. No: 2015/2849, 19/9/2018, § 56; *Mehmet Mustafa Ekinci*, B. No: 2014/17113, 9/11/2017, § 67; *Ayşegül Sevengin ve Tuğrul Sevengin*, B. No: 2014/20165, 19/7/2017, § 51; *Hilmi Moray*, B. No: 2013/3053, 21/4/2016, § 52.

⁴⁹ Doğru, **Yaşama Hakkı**, s. 30.

⁵⁰ Doğru, **Yaşama Hakkı**, s. 30.

⁵¹ Doğru, **Yaşama Hakkı**, s. 30.

ifade edildiği gibi Anayasa Mahkemesi böyle durumlarda dahi çoğunlukla araştırmayı birinci elden kendisi yapabilmektedir.

iii. Devletin Yükümlülükleri

Anayasa'nın 17. maddesine göre “yaşam hakkı” Devlete, “yetki alanında bulunan hiçbir bireyin yaşamına kasıtlı ve hukuka aykırı olarak son vermeme” negatif yükümlülüğü, “yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını gerek kamusal makamların gerek diğer bireylerin gerekse kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma” pozitif yükümlülüğü yüklemektedir⁵².

(1) Öldürmeme Yükümlülüğü

Devlet, fertleri kasten öldürmemeli veya ölümlerine sebebiyet verecek şekilde aşırı ve orantısız güç kullanmamalıdır. Bu yükümlülüğün uygulama alanı, “bedensel güç kullanımı”, “maddi güç kullanımı” veya “silah kullanımı” neticesinde meydana gelen “ölüm”, “yaralanma” ve “zorla kayıp etme” durumlarıdır⁵³.

Anayasa'nın 17. maddesinde sayılan durumlar⁵⁴ öldürmeye ilişkin mutlak bir izin veya deyim yerindeyse “açık çek” verilmek üzere sayılmamıştır. Belirtilen durumlar esasen orantılı güç kullanan kamu görevlisi tarafından hiçbir şekilde istenmediği halde öldürmekten başka çare kalmayan çok istisnai durumları ifade etmektedir⁵⁵.

⁵² AYM, E.2005/151 K.2008/37, K.T. 3/1/2008; E.2010/58, K.2011/8, K.T. 6/1/2011; E.1999/68, K.1999/1, K.T. 6/1/1999; *Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 51; “Sözleşme metninde bir dizi pozitif yükümlülük açıkça yer almaktadır veya metnin zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Sözleşme'deki pozitif yükümlülükler örnek olarak, kanunla yaşam hakkının korunması ... ‘insanlık dışı’ olmayan cezaevi koşullarının sağlanması ... adil yargılanma hakkı çerçevesinde mahkemeye başvuru imkanı, adli yardım ve tercüman sağlanması ... veya serbest seçimlerin yapılması ... yükümlülükleri verilebilir. ... Mahkeme pozitif yükümlülüklerle ilgili çıkarımlarını genellikle Sözleşme'de yer alan bir hakkın etkili kılınması için gerek olması ile gerekçelendirmektedir.” (Harris *et al.*, s. 20).

⁵³ Doğru, **Yaşama Hakkı**, s. 45.

⁵⁴ “[M]eşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri ...”

⁵⁵ Doğru, **Yaşama Hakkı**, s. 45.

Öldürmeme yükümlülüğünün birinci aşaması Devlet tarafından, risk oluşturan olay meydana gelmeden önce, yaşam hakkını güvenceye alan bir hukuki çerçeve çizilmesidir. Devlet görevlilerinin keyfi davranış ve tutumları bağlamında kasten veya gerekli olandan fazla kuvvet kullanılmasının bir sonucu olarak ortaya çıkan öldürme fiili karşılığında caydırıcılığı sağlayacak nitelik ve kalitede kuralların öngörülmesi gerekmektedir. Kamu otoritesi adına kuvvet kullanma yetkisine sahip görevlilerin, hukuki, mesleki, ruhsal ve ahlaki yönden sınanmaları ve en iyi şekilde eğitilmeleri de bu kapsamda alınması gereken yapısal bir önlemdir⁵⁶.

Anayasa'nın 17. maddesinin yüklediği söz edilen "kasten öldürmeme" yükümlülüğünün bir sonucu olarak kamu görevlilerinin bireyleri kasten öldürmelerine cevaz veren normlar ve yargı mercilerince hukuka uygun olmayan bir "kasten öldürme" olgusunu tespit ettikten sonra hangi sebeple olursa olsun böyle bir fiilin cezasız kalması yaşam hakkının negatif boyutunun ihlali anlamına gelir⁵⁷.

Pek tabii ölümle sonuçlanan her olayda Devletin sorumlu tutulması ve Devlet görevlilerinin cezalandırılması doğru olmaz. Yukarıda da ifade edildiği üzere Anayasa'nın 17. maddesinin dördüncü fıkrasında bu kapsamdaki istisnai durumlar sıralanmıştır. Belirtilen durumlar esasen öldürmenin meşru kabul edildiği durumlar değil, kuvvet kullanmanın meşru kabul edildiği durumlardır. Dolayısıyla Devletin öldürmeme yükümlülüğü kasıtlı fiillerin yanı sıra öldürme kastı olmaksızın güç kullanımını sonucunda meydana gelen ölümleri de kapsar⁵⁸.

Anayasa'nın 13. maddesindeki genel sınırlama kuralı ve 17. maddesinin dördüncü fıkrasındaki "*silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlar*" ifadesi çerçevesinde kuvvet ve özellikle silahın hangi görevlilerce, hangi koşullarda ve ne ölçüde kullanılabileceğinin çerçevesinin kanunla ve açık bir şekilde

⁵⁶ "... [D]evlet, başka şeylerin yanında, gücün keyfi ve kötüye kullanılmasına karşı yeterli ve etkili koruyucuların bulunduğu bir sistemi oluşturarak, görevlilerin sahip oldukları yetkilerin sınırlarını gereği gibi anlamalarını ve eylemleri sırasında sadece ilgili mesleki düzenlemeleri kendilerine rehber edinmekle kalmayıp aynı zamanda temel bir değer olarak insan yaşamına saygının önceliğini gözetmelerini de sağlamalıdır." (Doğru, **Yaşama Hakkı**, s. 46.)

⁵⁷ Doğru, **Yaşama Hakkı**, s. 46.

⁵⁸ Doğru, **Yaşama Hakkı**, s. 48.

çizilmesi gerekmektedir⁵⁹. Ancak bu yeterli olmayıp, kanuna uygun biçimde kullanılan gücün zorunlu olandan fazla olmaması da gerekir⁶⁰.

Tüm bu değerlendirmeler yapılırken, olayın geniş bir perspektiften incelenmesi ve sadece güç kullanmaya ilişkin fiil kesiti değil daha bütüncül biçimde olayın öncesi, planlanması ve sonrasında sergilenen tutum mutlaka dikkate alınmalıdır⁶¹.

⁵⁹ 4/7/1934 tarih ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun 16. maddesine göre "Polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direniş kırıma amacıyla ve kırılacak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir. Zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedenî kuvvet, maddî güç ve kanunî şartları gerçekleştiğinde silah kullanılabilir. İkinci fıkrada yer alan; a) Bedenî kuvvet; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde doğrudan doğruya kullandığı bedenî gücü, b) Maddî güç; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedenî kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, basınçlı ve/veya boyalı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fizikî engeller, polis köpekleri ve atları ile sair hizmet araçlarını, ifade eder. Zor kullanmadan önce, ilgililere direnmeye devam etmeleri halinde doğrudan doğruya zor kullanılacağı ihtar yapılır. Ancak, direnmenin mahiyeti ve derecesi göz önünde bulundurularak, ihtar yapılmadan da zor kullanılabilir. Polis, zor kullanma yetkisi kapsamında direnmeyi etkisiz kılmak amacıyla kullanacağı araç ve gereç ile kullanacağı zorun derecesini kendisi takdir ve tayin eder. Ancak, toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda, zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gereçler müdahale eden kuvvetin amiri tarafından tayin ve tespit edilir. Polis, kendisine veya başkasına yönelik bir saldırı karşısında, zor kullanmaya ilişkin koşullara bağlı kalmaksızın, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun meşru savunmaya ilişkin hükümleri çerçevesinde savunmada bulunur. Polis; a) Meşru savunma hakkının kullanılması kapsamında, b) Bedenî kuvvet ve maddî güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direniş kırıma amacıyla ve kırılacak ölçüde, c) Hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde, d) (Ek: 27/3/2015-6638/4 md.) Kendisine veya başkalarına, işyerlerine, konutlara, kamu binalarına, okullara, yurtlara, ibadethanelere, araçlara ve kişilerin tek tek veya toplu halde bulunduğu açık veya kapalı alanlara molotof, patlayıcı, yanıcı, yakıcı, boğucu, yaralayıcı ve benzeri silahlarla saldıran veya saldırıya teşebbüs edenlere karşı, saldırıyı etkisiz kılmak amacıyla ve etkisiz kılacak ölçüde, silah kullanmaya yetkilidir. Polis, yedinci fıkranın (c) bendi kapsamında silah kullanmadan önce kişiye duyabileceği şekilde 'dur' çağrısında bulunur. Kişinin bu çağrıya uymayarak kaçmaya devam etmesi halinde, önce uyarı amacıyla silahla ateş edilebilir. Buna rağmen kaçmakta ısrar etmesi dolayısıyla ele geçirilmesinin mümkün olmaması halinde ise kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silahla ateş edilebilir. Polis, direniş kırıma ya da yakalamak amacıyla zor veya silah kullanma yetkisini kullanırken, kendisine karşı silahla saldırıya teşebbüs edilmesi halinde, silahla saldırıya teşebbüs eden kişiye karşı saldırı tehlikesini etkisiz kılacak ölçüde duraksamadan silahla ateş edebilir."

⁶⁰ Doğru, **Yaşama Hakkı**, s. 64; bkz. Karan, **Yaşam Hakkı**, s. 121 vd.

⁶¹ Cemil Danışman, B. No: 2013/6319, 16/7/2014, § 50; Nesrin Demir ve diğerleri, B. No: 2014/5785, 29/9/2016, §§ 108-109.

Kural olarak “yargısız infaz”, “gözetim altında ölüm” ve “zorla kayıp etme” gibi durumlar, haklılığı savunabilir olmayan ölümler kategorisine dahildir⁶². Buna karşılık meşru savunma, yakalamanın temini veya kaçmanın önlenmesi, ayaklanma veya isyanın bastırılması gibi durumlar haklılığı savunulabilir öldürmeler olarak tasnif edilmektedir⁶³. Eserin hacmi nedeniyle bu konunun ayrıntılarına inilmemiştir.

(2) Yaşamı Koruma Yükümlülüğü

Devlet, bireyleri kamusal veya özel ayırımı gözetilmeksizin egemenlik sahasındaki bireylerin yaşamlarını tehlikeye sokan her türlü faaliyete karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır⁶⁴. Bu yükümlülük “öldürmeme yükümlülüğü”nün aksine negatif değil pozitif nitelikteki bir yükümlülüktür.

Bireylerin yaşamlarına yönelik risklerin belirli şekillerde tasnifi mümkün ise de risk faktörlerinin çeşitliliği nedeniyle kapsayıcı bir liste yapılması mümkün değildir⁶⁵.

İlk risk faktörü fiziksel şiddettir. Bu şiddet üçüncü kişilerden gelebileceği gibi bizzat bireyin kendisinden de (intihar) gelebilir. Her iki durumda da Devletin koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. İkinci risk faktörü tehlikeli faaliyetlerdir. Böyle durumlarda risk faktörü gerçekleştiğinde, ortaya çıkan netice bakımından kasıt bulunmamakla birlikte hafif veya ağır bir ihmal söz konusu olabilir.⁶⁶

Bireylerin yaşamını tehdit eden diğer risk faktörleri doğal afetler ve kusurlu sağlık hizmetleri şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁶⁷.

⁶² Bkz. Doğru, **Yaşama Hakkı**, s. 71 vd.

⁶³ Bkz. Doğru, **Yaşama Hakkı**, s. 76 vd.

⁶⁴ Öneriyıldız/Türkiye [BD], B. No: 48939/99, 30/11/2004, § 71; M. Özel ve diğerleri/Türkiye, B. No: 14350/05, 17/11/2015, § 170.

⁶⁵ Doğru, **Yaşama Hakkı**, s. 131.

⁶⁶ Doğru, **Yaşama Hakkı**, s. 131.

⁶⁷ Doğru, **Yaşama Hakkı**, s. 131-132.

Tüm bu risk faktörlerine karşı Devletin, riskin mahiyetine göre gerekli önlemleri almış olması gerekmekte olup bu, yaşamı koruma yükümlülüğüne karşılık gelmektedir.

Bu önlemlerin birincil boyutu hukuki alana ilişkindir. Devlet, yaşamı tehdit eden risk faktörlerinin gerçekleşmesini önlemek üzere idari ve yargısal süreçler bağlamında yeterli güvenceler öngören bir hukuki çerçeve çizmeli, bu doğrultuda hukuki çerçevenin dışına çıkılmasını önlemeye yönelik bir takım etkili denetim ve caydırma fonksiyonu ifa eden idari ve yargısal mekanizmalar kurmalıdır⁶⁸. Aynı şekilde Devlet yetkilileri, yaşamına ilişkin yakın ve ciddi tehditler bulunan bireylere yönelik önleyici tedbirler alma görev ve yetkisi ile donatılmış olmalıdır⁶⁹.

Sonuç itibarıyla yaşamı koruma yükümlülüğünün yerine getirildiği sonucuna ulaşılabilmesi için Devletin, kişinin yaşamının korunması konusunda yapılabilecek her şeyi yapmış ve gereken tüm önlemleri almış olması gereklidir. Bunun bireysel başvuru incelemesinde ispatı, Devletin yaşam hakkına ilişkin üçüncü yükümlülüğü olan soruşturma yükümlülüğünü etkili bir şekilde yerine getirmiş olmasına bağlıdır⁷⁰.

(3) Soruşturma Yükümlülüğü

Devletin ölüm olayını soruşturma yükümlülüğünün, “pozitif nitelikte bir usul yükümlülüğü” olduğu kabul edilmektedir⁷¹. Bu yükümlülük diğer pozitif yükümlülüklerden bağımsızdır⁷². Soruşturma yükümlülüğünün pozitif dayanağı, Anayasa’nın 17. maddesinin “*Devletin temel amaç ve görevleri*” başlıklı 5. maddesi ile yan yana okunması ile ortaya çıkmaktadır⁷³.

⁶⁸ Bkz. Harris *et al.*, s. 39-44.

⁶⁹ Doğru, **Yaşama Hakkı**, s. 133; Bkz. Harris *et al.*, s. 44-48 ve ayrıca AİHS’nin 2. maddesi bağlamında devletin “sağlık hizmetleri” ve “diğer sosyal hizmetler” yönünden yükümlülükleri için bkz. a.e. 48-50

⁷⁰ Doğru, **Yaşama Hakkı**, s. 133.

⁷¹ Harris *et al.*, s. 50; Doğru, Nalbant, **C. I**, s. 21; Doğru, **Yaşama Hakkı**, s. 295.

⁷² Doğru, Nalbant, **C. I**, s. 21.

⁷³ Salih Akkuş, B. No: 21012/1017, 18/9/2013, § 30; Turan Uytun ve Kevzer Uytun, B. No: 2013/9461, 15/12/2015, § 72.

Doğal olmayan, şüpheli nitelikteki bir ölüm vuku bulduğunda Devletin soruşturma yükümlülüğü de derhal başlar⁷⁴. Bu kapsamda yürütülecek soruşturmanın, olayın gerçekliğe uygun olarak saptanmasına, potansiyel sorumluluk sahiplerinin tespitine ve gerektiğinde bu kişiler hakkında cezai müeyyideler uygulanmasına hizmet edecek vasıfta, “derhal”, “bağımsız”, “tarafsız”, “etkili”, “hızlı” ve “şeffaf” bir mekanizma ile yürütülmesi gereklidir⁷⁵.

2. Yabancıların Yaşam Hakkının Korunması

Anayasa'nın 16. maddesine göre “(t)emel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir.” Bu çerçevede münhasıran vatandaşlara özgü nitelikteki temel hak ve özgürlükler dışında yabancılar ile vatandaşlar arasında ayırım gözetilemez. Yaşam hakkı da bu kapsamda olup, yukarıda açıklanan yaşam hakkına ilişkin genel güvence rejiminden yabancılar da yararlandırılır.

Öldürülme tehlikesi olan ülkeye gönderilmesine karar verilen ve bu nedenle yaşam hakkının ihlal edildiğini iddia eden birçok yabancı, Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunmuş ise de şimdiye kadar bu başvurulardan herhangi biri esas yönünden incelenmemiştir. Karar verilmiş olan başvurular Anayasa Mahkemesinin internet sitesinde yaşam hakkı kapsamında kodlanmış ancak bunların iki tanesi haricinde tamamı düşme kararı ile sonuçlanmıştır⁷⁶. Ancak bahsi geçen iki başvuruda

⁷⁴ Harris *et al.*, s. 51; Doğru, Nalbant, C. I, s. 21.

⁷⁵ Harris *et al.*, s. 52-54; Doğru, Nalbant, C. I, s. 23.

⁷⁶ *Uthman Deya Ud Deen Eberle*, B. No: 2015/16437, 11/10/2018; *Dostem Dawod*, B. No: 2017/40062, 19/9/2018; *C.M.E.*, B. No: 2018/4047, 3/7/2018; *F.Y.*, B. No: 2017/38222, 28/6/2018; *Mukaddas Khudoyarova*, B. No: 2018/1105, 27/6/2018; *Mustafa Muhammet*, B. No: 2018/1751, 9/5/2018; *J.A.*, B. No: 2018/1627, 23/5/2018; *C.C.A.*, B. No: 2018/2337, 24/5/2018; *P.A.*, B. No: 2017/23177, 5/4/2018; *Ahmed Sameer Ahmed*, B. No: 2017/29336, 21/3/2018; *Kemalali Alesow*, B. No: 2017/6334, 21/3/2018; *Deka Ali*, B. No: 2017/6337, 22/3/2018; *Ammar Shefi*, B. No: 2017/29827, 22/3/2018; *S.E.*, B. No: 2017/27839, 7/3/2018; *N.T.*, B. No: 2017/25761, 7/3/2018; *H.M.*, B. No: 2017/22215, 8/3/2018; *Ammar Aakoula*, B. No: 2017/5918, 8/3/2018; *Najeebullah Najeebullah*, B. No: 2017/34731, 22/02/2018; *M.E.*, B. No: 2017/22214, 22/2/2018; *H.V.*, B. No: 2017/5249, 22/2/2018; *Abdifatah Said Mohamud Ahmet*, B. No: 2016/544, 22/2/2018; *Mohammed Alhaj Khlf*, B. No: 2017/23404, 22/02/2018; *Y.H.*, B. No: 2017/10453, 6/7/2017; *M.A.G.J.*, B. No: 2015/1832, 1/2/2017; *M.A.G.J.*, B. No: 2015/1834, 2/2/2017; *Farah Abdulhameed Mohammed Ali Al-Mudhafar*, B. No: 2015/13854, 18/5/2016.

da esas yönünden inceleme yapılmamış olup, biri kişi bakımından yetkisizlik⁷⁷ diğeri başvuru yollarının tüketilmemesi⁷⁸ nedeniyle kabul edilemez bulunmuştur.

Bu çerçevede konunun Anayasa Mahkemesinin de kararlarında önemli ölçüde referans aldığı AİHM kararları üzerinden izah edilmesi zorunludur.

a. Ölüm Cezası Uygulanma Riski Olan Ülkeye Göndermeme Yükümlülüğü

6 ve 13 No.lu Protokoller ve AİHS'nin 2. maddesi uyarınca yasaklanmış, kabul edilmez nitelikte bir cezalandırma yöntemi olan idam cezası, AİHM tarafından, AİHS'nin 3. maddesi hükmü çerçevesinde “*insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele*” olarak nitelendirilmektedir⁷⁹. AİHM'e göre Avrupa Konseyi üyesi bir devlet, 6 ve 13 No.lu Protokollerde imzası veya onayı olmasa dahi Konsey üyeliği ile deruhte ettiği idam cezasının kaldırılmasına yönelik kesin taahhüt çerçevesinde AİHS'nin 2. ve 3. maddelerinden doğan, kişinin “ölüm cezasına maruz kalma” riskiyle karşı karşıya kalacağı yönünde somut kanıtlar mevcut olması halinde, başka devlete “iade” ya da “sınır dışı” etmemek zorundadır⁸⁰.

⁷⁷ K.A. [GK], B. No: 2014/13044, 11/11/2015.

⁷⁸ Z.M. ve I.M., B. No: 2015/2037, 6/1/2016.

⁷⁹ *Al-Saadoon ve Mufdhi/Birleşik Krallık*, B. No: 61498/08, 2/3/2010; AİHM, *Soering* kararında “Sözleşme metninin gayriresmi olarak değişime uğrama olasılığını ileri sürmüştür. 2. madde metninde idam cezasına açıkça izin verilmesi karşısında Mahkeme'ye göre, ‘idam cezasının bütünüyle ortadan kaldırılması yönündeki ulusal ceza politikasına müteakip uygulamalar, 2(1) maddesinde öngörülen istisnanın kaldırılması yönünde taraf devletlerce bir anlaşmanın sağlandığı şeklinde yorumlanabilir. Mahkeme, Sözleşme'ye taraf devletlerin yakın bir zamanda, ölüm cezasını kaldırın 6 No'lu Protokol'ü kabul etme ihtiyacı doğduğunu idrak etmelerine kadar bu durumun göz ardı edildiğini” kabul etmektedir (Harris *et al.*, s.16-17); “Sözleşme'ye ek seçmeli bir protokolün Sözleşme'nin orijinal halinin taraf olan tüm devletler açısından bağlayıcı olacak şekilde geniş yorumlanmasını engelleyebileceğine dair riskin mevcudiyetini göstermektedir. Ancak *Ekbatani/İsveç*, kararında Mahkeme, bir protokol ile tanınan bir hakkın Sözleşme'nin orijinal metninde yer alan bir güvencenin anlamının kapsamını sınırlayacak şekilde yorumlanamayacağını” ifade etmektedir (Harris *et al.*, s.17, dn. 139).

⁸⁰ Konuyla ilgili *A.L. (X.W.)/Rusya* başvurusunda başvuru Rus vatandaşı olduğunu iddia ederken, Rus Devlet makamları ise başvurunun Çin Halk Cumhuriyeti vatandaşı olduğunu ileri sürmektedir. Devlet makamları Rusya'da hukuka aykırı olarak ikamet eden ve Çin Devleti tarafından aranan başvurunun kamu düzeni ve güvenliği açısından risk oluşturduğu gerekçesiyle 2014 yılının Ağustos ayında, Rusya'dan gönderilmesine karar vermişlerdir. Başvuru, idam cezasına mahkûm edilme riskine maruz bırakacağını ileri sürerek Çin'e sınır dışı edilmesine itiraz etmiştir. İtirazı inceleyen mahkeme, Rusya'dan gönderilmesine yönelik

Bu çerçevede yabancının sınır dışı edilmesine karar veren idari makamlar veya bu yöndeki bir kararı denetleyen yargı mercilerinin AIHS'nin 2. maddesi ve Ek 6 ve 13 No.lu Protokollerin sunduğu perspektif çerçevesinde kişinin sınır dışı edilmesi halinde hakkında idam cezası uygulanması riskinin etkili ve çok yönlü bir şekilde değerlendirilmesi gerekir. AIHM özellikle sınır dışı edilen yabancının, idam cezasının uygulanacağı ülke haricinde üçüncü ülkeye gitmesine imkân tanınan durumlarda, ulusal denetim makamlarının çok dikkatli davranması gerektiği görüşündedir⁸¹.

Kişinin sınır dışı edilmesi halinde hakkında ölüm cezası uygulanacağına dair riskin somut ve öngörülebilir düzeyde net olması gerekmektedir⁸². Kişi hakkında henüz kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı bulunması şart değildir. Kişinin hedef ülkede yapılacak olan yargılaması sonucunda ölüm cezasına çarptırılacağı ve akabinde bu cezanın infaz edileceği konusunda önemli ve öngörülebilir bir risk bulunmasına rağmen bu ülkeye teslim edilmesi halinde bu durumun, yaşam hakkı ve Anayasa'nın 17. maddesinin gerekleri ile bağdaştığının kabulü mümkün değildir⁸³. Riskin önemli ve öngörülebilir olmasının yanı sıra gerçek ve somut nitelikte de olması ve bu durumun başvuru tarafından kanıtlanabilmesi gerekmektedir⁸⁴.

Gönderileceği ülkede başvuru hakkında ölüm cezası uygulanacağı konusunda inandırıcı ve sağlam gerekçeleri ilgili ulusal mercilere sunulmuş olması gerekmektedir⁸⁵. Sunulan bu gerekçeler ışığında ulusal makam veya yargı mercilerinin Anayasa'nın 17. ve Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamındaki usul

kararın otomatik uygulanan bir sınır dışı etme olmadığı ve üçüncü bir ülkeye gitmekte özgür olduğu gerekçesiyle başvuruçunun itirazını reddetmiştir. [*A.L. (X.W.)/Rusya*, B. No: 44095/14, 29/10/2015.]

⁸¹ *A.L. (X.W.)/Rusya*.

⁸² *A.L. (X.W.)/Rusya*.

⁸³ *Al Nashiri/Polonya*, B. No: 28761/11, 24/7/2014, § 578.

⁸⁴ *F.G./İsveç*, B. No: 43611/11, 23/3/2016, § 125.

⁸⁵ *L.M. ve diğerleri/Rusya*, B. No: 40081/14, 40088/14, 40127/14, 15/10/2015, § 109.

yükümlülüklerinin yerine getirerek iddiayı yeterli bir şekilde incelemeleri ve verdikleri kararın ilgili belgelerce yeterince desteklenmiş olması gerekmektedir⁸⁶.

b. Herhangi Bir Nedenle Öldürülme Riski Olan Ülkeye Göndermeme Yükümlülüğü

Kişinin gönderileceği ülkedeki genel nitelikteki şiddet olaylarına atıf yapılan durumlarda kişinin böyle bir ülkeye gönderilmesine yönelik karar verilmiş olması, yaşam hakkının korunması bakımından tek başına sorun oluşturmaz⁸⁷. Ancak genel çok istisnai durumlarda, şiddet olaylarının yoğunluğu bazen öyle ağır bir seviyeye ulaşır ki kişinin yaşamını tehlikeye atan şartların göz ardı edilmesi mümkün olmaz⁸⁸.

Bu bağlamda dikkate alınması gereken kriterler⁸⁹ şunlardır:

- 1) Çatışma taraflarının sivil kayıp riskini arttıran veya doğrudan sivilleri hedef alan savaş yöntemleri ve taktikleri kullanıp kullanmadıkları,
- 2) Bu tür yöntem ve/veya taktiklerin kullanılmasının çatışma tarafları içerisinde yaygın olup olmadığı,
- 3) Savaşın bölgesel mi yoksa geniş alana mı yayıldığı,
- 4) Savaş yüzünden hayatını haybeden, yaralanan veya yerinden terk etmek zorunda bırakılan sivillerin sayısı.

⁸⁶ *Mamazhonov/Rusya*, B. No: 17239/13, 23/10/2014, §§ 136-137; *L.M. ve diğerleri/Rusya*, § 109.

⁸⁷ *H.L.R./Fransa*, B. No: 24573/94, 29/4/1997, § 41.

⁸⁸ *N.A./Birleşik Krallık*, B. No: 25904/07, 17/7/2008, § 115; "... Somali'nin farklı bölgelerinde yaşanan durumları değerlendirirken, güçlü bir kabile veya aile bağları gibi özel koşulların kişinin korunmasını sağlayabileceği yeterli bir şekilde kanıtlanmadıkça, genelleşmiş şiddet riskleri, korkunç insani koşullar ve kötü muamele riskine maruz kalma tehlikesi olmadan ülke içerisinde yer değiştirme imkânı bulunmaması hususlarının 3. maddenin ihlaline neden olabileceği ..." kabul edilmektedir (*L.M. ve diğerleri/Rusya*, § 120; *Sufi ve Elmi/Birleşik Krallık*, B. No: 8319/07, 11449/07, 28/06/2011, §§ 293-296).

⁸⁹ Birleşik Krallık İltica ve Göç Mahkemesinin *AM & AM* [(armed conflict: risk categories) Somalia CG (2008) UKAIT 00091] davasında belirlenen kriterler için bkz. *Sufi ve Elmi/Birleşik Krallık*, §§ 62 vd. (*Sufi ve Elmi/Birleşik Krallık* başvurusunda AİHM Mogadişu'da yaşanan şiddet düzeyine ilişkin bir karar verirken, "çatışmanın tüm taraflarınca gerçekleştirilen ayırım gözetmeyen bombardımanları ve askeri saldırıları, kabul edilemez sivil kayıpların sayısını, şehir içerisinde yer değiştirmek veya şehir dışına taşınmak zorunda bırakılan kişilerin sayısını ve çatışmanın tahmin edilemez ve geniş alana yayılmış niteliğini" dikkate almıştır. Bkz. adı geçen karar § 248).

Bu kriterlere ek olarak AİHM bazı kararlarında geri gönderilmelerine karar verilen yabancıların, gönderilecekleri ülkede çoğunlukla öldürülme, tutuklanma ve kötü muameleye maruz kalma tehlikesi altında bulunan insan kategorisi kapsamında olup olmadıklarını da dikkate almıştır⁹⁰. Bu bağlamda başvurusunun geri gönderilmesi halinde hedef haline geleceği yönündeki iddialarının tutarlı ve eksiksiz olması (önemli herhangi bir bilginin kasten gizlenmemiş olması), bu açıklamalarının savunmasının makul ve inandırıcı olması gerekmektedir⁹¹.

Yaşam hakkı bakımından yapılan değerlendirmede, geri göndermenin öngörülebilir sonuçlarına odaklanılırken, başvurusunun öznel koşulları kadar hedef ülkenin genel koşullarının da dikkate alınması gerekir⁹². Bu kapsamda yapılan değerlendirme, başka devletler, uluslararası kuruluşlar ve saygın hükümet dışı (sivil) örgütler tarafından hazırlanan güvenilir, objektif ve *amicus curiae* nitelikteki raporlarla yeterince desteklenmelidir⁹³. Bu bağlamda, hedef ülkedeki mevcut ve yaygın şiddet hali olan durumlar kişinin öznel durumunun önüne geçebilir⁹⁴.

Kimi durumlarda, bazı ülkelerin belirli bölgelerine yapılacak tüm sınır dışı işlemleri yaşam hakkını ihlal edici nitelikte olabilir. Örneğin AİHM'nin *Sufi ve Elmi/Birleşik Krallık* ve *K.A.B./İsveç* başvurularına ilişkin kararlarında, 2011 yılının Haziran ayı itibarıyla Mogadişu'daki⁹⁵ şiddet halinin, şehirdeki herkesin yaşam ve vücut bütünlüğünü tehdit edecek bir yoğunluk (ifrat) düzeyine ulaştığı ve bu nedenle anılan bölgeye yapılacak tüm geri göndermelerin yaşam hakkı bakımından sorunlu olduğu saptanmıştır⁹⁶.

⁹⁰ *L.M. ve diğerleri/Rusya*, § 124.

⁹¹ *K.A.B./İsveç*, B. No: 886/11, 5/9/2013, §§ 93-97.

⁹² *K.A.B./İsveç*, § 72; *Vilvarajah ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, 30/10/1991, § 108.

⁹³ *N.A./Birleşik Krallık*, § 119; *K.A.B./İsveç*, § 74.

⁹⁴ *K.A.B./İsveç*, §§ 72, 73; *Sufi ve Elmi/Birleşik Krallık*, § 216; Bu prensipler yaşam hakkının yanı sıra ağırlık eşliğinin üstünde işkence ve kötü muamele riski olan durumlar için de geçerlidir (*Kaboulov/Ukrayna*, B. No: 41015/04, 19/11/2009, § 99).

⁹⁵ Somali'nin tümünün ve Banaadir Eyaletinin başkenti olan şehir.

⁹⁶ *Sufi ve Elmi/Birleşik Krallık*, § 250; *K.A.B./İsveç*, § 75.

c. Kişinin Yaşamına Yönelik Diğer Riskler Nedeniyle Göndermeme Yükümlülüğü

Kişinin hakkında ölüm cezası uygulanması kesin olan veya herhangi bir nedenle öldürülme riskinin yoğun olduğu bir ülkeye gönderilmesinin kural olarak devletin yaşamı koruma yükümlülüğü bağlamında ihlal oluşturduğu yukarıdaki kısımlarda ifade edilmiştir.

Belirtilen kategoriler dışında bir yabancının sınır dışı edilmesi işlemi başka nedenlerle de kişinin yaşamı yönünden ciddi riskler oluşturabilir⁹⁷. Bunlardan bir tanesi de geri gönderilen kişinin ağır hasta olması halidir. Kural olarak ağır hasta olan bir yabancının yararlandığı tıbbi, sosyal ve sair yardımlardan mahrum kalacak veya bulunduğu ülkeden çıkarılması halinde kişinin yaşam beklentisinin önemli ölçüde azalacak olması, sınır dışı edilmeme gibi bir hak sağlamamaktadır⁹⁸.

Bununla birlikte ciddi ruhsal veya fiziksel bir hastalıktan mustarip bir yabancının, bulunduğu ülkedeki tedavi imkanlarından daha düşük imkanlara sahip bir ülkeye gönderilmesi, göndermeye karşı insancıl gerekçelerin ağır bastığı sadece çok istisnai durumlarda bir yaşam hakkı sorunu olarak görülmektedir⁹⁹. Kişinin hastalığının tedavisinin mümkün olmaması, acılarının katlanılmaz derecede artması, seyahat edemeyecek derecede ağır hasta olması veya sınır dışı edildikten sonra yaşamının son günlerinde aile desteğinden mahrum kalması gibi durumlar, devletin yaşamı koruma yükümlülüğü bağlamında belirtilen istisnai haller kapsamında değerlendirilebilmektedir¹⁰⁰.

⁹⁷ Uluslararası hukuktaki güncel gelişmelere bakıldığında BM İnsan Hakları Komitesinin bir kararı oldukça dikkat çekicidir. Söz konusu kararla ülkesi *Kiribati*'deki deniz seviyesindeki artış ve iklim değişikliklerinin diğer etkilerinin anılan ülkeyi yaşanılmaz hale getirmesi nedeniyle başvuru ve ailesinin sınır dışı edilmesinin yaşam hakkının ihlali anlamına geldiği sonucuna varılmıştır (BM İnsan Hakları Komitesinin 7/1/2020 tarihli ve CCPR/C/127/D/2728/2016 sayılı kararı https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CPR/C/127/D/2728/2016&Lang=en erişim: 28/2/2020).

⁹⁸ *Tatar/İsviçre*, B. No: 65692/12, 14/4/2015, § 43.

⁹⁹ *Tatar/İsviçre*, § 43.

¹⁰⁰ *D./Birleşik Krallık*, B. No: 30240/96, 2/5/1997, §§ 46-59; *Tatar/İsviçre*, § 49;

Kimi durumlarda ise kişinin gönderileceği ülkede karşı karşıya kalacağı koşullar, mevcut sağlık sorunlarının ağırlaşmasına ve hatta kişinin ölümüne neden olma potansiyeline sahip olabilir¹⁰¹. Bu gibi durumlarda kişinin fiziksel ve ruhsal sağlık durumdaki kayda değer kötüleşme riski, Anayasa'nın 17. ve Sözleşme'nin 2. veya 3. maddelerinin ihlali sonucuna ulaşılması için yeterli görülebilir¹⁰².

d. Geri Gönderilen Yabancıların Yaşam Haklarının Korunmasına Yönelik Hukuki Korunma Mekanizmalarının Etkililiği Sorunu

Bireysel başvuru denetiminde, temel kural başvuru sahiplerinin gönderilmelerine karar verilen ülkede karşılaşacakları yaşamsal riskleri değerlendirme görevi, mevcut hukuk düzeninde müesses, birinci derece hukuki korunma mekanizmalarının görevidir¹⁰³. Mevcut hukuk düzeninde, gönderilecekleri ülkede can güvenlikleri bulunmadığı iddiasında olan başvuru sahiplerinin, keyfi biçimde sınır dışı edilmekten doğrudan veya dolaylı bir şekilde koruyacak etkili önlemlerin mevcut olması gerekir¹⁰⁴.

Yabancıların geri gönderilme veya sınır dışı işlemleri bağlamında insan haklarının korunması bakımından yüksek düzeyde pratik faydaya sahip olan “otomatik durdurucu etki” kavramı üzerinde durmakta fayda vardır. Otomatik durdurucu etki, bireylerin bir idari veya yargısal mekanizmaya başvurmalarına, herhangi bir karar veya işleme gerek kalmaksızın, kanun hükmü gereği doğrudan doğruya ve kendiliğinden işlemin uygulanmasının durması sonucunun bağlanmasıdır. Bir sözleşmecî devlet tarafından geri gönderilmek istenen başvuru sahibinin bu işleme karşı koymak için kullanması gereken başvuru yolunun etkili kabul edilebilmesi için mutlaka başvuru lehine karar alınmasını gerektirmemekle birlikte otomatik durdurucu etkiye sahip olması gerekmektedir¹⁰⁵.

¹⁰¹ *Aswat/Birleşik Krallık*, B. No: 17299/12, 16/4/2013, § 49; *Paposhvili/Belçika*, B. No: 41738/10, 13/12/2016, § 180.

¹⁰² *Aswat/Birleşik Krallık*, § 57; *Paposhvili/Belçika*, § 180.

¹⁰³ *A.C. ve diğerleri/İspanya*, B. No: 6528/11, 6529/11, 6530/11 ..., 22/4/2014, §§ 81 vd.; Ayrıca bkz. *M.S.S./Belçika ve Yunanistan*, B. No: 30696/09, 21/1/2011, §§ 286-293.

¹⁰⁴ *M.S.S./Belçika ve Yunanistan*, § 286-287; *A.C. ve diğerleri/İspanya*, § 83.

¹⁰⁵ *A.C. ve diğerleri/İspanya*, § 102; *M.S.S./Belçika ve Yunanistan*, § 388.

Bu gereklilik, geri gönderme veya sınır dışı türünden işlemlerin yaşam hakkına yönelik geri döndürülemez zararlı etkiler barındıran doğasından kaynaklanmaktadır¹⁰⁶.

Otomatik durdurucu etkisi bulunmamakla birlikte yargısal incelemenin mümkün olması ve bu incelemenin gerçekleştirilmesine yönelik başvurunun iadeye engel oluşturması halinde, yargı yoluna başvurulması, kural olarak, başvuranlarca bireysel başvuru veya iadenin ertelenmesine yönelik geçici tedbir talebi öncesinde tüketilmesi gereken “etkili bir başvuru yolu” olarak kabul edilmelidir¹⁰⁷.

Yine kullanılan hukuk yolunun otomatik durdurucu etkisi bulunmayan ve işleminin icrası veya yürütülmesinin durdurulmadığı, bu yöndeki talebin reddedildiği durumlarda, birincil yargısal denetim mekanizmalarının, yaşam hakkının önemini göz önünde bulundurarak bu kapsamdaki başvurularda özel bir gayret ve daha etkin bir özen gösterip süratli bir şekilde davanın esasını karara bağlamaları gerekmektedir¹⁰⁸. Aksi takdirde ilgili hukuk yolu mevcut etkinliğini de kaybedecektir.

B. İşkence ve Kötü Muamele Yasağı

1. Genel Olarak İşkence ve Kötü Muamele Yasağı

Anayasa'nın 17/3. maddesine göre “(k)imseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.” AİHS'nin 3. maddesi de benzer mahiyette olup, “Hiç kimseye, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.” hükmünü içermektedir.

¹⁰⁶ *A.C. ve diğerleri/İspanya*, § 88.

¹⁰⁷ *N.A./Birleşik Krallık*, § 90 ve aksi yönde, *M.A./Kıbrıs*, B. No: 41872/10, 23/7/2013, §§ 131-43; ayrıca bkz. davalı devletin suçluların iadesi bağlamında otomatik durdurucu etkisi bulunmayan hukuk yollarının etkili olmadığını kabul ettiği *Gayratbek Saliyev/Rusya*, B. No. 39093/13, 17/4/2014, § 41; ayrıca başvurabileceği birden fazla hukuk yolu bulunması halinde, kişinin ana şikayetin ele alınmasını sağlayacak hukuk yolunu seçme hakkı bulunmaktadır (*Croke/İrlanda* (k.k.), B. No: 33267/96, 15/6/1999; *Jeličić/Bosna Hersek* (k.k.), B. No: 41183/02, 15/11/2005).

¹⁰⁸ *A.C. ve diğerleri/İspanya*, § 89; *Doran/İrlanda*, B. No: 50389/99, 31/7/2003, § 57;

Belirtilen maddelerdeki güvencelerin mahiyeti, hak tanımaktan ziyade birtakım fiillerin yasaklanması şeklindedir¹⁰⁹.

a. İşkence ve Kötü Muamele Yasağının Niteliği

“İşkence ve kötü muamele yasağı”nın diğer anayasal güvencelerden farkı, mutlak niteliği ve hiçbir şekilde sınırlama rejimine ve bu bağlamda herhangi bir şarta veya ölçülülük testine tabi olmamasıdır¹¹⁰. Bu mutlak nitelik, olağan üstü yönetim usullerinde dahi hiçbir şekilde değişmemektedir. İşlenmiş veya işlenmesi önlenmek istenen suçun niteliğinin de bu kuralın önemi üzerinde hiçbir etkisi yoktur¹¹¹. Terörizm, organize suçlar veya ulusun varlığını tehdit eden olağanüstü ve zorlayıcı koşullarda dahi, kimseye işkence veya kötü muamele yapılamaz¹¹². Nitekim “olağan üstü” durumlarda yükümlülüklerin askıya alınması (*derogation*) rejimini düzenleyen Anayasa’nın ve AİHS’nin 15. maddelerindeki yetkilerin söz konusu güvenceyi kapsamaması ile mutlak yasağın mutlak niteliği ortaya konulmuştur¹¹³.

¹⁰⁹ Doğru, Nalbant, C. I, s. 125.

¹¹⁰ Doğru, Nalbant, C. I, s. 125; Oya Boyar, “İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa** (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme), Editör Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi yay., Ankara, 2013, s. 137 ve 155; “*Bu bağlamda Mahkeme, polislerin eylemlerindeki saikin çocuğun yaşamını kurtarmak olduğunu kabul etmektedir. Ancak, Sözleşme’nin 3. maddesi ile Mahkeme’nin yerleşik içtihatları göz önünde tutulduğunda, mağdurun eylemi veya yetkililerin saiki ne olursa olsun, kötü muamele yasağının uygulanacağını vurgulamak gerekir (bk. yukarıda parag. 87). Bir kimsenin yaşamı risk altında olsa bile, işkence, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele yapılamaz. Ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü halde bile, bu yasağın askıya alınmasına izin verilmemiştir. Muğlak olmayan terimlerle düzenlenmiş olan Sözleşme’nin 3. maddesi, en zor koşullarda bile, her insanın mutlak ve vazgeçilemez nitelikte işkenceye, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muameleye tabi tutulmama hakkı bulunduğunu kabul etmektedir. Sözleşme’nin 3. maddesindeki hakkın mutlaklık niteliğini güçlendiren felsefi temel, söz konusu kişinin eylemi ve suçun niteliği ne olursa olsun, herhangi bir istisnaya veya haklılaştırıcı faktöre veya menfaatlerin tartılmasına izin vermemektedir.*” (Gäfgen/Almanya, B. No: 22978/05, 1/6/2010, § 107); Korkut, **Egemen Yetki**, s. 24; Karaman, **Human Rights Law**, s. 80; Harris *et al.*, s. 71.

¹¹¹ Doğru, Nalbant, C. I, s. 125.

¹¹² *Chahal/Birleşik Krallık*, B. No: 22414/93, 15/11/1996, § 79; *Labita/İtalya* [BD], B. No: 26772/95, 06/04/2000, § 119; ayrıca bkz. Tulkens, s. 157-158; Harris *et al.*, s. 71.

¹¹³ Boyar, s. 155; Harris *et al.*, s. 71.

Yukarıda “*hukuki çerçeve*” başlığı altında da belirtildiği gibi işkence yasağı ilkesel olarak *jus cogens* müessesesini kabul eden uluslararası hukukçuların, emredici niteliğinde konsensüs sağladıkları bir kuraldır¹¹⁴.

b. İşkence ve Kötü Muamele Yasağının İhlal Edilip Edilmediğinin Tespiti

Yaşam hakkına ilişkin incelemede olduğu gibi, işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin incelemenin de ilk iki basamağı uygulanabilirlik ve kanıtlamadan ibarettir. Yaşam hakkından farklı olarak işkence ve kötü muamele yasağında çözümlenmesi gereken üçüncü sorun “*nitelendirme*”dir.

Anayasa’nın 17. maddesi ile güvenceye kavuşturulan “kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğü” karşısında, Anayasa’nın 5. maddesindeki “temel amaç ve görevleri”yle birlikte okunduğunda Devletin, “işkence ve kötü muamele yapmama” (negatif) yükümlülüğü ve “işkence veya kötü muameleden bireyleri koruma” (pozitif) yükümlülüğü ve “işkence veya kötü muameleyi soruşturma” (pozitif) yükümlülüğü bulunmaktadır¹¹⁵. İlk iki yükümlülük maddi yükümlülük, üçüncü ve son yükümlülük ise usul yükümlülüğüdür¹¹⁶.

i. Uygulanabilirlik

İnsan haklarının ihlal edildiğini konu alan bir şikâyet bakımından Anayasa’nın 17. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarının uygulanabilmesi için, gerçekleştiği iddia edilen muamelenin anılan madde kapsamındaki bir hakka yönelik bir nitelik ve ağırlığa sahip olması gerekmektedir¹¹⁷.

Bir fiilin Anayasa’nın 17/3. maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için “asgari bir ağırlık düzeyi”ne erişmiş olması gerekir¹¹⁸. Bu kurala “*de minimis*” adı

¹¹⁴ Doğru, Nalbant, C. I, s. 125; *Al-Adsani/Birleşik Krallık*, §§ 60-61; *Prosecutor v. Furundzija*, §§ 144-154; *Prosecutor v. Delacic and others*, § 454; *Prosecutor v. Kunarac*, § 466.

¹¹⁵ Doğru, Nalbant, C. I, s. 126; *Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 50; *Bubo Çeviren ve diğerleri*, § 93; *Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 22.

¹¹⁶ Doğru, Nalbant, C. I, s. 126.

¹¹⁷ Doğru, Nalbant, C. I, s. 126.

¹¹⁸ *Tahir Canan*, § 23.

verilmektedir¹¹⁹. Belirtilen “ağırlık eşiği”nin aşılp aşılmadığı müşahhas olayın özelliği göz önünde bulundurularak yapılacak bir değerlendirme ile belirlenebilir¹²⁰. Bu cümleden olarak, “muamelenin süresi”, “fiziksel ve manevi etkileri” ile mağdurun “cinsiyeti”, “yaşı” ve “sağlık durumu” gibi etkenler ön plana alınmalıdır¹²¹. AİHM kararlarında da başvuruya konu ihlal iddiasının AİHS’nin 3. maddesindeki güvenceler çerçevesinde incelenebilmesi için “minimum bir ağırlık düzeyine” ulaşması gerektiği vurgulanmaktadır. Aynı doğrultuda “acımasız”, “insanlık dışı” veya “küçük düşürücü” nitelikteki bir “muamele” veya “ceza”nın “ağır” ve “kasıt” ihtiva eden biçimi olarak değerlendirilen “işkence”nin, “şiddetli acı” verilmesi veya “eziyet” uygulanması yoluyla gerçekleştirilmesi, “acı verme”nin failin kastı içinde olması ve nihai amacın “bilgi almak”, “cezalandırmak” veya “korku vermek” olması gerektiği, genel hatlarıyla kabul edilen temel kriterlerdir¹²². Saatler boyunca süren ve gerçek yara oluşturan veya ağır “fiziksel” ve “ruhsal” acı çekilmesine sebebiyet veren tasarlanmış fiiller ise “insanlık dışı muamele” olarak nitelendirilmektedir¹²³. Mağdurda korkma hali ve utanma ya da aşağılık hissi oluşmasına sebebiyet veren, “küçük düşürücü” ve “alçaltıcı” nitelikteki fiil ve davranışlar “küçük düşürücü muamele” olarak vasıflandırılmaktadır¹²⁴. Fakat bahsi geçen fiil ve davranışların mağduru küçük düşürmek, utandırma veya alçaltma amaçlı olup olmadığı, göz önünde bulundurulması gereken unsurlar arasında bulunmakla birlikte ve böyle bir amaç güdülmemiş olması tek başına, “işkence ve kötü muamele yasağının” ihlal edilmediği sonucuna varılmasını gerektirmez¹²⁵.

Anayasa’nın 17/3. maddesi ile men edilmiş bir fiile ilişkin tehditte bulunulması halinde, bu tehdidin “yeterince yakın ve gerçek olması” şartıyla kötü

¹¹⁹ Doğru, Nalbant, **C. I**, s. 126.

¹²⁰ Karaman, **Human Rights Law**, s. 81.

¹²¹ *Tahir Canan*, § 23; Karaman, **Human Rights Law**, s. 78, 81; Harris *et al.*, s. 72.

¹²² *Costello-Roberts/Birleşik Krallık*, B. No: 13134/87, 25/3/1993, § 30; *Labita/İtalya* [BD], § 120, *Hurtado/İsviçre*, B. No: 17549/90, 28/1/ 1994, § 67; Karaman, **Human Rights Law**, s. 78.

¹²³ *Hurtado/İsviçre*, § 67; bkz. Harris *et al.*, s. 77 vd.

¹²⁴ Harris *et al.*, s. 94.

¹²⁵ *Labita/İtalya* [BD], § 120.

muamele kapsamında değerlendirilmesi mümkündür¹²⁶. Nitekim *Gäfgen/Almanya* başvurusunda AIHM, işkence tehdidini “insanlık dışı muamele” olarak nitelendirmiştir¹²⁷.

ii. Kanıtlama

Asgari ağırlık eşiğini aşan, bir başka deyişle Anayasa'nın 17/3. maddesinin “uygulanabilir” olduğu kabul edilen olaylara ilişkin şikâyetin uygun delillerle desteklenmesi gerekir¹²⁸. Ancak ispat külfetinin iddia edene ait olduğuna ilişkin genel hukuk prensibinin işkence ve kötü muameleye ilişkin kararlarda katı biçimde uygulanması adil görünmemektedir¹²⁹.

Bu bağlamda adil olan ispat külfetinin başvuru ile kamu makamları arasında bölüştürülmesidir¹³⁰. Örneğin sağlıklı bir şekilde gözaltına alındıktan sonra, gözaltından çıkarılırken alınan doktor raporunda fiziksel şiddet uygulandığına ilişkin bulgular olması halinde, bahsi geçen bulguların işkence veya kötü muameleden kaynaklanmadığının makul bir şekilde açıklanarak ispatına ilişkin bilgi ve belgelerin sunulması Devletin görevidir. Aksi takdirde, böyle bir durumda Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının ihlali sonucuna ulaşılabilir¹³¹. Aynı koşullar, cezaevinde Devletin kontrolünde bulunan tutuklu veya hükümlülerle ilgili durumlar

¹²⁶ *Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık*, B. No: 7511/76, 7743/76, 25/2/1982, § 26.

¹²⁷ *Gäfgen/Almanya*, § 91.

¹²⁸ *Cuma Doygun*, B. No: 2013/394, 6/3/2014, § 28; *Klaas/Almanya*, B. No: 15473/89, 22/9/1993, § 30.

¹²⁹ *Orhan/Türkiye*, B. No: 25656/94, 18/6/2002, § 266.

¹³⁰ Bu noktada belirtmelidir ki Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolundaki yargılamada davalı taraf temsil edilmemektedir. Bu bağlamda savunmanın sorumluluğunu üstlenen bir taraf olmaması, bu sorumluluğu Anayasa Mahkemesinin üstlenmek zorunda kalmasına ve ispat külfetinin yanı sıra savunmaya yönelik hukuki argümantasyonun da yine Mahkemece üretilmesine neden olmaktadır. Savunma koltuğunun boş olması, bu koltuğu Anayasa Mahkemesinin fiilen doldurmak zorunda kalmasına neden olmakta olup, bu durum Mahkemenin tarafsızlığını zedelemektedir. Dahası, başvurunun kabul edilebilirliği veya esası hakkında bir karar verilmeden önce iddia ve savunmaların çarpışması ve bir çelişme sağlanamaması, fiili ve hukuki gerçekliğin tespitinde hatalı sonuçlara varılmasına da neden olabilmektedir.

¹³¹ *Selmouni/Fransa* [BD], B. No: 25803/94, 28/7/1999, § 87; *Salman/Türkiye* [BD], B. No: 21986/93, 27/6/2000, § 100; *Pruneanu/Moldova*, B. No: 6888/03, 16/1/2007, § 44; *Mammadov (Jalaloglu)/Azerbaycan*, B. No: 34445/04, 11/1/2007, § 60.

yahut kuvvet uygulama yetkisinin kullanıldığı durumlarda meydana gelen yaralanmalarda uygulanan cebrin orantılılığının ispatında da geçerlidir¹³².

Şikâyete konu olayın gerçeğe uygunluğunun tespiti için, “her türlü makul şüpheden uzak” (“*makul şüphenin ötesinde*”, “*beyond the reasonable doubt*” veya “*au-delà de tout doute raisonnable*”) delillerin mevcudiyeti gerekir¹³³. Bu vasıftaki bir delil, yeterince “ciddi”, “açık” ve “tutarlı” belirtilerden ya da “aksi ispat edilemeyen” karine veya ipuçlarından da oluşabilir¹³⁴. AİHM de “*bu kanıtlamaya yeterince sağlam, kesin ve birbiriyle uyumlu çıkarsamaların ve aynı ölçüde çürütülememiş maddi karinelerin bir arada bulunmasıyla varılabileceğini*” kabul etmektedir¹³⁵.

İşkence veya kötü muameleye maruz kaldığını iddia eden kişinin olaya ilişkin anlatımlarının somut nitelikte, “5NİK”¹³⁶ kuralının gereklerine ve sunulan delillere uygun olması zorunludur.

İşkence ve kötü muamele iddialarının ispatı bakımından anahtar rolüne sahip doktor raporlarının, CPT tarafından öngörülen standartlar ve İstanbul Protokolü’nde yer alan ilkelere uygun bir yöntem izlenerek düzenlenmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi de *Hamdiye Aslan* başvurusunda belirtilen Protokol’e atıf yapmıştır¹³⁷.

¹³² *Cemil Danişman*, B. No: 2013/6319, 16/7/2014; *Hidayet Enmek ve Eyüpsabri Tınas*, B. No: 2013/7907, 21/4/2016; *Vedat Şorli ve Bilal Şorli*, B. No: 2014/10459, 13/7/2016; *Abidin Cevher*, B. No: 2015/6361 18/7/2019; *Seyfullah Turan ve diğerleri*, B. No: 2014/1982, 9/11/2017; *İbrahim Aslan*, B. No: 2014/5978, 30/6/2016; *İpek Deniz ve diğerleri*, B. No: 2013/1595, 21/4/2016; *Ulaş Lokumcu*, B. No: 2013/7753, 27/10/2016; *S.K.*, B. No: 2014/10839, 25/2/2015

¹³³ *Cuma Doygun*, § 28; *İrlanda/Birleşik Krallık*, B. No: 5310/71, 18/1/1978, § 161; *Labita/İtalya* [BD], § 121; Karaman, **Human Rights Law**, s. 81.

¹³⁴ *Cuma Doygun*, § 28

¹³⁵ *İrlanda/Birleşik Krallık*, § 161; *Labita/İtalya* [BD], § 121.

¹³⁶ Gazetecilik mesleğinin bir kuralı olup, haberin öğelerini oluşturan “*ne? ne zaman? nerede? nasıl? neden? kim?*” sorularının baş harflerini içerir.

¹³⁷ *Hamdiye Aslan*, B. No: 2013/2015, 4/11/2015, § 64; İstanbul Protokolü’nün 1 No.lu Eki’nin 6. maddesinde şu kurallar öngörülmüştür: “*6a) İşkence ve kötü muamele soruşturmalarında çalışan tıp uzmanları her zaman en yüksek etik standartlara uygun biçimde davranmalı ve tıbbi araştırma ve muayeneden önce kişinin bilgilendirilmiş onamını almalıdır. Muayene, tıp biliminin kabul edilmiş standartlarına uygun biçimde yürütülmelidir. Muayene, tıp uzmanının denetimi altında, devlet görevlileri ve güvenlik güçleri mensuplarının mevcut olmadığı bir ortamda, kişinin mahremiyetine saygı göstererek yapılmalıdır. 6b) Tıp uzmanı muayenenin hemen*

iii. Vasıflandırma

Anayasa'nın 17/3. maddesinde yasaklanan “ışkence”, “eziyet” ve “*insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele/ceza*” şeklindeki ifade farklılıkları, işaret edilen olgulara vücut veren fiil ve davranışlar arasındaki “yoğunluk farkı”ndan kaynaklanmaktadır¹³⁸. Kişinin “maddi ve manevi varlığının bütünlüğü”nü en çok zedeleyen fiil ve davranışlar “ışkence”, ışkence düzeyine ulaşmamakla birlikte mağdurun vücuduna zarar veren veya ağır “fiziksel” veya “ruhsal” ıstıraplar oluşturan “insanlık dışı muameleler”in “eziyet”, küçük düşme ve alçalma hissi uyandıran daha “hafif” fiil ve davranışların ise “*insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele veya ceza*” şeklinde belirlenebilir.

Yukarıda ilgili bölümde zikredilen 1984 tarihli “İşkence ve Diğer Zalimane Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme”nin 1. maddesinde “ışkence”, “bir kimseye, kendisinden bir ikrar veya üçüncü kişiyle ilgili bilgi elde etmek, kendisinin veya üçüncü kişinin işlediği veya işlediğinden şüphelenilen bir fiil nedeniyle cezalandırmak, kendisine veya üçüncü kişiye gözdağı

sonrasında doğru bir yazılı rapor hazırlamalıdır. Bu raporda en azından aşağıdaki bilgiler yer almalıdır: (i) Görüşme Koşulları: Görüşme yapılan kişinin adı, muayene sırasında mevcut olanların adları, bu kişilerin muayene yapılan kişiyle olan ilişkileri, görüşmenin kesin tarihi, saati, görüşme yapılan yerin adresi (uygun olduğu durumlarda görüşme yapılan odanın yeri), görüşme yapılan yerin tanımı (örneğin klinik, cezaevi, ev vb.); görüşme yapıldığı sıradaki koşullar (muayene için geldiğinde veya muayene sırasında kişinin tabii olduğu kısıtlamalar, görüşme sırasında odada güvenlik güçlerinin mevcut olup olmadığı, tutukluyla eşlik edenlerin hal ve tavri, muayeneyi yapan kişiye yönelik tehditkar ifadeler vs.) ve diğer geçerli unsurlar; (ii) Öykü: Gerçekleştiği iddia edilen ışkence ve kötü muamele yöntemleri, ışkence ve kötü muamelenin ne zaman gerçekleştiği, bütün fiziksel ve psikolojik semptomlar ve şikayetler de dahil olmak üzere kişinin görüşme sırasında anlattığı öykünün detaylı bir raporu; (iii) Fiziksel ve Psikolojik Muayene: Uygun tanı koyucu testler ve mümkün olduğu durumlarda bütün yaralanmaların renkli fotoğrafları da dahil olmak üzere klinik muayene sonucunda elde edilen bütün fiziksel ve psikolojik bulguların kaydı. (iv) Değerlendirme: Fiziksel ve psikolojik bulgular ile ışkence ve kötü muamele arasındaki muhtemel ilişkinin değerlendirilmesi. Gerekli tıbbi ve psikolojik tedavi ve/veya yapılması gereken başka tıbbi testler ve muayeneler için görüş ve tavsiyeler; (v) Yazar: Raporda muayeneyi yapan kişilerin adları açıkça belirtilmeli ve rapor hazırlayanlar tarafından imzalanmalı; 6c) Hazırlanan rapor gizli tutulmalı ve rapor muayene edilen kişiye veya kişinin yasal temsilcisi olarak atadığı kimseye teslim edilmelidir. Muayene edilen kişi veya temsilcisinin muayene süreci hakkındaki görüşleri de sorulmalı ve raporda bu kişilerin görüşlerine de yer verilmelidir. Uygun olduğu durumlarda, ışkence veya kötü muamele iddialarını soruşturmakla yetkili olanlara da yazılı rapor verilmelidir. Bu raporun yetkili kişilere güvenli bir biçimde ulaştırılmasını güvenceye almak, Devlet'in sorumluluğudur. Muayene edilen kişinin rızası veya bu tür bir talepte bulunma yetkisi bulunan mahkemenin yetki vermesi istisna olmak üzere, rapor başka kimseye verilmemelidir.”

¹³⁸ Tahir Canan, § 22.

vermek veya zorlamak amacıyla veya ayrımcılığa dayanan herhangi bir gerekçeyle, bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir kişi tarafından veya bu kişilerin teşviki veya rızası veya muvafakatiyle üçüncü kişi tarafından, kasten işlenen ve işlendiği kimseye fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı veya ıstırap veren herhangi bir fiildir.”¹³⁹ “Kanuni yaptırımlardan kaynaklanan veya yaptırımın doğasında bulunan veya bu yaptırımlarla rastlaşan acı veya ıstırap”lar, işkence sayılmaz¹⁴⁰. AİHM içtihadında “işkence, çok ağır ve zalimane ıstıraplara neden olan kasti insanlık dışı muamele” olarak tanımlanmıştır¹⁴¹. Üçüncü kişilerin şiddetine karşı koruma yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar verdiği başvuruların hiçbirinde ihlale konu olan fiili işkence olarak nitelendirilmemiş olması, AİHM’nin anılan BM Sözleşmesi’ndeki tanımlamaya sadık kaldığını göstermektedir¹⁴².

İnsanlık dışı muamele, meşru bir muamele veya ceza için zorunlu olanın ötesinde, fiziksel yaralanmaya veya “yoğun bir fiziksel veya ruhsal acı veya ıstırapa” neden olan bir fiildir¹⁴³.

Yukarıda yer verilen BM Sözleşmesi’ndeki işkence tanımının içeriğindeki unsurlardan en az birinin eksik olması, ilgili fiili insanlık dışı muameleye dönüştürür¹⁴⁴. Daha basit bir ifadeyle işkence olarak kabul edilemeyen geniş anlamda kötü muamele fiilleri insanlık dışı muamele olarak vasıflandırılmaktadır.

Aşağılayıcı muamele ise yukarıdaki fiiller kadar ağır olmamakla birlikte ilgili kişinin onuruna yönelik ağır saldırı teşkil eden fiillerdir. Mağdur olan kişide üzüntü, korku, bayağılık veya değersizlik hissi meydana getiren fiiller, kişinin ruhsal veya

¹³⁹ Doğru, Nalbant, C. I, s. 137; http://www.danistay.gov.tr/upload/iskence_ve_diger_zalimane_gayri_insani_veya_kucultucu_muamele_veya_cezaya_karsi_sozlesme.pdf erişim: 8/10/2019.

¹⁴⁰ Doğru, Nalbant, C. I, s. 137; http://www.danistay.gov.tr/upload/iskence_ve_diger_zalimane_gayri_insani_veya_kucultucu_muamele_veya_cezaya_karsi_sozlesme.pdf erişim: 8/10/2019.

¹⁴¹ *İrlanda/Birleşik Krallık*, § 167; ayrıca bkz. Karaman, **Human Rights Law**, s. 82-83.

¹⁴² *M.C./Bulgaristan*, B. No: 39272/98, 4/12/2003, 187; *Pantea/Romanya*, B. No: 33343/96, 3/6/2003, § 195; *Opuz/Türkiye*, B. No: 33401/02, 9/6/2009, § 176.

¹⁴³ *Kudla/Polonya* [BD], B. No: 30210/96, 26/10/2000, § 92.

¹⁴⁴ Doğru, Nalbant, C. I, s. 139.

fiziksel direncinde kırılmaya neden olacak bir ağırlık seviyesine ulaştığı takdirde aşağılayıcı muamele olarak kabul edilmektedir¹⁴⁵.

Yukarıdaki açıklamalar insanlık dışı ve aşağılayıcı muamelelere ilişkindir. Anayasa'nın 17/3. maddesindeki “*kimse insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir cezaya ... tâbi tutulamaz.*” hükmü bağlamında, insanlık dışı ve aşağılayıcı cezaların da ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Nitelik yönünden kişinin vücut bütünlüğünü hedef alan cezaların tamamı “insanlık dışı veya aşağılayıcı” nitelikte kabul edilmektedir¹⁴⁶. Kişide küçülme, alçalma, korku, endişe veya zayıflık hissi oluşturmayı, kişinin düşünsel kişiliğini baskılamayı, direnç ve iradesini kırmayı amaç edinen ve kişiyi “*medeni ölü*” durumunda firar hayatı yaşamaya mecbur eden hapis cezaları da “aşağılayıcı muamele” niteliğinde görülebilmektedir¹⁴⁷.

Mahkemelerce verilen meşru nitelikteki cezaların tümünde kaçınılmaz bir düzeyde acı, ıstırap veya aşağılanma hissi bulunmaktadır. Bu kapsamdaki bir cezanın Anayasa'nın 17/3. maddesi çerçevesinde değerlendirilebilmesi için bahsi geçen “*kaçınılmaz düzey*”in ötesine geçilmiş olması gerekmektedir¹⁴⁸.

iv. Devletin Yükümlülükleri

Anayasa'nın 17/3. maddesi ve bu hükümlerle birlikte okunması gereken 5. maddesi çerçevesinde Devletin yükümlülükleri, işkence ve kötü muamelede bulunmama, insanlık dışı ceza vermeme, üçüncü kişilerin şiddetine karşı koruma ve işkence ve kötü muamele iddiaları hakkında etkili soruşturma yürütme şeklinde sıralanmaktadır.

¹⁴⁵ *İrlanda/Birleşik Krallık*, § 167; *Kudla/Polonya* [BD], § 92; *Smith ve Grady/Birleşik Krallık*, B. No: 33985/96, 33986/96, 27/9/1999, § 120; Karaman, **Human Rights Law**, s. 81.

¹⁴⁶ Doğru, Nalbant, **C. I**, s. 141.

¹⁴⁷ *Ülke/Türkiye*, B. No: 39437/98, 24/1/2006, § 62.

¹⁴⁸ *Kudla/Polonya* [BD], § 92-94.

(1) Şiddet Uygulamama

Devletin şiddet uygulamama yükümlülüğü, negatif nitelikte bir maddi yükümlülüktür¹⁴⁹. Bu yükümlülük daha çok kamu görevlilerinin bireylere karşı herhangi bir şekilde şiddet uygulamaları ile bireylerin şiddet görme riski ile karşı karşıya kalmalarına neden olacak şekilde geri gönderme veya sınır dışı kararları verilmesi halinde gündeme gelmektedir.

Suç işlediği şüphesi ile gözaltına alınan kişiye, devlet görevlileri tarafından ikrar, delil veya bilgi elde etme amaçlı olarak şiddet uygulanması Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasındaki yükümlülüğün negatif boyunun ihlali sonucunu doğurur. Özgürlüğünden yoksun bırakılmakta olan ve bu yönüyle özgür bireylere göre birçok yönden daha savunmasız durumda olan bir kişiye (bu kişinin kendisinin veya başkalarının yaşam veya vücut bütünlüğünü tehdit eden davranışları kesin olarak mecbur bırakmadıkça) karşı kuvvet kullanılması insan onuruna aykırıdır. Bu koşulların doğrudan veya dolaylı etkisi altında elde edilen deliller de hiçbir şekilde hükme esas almamaz¹⁵⁰.

Hukuki statüleri farklı olmakla birlikte benzer koşullar, aynı şekilde acizyet içinde bulunan tutuklu ve hükümlüler için de geçerlidir. Bu bağlamda cezaevinde güvenliğin sağlanması, düzen ve disiplinin korunması veya suç işlenmesinin önlenmesi bakımından zorunluluk arz eden durumlarda ve gereken düzeyin ötesine geçmemek kaydıyla orantılı güç kullanımına izin verilmektedir¹⁵¹. Gözaltındaki kişilerde olduğu gibi, mahpus statüsündeki kişinin de kendi davranışları kesin olarak gerektirmedikçe fiziksel güç kullanımı insan onuruna aykırıdır¹⁵².

¹⁴⁹ Doğru, Nalbant, C. I, s. 141.

¹⁵⁰ Murat Volkan Dülger, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi ile Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 2014, S. 111, s. 325-410; Karş. *Gafgen/Almanya*.

¹⁵¹ *Ivan Vasilev*, B. No: 48130/99, 12/4/2007, § 63.

¹⁵² *Sheydayev/Rusya*, B. No: 65859/01, 7/12/2006, § 59; *Krastanov/Bulgaristan*, B. No: 50222/99, 30/9/2004, § 53; *Vladimir Romanov/Rusya*, B. No: 41461/02, 24/7/2008, § 63.

Anayasa'nın 17. ve AİHS'nin 3. maddelerinde, belirli bir kanuni görev veya fiilin yerine getirilmesi bağlamında kişinin yakalanabilmesi için kuvvet kullanımı yasaklanmamıştır. Sınırları belirli olan bazı hallerde, kaçınılmaz olanın ötesinde olmamak ve ifrat düzeyine varmamak şartıyla, kolluk görevlilerince fiziki kuvvet kullanılması, “kötü muamele” olarak nitelendirilmemektedir¹⁵³. Buna karşılık, kişinin kendi fiil, hareket veya tavrı nedeniyle ortaya çıkan zorunluluk dışında kuvvet kullanımına başvurulması, kural olarak Anayasa'nın 17/3. maddesinin ihlali anlamına gelebilir¹⁵⁴. Bu çerçevede zor kullanma sırasında “işkence ve kötü muamele yasağı”nın ihlal edildiği iddiaları incelenirken, ilgili olayda zor kullanma gerektiren bir durum olup olmadığının ve böyle bir durum varsa kullanılan gücün ölçülü olup olmadığının denetlenmesi gerekir.

Kolluk görevi ifa eden kişilere direnilmesi, zor kullanma gerektiren durumlardan bir tanesi olup, direnme fiili, direnen şahsın sergilediği tutuma göre “aktif” veya “pasif” şekilde tezahür edebilir¹⁵⁵. Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin *Vedat Şorli ve Bilal Şorli* başvurusuna ilişkin kararına göre aktif direnme, kolluk görevlisine karşı fiziki bir saldırı, “cebir veya tehdit eylemleri sonucu görevin ifasının engellenmesi”ni, pasif direnme ise “herhangi bir fiziki saldırı, cebir veya tehdit içermeyen, kolluk görevlisinin talimatlarına uymama şeklinde gerçekleşen eylemsizlik hâlini” ifade etmektedir. Bu bağlamda direnmenin niteliğine göre görevin ifası için gerekli olan gücün mahiyeti değişkenlik arz etmektedir. Diğer taraftan, söz konusu karara göre zor kullanmanın meşru kabul edilebilmesi için direnme halinin devam etmekte olması, kuvvet kullanımının görevin yerine getirilmesi için zorunluluk arz etmesi ve ulaşılmaması arzulanan gaye ile “orantılı” olması gereklidir. Görevlerini ifa ederken direnişle karşılaşan kolluk görevlileri, bu “direnışı kırmak amacıyla” ve “direnışı kırarak ölçüde” kuvvet kullanmaya yetkili oldukları gibi fiziksel bir saldırı karşısında meşru savunma hakkına sahip iseler de

¹⁵³ *Ali Rıza Özer ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/3924, 6/1/2015, §§ 81-82; *Vedat Şorli ve Bilal Şorli*, B. No: 2014/10459, 13/7/2016, § 103.

¹⁵⁴ *Cezmi Demir ve diğerleri*, § 92.

¹⁵⁵ *Vedat Şorli ve Bilal Şorli*, § 106.

söz konusu hakkın kullanımı, yalnızca zorunlu hâllerde başvurulabilecek bir yol olup kullanılan gücün ölçülü ve kademeli olması gerekmektedir¹⁵⁶.

Aynı şekilde barışçıl olmayan toplantı ve gösteri yürüyüşlerine yönelik müdahaleler kapsamında toplantının dağıtılması ve suça karışanların yakalanması amacıyla uygulanan şiddetin de orantılı olması gerekmektedir¹⁵⁷.

(2) İnsanlık Dışı Ceza Vermeme

İnsanlık dışı ceza kategorisi bahis mevzuu olduğunda, ilk sırada akıllara gelen olgu ölüm cezasıdır. Ölüm cezası, Anayasa'nın 17/3. ve AİHS'nin 3. maddeleri anlamında “*insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele*” teşkil etmektedir¹⁵⁸.

Avrupa Konseyi üyesi olarak Türkiye Cumhuriyeti, 6 ve 13 No.lu Protokollerdeki imzası veya onayının bir sonucu olarak ölüm cezasını, Anayasa'nın 38. maddesinin onuncu fıkrasında 5170 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle gerçekleştirilen değişiklik ile tümüyle yürürlükten kaldırmıştır. Bu şekilde ölüm cezası verilmesine ilişkin yasak, anayasal bir çerçeveye kavuşmuştur. Dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti bakımından ölüm cezası bağlamında insanlık dışı muamele yasağına ilişkin potansiyel bir sorun kalmamıştır.

Ölüm cezası gibi bedensel ceza da “*insanlık dışı ceza*” kategorisine ilişkin bir diğer başlıktır. AİHM'ye göre kanunlar çerçevesinde, bir mahkeme kararına dayalı olarak kamu görevlileri eliyle infaz edilen bedensel ceza, şiddetin kurumsallaşmış halidir¹⁵⁹.

Hapis cezası, kural olarak “*insanlık dışı ceza*” niteliğinde değildir. Bu bağlamda bir hapis cezasının Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasını ihlal ettiğinin kabul edilmesi için, ortaya çıkan acı, ıstırap veya küçük düşme hissini

¹⁵⁶ Vedat Şorli ve Bilal Şorli, §§ 106-107.

¹⁵⁷ Ahmet Akman/Türkiye, B. No: 33245/05, 13/10/2009, §§ 40-42; Serkan Yılmaz ve diğerleri, B. No: 25499/04, 13/10/2009, §§ 24-25.

¹⁵⁸ Al-Saadoon ve Mufdhi/Birleşik Krallık, B. No: 61498/08, 2/3/2010.

¹⁵⁹ Tyrer/Birleşik Krallık, B. No: 5856/72, 25/4/1978, § 33.

meşru bir hapis cezasının zorunlu olarak barındırdığı düzeyin ötesine geçmesi gerekir¹⁶⁰.

Müebbet hapis cezasının “*insanlık dışı muamele*” olduğu iddiasıyla önüne gelen bireysel başvurulara ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi, başka nedenlerle hak ihlali kararları verilmesi gerekçe gösterilerek müebbet hapis cezasına ilişkin iddiaları incelemekten kaçınmıştır¹⁶¹. AİHM’ye göre ağır suç işleyen yetişkinlerin müebbet hapis cezası ile cezalandırılmaları taraf devletlerin takdir marjı içinde kalmakla birlikte bu cezasının “*insanlık dışı muamele*” teşkil etmemesi için infazın gözden geçirilmesi olanağı bulunması ve çok düşük de olsa salıverilme ümidinin var olması gerekmektedir¹⁶². AİHM’nin *Vinter ve diğerleri/Birleşik Krallık* kararındaki tespitlerine göre tutukluk durumunun dayanakları arasında statik bir denge olmayıp “mahkûmiyet” sonrasında değişikliğe uğrayabilmektedir. Bu faktörler ve değişikliklerin sağlıklı bir şekilde izlenebilmesi için mutlaka mahkûmiyet hali ile alakalı gözden geçirmelerin uygun aralıklarla yapılması zorunludur. Öte yandan, herhangi bir tahliye veya gözden geçirme ihtimali bulunmaksızın hapsedme, mahpusun cezaevinde “ne yaparsa yapsın” ve “ne kadar sıra dışı bir iyileşme gösterirse gösterebilir” işlediği suçu telafi etme fırsatına asla sahip olamamak gibi bir durum ortaya çıkarmaktadır. Bir insanın, çok uzak bir vade veya koşula bağlı olsa dahi günün birinde yeniden özgürlüğüne kavuşma fırsatı verilmeksizin özgürlüğünden yoksun bırakılması, insan onurunu zedeleyici nitelikte bir durumdur¹⁶³.

(3) Üçüncü Kişilerin Şiddetine Karşı Koruma

Devletin işkence ve kötü muamele yapmama şeklindeki negatif yükümlülüğünün yanı sıra Anayasa’nın 5. maddesi ile 17. maddesinin üçüncü

¹⁶⁰ *Kudla/Polonya* [BD], § 92-93.

¹⁶¹ *Sertaç Kılıçarslan*, B. No: 2013/7090, 18/2/2016, § 191; *Abdulselam Tatal ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/2319, 8/4/2015, § 77.

¹⁶² *Kaşkaris/Kıbrıs*, B. No: 21906/04, 12/2/2008, § 99; *Vinter ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 66069/09, 130/10, 3896/10, 9/7/2013, §§ 104-105 ve 109.

¹⁶³ *Vinter ve diğerleri/Birleşik Krallık*, § 111-113.

fikrasının bütün olarak değerlendirilmesi neticesinde, egemenlik sahasında bulunan bireyleri, her türlü işkence, eziyet veya insan haysiyeti ile bağdaşmayan muameleye karşı koruma ve bu tür fiilleri engelleme şeklinde pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır¹⁶⁴. Vücut bütünlüğüne yönelik fiziksel saldırılar gibi cinsel saldırılar da bu kapsamda engellenmesi gereken fiiller arasındadır.

(4) Etkili Soruşturma

“İşkence ve kötü muamele”ye ilişkin iddiaların soruşturulması, Devletin “pozitif nitelikteki bir usul yükümlülüğü”dür. Devletin “işkence ve kötü muamele” kapsamındaki eylemleri “soruşturma yükümlülüğü”, (“yaşam hakkı”nın güvenceleri ile paralel olarak) maddi nitelikteki “işkence ve kötü muamele yapmama” ve bu kapsamdaki her türlü eyleme karşı “bireyleri koruma” yükümlülüklerinden bağımsızdır. Dolayısıyla maddi yükümlülükler yönünden ihlal sonucuna ulaşılamasa dahi soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşılması mümkündür.

Soruşturma yükümlülüğünün pozitif dayanağı, Anayasa’nın 17. maddesinin “Devletin temel amaç ve görevleri” başlığını taşıyan 5. maddesi ile beraber okunması ile ortaya çıkmaktadır¹⁶⁵. Uluslararası hukukta ise 1984 tarihli “İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”nin 12. maddesine göre “her bir taraf devlet, kendi egemenliği altındaki ülkede bir işkence fiilinin işlendiğine inanmak için makul sebepler bulunması halinde, yetkili makamlar tarafından derhal ve tarafsız bir soruşturma yapılmasını sağlamakla” yükümlüdür¹⁶⁶. Nihayet AİHS’nin 1., 3. ve 13. maddeleri de birlikte okunduğunda devletin soruşturma yükümlülüğünün mevcut olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

¹⁶⁴ Karaman, **Human Rights Law**, s. 81.

¹⁶⁵ *Salih Akkuş*, B. No: 21012/1017, 18/9/2013, § 30; *Turan Uytun ve Kevzer Uytun*, B. No: 2013/9461, 15/12/2015, § 72.

¹⁶⁶ *Salih Kılıç*, B. No: 2013/5330, 21/1/2016, § 46; http://www.danistay.gov.tr/upload/iskence_ve_diger_zalimane_gayri_insani_veya_kucultucu_muamele_veya_cezaya_karsi_sozlesme.pdf erişim: 8/10/2019.

“İşkence ve kötü muamele” iddialarının soruşturulmasına dair ilkeler, İstanbul Protokolü’nde yer almakta olup, Anayasa Mahkemesi¹⁶⁷ ve AİHM¹⁶⁸ de birçok kararında bu ilkelere atıf yapmıştır.

Belirtilen ilkeler soruşturmanın başlatılması, soruşturma makamlarının bağımsızlığı, soruşturmanın etkililiği, soruşturmanın “makul bir özen” ve süratle yürütülmesi, soruşturmada saydamlık ve kamusal denetime açıklık şeklinde sıralanmaktadır¹⁶⁹. Bu ilkelere ek olarak AİHM “yaptırımın caydırıcılığı”nı da eklemektedir¹⁷⁰.

2. Yabancıların İşkence ve Kötü Muameleye Karşı Korunması

Yukarıda yaşam hakkına ilişkin kısımda da ifade edildiği gibi, Anayasa’nın 16. maddesine göre temel hak ve özgürlükler, yabancılar yönünden uluslararası hukuka uygun bir şekilde ve kanun ile sınırlandırılabilir ve bu çerçevede münhasıran vatandaşlara özgü nitelikteki temel hak ve özgürlükler dışında yabancılar ile vatandaşlar arasında ayırım gözetilemez.

Yabancılarla ilişkin hukuki tasarrufların Anayasa’nın 17/1-3. maddesi çerçevesinde oluşturduğu potansiyel sorunlar, anılan kişilerin idari gözetim altında tutuldukları koşulların elverişsizliği ile bu kişilerin öldürülme veya “işkence, eziyet veya insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele veya ceza”ya maruz kalma riskleri bulunan ülkelere sınır dışı edilmeleridir.

¹⁶⁷ *F.E. ve diğerleri*, B. No: 2014/15586, 23/1/2019; *Adil Güzel ve Mühsin Güzel*, B. No: 2015/9977, 10/1/2019; *Abdülbaki Bingöl ve İsa Bingöl*, B. No: 2015/5100, 23/1/2019; *Mehmet Nuri Tural*, B. No: 2015/18073, 29/11/2018; *Bayram Tuğrul Yıldırım ve Hasan Yıldırım*, B. No: 2014/5280, 24/5/2018; *Tuna Ayçiçek*, B. No: 2014/6526, 24/1/2018; *Z.C.*, B. No: 2013/3262, 11/5/2016; *Hıdır Öztürk ve Dilif Öztürk*, B. No: 2013/7832, 21/4/2016; *Hidayet Enmek ve Eyüpsabri Tinaş*, B. No: 2013/7907, 21/4/2016; *Muzaffer Özer ve diğerleri*, B. No: 2013/1146, 4/2/2016; *Hakan Olğun*, B. No: 2013/7588, 17/2/2016; *Sinan Işık*, B. No: 2013/2482, 13/4/2016; *R.K.*, B. No: 2013/6950, 20/4/2016; *Cengiz Kahraman ve Kenan Özyürek*, B. No: 2013/8137, 20/4/2016; *Diyaeddin Alak*, B. No: 2013/7122, 21/4/2016; *Hamdiye Aslan*, B. No: 2013/2015, 4/11/2015; *Turan Günana (5)*, B. No: 2013/5545, 15/12/2015; *Feride Kaya*, B. No: 2013/2365, 20/1/2016; *Salih Kılıç*, B. No: 2013/5330, 21/1/2016; *Ahmet Zeki Üçok*, B. No: 2013/1966, 25/3/2015.

¹⁶⁸ *Batu ve diğerleri*, B. No: 33097/96, 57834/00, 3/6/2004, §§ 133-137.

¹⁶⁹ Harris *et al.*, s. 113; Karaman, **Human Rights Law**, s. 81.

¹⁷⁰ Harris *et al.*, s. 113; Karaman, **Human Rights Law**, s. 81.

a. Şiddet Riskine Maruz Bırakmama Yükümlülüğü

Yabancıların yurda giriş çıkışları ve ikametlerinin düzenlenmesi ve bu bağlamda ülkede kalması istenmeyen yabancıların sınır dışı edilmesi, devletlerin egemenlik yetkileri kapsamındadır¹⁷¹. Ancak bu yetki sınırsız olmayıp, “yaşam hakkı” ile “işkence ve kötü muamele yasağı”na dair kurullarla çevrelenmiştir.

1984 tarihli “İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”nin 3. maddesine göre bir kişinin “diğer bir devlette işkence tehlikesine maruz kalacağına inanmak için esaslı sebeplerin bulunması halinde”, sözleşmeye taraf devletin söz konusu kişiyi sınır dışı etmesi, geri göndermesi yahut iade etmesi yasaktır¹⁷².

AİHS sistemine göre de bir kişinin geri gönderilmesine karar verilen ülkede işkence ve kötü muamele yasağına aykırı koşullarla karşı karşıya kalacağı veya bu kapsamdaki fiillere maruz kalacağı konusunda “*gerçek bir risk*” bulunması ve bu riskli duruma dair inandırıcı maddi sebepler gösterilmesi halinde ilgili devletin sorumluluğu devreye girmektedir.

Ölüm cezası, ölüm koridoru, bedensel ceza, işkence veya kötü muamele görme gibi durumlar bahsi geçen “*gerçek risk*” kategorisine dahildir. Hatta AİHM “*gerilimli bir ortamda ölüm riski*”ni de diğer olgularla birlikte bu kapsamda değerlendirmiştir¹⁷³.

Bireysel başvuru incelemesi kapsamında riskin gerçekliği değerlendirilirken başvurucunun öznel koşulları, hedef ülkedeki genel koşullar, geri gönderme kararının esas ve usul yönünden sahip olduğu güvenceler ve belirleyici faktör olmamakla

¹⁷¹ Korkut, **Egemen Yetki**, s. 23.

¹⁷² [http://www.danistay.gov.tr/upload/iskence ve diger zalimane gayri insani veya kucul tucu muamele veya cezaya karsi sozlesme.pdf](http://www.danistay.gov.tr/upload/iskence_ve_diger_zalimane_gayri_insani_veya_kucul_tucu_muamele_veya_cezaya_karsi_sozlesme.pdf) erişim: 8/10/2019; Bu kural AİHS'nin “dinamik” veya “evrimsel” yorumu bakımından da önemli bir örnek teşkil etmektedir. Gerçekten de “kişilerin devletler için pozitif yükümlülükler öngörüldüğü yönündeki kararları, ilgili güvencelere içkin olan bazı yükümlülüklerin keşfi veya devletler için yeni yükümlülüklerin öngörülmesi olarak” görülmektedir (Harris *et al.*, s. 8).

¹⁷³ *D./Birleşik Krallık*, §§ 46 vd.

birlikte hedef ülke tarafından verilen güvenceler dikkate alınmaktadır¹⁷⁴. Kararın uygulanmış olduğu durumlarda belirtilen hususların denetimi, o tarihte geri gönderen devlet tarafından bilinen veya bilinmesi gereken koşullar çerçevesinde yapılmalıdır.

Kişinin genel riskleri öne sürmek yerine, kendisi bakımından somutlaşmış olan riskleri kanıtlaması gerekmektedir. Ancak sistematik hak ihlallerine maruz kaldığı konusunda ciddi kanıtlar bulunan bir grubun mensubu olduğunu ortaya koyabilmesi de yeterli görülebilmektedir¹⁷⁵.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru incelemesinde referans alınması gereken¹⁷⁶ AİHS perspektifine göre bir mülteci statüsüne sahip bir yabancı, mülteci statüsü ile bağlantılı sebeplerden bağımsız bir korumaya sahiptir¹⁷⁷. Bu bağlamda, AİHS'nin sağladığı koruma, mültecilerle sınırlı olmayıp, tüm yabancılar ve hatta suç şüphesi veya ceza mahkumiyeti nedeniyle aranan suçluları dahi kapsamakta ve anılan kişiler, şiddet riski mevcut olduğu takdirde geri göndermeye karşı korunabilmektedir¹⁷⁸.

Yukarıda hukuki çerçeve kısmında da belirtildiği üzere 6706 sayılı Kanun'un 11/1-(b) maddesi, "ırkı, etnik kökeni, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî görüşleri nedeniyle bir soruşturma veya kovuşturmaya maruz bırakılacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence veya kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebepleri" bulunan bir yabancının iadesini yasaklamaktadır.

¹⁷⁴ Doğru, Nalbant, **C. I**, s. 151.

¹⁷⁵ *Saadi/İtalya*, B. No: 37201/06, 28/2/2008, § 132; *Salah Sheekh/Hollanda*, B. No: 1948/04, 11/1/2007, § 148.

¹⁷⁶ Bu gereklilik bireysel başvurunun dayanağı olan Anayasa'nın 148/3. maddesi ve Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki doğrudan uygulama kuralından kaynaklanmaktadır (Ayrıca bkz. *Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, §§ 41 vd.).

¹⁷⁷ Korkut, **Egemen Yetki**, s. 24.

¹⁷⁸ Korkut, **Egemen Yetki**, s. 24.

i. Ölüm Cezası Uygulanabilecek Ülkeye Göndermeme Yükümlülüğü

Ölüm cezası, 6 ve 13 No.lu Protokoller ve AİHS'nin 2. maddesi uyarınca yasak ve “kabul edilemez” nitelikte bir ceza yöntemi olup, AİHS'nin 3. maddesi anlamında “*insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele*” teşkil etmektedir¹⁷⁹. Avrupa Konseyi üyesi bir devlet 6 ve 13 No.lu Protokollerde imzası veya onayı olmasa dahi Konsey üyeliği ile deruhte ettiği idam cezasının kaldırılmasına yönelik kesin taahhüt çerçevesinde AİHS'nin 2. ve 3. maddelerinden doğan, kişinin “ölüm cezasına maruz kalma” riskiyle karşı karşıya kalacağına dair somut kanıtların mevcudiyeti durumunda başka devlete iade/sınır dışı etmemek zorundadır¹⁸⁰.

Bu kapsamda bir sorumlulukla karşılaşma ihtimalinin izalesi için hedef ülke tarafından ilgili kişinin ölüm cezasıyla yargılanmayacağı veya hüküm verilmiş ise cezanın infaz edilmeyeceğine dair güvence verilmiş olması gerekmektedir¹⁸¹.

ii. Ölüm Koridoru Yaşanabilecek Ülkeye Göndermeme Yükümlülüğü

Ölüm koridoru, kişiye ölüm cezası verilen durumlarda, cezanın infazına kadar geçen bekleme halini ifade etmektedir¹⁸². Ölüm koridoru olgusu, ölüm cezasının infazına kadar geçen süre zarfındaki hapsedilme koşulları, bu süreçte göreceği muameleler, hükümlünün öznel durumu ve işlendiği kabul edilen suçun ağırlık düzeyi gibi faktörler nedeniyle işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında değerlendirilmektedir¹⁸³.

Ölüm cezasında olduğu gibi ölüm koridoru olgusu bakımından da hedef ülkenin vereceği güvence önem arz etmektedir. Bu bağlamda verilen güvencenin kişinin “ölüm cezası” ile cezalandırılma ve dolayısıyla ölüm koridorunda kalma

¹⁷⁹ *Al-Saadoon ve Mufdhi/Birleşik Krallık*, B. No: 61498/08, 2/3/2010.

¹⁸⁰ *A.L. (X.W.)/Rusya*, B. No: 44095/14, 29/10/2015.

¹⁸¹ *Mamatkulov ve Askarov/Türkiye*, B. No: 46827/99, 46951/99, 4/2/2005, §§ 66-70.

¹⁸² Doğru, Nalbant, **C. I**, s. 152.

¹⁸³ *Soering/Birleşik Krallık*, B. No: 14038/88, 7/7/1989, § 104.

tehlikesiyle karşı karşıya kalmayacağına dair inandırıcı sebepler bulunması gerekir¹⁸⁴.

iii. Bedensel Ceza Uygulanabilecek Ülkeye Göndermeme Yükümlülüğü

Bir kişi hakkında uygulanan cezanın “işkence ve kötü muamele yasağı”na aykırı olduğunun kabul edilebilmesi için kişinin maruz kaldığı “acı” ve “küçük düşürülme hali”nin “meşru bir muamele” veya “ceza”da kaçınılmaz olarak mevcut olanın ötesine geçmesi gerekmektedir¹⁸⁵. Ancak penolojik öncelikler çerçevesinde aynı veya daha fazla düzeyde acıya yol açan farklı muameleleri gerekli kılabilir. Bu bağlamda standart hapsedilme koşulları gereği kişinin maruz kaldığı “acı” veya “küçük düşürülme” hissi bedensel cezalardan fazla olsa dahi meşru kabul edilebilirken, hapis cezası kadar ağır sonuçları olmayan “bedensel cezalar” “işkence ve kötü muamele yasağı”na aykırı kabul edilmektedir¹⁸⁶.

Gönderildiği ülkede verilecek olan cezanın “bedensel” nitelikte olmasına rağmen kişinin geri gönderilmesi, Anayasa’nın 17/3. maddesine aykırılığa vücut verir. Bu kapsamda hedef ülkede verilmiş ve kesinleşmiş mevcut bir ceza olabileceği gibi verilme riski olan bir ceza da söz konusu olabilir¹⁸⁷. Her halükârda cezanın verilmesine veya infazına ilişkin riskin açık ve yakın nitelikte olması gerekir¹⁸⁸.

iv. Öldürülme veya İşkence Görme Riski Olan Ülkeye Göndermeme Yükümlülüğü

Bir yabancının, sınır dışı veya başka bir yöntemle geri gönderileceği ülkede “işkence ve kötü muamele yasağı”na aykırı fiillerle karşı karşıya kalacağı konusunda “gerçek bir risk” bulunması durumunda “ulusal güvenlik” gerekçesi söz konusu olsa

¹⁸⁴ *Soering/Birleşik Krallık*, § 98.

¹⁸⁵ *Harris et al.*, s. 72.

¹⁸⁶ *Harris et al.*, s. 72.

¹⁸⁷ *Jabari/Türkiye*, B. No: 40035/98, 11/7/2000, § 42 (Ayrıca söz konusu *Jabari/Türkiye* kararının Türk hukukuna etkileri hakkında bkz. Korkut, **Egemen Yetki**, s. 26 vd.).

¹⁸⁸ *D. ve diğerleri*, B. No: 24245/03, 22/6/2006, §§ 45-54.

dahi sınır dışı edilmesine izi verilemez¹⁸⁹. Böyle durumlarda, riskin gerçek olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Riskin gerçek olduğu sonucuna varılması halinde kişinin geri gönderilmemiş olması halinde “gönderilmesi halinde Anayasa’nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının ihlal edileceğine”; gönderilmiş ise “gönderme nedeniyle Anayasa’nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının ihlal edildiğine” karar verilecektir¹⁹⁰.

Öldürülme veya işkence görme riski, hedef ülkedeki kamu otoritesinden kaynaklanabileceği gibi üçüncü kişilerden de kaynaklanabilir. Hatta insani düşüncelerin ön plana çıktığı bazı istisnai durumlarda, bireyin öznel sağlık durumu ile gönderileceği ülkedeki sağlık koşulları ve tıbbi imkanlar arasındaki uygunsuzluk dahi işkence ve kötü muamele kapsamında değerlendirilebilir¹⁹¹.

Riskin gerçekliğinin tespitinde maddi sebeplerin bulunup bulunmadığı belirlenirken incelemenin yapıldığı tarih itibarıyla elde mevcut bilinen veya bilinmesi gereken tüm bilgi ve belgeler dikkate alınmalı ve risk oluşturan olay veya olguların kendi koşulları içinde belirli bir asgari ağırlık eşiğinin üstünde olması ve kişinin gönderileceği tarih itibarıyla hedef ülkedeki koşullar ve başvuru kişinin kişisel durumu çerçevesinde geri göndermenin muhtemel sonuçlarının değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁹². Bu bağlamda başvuru kişinin geri göndermeye ilişkin korkularının “maddi temel”den yoksun olmaması, riskin bir ihtimal değil somut bir gerçeklik olması şarttır¹⁹³. Yerel makamlarca yapılan risk analizindeki titizlik de bireysel başvuru incelemesinin sonucuna etki eden bir diğer faktördür¹⁹⁴.

¹⁸⁹ Harris *et al.*, s. 72.

¹⁹⁰ Doğru, Nalbant, C. I, s. 154.

¹⁹¹ D./Birleşik Krallık, §§ 46-54; Tulkens, s. 162-163.

¹⁹² *Vilvarajah ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 13163/87, 13164/87, 13165/87 ..., 30/10/1991, §§ 107-108.

¹⁹³ *Cruz Varas ve diğerleri/İsveç*, B. No: 15576/89, 20/3/1991, §§ 77-84.

¹⁹⁴ *Vilvarajah ve diğerleri/Birleşik Krallık*, §§ 109-114.

b. İnsani Olmayan Koşullarda Tutmama Yükümlülüğü

Anayasa Mahkemesinin mevcut bireysel başvuru kararları esas alınarak, bu başlık altında yalnızca tutma koşullarının elverişsizliği konusuna değinilecektir.

Özgürlüğünden mahrum bırakılan bir kişinin “beden ve ruh sağlığı”, maddi veya manevi anlamda işkence veya kötü muamele uygulanmasa dahi tutma koşullarının ağırlığı nedeniyle olumsuz etkilenebilir ve bu etki ağırlık eşiğini aşarak Anayasa’nın 17. maddesinin üçüncü fırcası kapsamında değerlendirilebilir¹⁹⁵. Bu korumadan gözaltında tutulan, tutuklanan, tedavi tedbiri uygulanan veya hapis cezası infaz edilen kişilerin yanı sıra sınır dışı edilmelerine veya geri göndermelerine karar verilen yabancılar da yararlandırılır¹⁹⁶.

Anayasa Mahkemesi, “işkence, eziyet ve insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele” iddialarını incelerken, öncelikle başvurucunun maruz kaldığını iddia ettiği muamelenin ağırlık düzeyi itibarıyla “insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele” veya daha ağır bir seviyeye ulaşıp ulaşmadığına odaklanmaktadır.

Anayasa’nın 19/2. maddesinde ifade edilen “*usulüne aykırı bir şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen*” kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları mümkündür¹⁹⁷. Belirtilen maksatla “idari gözetim” altında tutulan bir yabancı kişinin hapsedildiği mekandaki fiziki şartların Anayasa’nın 17. maddesinde incelenebilecek düzeyde ağır olduğu, bir başka ifadeyle en az “*insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele*” düzeyine ulaştığının kabul edilebilmesi için asgari ağırlık eşiğinin aşılmış olması gerekir. Bu asgari eşik ise ancak somut olayın özellikleri (“muamelenin süresi”, “fiziksel ve ruhsal tesirleri” ile “mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu”, varsa “sorumluların

¹⁹⁵ Doğru, Nalbant, C. I, s. 160.

¹⁹⁶ Doğru, Nalbant, C. I, s. 160.

¹⁹⁷ *Rıda Boudraa*, B. No: 2013/9673, 21/1/2015, § 73.

kasten hareket edip etmedikleri”, “güttükleri amaç ve saik” vb.) dikkate alınarak değerlendirilebilir¹⁹⁸.

Anayasa Mahkemesi, idari gözetim altındaki yabancıların tutulma şartlarının Anayasa'nın 17/3. maddesi anlamında “*insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele*” niteliğinde olup olmadığını incelerken ağırlıklı olarak kişilere düşen yaşam alanının genişliğini dikkate almaktadır¹⁹⁹.

AİHM, bu tip başvurularda kişi başına düşen dört metrekare alanı asgari standart olarak esas almaktadır. Bununla birlikte bir kişi için üç metrekareden az bir alan düşmesini, tutmaya ilişkin diğer parametreleri incelemeye gerek görmeksizin doğrudan hak ihlali olarak değerlendirmektedir²⁰⁰. Anayasa Mahkemesi de aynı yolu takip ederek ihlal yönünde kararlar vermiştir²⁰¹. Ancak *B.T.* başvurusu ve sonraki başvurularda Anayasa Mahkemesi geri gönderme merkezlerindeki tutma koşullarına karşı etkili başvuru yolu bulunmadığına dair önceki içtihadından dönerek bu kapsamda idari yargı yolunu işaret etmektedir²⁰². Bu nedenle belirtilen *B.T.* kararından sonra ihlal kararlarına rastlanmamaktadır.

Tutma koşullarının Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasındaki güvencelere uygunluğu bakımından kişi başına düşen alanın, standartların üstünde olması ise tek başına yeterli değildir. Bunun yanı sıra tutulmakta olan kişilere günlük olarak açık havadan yararlanma imkânı verilmesi, kapalı mekanların yeterli gün ışığı

¹⁹⁸ *Tahir Canan*, § 23; *Cezmi Demir ve diğerleri*, § 83; *Rıda Boudraa*, § 60; benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Kafkaris/Kıbrıs*, B. No: 21906/04, 12/2/2008, § 95, *Yarashonen/Türkiye*, B. No: 72710/11, 24/6/2014, § 71.

¹⁹⁹ Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Yarashonen/Türkiye*, § 72.

²⁰⁰ *Hagó/Macaristan*, B. No: 52624/10, 23/4/2013, § 45; *Yarashonen/Türkiye*, § 72.

²⁰¹ *K.A.* [GK], B. No: 2014/13044, 11/11/2015; *F.A. ve M.A.*, B. No: 2013/655, 20/1/2016; *A.V. ve diğerleri*, B. No: 2013/1649, 20/1/2016; *F.K. ve diğerleri*, B. No: 2013/8735, 17/2/2016; *T.T.*, B. No: 2013/8810, 18/2/2016; *A.S.*, B. No: 2014/2841, 9/6/2016; *I.S. ve diğerleri*, B. No: 2014/15824, 22/9/2016.

²⁰² Bkz. *B.T.* [GK], B. No: 2014/15769, 30/11/2017 ve sonraki tarihlerde verilen kararlar.

alması ve havalandırılması, asgari hijyen ve tıbbi yardımın sağlanması gerekmektedir²⁰³.

Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi'nce (CPT) “*gözetim altında tutulan göçmenler*”e ilişkin olarak kabul edilen “standartlar”a göre, bireylerin yabancılar hukuku kuralları gereğince uzun bir süre için özgürlüklerinin kısıtlanması gereken durumlarda, söz konusu amaca özgülümlenmiş hukuki statüleri ile uyumlu bir program, fiziksel koşullar ve kalifiye personele sahip birimlerde barındırılmaları gerekmektedir. Söz konusu mekanların yeterince donanımlı, temizlik ve bakım hizmetleri iyi yürütülen yerler olması ve tutulan kişilere kâfi derecede “yaşam alanı” temin edilmesi önem arz etmektedir. Tutmanın amacı suç şüphesi veya mahkûmiyet hükmünün infazı olmadığından, “cezaevi” görünümünün imkan dahilinde izale edilmesi ile düzenli olarak açık hava egzersizi, gün içerisinde vakit geçirilen bir oda, radyo, televizyon, gazete, dergi vb. istirahat araçlarına erişimin sağlanması beklenmektedir. Bu noktada tutma süresi uzadıkça kişilere sunulması gereken faaliyetlerin çeşitlilik ve niteliğinin de arttığı söylenmesi mümkündür. Bu doğrultuda CPT, hücre hapsine konulanlar da dahil olmak üzere tüm mahpuslara – yeterli genişlikteki bir alanda günlük düzenli açık hava egzersizi sağlanmasını zorunlu görmektedir. Mahpuslar yönünden öngörülen bu zorunluluğun “*idari gözetim altında tutulan göçmenler*” yönünden “evleviyetle” geçerli olacağı kuşkusuzdur.

Son olarak Anayasa'nın 17. ve AİHS'nin 3. maddeleri özgürlüğünden yoksun bırakılan yabancılara, Devletin “söz konusu kişilerin fiziksel selametini koruma yükümlülüğü” çerçevesinde gereken tıbbi yardımın sağlanmasını zorunlu kılmaktadır²⁰⁴. Tıbbi yardıma ilişkin eksiklik veya ihmalin “acil bir duruma” veya “ağır ve uzun süreli acıya” sebebiyet vermesi durumunda söz konusu netice “insanlık dışı muamele” olarak kabul edilmektedir²⁰⁵.

²⁰³ *Yarashonen/Türkiye*, § 73.

²⁰⁴ *Harris et al.*, s. 99.

²⁰⁵ *Harris et al.*, s. 72.

C. Özgürlük ve Güvenlik Hakkı

1. Genel Olarak Özgürlük ve Güvenlik Hakkı

Anayasa'nın 19/1. maddesinde tüm fertlerin "*kişi hürriyeti ve güvenliğine*" sahip oldukları hükme bağlanmıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında kişinin özgürlüğüne yönelik müdahale sebeplerine yer verilmiştir. Buna göre "mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması halleri dışında" kimse özgürlüğünden mahrum bırakılamaz.

Anayasa'nın 19/3. maddesine göre "suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir. Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir. Bunun şartlarını kanun gösterir".

Anayasa'nın 19/4. maddesine göre, "yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir".

Anayasa'nın 19/5. maddesine göre, "yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırk sekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır.

Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hâl ve savaş hallerinde uzatılabilir”.

Anayasa'nın 19/6. maddesi “kişinin yakalandığı veya tutuklandığının yakınlarına derhal bildirilmesini” emretmektedir.

Anayasa'nın 19/7. maddesine göre, “tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir”.

Anayasa'nın 19/8. maddesine göre, “her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir”.

Anayasa'nın 19/9. maddesine göre, “bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre Devletçe ödenir”.

Hakkın aktif süjesi herkeştir. Kişinin özgür veya mahpus olmasının bir önemi yoktur. Hakkın pasif süjesi, bir başka ifadeyle yükümlüsü Devlettir.

2. Özgürlükten Yoksun Bırakmanın Anlamı

Anayasa'nın 19. maddesi kişinin “fiziksel özgürlüğünü” güvenceye bağlamaktadır. Bunun dışında seyahatin kısıtlamaya tabi tutulması (seyahat özgürlüğü) ve hapsedilme koşulları (işkence ve kötü muamele yasağı) ile hapsedilmenin gereği olan haberleşme ve benzeri özel yaşama saygı hakkı bağlamında değerlendirilmesi gereken hususlar ilgili hak ve özgürlükler kapsamında değerlendirilmesi gerekir²⁰⁶.

²⁰⁶ Doğru, Nalbant, C. I, s. 366; Ulaş Karan, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa** (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir

Klasik anlamda özgürlükten yoksun bırakma, kişinin kilit altında tutulması olarak anlaşılmaktadır²⁰⁷. Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılıp bırakılmadığı tespit edilirken kişinin öznel koşulları ile tedbirin süresi, oluşturduğu etki, uygulanış biçimi gibi değişkenlerin bir arada dikkate alınıp değerlendirilmesi ve bu çerçevede bir sonuca varılması gerekmektedir²⁰⁸. Bu bağlamda özgürlükten yoksun kılmanın birinci unsuru ihmal edilemeyecek süre²⁰⁹ için kısıtlı bir alanda tutulma, ikinci unsuru kişinin tutmaya karşı geçerli bir rıza göstermemiş olmasıdır. Bunlardan birinci objektif ikincisi sübjektif unsur olarak tasnif edilebilir²¹⁰.

Her somut olayın müşahhas özelliği ile değerlendirilmesi gerekmele birlikte hapsedilme olgusunun var olduğunun kabulü bakımından kişinin dışına çıkamadığı alanın niteliği ve genişliği ile ceza veya tedbirin uygulandığı zaman dilimi²¹¹ önem arz etmektedir²¹². Bu bağlamda seyahat özgürlüğü ile kişi özgürlüğü arasında geçişken durumlarda bir yoğunluk farkı değerlendirmesi yapılması gerekmektedir²¹³.

Bir suç sebebiyle ya da bir yükümlülüğün ifasının veya bir sınır dışı veya geri gönderme işleminin icrasının sağlanması amacıyla özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kişinin bu duruma muvafakat vermesi aranmadığından, belirtilen

İnceleme), Editör Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi yay., Ankara, 2013, s. 180-181 (“Kişi Özgürlüğü”).

²⁰⁷ Harris *et al.*, s. 125.

²⁰⁸ Engel ve diğerleri/Hollanda, B. No: 5100/71, 5101/71, 5102/71 ..., 23/11/1976, §§ 58-59; Guzzardi/İtalya, B. No: 7367/76, 6/11/1980, § 92; Rantsev/Kıbrıs ve Rusya, B. No: 25965/04, 7/1/2010, § 314; Harris *et al.*, s. 125.

²⁰⁹ Olayların kişinin özgürlükten yoksun bırakılmakta olduğuna işaret ettiği durumlarda tutma süresinin kısıtlılığı sonucu etkilemez. Polis merkezine kadar götürülme, arama ve geçici olarak tutmanın yaklaşık bir saat sürdüğü olaylarda “özgürlükten yoksun bırakılma” olgusunun mevcut olduğunun kabulü gerekir (Jarvinen/Finlandiya [kk], B. No: 28579/05, 8/7/2008).

²¹⁰ Storck/Almanya, B. No: 61603/00, 16/6/2005, § 74; Bununla birlikte AIHM’e göre AIHS’deki anlamıyla özgürlük hakkı, demokratik bir toplumda o kadar önemlidir ki bir kimse sırf kendi isteğiyle gidip tutulmak istediğini belirttiği gerekçesiyle AIHS’nin koruma alanı dışında tutulamaz. Bir tutma, tutulan kimse buna rıza gösterse dahi özgürlük ve güvenlik hakkını ihlal edebilir; Harris *et al.*, s. 125.

²¹¹ Örneğin bir ev hapsi 24 saat devam ediyorsa, bu tedbir veya cezanın kişi özgürlüğüne yönelik bir müdahale olduğu açıktır (Nikolova/Bulgaristan [No. 2], B. No: 40896/98, 30/9/2004, § 60).

²¹² Engel ve diğerleri/Hollanda, §§ 60-66.

²¹³ Guzzardi/İtalya, §§ 89-95; Karaman, **Human Rights Law**, s. 85-86.

durumlarda kişinin “tutulması”, her ne olursa olsun “*özgürlükten yoksun bırakılma*” niteliğindedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu görüşü benimsemektedir²¹⁴.

3. Özgürlükten Yoksun Bırakmanın Hukukiliği

Anayasa’nın 19/2. maddesinin başındaki “şekil ve şartları kanunda gösterilen” ifadesi ile kastedilen aynı fıkra içerisindeki özgürlükten yoksun kılma sebeplerine dayalı tutmanın, “şekil ve şartlarına” ilişkin kanuni bir düzenleme olması ve müşahhas bir özgürlükten yoksun kılmanın da bu kanuni düzenlemeye uygun olmasıdır. Bu bağlamda özgürlükten yoksun kılmanın hukukiliği, diğer temel hak ve özgürlüklerde mündemiç bir kavram olan “*hukukun üstünlüğüne*” riayet edilmesini ifade ederken aynı zamanda “*hukukun niteliği*” ile de bağlantılı bir olgudur²¹⁵.

a. Genel Olarak Özgürlükten Yoksun Bırakmanın Hukukiliği

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına bakıldığında, “özgürlükten yoksun bırakılma hali”nin AIHS’nin sağladığı “güvence rejimi”ne uygunluğunun denetiminde “temel hareket” noktası “özgürlükten yoksun bırakma”nın ulusal hukuka göre belirli bir hukuki dayanağının mevcudiyeti ve kişi hakkında alınan “özgürlükten yoksun bırakmaya” dair karardan serbest bırakılmaya kadar uzanan sürecin “hukuki çerçevesinin” sağlıklı biçimde çizilmiş olmasıdır²¹⁶.

Anayasa’nın 19/1. maddesinde “herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu” prensibi ortaya konulmuş, müteakip fıkralarda ise “şekil ve şartları kanunda gösterilmek şartıyla” bireylerin özgürlüklerinden yoksun kılınabilecekleri haller sıralanmıştır. Dolayısıyla bireyin “özgürlük ve güvenlik hakkı”nın sınırlanması ancak Anayasa’nın 19. maddesinde belirlenmiş olan sebeplerden birinin mevcut olduğu durumlarda gündeme gelebilir²¹⁷. Hukukilik gerek özgürlükten yoksun

²¹⁴ *Abdulkadir Yapıquan* [GK], B. No: 2016/35009, 2/5/2019, §§ 125-134.

²¹⁵ *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, B. No: 30471/08, 22/9/2009, § 130.

²¹⁶ Hans-Heiner Kühne, R. Eser, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Tutuklama Konusundaki Yargısı-2000 ve 2001 Yıllarındaki Gelişim Üzerine Bir İnceleme” (Çev. Oğuz Şimşek), **Nurullah Kunter’e Armağan: Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, (Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi-3), Seçkin yay., Ankara, 2004, s. 157.

²¹⁷ *Ramazan Aras*, § 43; Karaman, **Human Rights Law**, s. 87.

bırakmaya ilişkin kararın verildiği anda gerekse kararın yerine getirilme sürecinde aranan bir koşuldur. Bu bağlamda işlemin kayda alınmadığı, ilgili mevzuatta bir sebep olarak karşılığının bulunmadığı veya bulunsa dahi Anayasa'nın 19/2. maddesinde zikredilen hallerden birinin kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayan, ilgili hukuki düzenlemelerde uygulama usulünün düzenlenmediği veya düzenlenmiş olsa dahi uygulamanın bu usule aykırı olduğu yahut keyfiliğe karşı korunma ilkesi ile bağdaşmadığı durumlarda özgürlükten yoksun bırakmanın hukuki olmadığı kabul edilecektir²¹⁸.

i. Mahkûmiyet Hükümü

Anayasa'nın 19/2. maddesine göre “mahkemelerce verilmiş”, şekil ve şartları kanunla belirlenmiş “hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi” kapsamında kişi özgürlüğünden yoksun bırakılabilir²¹⁹. Belirtilen sebebe bağlı tutmanın meşru kabul edilebilmesi hapis cezasının infazı amacıyla yapılmış olmasına bağlıdır.

Özgürlükten mahrum bırakılmanın “meşru” olduğu sonucuna varılabilmesi için mahkûmiyet hükmüne dayalı “*tutma*” veya “*hapsedilme*” halinin, “*yetkili mahkeme*” kararına bağlı olması ve kanunda belirlenen koşullara uygun olması gerekmektedir. Özgürlük ve güvenlik hakkı bakımından “*tutma*” durumu, geniş manada anlaşılmakta olup “gözaltı”, “tutuklama”, “mahkûmiyet sonrası tutukluluk” ve “hükümlülük” hallerini kapsar. Anayasa'nın 19/2. maddesindeki “*mahkûmiyet hükmüne dayanma*” güvencesi ve şartına karşılık AİHS'nin 5. maddesindeki “*yetkili mahkeme*” ifadesi, “kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması sonucunu doğuran ceza veya güvenlik tedbiri uygulama konusunda kanun gereği yetkilendirilmiş, yürütme organı ve taraflardan bağımsız ve yeterli güvencelere sahip yargısal organı” ifade etmektedir²²⁰. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru incelemesinde bir

²¹⁸ Doğru, Nalbant, **C. I**, s. 371; Karaman, **Human Rights Law**, s. 85.

²¹⁹ *Günay Okan*, B. No: 2013/8114, 17/9/2014, § 17.

²²⁰ *De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika*, B. No: 2832/66, 2835/66, 2899/66, 18/6/1971, § 78; *Engel ve diğerleri/Hollanda*, B. No: 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 8/6/1976, § 68; *Harris et al.*, s. 141.

mahkûmiyet hükmüne dayalı tutmanın meşruiyetini denetlediği *Günay Okan* başvurusunda AİHS'nin 5/1-(a) maddesindeki “*yetkili mahkeme*” koşulunu da hesaba katmaktadır²²¹. Yine Anayasa'nın 19/2. maddesi ve AİHS'nin 5/1-(a). maddesindeki “*kanuna uygunluk*”, mahkûmiyet kararının esasının değil, kişinin bu karara dayalı olarak “hapsedilmesinin hukuka uygun olmasını” garanti etmektedir²²². Dolayısıyla söz konusu garanti, kişi aleyhinde verilen “hapis cezasının yerindeliği veya orantılılığı”nın incelenmesini kapsamamaktadır²²³.

Kişi mahkûmiyet kararının gereği olarak mevcut infaz hukuku kuralları çerçevesinde, olması gerekenden daha fazla hapiste kaldığı takdirde bu durum Anayasa'nın 19/2. maddesini ihlal eder.

Anayasa'nın 19/2. maddesi çerçevesinde ana kural, tutma halinin, mahkûmiyete dayalı olmasıdır. Bu koşul halen hapsedilmekte olan kişilerin yanı sıra salıverilmiş olup yeniden hapsedilmesi gündemde olan kişiler için de geçerlidir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesinin *Günay Okan* kararında da belirtildiği üzere, “cezanın infazı devam ederken kişi koşullu salıverildikten sonra, deneme süresi içerisinde işlediği bir suç nedeniyle koşullu salıverilme kararının geri alındığı ve yeniden hapsedildiği durumlar” da “*bir mahkûmiyet hükmüne dayalı özgürlükten yoksun bırakılma*” ile ilgili güvence kapsamında incelenmelidir²²⁴.

“Koşullu salıverilme kararının geri alınması” sebebiyle gündeme gelen “yeniden hapsedilme” halinde de çektirilmesine hükmedilen ceza ile önceki mahkûmiyet hükmü arasında mevcut illiyet bağı kopmamış olmalıdır. AİHM'ye göre Sözleşme'nin 5/1-(a) maddesinde geçen “*mahkûmiyet kararı sonrasında*” ifadesiyle

²²¹ Adı geçen karar, § 18.

²²² *Günay Okan*, § 18.

²²³ Öte yandan “hakkında hapis cezasına hükmedilen bir kişinin yargılaması 6. maddeye [adil yargılanma hakkı] aykırı ise, mahkumiyet sonucu hapsedilme 5(1)(a) maddesine [bir mahkumiyet hükmüne dayalı hapsedilme] aykırı olabilir. *Stoichkov v. Bulgaristan* davasında, başvuru gıyabında mahkum edilmiş ve ülkeye döndüğünde cezaevine koyulmuştur. Önceleri mahkumiyete dayanan hapsedilme 5(1)(a) maddesine göre hukuka uygunken, yeniden yargılama yapılması talebinin reddiyle birlikte hukuka aykırı hale gelmiştir. Tutma 5(1) maddesini ihlal etmiştir, çünkü ‘6. madde hükümlerine veya bu maddedeki ilkelere açıkça aykırıdır.’” (Harris *et al.*, s. 141).

²²⁴ Adı geçen karar, § 16.

işaret edilen husus, “*tutma*”nın sadece zaman yönünden “mahkûmiyet kararından sonra” vaki olması değil, aynı zamanda “mahkûmiyet nedeniyle” olmasıdır²²⁵.

Anayasa Mahkemesi “*mahkûmiyet*” kavramını iç hukuktaki anlamından bağımsız bir şekilde yorumlamaktadır. *Hasan Elçi* başvurusuna ilişkin kararda Anayasa Mahkemesi, “kişinin serbest bırakılmadan yargılanmakta olduğu davada ilk derece mahkemesi kararıyla mahkûm olması halinde, mahkûmiyet tarihi itibarıyla tutukluluk halinin sona” ereceğini, çünkü bu durumda ilgilinin hukuksal statüsü “*bir suç isnadına bağlı olarak tutuklu*” kategorisinden çıktığını, zira mahkûmiyet yönündeki kararın, olaya ilişkin kuşkuvarın “yenildiği” (üstesinden gelindiği) anlamına geldiğini, isnada konu suçun işlenmiş olduğu ve bu suça ilişkin sorumluluğun failde olduğunun sübut bulunduğunu, bu nedenle ilgili kişi hakkında cezaya hükmedildiğini, bu şekilde “tutuklu sanığın” hukuksal statüsünün değiştiğini, tutuklanma sonucunu doğuran (kuvvetli) şüphenin yerini, “her türlü şüpheden uzak bir kabul” anlamına gelen “*kanaat*”e bıraktığını ve mahkûmiyet kararıyla beraber, birlikte, kişinin “kuvvetli suç şüphesi”nin ve “bir tutuklama nedenine bağlı” tutukluluk statüsünün sona erdiğini kabul etmiştir²²⁶. Anayasa Mahkemesine göre belirtilen statü değişikliği için mahkûmiyet kararının kesinleşmesi şart değildir²²⁷. Nitekim AİHM ve Yargıtay da “mahkûmiyet kararı sonrası tutulma” halini bir suç isnadına bağlı tutukluluk kategorisi içinde nitelendirmemektedir²²⁸.

²²⁵ *Van Droogenbroeck/Belçika*, B. No: 7906/77, 24/6/1982; *Weeks/Birleşik Krallık*, B. No: 9787/82, 2/3/1987, § 42; *Stafford/Birleşik Krallık*, [BD], B. No: 46295/99, § 64; *M./Almanya*, B. No: 19359/04, 17/12/2009, § 88. Ayrıca bkz. *Günay Okan*, § 19; *Harris et al.*, s. 142.

²²⁶ Adı geçen karar, § 32.

²²⁷ *Hasan Elçi*, § 32.

²²⁸ AİHM, “ilk derece mahkemesi kararıyla mahkûm olan bir sanığın, söz konusu mahkûmiyet kararından sonraki tutulmasını Sözleşme’nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi hükmü uyarınca “*mahkûmiyet sonrası tutma*” olarak değerlendirmekte ve tutukluluk süresinin hesabında dikkate almamaktadır” (*Solmaz/Türkiye*, B. No: 27561/02, 16/1/2007, §§ 23-24; *Şahap Doğan/Türkiye*, B. No: 29361/07, 27/5/2010, § 26). Benzer görüş Yargıtay Ceza Genel Kurulunca da kabul görmektedir. Ceza Genel Kurulunun 12/4/2011 tarih ve E.2011/1-51, K.2011/42 sayılı kararındaki “*hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmakla sanığın atılı suçu işlediği yerel mahkeme tarafından sabit görülmekte ve bu aşamadan sonra tutukluluğun dayanağı mahkûmiyet hükmü olmaktadır.*” ifadesiyle temyiz kanun yolunda geçen müddetin “tutukluluk periyodu”ndan sayılmayacağı ortaya konulmuştur; *Harris et al.*, s. 140.

ii. Bir Mahkeme Kararı veya Kanunda Öngörülen Yükümlülüğün Yerine Getirilmesi

Anayasa'nın 19/2. maddesine göre kişi, “bir mahkeme kararı” veya “kanunda öngörülen bir yükümlülük” gereğince özgürlüğünden yoksun bırakılabilir. Bu hükme paralel olarak AİHS'nin 5/1-(b) maddesine göre “*kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yasaklanması veya tutuklanması*” mümkündür.

Kişilerin, kanundan doğan bir yükümlülüğün veya yine kanuna dayalı olarak verilen bir mahkeme kararından kaynaklanan yükümlülüğün yerin getirilmesine zorlamak amacıyla hapsedilmelerine imkân tanıyan yasal düzenlemeler, meşruiyetini yukarıda belirtilen Anayasa hükmünden almaktadır. Bu kapsamdaki düzenlemelerde amaç cezalandırma olmayıp, zorlamadır²²⁹. Bu bağlamda kişinin hapsedilmesine neden olan yükümlülük yerine getirildiğinde kişinin hapsedilme durumunun da sonlandırılması gerekmektedir²³⁰.

iii. Suç Şüphelisinin Tutulması

Anayasa'nın 19/3. maddesinde, “suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla” tutuklanabilecekleri hükme bağlanmıştır. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Haberal* kararındaki tespitlere göre, hâkimden karar alınmaksızın “yakalama”, yalnızca suç üstü veya gecikmede sakınca umulan durumlarda gerçekleştirilebilir. Bu koşullar kanunda gösterilir. Belirtilen kurallar çerçevesinde bir kimsenin tutuklanabilmesi için öncelikle, “suç işlediği hususunda kuvvetli belirti” bulunması gereklidir²³¹. Bu, “tutuklama tedbiri” için “olmazsa

²²⁹ Harris *et al.*, s. 140

²³⁰ Harris *et al.*, s. 140

²³¹ AİHS'nin 5/1-c maddesindeki “suç” kavramı ulusal hukukta “suç” olarak vasıflandırılan fiileri kapsamakla birlikte AİHM'nin bu kapsamdaki yorumu benzer kavramlarda olduğu gibi

olmaz” (“*sine qua non*”) unsurdur. Bu unsurun sağlanması suçlamanın, müşahhas olayın öznel koşullarına göre kuvvetli sayılabilecek inandırıcılık vasfına sahip kanıtlarla desteklenmesine bağlıdır. Bu doğrultuda bir kimsenin suç işlediği ithamında bulunulabilmesi edilebilmesi için “yakalama veya tutuklama anında” ilgili kanıtların mutlaka kâfi derece toplanmış olası şart değildir. Zira tutuklamanın gayesi, soruşturma ve kovuşturma zarfında şüpheli veya sanığın tutukluluk haline temel teşkil eden şüphe sebeplerinin doğruluğunun kanıtlanması veya ortadan kaldırılması yoluyla ceza adaletinin daha sağlıklı surette gerçekleşmesinin sağlanmasıdır²³². Bu noktadan hareketle, suç isnadının dayanağı olan şüphe sebeplerinin arka planındaki vakıalar ile ceza muhakemesinin müteakip merhalelerinde tartışmaya konu olacak ve mahkûmiyet hükmüne dayanak teşkil edecek vakıalar aynı seviyede değerlendirilmemelidir²³³.

Makul bir şüphe bulunmaksızın ikrar elde etmek, başkası aleyhinde tanıklık yapmaya zorlamak veya akla yatkın şüpheye zemin oluşturan olay veya bilgileri ele geçirmek maksadıyla gözaltı veya tutukluluk tedbirlerine başvurulması mümkün değildir²³⁴.

Hakkında gözaltı işlemi uygulanan bir kişinin “suç işlediğine dair makul kuşku”nun devam etmesi de tutmanın hukukiliği bakımından “*olmazsa olmaz*” nitelikte bir koşuldur²³⁵. Ancak tutuklamanın üzerinden belli bir zaman fasılası geçmesine rağmen, kişinin sadece “*makul kuşku*” çerçevesinde tutulmaya devam edilmesi doğru değildir. Tutukluluk halinin devam etmesi ancak “masumiyet karanesi” ve “özgürlük ve güvenlik hakkı”na karşılık olarak “ağır basan gerçek bir kamu yararı”nın²³⁶ bulunması halinde haklı kabul edilebilir²³⁷.

“otonom” nitelikte olup, söz konusu kavramın kapsamı iç hukuktakine göre daha geniştir (Harris *et al.*, s. 147); Kaşıkara, s. 106.

²³² Harris *et al.*, s. 148.

²³³ Mehmet Haberal, B. No: 2012/849, 4/12/2013, §§ 70-71.

²³⁴ Cebotari/Moldova, B. No: 35615/06, 13/11/2007, § 48.

²³⁵ Labita/İtalya, § 153.

²³⁶ Levent Korkut, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Bir Sınırlama Nedeni Olarak Kamu Yararı Kavramı”, *Liberal Düşünce Dergisi*, C. 11, No: 44, Güz 2006, s. 77 vd.

AİHS sistemi çerçevesinde kamu yararının ağır basmasına sebebiyet veren sebeplerinin, kaçma şüphesi, adaletin işleyişine veya delillere müdahale, tekrar suç işleme ve kamu düzeninin bozulması tehlikeleri şeklinde gruplandırılması mümkündür. Anayasa'nın 19/3. maddesinde de ifade edilen sebeplerin paralelinde; kaçma, delillerin yok edilmesi veya değiştirilmesinin önlenmesi sebeplerine yer verilmiştir. Ancak AİHS'den farklı olarak ve belirtilen fıkra da belirtilen sebeplere ilaveten “*bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer haller*” gibi muğlak bir koşula yer verilerek, tutuklama sebepleri konusunda kanun koyucuya geniş bir takdir alanı sunulmuştur. Ancak bu hükmün yorumunda “*özgürlüğün kural sınırlamanın ise istisna olduğu*”, bu bağlamda bu hükmün de bir sınırlama sebebi niteliğinde olması itibarıyla ve “*istisnalar dar yorumlanır*” şeklindeki genel hukuk prensibi çerçevesinde dar yorumlanması gerektiği açıktır²³⁸.

Bir kimseye yöneltilmiş olan bir suçlamanın “suç isnadı” vasfına sahip olup olmadığının saptanmasında; söz konusu suçun “ulusal hukuk”taki gerçek tasnif ve vasıflandırma şeklinin, fiil için belirlenmiş olan cezanın “nitelik” ve “niceliği”nin göz önünde tutulması icap eder²³⁹. Ancak “fiil”, ceza normu kapsamında “suç” olarak vasıflandırılmış ve dava sürecinde ceza hukuku normları tatbik edilmiş ise, ayrıca bir “uygulanabilirlik incelemesi” yapılması gerekli değildir²⁴⁰.

iv. Bir Küçüğün Gözetim Altında İslahı veya Yetkili Mercii Önüne Getirilmesi

Anayasa'nın 19/2. maddesine göre, “gözetim altında ıslahı veya yetkili mercii önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi” kapsamında bir küçüğün özgürlüğünden mahrum bırakılması diğer anayasal koşulların da yerine getirilmesi halinde meşru kabul edilebilir. Aynı doğrultuda AİHS'nin 5/1-(d) maddesinde “*bir*

²³⁷ Murat Narman, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 61.

²³⁸ Karaman, **Human Rights Law**, s. 85.

²³⁹ Ersin Ceyhan, B. No: 2013/695, 9/1/2014, § 32; Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Sergey Zolotukhin/Rusya*, B. No: 14939/03, 10/2/2009, § 53; *Engel ve diğerleri*, § 82; İncoğlu, **Anayasa ve Sözleşme**, s. 212-213.

²⁴⁰ Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Weber/İsviçre*, B. No: 11034/84, 22/5/1990, §§ 32-34; İncoğlu, **Anayasa ve Sözleşme**, s. 212.

küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere kanuna uygun olarak tutulması” hali, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağına dair kuralın istisnaları arasında sayılmıştır. Her iki hüküm arasında ifade farklılıkları bulunsa da aynı temelde düzenlemeler içermekte ve kapsam farklılığı oluşturmamaktadır. AİHS’deki “*gözetim altında eğitimi*” ifadesine karşılık Anayasa’daki düzenlemede “*gözetim altında ıslah*” terimi kullanılmış olmasını Anayasa’yı AİHS ile uyumlu yorumlama gerekliliği bağlamında “*gözetim altında eğitim*” kavramının da belirtilen sebepler arasında değerlendirilmesi mümkündür²⁴¹.

AİHM içtihadında küçük kavramı on sekiz yaşını doldurmamış kişileri kapsamaktadır²⁴². Türk hukuku bakımından “*küçük*” kavramının netliğe kavuşturulması bakımından, eş anlamda kullanılan “*çocuk*” tanımının yapıldığı 5395 sayılı “Çocuk Koruma Kanunu”na bakılmasında yarar vardır. “Korunma ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocukların korunmasına”, “hak ve esenliklerinin güvence altına alınmasına ilişkin usul ve esasların” düzenlendiği Kanun’un 3/1-(a) maddesine göre “çocuk”, “daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişiyi” ifade etmektedir²⁴³. Aynı tanıma TCK’nın 6/1-(b) maddesinde de yer verilmiştir. Türk Medeni Kanunu’nun 11. maddesine göre de “on sekiz yaşını doldurmamış”, yani erginlik kazanmamış olanlar “küçük” kabul edilmektedir. Yine Anayasa’nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının üçüncü cümlesi gereğince kanunların üstünde olan BM “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”nin 1. maddesinde de “*on sekiz yaş*” sınırı öngörülmektedir. Türkçe dil kurallarına göre aynı anlamda olmamakla birlikte “*çocuk*” ve “*küçük*” kavramlarının genellikle aynı kavramı, yani yaş olarak küçük

²⁴¹ Tolga Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 1, Avrupa Konseyi yay., Ankara, 2018, s. 118-119.

²⁴² *Koniarska/Birleşik Krallık* [kk], B. No: 33670/96, 12/10/2000 (AİHM bu kararında özel olarak “küçük” tanımlaması yapmamıştır. AİHM’nin kullandığı “*Başvuran, ilgili zaman dilimi boyunca 18 yaşın altındaydı ve bu nedenle küçüktü.*” (“The applicant was under the age of 18, and therefore a minor.”) şeklindeki ifade “küçük” kavramı bakımından kendi perspektifine göre bir yaş sınırı koyduğu ve bu konuda takdir marjı atfında bulunmadığı anlaşılabilmektedir; ayrıca bkz. Doğru, Nalbant, C. I, s. 390; Harris *et al.*, s. 153.

²⁴³ “Çocuk” kavramı hakkında daha ayrıntılı açıklama için bkz. Cemil Çelik, “Çocuk Kavramı ve Medeni Hukuk Açısında Çocuk Haklarının Tarihi Gelişimi”, **E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, Şubat 2005, S.36.

olan bireyleri ifade etmek için kullanılmakta olmaları dikkate alındığında ulusal ve uluslararası hukuktaki “çocuk” tanımlamaları ile kastedilenin “*küçük*”ler olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür.

Küçüklerin tutulmasını düzenleyen Anayasa ve AİHS hükümlerinin odağında amaç unsuru yer aldığından, bir kişinin yaşının küçük olması, onun Anayasa ve Sözleşme’nin kişi özgürlüğüne ilişkin diğer güvencelerinden yararlanmasına mâni değildir²⁴⁴.

Küçüğün tutulmasının Anayasa ve AİHS’deki yukarıda belirtilen amaçlara yönelik olması gerekli olup, belirtilen amaçlar kapsamında değerlendirilemeyen özgürlükten yoksun bırakma hallerinin meşru kabul edilmesi mümkün değildir²⁴⁵.

v. Toplum İçin Tehlike Teşkil Eden Bir Akıl Hastası, Uyuşturucu veya Alkol Tutkunu, Bir Serseri veya Hastalık Yayabilecek Kişinin Tedavi Eğitim veya İslah Amacıyla Özgürlüğünden Yoksun Bırakılması

Anayasa’nın 19/2. maddesinde belli şartlar altında özgürlüğünden mahrum bırakılabilecek insan kategorisinin bir diğer kısmını “*toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası*”, “*uyuşturucu madde veya alkol tutkunu*”, “*bir serseri*” veya “*hastalık yayabilecek bir kişi*” oluşturmaktadır. Anılan firkaya göre bu kapsamdaki “kişilerin bir müessesede tedavi, eğitim ve ıslahı için alınan tedbirlerin yerine getirilmesi” amacıyla özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları mümkündür. Ancak bu kapsamdaki tedbirlerin kanunda belirtilen esaslara uygun olması şarttır. AİHS’nin 5/1-(e). maddesine göre “bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması” kişi özgürlüğünün istisnaları arasında beşinci sırada yerini almıştır.

²⁴⁴ Doğru, Nalbant, C. I, s. 390.

²⁴⁵ *İchin ve diğerleri/Ukrayna*, B. No: 28189/04, 28192/04, 21/12/2010, § 39; *Koniarska/Birleşik Krallık*, B. No: 33670/96, 12/10/2000; *Bouamar/Belçika*, B. No: 9106/80, 27/6/1988, § 50; *X./İsviçre*, B. No: 8500/79, 14/12/1979; *Nielsen/Danimarka*, B. No: 10929/84, 28/11/1988, §§ 61-73; Harris *et al.*, s. 154-155.

Belirtilen fıkraya göre alınan tedbirlerin meşruiyetinin temelinde esasen kamu güvenliği ve sağlığının korunması olmakla birlikte, bu kapsamdaki kişilerin korunması da amaçlanmaktadır²⁴⁶.

Özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin ağırlığı ve belirtilen insan kategorisinin kendine has özellikleri birlikte değerlendirildiğinde, kamu makamlarının oldukça dikkatli hareket etmesi, sadece ulusal hukukun gerekleri ile yetinilmeyip gereklilik ve orantılılık testi yapmadan harekete geçmemeleri önemlidir²⁴⁷.

vi. Usulüne Aykırı Şekilde Ülkeye Girmek İsteyen veya Giren ya da Hakkında Sınır Dışı Etme yahut Geri Verme Kararı Verilen Kişinin Yakalanması veya Tutuklanması

Usule “aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen” kişilerin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına ilişkin açıklamalar “*Yabancıların İdari Gözetim Altında Tutulmaları*” şeklinde bir sonraki başlıkta müstakil olarak inceleneceğinden, gereksiz tekrarlardan kaçınmak adına bu kısımda sadece bu başlığın zikredilmesi ile yetinilmiştir.

b. Yabancıların İdari Gözetim Altında Tutulmalarının Hukukiliği

Anayasa Mahkemesine göre “*idari gözetim altına alma*” yetkisi Anayasa’nın 19. maddesi (AİHS md. 5/1-f) ile kabul edilmiş “istisnai bir yetki” olup “sınır dışı” veya “geri verme” (suçluların iadesi) prosedürlerinin yürütülmesi süreçlerinde, yabancı kişilerin şekil ve şartları kanunda gösterilen usule uygun olarak yakalanmaları ve tutulmaları mümkündür²⁴⁸. Belirtilen hallerde, “bir kişinin suç işleminin veya kaçmasının önlenmesi” gibi bir amaç taşımaksızın yalnızca anılan prosedürlerin devam etmekte oluşuna istinaden “idari gözetim tedbiri” uygulanabilir. Ancak Anayasa Mahkemesine göre Anayasa’nın 19. maddesi uyarınca “sınır dışı”

²⁴⁶ *Enhorn/İsveç*, B. No: 56529/00, 25/1/2005, § 43.

²⁴⁷ *Witold Litwa/Polonya*, B. No: 26629/95, 4/4/2000, § 78; *Vasileva/Danimarka*, B. No: 52792/99, 25/9/2003, § 41.

²⁴⁸ *Rıza Boudraa*, § 73; *Harris et al.*, s. 161.

veya “iade” işlemlerinde “*gerekli özen*”in (“*due diligence*”) gösterilmesi gerekir. Aksi takdirde ilgili kimsenin özgürlüğünden mahrum kalması, meşruiyetini yitirir²⁴⁹.

Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasının “usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması” kısmının karşılığı olan AİHS'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (f) bendinin uygulanmasında keyfiliğin önlenmesi bakımından AİHM'nin *Saadi/İtalya* kararında birtakım kriterler öngörülmüştür:

1) Tutmanın iyi niyetle yapılması,

2) Tutma ile kişinin ülkeye izinsiz girmesini önleme amacı arasında sıkı bir bağlantı bulunması,

3) Bu tedbirin muhataplarının, kural olarak suç karışan değil hayatlarından endişe ederek ülkelerini terk etmiş olan kişiler olması nedeniyle tutuldukları mekânın ve koşullarının hapisane koşullarına göre daha elverişli düzeyde olmasının sağlanması,

4) Tutma süresinin, izlenen amacın makul olanın ötesine geçmemesi için gerekli önlemlerin alınması²⁵⁰.

i. 6458 Sayılı Kanun'dan Önceki Durum

Anayasa Mahkemesi, 6458 sayılı Kanun'un yürürlük kazandığı 11/4/2014 tarihi öncesinde uygulanan “idari gözetim” tedbirlerinde, tutmanın hukuki olup olmadığını, *F.A. ve M.A.* başvurusunda karara bağlamıştır. Anayasa Mahkemesi, anılan tarihten önce Anayasa'nın 19/2. maddesinde belirtilen ayırksı durumlar arasında belirtilen “usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen” bir kimsenin “yakalanması

²⁴⁹ Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *A. ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 3455/05, 19/2/2009, § 164; *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, § 129.

²⁵⁰ Bkz. *Tulkens*, s. 165-167; *Harris et al.*, s. 161-162.

veya tutuklanması”na ilişkin uygulamada, gözetim altında tutmaya yönelik işlemin “şartları”, “süresi”, “sürenin uzatılması”, “ilgiliye bildirilmesi”, “başvuru yolları”, “avukata erişim”, “tercüman yardımından yararlanma” gibi usul teminatları açıkça ortaya seren kanuni bir düzenlemenin bulunmadığını tespit etmiştir. Bu nedenle anılan başvuruda Mahkeme, Anayasa’nın 19/2. maddesinin “ihlal edildiği” sonucuna varmıştır.

ii. 6458 Sayılı Kanun’dan Sonraki Durum

(1) Hukuki Çerçevenin Niteliği

11/4/2014 tarihi itibarıyla yürürlük kazanmış olan 6458 sayılı Kanun’un 57. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, sınır dışı edilmelerine karar verilenlerden *“kaçma ve kaybolma riski bulunan, Türkiye’ye giriş veya çıkış kurallarını ihlal eden, sahte ya da asılsız belge kullanan, kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın Türkiye’den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayan, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar”* hakkında

- “Valilik tarafından idari gözetim kararı alınacağı veya 57/A maddesi gereğince ‘idari gözetime alternatif yükümlülükler’ yükleneceği”,
- “Geri gönderme merkezlerindeki idari gözetim süresinin altı ayı geçemeyeceği”;
- “İdari gözetimin devamında zaruret olup olmadığının, valilik tarafından her ay düzenli olarak değerlendirileceği”,
- “Gerek görüldüğünde değerlendirme için otuz günlük sürenin beklenmeyeceği”,
- “İdari gözetimin devamında zaruret görülmeyen yabancılar için idari gözetimin derhâl sonlandırılacağı ve bunlara 57/A maddesi gereğince ‘idari gözetime alternatif yükümlülükler’ yükleneceği”,
- “Bu yabancılar, belli bir adreste ikamet etme, belirlenecek şekil ve sürelerde bildirimde bulunma gibi idari yükümlülüklerin getirilebileceği”,

- “İdari gözetim kararının, idari gözetim süresinin uzatılması ve her ay düzenli olarak yapılan değerlendirme sonuçlarının gerekçesiyle birlikte yabancıya veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edileceği”,
- “İdari gözetim altına alınan kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatının idari gözetim kararına karşı sulh ceza hâkimine başvurabileceği”,
- “Sulh ceza hâkiminin incelemeyi beş gün içinde sonuçlandıracağı”,
- “Yeniden sulh ceza hâkimine başvurulabileceği düzenlemelerine yer verilmiştir”.

Görüldüğü gibi 6458 sayılı Kanun’daki anılan düzenleme, sınır dışı işlemlerine ilişkin çerçeveyi, muhtemel keyfi uygulamaların önüne geçebilecek bir açıklıkta çizmiştir.

(2) Uygulamada Gerekli Özen (“Due Diligence”)

aa. Genel Olarak

Anayasa Mahkemesi, 6458 sayılı Kanun’da belirlenen “idari gözetim” usulünün “gerekli özen” gösterilmek suretiyle uygulanıp uygulanmadığını her somut olay için ayrıca değerlendirmektedir.

Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunca incelenen *K.A. (B. No: 2014/13044)* başvurusuna ilişkin kararda, başvuruya konu olayı 6458 sayılı Kanun’un 57. maddesindeki “idari gözetim altına alma süreci için öngörülen usule dair güvenceler” yönünden değerlendirmiştir. Mahkeme, başvurucuya geri gönderme merkezinde tutulma nedeninin bildirilmediğini, idari gözetimin sürdürülmesini zorunlu kılan şartlarda değişiklik meydana gelip gelmediğinin valilikçe birer aylık periyodlarla incelenmediğini ve konuya ilişkin olarak başvurucu veya avukatına yapılmış bir bildirimle rastlanmadığını, ilgili yabancıнын gözetim altında tutulduğu sürenin, kanuni sınır olan altı aylık süreyi aştığını ve bu süre aşımının gerekçesinin de başvurucu veya vekiline bildirilmediğini saptamıştır.

Anayasa Mahkemesi bu kapsamda ayrıca, sulh ceza hâkimine başvuru yolunu işleyişini de incelenmiştir. Anayasa Mahkemesi, sulh ceza hâkimince “sınır dışı etme işleminin yürütülebilmesi açısından belirleyici ve başvurucunun daha önceki bir

tarihte salıverilmesini ve hakkında YUKK'nin 54. [ve 57A] maddesinde öngörülen diğer tedbirlerin uygulanmasını gerektirebilecek nitelikteki değişikliklerin (uluslararası koruma başvurusunda bulunması ve geçici koruma kapsamına alınması) ve dolayısıyla ilk kez idari gözetim tedbiri uygulanmasına gerekçe olarak gösterilen hususun bu tedbirin devamına karar verilmesi açısından yeterli olup olmadığının dikkate alınmadığı"nı belirlemiştir.

Sonuç itibarıyla Anayasa Mahkemesi anılan başvuruda, başvuruçunun idari gözetim prosedürün "*gerekli özen*" içinde yürütülmediğine karar vermiştir. Bu saptama ile Anayasa Mahkemesi, tutmanın da hukuki olmadığına karar vermiştir. Mahkemeye göre sınır dışı sürecinde başlatılan "idari gözetim altına alma" tedbirinin bu koşullar altında "*gerekli özen*" gösterilerek uygulandığının kabul edilmesi mümkün değildir. Başka bir deyişle, özgürlükten mahrum bırakılma sürecinde kişinin olası keyfilikler karşısında koruma altında olduğu ve bu bağlamda tutulmanın "*hukuki*" olduğu sonucuna ulaşılması için gerekli koşullar mevcut değildir.

Yabancıların idari nedenlerle özgürlükten yoksun bırakılmasına ilişkin kararların periyodik denetimi de Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasına uygun bir tutmanın mevcudiyeti bakımından önemlidir. Bu bağlamda "idari gözetim kararı" hakkında birer aylık periyodlarla "zaruret değerlendirmesi" yapılması zorunlu olmasına rağmen, söz konusu "değerlendirme"nin aylık periyodun aşıldığı bir zaman diliminde gerçekleştirilmiş olması da "kanunilik" koşuluna aykırı bir durum oluşturmaktadır²⁵¹.

bb. Geri Gönderme Merkezinde Rızaya Dayalı Tutma Sorunu

Anayasa Mahkemesine göre "idari gözetim" Anayasa'nın 19. maddesi çerçevesinde uygulanabilen ayrıksı bir yetkidir. Buna göre sınır dışı etme veya geri verme kararlarının yerine getirilmesi kapsamında ilgili yabancı kişiler, özgürlüklerinden mahrum bırakılabilirler²⁵². Fakat "sınır dışı" veya "iade"ye ilişkin

²⁵¹ Anayasa Mahkemesi *Abdulkadir Yapıquan* [GK], başvurusunda değerlendirme periyodunda yaşanan dokuz günlük bir gecikmeyi tutmanın hukukiliği bakımından sorunlu görmüştür (Adı geçen karar, § 121).

²⁵² *Rıda Boudraa*, § 73.

işlemler “gerekli özen” içinde yürütülmediği takdirde kişinin özgürlükten yoksun bırakılması meşruiyetini yitirebilir²⁵³.

Anayasa Mahkemesine göre 6458 sayılı Kanun’la, “sınır dışı işlemlerinin” yürütülme usulü açıkça belirlenmiş olup, bireysel başvuru kapsamında incelenmesi gereken husus, söz konusu “usul”ün “gerekli özen” gösterilerek uygulanıp uygulanmadığıdır²⁵⁴. Bu kapsamda “idari gözetim” kararlarında “kamu düzeni” ve “kamu güvenliği” gibi kanuni ve soyut sebeplerin, somut gerekçelere yer verilmeksizin tekrarlanması, özgürlük ve güvenlik hakkı bakımından sorun oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi, “suçluların iadesi” prosedürü ile “idari gözetim” kararı arasında “doğrudan ya da dolaylı” bir etkileşim bulunmadığı görüşündedir²⁵⁵. Tutmanın hukukiliğinin denetimine elverişli veriler sunulması için başvuruçunun hangi mülhaza ve hangi öznel durumuna bağlı olarak “kamu güvenliği” ve “kamu düzeni” bakımından risk oluşturduğunun “idari gözetim kararı”nda açıkça izah edilmesi de “gerekli özen” olgusu bakımından önem arz etmektedir²⁵⁶.

Anayasa Mahkemesine göre bir yabancıнын geri gönderme merkezinde kendi rızasıyla tutulması varsayımı, özgürlükten istifade edilen alanın sınırlarını belirleyen hukuki normlarla²⁵⁷ bağdaşmamakta olup, sözü edilen anayasal nitelikteki normlara rağmen, bireyin özgürlükten yoksun bırakılmaya yönelik muvafakatine hukuk önünde bir değer atfedilmesinin kabul edilebilir bir yönü bulunmamaktadır²⁵⁸.

²⁵³ K.A., § 123.

²⁵⁴ *Abdulkadir Yapıquan* [GK], § 113.

²⁵⁵ Kaldı ki Anayasa Mahkemesi başvuruçunun idari gözetim alınmasına ilişkin kararda “suçluların iadesi” sürecine ilişkin bir tespiti yer verilmediğini kaydetmektedir (*Abdulkadir Yapıquan* [GK], § 119).

²⁵⁶ *Abdulkadir Yapıquan* kararında Anayasa Mahkemesi, 2001 yılından itibaren “Türkiye’de yaşayan başvuruçunun tahliye edildiği 2016 yılına kadar kamu düzeni ve güvenliğinin bozulmasına yol açacak herhangi bir olaya karıştığını gösteren, adli ve idari makamlarca yapılmış bir işlem ya da tespit”in dosyada yer almadığını not etmektedir (Aynı karar, § 119).

²⁵⁷ Bkz. Anayasa’nın 12. ve 19. maddeleri.

²⁵⁸ *Abdulkadir Yapıquan* [GK], § 131.

4. Özgürlükten Yoksun Bırakılma Nedenlerinin Bildirilmesi

a. Genel Olarak

Anayasa'nın 19/4. maddesi gereğince, özgürlüğünden yoksun bırakılan bireylere, yakalama veya tutulma nedenleri ve aleyhlerindeki iddiaların usulünce bildirilmesi gerekir. Bu bildirim mutlaka “yazılı” ve yazılı yapmanın derhal mümkün olmadığı durumlarda ise “sözlü olarak” zaman kaybedilmeksizin yapılması şarttır.

AIHS'nin 5/2. maddesinde ise yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede (derhal) ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunluluğu öngörülmüştür²⁵⁹. Bilgilendirmenin içerik ve sürat yönünden kalitesinin müşahhas olaya ait özel koşullar çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulması gerekir²⁶⁰. Ancak genel kabul gören anlayış, kişinin “özgürlüğünden yoksun bırakılmaya” başlanmasından itibaren “birkaç saat içinde” bilgilendirmenin yapılması gerektiği yönündedir²⁶¹.

Kişinin suç şüphesi nedeniyle tutulduğu durumlarda ve işlenen suçun “*toplu suç*”²⁶² niteliğinde olması halinde “*derhal*” veya “*en kısa sürede*” bildirim kuralı bu kadar katı olmayıp, en geç bildirim zamanı hâkim huzuruna çıkarılma anına kadar esnetilmiştir.

Bilgi edinme, hak arama faaliyetinin ve “etkin” ve “silahların eşitliği” ile uyumlu bir savunma standardı sunulmasının ön koşuludur²⁶³. Bir başka ifadeyle hukuki durumu hakkında yeterli bilgi sahibi olamayan bir kimse, hak ve

²⁵⁹ Bkz. Harris *et al.*, s. 166-167; Kühne, Eser, s. 162.

²⁶⁰ Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye, § 136; K.A. [GK], § 138; Harris *et al.*, s. 167; Karaman, **Human Rights Law**, s. 88.

²⁶¹ Harris *et al.*, s. 167.

²⁶² “*Toplu suç*” kavramının tanımı 5271 sayılı 1Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 6/1-(k) maddesinde yapılmıştır. Buna göre “*toplu suç*” “aralarında iştirak iradesi bulunmasa dahi üç veya daha fazla kişi tarafından işlenen suçlu ifade” etmektedir. Aynı tanım, 1/6/2005 RG tarih ve 25832 RG sayılı “Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği”nin 4. maddesinde tekrarlanmıştır.

²⁶³ Kühne, Eser, s. 162.

özgürlüklerinin korunmasını da talep edemez. Bu bağlamda diğer güvencelere nazaran biraz daha ikinci planda bırakılan “*özgürlüğünden yoksun bırakılan kimseye tutma sebeplerinin bildirilmesi*”, Anayasa’nın 19. maddesi ile öngörülen koruma mekanizmasında anahtar bir role sahiptir²⁶⁴. Dahası, bu bilgilendirme kamu otoritesi bakımından da hukuka uygun davranma noktasında, kendisine yönelik “*ne yapmakta olduğu?*” sorusunu sormaya mecbur bırakması itibarıyla, bir “*öz denetim*” imkânı sağlamaktadır. Dolayısıyla bu kadar önemli bir güvencenin gereklerinin de uygulamada etkili bir şekilde yerine getirilmesi, bu cümleden olarak kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmakta olmasının hukuki ve maddi sebeplerinin muhatabının anlayabileceği sadelikte ve gereken detaylar da sunulmak suretiyle açıklanması zorunludur²⁶⁵. Pek tabii suç şüphelisinin gözaltına alınması sırasında ilgili tüm olay ve olgulara ilişkin tüm maddi detayların verilmesi gerekmez. Önemli olan kişinin hangi temel nedenle (mahkûmiyet kararı, suç şüphesi, yükümlülüğün yerine getirilmemesi, sınır dışı kararının uygulanması vb.) gözaltına alındığını bilmesidir.

b. Yabancılara Özgürlükten Yoksun Bırakılma Nedenlerinin Bildirilmesi

i. Özgürlükten Yoksun Bırakılma Nedenlerinin Bildirilme Zorunluluğu

Anayasa’nın 19/4. maddesinde, daha çok suç şüphesine bağlı tutma hallerini ilgilendirir gibi görünen ifadelere yer verilmiş ise de aynı maddenin ikinci fıkrası kapsamındaki herhangi bir nedenle özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin bu güvenceden yararlandırılması gerekmektedir.

İdari gözetim altında tutulan yabancılar bakımından da bu güvence geçerlidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de idari gözetim altında tutulan kişiler bakımından bu güvenceyi uygulamakta ve hiç veya gereği gibi yerine getirilmeye durumlarda bu hakkın ihlal edildiğine karar vermektedir²⁶⁶.

²⁶⁴ Doğru, Nalbant, C. I, s. 393.

²⁶⁵ Doğru, Nalbant, C. I, s. 393.

²⁶⁶ B.T. [GK], B. No: 2014/15769, 30/11/2017; F.K. ve diğerleri, B. No: 2013/8735, 17/2/2016; T.T., B. No: 2013/8810, 18/2/2016; A.S., B. No: 2014/2841, 9/6/2016; K.A. [GK], B. No:

Anayasa Mahkemesinin *A.V. ve diğ erleri* kararında, “BM Göçmenlerin İnsan Hakları Özel Raportörü”nün hazırladığı rapordaki tespitlere atıf yapıldığı görülmektedir. Söz konusu Rapor’da 2010 yılında Türkiye Cumhuriyeti “emniyet makamları tarafından yayımlanan bir genelge ile geri gönderme merkezlerinde tutulan düzensiz göçmenlerin tutulma nedenleri, tutulma süresi, avukata erişim hakkı ve geri gönderme merkezinde tutulma kararına veya sınır dışı kararına karşı itiraz hakkı konularında bilgilendirilmeleri talimatı” verildiğine ancak buna rağmen sistematik biçimde bu kurala riayet edilmediği saptamalarında bulunulmuştur²⁶⁷.

Anayasa Mahkemesi, tutma nedenlerinin bildirilmesine ilişkin yükümlülüğün ihlal edildiğinin iddia edilmesi üzerine, bu yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğini Göç İdaresi ile yazışmalar yaparak araştırmakta ve bu bildirim yapıldığına dair yazılı belge sunulmayan hallerde başvuruçunun iddiası çerçevesinde hak ihlali yönünde karar vermektedir²⁶⁸.

ii. Özgürlükten Yoksun Bırakılma Nedenlerinin Bildirilme Zamanı

Anayasa’nın 19/4. maddesinde, “(y)akalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri”nin “ve haklarındaki iddialar”ın “herhâlde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhâl” bildirileceği kurala bağlanmıştır.

Nitekim, belirtilen Anayasa kuralının iç hukuktaki yansıması 6458 sayılı Kanun’un 57. maddesidir. Anılan maddede “idari gözetim kararı, idari gözetim süresinin uzatılması ve her ay düzenli olarak yapılan Valilik değerlendirmelerinin sonuçlarının gerekçesiyle birlikte yabancıya veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edileceği, idari gözetim altına alınan kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatının, bu kararlara karşı sulh ceza hâkimine başvurabileceği” düzenlenmiştir²⁶⁹.

2014/13044, 11/11/2015; *F.A. ve M.A.*, B. No: 2013/655, 20/1/2016; *A.V. ve diğ erleri*, B. No: 2013/1649, 20/1/2016.

²⁶⁷ *A.V. ve diğ erleri*, B. No: 2013/1649, 20/1/2016, § 138.

²⁶⁸ *A.V. ve diğ erleri*, § 140-142.

²⁶⁹ *K.A.* [GK], § 138.

Anayasa Mahkemesi, “iletile bilginin içeriğinin ve bilgilendirmenin derhâl yapılp yapılmadığının her somut olayın özel koşullarına göre” değerlendirerek sonuca ulařmaktadır²⁷⁰.

Anayasa Mahkemesine göre, “idari gözetim” tedbiri ve bunun devamına yönelik kararlar vb. hukuksal duruma ve işlemekte olan sürece dair bilgilerin yabancıya gereken zaman ve süratte bildirilmemesi aynı zamanda yabancıнын durumunun bir karara bağlanmasını ve hakkındaki kısıtlamaların hukuka aykırı olması durumunda salıverilmesini de engellemektedir²⁷¹.

Anayasa Mahkemesi, *F.A. ve M.A.* kararında başvuru yabancıların, gözetim altına alındıkları tarihin üzerinden 10 gün geçtikten sonra yapılmış olan “bilgilendirme”nin Anayasa’nın 19/4. maddesinde öngörülen koşulları sağlamadığı sonucuna ulařmıřtır²⁷².

iii. Verilecek Bilginin Niteliği

Anayasa Mahkemesine göre “kişinin yakalanmasına ve tutuklanmasına esas hukuki ve maddi gerekçelerin teknik olmayan basit ve kolaylıkla anlaşılır bir dilde açıklanması, hürriyeti kısıtlanan kişinin, uygun gördüğü takdirde Anayasa’nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın hukuka aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurabilmesine imkân” saęlayacaktır²⁷³.

Anayasa Mahkemesinin *F.A. ve M.A.* başvurusuna ilişkin kararında, ilgili idare tarafından sunulan “tutanakta, başvuruacıların yakalanma ve tutulma nedenlerinin haklarında ‘devam eden işlemler’ olduğu bilgisinin yer aldığı, bunun dışında devam eden bu işlemlerin ne olduğu ve başvuruacıların (geri gönderme merkezinde) tutulmalarını niçin zorunlu kıldığı konusunda açıklayıcı bilgilere yer

²⁷⁰ Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, § 136.

²⁷¹ *K.A.* [GK], § 145.

²⁷² *F.A. ve M.A.*, B. No: 2013/655, 20/1/2016, § 148.

²⁷³ Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, § 136.

verilmediği, bu çerçevede başvuruculara özgürlüklerinden yoksun bırakılma nedenlerinin Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrasına uygun bir şekilde bildirildiği" sonucuna ulaşılmıştır²⁷⁴.

Anayasa Mahkemesinin *F.K. ve diğerleri* başvurusuna ilişkin kararında ise aynı zamanda hakkında ceza soruşturması açılan yabancıya hakkındaki suçlama hakkında yapılan bilgilendirmenin, ceza soruşturmasına ilişkin işlemlerin akabinde başvurucunun geri gönderme merkezinde idari gözetim altına alınmasına ilişkin bilgilendirmenin yerine geçemeyeceğini kabul edilmiş ve bu kişiye geri gönderme merkezinde tutulmasına neden olan işlemler hakkında ayrıca bilgilendirme yapılmaması hak ihlali olarak değerlendirilmiştir²⁷⁵.

A.S. başvurusuna ilişkin kararda ise Anayasa Mahkemesi, "başvurucunun idari gözetim altına alınmasından bir gün sonra düzenlenen ve münhasıran başvurucunun ülkesinin yetkili temsilciliğine bilgi verilmesini isteme hakkı konusunda bilgilendirilmesi ve bu hakkını kullanıp kullanmayacağının tespiti amacıyla düzenlendiği açık olan bu belgedeki '*isnat edilen suç*' '*giriş yasağı ihlal*' şeklinde ifade edilen bilgilerin Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrası uygun olarak tutma nedenleri ve hakkındaki iddialar konusunda yapılmış bir bildirim olarak" kabul etmemiştir²⁷⁶. Ulaştığı bu sonucu güçlendirmek adına Anayasa Mahkemesi, ilgili kolluk birimleri ile yaptığı yazışmaların "ekleri arasında tutma nedenleri ve hakkında iddialara ilişkin herhangi bir bildirim daha sonra detaylı bir şekilde ve başvurucunun anlayabileceği bir dilde yazılı olarak yapıldığına dair herhangi bir bilgi veya belgeye" rastlanmadığını kaydetmiş²⁷⁷ ve "hak ihlali" yönünde karar vermiştir.

²⁷⁴ *F.A. ve M.A.*, § 149.

²⁷⁵ *F.K. ve diğerleri*, §§ 132-133.

²⁷⁶ *A.S.*, § 118.

²⁷⁷ *A.S.*, § 119.

Anayasa Mahkemesine göre Anayasa'nın 19/4. maddesinde düzenlenen "bilgilendirilme hakkı" bu yönü itibarıyla, yine 19. maddede güvenceye bağlanan diğer hakların "taşıyıcısı" niteliğindedir²⁷⁸.

5. Özgürlükten Yoksun Bırakılmanın Yargısal Denetimi

a. Genel Olarak Özgürlükten Yoksun Bırakılmanın Yargısal Denetimi

Anayasa'nın 19/8. maddesinde, "(h)er ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi'nin "kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahip" olduğu hükmüne yer verilmek suretiyle özgürlüğün kısıtlanmasına karşı yetkili bir yargı merciine başvurulması bir hak olarak düzenlenmiştir. Diğer yandan Sözleşme'nin 5/1-4. maddesinde "herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu" ifade edilerek bu hakkın sınırlanması durumunda bu sınırlamanın hukukiliği konusunda bir değerlendirme yapıp, hukuki olmadığı sonucuna varılması halinde kişinin serbest bırakılmasını sağlayacak bir "mahkemeye başvuruma hakkı"nın tanınması gerektiği hükmüne yer verilmiştir²⁷⁹.

i. Denetimin Tutmanın Hukukiliği Konusunda Yapılması

Anayasa'nın 19/8. maddesinde, hangi gerekçeye dayalı olduğuna bakılmaksızın özgürlüğünden mahrum bırakılan kişilere, tutulmasının ("idari gözetim altına alınmasının") hukuka uygunluğu konusunda hızlı bir inceleme yapabilecek ve tutulmanın hukuka uygun olmadığını tespit edilmesi halinde kişinin serbest bırakılmasına karar verebilecek bir "mahkemeye başvurma hakkı" tanınmaktadır. Bu hüküm esasen, "tutmanın hukukiliğine ilişkin itiraz başvurusu üzerine tahliye taleplerinin veya idari gözetim tedbirlerinin uygulanmasının

²⁷⁸ Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, § 136.

²⁷⁹ *Ashingdane/Birleşik Krallık*, B. No: 8225/78, 28/5/1985, § 52; bkz. *Harris et al.*, s. 184.

devamına ilişkin kararların bir mahkeme nezdinde incelenmesi açısından” bir güvence oluşturmaktadır²⁸⁰.

Bu kapsamdaki değerlendirme, “hukuka aykırı olduğunun kanıtlanması halinde” hapsedilme haline son verebilecek nitelik ve süratte bir yargısal inceleme kapasitesini gerekli kılmaktadır²⁸¹. Bu bağlamda, özgürlükten yoksun bırakılmanın dayanağı olarak gösterilen hukuki sebeplerin mevcut olmadığı veya bunların maddi dayanaktan yoksun olduğuna dair iddiaların denetim mercii tarafından incelenmemesi, tutmanın yargısal denetimine ilişkin anayasal güvenceye aykırılık teşkil eder²⁸².

ii. Denetimin Süratle Yapılması

Gerek Anayasa'nın 19/8. gerekse AİHS'nin 5/4. maddelerinde yargısal denetimin kısa sürede (süratle) yapılması öngörülmüştür²⁸³. Bu kurala riayet denetiminde öncelikle bakılması gereken, salıverilme talebinin yargı mercisinin önüne gelmesi ile bu talebin karara bağlanması (ve bu kararın başvuru veya vekiline tebliği) arasında geçen süredir. Yargı mercii öncesinde idari makama müracaat şartı öngörülen durumlarda bu süre idari makama müracaat edilen tarihten itibaren hesaplanmalıdır²⁸⁴.

“Özgürlükten yoksun bırakılma”ya karşı itiraz veya salıverilmeyi talep edebilmek için gözaltı süresi gibi birtakım aşamaların geçilmesinin beklenmesine ilişkin zorunluluk Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası ile bağdaşmayacaktır.

²⁸⁰ *F.A. ve M.A.*

²⁸¹ *Baranowski/Polonya*, B. No: 28358/95, 28/3/2000, § 68; *Harris et al.*, s. 186.

²⁸² *Nikolova/Bulgaristan*, B. No: 31195/96, 25/3/1999, § 61; *Harris et al.*, s. 186-187.

²⁸³ *Ulaş Kaya ve Adnan Ataman*, B. No: 2013/4128, 18/11/2015, § 73.

²⁸⁴ *Doğru, Nalbant, C. I*, s. 410; *Koendjibiharie/Hollanda*, B. No: 11487/85, 25/10/1990, § 28; *Singh/Çek Cumhuriyeti*, B. No: 60538/00, 25/1/2005, § 74; ayrıca bkz. Kühne, Eser, s. 178.

iii. Yargısal Denetimin Makul Aralıklarla Yapılma Zorunluluğu

Özgürlükten yoksun bırakılma olgusunun niteliği ve bir tedbir veya ceza olarak ağırlığı dikkate alındığında, tutmayı haklı kılan durumlarda değişiklik olma ihtimaline binaen, makul aralıklarla yapılan inceleme taleplerinin (itiraz veya salıverme talepleri) etkili bir şekilde incelenmesi gerekir²⁸⁵. Başvurucunun salıverilme talebine ilişkin başvuruların, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 108. maddesi gereğince resen (*ex officio*) yapılan denetimden bağımsız olarak incelenmelidir²⁸⁶.

Öte yandan, özgürlüğünden yoksun bırakılmakta olan kişinin salıverilmesinin sağlamaya yönelik yargısal denetim talep etme hakkının belirli bir sayı ile sınırlandırılması, yargısal denetim güvencesinin gerekleri ile bağdaşmaz²⁸⁷.

vi. Denetimin Bir Mahkeme Tarafından Yapılması

Özgürlüğünden mahrum bırakılan kişinin şikâyetleriyle alakalı olarak “yetkili”, “bağımsız” ve “tarafsız” yargı merciince yapılan incelemenin, “adli” nitelikte olması ve bahsi geçen kişilerin itirazları yönünden çözüm üretme kabiliyetini haiz teminatları sağlaması gerekmektedir²⁸⁸. Bir başka ifadeyle, söz konusu yargısal denetim, haksız yere tutulan kişinin serbest bırakılmasını temin edebilecek bir mekanizma olmalıdır. Belirtilen çerçevedeki hak arama yolunun, yalnızca “teoride” değil pratikte de yeterli düzeyde netice elde edilebilir niteliğe sahip olması gerekmekte olup, böyle nitelikte olmayan bir hak arama yolu, Anayasa'nın 19/8. maddesi hükmünün gayeleri yönünden vazgeçilmez nitelikteki “erişilebilirlik” ve “etkililik” vasıflarının mevcudiyetinden bahsedilemez²⁸⁹.

²⁸⁵ *Ulaş Kaya ve Adnan Ataman*, B. No: 2013/4128, 18/11/2015, § 69; Harris *et al.*, s. 188.

²⁸⁶ *Ulaş Kaya ve Adnan Ataman*, § 68; *Rehbock/Slovenya*, B. No: 29462/95, 28/11/2000, § 87; *Firas Aslan ve Hebat Aslan*, B. No: 2012/1158, 21/11/2013, § 32.

²⁸⁷ *Assenov ve diğerleri*, B. No: 24760/94, 28/10/1998, § 164; Harris *et al.*, s. 188-89.

²⁸⁸ *F.A. ve M.A.*; Harris *et al.*, s. 191-192; Kühne, Eser, s. 171.

²⁸⁹ *K.A.*, § 152.

vii. Usul Güvenceleri

Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması sonrasında serbest bırakılmasının temini için müracaat edilen yargısal denetim süreçlerinde “silahların eşitliği”, “çelişmeli yargılama”, “duruşma”, “hukuki yardım”, “yeterli zaman ve kolaylık sağlanması” ve “kararın süratle verilmesi” gibi pek çoğu “adil yargılanma hakkı”nın kapsamında yer alan güvencelerin Anayasa’nın 36. ve AİHS’nin 6. maddeleri ile bağlantılı olarak uygulanması mümkün değildir²⁹⁰. Bu nedenle söz konusu usul güvencelerinin Anayasa’nın 19/8 ve AİHS’nin 5/4. maddelerinde mündemiç olduğunun kabul edilmesi anılan yargısal denetimin “etkililiği” açısından zorunludur. Aksi yöndeki düşüncenin kabulü halinde yargısal korunmanın anlamını yitirmesi kaçınılmazdır.

b. Yabancıların İdari Gözetim Altında Tutulmalarının Yargısal Denetimi

Anayasa’nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası, sınır dışı etme veya geri gönderme kararlarının yerine getirilmesi amacıyla idari gözetim altında tutulan kişilerin de durumlarının incelenmesi ve tutulmalarının hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi için bir yargı merciine başvuru haklarını güvence altına alır. Bu kapsamdaki incelemenin kapsamı bizatihi sınır dışı veya geri gönderme kararlarının esasının hukukiliği değil, kişilerin salt tutulmalarının hukukiliği olmalıdır²⁹¹.

Çok istisnai bir tedbir olan ve kişinin özgürlükten mahrum kalması sonucu doğruran “idari gözetim” tedbirinin uygulanmasında keyfilikten kaçınılması gerekli olduğundan, “demokratik hukuk devletinin gerekli ve makul kıldığı ölçüde” hukuki denetim yollarının açılması gerekir. Bu çerçevede, idari gözetim altında tutulanlara haklarını arayabilmeleri bakımından taşıyıcı fonksiyonu haiz temel usulî hak ve güvencelerin sağlanması çok önemlidir²⁹².

²⁹⁰ Harris *et al.*, s. 192-193.

²⁹¹ Doğru, Nalbant, C. I, s. 410.

²⁹² Rıda Boudra, § 74; benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, § 129; *A. ve diğerleri/Birleşik Krallık*, § 164.

Bu kapsamdaki düzenlemelerin; tutma nedenlerinin ve tutma süresinin ne olduğu, tutma süresinin uzatılması ile avukata ve tercüman yardımına erişimin şartlarının ve başvuru yollarının neler olduğunu ve bu konularla ilgili olarak ilgili yabancının bilgilendirilme şeklini ortaya koyması gereklidir. Belirtilen koşulları sağlamayan bir hukuk sisteminde, bireylerin olası keyfi uygulamalara karşı korunması mümkün değildir²⁹³.

i. 6458 Sayılı Kanun'dan Önceki Durum

Anayasa Mahkemesi, 6458 sayılı Kanun öncesi durumu, tutmanın yargısal denetimi yönünden *F.A. ve M.A.* başvurusunda incelemiştir. Anayasa Mahkemesine göre anılan dönem itibarıyla “yürürlükte olan mevzuattaki boşluk, tutulan kişinin durumu hakkında kısa sürede karar verilmesini ve tutmanın kanuna aykırılığının tespiti hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurulmasını” da kapsamaktadır²⁹⁴.

AİHM de belirtilen zaman periyoduna ilişkin bir başvuruda Türk hukuk düzeninde, sınır dışı veya geri gönderme kararlarının yerine getirilmesi içi idari gözetim altında bekletilen yabancılara, AİHS'nin 5/4. maddesi anlamında, tutulmalarının hukukiliğinin denetiminin yapılmasını talep edebilecekleri bir yol bulunmadığı sonucuna varmıştır²⁹⁵.

Anayasa Mahkemesine göre Anayasa'nın 19/8. maddesi anlamında bir yargısal denetimden söz edilebilmesi için “idari gözetim kararıyla özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiye, özgürlüğünden yoksun bırakılmasının yasaya uygunluğunun özünü oluşturan usule ve esasa ilişkin koşullar ile ilgili olarak yetkili bir yargı merciine başvurma hakkı” tanınması gerekir. Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin şikâyetçi olduğu olay ve olgularla alakalı “yetkili yargı merciince yapılacak değerlendirmenin, adli nitelik taşıması ve özgürlükten mahrum bırakılan kişilerin itirazları bakımından uygun olan teminatları sağlaması” gerekmektedir. Bahsi geçen

²⁹³ Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Abdolkhani ve Karimnia*, § 135.

²⁹⁴ *F.A. ve M.A.*, § 159.

²⁹⁵ *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, § 142.

yargı denetimi, gerektiğinde ilgili kişinin salıverilmesini sağlayabilmelidir. Belirtilen çerçevede belirlenen hak arama yolunun, yalnızca “teoride” değil pratikte de yeterli düzeyde netice elde edilebilir niteliğe sahip olması gerekmekte olup, böyle nitelikte olmayan bir hak arama yolu, Anayasa’nın 19/8. maddesi hükmünün gayeleri yönünden vazgeçilmez nitelikteki “erişilebilirlik” ve “etkililik” vasıflarının mevcudiyetinden bahsedilemez²⁹⁶.

ii. 6458 Sayılı Kanun’dan Sonraki Durum

Anayasa Mahkemesi, 6458 sayılı Kanun sonrası durumu, tutmanın yargısal denetimi yönünden *K.A.* başvurusunda incelemiştir²⁹⁷. Anılan kararda, 6458 sayılı Kanun’un, “açık bir şekilde sınır dışı işlemlerinin yürütülmesi kapsamında riayet edilecek ve ortaya çıkabilecek keyfiliklere engel olabilecek nitelikte bir usulü” öngördüğü ifade edilmiştir. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi, tutmanın hukukiliğine ilişkin denetimindeki tespit ve gerekçelerine atıfta bulunarak Kanun’da öngörülen başvuru yolunun uygulamada, “idari gözetim işlemi”nin “*gerekli özen*” gösterilmek suretiyle sürdürülmesi yönünden bir teminat teşkil edecek surette işletilmediği ve müşahhas olayda mevzu bahis olan “başvuru yolları”nın, başvuru yabancının serbest kalması sonucu doğurabilecek değişken durumlara dair iddialarını “etkili bir şekilde inceleme” potansiyeli bulunmadığı kanaatine varmıştır. Dahası Anayasa Mahkemesi, belirtilen başvuruda başvuru yabancının, özgürlükten mahrum bırakılmasına dair gerekçelerle ilgili olarak usulünce bilgilendirilmemesinin, onun Anayasa’nın 19/8. maddesi gereğince tutmaya hukuken karşı çıkma hakkından mahrumiyetine sebebiyet verecek mahiyette bir eksiklik oluşturduğunu vurgulamıştır.

²⁹⁶ *F.A. ve M.A.*, § 157; *K.A.* [GK], § 152.

²⁹⁷ *K.A.* [GK], § 152.

6. Haksız Yere Özgürlükten Yoksun Bırakılma Nedeniyle Tazminat Sağlama Hakkı

a. Genel Olarak Tazminat Sağlama Hakkı

Anayasa'nın 19/9. maddesinde, belirtilen maddenin önceki fıkralarına “aykırı olarak tutulan kişilerin uğradıkları zararların, devletçe tazmin edileceği” hüküm altında alınmıştır. Anayasa'nın 19/9. maddesine göre Devletin, “aynı maddenin iki ilâ sekizinci fıkralarından herhangi birinin ihlali hâlinde tazminat talep etme imkânı sağlayan bir mekanizma” oluşturma yükümlülüğü bulunmaktadır²⁹⁸. Söz konusu maddede işaret edilen mekanizmanın “yargısal” niteliği haiz olması gerekmektedir²⁹⁹. 19/9. maddenin gereklerinin yerine getirildiğinin kabul edilebilmesi için iç hukukta müesses başvuru yolunun “etkili bir giderim imkanı sunabildiğinin” “yeterli bir kesinlikte” ortaya konularak kanıtlanması şarttır³⁰⁰.

Dolayısıyla Anayasa'nın 19/9. maddesinin evvelki fıkralarından “bir veya daha fazlasının ihlal edildiği sonucuna ulaşılan hâllerde iç hukukta herhangi bir tazmin mekanizması bulunmaması”, Anayasa'nın 19/9. maddesinin de ihlal edildiği sonucuna ulaşılmasına neden olacaktır³⁰¹.

²⁹⁸ “Özgürlükten yoksun bırakılma”ya dair başvurularda AİHM, asıl davaya ilişkin başvuru yollarının tüketilmesini zorunlu tutmamaktadır. Bu doğrultuda iç hukuka göre “özgürlükten yoksun bırakılma”ya dair kararın sonuçları bakımından yeterli işlevsellğe sahip giderim imkanları sunan başvuru yollarının tüketilmesi yeterlidir. AİHM'nin “özel hak ihlali” ile “eski hale getirme” (yani AİHS'nin 41. maddesi çerçevesinde ortaya çıkan maddi giderim sorunu) arasındaki farklılığı gözetmesi nedeniyle, haksız tutmadan kaynaklanan zararların tazmini için ulusal hukukta müesses başvuru yolunun sınanması zorunlu görülmemektedir. AİHM'nin bu haklı tutumu ne yazık ki Anayasa Mahkemesince ortaya konulamamış olup, bu kapsamdaki bir başvurunun karara bağlandığı tarih itibarıyla başvurunun “serbest” olduğu başvurularda CMK'nin 141. maddesindeki yola başvurulması gerektiği gerekçesiyle “başvuru yollarının tüketilmediğine” dair kararlar vermektedir. AİHM'nin *Labita/İtalya* başvurusundaki tespitlerine göre “(u)lusal makamlar açıkça veya özü itibarıyla Sözleşme'ye aykırılığı kabul edip bir giderim sağlamadıkça, başvurucu lehine olan bir karar veya tasarruf, kural olarak başvurunun mağdurluk statüsünü kaldırmak için yeterli” kabul edilemez (bkz. anılan karar § 142); ayrıca bkz. Kühne, Eser, s. 156-157.

²⁹⁹ Harris *et al.*, s. 199.

³⁰⁰ Harris *et al.*, s. 200.

³⁰¹ B.T. [GK], B. No: 2014/15769, 30/11/2017, § 114.

b. Yabancıların Haksız Yere Özgürlüklerinden Yoksun Bırakılmaları Nedeniyle Tazminat Sağlama Hakkı

Anayasa Mahkemesi ilk defa *F.A. ve M.A.* başvurusunda Anayasa'nın 19/9. maddesinin ihlal edilip edilmediğini “idari gözetim” tedbirinin haksız yere uygulandığı durumlar yönünden incelemiştir. Anayasa Mahkemesi bu içtihadında, Anayasa'nın belirtilen maddesinde öngörülen yükümlülüğün “özel bir hukuki mekanizma” tesis edilmesini gerektirdiğini ortaya koymuştur³⁰². Sözü edilen kararda Anayasa Mahkemesi, Türk hukuk sisteminde yabancıların haksız yere özgürlüğünden yoksun bırakılmaları halinde maddi veya manevi zararların tazminine yönelik özel bir mekanizma bulunmadığını kabul ederek hak ihlali yönünde karar verilmiştir. Bu karardan sonra 30/11/2017 tarihli *B.T.* başvurusuna ilişkin karara kadar bu içtihat muhafaza edilmiştir³⁰³.

B.T. başvurusuna ilişkin karar ile haksız yere geri gönderme merkezinde tutulma nedeniyle uğranılan zararların giderimi için idare mahkemelerinde “tam yargı davası” yoluna başvurulmasını etkili bir yol olarak kabul etmeye başlamıştır. Anayasa Mahkemesi, *B.T.* başvurusunda “idari gözetim altında tutulma yerlerinin yönetim, denetim ve işletilmesinin İçişleri Bakanlığı tarafından yürütülen bir kamu hizmeti” olduğunu, “idari işlem ve eylemler” nedeniyle hakları doğrudan etkilenenlerin idari yargı mercileri önünde “tam yargı davası” açabilecekleri, teoride mevcut olan söz konusu hak arama yolunun pratikte işletilmemiş olmasının bu yolun “etkisiz olduğu” şeklinde yorumlamak için haklı sebep oluşturmadığını ifade ederek ve ilgili yabancıнын serbest bırakılması durumunda “etkili hukuk mekanizması”nın “tam yargı davası” olduğu sonucuna varmıştır³⁰⁴. Ancak adı geçen kararda, bu konuda başarı elde edilmiş herhangi bir örnek idari yargı içtihadına yer verilmemiştir.

³⁰² *F.A. ve M.A.*, § 169.

³⁰³ *A.V. ve diğerleri, F.K. ve diğerleri, T.T., A.S., I.I., I.S. ve diğerleri, A.S.*,

³⁰⁴ *B.T.* [GK], §§ 45-58

Dahası AİHM, Türk hukuk sisteminin yabancıların hukuka aykırı tutulmaları sebebiyle giderim sağlamalarına imkân veren bir hak arama yolu sunmadığı neticesine ulaştığı birçok başvuruda, AİHS'nin 5. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir³⁰⁵. Ayrıca idare mahkemelerince tazminata hükmedilmesine ilişkin herhangi bir örnek kararın Türk hükümeti tarafından sunulmadığı da belirtilmiştir³⁰⁶.

Bu çerçevede Türk hukuk sisteminde, “usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen” kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarına (idari gözetim) yönelik iş ve işlemler sebebiyle meydana gelen zararlarının giderilmesine yönelik “özel bir mekanizma” öngörülmediği ve Anayasa Mahkemesinin aynı doğrultudaki önceki içtihadının daha yerinde olduğu kanaatindeyiz. Bu eksiklik sistematik bir sorun olup, Anayasa Mahkemesince 2016 yılından itibaren içtihat değişikliği yapılan *B.T.* kararının verildiği 30/11/2017 tarihine kadar aralıksız olarak ihlal kararları verilmiştir³⁰⁷. Bu kapsamda ilk önlemin Anayasa Mahkemesince alınması ve pilot karar usulüyle kanun koyucunun belirtilen yapısal soruna dikkatini çekmesi gerekirken etkinliği ispatlanmadan idari yargı yolunun etkili başvuru yolu olarak gösterilmesi doğru bir tercih olmamıştır.

D. Adil Yargılanma Hakkı

1. Genel Olarak Adil Yargılanma Hakkı

Anayasa'nın 36/1. maddesinde herkesin, “meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına” sahip olduğu, güvenceye bağlanmıştır. 3/10/2001 tarih ve 4709 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun”un, (Anayasa'nın 36/1. maddesinin birinci fıkrasına “*adil yargılanma hakkı*” ifadesinin ilave edilmesine dair) 14.

³⁰⁵ *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, § 142; *Tehrani ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 32940/08 vd., 13/4/2010, § 79; *Dbouba/Türkiye*, B. No: 15916/09, 13/7/2010, §§ 52-54.

³⁰⁶ *Yarashonen/Türkiye*, § 48.

³⁰⁷ *B.T.* [GK]; *F.K. ve diğerleri*; *T.T.*; *A.S.*; *K.A.* [GK]; *F.A. ve M.A.*; *A.V. ve diğerleri*; *I.S. ve diğerleri*, B. No: 2014/15824, 22/9/2016,

maddesinin gerekçesinde, söz konusu “*değişiklikle Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınmış olan adil yargılama hakkı*”nın madde metnine dahil edildiği açıklığa kavuşturulmuştur. Dolayısıyla söz konusu maddeye “adil yargılanma hakkı”nın ayrıca ilave edilmesinin gayesinin, AİHS’nin 6. maddesinde güvence altına alınan “adil yargılanma hakkı”nı anayasal güvence altına almak olduğu ve hakkın “norm alanı” yönünden de AİHS’ye atıf yapıldığı anlaşılmaktadır³⁰⁸.

AİHS’nin “*Adil yargılanma hakkı*” kenar başlıklı 6. maddesinin (1) numaralı fırcasında genel olarak adil yargılanma hakkına ilişkin güvenceler belirlenmiştir. Anılan fıkraya göre “herkes, kişisel hak ve yükümlülükleri ile hakkındaki bir suç isnadının karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, makul bir sürede, adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir. Karar aleni olarak açıklanır. Ancak duruşmayı izleyenler ve basın mensupları, çocuk ve gençlerin menfaatlerini veya tarafların özel yaşamlarını korumanın gerektirmesi halinde ve adaletin zarar göreceği özel hallerde mahkemenin kesinlikle gerekli olduğuna inandığı ölçüde, demokratik bir toplumdaki genel ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik amacıyla duruşmanın tamamından veya bir bölümünden çıkarılabilir”.

Bireysel başvuru kapsamında adil yargılanma hakkının güvencelerinin bir uyumsuzluğa uygulanabilmesi için “medeni hak ve yükümlülük” veya “suç isnadının esasının karara bağlanmasına” ilişkin bir yargılamanın söz konusu olması gerekir³⁰⁹.

Öncelikle belirtmelidir ki AİHM veya diğer Sözleşme organları tarafından AİHS’nin yorumlanmasında kullanılan “otonom kavramlar” doktrini, “adil yargılanma hakkı”nın koruma alanının tespitinde önemli bir işleve sahiptir. Otonom kavramlar, Avrupa Konseyi üyesi ve AİHS’ye taraf devletlerin iç hukuk süreçlerindeki olay veya olgulara (işlem veya eylemlere) yönelik iç hukukun belirlediği vasıflandırmanın üstüne çıkılarak, AİHS’nin uygulanması bakımından

³⁰⁸ *Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 22; *Ahmet Ersoy ve diğerleri*, B. No: 2014/4212, 5/4/2017, § 44.

³⁰⁹ İnceoğlu, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 12.

sözleşmeci devlet arasındaki değişkenliklerden bağımsız, müşterek ve otonom kavramlar üretilmesine ve AİHS'nin bu kavramlar çerçevesinde ve “Avrupa ortak koruma standardı”nın sağlanmasına hizmet etmektedir³¹⁰. Otonom kavramlar doktrininde iç hukuktaki kavramsal tasnifin arka planındaki nesnel gerçekliğe odaklanılarak, taraf devletlerin iç hukuklarındaki nitelendirmelerde değişiklik yapmak suretiyle AİHS hükümlerinin koruma alanını, anılan hükümlerin amacına aykırı olarak daraltmalarının önlenmesi amaç edinilmektedir³¹¹.

Belirtilen perspektif çerçevesinde “adil yargılanma hakkı”nın içerdiği “medeni hak ve yükümlülük” ve “suç isnadının esası” kavramları da “otonom” nitelikteki yorumlamalara tabi tutulmaktadır³¹².

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki “*medeni hak ve yükümlülükler*” ve “*suç isnadının esasının karara bağlanması*” şeklindeki ayırmadan, bu iki kavramının kapsam ve kategorik olarak eşit seviyede oldukları anlamı çıkarılmamalıdır. Ceza yargılaması kapsamındaki güvenceler de esasen birer “*medeni hak ve yükümlülük*” veya daha doğru bir ifadeyle “*yurttaşlık hakkı*” niteliğinde olup, “*suç isnadı*” kavramının ayrıca zikredilmesinin sebebi, AİHS'nin 6. maddesinin tarihsel yorumu ile ortaya çıkmaktadır. AİHS sisteminin hukukun üstünlüğü, demokrasi ve insan hakları temelinde Avrupa Konseyine üye devletler için asgari bir ortak standart oluşturma perspektifi, ceza yargılamalarında “*sanık*” haklarına ek olarak mağdur haklarını da koruma gerekliliğini öngörmemiştir. Kaldı ki 2, 3, 8, 9 veya 11. gibi maddi içeriğe sahip AİHS maddelerine ilişkin insan hakları sorunlarının temelinde çoğunlukla mağdur hakları yer almakta ve mağdur taraf korunmaktadır. Dolayısıyla 6. maddede eksiklik gibi görünen “*mağdur hakları*” maddi içeriğe sahip diğer AİHS'ye dayalı güvenceler sayesinde koruma altına alınmaktadır.

³¹⁰ İnceoğlu, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 12.

³¹¹ Anayasa Mahkemesinin de AİHM ile benzer bir tutum sergilediği ve anayasallık denetiminin gerektirdiği düzeyde “otonom” nitelikte yorum ve tanımlamalar yaparak kendi kavram kataloğunu oluşturduğu görölmektedir. Anayasa Mahkemesindeki bu yönelimin “adil yargılanma hakkı” özelinde daha çok AİHM içtihadına yaslandığı ve AİHM'nin geliştirdiği içtihat birikiminin doğurduğu kavramsal paradigmayı neredeyse blok halinde kendi içtihat sistemine monte ettiği görölmektedir.

³¹² İnceoğlu, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 12 vd.

Anayasa'nın 36. maddesinin atıf yaptığı AİHS'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki belli başlı güvenceler, “mahkemeye erişim hakkı”, “karar elde etme ve icra ettirme hakkı”, “bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma”, “makul sürede yargılanma”, “silahların eşitliği”, “çelişmeli yargılama”, “aleni yargılanma” ve nihayet “aleni karar hakkı” şeklinde sıralanabilir.

AİHS'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasında ise asgari sanık hakları güvence altına alınmıştır. Bu haklar şüphe konusu “suçu öğrenme”, “savunma hazırlamak için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olma”, “bizzat veya müdafî vasıtasıyla yahut adil yardımdan yararlanmak suretiyle kendini savunma”, “tanık dinletme” ve “tanık sorgulama (bu kapsamda iddia tanıkları karşısında eşit muamele görme)” ile nihayet “tercüman yardımından yararlanma” haklarından ibarettir.

2. Yabancıların Ülkeye Girişleri, İkametleri ve Sınır Dışı Edilmeleri ile İlgili Hukuki Süreçlerde Adil Yargılanma Hakkının Uygulanabilirliği

Maaouia/Fransa kararında AİHM, yabancıların ülkeye girişleri, ikametleri ve “sınır dışı edilmeleri”ne dair muamele veya davaların, “*medeni hak ve yükümlülük*” ya da “*bir suç isnadının esasının karara bağlanması*”na ilişkin olmadığı görüşünü benimseyerek AİHS'nin 6. maddesinin, sözü edilen “yargılama süreçleri bakımından uygulanabilir olmadığına” karar vermiştir³¹³.

Anayasa Mahkemesi de *Z.M. ve I.M.* başvurusuna ilişkin kararda AİHM'nin belirtilen içtihadına atıfta bulunarak, Mahkemenin konu bakımından yetki alanını ifade eden ortak koruma alanının, “sınır dışı edilme kararlarına ilişkin uyumsuzlukları

³¹³ *Maaouia/Fransa* [BD], B. No: 39652/98, 5/1/2000, §§ 33-40; Başkaca kararlar için bkz. İnceoğlu, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 59, dn. 201; AİHM'nin “6. maddenin uygulanmayacağı sonucuna varmasında AİHS'nin 7 No'lu Protokolü'nün yabancıların sınır dışı edilmesiyle ilgili usul güvenceleri sağlaması”nın rol oynadığı görülmektedir (Harris *et al.*, s. 222). Gerçekten de AİHM'yi bu yönde karar almaya “tarihsel yorum metodu”nun sevk ettiği söylenebilir. AİHM'e göre âkit devletler AİHS'nin 6. maddesini kabul ederken yabancıların ülkeye giriş ve çıkışları ile ülkede ikametlerine ilişkin uyumsuzlukları da bu maddenin koruması altına almayı istemiş olsalardı, 7 No.lu Protokol'ü ayrıca akdetme ihtiyacı hissetmezlerdi (*Maaouia/Fransa* [BD], § 36); ayrıca bkz. Gözler, s. 528; Sibel İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa** (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme), Editör Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi yay., Ankara, 2013, s. 211 (“Sözleşme ve Anayasa”).

konu alan yargılama süreçleri”ni kapsamadığı ve bu nedenle “konu bakımından yetkisizlik nedeniyle” başvurunun kabul edilemez olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Öte yandan belirtilmelidir ki *Z.M. ve I.M.* başvurusuna ilişkin kararın verildiği tarihte sınır dışı işlemleri kapsamında ek prosedürel güvenceler öngören AİHS’ye Ek 7 No.lu Protokol yürürlüğe girmemişti³¹⁴.

Anılan Protokol’ün 1. maddesine göre “bir devletin ülkesinde kanuni olarak mukim bulunan bir yabancı, kanuna uygun olarak alınan bir kararın uygulanması için gerekli olmadığı sürece buradan sınır dışı edilemez ve bu durumdaki kişinin sınır dışı edilmesine karşı gerekçeleri sunmasına, durumunun yeniden incelenmesine ve bu amaçla, yetkili bir makam veya bu makam tarafından tayin edilen kişi veya kişiler huzurunda temsil edilmesine izin verilir. Bir yabancının sınır dışı edilmesi kamu düzeni çıkarları açısından gerekliyse veya ulusal güvenlik nedenlerinden kaynaklanıyorsa, söz konusu yabancı, bu maddenin birinci fıkrasının a, b ve c bentlerindeki haklarını kullanmadan önce sınır dışı edilebilir.”

Belirtilen Protokol’ün yürürlüğe girdiği 1/8/2016 tarihinden sonra Anayasa Mahkemesince verilen bireysel başvuru kararlarına bakıldığında önceki başvurularla aynı doğrultuda istikrarlı bir şekilde “*konu bakımından yetkisizlik*” sebebiyle “kabul edilemezlik” yönünde kararlar verildiği gözlemlenmektedir³¹⁵. Anılan Protokol yürürlük kazandıktan sonra Anayasa Mahkemesince, “yabancıların ülkeye girişleri”, “ikametleri” ve “sınır dışı edilmeleri”ne ilişkin muamele ve davalara ilişkin başvuruların bireysel başvuru incelenmesine konu olup olamayacağı, bir başka ifadeyle “Anayasa Mahkemesinin konu bakımından yetkisi”nin belirtilen

³¹⁴ Türkiye Cumhuriyeti, 22/11/1984 tarihinde imzaya açılan ve 1/11/1988 tarihinde yürürlüğe giren AİHS’ye ek 7 No.lu Protokol’ü, 14/3/1985 tarihinde imzalamıştır. Bu Protokol’ün onaylanmasının uygun bulunmasına dair 10/3/2016 tarih ve 6684 sayılı Kanun, 25/3/2016 tarih ve 29664 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Protokol’ün onaylanmasını kararlaştıran 28/3/2016 tarih ve 2016/8717 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Protokol’ün resmi Türkçe çevirisi, 8/4/2016 tarih ve 29678 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Onay belgeleri 2/5/2016 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine tevdi edilmiş ve **bu şekilde Protokol, Türkiye Cumhuriyeti bakımından 1/8/2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.**

³¹⁵ *Yulia Matur (Anikeeva)*, B. No: 2015/4459, 7/2/2018; *B.T.* [GK], B. No: 2014/15769, 30/11/2017; *Aigul Mavlianova*, B. No: 2016/6293, 9/11/2017; *M.İ.*, B. No: 2014/13864, 14/9/2017; *Gulalek Begnyazova*, B. No: 2015/5371, 22/2/2017; *R.K.*, B. No: 2014/13794, 22/2/2017.

uyuşmazlıkları kapsayıp kapsamadığı konusunda bir gözden geçirme ihtiyacı hissedilmemiş olması önemli bir eksikliklerdir.

E. Etkili Başvuru Hakkı

1. Genel Olarak Etkili Başvuru Hakkı

Anayasa'nın “*Temel hak ve hürriyetlerin korunması*” kenar başlığını taşıyan 40/1. maddesine göre, “Anayasa ile tanınmış hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.” Benzer yönde AİHS'nin “etkili başvuru hakkı” başlığını taşıyan 13. maddesine göre AİHS'de “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.” Bu madde, AİHS'ye dayanan bir “*savunulabilir iddia*”nın esasını incelenmesi ve gerektiğinde uygun bir giderim sunulması görev ve yetkisi ile donatılmış bir başvuru yolunu zorunlu kılmaktadır³¹⁶.

Kişilere “etkili başvuru hakkı” kapsamında sağlanan teminatın içeriği, hak ihlali iddiasına konu olan hakka bağlı olarak değişkenlik göstermektedir. Ancak “genel” manada belirtilmelidir ki Anayasa'nın 40. maddesi gereğince iç hukukta tanımlanması gerekli hak arama yolunun “etkili” olarak vasıflandırılabilmesi için gerek teori gerekse pratikte, ortaya çıkan hak ihlalinin engelleme, süregelen ihlal durumuna son verme veya gerçekleşmiş bir ihlalin sonuçlarını “eski hale iade” veya “giderim” yöntemleriyle ortadan kaldırabilme gücüne sahip olması gereklidir³¹⁷.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru kapsamında “etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine yönelik iddiaların, soyut olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp, mutlaka Anayasa ve AİHS'nin ortak koruma alanı kapsamında yer alan diğer temel

³¹⁶ Osman Doğru, Atilla Nalbant, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, C. II, Avrupa Konseyi yay., Ankara, 2013, s. 2 (“C. II”).

³¹⁷ *Ananyev ve diğerleri/Rusya*, B. No: 42525/07 ve 60800/08, 10/1/2012, § 96; Harris *et al.*, s. 579; Sibel İnceoğlu, “Etkili Başvuru Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa** (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme), Editör Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi yay., Ankara, 2013, s. 441-442 (“Etkili Başvuru”).

hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınması” gerekmektedir. Başka bir deyişle “etkili başvuru hakkının ihlal edilip edilmediğinin tartışılabilmesi için ihlal iddiasının, hangi temel hak ve özgürlük konusunda etkili başvuru hakkının kısıtlandığı sorularına cevap verebilmesi” şarttır. Dolayısıyla etkili başvuru hakkının “koruma işlevi” müstakil mahiyette olmayıp, “temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını, korunmasını ve başvuru yollarını” güvence altında tutan “tamamlayıcı” nitelikteki haklar arasındadır³¹⁸.

Etkili başvuru hakkının değerlendirildiği, AİHM’nin *Klass ve diğerleri/Almanya* kararı dikkat çekicidir. Söz konusu kararda, AİHS’deki “hak ve özgürlükleri ihlal edilen bir kimsenin, ‘ihlal fiili’ resmi sıfatlarıyla hareket edenlerden başka kişiler tarafından işlenmiş olsa bile, ulusal bir makam önünde etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkına sahip olduğu” belirtilmektedir. Hükmün lafzına ağırlık verildiğinde, bireyin yalnızca somut bir ihlal olay veya olgusu mevcut olduğu takdirde, iç hukukta müesses “hak arama yollarına başvurma hakkı” doğduğu tasavvur edilebilir. Ancak ilgili birey tarafından resmi başvuru merciine şikâyet sunulmadıkça, hak ihlallerinin tespiti mümkün olamamaktadır. Sonuç olarak ilgili “temel hak ve özgürlüğün” gerçek manada ihlal edilmesi, 40. veya 13. maddelerin tatbiki yönünden “ön şart” olarak kabul edilemez.

AİHM’nin değerlendirmesi gereğince 13. madde, AİHS ile uyumlu olmadığı iddiasına konu olan bir eylem veya işlem nedeniyle zarara uğradığını savunan bir kimsenin, gerek bu iddiaları yönünden bir kararın verilmesinin ve gerekse lüzumu halinde “bir karşılık ödenmesinin” sağlanması için bir “hukuk yolu”na başvuruda bulunma hakkının tesis edilmesini gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla 40. ve 13. maddelerin, Anayasa ve AİHS’deki “hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini iddia eden herkes”in, “ulusal bir makam önünde etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkını” güvenceye bağlayacak şekilde yorumlanması oldukça önemlidir³¹⁹.

³¹⁸ Onurhan Solmaz, §§ 33-34.

³¹⁹ *Klass ve diğerleri/Almanya*, § 64.

Etkili bir başvuru yolu sağlama bir usul yükümlülüğü olup, işleyiş itibarıyla ihlalin meydana gelmesi veya devamının önlenmesi yahut yeterli bir giderim sunma potansiyeline sahip olması gerekir. Bu bağlamda müşahhas uygulamada başvuru lehine karar verilmemiş olması tek başına etkili başvuru hakkının ihlali anlamına gelmez³²⁰. Ayrıca etkili başvuru yolu sağlanıp sağlanmadığına ilişkin değerlendirmenin bütüncül bir bakış açısı ile yapılması, iç hukuktaki başvuru yollarının bir arada değerlendirilmesi ile ortaya çıkan tablo dikkate alınmalıdır³²¹.

Etkili başvuru hakkının ihlaline ilişkin iddialar ile başvuru yollarının tüketilmesi koşulu arasında yakın bir ilişki vardır. Etkili başvuru hakkının ihlaline karar verilmesi gereken durumlarda, etkisiz olduğunu sonucuna ulaşılan başvuru yolunun tüketilmesi de beklenemez. Bu bağlamda gerek Anayasa Mahkemesi gerekse AİHM özellikle etkili başvuru hakkının ihlal edildiğinin iddia edildiği başvurularda, kabul edilebilirlik incelemesi aşamasında tüketilmesi gerekirken tüketilmediği iddia edilen bir başvuru yolunun etkisizliği konusunda esas yönünden incelenmesi gereken bulgular söz konusu ise başvuru yollarının tüketilip tüketilmediğine ilişkin tartışmayı, “etkili başvuru hakkının ihlal edildiği iddiasının esas yönünden incelendiği” aşamaya ertelemektedir³²².

Bireysel başvuruda bulunmadan önce tüketilmesi gereken başvuru yolunun etkililik sorunu bulunmamalıdır. Diğer taraftan, iç hukukta başvurulması istenen hukuki çare ihlal iddiasına ilişkin, elverişli ve uygun bir yol olmalıdır. Başvuru yolunun ulusal hukukta açık ve net bir hukuki temeli bulunmalı gerek teoride gerekse pratikte “*etkili*”, “*yeterli*” ve “*erişilebilir*” olmalıdır. Dolayısıyla herhangi bir “başarı şansı” sunamayan bir başvuru yolunun tüketilmesi beklenmemelidir.

³²⁰ Doğru, Nalbant, C. II, s. 560.

³²¹ Doğru, Nalbant, C. II, s. 560.

³²² K.A. [GK], § 65: “Başvurunun bu bölümünde ileri sürülen iddialar açısından başvuru yollarının tüketilip tüketilmediğine karar verebilmek için Anayasa’nın 40. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkının Anayasa’nın 17. maddesi ile bağlantılı olarak esas yönünden incelenmesi gerekmektedir. Bu nedenle 6216 sayılı Kanun’un 48. maddesi uyarınca açıkça dayanaktan yoksun olmadığı görülen başvurunun bu kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.”

2. Yabancıların Etkili Başvuru Hakkı

a. İdari Gözetim Koşullarına Karşı Yabancıların Etkili Başvuru Hakkı

Anayasa Mahkemesi, *K.A.* ile *F.A.* ve *M.A.* başvurularında Anayasa'nın 17/3. maddesi ile ilişkilendirdiği Anayasa'nın 40. maddesinin "ihlal edildiğine" karar vermiştir. Bir başka ifadeyle Mahkeme, geri gönderme merkezlerindeki tutma koşullarının elverişsizliği ile ilgili olarak teori ve uygulamada çare bulma yeteneğine sahip ve "makul bir başarı şansı" vaat eden "etkili" bir hak arama yolu bulunmadığı sonucuna varmıştı³²³. Ancak *B.T.* başvurusu ve sonraki başvurularda Anayasa Mahkemesi geri gönderme merkezlerindeki tutma koşullarına karşı etkili başvuru yolu bulunmadığına dair önceki içtihadından dönerek bu kapsamda idari yargı yolunu işaret etmektedir³²⁴. Üstelik Anayasa Mahkemesi böyle bir sonuca ulaşırken idari gözetim koşullarına karşı açılan bir tam yargı davası sonucunda etkili bir giderim sağlayan bir karar örneği sunmadığı gibi, aynı kararın "ilgili hukuk" ana başlığı altındaki 38. paragrafında şu ifadelere yer vermiştir:

"AİHM, Türk hukuk sisteminin yabancıların tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında adli inceleme yapılmasına imkân veren ve hukuka aykırı tutulmaları sebebiyle tazminat elde etmelerine olanak tanıyan bir hukuk yolu sağlamadığı sonucuna vardığı pek çok geçmiş davada, Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye, § 142; Tehrani ve diğerleri/Türkiye, B. No: 32940/08 vd., 13/4/2010, § 79; Dbouba/Türkiye, B. No: 15916/09, 13/7/2010, §§ 52-54). Ayrıca idare mahkemelerince taleplerin hızlı bir şekilde incelenip bir yabancının hukuka aykırı olarak tutulduğu gerekçesiyle serbest bırakılmasına ve tazminata hükmedilmesine ilişkin herhangi bir örnek kararın Türkiye tarafından sunulmadığı da belirtilmiştir (Yarashonen/Türkiye, § 48)."

³²³ *F.A.* ve *M.A.*, B. No: 2013/655, 20/1/2016; *K.A.* [GK], B. No: 2014/13044, 11/11/2015; *A.V.* ve diğerleri, B. No: 2013/1649, 20/1/2016; *F.K.* ve diğerleri, B. No: 2013/8735, 17/2/2016; *T.T.*, B. No: 2013/8810, 18/2/2016; *A.S.*, B. No: 2014/2841, 9/6/2016; *I.S.* ve diğerleri, B. No: 2014/15824, 22/9/2016.

³²⁴ *B.T.* [GK], B. No: 2014/15769, 30/11/2017; *A.S.*, B. No: 2014/1368, 19/12/2017; *U.U.*, B. No: 2014/2114, 19/12/2017; *A.B.*, B. No: 2014/1369, 20/12/2017; *I.M.* ve *Z.M.* (2), B. No: 2014/16413, 20/12/2017; *R.A.*, B. No: 2014/3955, 10/1/2018; *F.A.A.*, B. No: 2015/15764, 4/4/2018; *D.D.*, B. No: 2014/2427, 9/5/2018; *G.B.* ve diğerleri, B. No: 2014/19481, 24/5/2018; *K.K.*, B. No: 2014/16575, 11/6/2018; *G.E.*, B. No: 2015/6543, 11/6/2018, *M.A.*, B. No: 2015/7305, 11/6/2018; *Manzura Jumaeva*, B. No: 2015/1474, 27/6/2018; *G.B.* ve diğerleri (2), B. No: 2015/15273, 17/7/2018; *K.M.*, B. No: 2015/8465, 13/9/2018; *M.Z.* ve *M.B.*, B. No: 2014/6493, 25/12/2018; *K.A.* ve *N.A.*, B. No: 2014/16577, 26/12/2018; *M.A.*, B. No: 2014/19436, 26/12/2018; *Z.K.*, B. No: 2017/31040, 9/1/2019; *A.A.* ve diğerleri, B. No: 2014/17572, 7/2/2019; *Dayginat Magomedzhamilova* ve diğerleri, B. No: 2015/516, 20/3/2019; *Sara Rahmazani* ve diğerleri, B. No: 2015/33, 8/5/2019.

Anayasa Mahkemesi kararının tamamı incelendiğinde, ulaştığı sonucun tam aksi yönde önermeler içeren yukarıdaki paragraftaki tespitlere niçin itibar etmediğinin gerekçesini de izah etmemiştir.

Ancak Anayasa Mahkemesi “*başvuru yollarının tüketilmediğine*” dair içtihadında da bir tutarlılık gösterememiş olup, aynı nitelikte geri gönderme merkezlerindeki tutma koşullarının insan haysiyeti ile bağdaşmadığına dair şikayetler bakımından etkili gördüğü idari yargı yoluna işaret etmeksizin ve usule ilişkin ve kabul edilebilirlik hiyerarşisinde öncelikli olan başvuru yollarını tüketilip tüketilmediği hususunu tartışmaksızın “esasî ilişkin bir kabul edilebilirlik kriteri” olan başvurunun “açıkça dayanaktan yoksunluğu” üzerinden bir değerlendirme yaparak başvuru hakkında “kabul edilemezlik” kararı vermiştir³²⁵.

Anayasa Mahkemesinin bu ikircikli tutumuna ek olarak, başvuru yollarının tüketilmesi bağlamında *B.T.* kararındaki hak ve özgürlükler aleyhindeki tutumunun insan haklarının korunmasına ve bireysel başvuru yolunun etkililiğine verdiği zarar, aşağıda “etkili başvuru hakkının özel bir görünümü olan haksız tutma nedeniyle tazminat sağlama hakkı yönünden idari yargı yolunun etkililiği”nin değerlendirildiği başlığın sonunda ifade edilmiştir.

b. Kötü Muameleye Maruz Kalma Riski Bulunan Ülkeye Sınır Dışı Edilen Yabancıların Etkili Başvuru Hakkı

11/4/2013 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan 6458 sayılı Kanun’un 53. maddesi, yayımlandığı 11/4/2013 tarihinden “bir yıl sonra” yürürlük kazanmıştır. Söz konusu 53/3. maddesini ilk hâlinde yer alan “*dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı*

³²⁵ *Abdulkadir Yapıpuquan* [GK], B. No: 2016/35009, 2/5/2019.

edilmez.” hükmü, “sınır dışı” işleminin dayanağı olan olay ve olgular dikkate alınmaksızın bütün yabancılar yönünden eşit uygulanması öngörülmüştü³²⁶.

6458 sayılı Kanun’un 53/3. maddesindeki “kendiliğinden durdurma” kuralı, 676 sayılı KHK ile yapılan değişikliğe kadar, iki yılı aşkın bir süre yürürlüğe sahip olmuştur. Nitekim belirtilen zaman zarfında Anayasa Mahkemesi, anılan kuralın sağladığı etkinlik ve güvenceye dayanarak, çok sayıda “tedbir talepli” bireysel başvuruyu, “başvuru yolları tüketilmemesi” ve devam eden yargısal süreç sonuçlanmadan “sınır dışı işlemi”nin uygulanma ihtimalinin bulunmaması nedeniyle kabul edilemez bulmuş ve reddetmiştir³²⁷.

Yukarıda belirtilen KHK ile yapılan değişiklik sonucunda “sınır dışı” işlemine aleyhinde “dava açma süresi” içerisinde veya dava açıldığı takdirde ise neticelendirilinceye kadar “sınır dışı” işleminin uygulanamayacağına dair kurala istisna getirilmiştir³²⁸. Anılan düzenleme gereğince, “sınır dışı edilmelerine” yönelik işlem tesis edilen bir yabancıya “terör veya çıkar amaçlı suç örgütlerinin yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanların, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanların ve uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu” yönünden değerlendirmeler bulunması halinde, “dava açma süresi” içerisinde veya “dava neticeleninceye kadar” sınır dışı edilmemelerine ilişkin güvence devre dışı kalmıştır³²⁹. Bu bağlamda ülkesine döndüğü taktide “yaşam hakkının ihlal edileceğini” ya da “kötü muameleye maruz kalacağını” iddia eden bir yabancı kategorisi, dava açmaları halinde dahi açtıkları bu davayı sonuçlanıncaya dek takip etme imkanları ortadan kalkmıştır³³⁰.

³²⁶ Y.T. Pilot Karar [GK], B. No: 2016/22418, 30/5/2019, § 53.

³²⁷ G.B. [TK], B. No: 2015/508, 16/1/2015; Y.T., § 54; Otomatik askıya alma mekanizması/etkisine sahip bir mekanizmanın gerekliliği, “Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi”nin 7/10/2005 tarihli ve 1471/2005 numaralı “üye ülkelerdeki hızlandırılmış iltica usulleri”ne dair kararında da açık biçimde ortaya konulmuştur; ayrıca *bkz.* Tulkens, s. 171.

³²⁸ Y.T. Pilot Karar [GK], § 55.

³²⁹ Y.T. Pilot Karar [GK], § 56.

³³⁰ Y.T. Pilot Karar [GK], § 57.

Y.T. başvurusunda, başvuruda bulunan yabancının “kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı bakımından tehdit oluşturan” kişi kategorisinde değerlendirildiği gerekçesiyle sınır dışı edilmesine yönelik işlem tesis edilmiştir. Başvurucu, “ülkesinde kötü muameleye maruz kalacağına dair savunulabilir nitelikte”ki iddiasını idare mahkemesine taşımış ve diğer yandan bireysel başvuru yoluna da müracaat etmiştir. Başvurucunun şikayetlerinin “ciddi” olduğunu değerlendiren Anayasa Mahkemesi, başvurucu lehine tedbir uygulanmasına ve “sınır dışı işleminin durdurulmasına” karar vermiştir. İdare Mahkemesi ise başvurucunun davasının esası hakkında “bir değerlendirme yapmaksızın” ve şekilci bir incelemeyle “davanın süre aşımı nedeniyle reddine” karar vermiştir. Kısacası İdare Mahkemesi, davanın esası ve dolayısıyla başvurucunun Anayasa’nın 17. maddesi çerçevesinde ortaya çıkan subjektif durumu yönünden bir tartışmaya girişmemiştir³³¹.

Anayasa Mahkemesine göre başvurucu tarafından ileri sürülen “idare mahkemesinde görülen davanın pratikte başarı şansı sunmadığı için etkili bir başvuru yolu olmaktan çıktığına” yönelik itirazları “temelsiz” olmayıp, idare mahkemesindeki davanın “sınır dışı edilme riski” hissedilmeksizin takibi mümkün değildir. Belirtilen koşullar altında “etkili başvuru hakkının güvencelerinin” başvuruya konu idari dava kapsamında karşılanmasının olanaksız olduğu, açık biçimde gözler önüne serilmektedir³³².

Anayasa Mahkemesine göre başvuruya konu davada tezahür eden söz konusu “etkisizlik” hali, idari yargı merciince sergilenen farklı uygulama yöntemi veya hukuk kurallarının hatalı yorumlanmasından kaynaklanmamaktadır. Söz konusu problemin kaynağı bilakis hukuk kuralının kendisi, yani 6458 sayılı Kanun’un KHK hükmü ile değişikliğe uğrayan 53/3. maddesidir. Anayasa Mahkemesi, söz konusu düzenlemenin, Anayasa’nın 17/1-3 maddeleri ile güvenceye bağlanmış olan “yaşam hakkı” ve “kötü muamele yasağı” ile Anayasa’nın belirtilen haklarla ilişkili olarak 40. maddesinde güvenceye bağlanmış olan “etkili başvuru hakkı” ve Anayasa

³³¹ *Y.T.* Pilot Karar [GK], § 58.

³³² *Y.T.* Pilot Karar [GK], 59 ve aynı karar §§ 45-47.

Mahkemesinin konuya ilişkin istikrar kazanmış içtihadıyla uyumluluk arz etmediğini ortaya koymuştur³³³.

Sonuç olarak *Y.T.* başvurusunda, “başvurucunun idare mahkemesine açtığı davanın sonucunu beklerken sınır dışı edilme riskini ortadan kaldıran, yasal bir güvenceye sahip olmaması nedeniyle etkili başvuru hakkının ihlal edildiği, ihlalin ise mevzuatta yapılan değişiklik sonrası oluşan yeni durumdan kaynaklandığı” tespit edilmiş ve “Anayasa’nın 17. maddesiyle bağlantılı olarak 40. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine karar” verilmiştir³³⁴.

30/5/2019 tarihli *Y.T.* Pilot kararından sonra yasama organı harekete geçmiş ve bahsi geçen *Y.T.* Pilot kararına istinaden yasama organı harekete geçmiş ve 6/12/2019 tarihli ve 7196 sayılı Kanun’un 75. maddesiyle, YUKK’nin 53/3. maddesinde yer alan “54 üncü maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri ile ikinci fıkrası kapsamındakiler hariç,” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Yani herhangi bir sınır dışı işlemine karşı dava açma süresi -ki o süre de aynı değişiklikle yedi güne düşürülmüştür- boyunca ve dava açıldığı takdirde yargılama süresi boyunca otomatik askıya alma mekanizmasının eskisi gibi istisnasız uygulanması ve yabancının sınır dışı edilmemesi gerekmektedir.

Bu çerçevede *Y.T.* pilot kararında temas edilen etkili başvuru sorunu, başarılı bir pilot karar uygulaması ile ortadan kaldırılmıştır.

Ancak zaten görece kısa nitelikte olan 15 günlük idari yargıda sınır dışı işlemine karşı dava açma süresinin, sözü edilen 7196 sayılı Kanunla yedi güne düşürülmesi, etkili başvuru hakkı yönünden oldukça sorunlu bir adım olmuştur. Ne yazık ki söz konusu düzenleme bu şekilde, yasama organının etkili başvuru hakkına ve ilk defa deneyimlenen pilot karar usulüne (ve dolayısıyla Anayasa Mahkemesine

³³³ *Y.T.* Pilot Karar [GK], § 60.

³³⁴ *Y.T.* Pilot Karar [GK], §§ 61-62; Anılan karardan Anayasa Mahkemesinin, AİHM’nin yukarıdaki kısımlarda (“köprü kararları” başlığı altında) özetlenen kararlarındaki yaklaşımı benimsediği, yani “otomatik askıya alma” güvencesi sunamayan ve bu çerçevede olumlu bir karar verilinceye kadar kişinin “sınır dışı edilmesi” ihtimalini ortadan kaldıramayan “yürütmenin durdurulması” mekanizmasının, etkili bir koruma sağlamadığı düşüncesinde olduğu anlaşılmaktadır.

bireysel başvuru müessesesinin etkinliğine) yapmış olduğu çok önemli katkı gölgelenmiştir³³⁵.

c. İdari Gözetim Tedbirinin Hukukiliğine Karşı Etkili Başvuru Hakkı

Hangi gerekçeye dayandırılırsa dayandırılınsın, özgürlüğünden mahrum bırakılan kimse, Anayasa'nın 19/8. maddesine göre, "kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine" başvurma hakkına sahiptir. Bu düzenleme Anayasa'nın 40. maddesinde düzenlenen *lex generalis* niteliğindeki etkili başvuru hakkının özel bir görünümüdür (*lex specialis*). Bu çerçevede Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasındaki yargı denetim güvencesinin bulunmadığı durumlarda, ayrıca Anayasa'nın 40. maddesi de ihlal edilmiş sayılmakla birlikte, bu özel hükmün öncelikli olması nedeniyle ayrıca 40. madde kapsamında bir inceleme yapılması ve ihlal kararı verilmesi mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi de idari gözetim kararlarının hukuki denetimleri bakımından, 6458 sayılı Kanun öncesi durumu incelemiştir³³⁶. Anayasa Mahkemesine göre anılan dönem itibarıyla yürürlüğe sahip "mevzuattaki boşluk, tutulan kişinin durumu hakkında kısa sürede karar verilmesini ve tutmanın kanuna aykırılığının tespiti hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurulmasını" da kapsamaktadır³³⁷. Anayasa Mahkemesi doğru ve haklı olarak Anayasa'nın 19/8. maddesi perspektifinde 6458 sayılı Kanun öncesi durumu inceledikten (ve hak ihlali yönünde karar verdikten) sonra ayrıca 40. madde yönünde bir inceleme yapmamıştır.

³³⁵ Bu tezin kaleme alındığı dönem itibarıyla 7196 sayılı Kanun'un yayımlandığı tarih çok yeni olduğundan, söz konusu düzenlemenin soyut norm denetimi kapsamında bir iptal başvurusuna konu olup olmayacağı bilinmemektedir. Böyle bir girişim söz konusu olduğu takdirde Anayasa Mahkemesinin nasıl bir tutum sergileyeceği merak konusudur.

³³⁶ *F.A. ve M.A.*, §§ 151-161.

³³⁷ *F.A. ve M.A.*, § 159.

d. Etkili Başvuru Hakkının Özel Bir Görünümü Olan Haksız Tutma Nedeniyle Tazminat Sağlama Hakkı Yönünden İdari Yargı Yolunun Etkililiği

Anayasal hak ve özgürlüklerin sağladığı güvencelerin etkili nitelikteki ulusal hukuk mekanizmalarınca korunması bakımından Anayasa'nın 40. maddesi *lex generalis*, 19. maddesinin dokuzuncu fıkrası ise *lex specialis* mahiyetindedir. Bir başka ifadeyle etkili başvuru hakkının ihlali olgusu, Anayasa'nın 19/9. maddesinin "ihlal edildiği" durumları mündemiç olup, ayrıca Anayasa'nın 40. maddesinin "ihlal edildiği" sonucuna varılmasına gerek yoktur.

Anayasa'nın 40. maddesi gereğince Devletin anayasal hak ve özgürlüklere saygı gösterilmeyen durumlarda bireylerin haklarının iadesi veya tazmini için genel bir hak arama mekanizması kurma görevinin yanı sıra Anayasa'nın 19. maddesinin dokuzuncu fıkrası ile özel bir tazmin yükümlülüğü öngörülmesi anayasa koyucu tarafından bu alanda ayrı bir düzenleme talep edildiğinin işaretidir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin önceki içtihadı³³⁸ da dikkate alındığında gerek Anayasa'da gerekse AİHS'de özel olarak tazmin yükümlülüğü öngörülmüş olmasının, bu kapsamda özel bir tazmin mekanizmasına ilişkin gereklilik olarak yorumlanması yanlış olmayacaktır.

Anayasa'nın 125. maddesine göre kural olarak "idarenin her türlü eylem ve işlemi"ne karşı yargısal denetim yolu açık olup Devlet, bu eylem ve işlemlerden kaynaklanan zararı gidermekle yükümlüdür. 5271 sayılı Kanun'un 141 ilâ 144. maddelerinde "suç soruşturması veya kovuşturması" kapsamında hukuka aykırı olarak özgürlüğünden yoksun bırakılan ve bu sırada yasal haklarına riayet edilmeyen ve bu hakları hatırlatılmayan şüpheli ya da sanıkların gördüğü zararın giderilmesi için ağır ceza mahkemelerinde koruma tedbirlerinden kaynaklanan tazminat davası açma hakkı bulunmaktadır. İdari gözetim altında tutulan yabancılar suç şüphelisi ya da sanığı olmalarından kaynaklanan bir nedenle özgürlüklerinden yoksun

³³⁸ F.A. ve M.A., §§ 162-170.

bırakılmadıklarından 5271 sayılı Kanun'daki bu düzenlemeden yararlanmaları mümkün değildir³³⁹.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca idari işlem ve eylemler nedeniyle kişisel hakları doğrudan zarar görenlerce “tam yargı” davası açılması mümkün olup, idari yargının yetkisi hukuka uygunluk denetimiyle sınırlıdır. Buna göre idare mahkemeleri tarafından, (kanunda “objektif sorumluluk” tanımlaması yapılan durumlar dışında) ancak “idari işlem ya da eylemin hukuka aykırılığı”nın tespiti halinde, işlemin iptaline ya da tazminat ödenmesine karar verilebilir³⁴⁰. Yabancıların tutulmalarının hukuka uygun olup olmadığını denetleme yetkisi idari yargının değil, 6458 sayılı Kanun'un 57. maddesi çerçevesinde münhasıran “sulh ceza hakimlikleri”nin görev alanında olup, idari yargı mercii tarafından işlemin hukukiliği denetlenemeyeceğinden, böyle bir işlemde doğan zararın tazminine de karar verilemeyeceği kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesinin etkili başvuru hakkı ile bağlantılı olarak anayasal bir hak ve özgürlüğe ilişkin bir bireysel başvuru kapsamında daha önce “tüketilmesi gereken etkili bir başvuru yolu olup olmadığını” araştırırken kendi hukuki perspektifi çerçevesinde ortaya koyduğu “*olması gereken hukuk*” (“*de lege ferenda*”) çıkarsamaları veya iyimser senaryolar yerine somut uygulamalar ve kesinleşmiş kararlar üzerinden bir sonuca ulaşması ve bunları bir kanıt unsuru olarak ön plana çıkarması gerekir. Nitekim AIHM'nin tavrı da bu yöndedir³⁴¹. Anayasa Mahkemesinin *B.T.* ve devamı kararlarındaki, haksız idari gözetim nedeniyle tazminat sağlanması bakımından idari yargı yolunu etkili kabul eden tutumunun, insan haklarının korunması ile bağdaşmadığı ve bireysel başvuru yolunun etkililiğini tartışmalı hale getirdiği kanaatindeyiz. Buradaki açıklamalar, idari gözetim sırasında insani olmayan koşullarda tutmaya karşı idari yargı yolunun tüketilmesinin istenmesine ilişkin kararlar bakımından da geçerlidir.

³³⁹ *B.T.* [GK], § 115.

³⁴⁰ *B.T.* [GK], § 116.

³⁴¹ *Yarashonen/Türkiye*, § 48.

SONUÇ

6458 sayılı Kanun, güncelliğini yitirmiş olan Türk Yabancılar Hukuku mevzuatı insan haklarının korunması ve hukuk devleti ilkelerinin gerçekleştirilmesi adına önemli bir adım niteliğindedir. Anılan Kanun, hukuk devletinin unsurları olan idarenin hukuka bağlılığı, yargısal denetim, hukuki güvenlik, belirlilik, öngörülebilirlik ve benzeri konularda, yürürlükten kaldırılan mevzuata nazara oldukça ileri düzenlemeler içermektedir. Anılan Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki uygulamaların Anayasa Mahkemesince incelendiği *F.A. ve M.A.* başvurusunda, tutmanın hukukiliği ve tutma koşullarının denetimi ile tutma nedenlerinin bildirilmesi ve haksız nitelikte tutma nedeniyle tazmin mekanizması bulunmayışı sorunlu görülmüştür. Dahası anılan Kanun'dan sonra ilk uygulamalarda da özellikle Anayasa'nın 19. maddesindeki güvencelerin hayati geçirilmesi bakımından “*gerekli özen*”in (“*due diligence*”) gösterilmediği ilgili bireysel başvuru kararlarına yansımıştır.

Anayasa Mahkemesinin hak ve özgürlüklerin korunmasında yüksek standartlara sahip, alkışı hak eden kararlarının sayısı az değildir. Nitekim bunlardan bir tanesi *Y.T. [GK]* başvurusuna ilişkin karardır. Anılan kararda Anayasa Mahkemesi, *pilot karar* usulünü ilk defa pratiğe dökerek idare mahkemesine açtığı davanın sonucunu bekleyen başvurusunun, bu süre zarfında “sınır dışı edilme riskini ortadan kaldıran yasal bir güvenceye sahip olmaması nedeniyle etkili başvuru hakkının ihlal edildiği, ihlalin ise mevzuatta yapılan değişiklik sonrası oluşan yeni durumdan kaynaklandığı” neticesine varmıştır.

Ancak Anayasa Mahkemesi *B.T.* başvurusunda insan haklarının korunması bağlamında görece bir geri adım mahiyetinde içtihat değişikliğine gitmiş, *idari gözetim koşullarının işkence ve kötü muamele yasağını ihlal ettiğine ve haksız idari gözetim nedeniyle tazminat mekanizması bulunmadığına* ilişkin başvurularda idari yargı yolunun etkili olduğuna karar vermeye başlamıştır. Anayasa Mahkemesinin bu tutumu, insan haklarının korunması bağlamında sergilediği muhafazakâr tutumla

bağdaşmadığı gibi, bireysel başvuru yolunun etkililiğini de tartışmalı hale getirme potansiyeline sahiptir.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu ve 6458 sayılı Kanun'un koruma şemsiyesi, “anayasal hak ve özgürlüklerin korunması ve güvence altına alınması”, hukuk devleti ilkelerinin hayata geçirilmesi bakımından ilerlemeler öncülük etmekle birlikte, mevzuatta halen devam eden eksiklikler ve Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen noktalardaki ikircikli tutumu, yabancıların insan haklarının korunması bağlamında dikkat çekilmesi gereken riskli noktalardır.

Hiç şüphesiz “özgürlük-otorite” dengesinde otorite lehine sapma oluşturduğu için eleştirdiğimiz Anayasa Mahkemesi içtihatları, üretildikleri konjonktürden, güncel mülteci ve sığınmacı sorunlarından, bu sorunlar karşısında uluslararası hukukun kifayetsizliği ve uluslararası toplumun kayıtsızlığından bağımsız düşünülmemelidir. Varoluşsal bir tehdit olarak görülen düzensiz göç karşısında Avrupa Birliği ve bu Birliğe üye ülkeler tarafından alınan önlemlerle “insan haklarının korunması”nın süregelen ayrıcalıklı konumu bir kenara bırakılarak kamu güvenliğine ağırlık verilmesi, Türkiye gibi geçiş ülkelerini “mülteci deposu” haline gelme riski ile karşı karşıya bırakmıştır. Dünyada en çok mülteci ve sığınmacı barındıran ülkelerin başında olması itibarıyla söz konusu sorunla oldukça acı biçimde yüzleşen Türkiye’de gelinen aşamada Anayasa Mahkemesinin özgürlükçü tutumunda meydana gelen değişikliklerin, sözü edilen sorunun insan hakları ile uyumlu şekilde çözüme kavuşturulması için uluslararası hukukun “adil bir yük paylaşımı” sağlayan çözümler sunamamasının doğurduğu bir “netice” olduğu aşikardır. Bu çerçevede korumacı bir anlayışın etkisi altındaki bu içtihadî farklılaşmaların, klasik bir “içtihadattan dönme” olarak değil, zorlayıcı koşulların etkisi altında ortaya çıkan tarihsel bir reaksiyon olarak değerlendirilmesi daha adil bir yaklaşım olacaktır.

Belirtilen saptamalar çerçevesinde, mevcut ve potansiyel ihlallerin önlenmesi, Anayasa Mahkemesinin hak ve özgürlüklerin korunması bakımından üzerindeki yükün hafifletilmesi ve üstlendiği ikincil rolün güçlendirilmesi bakımından gerekli tedbirlerin yasama organı başta olmak üzere tüm Devlet organları tarafından behemehâl alınması, idare ve yargı mercilerince Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararları içselleştirilmek suretiyle hak ihlallerinin birinci elden önlenmesi zaruridir.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

- **Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası**, Deutscher Bundestag, Çev. Christian Rumpf ve Gökçe Uzar, Berlin, 2010.

- **Göç Terimleri Sözlüğü**, (Ed. Richard Perruchoud ve Jillyanne Redpath – Cross), Uluslararası Göç Hukuku Yay. No: 31, Uluslararası Göç Örgütü (IOM) yay., 2013

AKAN, Yusuf; ARSLAN, İbrahim: **Göç Ekonomisi**, Ekin Basımevi yay., Bursa, 2008, s. 43.

AKINCI, Şahin: **Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar**, Yetkin yay., Ankara, 1996.

ALGAN, Hazal: **Türk Ceza Kanunu'nda Organ ve Doku Ticareti Suçları**, Seçkin yay., Ankara, 2018.

ARTUK, Mehmet Emin; GÖKCEN, Ahmet; YENİDÜNYA, Caner: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet yay., Ankara, 2014.

AYBAY, Rona: **Yabancılar Hukuku**, Bilgi İletişim Grubu Yay., Birinci Bs., İstanbul, 2005, s. 27.

BALCIOĞLU, İbrahim: **Sosyal ve Psikoloji Açısından Göç**, Elit Kültür yay., İstanbul, 2007, Birinci Bs.

CASTLES, Stephen; MILLER, Mark J.: **Göçler Çağı Modern Dünyada Uluslararası Göç Hareketleri**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi yay., Birinci Bs., Çev.: Bülent Uğur Bal, İbrahim Akbulut, İstanbul, 2008.

ÇAĞLAR, Ali: **Türkiye'de Sığınmacılar: Sorunlar, Beklentiler ve Sosyal Uyum**, Hacettepe Üniversitesi Yay., Birinci Bs., Ankara, 2011, s. 74.

ÇELİKEL, Aysel; (ÖZTEKİN) GELGEL, Günseli: **Yabancılar Hukuku**, Beta Yay., İstanbul, 2004, Onikinci Bs.

ÇELİKEL, Aysel: **Yabancılar Hukuku**, Beta Yay., Yenilenmiş Yirminci Bs., İstanbul, 2014.

ÇİÇEKLİ, Bülent: **Yabancılar Hukuku**, Dördüncü Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

DİKİCİ, Mehmet: **Uyum Yasaları (Yabancıların Mülk Edinmeleri ve Azınlık Vakıfları)**, Çatı Kitapları Yay., Birinci Bs., İstanbul, 2005.

DOĞAN, Vahit; ODABAŞ, Hasan: **Yargı Kararları Işığında Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku**, Seçkin Yay., Ankara, 2004.

DOĞRU, Osman; NALBANT, Atilla: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, C. I, Avrupa Konseyi yay., Ankara, 2012, (“C. I”).

DOĞRU, Osman; NALBANT, Atilla: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, C. II, Avrupa Konseyi yay., Ankara, 2013, s. 2 (“C. II”).

DOĞRU, Osman: **Yaşama Hakkı**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 5, Avrupa Konseyi yay., Ankara, 2018.

EKŞİ, Nuray: **Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku**, Beta Yay., İstanbul, 2014, İkinci Bs.

ERDER, Sema: **İstanbul Bir Kervansaray (Mı?)**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul, 2015, Birinci Bs., s. 88.

ERGÜL, Ergin: **Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması**, Yargı yay., Ankara, 2012.

ERMAN, Barış: **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Seçkin yay., Ankara, 2003.

GÖKCEN, Ahmet; BALCI, Murat: **Kasten Öldürme Kasten Yaralama Organ ve Doku Ticareti Suçları**, Adalet yay., Ankara 2015.

GÖZTEPE, Ece: **Anayasa Şikâyeti**, AÜHF yay., No: 530 (Döner Sermaye Yayın No: 45), Ankara, 1998.

GÖZLER, Kemal; **İnsan Hakları Hukuku**, Ekin yay., Bursa, 2017.

HAKERİ, Hakan: **Tıp Hukuku**, Seçkin yay., Ankara, 2007.

HARRIS, David; O'BOYLE, Michael; BATES, Ed; BUCKLEY, Carla; WARBRICK, Colin; KILKELLY, Ursula; CUMPER, Peter; ARAI, Yutaka; LARDY, Heather; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku** (Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan), Avrupa Konseyi yay., Ankara, 2013.

İÇDUYGU, Ahmet: **Türkiye'de Düzensiz Göç**, Uluslararası Göç Örgütü (Türkiye) Yay., Ankara, 2012.

İÇDUYGU, Ahmet: **Türkiye'de Kaçak Göç**, Can Ajans Reklam ve Matbaacılık yay., İstanbul, 2004.

İNCEOĞLU, Sibel: **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, 4. Bs., Beta yay., İstanbul, 2013 ("Adil Yargılanma Hakkı").

FİRİK, Mehmet: **İnsan Hakları Işığında Türkiye'de Bulunan Mülteciler, Sığınmacılar ve Yasadışı Göçmenlerin Sorunları** (TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu), TBMM Basımevi yay., Ankara, 2010.

KARAGÖZ, Kasım: **Doğrudan Demokrasi Aracı Olarak Halk Girişimi**, Yetkin yay., Ankara, 2010.

KARAMAN, Ebru: **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu**, On İki Levha yay., İstanbul, 2013 ("Bireysel Başvuru").

KARAMAN, Ebru: **Human Rights Law**, XII Levha yay., İstanbul 2014 ("Human Rights Law").

KAŞIKARA, M. Serhat: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye**, Adalet yay., Ankara, 2009.

KIRAL, Halis: **Yabancıların Türkiye'de Çalışma Esasları (Yabancı'nın Çalışmasına İlişkin Düzenlemeler, Yabancı'nın Çalışamayacağı Meslekler, Yabancı'nın Sosyal Hakları, Yabancı Kaçak İşçilik, Avrupa Birliği'nin Kişilerin Serbest Dolaşımı Müktesebatı)**, Yorum Matbaacılık yay., Ankara, 2006, Birinci Bs.

LODGE, Juliet; BAYBURTLU, Mustafa: **Avrupa Birliği'nin Adalet ve İşleri Alanındaki Müktesebatı ve Türkiye'nin Uyumu**, İktisadi Kalkınma Vakfı yay., İstanbul, 2002.

MUTLUER, Mustafa: **Uluslararası Göçler ve Türkiye**, Çantay Kitapevi yay., İstanbul, 2003, Birinci Bs.

NOHL, Arnd-Michael; SCHİTTENHELM, Karin; SCHMİDTKE, Oliver; Weiss, Anja: **Göç ve Kültürel Sermaye Türkiye, Almanya, Kanada ve Büyük Britanya'da Yüksek Vasıflı Göçmenler**, Çev.: Türks Noyan, Kitap yay., İstanbul, 2011, Birinci Bs.

NOMER, Ergin: **Vatandaşlık Hukuku**, Filiz Kitabevi yay., İstanbul, 1999, 12. Bs.

ODMAN, M. Tevfik: **Türk Mülteci Hukuku ve Uygulamadaki Gelişmeler**, İstanbul Barosu Yay., Birinci Bs., İstanbul, 2004, (Mülteci Hukuku).

ÖKÇÜN, A. Gündüz: **Yabancıların Türkiye'de Çalışma Hürriyeti**, Pelin Ofset Yay., İkinci Bs., Ankara, 1998.

ÖZGÜR, Nurcan; ÖZER, Yeşim: **Türkiye'de Sığınma sisteminin Avrupalılaştırılması**, Derin Yay., İstanbul, 2010, s. 89-90.

ÖZGÜR, Nurcan: **Dış Politika ve Göç Yugoslavya'dan Göçlerde Arnavutlar**, Derin Yay., İstanbul, 2010, Birinci Bs.

PAZARCI, Hüseyin: **Uluslararası Hukuk Dersleri**, Birinci Kitap, Gözden Geçirilmiş Onuncu Bs., Turhan Kitabevi yay., Ankara, 2004, (Birinci Kitap).

PAZARCI, Hüseyin: **Uluslararası Hukuk Dersleri**, İkinci Kitap, Gözden Geçirilmiş Sekizinci Bs., Turhan Kitabevi yay., Ankara, 2005, s. 187 (İkinci Kitap).

SARAÇLI, Murat: **Uluslararası Hukukta Yerinden Edilmiş Kişiler**, Adalet Yay., Ankara, 2011.

ŞİRİN, Tolga: **Bireysel Başvuru Usul Hukuku**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 7, Avrupa Konseyi, Ankara, 2018.

ŞİRİN, Tolga: **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 1, Avrupa Konseyi yay., Ankara, 2018.

TANERİ, Gökhan: **Uluslararası Hukukta Mülteci ve Sığınmacıların Geri Gönderilmemesi (Non-Refoulement)**, Bilge yay., Birinci Bs., Ankara, 2012.

TUNA, Muammer; Özbek, Çağlar: **Türkiye ve Yeni Uluslararası Göçler**, Sentez Yay., Birinci Bs., Ankara, 2014.

YENERER ÇAKMUT, Özlem: **Tıp-Sağlık Hukuku Mevzuatı**, Seçkin yay., Ankara, 2010.

YILDIRIM, Turan; YASİN, Melikşah; KAMAN, Nur; ÖZDEMİR, H. Eyüp; ÜSTÜN, Gül; OKAY TEKİNSOY, Özge: **İdare Hukuku**, XII Levha yay., İstanbul, 2013, Güncellenmiş 5. bs.



MAKALELER

ARMAĞAN, Servet: “Federal Almanya’da Anayasa Şikâyeti”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 5, No. 7, (Ayrı Bası), İstanbul, 1971.

BERKİ, Osman Fazıl: Türkiye’de Yabancılar Hukuku <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/329/3315.pdf> erişim: 14/10/2019.

BOYAR, Oya: “İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa** (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme), Editör Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi yay., Ankara, 2013.

ÇELİK, Cemil: “Çocuk Kavramı ve Medeni Hukuk Açısında Çocuk Haklarının Tarihi Gelişimi”, **E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, Şubat 2005, S.36.

DAHLBERG, Maija “... It Is Not Its Task to Act as a Court of Fourth Instance’: The Case of The European Court of Human Rights”, **European Journal of Legal Studies**, Vol.7, No:2, 2014, s. 84-118.

DOST, Süleyman: “Ülkemizdeki Suriyeli Sığınmacıların Osmanlı Devleti veya Hatay Cumhuriyeti Vatandaşlığı Yoluyla Türk Vatandaşlığını Kazanması Mümkün mü?” **SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.5, S.1, Y.2015.

DUYSAK-FİDAN, Seda: “Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru yolu ve Türkiye’de Gelişimi”, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku AD Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013.

DÜLGER, Murat Volkan: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi ile Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 2014, S. 111.

GÖREN, Zafer: “Anayasa Şikayeti: Külfetsiz, Masrafsız ve Sonuçsuz?”, **Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan**, C. II, Anayasa Hukuku, Yetkin yay., Ankara, 2008.

HAMDEMİR, Berkan: “Türk Anayasa Hukukunda Bireysel Başvuru”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku AD Doktora Tezi, Konya, 2013.

HASSEMER, Winfried: “Die Verfassungsbeschwerde im Basonderen”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 21, Y. 2004.

İNCEOĞLU, Sibel: “Adil Yargılanma Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa** (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme), Editör Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi yay., Ankara, 2013 (“Sözleşme ve Anayasa”).

İNCEOĞLU, Sibel: “Etkili Başvuru Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa** (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme), Editör Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi yay., Ankara, 2013 (“Etkili Başvuru”).

KAPLAN, Recep: “Kanuna Karşı Bireysel Başvuru”, **Bireysel Başvuru İncelemeleri-1**, (Ed. Musa Sağlam, Serdar Gülener ve Recep Kaplan), Anayasa Mahkemesi yay., Ankara, 2013.

KARAN, Ulaş: “Yaşam Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa** (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme), Editör Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi yay., Ankara, 2013 (“Yaşam Hakkı”).

KARAN, Ulaş: “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa** (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme), Editör Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi yay., Ankara, 2013 (“Kişi Özgürlüğü”).

KAVUK, Mehmet: “Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Yabancıların Uluslararası Korunması”, İstanbul Ticaret Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası Ticaret ve AB AD Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Haziran, 2015.

KILINÇ, Ümit: “Anayasa Mahkemesi Önünde Bireysel Başvuru: Kabuledilebilirlik Kriterlerinin Uygulanması Konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Uyum ve Uyumsuzluklar”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 4, S. 14, Temmuz 2013.

KORKUT, Levent: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Devletlerin Sığınmacıları Sınırdışı Etme Egemen Yetkisine Etkisi: Türkiye Örneği”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y.66, S.4, Güz 2008 (s. 20-35), (*Egemen Yetki*).

KORKUT, Levent: “Temel Hak ve Özgürlüklerin Bir Sınırlama Nedeni Olarak Kamu Yararı Kavramı”, **Liberal Düşünce Dergisi**, C. 11, No: 44, Güz 2006, s. 77-98.

KÖK, Ahmet Nezh: “Organ ve Doku Nakillerinde Yaşanılan Güçlükler”, **Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu** 13-14 Kasım 2009, İstanbul, 2011.

KÜHNE, Hans-Heiner; ESER, R: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Tutuklama Konusundaki Yargısı-2000 ve 2001 Yıllarındaki Gelişim Üzerine Bir İnceleme” (Çev. Oğuz Şimşek), **Nurullah Kunter’e Armağan: Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, (Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi-3), Seçkin yay., Ankara, 2004.

LETSAS, George: “The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy”,

https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2021836_code505621.pdf?abstr=actid=2021836&mirid=1&type=2 erişim: 29/9/2019;

MELLİNGHOF, Rudolf: “Federal Almanya Cumhuriyeti’nde Anayasa Şikayeti” (çevireni belirtilmemiş), **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 26, Y. 2009.

ODMAN, M. Tevfik: “Vatansızların Hukuki Durumu ve Türk Hukuku”, *içinde: İltica, Uluslararası Göç ve Vatansızlık: Kuram, Gözlem ve Politika* (Ed: Özlen Çelebi, Saime Özçürümez, Şirin Türkay), Anıl Reklam Matbaacılık Yay., Ankara, 2011, (Vatansızlar) (s. 131-164).

OĞURLU, Ebru: “Lizbon Antlaşması’ndan Sonra Avrupa Birliği”, **Türkiye Cumhuriyeti Türk İşbirliği ve Kalkınma İdaresi Başkanlığı Avrasya Etüdları**, S.34, Y.2008.

ÖZER, Y. Yeşim: Türk Kamu Yönetiminde Yeni Bir Çalışma Alanı Olarak Uluslararası Göç: Yasalaşma ve İdari Yapılanma Sürecinin Değerlendirilmesi, **İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 2011, No: 45.

PACZOLAY, Peter; “Anayasa Şikâyeti: Bir Karma Çözüm mü?”, ç.b., **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 26, Y. 2009.

REHNQUIST, William H.: “The Notion of a Living Constitution,” **Texas Law Review**, 54 (1976).

SABUNCU, M. Yavuz; Esen-Arnwine, Selin: “Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 21.

ŞİRİN, Tolga: “AİHM ve İHAM Kısaltmaları Üzerine” <https://www.tolgasirin.com/post/i-ham> erişim: 28/9/2019.

ŞİRİN, Tolga: “Potansiyel Mağdurluk”, [tolgasirin.com](http://www.tolgasirin.com), www.tolgasirin.com/single-post/potansiyelmagruiyet; erişim 24/9/2019.

TOPAL, Ahmet Hamdi: “Uluslararası Hukuk Açısından Diplomatik Sığınma ve Assange Olayı” **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** (1), Bahar 2014 (s. 49-74).

TULKENS, Françoise: “Migration and the Law, Recent Trends in the Protection Afforded by the European Convention on Human Rights”, **50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı?** Ed. Kerem Altıparmak, Ankara Barosu yay., Ankara, 2009.

ÜNAL, Recep: “Bireysel Başvuru Çerçevesinde İfade Özgürlüğü”, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku AD Doktora Tezi, Kırıkkale, 2014.

YÜCEL, Mehtap: “Organ veya Doku Ticareti Suçu”, **Mecmua: Ankara Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Fakültelerine Armağanı**.

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2011/1-51, K.2011/42, K.T.12/4/2011

Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.1971/2697, K.1972/3634, K.T.11/8/1972



ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

A.A. ve diğerleri, B. No: 2014/17572, 7/2/2019

A.B., B. No: 2014/1369, 20/12/2017

A.S., B. No: 2014/1368, 19/12/2017

A.S., B. No: 2014/2841, 9/6/2016

A.V. ve diğerleri, B. No: 2013/1649, 20/1/2016

Abdulfatah Said Mohamud Ahmet, B. No: 2016/544, 22/2/2018

Abdulkaki Bingöl ve İsa Bingöl, B. No: 2015/5100, 23/1/2019

Abdulkadir Önen, B. No: 2014/16212, 28/9/2016

Abdulkadir Yapıquan [GK], B. No: 2016/35009, 2/5/2019

Abdullah Öcalan [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014

Abduselam Tatal ve diğerleri [GK], B. No: 2013/2319, 8/4/2015

Abidin Cevher, B. No: 2015/6361 18/7/2019

Adil Güzel ve Mühsin Güzel, B. No: 2015/9977, 10/1/2019

Ahmed Sameer Ahmed, B. No: 2017/29336, 21/3/2018

Ahmet Ersoy ve diğerleri, B. No: 2014/4212, 5/4/2017

Ahmet Zeki Üçok, B. No: 2013/1966, 25/3/2015

Aigul Mavlianova, B. No: 2016/6293, 9/11/2017

Ali Rıza Özer ve diğerleri [GK], B. No: 2013/3924, 6/1/2015

Ammar Aakoula, B. No: 2017/5918, 8/3/2018

Ammar Shefi, B. No: 2017/29827, 22/3/2018

Arif Güneş, B. No: 2012/837, 5/3/2013

Ayşegül Sevengin ve Tuğrul Sevengin, B. No: 2014/20165, 19/7/2017

Aziz Yıldırım (No. 2), B. No: 2013/8404, 8/5/2014

B.T. [GK], B. No: 2014/15769, 30/11/2017

Batu ve diğeri, B. No: 33097/96, 57834/00, 3/6/2004

Bayram Tuğrul Yıldırım ve Hasan Yıldırım, B. No: 2014/5280, 24/5/2018

Birsen Gülinay, B. No: 2013/2640, 21/4/2016

Bubo Çeviren ve diğeri, B. No: 2015/16290, 13/6/2019

Büğdüz Köyü, B. No: 2012/22, 25/12/2012

C.C.A., B. No: 2018/2337, 24/5/2018

C.M.E., B. No: 2018/4047, 3/7/2018

Celalettin Aşçıoğlu, B. No: 2013/1436, 6/3/2014

Cemil Danışman, B. No: 2013/6319, 16/7/2014

Cengiz Kahraman ve Kenan Özyürek, B. No: 2013/8137, 20/4/2016

Cuma Doygun, B. No: 2013/394, 6/3/2014

D. ve diğeri, B. No: 24245/03, 22/6/2006

D.D., B. No: 2014/2427, 9/5/2018

Dayginat Magomedzhamilova ve diğeri, B. No: 2015/516, 20/3/2019

Deka Ali, B. No: 2017/6337, 22/3/2018

Diyaeddin Alak, B. No: 2013/7122, 21/4/2016

Dostem Dawod, B. No: 2017/40062, 19/9/2018

Ersin Ceyhan, B. No: 2013/695, 9/1/2014

Estaş Kum ve Ticaret Mad. Nak. San. A.Ş., B. No: 2012/644, 5/3/2013

Eylem Çetin Demir, B. No: 2014/2302, 9/11/2017

F.A. ve M.A., B. No: 2013/655, 20/1/2016

F.A.A., B. No: 2015/15764, 4/4/2018

F.E. ve diğeri, B. No: 2014/15586, 23/1/2019

F.K. ve diğeri, B. No: 2013/8735, 17/2/2016

F.Y., B. No: 2017/38222, 28/6/2018

Farah Abdulhameed Mohammed Ali Al-Mudhafar, B. No: 2015/13854, 18/5/2016

Fatih Hilmioğlu [TK], B. No: 2014/648, 20/2/2014

Feride Kaya, B. No: 2013/2365, 20/1/2016

Feruzza Musulmankulova, B. No: 2015/9727, 26/9/2019

Firas Aslan ve Hebat Aslan, B. No: 2012/1158, 21/11/2013

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

G.B. ve diğ erleri, B. No: 2014/19481, 24/5/2018

G.B. ve diğ erleri (2), B. No: 2015/15273, 17/7/2018

G.E., B. No: 2015/6543, 11/6/2018

Gulalek Begnyazova, B. No: 2015/5371, 22/2/2017

Günay Okan, B. No: 2013/8114, 17/9/2014

Günay Ozal ve diğ erleri, B. No: 2013/1281, 16/5/2013

H.M., B. No: 2017/22215, 8/3/2018

H.V., B. No: 2017/5249, 22/2/2018

Hakan Olğ un, B. No: 2013/7588, 17/2/2016

Hamdiye Aslan, B. No: 2013/2015, 4/11/2015

Hasan Elçi, B. No: 2013/6398, 3/4/2014

Hıdır Öztürk ve Dilif Öztürk, B. No: 2013/7832, 21/4/2016

Hidayet Enmek ve Eyüpsabri Tinaş, B. No: 2013/7907, 21/4/2016

Hilmi Moray, B. No: 2013/3053, 21/4/2016

Hüseyin Soyaltın, B. No: 2013/1375, 16/5/2013

I.M. ve Z.M. (2), B. No: 2014/16413, 20/12/2017

I.S. ve diğ erleri, B. No: 2014/15824, 22/9/2016

Ivan Vasilev, B. No: 48130/99, 12/4/2007

İbrahim Aslan, B. No: 2014/5978, 30/6/2016

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, B. No: 2013/1430, 21/11/2013

İpek Deniz ve diğerleri, B. No: 2013/1595, 21/4/2016

İsmail Buğra İşlek, B. No: 2013/1177, 26/3/2013

J.A., B. No: 2018/1627, 23/5/2018

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

K.A. ve N.A., B. No: 2014/16577, 26/12/2018

K.K., B. No: 2014/16575, 11/6/2018

K.M., B. No: 2015/8465, 13/9/2018

Kamil Koç, B. No: 2012/660, 7/11/2013

Karlis A.Ş., B. No: 2013/849, 15/4/2014

Kemalali Alesow, B. No: 2017/6334, 21/3/2018

Kırca Mühendislik İnş.turz.tic. ve San. A.Ş., B. No: 2014/6241, 29/9/2016

Kürşat Eyol, B. No: 2012/665, 13/6/2013

Laura Alejandra Caceres, B. No: 2013/1243, 16/4/2013

Lokman Sapan, B. No: 2013/723, 21/11/2013

M.A., B. No: 2014/19436, 26/12/2018

M.A., B. No: 2015/7305, 11/6/2018

M.A.G.J., B. No: 2015/1832, 1/2/2017

M.A.G.J., B. No: 2015/1834, 2/2/2017

M.E., B. No: 2017/22214, 22/2/2018

M.İ., B. No: 2014/13864, 14/9/2017

M.Z. ve M.B., B. No: 2014/6493, 25/12/2018

Manzura Jumaeva, B. No: 2015/1474, 27/6/2018

Mehmet Ali İncesu (No.1), B. No: 2012/1145, 15/4/2014

Mehmet Ali İncesu (No.2), B. No: 2013/2253, 15/4/2014

Mehmet Doğan [GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018

Mehmet Haberal, B. No: 2012/849, 4/12/2013

Mehmet Hanefti Özçoban ve diğerleri, B. No: 2015/2849, 19/9/2018

Mehmet Mustafa Ekinci, B. No: 2014/17113, 9/11/2017

Mehmet Nuri Tural, B. No: 2015/18073, 29/11/2018

Mehmet Şerif Ay, B. No: 2012/1181, 17/9/2013

Mohammed Alhaj Khlf, B. No: 2017/23404, 22/02/2018

Mukaddas Khudoyarova, B. No: 2018/1105, 27/6/2018

Murat Narman, B. No: 2012/1137, 2/7/2013

Mustafa Muhammet, B. No: 2018/1751, 9/5/2018

Muzaffer Özer ve diğerleri, B. No: 2013/1146, 4/2/2016

N.T., B. No: 2017/25761, 7/3/2018

Naci Karakoç, B. No: 2013/2767, 2/10/2013

Najeebullah Najeebullah, B. No: 2017/34731, 22/02/2018

Nashaat Alalloush, B. No: 2019/9386, 24/10/2019

Necati Gündüz ve Recep Gündüz, B. No: 2012/1027

Nesin Kayserilioğlu, B. No: 2013/1581, 16/4/2013

Nesrin Demir ve diğerleri, B. No: 2014/5785, 29/9/2016

Onurhan Solmaz, B. No: 2012/1049, 26/3/2013

P.A., B. No: 2017/23177, 5/4/2018

R.A., B. No: 2014/3955, 10/1/2018

R.K., B. No: 2013/6950, 20/4/2016

R.K., B. No: 2014/13794, 22/2/2017.

Rafet Ünal, B. No: 2013/1610, 13/6/2013

Ramazan Tosun, B. No: 2012/998, 7/11/2013

Remzi Durmaz, B. No: 2013/1718, 2/10/2013

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

S.E., B. No: 2017/27839, 7/3/2018

S.K., B. No: 2014/10839, 25/2/2015

S.S.A., B. No: 2013/2355, 7/11/2013

Sadık Koçak ve diğerleri, B. No: 2013/841, 23/1/2014

Salih Akkuş, B. No: 21012/1017, 18/9/2013

Salih Kılıç, B. No: 2013/5330, 21/1/2016

Sara Rahmazani ve diğerleri, B. No: 2015/33, 8/5/2019

Serkan Yılmaz ve diğerleri, B. No: 25499/04, 13/10/2009

Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, B. No: 2012/752, 17/9/2013

Sertaç Kılıçarslan, B. No: 2013/7090, 18/2/2016

Sevim Akat Eşki, B. No: 2013/2187, 19/12/2013

Seyfullah Turan ve diğerleri, B. No: 2014/1982, 9/11/2017

Sinan Işık, B. No: 2013/2482, 13/4/2016

Süleyman Erte, B. No: 2013/469, 16/4/2013

T.T., B. No: 2013/8810, 18/2/2016

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

Taner Kurban, B. No: 2013/1582, 7/11/2013

Tuna Ayçiçek, B. No: 2014/6526, 24/1/2018

Turan Günana (5), B. No: 2013/5545, 15/12/2015

Turan Uytun ve Kevzer Uytun, B. No: 2013/9461, 15/12/2015

Turgut Tayyar, B. No: 2013/7168, 15/10/2014

Türk Pediatrik Onkoloji Grubu Derneği, B. No: 2012/95, 25/12/2012

U.U., B. No: 2014/2114, 19/12/2017

Uğur Özdemir, B. No: 2013/2600, 23/1/2014
Ulaş Kaya ve Adnan Ataman, B. No: 2013/4128, 18/11/2015
Ulaş Lokumcu, B. No: 2013/7753, 27/10/2016
Uthman Deya Ud Deen Eberle, B. No: 2015/16437, 11/10/2018
Vedat Şorli ve Bilal Şorli, B. No: 2014/10459, 13/7/2016
Veli Özdemir, B. No: 2013/276, 9/1/2014
Y.H., B. No: 2017/10453, 6/7/2017
Y.T. Pilot Karar [GK], B. No: 2016/22418, 30/5/2019
Yaman Akdeniz ve diğerleri, B. No: 2014/3986, 2/4/2014
Yasin Yaman, B. No: 2012/1075, 12/2/2013
Yulia Matur (Anikeeva), B. No: 2015/4459, 7/2/2018
Z.C., B. No: 2013/3262, 11/5/2016
Z.K., B. No: 2017/31040, 9/1/2019
Z.M. ve I.M., B. No: 2015/2037, 6/1/2016

AIHM KARARLARI

A. ve diğerleri/Birleşik Krallık, B. No: 3455/05, 19/2/2009

A.C. ve diğerleri/İspanya, B. No: 6528/11, 6529/11, 6530/11 ..., 22/4/2014

A.L. (X.W.)/Rusya, B. No: 44095/14, 29/10/2015

Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye, B. No: 30471/08, 22/9/2009

Ahmet Akman/Türkiye, B. No: 33245/05, 13/10/2009

Al Nashiri/Polonya, B. No: 28761/11, 24/7/2014

Al-Adsani/Birleşik Krallık, B. No: 35763/97, 21/11/2001

Al-Saadoon ve Mufdhi/Birleşik Krallık, B. No: 61498/08, 2/3/2010

Ananyev ve diğerleri/Rusya, B. No: 42525/07 ve 60800/08, 10/1/2012

Ariztimuno Mendizabal/Fransa, B. No: 51431/99, 18/9/2003

Ashingdane/Birleşik Krallık, B. No: 8225/78, 28/5/1985

Aswat/Birleşik Krallık, B. No: 17299/12, 16/4/2013

Baranowski/Polonya, B. No: 28358/95, 28/3/2000

Boso/İtalya, B. No: 50490/99, 5/9/2002

Bouamar/Belçika, B. No: 9106/80, 27/6/1988

Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık, B. No: 7511/76, 7743/76, 25/2/1982

Cebotari/Moldova, B. No: 35615/06, 13/11/2007

Chahal/Birleşik Krallık, B. No: 22414/93, 15/11/1996

Čonka/Belçika, B. No: 51564/99, 5/2/2002

Costello-Roberts/Birleşik Krallık, B. No: 13134/87, 25/3/1993

Croke/İrlanda (k.k.), B. No: 33267/96, 15/6/1999

Cruz Varas ve diğerleri/İsveç, B. No: 15576/89, 20/3/1991

D./Birleşik Krallık, B. No: 30240/96, 2/5/1997

Dbouba/Türkiye, B. No: 15916/09, 13/7/2010

De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika, B. No: 2832/66, 2835/66, 2899/66, 18/6/1971

Dil Davası/Belçika, B. No: 1774/62, 23/7/1968

Doran/İrlanda, B. No: 50389/99, 31/7/2003, § 57;

Dubská ve Krejzová/Çek Cumhuriyeti [BD], B. No: 28859/11 ve 28473/12, 15/11/2016

Dudgeon/Birleşik Krallık, B. No: 7525/76, 22/11/1981

Engel ve diğerleri/Hollanda, B. No: 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 8/6/1976

Enhorn/İsveç, B. No: 56529/00, 25/1/2005

Evans/Birleşik Krallık, B. No: 6339/05, 10/4/2007

F.G./İsveç, B. No: 43611/11, 23/3/2016

Fabris/Fransa [BD], B. No: 16574/08, 7/2/2013

Gäfgen/Almanya, B. No: 22978/05, 1/6/2010

Gayratbek Salıyev/Rusya, B. No. 39093/13, 17/4/2014

Gebremedhin [Gaberamadhien]/Fransa, B. No: 25389/05, 26/4/2007

Guzzardi/İtalya, B. No: 7367/76, 6/11/1980

H./Norveç (kk), B. No: 17004/90, 19/5/1992

H.L.R./Fransa, B. No: 24573/94, 29/4/1997

Hagyó/Macaristan, B. No: 52624/10, 23/4/2013

Hasan Uzun/Türkiye, B. No: 10755/13, 30/4/2013

Hurtado/İsviçre, B. No: 17549/90, 28/1/ 1994, § 67

Ichin ve diğerleri/Ukrayna, B. No: 28189/04, 28192/04, 21/12/2010

Iordachi ve diğerleri/Moldova, B. No: 25198/02, 10/2/2009

İrlanda/Birleşik Krallık, B. No: 5310/71, 18/1/1978.

Jabari/Türkiye, B. No: 40035/98, 11/7/2000

Jarvinen/Finlandiya [kk], B. No: 28579/05, 8/7/2008

Jeličić/Bosna Hersek (k.k.), B. No: 41183/02, 15/11/2005

K.A.B./İsveç, B. No: 886/11, 5/9/2013, §§ 93-97

Kaboulov/Ukrayna, B. No: 41015/04, 19/11/2009

Kafkaris/Kıbrıs, B. No: 21906/04, 12/2/2008

Klaas/Almanya, B. No: 15473/89, 22/9/1993

Klass ve diğerleri/Almanya, B. No: 5029/71, 6/9/1978

Koendjibiarie/Hollanda, B. No: 11487/85, 25/10/1990

Koniarska/Birleşik Krallık [kk], B. No: 33670/96, 12/10/2000

Krastanov/Bulgaristan, B. No: 50222/99, 30/9/2004

Krivova/Ukrayna, B. No: 25732/05, 9/11/2010

Kudła/Polonya [BD], B. No: 30210/96, 26/10/2000

L.M. ve diğerleri/Rusya, B. No: 40081/14, 40088/14, 40127/14, 15/10/2015

Labita/İtalya [BD], B. No: 26772/95, 6/4/2000

Lambert ve diğerleri/Fransa [BD], B. No: 46043/14, 5/6/2015

M. Özel ve diğerleri/Türkiye, B. No: 14350/05, 17/11/2015

M./Almanya, B. No: 19359/04, 17/12/2009

M.A./Kıbrıs, B. No: 41872/10, 23/7/2013

M.C./Bulgaristan, B. No: 39272/98, 4/12/2003

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

Maaouia/Fransa [BD], B. No: 39652/98, 5/1/2000

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

Mamazhonov/Rusya, B. No: 17239/13, 23/10/2014

Mammadov (Jalaloglu)/Azerbaycan, B. No: 34445/04, 11/1/2007

Marcx/Belçika, B. No: 6833/74, 13/6/1979

Michaud/Fransa, B. No: 12323/11, 6/12/2012

Modinos/Kıbrıs, B. No: 15070/89, 22/04/1993

Murray/ Birleşik Krallık, B. No. 14310/88, 28/10/1994

N.A./Birleşik Krallık, B. No: 25904/07, 17/7/2008

Nachova ve diğerleri/Bulgaristan, B. No: 43577/98, 43579/98, 6/7/2005

Nielsen/Danimarka, B. No: 10929/84, 28/11/1988

Nikolova/Bulgaristan, B. No: 31195/96, 25/3/1999

Nikolova/Bulgaristan [No. 2], B. No: 40896/98, 30/9/2004

Norris/İrlanda, B. No: 10581/83, 26/10/1988

Opuz/Türkiye, B. No: 33401/02, 9/6/2009

Orhan/Türkiye, B. No: 25656/94, 18/6/2002

Öneryıldız/Türkiye [BD], B. No: 48939/99, 30/11/2004

Pantea/Romanya, B. No: 33343/96, 3/6/2003

Paposhvili/Belçika, B. No: 41738/10, 13/12/2016

Petrenko/Rusya, B. No: 30112/04, 20/1/2011

Pretty/Birleşik Krallık, B. No: 2346/02, 29/4/2002

Pruneanu/Moldova, B. No: 6888/03, 16/1/2007

Putintseva/Rusya, B. No: 33498/04, 10/5/2012

R.R. ve diğerleri/Macaristan, B. No: 19400/11, 4/12/2012

Rantsev/Kıbrıs ve Rusya, B. No: 25965/04, 7/1/2010

Rehbock/Slovenya, B. No: 29462/95, 28/11/2000

Roman Zakharov/Rusya [BD], B. No: 47143/06, 4/12/2015

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

Sabri Güneş/Türkiye [BD], B. No: 27396/06, 29/6/2012

Salah Sheekh/Hollanda, B. No: 1948/04, 11/1/2007

Salman/Türkiye [BD], B. No: 21986/93, 27/6/2000

Sejdić ve Finci/Bosna Hersek [BD], B. No: 27996/06 ve 34836/06, 22/12/2009

Selahattin Demirtaş/Türkiye, B. No: 15028/09, 23/6/2015

Selmouni/Fransa [BD], B. No: 25803/94, 28/7/1999

Sergey Zolotukhin/Rusya, B. No: 14939/03, 10/2/2009

Sheydayev/Rusya, B. No: 65859/01, 7/12/2006

Shindler/Birleşik Krallık, B. No: 19840/09, 7/5/2013

Singh/Çek Cumhuriyeti, B. No: 60538/00, 25/1/2005

Smith ve Grady/Birleşik Krallık, B. No: 33985/96, 33986/96, 27/9/1999

Soering/Birleşik Krallık, B. No: 14038/88, 7/7/1989

Solmaz/Türkiye, B. No: 27561/02, 16/1/2007

Stafford/Birleşik Krallık, [BD], B. No: 46295/99

Storck/Almanya, B. No: 61603/00, 16/6/2005

Sufi ve Elmi/Birleşik Krallık, B. No: 8319/07, 11449/07, 28/06/2011

Şahap Doğan/Türkiye, B. No: 29361/07, 27/5/2010

T.I./Birleşik Krallık, B. No: 43844/98, 7/3/2000

Talu/Türkiye [kk], B. No: 2118/10, 4/12/2012

Tatar/İsviçre, B. No: 65692/12, 14/4/2015

Tehrani ve diğerleri/Türkiye, B. No: 32940/08 vd., 13/4/2010

Ternovszky/Macaristan, B. No: 67545/09, 14/12/2010

Tyrer/Birleşik Krallık, B. No: 5856/72, 25/4/1978

Uçar/Türkiye, B. No: 52392/99, 11/4/2006

Ülke/Türkiye, B. No: 39437/98, 24/1/2006

Van Droogenbroeck/Belçika, B. No: 7906/77, 24/6/1982

Vasileva/Danimarka, B. No: 52792/99, 25/9/2003

Vijayanathan ve Pusparajah/Fransa, B. No: 17550/90 ve 17825/91, 27/8/1992

Vilvarajah ve diğerleri/Birleşik Krallık, B. No: 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, 30/10/1991

Vinter ve diğerleri/Birleşik Krallık, B. No: 66069/09, 130/10, 3896/10, 9/7/2013

Vladimir Romanov/Rusya, B. No: 41461/02, 24/7/2008

Vo/Fransa [BD], B. No: 53924/00, 8/7/2004

Weber/İsviçre, B. No: 11034/84, 22/5/1990

Weeks/Birleşik Krallık, B. No: 9787/82, 2/3/1987

Witold Litwa/Polonya, B. No: 26629/95, 4/4/2000

X./İsviçre, B. No: 8500/79, 14/12/1979

Yarashonen/Türkiye, B. No: 72710/11, 24/6/2014

Yevgeniy Alekseyenko/Rusya, B. No: 41833/04, 27/1/2011

DİĞER MAHKEME KARARLARI

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi

“Prosecutor v. Furundzija (10 December 1998, case no. IT-95-17/I-T, (1999) 38 International Legal Materials 317).”

“Prosecutor v. Delacic and others (16 November 1998, case no. IT-96-21-T).”

“Prosecutor v. Kunarac (22 February 2001, case nos. IT-96-23-T and IT-96-23/1).”



DİĞER BELGE VE RAPORLAR

- “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Formu Kılavuzu
https://www.anayasa.gov.tr/media/5687/basvuru_kilavuzu.pdf erişim: 25/11/2019”
- “*Atasoy ve Sarkut/Türkiye*, B. No: 1853/2008 ve 1854/2008, 19/6/2012,
CCPR/C/104/D/1853-1854/2008
https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/AtasoyAndSarkut_v_Turkey.pdf erişim: 30/9/2019”
- “Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserinin Türkiye raporları
<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/44-avrupa-konseyi-insan-haklar-komiseri/> erişim: 30/9/2019”
- “BM İnsan Hakları Komitesinin 7/1/2020 tarihli ve CCPR/C/127/D/2728/2016 sayılı kararı
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/127/D/2728/2016&Lang=en erişim: 28/2/2020”
- “CPT Türkiye Ziyaret Raporları
<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/47-avrupa-iskencenin-onlenmesi-komitesi/> erişim: 30/9/2019”
- “Çocuk Hakları Komitesi, Sonuç Gözlemleri: Türkiye Başlangıç Raporu, 9 Temmuz 2001, CRC/C/15/Add.152
<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/CRC:C:15:Add.152.pdf> erişim: 30/9/2019”
- “Çocuk Hakları Komitesi, Sonuç Gözlemleri: Türkiye İkinci ve Üçüncü Rapor, 20 Temmuz 2012, CRC/C/TUR/CO/2-3
<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/CRC:C:TUR:CO:2-3.pdf> erişim: 30/9/2019”
- “İrkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu Raporları
<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/45-irkclga-ve-hosgorusuzluge-kars-avrupa-komisyonu/> erişim: 30/9/2019”
- “İltica ve Göç Alanındaki Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Eylem Planı

[https://www.goc.gov.tr/files/files/turkiye_ulusal_eylem_plani\(2\).pdf](https://www.goc.gov.tr/files/files/turkiye_ulusal_eylem_plani(2).pdf) erişim: 30/9/2019”

– “İnsan Hakları Komitesinin Türkiye Başlangıç Raporu’na ilişkin Sonuç Gözlemleri (13 Kasım 2012, CCPR/C/TUR/CO/1)

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/CCPR:C:TUR:CO:1.pdf> erişim: 30/9/2019”

– “İşkenceye Karşı Komite, Sonuç Gözlemleri: Türkiye Üçüncü Periyodik Rapor, 20 Ocak 2011, CAT/C/TUR/CO/3

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/CAT:C:TUR:CO:3.pdf> erişim: 30/9/2019; Soruşturma yoluyla denetim ve Türkiye Komite’nin

Türkiye’ye ilişkin soruşturma raporları: İşkenceye Karşı Komite, Soruşturma Raporu, 15 Kasım 1993, A/48/44/Add.1

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/A:48:44:Add.1.pdf> erişim: 30/9/2019”

– “Komite’nin Türkiye’ye ilişkin sonuç gözlemleri: Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, Sonuç Gözlemleri: Türkiye Üçüncü Periyodik Rapor, 24 Mart 2009, CERD/C/TUR/CO/3

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/CERD:C:TUR:CO:3.pdf> erişim: 30/9/2019”

– “Komite’nin Türkiye’ye ilişkin sonuç gözlemleri: İşkenceye Karşı Komite, Sonuç Gözlemleri: Türkiye İkinci Periyodik Rapor, 27 Mayıs 2003, CAT/C/CR/30/5

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/CAT:C:CR:30:5.pdf> erişim: 30/9/2019”

– “Özgürlüğü sınırlandırılmış kişilerin tutulu bulundurulma koşullarına ilişkin standartlar <http://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/31-avrupa-konseyi-diger-belgeler/> erişim: 30/9/2019”

– “Türkiye, Başlangıç Raporu, 8 Ağustos 2000, CRC/C/51/Add.4 (erişim: 30/9/2019);

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/CRC:C:51:Add.4.pdf> erişim: 30/9/2019”

- “Türkiye, Dördüncü Periyodik Rapor, 26 Ocak 2015, CAT/C/TUR/4
<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/CAT:C:TUR:4.pdf>
erişim: 30/9/2019”
- “Türkiye, Dördüncü, Beşinci ve Altıncı Periyodik Rapor, 17 Nisan 2014,
CERD/C/TUR/4-6
<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/CERD:C:TUR:4-6.pdf> erişim: 30/9/2019”
- “Türkiye, İkinci Periyodik Rapor, 22 Temmuz 2002, CAT/C/20/Add.8
<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/CAT:C:20:Add.8.pdf> erişim: 30/9/2019”
- “Türkiye, İkinci ve Üçüncü Rapor, 18 Temmuz 2011, CRC/C/TUR/2-3
<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/CRC:C:TUR:2-3.pdf> erişim: 30/9/2019”
- “Türkiye, Üçüncü Periyodik Rapor, 13 Şubat 2008, CERD/C/TUR/3
<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/CERD:C:TUR:3.pdf> erişim: 30/9/2019”
- “Türkiye, Üçüncü Periyodik Rapor, 26 Ocak 2010, CAT/C/TUR/3
<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/CAT:C:TUR:3.pdf>
erişim: 30/9/2019”
- “Türkiye’nin Komiteye sunduğu Başlangıç Raporu (13 Nisan 2011,
CCPR/C/TUR/1)
<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/CCPR:C:TUR:1.pdf>
erişim: 30/9/2019”
- “Venedik Komisyonunun Türkiye’ye ilişkin görüşleri
<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/112-avrupa-hukuk-yoluyla-demokrasi-komisyonu/> erişim: 30/9/2019”

İNTERNET SİTELERİ

<http://sozluk.gov.tr>

<http://www.danistay.gov.tr/>

<http://www.mevzuat.gov.tr/>

<http://www.resmigazete.gov.tr/>

<http://www.tdk.gov.tr/>

<http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/>

<https://hudoc.echr.coe.int/tur#>

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/>

<https://treaties.un.org/>

<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/>

<https://www.coe.int/en/web/cpt/home>

<https://www.gesetze-im-internet.de/>

<https://www.goc.gov.tr>

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>

<https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/>

<https://www.tolgasirin.com>

<https://www.unhcr.org/tr/>