



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

© **Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2012.** İşbu çeviri, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Vakıf Fonu'nun desteğiyle yapılmıştır (www.coe.int/humanrightstrustfund). Bu çeviri, Mahkeme'yi bağlamamaktadır. Daha fazla bilgi için, bu belgenin sonunda bulunan, telif haklarına ilişkin belgeyi okuyunuz.

© **Council of Europe/European Court of Human Rights, 2012.** This translation was commissioned with the support of the Human Rights Trust Fund of the Council of Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). It does not bind the Court. For further information see the full copyright indication at the end of this document.

© **Conseil de l'Europe/ Cour Européenne des Droits de l'Homme, 2012.** La présente traduction a été effectuée avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). Elle ne lie pas la Cour. Pour plus de renseignements veuillez lire l'indication de copyrights/droits d'auteur à la fin du présent document

BÜYÜK DAİRE

HIRSI JAMAA VE DİĞERLERİ/İTALYA

(Başvuru no. 27765/09)

STRAZBURG

23 Şubat 2012

Nihai karardır. Şekli düzeltmeler yapılabilir.

Hirsi Jamaa ve diğerleri/İtalya davası,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, aşağıdaki üyelerden oluşan, Büyük Daire'si:

NicolasBratza, *Mahkeme Başkanı*

Jean-PaulCosta,

FrançoiseTulkens,

JosepCasadevall,

NinaVajić,

DeanSpielmann,

PeerLorenzen,

LjiljanaMijović,

DragoljubPopović,

GiorgioMalinverni,

MirjanaLazarova Trajkovska,

NonaTsotsoria,

IşılKarakaş,

KristinaPardalos,

GuidoRaimondi,

Vincent A.de Gaetano,

PauloPinto de Albuquerque, *Yargıçlar*

ve Michael O'Boyle, *Yazı İşleri Müdürü,*

22 Haziran 2011 ve 19 Ocak 2012 tarihlerinde, kapalı oturumda yapılan müzakereler neticesinde, 19 Ocak 2012 tarihinde, aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Bu dava, İtalya Cumhuriyeti'ne karşı, isimleri ve doğum tarihleri aşağıdaki ekli listede yer alan, on bir Somali vatandaşı ve on üç Eritre vatandaşı tarafından, 26 Mayıs 2009 tarihinde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin ('Sözleşme'), 34. maddesi uyarınca, Mahkeme'ye sunulan, 27765/09 numaralı başvuru sonucu görülmektedir.

2. Başvuranlar, Mahkeme önünde, Roma'da avukatlık yapmakta olan, Sayın A.G. Lana ve A. Saccucci tarafından temsil edilmişlerdir. İtalyan Hükümeti ("Hükümet"), kendi ajanı olan Bayan E.Spatafora ve Bayan S. Coppari tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuranlar, özellikle, İtalyan makamları tarafından, Libya'ya gönderilmiş olmalarının, Sözleşme'nin 3. maddesini ve 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesini ihlal ettiğini öne sürmüşler ve bu şikayetlerinin incelenmesi için, Sözleşme'nin 13. maddesi anlamında bir başvuru yolu bulunmamasından şikayet etmişlerdir.

4. Başvuru, Mahkeme'nin İkinci Seksiyonu'na tevdi edilmiştir (İç Tüzük, madde 52/1). 17 Kasım 2009'da, bu Seksiyon'un bir Daire'si, başvuruyu, Hükümet'e iletme kararı almıştır. 15 Şubat 2011'de, Mahkeme Başkanı, Françoise Tulkens ve Yargıçlar, Ireneu Cabral Barreto, Dragoljub Popović, Nona Tsotsoria, Isil Karakas, Kristina Pardalos, Guido Raimondi ve Yazı İşleri Müdürü Stanley Naismith'ten oluşan bir Daire, Büyük Daire lehine, yetkisinden feragat etmiş ve taraflar, buna itiraz etmemişlerdir (Sözleşme'nin 30. maddesi ve İç Tüzüğün 72. maddesi).

5. Büyük Daire, Sözleşme'nin 27/2, 27/3. maddeleri ve İç Tüzüğün 24. maddesine göre oluşturulmaktadır.

6. Sözleşme'nin 29/1. maddesinde öngörüldüğü gibi, Büyük Daire'nin, başvurunun kabul edilebilirliği ve esasını birlikte inceleyeceğine karar verilmiştir.

7. Hem başvuranlar hem de Hükümet, davanın esası hakkında yazılı görüşlerini sunmuşlardır. Duruşmada, tarafların ikisi de, diğerinin görüşlerine cevap vermiştir (İç Tüzük, madde 44/5). Aynı zamanda, birlikte hareket eden, BM Mülteciler Yüksek Komiserliği'nden (HCR), Human Rights Watch'dan, Columbia Law School Human Rights Clinic'den, Avrupa Birey Hakları Danışma Merkezi'nden (AIRE), Amnesty International ve İnsan Hakları Ligi Uluslararası Federasyon'undan da yazılı görüşler alınmıştır. Daire Başkanı, bu örgütlerin müdahale etmesine, Sözleşme'nin 36/2. maddesi uyarınca izin vermiştir. Mahkeme Başkanı'nın müdahale etmesine izin verdiği, BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (HCDH) de, görüş sunmuştur. Aynı zamanda, HCR'nin, sözlü prosedüre katılmasına da izin verilmiştir.

8. 22 Haziran 2011 tarihinde (İç Tüzük, madde 59/3), Strazburg'da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde, kamuya açık duruşma yapılmıştır.

– *Hükümet'i temsilen hazır bulunanlar :*

Bayan S.COPPARİ,
Bay G.ALBENZİO,

*ajan,
Devlet avukatı;*

– *Başvuranları temsilen hazır bulunanlar*

Sayın A.G.LANA,
A. SACCUCCI,
Bayan A.SIRONİ,

*danışmanlar,
danışman;*

– *müdahil, BM Mülteciler Yüksek Komiserliği'ni temsilen hazır bulunanlar :*

Bayan M.GARLICK, Avrupa Bürosu, Genel Politikalar ve Hukuki
Destek Birim Şefi, *danışman ;*

Bay C.WOUTERS, Milli Koruma Birimi, Mülteciler Hukuku Baş
Danışmanı

Bay S. BOUTRUCHE, Avrupa Bürsou, Politik ve Hukuki Destek Birimi,
Hukuk Danışmanı, *danışman.*

Mahkeme, Bayan Coppari, Bay Albenzio, Sayın Lana, Sayın Saccucci ve Bayan Garlick'in beyanlarını ve sorulara verdikleri cevapları dinlemiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

A. Başvuranların Yakalanması ve Libya'ya Geri Gönderilmeleri

9. On bir Somali vatandaşı ve on üç Eritre vatandaşı olan başvuranlar, İtalya kıyılarına gitmek amacıyla, üç tekneyle, Libya'yı terk eden, iki yüz kişilik grubun bir parçasıdır.

10. 6 Mayıs 2009 tarihinde, tekneler, otuz beş bin deniz milinde, Güney Lampedusa'da (Agrigente) yani, Malta'nın yetki alanında bulunan, deniz arama kurtarma alanının içinde ("sorumluluk alanı SAR") iken, İtalya Kıyı Güvenliği'nden üç gemi onlara yaklaşmıştır.

11. Teknelerde bulunan ve yakalananlar, İtalyan askeri gemilerine bindirilmiş ve Tripoli'ye getirilmişlerdir. Başvuranlar, bu yolculuk boyunca, İtalyan makamlarının, kendilerini, gerçekten gidilen yerden haberdar etmediklerini ve hiçbir kimlik belirleme yapılmadığını belirtmektedirler.

Kimliklerini belirten belgeler de dahil olmak üzere, tüm kişisel eşyalarına, askerler tarafından el konulmuştur.

12. Tripoli Limanı'na, on saatlik yolculuktan sonra varıldığında, göçmenler, Libya makamlarına teslim edilmiştir. Başvuranların anlatım şekline göre, kendileri, Libya makamlarına teslim edilmelerine karşı çıkmışlar fakat İtalya gemilerini terk etmek zorunda bırakılmışlardır.

13. 7 Mayıs 2009'da yapılan bir basın konferansı sırasında, İtalyan İçişleri Bakanı, açık denizde, teknelerden yakalama operasyonlarının ve göçmenlerin, Libya'ya gönderilmesinin, 4 Şubat 2009'da, yürürlüğe girmiş olan, Libya ile imzalanmış olan, çift taraflı anlaşmaların sonucu olduğunu ve bunların, kaçak göçmenlikle mücadelede çok önemli bir dönüm noktası oluşturduğunu beyan etmiştir. 25 Mayıs 2009'da, Senato'da yapılan bir müdahale sırasında, Bakan, 6 Mayıs'tan 10 Mayıs'a kadar, 471'den fazla kaçak göçmenin, açık denizde yakalandıklarını ve çift taraflı sözleşmelere uygun şekilde, Libya'ya gönderildiklerini belirtmiştir. Operasyonların, devletler arasındaki işbirliği prensibi gereğince yürütüldüğünü söyleyen Bakan, gönderme politikasının, kaçak göçle mücadele konusunda çok etkin

bir yol olduğunu öne sürmüştür. Söz konusu politika, yasadışı kaçakçılık ve insan ticareti yapan suç örgütlerinin cesaretini kırıp, denizde, hayat kurtarmaya katkı sağlıyordu ve İtalyan kıyılarında kaçak yolcu indirilmesinin ciddi ölçüde önüne geçiyordu ve İçişleri Bakanı'na göre, bu indirmeler, Mayıs 2009'da, Mayıs 2008'e göre, çok daha az olmuştu.

14. 2009 yılı boyunca, İtalya, açık denizde, Libya ile olan ikili anlaşmalar uyarınca, dokuz adet yakalama yapmıştı.

B. Başvuranların durumu ve temsilcileriyle iletişimleri

15. Başvuranların avukatlarının Mahkeme'ye verdikleri bilgilere göre, aralarından ikisi, Bay Mohamed Abukar Mohamed ve Hasan Shariff Abbirahman (sırasıyla, mevcut karara ekli listede bulunan, 10 ve 11 no.lu başvuranlar), bilinmeyen koşullarda gerçekleşen olaylar sonrasında ölmüşlerdir.

16. Başvurunun sunulmasından sonra, avukatlar, diğer başvuranlarla iletişim kurabilmişlerdir. Bu başvuranlara, telefon ve elektronik posta yoluyla ulaşılabilmektedir.

Haziran 2009 ve Ekim 2009 arasında, aralarından dördüne (listede belirtilenler), Tripoli'deki HCR Bürosu tarafından, mülteci statüsü verilmiştir.

17. Şubat 2011'de, Libya'da gerçekleşen ve ülkedeki birçok kişinin kaçmasına neden olan başkaldırıdan sonra, başvuranlar ve avukatları arasındaki iletişim azalmıştır. Avukatlar, mevcut durumda, başvuranların altı tanesiyle iletişim halindedirler:

- Bay Ermias Berhane (listede 20 no.lu), kaçak olarak, İtalya kıyılarına ulaşmıştır. 21 Haziran 2011'de, Kroton Kara Komisyonu, başvurana, mülteci statüsü tanımıştır;
- Bay Habtom Tsegay (listede 19 no.lu), şu anda, Tunus'taki, Şuşa Kamp'ında bulunmaktadır. İtalya'ya gitmeyi düşünmektedir;
- Bay Kiflom Tesfazion Kidan (listede 24 no.lu) Malta'da yaşamaktadır;
- Bay Hayelom Mogos Kidane ve Bay Waldu Habtemchael (listede sırasıyla, 23 ve 13 no.lu kişiler), İsviçre'de yaşamakta ve uluslararası koruma taleplerine bir cevap beklemektedirler;
- Bay Roberl AbzighiYohannes (listede 21 no.lu) Benin'de yaşamaktadır.

II. MEVCUT İÇ HUKUK

A. Denizcilik Kanunu

18. 2002'de değiştirilmiş olan, 30 Mart 1942 tarihli Denizcilik Kanunu'nun 4. maddesi aşağıdaki şekilde kaleme alınmıştır:

« Açık denizdeki İtalyan gemileri ve bir devletin yetki alanına girmeyen deniz araçları, İtalyan toprağı olarak kabul edilirler ».

B İtalya ve Libya arasındaki Çift Taraflı Antlaşmalar

19. 29 Aralık 2007’de, İtalya ve Libya, Tripoli’de, kaçak göçle mücadeleye ilişkin çift taraflı bir işbirliği sözleşmesi imzalamışlardır. Aynı gün, iki ülke, aynı zamanda, sözü geçen antlaşmanın icra edilmesi için teknik ve operasyonel yöntemleri belirleyen bir Ek Protokol imzalamışlardır. Antlaşmanın 2. maddesi, aşağıdaki gibidir:

[Yazı işlerinin Çevirisi]

« İtalya ve Jamahiriya (Libya Arap Popüler Sosyalist) geçici olarak, İtalya’nın sağladığı altı gemiyle, denizde devriye gezileri yapılmasını sağlamayı taahhüt ederler. Gemilerde, gemilerin kullanımı, eğitim ve teknik yardımın sağlanması için, Libya personelden ve İtalyan polis memurlarından oluşan karma ekipler bulunacaktır. Denetim, arama ve kurtarma operasyonları, hem Libya karasularında hem de uluslararası sularda, kaçak göçmenlerin taşınmasına yönelik teknelerin hareket ve transit noktalarında, yürürlükteki uluslararası sözleşmelere saygı gösterilecek şekilde ve iki ülkenin de yetkili makamları tarafından belirlenecek olan yöntemlere göre yürütülecektir. »

Bunun dışında, İtalya, Libya’ya, üç yıllık bir süre için, bayraksız üç gemi vermeyi (antlaşmanın 3. maddesi) ve Avrupa Birliği (AB) organları nezdinde, AB ve Libya arasında, çerçeve-sözleşmeler imzalanmasını için çaba göstermeyi taahhüt etmekteydi (antlaşmanın 4. maddesi).

Nihayet, çift taraflı sözleşmenin 7. maddesine göre, Libya, “kaçak göçün azalması ve göçmenlerin ülkelerine geri gönderilmesi yönünde, menşe ülkelerle birlikte çalışmayı » taahhüt etmekteydi.

4 Şubat 2009 tarihinde, İtalya ve Libya, Trablus’ta, kaçak göçle mücadele etme amacıyla çift taraflı işbirliğinin güçlendirilmesine yönelik bir Ek Protokol imzalamışlardır. Bu Protokol, kısmi olarak, 29 Aralık 2007 tarihli antlaşmayı, özellikle de aşağıdaki şekilde kaleme alınmış olan yeni bir maddeyle değiştirmiştir:

[Yazı İşleri’nin Çevirisi]

« İki ülke, İtalyan ve Libya personelden oluşan ve sayıları, tecrübeleri ve yetkileri denk olan, ortak ekiplerle, denizlerde devriye gezilmesini organize etmeyi taahhüt etmektedirler. Devriyeler, Libya sularında ve uluslararası sularda, Libya personelinin denetimi altında ve İtalyan ekiplerinin katılımıyla, ve İtalyan suları ve uluslararası sularda, İtalyan personelin denetimi altında ve Libya personelin katılımıyla, hareket ederler.

29 Aralık 2007 sözleşmesine göre, İtalya tarafından verilen gemilerin mülkiyeti, kesin olarak, Libya’ya devredilecektir. İki ülke, kaçak göçmenleri geri göndermeyi ve menşe ülkelerle, kaçak göçün sınırlanması için, sözleşmeler imzalamayı taahhüt etmektedirler ».

20. 30 Ağustos 2008’de, İtalya ve Libya, Bengazi’de, 19. maddesinde, göçün yüksek olduğu menşe ülkelerde, kaçak göçün önlenmesi için, Dostluk, Yardım ve İşbirliği Sözleşmesi imzalamışlardır. Bu sözleşmenin 6. maddesine göre, İtalya ve Libya, Birleşmiş Milletler Şartı ve Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi’ne uygun şekilde hareket etmeyi taahhüt etmişlerdir.

21. İtalyan Savunma Bakanı’nın, 26 Şubat 2011 tarihindeki beyanına göre, İtalya ve Libya arasındaki antlaşmaların uygulanması, 2011 olaylarından sonra durdurulmuştur.

III. İLGİLİ ULUSLARARASI HUKUK VE AVRUPA HUKUKU

A. Mültecilerin Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi (1951)

22. İtalya, bir devletin, ne şekillerde, talep eden kişilere, mülteci statüsü vermesi gerektiğini ve bu kişilerin hak ve ödevlerini tanımlayan, 1951 tarihli Mültecilerin Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi’ne (« Cenevre Sözleşmesi ») taraftır. Adı geçen sözleşmenin, 1 ve 33. maddeleri, aşağıdaki gibidir :

Madde 1

« İşbu sözleşmenin amaçları bakımından, « mülteci » kavramı, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından, haklı sebeplerle korktuğu için, vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu, önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen her şahsa uygulanacaktır. »

Madde 33/1

« Hiçbir taraf devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla, hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olacak ülkenin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun, geri gönderemeyecek veya iade etmeyecektir”.

23. 13 Eylül 2001 tarihli uluslararası korumaya ilişkin notunda (A/AC.96/951, paragraf 16), taraf devletlerin Cenevre Sözleşmesi’ni uygulama şekillerin gözetme görevi olan HCR, 33. maddedeki, “iade edilmeme” prensibine ilişkin olarak, şunları belirtmiştir:

« Hiçbir çekinceyi hoş görmeyen temel bir prensip. Birçok bağlamda, bu prensip, Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi’nde tanınan, sığınma talep etme hakkının mantıklı bir uzantısıdır. Bu hak, tüm devletleri bağlayan bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı gibi görülmektedir. Bunun dışında, uluslararası insan hakları hukuku, iade edilmemeyi, işkencenin ve kötü, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelenin, mutlak yasağının temel bir unsuru olarak ortaya koymuştur. İade etmeme

yükümlülüğü, mültecilere, resmi tanımadan bağımsız olarak uygulanmaktadır ve bu da, açıkça, belli bir statüsü olmayan, sığınma talebi sahiplerini de kapsamaktadır. Bu yükümlülük, bir sığınma talebi sahibini veya bir mülteciyi, hayatı veya özgürlüğünün tehdit altında olacağı veya zulme maruz kalacağı bir ülkenin sınırına gönderen, devletin, her türlü tedbirini kapsamaktadır. Bu, sığınma isteyen tek bir birey veya kitlesel bir yığılma da söz konusu olsa, sınıra atılma, yakalama ve dolaylı gönderilmeyi kapsamaktadır.”

B. Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (« Montego Bay Sözleşmesi ») (1982)

24. Montego Bay Sözleşmesi’nin ilgili maddeleri, aşağıdaki gibi kaleme alınmıştır:

Madde 92 Gemilerin Hukuki Statüsü

« 1. Gemiler, tek bir devletin bayrağı altında seyredecekler ve uluslararası antlaşmalarda ve işbu sözleşmede açıkça belirtilen istisnalar dışında, açık denizlerde, o devletin münhasır yetkisine tabii olacaklardır (...) »

Madde 94 Bayrak Devletin Yükümlülükleri

« 1. Her devlet, kendi bayrağını taşıyan gemiler üzerinde, idari, teknik ve sosyal konulardaki yetki ve kontrolünü fiilen kullanacaktır.

(...) »

Madde 98 Yardım Etme Yükümlülüğü

« 1. Her devlet, kendi, bayrağını taşıyan bir geminin, kaptanından, gemi mürettebat ve yolcular için ciddi bir tehlike oluşturmadan, ifa edilebilecek ise, aşağıdaki hususları gerçekleştirmesini talep edecektir:

a) denizde tehlike içerisinde bulunan her kişiye yardım etmek;

b) yardım ihtiyaçlarından haberdar edildiği halde, tehlikede bulunan kişileri, kendisinden makul olarak beklenebilen ölçüde ve mümkün olduğu kadar çabuk kurtarmaya gitmek;

(...) »

C. Denizde Arama ve Kurtarma Uluslararası Sözleşmesi (« SAR Sözleşmesi ») (1979, 2004’te değiştirilmiştir)

25. SAR Sözleşmesi’nin 3.1.9. maddesi, aşağıdaki gibidir:

« Taraflar, denizde, sıkıntıda olan kişileri bindirerek yardım eden kaptanların, yükümlülüklerinden muaf olmaları için ve öngörülen yoldan sapmamaları için ve onları bu yükümlülüklerden muaf tutmanın, denizde insan hayatını daha fazla riske atmaksızın, gerekli yardım ve işbirliğini sağlamalıdır. Yardımın sağlandığı ve arama ve kurtarma bölgesinden sorumlu olan taraf, ilk olarak, yardım edilen hayatta kalanların, Organizasyon (Uluslararası Deniz) tarafından hazırlanan direktiflerin ve özel durumun dikkate alınarak, kendilerini alan gemiden indirilmesi ve emin bir yere getirilmeleri için bu koordinasyon ve işbirliğini sağlanmasını üstlenir. Bu durumda, ilgili taraflar, bu indirmenin, en iyi zamanda yapılması için, gereken önlemleri, en makul sürelerde almalıdırlar. »

D. Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi'ne Ek Kara, Hava ve Deniz Yoluyla Yasadışı Göçmen Kaçakçılığına İlişkin Protokol (« Palermo Protokolü ») (2000)

26. Palermo Protokolü'nün 19/1. maddesi aşağıdaki gibidir:

« İşbu Protokol'ün hiçbir hükmünün, , uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası insane hakları da dahil olmak üzere, ve özellikle de, 1951 Sözleşmesi ve Mültecilerin Statüsü'ne İlişkin 1967 Protokolü ve belirtilen, iade edilmeme prensibi gereğince, devletlerin ve bireylerin diğer hakları, yükümlülükleri ve sorumlulukları üzerinde bir etkisi yoktur »

E. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 1821 sayılı (2011) Kararı

27. 21 Haziran 2001'de, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, sığınma talebi olanların, mültecilerin ve yasal durumda bulunmayan göçmenlerin, denizde yakalanmaları ve kurtarılmalarıyla ilgili olarak, aşağıdaki Kararı kabul etmiştir:

« 1. Avrupa'nın güneyindeki sınırların kontrol edilmesi, bölgesel bir öncelik halinde gelmiştir. Avrupa kıtasının, Afrika'dan gelen ve özellikle de Avrupa'ya, İtalya, Malta, İspanya, Yunanistan ve Kıbrıs'tan gelen, göç akımlarına karşı koyması gerekmektedir.

2. Göçmenler, mülteciler, sığınma talebi sahipleri ve başka kişiler, Avrupa'nın güney sınırlarına ulaşmak için, genellikle, derme çatma gemilerde, hayatlarını tehlikeye atmaktadırlar. Yasal olmayan yollarla yapılan ve bayraksız gemilerde, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti yapan şebekelerin elinde yapılan bu seyahatler, Avrupa'ya gelmek için, daha az riskli ve başka kanuni yolu olmayan gemiye bindirilen kişilerin, sıkıntısını ifade etmektedir.

3. Denizden gelişlerin sayısı, son yıllarda, oldukça azalarak, göç yollarını değiştirdiyse de (özellikle, Türkiye ve Yunanistan arasındaki kara sınırı), Parlamenterler Meclisi, 1637 sayılı (2008) Kararı'nı hatırlatarak « Avrupa'daki botlar: göç akınlarının, Avrupa'ya denizden gelişi », bu karma göç akınlarının, denizden gelişlerini yönetmek için gereken tedbirlerin alınmasına ilişkin ciddi kaygılarını, yeniden ifade etmektedir. Denizde sıkıntıda olan birçok kişi kurtarılmıştır

ve Avrupa'ya ulaşmaya çalışan birçok kişi geri gönderilmiştir, fakat öngörüldüğü kadar trajik olan ölümcül kazaların listesi, uzundur ve her gün daha da artmaktadır.

4. Bunun dışında, Kuzey Afrika'daki kargaşalardan sonra, İtalya ve Malta'ya yakın geçmişteki gelişler, Avrupa'nın, her an, güney kıyılarına, kanunsuz durumda bulunan göçmenleri sığınma talebi olanlar ve mültecilerin, kitlesel halde gelişine karşı koymaya hazır olmasını gerektirmektedir.

5. Meclis, bu denizden gelişlerin birçok soruna neden olduğunu, ve bunlardan beş tanesinin kaygı verici olduklarını tespit etmektedir :

5.1. Mevcut birçok uluslararası enstrümanın, konu hakkında uygulanması ve tatmin edici şekilde, devletlerin ve bireylerin hak ve yükümlülüklerini açıklamalarına rağmen, bunların içeriklerinin yorumlanmasında farklılıklar var gibi görünmektedir. Bazı devletler, bazı durumlardaki sorumluluklarının türü ve kapsamı konusunda hem fikir değildirler ve bazıları, açık denizde, iade edilmeme prensibini de sorgulamaktadırlar;

5.2. Denizde yakalama halinde, mutlak önceliğin, kurtarılan kişilerin hemen « emin bir yerde » indirilmesi olmasına rağmen, « emin yer » kavramı, tüm devletler tarafından aynı şekilde yorumlanmamaktadır. Oysa « emin yer » kavramının, sadece, kişilerin fiziksel olarak korunması anlamına gelmediği ve onların, temel haklarının korunmasını da kapsadığı açıktır;

5.3. Bu anlaşılabilirlikler, kurtarılması gereken kişilerin hayatlarını, özellikle de, kurtarma işlemlerini geciktirerek veya engelleyerek doğrudan tehlikeye atmakta ve denizcileri, denizde tehlikede olan kişileri kurtarmaktan caydırabilirler. Ayrıca, bunlar, uluslararası koruma ihtiyacı olan kişiler de dahil olmak üzere, önemli sayıda kişi bakımından, iade edilmeme prensibini ihlal etme sonucunu doğurabilirler;

5.4. Avrupa Birliği'ne üye devletlerin dış sınırlarında operasyonel işbirliğini yürütülmesi için Avrupa Ajansı (FRONTEX), denizde yakalama konusunda çok önemli bir rol oynamasına rağmen, insan haklarına saygı gösterilmesinin güvenceleri ve ortak operasyonlar çerçevesindeki uluslararası hukuka ve Avrupa Birliği hukukuna ilişkin yükümlülükler yetersizdir;

5.5. Nihayet, denizden gelişler, Avrupa Birliği'nin güney kıyılarında bulunan devletler için ağır bir yük oluşturmaktadır. Sorumlulukların daha adil şekilde paylaşılması ve Avrupa devletleri arasında, göç konusunda daha büyük bir dayanışma amacına yaklaşılmalıdır.

6. Durum, ilgili göç akınlarının, karma nitelikli olması ve kurtarılan kişilerin korunma ihtiyaçlarını ve statülerine uygun şekilde dikkate alınması nedeniyle karmaşık hale gelmiştir. Denizden gelişlere, uygun ve mevcut uluslararası hukuka uygun bir karşılık getirmek için, devletlerin, politikalarında ve göçlerin yönetilmesine ilişkin faaliyetlerde, dikkate almaları gerekmektedir.

7. Meclis, üye devletlere, uluslararası hukukun, özellikle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, BM 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi ve Mültecilerin Statüsüne İlişkin 1951 Cenevre Sözleşmesi, özellikle de, iade edilmeme prensibi ve sığınma talep etme hakkının, yüklediği yükümlülükleri hatırlatmaktadır. Meclis, Denizde İnsan Hayatının Korunması Uluslararası 1974 Sözleşmesi ve 1979 Denizde Arama Kurtarma Uluslararası Sözleşmesi'ni hatırlatmaktadır.

8. Nihayet ve her şeyden önemlisi, Meclis, üye devletlere, hem ahlaki hem de yasal olarak, denizde sıkıntıda olan kişileri gecikmeden kurtarma yükümlülükleri olduğunu hatırlatmakta ve BM Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin (HCR), iade etmeme prensibinin, açık denizde de uygulandığını tekrar hatırlatmaktadır. Açık deniz, devletlerin, uluslararası insan haklarına ilişkin ve uluslararası mülteciler hukukuna ilişkin yükümlülükleri de dahil olmak üzere, hukuki yükümlülüklerinden muaf tutuldukları bir alan değildir.

9. Meclis, üye devletleri, deniz sınırlarındaki denetim faaliyetlerinin yürütülmesinde, kaçakçılık ve insan ticaretinin önlenmesi çerçevesinde ya da sınırların yönetilmesi çerçevesinde, hukuki veya *de facto* olarak yetkilerini kullandıklarında, aşağıda ifade edilenleri yapmaya çağırmaktadır:

9.1. istisnasız ve gecikmesiz olarak, denizde sıkıntıda bulunan kişileri kurtarma yükümlülüğünü yerine getirmeye;

9.2. sınırlarının yönetilmesine ilişkin politika ve faaliyetlerinin, yakalama tedbirleri de dahil olmak üzere, deniz sınırlarını aşmayı deneyen karma insan gruplarını tanımasını denetlemeye;

9.3. yakalanan kişilere, insani muamele yapılması ve iade edilmeme prensibi de dahil olmak üzere, yakalama tedbirlerinin, kendi karasularında veya ad hoc bir çift taraflı sözleşme temelinde başka devletlerde veya açık denizde uygulanmasından bağımsız olarak insan haklarının sistematik olarak güvence altına alınması;

9.4. açık deniz de dahil olmak üzere, bu prensibin, HCR tarafından yapılan bölge dışılık uygulaması yorumunun ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarına saygı göstererek, doğrudan veya dolaylı bir iade edilmeye benzeyebilecek her türlü uygulamadan kaçınmak;

9.5. öncelikli olarak, kurtarılan kişilerin « emin bir yerde » indirilmelerini sağlayarak ve “emin yeri”, temel hakları hiçbir şekilde tehlikeye atmayan ve indirilen kişilerin acil isteklerini karşılayabilecek bir yer olarak kabul etmek; “emin olma” kavramı, fiziksel korumanın ötesine geçer ve önerilen indirme yerindeki temel haklar perspektifini de dikkate alır;

9.6. Yakalanan ve korumaya ihtiyacı olan kişilere, adil ve etkin bir sığınma prosedürüne erişimi sağlamak;

9.7. insan ticareti mağduru olan veya olabilecek kişilere, korumaya erişimi veya sığınma prosedürü de dahil olmak üzere, yardım sağlamak;

9.8. yakalanan kişilerin, küçükler ve zayıf grupların dışında, statülerinden bağımsız olarak, tutuklanmalarına, adli makamlar tarafından izin verilmesi ve bunun sadece, gerekli olduğu halde, kanunla öngörülmüş olan koşullarda, her türlü farklı alternatifin yokluğunda ve asgari kurallara ve Meclis'in 1707 (2010) sayılı ve Avrupa'da, sığınma talebi sahiplerinin ve yasal durumda olmayan göçmenlerin, idari olarak tutuklanmasına ilişkin Karar'ına uyularak yapılmasının sağlanması;

9.9. diğer devletlerle yapmış oldukları ve yakalanan kişilerin temel haklarını, özellikle de, sığınma prosedürüne erişim haklarının gerektiği şekilde dikkate alınmayan ve iade etmeme prensibinin ihlali getiren çift taraflı sözleşmelerin durdurulması ve insan hakları alanında bu tür güvenceler ve bunların, düzenli ve

etkin kontrolü için tedbirler alınmasını sağlayan çift taraflı sözleşmelerin imzalanması;

9.10. henüz yapmamışlarsa, yukarıda belirtilen uluslararası enstrümanları, imzalamak ve onaylamak ve denizde kurtarılan kişilere yapılan muameleyle ilgili olarak, Uluslararası Deniz Örgütü'nün (OMI) direktiflerini dikkate almak;

9.11. henüz yapmamışlarsa, Avrupa Konseyi İnsan Ticaretiyle Mücadele Hakkındaki Sözleşme'yi (STCE no.197) ve Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi'ne Ek « Palermo » Protokolü'nü (2000) imzalamak ve onaylamak;

9.12. deniz sınırlarındaki denetleme operasyonları ve kontrol tedbirlerinin, mülteciler, vatansızlar, kimsesiz çocuklar ve kadınlar, göçmenler, insan ticareti mağduru olmuş veya olabilecek kişiler ve işkence ve travma mağdurları gibi zayıf kategorilere, uluslararası hukuk tarafından verilen özel korumayı etkilememesini sağlamak ;

10. Meclis, Avrupa Birliği'ne ve Frontex'e üye devletlerin, sorumlulukları konusunda, açıklık olmamasından ve temel haklara ve bu ajans tarafından ayarlanan ortak operasyonlar çerçevesindeki uluslararası normlara saygı gösterilmesi için uygun güvencelerin bulunmamasından endişelidir. Meclis, temel hakların korunmasını sağlamak için güvencelerin güçlendirilmesi için bu ajansın tüzüğünün değiştirilmesine ilişkin olarak Avrupa Komisyonu tarafından sunulan öneriler konusunda, kendisini tebrik etmekte fakat, bunların, yetersiz olduklarını ve Avrupa Parlamentosu'nun, özellikle de, temel hakların korunmasına ilişkin olarak, bu ajansın faaliyetlerinin demokratik denetimiyle sorumlu olmasını dilediğini belirtmektedir.

11. Meclis, ayrıca, umutsuz insanları, hayatlarını tehlikeye atarak, Avrupa'ya gitmeye iten nedenlerin ortadan kaldırılması için çaba harcanması gerektiğinin esas olduğunu tespit etmiştir. Meclis, tüm üye devletleri, barış, hukuk devleti ve göçmen adaylarının ve sığınma talebi sahiplerinin menşe devletlerdeki refahı lehine olan çabalarını arttırmaya çağırmaktadır.

12. Nihayet, karma insan gruplarının düzensiz olarak gelişleri dikkate alındığında, Meclis, uluslararası toplumu ve özellikle de, OMI, HRC, Uluslararası Göç Organizasyonu (OIM), Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği (Frontex ve Sığınma Konusunda Destek Bürosu da dahil olmak üzere) :

12.1. bu devletlere, dayanışma ve sorumluluğun paylaşılması anlayışıyla, gereken tüm yardımın sağlanması;

12.2. OMI'nin çatısı altında, uluslararası deniz hukukunun, özellikle, temel ifadeler ve normların tanım ve içeriklerinin yoluyla, uyumlu ve tutarlı bir yaklaşımın güvence altına alınması için, çaba harcanması;

12.3. denizde, yakalama alanında, bu Karar'da tespit edilen beş sorun da dahil olmak üzere, denizde yakalama sorunlarını araştırmak ve temel sorunları çözmekle, kesin politikalar belirlemekle, devletlere ve ilgili diğer aktörlere tavsiyelerde bulunmakla ve denizde yakalama tedbirlerinin uygulanmasıyla yükümlü bir ajanslar arası grup ortaya koymak. Bu grup, OMI, HCR, OIM, Avrupa Konseyi, Frontex ve Sığınma Konusunda Avrupa Destek Bürosu'nun üyelerinden oluşmalıdır. »

F. Avrupa Birliği Hukuku

1. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (2000)

28. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 19. maddesi, aşağıdaki gibi kaleme alınmıştır:

Uzaklaştırma, sınır dışı ve iade durumlarında koruma

« 1. Toplu sürgün yasaktır.

2. Hiç kimse ölüm cezasına, işkenceye veya diğer insanlık dışı ve alçaltıcı muameleye veya cezaya tabi tutulmasının ihtimal dahilinde bulunduğu bir ülkeye gönderilemez, sürülemez veya iade edilemez. »

2. Şengen Antlaşması (1985)

29. Şengen Antlaşması'nın 17. maddesi, aşağıdaki şekilde kaleme alınmıştır:

« Kişilerin dolaşımı hakkında, taraflar, ortak sınırlardaki kontrolleri kaldırmayı ve dış sınırlara devretmeye çalışacaklardır. Bu amaçla, taraflar, öncelikli olarak, gerekirse, kontrolleri sağlayan yasaklama ve kısıtlamalara ilişkin yasal ve düzenleyici hükümleri, güvenliğin korunması için ve Avrupa Topluluklarına üye olmayan devletlerdeki vatandaşların yasa dışı göçüne engel olmak için ek tedbirleri almaya çalışırlar. »

3. AB üye devletlerinin dış sınırlarında, operasyonel işbirliğinin yönetimi ile ilgili bir Avrupa Ajansı'nın Kurulmasına ilişkin (FRONTEX) 2007/2004 sayılı ve 26 Ekim 2004 tarihli Konsey Tüzüğü

30. 2007/2004 sayılı Konsey Tüzüğü, aşağıdaki hükümleri içermektedir:

« 1) Avrupa Birliği'nin dış sınırlarına ilişkin topluluk politikası, yüksek bir seviyeyi güvence altına alan ve Avrupa Birliği'nde, kişilerin, serbest dolaşımının mecburi bir uzantısını oluşturan, ve alan özgürlüğünün, güvenlik ve adaletin belirleyici bir unsurunu oluşturan bir yeknesak bir denetim ve kontrol yönetimi oluşturmayı hedeflemektedir. Bu amaçla, dış sınırlarda, denetim prosedürlerine ilişkin normlarla ilgili ortak kurallar konulması öngörülmüştür.

2) Ortak kuralları, etkin şekilde ortaya koyabilmek için, üye devletler arasındaki operasyonel işbirliği ve koordinasyonun artırılması önemlidir.

3) Konsey nezdinde çalışan dış sınırların pratisyenlerinin, ortak ısrar deneyimi dikkate alınarak, üye devletlerin dış sınırlarındaki operasyonel işbirliği ve kordinasyonu geliştirmek için, Avrupa Birliği'ne üye devletlerin, dış sınırlarında, « Ajans » adı altında, operasyonel işbirliğinden sorumlu bir Avrupa İdare Ajansı kurulmalıdır

4) Dış sınırların kontrol ve denetiminin sorumluluğu, üye devletlere düşmektedir. Ajans, mevcut veya ileri dış sınırların, üye devletler tarafından alınan, ilgili icra hükümlerinin koordinasyonu sağlanarak topluluk tedbirlerinin uygulanmasını kolaylaştırmayı hedeflemektedir.

5) Üye devletler için, dış sınırların, coğrafi durumlarından bağımsız olarak, etkin bir kontrol ve denetiminin sağlanması çok önemlidir. Sonuç olarak, üye devletler arasında, dış sınırların yönetimi alanında, dayanışmanın yaygınlaştırılması gereklidir. Üye devletlerin, dış sınırlarının idaresinin operasyonel uygulamalarına, özellikle de, üçüncü ülkelerin vatandaşlarının, topraklarına dönmelerine yardım eden Ajansın kurulması, bu anlamda ciddi bir gelişme oluşturmaktadır. »

4. Avrupa Parlamentosu ve Konsey’ce kabul edilen, 562/2006 sayılı, 15 Mart 2006 tarihli, Kişilerin Sınır Aşma Düzenlemesine İlişkin Topluluk Kodu (Şengen Sınırlar Kodu)

31. 562/2006 sayılı Tüzüğün 3. maddesi, aşağıdaki gibidir:

« İşbu Tüzük, aşağıda sayılan haklara halel getirmeksizin, bir üye devletin, iç veya dış sınırlarını aşan herkese uygulanır:

a) serbest dolaşım hakkını kullanan kişilerin hakları;

b) özellikle de, iade edilmemeye ilişkin olarak, uluslararası bir koruma talep eden kişilerin ve mültecilerin hakları. »

5. Avrupa Birliği’ne üye devletlerin dış sınırlarındaki operasyonel işbirliğinin idaresi için Avrupa Ajansı’nın operasyonel işbirliği çerçevesinde, Avrupa Konseyi’nin, 26 Nisan 2010 tarihli ve Schengen Sınırlar Kodu’nu tamamlamayı hedefleyen ve Denizlerdeki Dış Sınırların Denetlenmesine Yönelik Kararı (2010/252/AB)

32. Konsey’in 26 Nisan 2010 tarihli kararının eki, aşağıdaki gibidir:

« FRONTEX Ajansı tarafından koordine edilen, deniz sınırlarına uygulanan kurallar :

1. Genel prensipler

1.1. Bir denetim amacıyla alınan tedbirler, temel haklara saygı gösterilerek ve yakalanan, kurtarılan kişilerin veya katılan birliklerin hayatını tehlikeye atmayacak şekilde icra edilir.

1.2. Hiç kimse, iade edilmeme ilkesine aykırı şekilde, iade edilme riski veya bu ilke ihlal edilerek, geri gönderilme riski bulunan bir ülkede indirilemez veya bu ülkenin makamlarına teslim edilemez. 1.1. noktaya halel getirmeksizin, yakalanan veya kurtarılan kişiler, iade edilmeme prensibine aykırı olacak bir yerde indirilmelerinin nedenlerini açıklayabilmeleri için uygun şekilde bilgilendirilirler.

1.3. Tüm operasyon süresince, çocukların, insan ticareti mağdurlarının, acil bir tıbbi müdahaleye ihtiyacı olan kişilerin veya uluslararası korumaya ihtiyacı olan kişilerin ve zayıf durumda bulunan kişilerin özel istekleri dikkate alınır.

1.4. Üye devletler, denetim operasyonuna katılan sınır nöbetçilerinin, insan hakları ve mültecilerin hakları alanında, bir eğitim almış olmalarına ve uluslararası arama kurtarma düzenlemesi konusunda bilgili olmalarına dikkat etmelidir. »

IV. İTALYA TARAFINDAN AÇIK DENİZDE YAPILAN YAKALAMALARA İLİŞKİN ULUSLARARASI BELGELER VE LİBYA'DAKİ DURUM

A. BM Mülteciler Yüksek Komiseri'nin Basın Bildirisi

33. 7 Mayıs 2009 tarihinde, HCR, aşağıdaki şekilde bir basın bildirisi yayınlamıştır:

« HCR, Perşembe günü, Çarşamba günü, İtalyan nöbetçi deniz birlikleri tarafından, Malta'nın yetki alanında bulunan arama kurtarma bölgesinde, 230 kişinin durumuna ilişkin olarak ciddi kaygısını dile getirmiştir. Bu kişilerin hepsi, muhtemel koruma ihtiyaçları uygun şekilde değerlendirilmeksizin, Libya'ya gönderilmişlerdir. Kurtarma, Lampedusa adasının güneydoğusundan otuz beş bin deniz mili mesafede gerçekleşmiştir fakat, söz konusu bölge, Malta otoritelerinin, yetki alanına giren bir arama kurtarma bölgesidir.

Libya'ya geri gönderilme, Malta ve İtalya otoriteleri arasında, kurtarma ve üç gemide bulunan kişilerin indirilmelerine ilişkin sorumluluğa ilişkin gergin tartışmaların olduğu bir günün sonunda gerçekleşmiştir. Lampedusa'nın yakınında bulunmasına rağmen, gemiler, Malta otoritelerinin yetki alanına giren, arama ve kurtarma alanında dolaşıyorlardı. Motorlarda bulunan kişilerin milliyeti hakkında hiçbir bilgi bulunmamasına rağmen, bunların arasında, uluslararası korumaya ihtiyacı olan kişilerin bulunması muhtemeldir. 2008'de, İtalya'ya, denizden gelen kişilerin yüzde 75'i, sığınma talebinde bulunmuştur ve yüzde 50'sine, mülteci statüsü veya aşka insani nedenlerle, mülteci statüsü verilmiştir.

Yüksek Komiser António Guterres « İtalyan ve Malta otoritelerini, denizde kurtarılan kişilerin ve uluslararası korumadan faydalanan kişilerin, toprağa ve sığınma prosedürüne engelsiz bir erişim hakları olmasını sağlamaya çağırıyorum » ifadesini kullanmıştır.

Bu olay, İtalya Hükümeti tarafından şimdiye kadar uygulanan politikalarından ciddi bir sapma olduğunu göstermektedir ve ciddi bir endişe gerekçesidir. HCR, bu olaydaki şeffaflık eksikliğinden üzüntü duymaktadır.

HCR'nin Roma vekili olan, Laurens Jolles, « Lampedusa'daki İtalyan makamlarıyla ve dışarıda, savaştan ve zulümden kaçan kişilerin, Mültecilerin Statüsüne İlişkin 1951 Sözleşmesi'ne uygun şekilde korunmaları için birlikte çalışmaktayız » ifadesini kullanmıştır. « İade edilmemeye ilişkin uluslararası prensibe, tamamen saygı gösterilmesinin önemi büyüktür ».

Ayrıca, Libya, Mültecilerin Statüsüne ilişkin 1951 BM Sözleşmesi'ni imzalamamıştır ve bu ülkede, operasyonel bir milli sığınma sistemi bulunmamaktadır. HCR, İtalyan otoritelerinin, kararlarını yeniden incelemeleri ve gelecekte böyle tedbirleri almamaya dikkat etmeleri yönünde bir çağrı yapmıştır. »

B. Avrupa Komisyonu Başkan Yardımcısı, Bay Jacques Barrot'un 15 Temmuz 2009 tarihli mektubu

34. 15 Temmuz 2009'da, Bay Jacques Barrot, Avrupa Parlamentosu'nun Medeni Özgürlükler, Adalet ve İçişleri Komisyonu'nun Başkanı'na, « İtalyan makamları tarafından, birçok göçmen grubun Libya'ya, deniz yoluyla gönderilmelerine » ilişkin hukuki mütalaa talebi üzerine, bir cevap göndermiştir. Bu mektupta, Avrupa Komisyonu Başkan Yardımcısı, aşağıdaki ifadeleri kullanmıştır:

« Komisyon'un elindeki bilgilere göre, ilgili göçmenler, açık denizde yakalanmışlardır.

Yasa dışı bir şekilde, üye devletlerin topraklarına girmeye çalışan ve aralarından bir kısmının, uluslararası korumaya ihtiyacı olabilecek olan, üçüncü ülkelerin vatandaşlarının veya vatansızların durumları için, iki grup kuralın incelenmesi gerekmektedir.

İlk olarak, sığınma alanındaki topluluk kazanımı, AB Temel Haklar Şartı'nın 18. maddesinde öngörüldüğü şekliyle ve Mültecilerin Statüsüne İlişkin 1951 Cenevre Sözleşmesi ve diğer ilgili sözleşmelere uygun şekilde korumayı hedeflemektedir. Bununla birlikte, 2005 sığınma prosedürlerine ilişkin bu direktif de dahil olmak üzere, bu kazanım, sadece, sınırları, transit alanlarını ve deniz sınırları çerçevesinde, üye devletlerin karasularında yapılmış olan sığınma taleplerine uygulanmaktadır. Sonuç olarak, sığınma konusundaki topluluk kazanımının, hukuki olarak, açık denizdeki durumlara uygulanmadığı açıktır.

İkinci olarak, Schengen Sınırlar Kodu (CFS), üye devletlerin, izin verilmeyen sınırlardan geçişini önlemek için denetim yapılmasını sağlamaktadır (562/2006 sayılı Tüzüğün 12. maddesi (CFS)).

Bununla birlikte, bu topluluk yükümlülüğü, mültecilerin ve uluslararası koruma talep edenlerin haklarına hâle getirmeksizin, *iade edilmeme* prensibiyle uygun şekilde uygulanmaktadır.

Komisyon, denizde yapılan gözetim faaliyetlerinin, karasularında veya bitişik bölge, münhasır ekonomik bölge veya açık denizde olmasından bağımsız olarak, CFS'nin uygulama alanına girdiği düşüncesindedir. Bu bağlamda, bizim ön hukuki analizimiz, İtalya sınırlarının koruma işlemlerinin, CFS'nin 12. maddesinde öngörüldüğü gibi, « sınırların gözetilmesi » kavramına denk geldiğini çünkü ilgili kişilerin, dış deniz sınırından geçmelerini engellediklerini ve bu kişilerin, üçüncü ülkelere gönderilmeleriyle sonuçlanmışlardır. Avrupa Adalet Divanı'nın içtihadından, topluluk hukuku yükümlülüklerinin, topluluk hukuku genel prensiplerinin parçası olan temel haklara uyularak uygulanması gerektiği çıkmaktadır. Mahkeme, topluluk hukuku

düzeninde, bu hakların uygulama alanının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) içtihadı dikkate alınarak tespit edilmesi gerektiğini de belirtmiştir.

AİHM tarafından yorumlanana iade edilmeme prensibi, devletlerin, bir kişiyi, doğrudan veya dolaylı olarak, işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleye maruz kalması yönünde ciddi bir risk bulunan bir yere göndermekten kaçınmaları gerektiğini ifade etmektedir. Bunun dışında, devletler, mültecileri, yaşamları veya özgürlüklerinin, ırk, din, milliyet, özel bir gruba aidiyet veya siyasi düşünceleri yüzünden tehdit edileceği toprakların sınırlarına gönderemezler. Bu yükümlülük, CFS'ye uygun olarak, açık denizde sınırların denetlenmesi faaliyetleri de dahil olmak üzere, sınırlardaki kontrolün uygulanması sırasında yerine getirilmelidir. AİHM'nin içtihadı, açık denizde, bir devlet gemisi tarafından yapılan işlemlerin, bölge dışı yetki durumu oluşturduklarını ve ilgili devletin sorumluluğunu ortaya çıkarabileceklerini belirtmektedir.

Bu anlatılanlar dikkate alındığında, topluluk yetkilerinin alanına ilişkin olarak, Komisyon, İtalyan makamlarını, kendisine, ilgili kişilerin, Libya'ya gönderilmelerine ilişkin olayın koşullarını ve iki ülke arasındaki çift taraflı anlaşmanın uygulanması esnasında, iade edilmeme prensibine uygun mevcut hükümleri açıklamaya davet etmiştir. »

C. Avrupa Konseyi İşkenceyi Önleme Komitesi'nin Raporu

35. 27 Temmuz'dan 31 Temmuz 2009'a kadar, İşkenceyi, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Ceza ve Muameleyi Önleme Komitesi'nin bir delegasyonu (CPT), İtalya'ya bir ziyarette bulunmuştur. Bu vesileyle, delegasyon, denizde yakalamaya ilişkin yeni hükümet politikasıyla ilgili değişik sorunları ve İtalya'nın güney kıyılarına yaklaşan ve kanuna aykırı durumda bulunana göçmenleri Libya'ya göndermeye ilişkin sorunları incelemiştir. Delegasyon, özellikle, bir kişinin, gönderileceği ülkede, işkenceye veya kötü muameleye maruz kalacağına ilişkin gerçek bir risk bulunmasına ilişkin ciddi gerekçelerin bulunması halinde, o ülkeye gönderilmemesine ilişkin güvenceleri barındıran bir sistemin varlığı konusunda yoğunlaşmıştır.

36. 28 Nisan 2010'da yayınlanan raporunda, CPT, İtalya'nın, denizde yakaladığı göçmenleri, Libya'ya veya Avrupa ülkesi olmayan ülkelere dönmek zorunda bırakmasının, iade edilmeme prensibinin bir ihlalinin oluşturduğu kanaatindedir. CPT, İtalya'nın, yetkisini icra ettiği yer neresi olursa olsun, iade edilmeme prensibiyle bağlı olduğunu, bunun da, yetkisinin, sınırların korunmasında ya da denizde aramada görevli personeli veya gemilerin, toprakları dışında hareket etmeleri durumunu da kapsadığının altını çizmiştir. Ayrıca, İtalya'nın görev alanına giren herkesin, uluslararası koruma talep etme ve bu amaçla, gerekli kolaylıklardan yararlanmayı talep etme imkânı olmalıdır. CPT'nin elindeki bilgilerden, bu imkânın, İtalyan makamlarınca, incelenen süreçte, denizde yakalanan göçmenlere verilmediği tespit edilmiştir. Aksine, Mayıs'tan Temmuz 2009'a kadar, Libya'ya geri gönderilmiş olan kişilerin, durumlarının, bireysel olarak incelenmesinin ve mültecilerin koruma sistemine etkin

şekilde erişimleri reddedilmiştir. Bu bağlamda, CPT, denizdeki bir yolculukta sağ kalan kişilerin, özellikle zayıf olduklarını ve kendilerinden, derhal, sığınma talebinde bulunma isteklerini ifade etmelerinin beklenemeyeceğini tespit etmiştir.

CPT'nin raporuna göre, insan hakları ve mülteci hakları konusunda emin bir ülke olarak görülemez; Libya'da yakalanan ve tutuklanana kişilerin durumu, sınır dışı edilme riski olan göçmenler de dahil olmak üzere, Libya'ya geri gönderilen kişilerin, kötü muamele mağduru olma riski bulunduğunu belirtmektedir.

D. Human Rights Watch'un Raporu

37. « *Reddedilmiş, hırpalanmışlar: İtalya, göçmenleri ve sığınma talebi sahiplerinin, geri gönderiyor ve Libya, onlara kötü muamele ediyor* » adlı ve 21 Eylül 2009'da yayınlanan raporunda, Human Rights Watch, açık denizde, göçmenlerle dolu teknelerin yakalanması ve gerekli doğrulamalar yapılmadan, Libya'ya geri gönderilmelerine ilişkin İtalyan politikasını kınamaktadır. Bu rapor, aynı zamanda, “*Libya, stemming the Flow. Abuses against migrants, asylum seekers and refugees*” isimli, 2006 tarihli rapordaki, arama sonuçlarına dayanmaktadır.

38. Human Rights Watch'a göre, İtalyan birlikleri, göçmen teknelerini, aralarında, mülteciler, hastalar, yaralıları, hamile kadınlar, kimsesiz çocuklar veya kaçakçılık mağdurları ya da başka türlü şiddet mağdurları olup olmadığını kontrol etmeden, uluslararası sulara sürüklemektedirler. İtalyan makamları, yakalanan göçmenleri, Libya gemilerine binmeye zorlamakta veya makamlar tarafından doğrudan tutuklandıkları, Libya'ya göndermektedirler. Bu operasyonlardan bazıları, Frontex Ajansı tarafından koordine edilmektedir.

Rapor, özellikle Mayıs 2009'da, İtalya ve Malta'daki doksan bir göçmen, sığınma talebi sahibi ve mülteciyle yapılan görüşmelere ve Libya'da tutuklu bulunana bir göçmenle yapılan bir telefon görüşmesine dayanmaktadır. Human Rights Watch'un temsilcileri, Nisan 2009'da, Libya'ya gelmişler ve Hükümet temsilcileriyle karşılaşmışlar fakat Libya otoriteleri, organizasyonun, göçmenlerle, özel olarak görüşmesine izin vermemiştir. Tekrar tekrar yapılan taleplere rağmen, makamlar, Human Rights Watch'un, Libya'da, göçmenlerin kaldığı tutukevlerinden birini ziyaret etmesine de izin vermemişlerdir. HCR'nin şu anda, genelde, kaçak göçmenlerin tutuklu bulunduğu Misratah cezaevine erişimi bulunmaktadır ve Libyalı organizasyonlar, orada, insani hizmet sağlamaktadırlar. Bununla birlikte, resmi bir antlaşma bulunmadığı için, erişim güvence altına alınmamıştır. Ayrıca, Libya, sığınma hakkını tanımamaktadır. Makamlar, mülteciler, sığınma talebi sahipleri ve diğer kaçak göçmenler arasında hiçbir ayırım yapmamaktadırlar.

39. Human Rights Watch, Libya Hükümeti'ni, Libya'daki, çok kötü olan tutukluluk koşullarını iyileştirmeye ve uluslararası normlara uygun olan sığınma prosedürleri ortaya koymaya davet etmektedir. Rapor, aynı zamanda, sığınma hakkının, açık denizde yakalanan kişiler de dahil olmak üzere, güvence altına alınması ve Libya vatandaşı olmayan kişilerin, orada, göçmenlerin, sığınma talebi sahiplerinin ve göçmenlerin gördüğü muamelenin, uluslararası kurallara tam olarak uygun olmaması halinde, Libya'ya gönderilmemesi için, İtalyan Hükümeti'ne, Avrupa Birliği ve Frontex'e ithaf edilmiştir.

E. Amnesty International'ın ziyareti

40. Amnesty International'dan bir ekip, Libya'da, 15 Mayıs'tan 23 Mayıs 2009'a kadar bir anket yapmıştır; bu, 2004'ten beri ilk kez, Libya makamlarının, organizasyonun, bir ziyaretine izin vermiş oldukları bir durum idi.

Bu ziyaret boyunca, Amnesty International, özellikle, Trablus'un 200 km. yakınına giderek, diğer Afrika ülkelerinden gelen ve Mistarah Cezaevi'nde yığılmış olan kaçak göçmenlerden bazılarını sorgulamıştır. Bu göçmenlerden birçoğu, Libya'dan veya başka bir Afrika ülkesinden, Güney Sahara Afrika'dan gelen yasadışı göçmenlerin Avrupa'ya gelmelerini önleme talebinde bulunan, İtalya'ya veya başka bir Güney Avrupa ülkesine gitmeye çalışırken yakalanmıştır.

41. Amnesty International, Mistarah'ta tutuklanan kişiler arasında, zulümden kaçan mültecilerin bulunabileceği ve Libya'da, sığınma prosedürü bulunmadığını ve Libya'nın, Mültecilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme'ye ve 1967 tarihli Ek Protokolü'ne taraf olmadığını altını çizmektedir; uluslararası bir korumaya ihtiyacı olan yabancılar da dahil olmak üzere, yabancılar, kanunun korumasından faydalanmamış olabilirler. Tutukluların, işkence veya diğer kötü muamele şekillerinden, adli bir makam önünde şikâyetçi olabilmeleri için neredeyse, hiçbir imkânları bulunmuyordu.

Amnesty International, Libya'da karşılaştığı Hükümet sorumlularına, makamların, yasadışı göçmen olarak kabul ettiği yüzlerce hatta binlerce yabancıya uygulanan tutuklama ve kötü muamelelere ilişkin endişesini belirtmiş ve onlardan, sığınma talebi sahipleri ve mültecilerin kimliklerinin belirlenmesine ve gerektiği şekilde korunmalarını sağlayan bir prosedür ortaya koymalarını talep etmiştir. Aynı şekilde, Amnesty International, Libya makamlarından, yabancı vatandaşları, ağır insan hakları ihlalleriyle karşılaşma riski bulunan ülkelere zorla göndermemelerini ve bu nedenlerle, kendi ülkelerine gönderemedikleri yabancılar için daha iyi bir çözüm bulmalarını talep etmiştir. Mistarah'ta tutuklu bulunan yabancı vatandaşların önemli bir kısmını oluşturan, bazı Eritre vatandaşları,

Amnesty International'ın delegasyonuna, iki yıldır tutuklu olduklarını belirtmişlerdir.

V. LİBYA'DAKİ DURUMU BETİMLEYEN DİĞER ULUSLARARASI BELGELER

42. Yukarıda belirtilen belgeler dışında, ulusal ve uluslararası örgütler ve sivil toplum kuruluşları tarafından, olaylar zamanında, Libya'da yasadışı durumda bulunan göçmenlerin tutuklama ve yaşam koşullarını kınayan birçok rapor yayınlanmıştır.

İşte, temel raporların bir listesi:

- Human Rights Watch, *Stemming the Flow: abuses against migrants, asylum seekers and refugees*, Eylül 2006 ;
- BM İnsan Hakları Komitesi, *Arap Libya Jamahiriya, Görüşler* 15 Kasım 2007;
- Amnesty International, *Libya –Amnesty International 2008 Raporu*, 28 Mayıs 2008;
- Human Rights Watch, *Libya Rights at Risk*, 2 Eylül 2008;
- Amerikan Devleti Departmanı, *Libya'da İnsan Haklarına İlişkin Rapor*, 4 Nisan 2010.

VI. SOMALİ VE ERİTRE'DEKİ DURUMU BETİMLEYEN ULUSLARARASI BELGELER

43. Somali'deki duruma ilişkin temel uluslararası belgeler, *Sufi et Elmi/Birleşik Krallık* (no. 8319/07 ve 11449/07, 80-195. paragraflar, 28 Haziran 2011) kararında sunulmuştur.

44. Eritre'ye ilişkin olarak, birçok rapor, ğbu ülkede yapılan birçok temel hak ihlalinin kınamaktadırlar. Raporlar, Eritre Hükümeti tarafından yapılan, ağır insan hakları ihlallerini, yani, keyfi yakalamalar, işkence, insanlık dışı tutuklama koşulları, zorla çalıştırma ve hareket, ifade ve inanç özgürlüğüne yapılan ciddi kısıtlamaları belirtmektedirler. Bu belgeler, aynı zamanda, Libya, Sudan, Mısır, İtalya gibi ülkelere kaçabilmiş olan Eritrelilerin, içinde bulunduğu zor durumu da incelemektedirler.

İşte temel raporların listesi:

- HCR, *Eligibility guidelines for assessing the international protection needs of asylum-seekers from Eritrea*, Nisan 2009;
- Amnesty international, *report 2009, Eritrea*, 28 Mayıs 2009 ;
- Human Rights Watch, *Service for life, state repression and indefinite conscription in Eritrea*, Nisan 2009;
- Human Rights Watch, *Libya, don't send Eritreans back to risk of torture*, 15 Ocak 2010;
- Human Rights Watch, *World Chapter Report*, Ocak 2010.

HUKUK

I. HÜKÜMET'İN İLERİ SÜRDÜĞÜ ÖN SORUNLAR

A. Vekâletlerin geçerliliği ve başvurunun incelenmesinin sürdürülmesi

1. Hükümet'in ileri sürdüğü sorun

45. Hükümet, birçok bakımdan, başvuranların temsilcileri tarafından verilen vekâletlerin geçerliliğine itiraz etmektedir. Öncelikle, Hükümet, vekâletnamelerin birçoğunda, aşağıdaki, yazım kusurlarını tespit etmektedir:

- bazı durumlarda, tarih ve yerin belirtilmemiş olması, tarih ve yerin, aynı kişi tarafından yazılmış gibi görünmesi;
- başvuru numarasıyla ilgili hiçbir referansın bulunmaması;
- başvuranların kimliğinin, sadece, soyadı, ad, vatandaşlık, okunaklı olmayan bir imza ve kısmi ve deşifre edilemeyen bir parmak iziyle, belirtilmiş olması;
- başvuranların doğum tarihinin belirtilmemiş olması.

46. Daha sonra, Hükümet, başvurunun, ne vekâletlerin yazılmış olduğu koşulları belirttiğini ki bunun da geçerlilikleri üzerinde ciddi bir şüphe oluşturduğunu, ne de, başvuranların temsilcileri tarafından, müşterilerinin kimliğini belirleme adına yapılan işlemleri belirttiğini tespit etmektedir. Hükümet, bununla birlikte, başvuranlar ve temsilcileri arasındaki iletişim kalitesini de sorgulamaktadır. Hükümet, özellikle, başvuranların Libya'ya gönderilmelerinden sonra, kendilerine gönderilen elektronik mesajlarda, vekâletlerde bulunan imzalarla karşılaştırılabilecek imzaların bulunmadığını öne sürmektedir. Hükümet'e göre, başvuranlarla iletişimde kalmak için, avukatların karşılaştıkları zorluklar, davanın, çekişmeli şekilde görülmesini engellemektedir.

47. Böylelikle, başvuranların kimliğinin belirlenmesi imkansız olduğundan ve başvuranların, davaya, « kişisel katılımları » olmadığından, Mahkeme, başvurunun incelenmesinden vazgeçmelidir. *Hussun ve diğerleri/İtalya* ((kayıttan düşürme), no.10171/05, 10601/05, 11593/05 ve 17165/05, 19 Ocak 2010), davasına atıfta bulunan Hükümet, Mahkeme'nin, davayı kayıttan düşürmesini talep etmektedir.

2. Başvuranların iddiaları

48. Başvuranların temsilcileri, vekâletnamelerin geçerli olduğunu savunmaktadırlar. Temsilciler, öncelikle, Hükümet'in öne sürdüğü yazım

kusurlarının, müvekkillerinin kendilerine verdiği vekâletleri geçersiz kılmadıklarını iddia etmektedirler.

49. Vekâletnamelerin yazılma koşullarına gelince, temsilciler, vekâletnamelerin, başvuranların, Libya'ya gelmelerinden sonra, farklı tutukevlerinde çalışan insani örgütlerin üyeleri nezdinde resmileştirildiklerini belirtmektedirler. Daha sonra, bu kişiler, onlarla iletişim kurmakla ve vekâletleri imzalayıp kabul edebilmeleri için, onlara vermekle görevli kılınmışlardır.

50. Başvuranların kimliğinin belirlenmesine ilişkin zorluklarla ilgili olarak, bu zorluklar, doğrudan, başvurunun konusu olan, kaçak göçmenlerin, ön kimlik belirlemeleri yapılmadan, toplu halde gönderilme operasyonlarından kaynaklanmıştır. Ne olursa olsun, avukatlar, Mahkeme'nin dikkatini, başvuranların önemli bir kısmının, Libya'ya geldikten sonra, Trablus'daki HCR Bürosu tarafından kimliklerinin belirlendiğine, çekmektedir.

51. Nihayet, avukatlar, telefon ve elektronik postayla ulaşılabilen ilgililerin bir kısmıyla iletişimi koruduklarını belirtmektedirler. Bu bağlamda, avukatlar, özellikle de, Libya'da, Şubat 2011'de gerçekleşen şiddet olaylarından sonra, başvuranlarla iletişim kurmak için büyük zorluklarla karşılaştıklarını belirtmektedirler.

3. Mahkeme'nin değerlendirmesi

52. Mahkeme, öncelikle, İç Tüzüğü'nün, 45/3. maddesi anlamında, bir başvuranın temsilcisinin, « vekâletname veya yazılı bir yetki belgesi » sunması gerektiğini hatırlatmaktadır. Sonuçta, Mahkeme önündeki prosedür için, hiç kimsenin, ilgilinin rızası olmaksızın veya hiçbir şey anlamadan verildiğini kanıtlamadığı sürece (bkz. *Velikova/Bulgaristan*, no. 41488/98, paragraf 50, AİHM 2000-VI)., basit bir yazılı yetki belgesi terlidir.

53. Bununla birlikte, ne Sözleşme ne de İç Tüzük, vekâletnamenin kaleme alınış şekline ilişkin olarak özel koşullar belirlememektedirler ve milli makamlar tarafından bir onayı gerektirmemektedirler. Mahkeme için önemli olan, vekâletnamenin, açıkça, başvuranın, Mahkeme önünde temsil edilmek için bir danışmanı görevlendirdiği ve bu kişinin de, bu vekâleti kabul ettiğinin anlaşılmasıdır (*Riabov/Rusya*, no. 3896/04, 40 ve 43. paragraflar, 31 Ocak 2008).

54. Mevcut olayda, Mahkeme, dosyada bulunan tüm vekâletlerin imzalanmış olduklarını ve parmak izlerinin bulunduğunu tespit etmektedir. Ayrıca, başvuranların temsilcileri, prosedür süresince, olayların oluş şekline ve iletişimde oldukları başvuranların durumuna ilişkin detaylı bilgiler vermişlerdir. Dosyada bulunan hiçbir şey, avukatların anlattıklarını şüpheli hale getirmemekte ve de Mahkeme'ye verdikleri bilgilerin sorgulanmasına izin vermemektedir (bkz. *a contrario*, adı geçen *Hussun*, 43-50. paragraflar).

55. Bu koşullar altında, Mahkeme'nin, vekaletlerin geçerliliğinden şüphe etmesi için hiçbir neden bulunmamaktadır. Böylece, Mahkeme, Hükümet'in ön itirazını reddetmektedir.

56. Bunun dışında, Mahkeme, avukatlar tarafından verilen bilgilere uygun olarak, iki başvuran olan Bay Mohamed Abukar Mohamed et M. Hasan Shariff Abbirahman'ın (listede, sırasıyla 10. ve 11. sıradakiler), başvurunun sunulmasından çok kısa bir zaman sonra öldüklerini tespit etmektedir (bkz. 15. paragraf).

57. Mahkeme, uygulamasının, bir başvuranın, yargılama süresince ölmesi halinde ölmesi ve davayı takip etmek isteyen hiçbir mirasçı veya yakın akrabasının olmaması halinde, başvuruları kayıttan düşürmek şeklinde olduğunu hatırlatmaktadır (diğerlerinin yanı sıra, bkz., *Scherer/İsviçre*; 25 Mart 1994, 31-32. paragraflar, seri A no. 287; *Öhlinger/Avusturya*, no. 21444/93, 14 Ocak 1997 tarihli yayınlanmamış Komisyon raporu, paragraf 15.; *Thévenon/Fransa* (karar), no. 2476/02, AIHM 2006-III; ve *Léger/Fransa* (kayıttan düşürme kararı) [BD], no. 19324/02, paragraf 44, 30 Mart 2009).

58. Mevcut olayın koşulları ışığında, Mahkeme, ölen kişilere ilişkin olarak, başvurunun incelenmesine devam edilmesinin gerekli olmadığı kanaatindedir (Sözleşme'nin 37/1. maddesi). Bunun dışında, Mahkeme, Bay Mohamed Abukar Mohamed ve Hasan Shariff Abbirahman'ın sundukları şikayetlerin, diğer başvuranların şikayetleriyle aynı olduklarını ve fikrini, aşağıda ifade ettiğini belirtmektedir. Bu koşullar altında, Mahkeme, Sözleşme veya Ek Protokolleri tarafından güvence altına alınan insan haklarının ve *in fine* 37/1. madde anlamında, ölen başvuranların başvurularının incelenmesine devam edilmesi için bir gerekçe bulunmadığını tespit etmektedir.

59. Sonuçta, Mahkeme, başvurunun, başvuranlar, Mohamed Abukar Mohamed ve Hasan Shariff Abbirahman açısından, kayıttan düşürülmesine ve kalan kısma ilişkin incelemenin devam etmesine karar vermiştir.

B. İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi

60. Büyük Daire önündeki duruşma esnasında, Hükümet, başvurunun, iç hukuk yollarının tüketilememiş olması nedeniyle kabul edilemez olduğunu öne sürmüştür. Hükümet, başvuranların, Sözleşme'nin öne sürülen ihlallerini tanımak ve telafi edilmesini talep etmek için İtalyan mahkemelerine başvuruda bulunmadıklarını öne sürmüştür.

61. Hükümet'e göre, şu anda, hareketlerinde özgür olan ve Mahkeme önündeki prosedür çerçevesinde avukatlarına ulaşabilecek durumda olduklarını gösteren başvuranların, İtalyan ceza mahkemelerinde, iç hukukun ve uluslararası hukukun, uzaklaştırılmalarında yer alan, askerler tarafından ihlal edildiğini öne sürmek için dava açmaları gerekirdi. Benzer

davalarda, ceza yargılamalarının derdesttir ve bu tip başvuruların « etkin » bir niteliği bulunmaktadır.

62. Mahkeme, başvuranların, ayrıca, Sözleşme'nin 13. maddesinin gerekliliklerini karşılayan bir başvuru yollarının bulunmadığından şikâyet ettiklerin tespit etmektedir. Mahkeme, Hükümet'in bu konudaki iddiası ve başvuranların, bu hükme dayalı olarak ileri sürdükleri şikâyetler arasında sıkı bir bağ olduğu kanaatindedir. Mahkeme, bu ön itirazın, Sözleşme'nin 13. maddesinden doğan şikâyetlerin esasıyla birleştirilmesine ve bu çerçevede incelenmesi gerektiğine karar vermektedir (bkz. 207. paragraf).

II. SÖZLEŞME'NİN 1. MADDESİ ANLAMINDA YETKİ MESELESİ

63. Sözleşme'nin 1. maddesi aşağıdaki gibidir:

« Yüksek Sözleşmeci Taraflar, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar.»

1. Tarafların iddiaları

a) Hükümet

64. Savunmacı Hükümet, söz konusu olayların, İtalyan askeri gemilerinde gerçekleştiğini tanımaktadır. Bununla birlikte, Hükümet, İtalyan makamların, başvuranlar üzerinde, « mutlak ve münhasır » bir yetki kullandığını inkar etmektedir.

65. Hükümet, başvuranların içinde bulunduğu gemilerin durdurulmasının, açık denizde tehlikede bulunan kişilerin kurtarılması çerçevesinde olduğunu ve bunun da, BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin (« Montego Bay Sözleşmesi ») oluşturduğu uluslararası hukukun yükümlülükleri çerçevesinde olduğu ve hiçbir şekilde, deniz polisi operasyonu olarak nitelendirilemeyeceğini ileri sürmektedir.

İtalyan gemileri, zor durumdaki üç gemiye yardım etmek ve içinde bulunan kişilerin güvenliğini sağlamak için müdahale etmişlerdir. Daha sonra, yakalanan göçmenleri, 2007 ve 2009 antlaşmalarına göre, Libya'ya götürmüşlerdir. Hükümet'e göre, Montego Bay Sözleşmesi'ne göre, açık denizde, insan hayatının kurtarılması, devlet ve ilgili kişiler arasında, devletin yetkisini ortaya çıkarabilecek bir bağ oluşturmamaktadır.

66. Başvuranların, tamamı, on saat sürmüş olan « kurtarılması » çerçevesinde, makamlar, ilgililere, insani yardım ve gerekli tıbbi yardımı sağlamış ve hiçbir şekilde şiddete başvurmamışlardır; saldırıda bulunmamışlar ve silah kullanmamışlardır. Hükümet, mevcut başvurunun, Mahkeme'nin, Fransa'nın, açık denizde, bir gemi ve personeli üzerinde kullandığı kontrolün mutlak ve münhasır olması nedeniyle, başvuranların, Fransa'nın yetki alanına girdiklerini belirttiği *Medvedyev* ve

diğerleri/Fransa ([BD], no. 3394/03, 29 Mart 2010) davasından farklı olduğu sonucuna ulaşmıştır.

b) Başvuranlar

67. Başvuranlar, İtalya'nın yetkisinin, mevcut olayda, sorgulanamayacağı kanaatindedirler. İtalyan gemilerine binmelerinden itibaren, başvuranlar, İtalya'nın münhasır yetkisinde bulunmaktadır ve İtalya'nın, Sözleşme ve Ek Protokollerden kaynaklanan yükümlülüklerin tümünü uygulaması gerekmektedir.

Başvuranlar, İtalya Denizcilik Kanunu'nun, 4. maddesinin, açıkça, milli bayrağı taşıyan gemilerin, karasularının dışında olduklarında bile, İtalya'nın yetki alanına girdiklerini öngördüğünü tespit etmektedir.

c) Müdahiller

68. Müdahiller, uluslararası adet ve töre hukukuna ve Mahkeme'nin içtihadına göre, devletlerin, « potansiyel » bile olsalar, sığınma talebi sahiplerini iade etmeme yükümlülüklerini ve onlara adil yargılama hakkı sağlama yükümlülüklerinin, bölge dışı bir kapsamı olduğu kanaatindedirler.

69. Mültecilerin korunmasına ilişkin uluslararası hukuka göre, bir devletin sorumluluğunu ortaya koymak için, dikkate alınması gereken kriter, iade edilecek ilgili kişinin, devletin topraklarında bulunup bulunmadığı değil, bu devletin, etkin kontrolü ve otoritesi altında bulunup bulunmadığıdır.

Müdahiller, Mahkeme'nin, Sözleşme'nin 1. maddesine ilişkin içtihadına ve « yetki » kavramının bölge dışı kapsamına ve diğer uluslararası makamların ulaştıkları sonuçlara atıfta bulunmaktadırlar. Müdahiller, insan haklarının korunması alanında çifte standardın önlenmesi gerekliliğinin ve devletin, kendi toprakları dışında, içinde yapılması kabul edilemeyecek işlemlerin yapılmasına izin verilmemesi gerekliliğinin altını çizmektedirler.

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

a) Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında yetkiye ilişkin genel prensipler

70. Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında, sözleşmeci devletlerin taahhüdü, « yetki » alanlarında bulunan kişilere, Sözleşme'de belirtilen hak ve özgürlüklerin « tanınmasıdır » (İngilizce « *to secure* ») (*Soering/Birleşik Krallık*, 7 Temmuz 1989, paragraf 86, seri A no. 161, ve *Banković ve diğerleri/Belçika ve 16 diğer sözleşmeci devlet* (karar) [BD], no.52207/99, 66. paragraf, AİHM 2001-XII). « Yetkinin » kullanılması, sözleşmeci bir devletin, kendisine atfedilebilir olan ve Sözleşme'de sayılan hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasının temelinde olan eylem veya ihmaller nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için gerekli bir koşuldur (*Ilaşcu ve*

diğerleri/Moldova ve Russie [BD], no. 48787/99, paragraf 311, AİHM 2004-VII).

71. 1. madde anlamında bir devletin yetkisi, esasen ülke topraklarında geçerlidir (adı geçen karar *Banković*, 61 ve 67. paragraflar ve adı geçen *Ilaşcu*, paragraf 312). Bu yetki, normalde, tüm toprak parçasında kullanılmaktadır (*Ilaşcu ve diğerleri*, paragraf 312; ve *Assanidzé/Gürcistan* [BD], no. 71503/01, paragraf 139, AİHM 2004-II).

72. Yetkinin esasen, toprağa bağlı olma niteliğiyle uyumlu olarak, Mahkeme, sözleşmecı devletlerin, toprakları dışında işlenen veya etkilerini gösteren işlemlerinin, Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında yetkilerinin kullanımı olarak incelenmesini, sadece, çok istisnai koşullarda kabul etmiştir (*Drozd et Janousek/Fransa ve İspanya*, 26 Haziran 1992, paragraf 91, seri A no. 240; adı geçen *Banković*, paragraf 67; ve *Ilaşcu ve diğerleri*, paragraf 314).

73. Aynı şekilde, ilk *Loizidou (ön itirazlar)* kararında, Mahkeme, Sözleşme'nin konusu ve amacı dikkate alındığında, bir taraf devletin, yasal olan veya olmayan bir askeri eylem sonrasında, kendi toprakları dışında bir alanda, yetkisini kullanması halinde, sorumluluğunun ortaya konabileceğine karar vermiştir (*Loizidou/Türkiye (ön itirazlar)* [BD], 23 Mart 1995, paragraf 62, seri A no 310), fakat bu durumun, sadece, *Banković* davasında olduğu gibi, sadece, anlık bir bölge dışı işlem söz konusu olduğunda, söz konusu olmayacağını, çünkü 1. maddenin metninin, “yetki” kavramının, nedensel bir algısıyla uyumlu olmadığını belirtmiştir (adı geçen karar, 75. paragraf). Her durumda, öreğın, bir cezaevi ya da gemi üzerinde mutlak ve münhasır bir denetim olması halinde, davanın özel koşullarına göre, Mahkeme'nin, bir devlet tarafından bölge dışı yetkisinin kullanılmasını gerektiren koşulların varlığını değerlendirmesi gerekmektedir. (*Al-Skeini ve diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no 55721/07, paragraflar 132 ve 136, 7 Temmuz 2011; adı geçen *Medvedyev ve diğerleri*, paragraph 67).

74. Bir devletin, toprakları dışında hareket eden görevlileri aracılığıyla, kontrol ve otoritesini ve sonuç olarak, yetkisini, bir birey üzerinde kullandığı andan itibaren, 1. madde anlamında, bu devlet üzerinde, o bireye, kendi durumuyla ilgili, Sözleşme'nin I. Bölümü'nde tanımlanan hak ve özgürlükleri tanıma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu anlamda, Mahkeme tarafından, Sözleşme'den kaynaklanan hakların, “parçalanabilir ve uyarlanabilir” oldukları kabul edilmektedir (adı geçen *Al-Skeini*, 136 ve 137. paragraflar; karşılaştırma için bkz. adı geçen *Banković*, paragraf 75).

75. Mahkeme'nin içtihadı, bir devletin, yetkisinin, yurtdışındaki diplomatik görevlileri veya konsolosluk görevlilerinin veya söz konusu devlette kayıtlı olan hava araçları veya bayrağını taşıyan gemilerde işledikleri eylemlere ilişkin davalarda, ülke dışı yetkisinin icra edildiği halleri tespit etmektedir. Bu durumlarda, uluslararası örf ve adet hukukuna ve konvansiyonel hükümlere dayanan Mahkeme, ilgili devlet tarafından,

ülke dışı yetkisinin kullanıldığını kabul etmiştir (adı geçen *Banković*, paragraf 73, ve adı geçen *Medvedyev ve diğerleri*, paragraf 65).

b) Mevcut olaya uygulama

76. Mahkeme önünde, söz konusu olayların, açık denizde, İtalyan bayraklı gemilerde gerçekleştikleri tartışılmamaktadır. Savunmacı Hükümet, bunun dışında, kıyı güvenliği gemilerinin, başvuranların, İtalya'nın yetki alanına girdiklerini kabul etmektedir.

77. Mahkeme, deniz hukukunun ilgili hükümleri gereğince, açık denizde gezen bir geminin, bayrağını taşıdığı devletin münhasır yetkisi altında olduğunu tespit etmektedir. Bu uluslararası hukuk prensibi, Mahkeme'yi, bir devletin bayrağını taşıyan gemilerde işlenen eylemlerle ilgili davalarda, kayıtlı hava araçlarının lehine, bu devletin ülke dışı yetki durumu söz konusu olduğunu kabul etmeye götürmüştür (bkz. 75. paragraf). Başkası üzerinde bir kontrol söz konusu olduğunda, söz konusu devlet tarafından, ilgili kişiler üzerinde kullanılmış *de jure* bir kontrol söz konusu olmaktadır.

78. Mahkeme, bunun dışında, adı geçen prensibin, ulusal hukukta, İtalyan Denizcilik Kanunu'nun 4. maddesinde öngörülmüş olduğunu ve savunmacı devlet tarafından buna itiraz edilemediğini tespit etmektedir (bkz. 18. paragraf). Mahkeme, mevcut durumun, İtalya'nın ülke dışı yetkisinin kullanıldığı bir durumu oluşturduğunu ve bu devletin, Sözleşme anlamında, sorumluluğunu ortaya koyabileceği sonucuna varmaktadır.

79. Ayrıca, İtalya, açık denizdeki söz konusu olayları, operasyon ve kurtarma gibi değerlendirerek, Sözleşme anlamındaki « yetkisinin » dışına çıkamaz. Özellikle, Mahkeme, Hükümet'in, resmi makamların, olaylar zamanında, ilgililer üzerindeki kontrolünün düşük seviyesi nedeniyle, başvuranların durumundan sorumlu olmayacağına ilişkin iddiayı kabul etmemektedir.

80. Bu bağlamda, adı geçen *Medvedyev ve diğerleri* davasında, söz konusu olayların, üçüncü bir devletin bayrağının taşıyan Winner adlı gemide gerçekleştiği fakat ekibin, Fransız askerlerin kontrolünde olduğunun tespit edilmesi yeterlidir. Bu davanın özel koşullarında, Mahkeme, Fransız görevliler tarafından yapılan eylemlerin, Winner ve ekibi üzerinde türü ve kapsamını, *de facto* bile olsa, sürekli ve kesintisiz olan bir kontrol olup olmadığını tespit etmek amacıyla incelemiştir (*ibidem*, 66 ve 67. paragraflar).

81. Oysa Mahkeme mevcut davadaki olayların, tamamen, personeli, münhasıran, milli askerlerden oluşan İtalyan askeri güçlerinin gemilerinde gerçekleştiğini tespit etmektedir. Mahkeme'ye göre, İtalyan silahlı kuvvetlerinin gemilerine bindikleri andan itibaren ve Libyalı makamlara teslim edilene kadar, başvuranlar, hem *de jure* hem *de facto*, İtalyan makamlarının, sürekli ve münhasır kontrolü altında bulunmuşlardır. İtalyan gemilerinin, açık denizde müdahalesinin türü ve amacına ilişkin hiçbir varsayım, Mahkeme'yi başka bir sonuca götürmez.

82. Böylece, ileri sürülen ihlaller, Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında, İtalya'nın, « yetki » alanına girmektedir.

III. SÖZLEŞME'NİN 3. MADDESİNİN ÖNE SÜRÜLEN İHLALİ

83. Başvuranlar, iade edilmelerinin, kendilerini, Libya'da ve kendi ülkeleri olan, Eritre ve Somali'de, işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye maruz kalma riskine maruz bıraktığından şikâyet etmektedirler. Sözleşme'nin, aşağıdaki şekilde kaleme alınmış olan, 3. maddesini öne sürmektedirler :

« Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz. »

84. Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin, iki farklı açıdan söz konusu olduğunun ve bunların, ayrıca incelenmeleri gerektiğini tespit etmektedir. İlk olarak, başvuranların, Libya'da, insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye maruz kalmış olmaları ve ikinci olarak, başvuranların, kendi ülkelerine gönderilme riski.

A. Başvuranların, Libya'da İnsanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye maruz kalma riskine bağlı olarak Sözleşme'nin 3. maddesinin öne sürülen ihlali

1. Tarafların iddiaları

a) Başvuranlar

85. Başvuranlar, keyfi ve Sözleşme'yle uyumlu olmayan bir iadede mağdur olduklarını öne sürmektedirler. Başvuranlar, Libya'ya gönderilmelerine karşı çıkma ve İtalyan makamlarından, uluslararası koruma talep etme imkânları olmadığını öne sürmektedirler.

86. Gönderildikleri ülkeye ilişkin hiçbir bilgi verilmediği için, başvuranlar, yolculuk boyunca, kendilerinin, İtalya'ya gönderildiklerine ikna olmuşlardır. Bu bağlamda, başvuranlar, İtalyan makamları tarafından, « yanıltılmışlardır ».

87. Gemilerde yakalanan göçmenlerin kimliğini belirlemeye ve kişisel durumlarına ilişkin bilgi toplamaya yönelik hiçbir bilgi toplama prosedürü olmamıştır. Bu koşullar altında, hiçbir resmi sığınma talebi yapılması mümkün olmamıştır. Bununla birlikte, Libya kıyılarının yakınlarına gelindiğinde, başvuranlar ve çok sayıda diğer göçmen, İtalyan askerlerden, kendilerini, kaçmış oldukları Trablus'ta indirmemelerini ve İtalya'ya götürmelerini rica etmiştir.

Başvuranlar, açıkça, Libya makamlarına teslim edilmeme isteklerini ifade ettiklerinin belirtmektedirler. Başvuranlar, Hükümet'in, böyle bir

talebin, uluslararası bir koruma talebi gibi görülemeyeceğine ilişkin iddiasına itiraz etmektedirler.

88. Başvuranlar, daha sonra, Sözleşme'ye aykırı muamelelere maruz kalacaklarına inanmak için yeterli nedenleri olduğu bir ülkeye gönderildiklerini öne sürmektedirler. Nihayet, birçok uluslararası kaynak, yasadışı durumda bulunana göçmenlerin, özellikle de Somali ve Eritre kökenlilerin, insanlık dışı ve aşağılayıcı koşullarda ve bu ülkedeki kaçaklar için geçerli olan geçici koşullarda, Libya'da tutuklu olduklarını öne sürmektedirler.

Başvuranlar, bu bağlamda, CPT'nin Nisan 2010 raporuna ve Libya'daki duruma ilişkin olarak, üçüncü tarafların sunduğu metin ve belgelere atıfta bulunmaktadır.

89. Sonradan, daha da kötüye gitmiş olan bu durumun, Libya ile çift taraflı sözleşmeleri imzalarken ve söz konusu iadenin icra edildiği zaman, İtalya tarafından bilinmemesine imkân yoktur.

90. Bunun dışında, başvuranların korku ve kaygıları, bir temele dayanmaktadır. Başvuranların hepsi, salıverilmelerinden sonra, insanlık dışı tutuklama koşulları ve göçmen statülerine bağlı geçici varlık koşullarını değerlendirmişlerdir.

91. Başvuranlar, açık denizde yakalanan kaçakların Libya'ya gönderilmesi kararının, ilgili kişilerin, temel haklarının korunmasını gözetmeden, kaçak göçmenliğin polis tarafından idaresini üstün tutmayı hedefleyen İtalya'nın gerçek bir siyasi seçimi olduğu kanaatindedirler.

b) Hükümet

92. Hükümet, öncelikle, başvuranların, Sözleşme'ye aykırı olan ve maruz kaldıkları muameleleri gerektiği gibi kanıtlamadıklarını öne sürmektedir. Başvuranlar, bu durumda, Sözleşme'nin 34. maddesine göre, « mağdur » olarak görülemezler.

93. Daha sonra, Hükümet, başvuranların, Libya'ya gönderilmelerinin, İtalya ve Libya arasında, 2007 ve 2009'da imzalanan çift taraflı sözleşmeler gereğince yapıldığını belirtmektedir. Söz konusu çift taraflı sözleşmeler, Afrika ve Avrupa arasındaki artan göç hareketleri çerçevesinde yapılmış ve kaçak göçle mücadele eden, iki ülke arasında, işbirliği zihniyetiyle imzalanmıştır.

94. Göç kontrolü ve kaçak göçe ilişkin suçlarla mücadele alanında, Akdeniz ülkeleri arasındaki işbirliği, Avrupa Birliği'nin organları tarafından defaten cesaretlendirilmiştir. Hükümet, özellikle, Avrupa Birliği ülkeleri için, işbirliği yapma ve menşe ülkeler ve geçiş yapılan ülkeler arasında, AB'ne dış ülkelerin dış sınırlarının kontrolünü güçlendirmek ve kaçak göçle mücadele etmek için, ortaklık kurmak gerekliliğini belirten, Avrupa Parlamentosu'nun 2006/2250 no.lu Kararı ve Avrupa Konseyi tarafından, 24 Eylül 2008'de hazırlanan Göç ve Sığınma Avrupa Paketi'ne atıfta bulunmaktadır.

95. İşbu başvurunun temelindeki, 6 Mayıs 2009 olaylarına gelince, Hükümet, açık denizde, uluslararası hukuka uygun olan bir kurtarma operasyonu söz konusu olduğunu öne sürmektedir. Hükümet, İtalyan askeri gemilerinin, gemilerin içinde bulunduğu acil tehlike durumuna karşı koymak ve başvuranlar ve diğer göçmenlerin hayatını kurtarmak için, Montego Bay Sözleşmesi ve Denizde Arama ve Kurtarma Sözleşmesi'ne (« SAR Sözleşmesi ») uygun bir şekilde müdahale ettiklerini öne sürmektedir.

Hükümet'e göre, açık denizin hukuki düzenlemesi, seyir serbestisi ilkesiyle kendini göstermektedir. Bu çerçevede, ilgili kişilerin kimliklerinin belirlenmesine gerek olmamaktadır. İtalyan makamları, ilgililere, gerekli insani yardımı getirmeye çalışmışlardır. Başvuranların kontrolü, gemilerde, hiçbir deniz polisi operasyonu yapılması düşünülmendiği için, en aza indirgenmiştir.

96. Libya'ya götürülürken, başvuranlar, hiçbir zaman, siyasi sığınma veya başka bir uluslararası koruma talep etme niyetlerini göstermemişlerdir. Hükümet'e göre, başvuranların, Libya makamlarına teslim edilmeme amacıyla ifade ettiği muhtemel bir talep, sığınma talebi olarak görülemez.

Bu bağlamda, Hükümet, sığınma talebi halinde, 2009'da, açık denizdeki diğer operasyonlar süresince olduğu gibi, ilgililerin, ulusal topraklara götürüleceklerini belirtmektedir.

97. Hükümet, daha sonra, Libya'nın, emin bir karşılama yeri olduğunu öne sürmektedir. Hükümet, bu devletin, medeni ve siyasi haklara ilişkin BM Uluslararası Paktı'nı, İşkence ve diğer İnsanlık dışı, Aşağılayıcı Ceza ve Muameleye karşı BM Sözleşmesi'ni ve Afrika'daki Mültecilerle ilgili Afrika Birliği Sözleşmesi'ni onaylamış olmasını ve Göçmenler İçin Uluslararası Organizasyon'a (OIM) üye olmasını da delil olarak kabul etmektedir.

Mültecilerin statüsüne ilişkin BM Sözleşmesi'ne taraf olmadan, Libya, HCR ve OIM'nin, Trablus'ta bürolar açmasına izin vermiş ve bu da, birçok talep sahibinin, mülteci statüsü talep etmesini sağlamış ve onlara uluslararası güvence sağlanmasını güvence altına almıştır.

98. Hükümet, Mahkeme'nin dikkatini, 2008 Dostluk Sözleşmesi'nin onaylandığı sırada, Libya'nın, açıkça, BM Şartı'nın ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin ilkelerine uyum sağlama taahhüdü olduğuna, çekmektedir. İtalya'nın, Libya'nın taahhütlerinden vazgeçeceğini düşünmek için hiçbir gerekçesi bulunmamaktadır.

Bu koşullar ve HCR ve OIM'nin, Trablus'ta bulunmaları ve aktif olmaları, İtalya'nın, Libya'nın, açık denizde yakalanan göçmenler için, emin bir yer olduğu kanaatini, tamamen haklı çıkarmaktadır. Hükümet, bunun dışında, HCR'nin verdiği, mülteci statüsünün, birçok talep sahibine tanınmasının, olaylar tarihinde, Libya'daki durumun, insan haklarının korunması alanındaki uluslararası kurallara uygun olduğunu kanıtladığı kanaatindedir.

99. Hükümet, Libya'daki durumun, makamların, Trablus'taki, HCR bürosunu kapattıkları dönem olan, Nisan 201'dan itibaren kötüleştiğini ve daha sonra, 2011 başındaki olaylardan sonra, tamamen kötüleştiğini kabul etmekte fakat İtalya'nın, Libya'ya, kaçakları gönderme uygulamasını kestiğini ve bu dönemden sonra, ulusal topraklara girilmesine izin vererek, açık denizde, göçmenlerin kurtarıma şekillerini değiştirdiğini öne sürmektedir.

100. Hükümet, başvuruların ifade ettikleri gibi, Libya'ya, keyfi gönderme yönünde bir « hükmet uygulaması » olduğuna itiraz etmektedir. Bu bağlamda, Hükümet, başvuruyu, İtalyan Hükümeti'nin eylemi karşısında, « açık politika ve ideoloji » olarak nitelendirmektedir. İtalyan Hükümeti, Mahkeme'nin, sadece, 6 Mayıs 2009 olaylarını incelemesini ve İtalya'nın, kendisine göre son derece hassas ve karmaşık olan, göç alanındaki ayrıcalıklarını söz konusu etmemesini dilemektedir.

c) Müdahiller

101. Birçok doğrudan tanığın ifadelerine dayanan Human Rights Watch ve HCR, kaçakların, İtalya tarafından, zorla Libya'ya gönderilmesini kınamaktadır. 2009 yılı boyunca, İtalya, açık denizde, dokuz operasyon yapmış ve Libya'ya, Somalili, Eritreli veya Nijeryalı 834 kişi göndermiştir.

102. Human Rights Watch, Libya'daki durumu, özellikle de, 2006 ve 2009'da yayınladığı raporlar aracılığıyla defaten kınamıştır. Bu örgüt, Libya'da, ulusal sığınma sistemi olmaması nedeniyle, kaçak durumdaki göçmenlerin, sıklıkla durdurularak, işkence ve tecavüz de dahil olmak üzere, fiziksel şiddete maruz kaldıklarını belirtmektedir. BM'nin tutuklama konusundaki direktifleri hiçe sayılarak, kaçaklar, hiçbir zaman sınırlaması ve yargı denetimi olmaksızın, tutuklu kalmışlardır. Bunun yanı sıra, tutukluluk koşulları, insanlık dışıdır. Göçmenlere işkence yapılmış ve ülkenin değişik kamplarında, hiçbir tıbbi yardım sağlanmamıştır. Göçmenlerin, her an, geldikleri ülkeye gönderilmeleri veya kendilerini ölümün bekleyeceği bir çölde terk edilme riski bulunmaktadır.

103. AIRE, Amnesty International ve FIDH, yıllardan beri, güvenilir kaynakların, istikrarlı şekilde, Libya'da, insan hakları alanındaki durumun, özellikle de, mülteciler, sığınma talebi sahipleri ve özellikle de, Eritreli, Somalili gibi Afrika'nın bazı bölgelerinden gelen kişiler için çok korkunç olduğunu tespit etmektedirler.

Üç müdahil taraf, güvenilir kaynaklardan gelen ve karşılayan devlette, tutukluluk koşullarının veya yaşam koşullarının, 3. maddeyle uyumlu olmadıklarını gösteren bilgiler bulunması halinde, bir “soruşturma yükümlülüğü” bulunduğu kanaatindedirler.

Pacta sunt servanda prensibine göre, bir devlet, Sözleşme'nin dayattığı yükümlülüklerden, kaçak göçle mücadeleye ilişkin çift taraflı veya çok taraflı sözleşmelerden doğan taahhütlere dayanarak muaf olamaz.

104. HCR, İtalyan makamların, iade operasyonlarına ilişkin olarak detaylı bilgi vermemiş olmalarına rağmen, Yüksek Komiserlik tarafından dinlenen birçok tanığın, başvurularınkine benzer bir anlatımda bulunduklarını belirtmektedir. Özellikle, bu kişiler, kişilerin, İtalyan gemilerine çıkmaya yönelmek için, İtalyan askerlerinin, kendilerini, İtalya'ya götürdüklerini inandırdıklarını belirtmişlerdir. Birçok tanık, kelepçelendiğini ve Libya topraklarına getirilirken ve tutukevinde, şiddete maruz kaldığını beyan etmiştir. Bunun dışında, İtalyan makamları, göçmenlerin, HCR'nin verdiği ve mülteci statülerini kanıtlayan belgeler de dahil olmak üzere, kişisel eşyalarına el koymuşlardır. Birçok tanık, bunun yanı sıra, bir koruma istediklerini ve bunu, operasyonlar süresince, İtalyan makamlarından, açıkça istediklerini teyit etmişlerdir.

105. HCR, Libya'ya gönderilen ve daha sonra, İtalya'ya geri gelmeyi başaran göçmenlerden, biri de Bay Ermias Berhane olan, en az beşinin, İtalya'da, mülteci statüsü aldığını belirtmektedir. Ayrıca, 2009'da, HCR'nin Trablus'daki bürosu, İtalya tarafından gönderilen ve on dört tanesinin de başvurulardan olduğu yetmiş üç kişiye, mülteci statüsü vermiştir. Bu, İtalya tarafından açık denizde yapılan operasyonların, uluslararası korumaya ihtiyacı olan kişiler için gerçek bir keyfi iade tehlikesi olduğunun delilidir.

106. HCR, daha sonra, iadeleri haklı çıkarmak için İtalya'nın öne sürdüğü iddialardan hiçbirinin, Kabul edilemeyeceği kanaatindedir. Ne, kaçak göçle mücadele ne de uluslararası deniz hukukunun, insan hayatının korunmasına ilişkin hükümleri konusunda devletler arasındaki işbirliği ilkesinin, devletleri, uluslararası hukuk ilkelerine saygı göstermekten muaf tutmayacaktır.

107. Transit ve Avrupa ve Afrika'dan gelen göç topluluklarının ülkesi olan Libya, sığınmacı taleplerine, hiçbir koruma sağlamamaktadır. İnsan hakları konusunda birçok uluslararası sözleşmeyi imzalamış olmasına rağmen, Libya, yükümlülüklerini yerine getirmemektedir. Sığınma hukukuna ilişkin ulusal bir sistemin yokluğunda, bu alandaki faaliyetler, münhasıran, HCR ve ortakları tarafından yürütülmüştür. Buna rağmen, Yüksek Komiserliğin eylemi, Nisan 2010'da, HCR'ye, Trablus'taki bürosunu kapatma ve faaliyetlerine son verme emir gönderen Libya Hükümeti, tarafından hiçbir zaman, resmi olarak tanınmamıştır.

Bu çerçeve dikkate alındığında, Libya Hükümeti tarafından, HCR'nin, mülteci olarak kaydettiği kişilere hiçbir resmi statü verilmemekte ve hiçbir koruma şekli güvence altına alınmamaktadır.

108. 2011 olaylarına kadar, kanun dışı göçmenler olarak kabul edilen kişiler, birçoğu HCR tarafından ziyaret edilmiş olan « tutukevlerinde » tutuklu kalmışlardır. Söz konusu tutukevleri, nüfus fazlalığı ve uygunsuz sıhhi tesisat gibi özellikleri olan ortalama yaşam koşulları sağlamışlardır. Bu durum, kişi sayısı fazlalığını arttıran ve sıhhi koşulların daha kötüye gitmesine neden olan, iade operasyonlarıyla daha da ağırlaşmış ve bu da, kişilerin hayatta kalması için temel yardım ihtiyacına neden olmuştur.

109. Columbia Law School Human Rights Clinic'e göre, deniz yoluyla kaçak göç, yeni bir olgu değilse de, uluslararası toplum, göçmenlerin korumaya erişimlerini engelleyecek ve onları, işkence riskiyle karşı karşıya bırakabilecek olan denizde yakalama da dahil olmak üzere göç kontrolü uygulamalarını sınırlama gerekliliğini gitgide daha fazla kabul etmektedir.

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

a) Kabul edilebilirlik

110. Hükümet, başvuruların, şikâyet ettikleri olaylardan dolayı, Sözleşme'nin 34. maddesi anlamında, « mağdur » sıfatlarının olmadığı kanaatindedir. Hükümet, başvurular için, iade edilmelerini müteakip, gerçek bir, insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye maruz kalma riski bulunduğu itiraz etmektedir. Böyle bir tehlikenin değerlendirilmesinin, her başvuranın durumuna ilişkin olan ciddi olaylar üzerinden yapılması gerekmektedir. Oysa ilgililerin verdikleri bilgiler muğlak ve yetersizdirler.

111. Mahkeme, bu ön itirazın ortaya çıkardığı sorunun, Sözleşme'nin 3. maddesine ilişkin şikâyetlerin esası incelenirken dikkate alınacak olan soruna sıkı sıkıya bağlı olduğu kanaatindedir. Bu hüküm, Mahkeme'ye, özellikle, ilgililerin, gönderilmelerinden sonra, işkence veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye maruz kalmalarına ilişkin olarak ciddi gerekçeler olup olmadığını ortaya koymayı dayatmaktadır. Bu sorunun incelenmesinin, esasla birleştirilmesi gerekmektedir.

112. Mahkeme, başvurunun bu kısmının, esasa ilişkin inceleme yapılarak çözülebilecek, karmaşık olay ve hukuk sorunları içerdiği kanaatindedir; başvurunun bu kısmı, Sözleşme'nin 35/3 a) maddesi anlamında, temelden yoksun değildir. Kabul edilmezliğe ilişkin başka bir gerekçe olmaması nedeniyle, bu kısmın, kabul edilebilir olduğuna karar verilmiştir.

b) Esas

i. Genel prensipler

α) Sınır dışı halinde sözleşmecî devletlerin sorumlulukları

113. Mahkeme'nin istikrarlı içtihadına göre, sözleşmecî devletlerin, iyice yerleşmiş olan bir uluslararası hukuk ilkesi gereğince ve, Sözleşme de dahil olmak üzere, sözleşmelerden kaynaklanan taahhütlerine halel getirmeyecek şekilde, vatandaş olmayanların ülkeye giriş, kalma ve uzaklaştırılmalarını kontrol etme hakları vardır (diğerlerinin yanı sıra bkz. *Abdulaziz, Cabales et Balkandali/Birleşik Krallık*, 28 Mayıs 1985, paragraf 67, seri A no. 94; ve *Boujlifa/Fransa*, 21 Ekim 1997, paragraf 42, *Karar ve*

raporlar 1997-VI). Mahkeme, aynı zamanda, ne Sözleşme'nin ne de Ek Protokoller'in, siyasi sığınma hakkını tanımadığını tespit etmektedir (*Vilvarajah ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 30 Ekim 1991, paragraf 102, seri A no. 215; ve *Ahmed/Avusturya*, 17 Aralık 1996, paragraf 38, *Raporlar* 1996-VI).

114. Bununla birlikte, sınır dışı etme, iade veya bir yabancının, sözleşmeci bir devlet tarafından uzaklaştırılmasına ilişkin, her türlü diğer tedbir, 3. madde bağlamında bir sorun çıkarabilir ve ilgilinin, gönderildiği ülkede, 3. maddeye aykırı bir muamele görme riski bulunduğuna ilişkin ciddi gerekçeler bulunduğunda, devletin, Sözleşme bağlamında sorumluluğunu ortaya çıkarabilir. Bu durumda, 3. madde, söz konusu kişiyi, bu ülkeye gönderilmek üzere sınır dışı etmeme yükümlülüğünü içermektedir (adı geçen, *Soering*, 90-91. paragraflar; adı geçen *Vilvarajah ve diğerleri*, paragraf 103; adı geçen *Ahmed*, paragraf 39 ;*H.L.R. Fransa*, 29 Nisan 1997, §34, *Raporlar* 1997-III ;*Jabari/Türkiye*, no. 40035/98, paragraf 38, AİHM 2000-VIII ; ve *Salah Sheekh/Hollanda*, no. 1948/04, paragraf 135, 11 Ocak 2007).

115. Bu tip davalarda, Mahkeme, gönderilecek ülkedeki durumu, 3. maddenin ışığında incelemelidir. Bir sorumluluğun, Sözleşme anlamında ortaya çıktığı veya çıkabileceği ölçüde, söz konusu olan, bir kişiyi, yasaklanan kötü muamele riskiyle karşı karşıya bırakmış olması nedeniyle, sözleşmeci devletin sorumluluğudur (*Saadi/İtalya* [BD], no. 37201/06, 126, 28 Şubat 2008).

β) Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı muamelelere maruz kalma riskinin değerlendirilmesi için dikkate alınan unsurlar

116. 3. maddeyle uyumsuz olan muamelelere maruz kalınması için gerçek bir risk bulunduğuna dair ciddi ve kesin gerekçelerin varlığını tespit etmek için, Mahkeme, kendisine sunulan unsurların tamamı veya gerekirse, kendisinin resen elde ettiği delilleri dikkate almaktadır (*H.L.R./Fransa*, paragraf 37; ve *Hilal/Birleşik Krallık*, no. 45276/99, § 60, CEDH 2001-II). Mevcut dava benzeri davalarda, Mahkeme, böyle bir riskin varlığını tespit etmek için çok katı kriterler uygulamalıdır (*Chahal/Birleşik Krallık*, 15 Kasım 1996, paragraf 96, *Raporlar* 1996-V).

117. Kötü muamele riskinin varlığını doğrulamak için, Mahkeme'nin, bir başvuranın, hedef ülkeye gönderilmesinin, bu ülkedeki genel durum ve ilgilinin duruma has koşullar dikkate alındığında, öngörülebilir sonuçlarını incelemesi gerekmektedir (adı geçen *Vilvarajah ve diğerleri*, paragraf 108 *in fine*).

118. Bu amaçla, bir ülkedeki genel duruma ilişkin olarak, Mahkeme, sıklıkla, Amnesty International gibi bağımsız uluslararası insan hakları koruma örgütlerinin veya Hükümet kaynaklarının yakın geçmişte verdikleri raporlarındaki bilgilere önem atfetmektedir (bkz. örneğin, adı geçen *Chahal*, paragraf 99-100; *Müslim/Türkiye*, no. 53566/99, paragraf 67, 26 Nisan

2005; Said/*Hollanda*, no. 2345/02, paragraf 54, AİHM 2005-VI; *Al-Moayad/Almanya* (karar), no. 35865/03, 65-66. paragraf, 20 Şubat 2007 ; ve adı geçen *Saadi*, paragraf 131).

119. Bir başvuranın, sistematik olarak, kötü muameleye maruz kalan bir grubun parçası olduğunu öne sürdüğü davalarda, Mahkeme, ilgilinin, bir önceki paragrafta belirtilen kaynakların yardımıyla, söz konusu uygulamanın varlığına dair ciddi ve kesin gerekçelerin bulunduğunu ve hedefteki gruba aidiyetinin kanıtlanması halinde, 3. maddenin korumasının devreye girdiği kanaatindedir (bkz, *mutatis mutandis*, adı geçen, *Salah Sheekh*, 138-149 paragraflar).

120. Güvence altına alınan hakkın mutlak niteliği nedeniyle, 3. maddenin, tehlikenin, kamu görevi yapmayan kişi veya gruplardan gelmesi halinde de uygulanabileceği ihtimali de devre dışı bırakılmamalıdır. Riskin gerçekten var olduğunu ve gönderilecek devletin makamlarının, uygun bir korumayla bunu telafi edemeyeceklerinin de kanıtlanması gerekmektedir (adı geçen *H.L.R./Fransa*, paragraf 40).

121. Dikkate alınacak zamana gelince, söz konusu devletin, uzaklaştırma zamanında bildiği veya bilmesi gereken koşullara öncelik verilmelidir.

ii. Mevcut duruma uygulama

122. Mahkeme, daha önce, Avrupa Birliği'nin dış sınırlarında bulunan devletlerin, gitgide artan göçmen ve sığınma talep sahibi sayısına karşı koymak için ciddi zorluklarla karşılaştıklarını kabul etmiştir. Mahkeme, bu durumun, ilgili devletler üzerindeki, ekonomik kriz çerçevesindeki, ağırlığını ve baskısını görmezden gelemez (bkz. *M.S.S./Belçika ve Yunanistan* [BD], no. 30696/09, paragraf 223, 21 Ocak 2011). Özellikle, Mahkeme, devletler için, Avrupa'nın güney sınırlarının denetimi için ek zorluklara neden olan deniz yoluyla yapılan göç olgusuna bağlı zorlukların bilincindedir.

Bununla birlikte, 3. maddenin güvence altına aldığı hakların mutlak olma niteliği dikkate alındığında, bu durum, bir devletin, bu hüküm bakımından var olan yükümlülüklerinden muaf olmasını sağlamaz.

123. Mahkeme, 3. maddede yasaklanan muamelelere karşı korumanın, bir devlete, gönderileceği devlette, bu tür muamelelere maruz kalmaya dair gerçek bir risk bulunması halinde, o kişiyi uzaklaştırmama yükümlülüğü yüklemektedir.

Mahkeme, uluslararası örgütlerin ve sivil toplum kuruluşlarının birçok raporunun, Libya'da, olaylar zamanında, kaçak göçmenlere yapılan muamelelere ilişkin olarak, kaygı verici bir durumu tasvir ettiğini tespit etmektedir. Söz konusu belgelerin sonuçları, CPT'nin 28 Nisan 2010 tarihindeki raporuyla da desteklenmektedir (bkz. 35. paragraf).

124. Mahkeme, Libya'daki durumun, Nisan 2010'da, HCR'nin, Trablus'taki bürosunun kapanmasından ve Şubat 2011'de, ülkedeki halk

başkaldırısından sonra gerilediğini tespit etmektedir. Bununla birlikte, işbu davanın incelenmesi için, Mahkeme, bu ülkede, olaylar zamanındaki duruma atıfta bulunacaktır.

125. Yukarıda belirtilen değişik raporlara göre, söz konusu dönemde, Libya'da, mültecilerin korunmasına ilişkin hiçbir kurala saygı gösterilmemektedir; ülkeye, yasa dışı yoldan giren herkes, yasa dışı göçmenler ve sığınma talebi sahipleri arasında hiçbir ayırım yapmaksızın, kaçak olarak görülmektedir. Sonuçta, bu kişiler, sistematik olarak durdurulmakta ve HCR'nin, Human Rights Watch'un ve Amnesty International'ın, insanlık dışı olarak nitelendirdiği koşullarda, dış ziyaretçiler gibi tutuklanmaktaydılar. Birçok işkence, kötü hijyen koşulları ve tıbbi bakım eksikliği, tüm gözlemciler tarafından şikayet konusu yapılmıştır. Kaçaklar, her zaman, kendi ülkelerine gönderilme riski taşımakta ve özgürlüklerini tekrar bulduklarında, kaçak olmaları nedeniyle, eğreti yaşam koşullarına tabii olmaktadır. Başvuranlar gibi, kaçak göçmenlerin, Libya toplumunda, marjinal ve yalnız bir konumları bulunmaktaydı ve bu da, onları, yabancılar sevmeyen, ırkçı eylemler karşısında güçsüz duruma düşürmekteydi (bkz. 35-41. paragraflar).

126. Oysa bu raporlara göre, İtalya tarafından, açık denizde yakalandıktan sonra, başvuranlar gibi, Libya'da indirilen kaçak göçmenlerin, bu risklerden kaçamamaktalardı.

127. Farklı uluslararası organizasyonların çizdiği tabloya göre, savunmacı Hükümet, Libya'nın, olaylar zamanında, açık denizde yakalanan göçmenler için « emin » bir yer olduğunu öne sürmektedir.

Hükümet, bu kanaatini, Libya'nın, iade etmeme yükümlülüğü de dahil olmak üzere, sığınma ve mültecilerin korunması alanındaki uluslararası taahhütlerine saygı gösterdiği karinesine dayandırmaktaydı. Hükümet, kaçakların iadelerinin yapıldığı 2008 İtalya-Libya Dostluk Sözleşmesi'nin, açıkça, insan haklarının korunmasına, Libya'nın taraf olduğu tüm diğer uluslararası sözleşmeler gibi, saygı gösterilmesi gerektiğini öngördüğünü ileri sürmektedir.

128. Bu bağlamda, Mahkeme, Libya'nın, uluslararası yükümlülüklerine saygı göstermemesinin, bu ülkeye ilişkin raporların şikâyet ettiği gerçeklerden biri olduğunu tespit etmektedir. Her halükarda, Mahkeme, ulusal metinler ve temel haklara saygı gösterilmesini sağlayan uluslararası sözleşmelerin onaylanmasının, mevcut olaydaki gibi, güvenilir kaynakların, resmi makamların, Sözleşme'ye açıkça aykırı olan uygulamalarını veya hoş gördükleri eylemleri tespit etmeleri halinde, tek başlarına, kötü muamele riskine karşı uygun bir koruma sağlamaya yetmediklerini hatırlatmaktadır (bkz. adı geçen *M.S.S.*, paragraf 353 ve *mutatis mutandis*, adı geçen *Saadi*, paragraf 147).

129. Bunun dışında, Mahkeme, İtalya'nın, Libya'yla yapmış olduğu çift taraflı sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini öne sürerek, kendi sorumluluğundan muaf hale gelemeyeceğini tespit etmektedir. Nihayet, söz

konusu sözleşmelerin, açık denizde yakalanan göçmenlerin, Libya'ya gönderilmelerini açıkça öngördüğü varsayılsa bile, üye devletler, Sözleşme'nin ve Ek Protokoller'in, kendileri bakımından, yürürlüğe girmesinden sonar, sözleşmelerden kaynaklanan taahhütleri üstlendiklerinde, sorumlu olmaktadırlar (*Prince Hans-Adam II de Liechtenstein/Almanya* [BD], no. 42527/98, paragraf 47, AİHM 2001-VIII ; ve *Al-Saadoon et Mufdhi/Birleşik Krallık*, no. 61498/08, paragraf 128, 2 Mart 2010).

130. Hükümet'in, Trablus'ta, HCR'nin bir bürosunun bulunmasına ilişkin iddiasına gelince, Yüksek Komiserliğin faaliyetinin, Nisan 2010'daki faaliyet sonlandırmadan önce, Libya Hükümeti tarafından hiçbir tanıma şeklinden faydalanmamış olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Mahkeme'nin incelediği belgelerden, HCR'nin tanıdığı mülteci statüsünün, Libya'daki söz konusu kişilere, hiçbir koruma sağlamadığı çıkmaktadır.

131. Mahkeme, bir kez daha, bu gerçeğin, açık ve birçok kaynaktan doğrulanmasının kolay olduğunu tespit etmektedir. Böylece, Mahkeme, başvuranların uzaklaştırıldıkları zaman, İtalyan makamlarının, onların, yasa dışı göçmenler olarak, Libya'da, Sözleşme'ye aykırı muamelelere maruz kalacaklarının ve bu ülkede hiçbir korumaya erişemeyeceklerini bilmeliydi veya bilebilirdi.

132. Hükümet, başvuranların, açıkça, Libya'daki riskleri belirtmediklerinin çünkü İtalyan makamları nezdinde, sığınma talebinde bulunmadıklarını öne sürmektedir. Başvuranların, Libya kıyılarında, indirilmelerine karşı çıkmış olmaları, Hükümet'e göre, İtalya üzerinde, Sözleşme'nin 3. maddesi gereğince bulunan yükümlülük anlamında bir koruma talebi olarak Kabul edilemez.

133. Mahkeme, öncelikle, bu duruma, İtalyan askerlerine, uluslararası koruma taleplerini bildiren ilgililer tarafından itiraz edildiğini tespit etmektedir. Bunun dışında, başvuranların anlatım şekli, HCR ve Human Rights Watch tarafından toplanan tanıklıklarla desteklenmektedir Ne olursa olsun, Mahkeme, yukarıda anlatıldığı gibi, sistematik insane hakları ihlalleri karşısında, başvuranların, iade edildikten sonar, karşılaşacakları muamele hakkında bilgi edinmek, İtalyan makamlarına düşmekteydi (bkz, *mutatis mutandis*, *Chahal/Birleşik Krallık Uni*, 104 ve 105. paragraf ; adı geçen *Jabari*, 40 ve 41. paragraflar; ve adı geçen *M.S.S.*, paragraf 359).İlgililerin, mevcut olayın koşullarına göre, açıkça sığınma talep etmeyi ihmal etmiş olmaları, İtalya'nın, 3. madde anlamındaki yükümlülüklerine saygı göstermekle yükümlü olmamasını getirmemektedir.

134. Bu bağlamda, Mahkeme, Hükümet'in belirttiği uluslararası hukuk hükümlerinin hiçbirinin, başvuranların, Libya'ya gönderilmelerini haklı çıkarmadığını çünkü denizdeki kişilere yardım alanındaki kuralların ve insan ticaretiyle mücadele alanındaki kuralların, devletlere, mülteciler alanındaki uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler yüklediğini ve

bunlara, “iade edilmeme” ilkesinin de dahil olduğunu tespit etmektedir (paragraf 23).

135. Bu, iade edilmeme ilkesi, Avrupa Birliği Şartı’nın 19. maddesinde de öngörülmüştür. Bu bağlamda, Mahkeme, Avrupa Komisyonu Başkan Yardımcısı olan Bay Jacques Barrot tarafından, 15 Mayıs 2009’da yazılan ve açık denizde, Avrupa Birliği’ne üye ülkeler tarafından yapılan operasyonlar çerçevesinde, iade edilmeme ilkesinin öneminin tekrar hatırlattığı, mektuba özel bir önem atfetmektedir (bkz. 34. paragraf).

136. Bu anlatılanlara göre, Mahkeme, mevcut olayda, ciddi ve kesin olayların, ilgililer için Libya’da, 3. maddeye aykırı muamelelere maruz kalma riski bulunduğu tespit edilmesine izin verdiği kanaatindedir. Libya’daki birçok yasadışı göçmenin, başvuranlarla aynı durumda olması, öne sürülen riskin, yeteri kadar somut ve muhtemel olması nedeniyle, kişisel niteliğinden hiçbir şey eksiltmemektedir (bkz, *mutatis mutandis*, *Saadi*, paragraf 132).

137. Bu sonuçlara ve 3. madde gereğince, devletler üzerindeki ödevlere dayanan, Mahkeme, başvuranları, Libya’ya götüren İtalyan makamlarının, onları, bilerek, Sözleşme’ye aykırı muamelelere maruz bıraktıkları kanaatindedir.

138. Böylece, Hükümet’in, başvuranların, mağdur sıfatının olmadığına ilişkin ön itirazının reddine ve Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmektedir.

B. Sözleşme’nin 3. maddesinin, başvuranların, keyfi olarak Eritre veya Somali’ye gönderilme riskiyle karşı karşıya kalmış olmaları nedeniyle İhlal edildiği İddiası

1. Tarafların iddiaları

a) Başvuranlar

139. Başvuranlar, mültecileri ve sığınma talebi sahiplerinin, hiçbir korumadan yararlanmadığı Libya’ya gönderilmelerinin, kendilerini, kendi ülkeleri olan Somali ve Eritre’ye geri gönderilme riskiyle karşı karşıya bıraktığını öne sürmektedirler. Başvuranlar, uluslararası kaynaklardan gelen birçok raporun, bu iki ülkede, insan haklarına aykırı koşulların varlığını belirttiklerini öne sürmektedirler.

140. Kendi ülkelerine kaçan başvuranların, uluslararası koruma elde etme imkânından mahrum olduklarını öne sürmektedirler. Aralarından çoğunun, Libya’ya geldikten sonra, mülteci statüsünü elde etmiş olması, kötü muameleye maruz kalma endişelerinin yerinde olduğunu teyit etmektedir. Başvuranlar, HCR’nin Trablus’taki bürosunun verdiği mülteci statüsünün, Libya makamları için hiçbir değeri bulunmasa da, bu statünün

verilmesinin, ait oldukları grubun, uluslararası korumaya ihtiyacı olduğunu kanıtladığı kanaatindedirler.

b) Hükümet

141. Hükümet, Libya'nın, birçok uluslararası insan hakları koruma enstrümanını imzalamış olduğunu tespit etmekte ve 2008'de Dostluk Sözleşmesi imzalayarak, BM Şartı'nda ve Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi'nde bulunan ilkelere uymayı açıkça taahhüt ettiğini hatırlatmaktadır.

142. Hükümet, Libya'da, HCR'nin bulunmasının, sığınma hakkı olan veya başka bir uluslararası koruma hakkı olan hiç kimsenin, keyfi olarak sınır dışı edilmemesi için bir güvence olduğunu belirtmektedir. Hükümet, çok sayıda başvurana, Libya'da mülteci statüsü verildiğini ve bunun da, iade edilmelerini önlediğini öne sürmektedir.

c) Müdahiller

143. HCR, Libya'nın, sıklıkla, mültecileri ve sığınma talebi sahiplerini toplu olarak, işkence ve kötü muameleye maruz kalabilecekleri, kendi ülkelerine geri gönderdiğini belirtmektedir. HCR, Libya'da, uluslararası bir koruma sisteminin bulunmamasını ve bunun da, korumaya ihtiyacı olan kişiler için, çok yüksek bir « zincirleme iade » riski yaratmasından şikayet etmektedir.

Yüksek Komiserlik, Human Rights Watch ve Amnesty International, zorla Eritre ve Somali'ye gönderilen bireyler için, işkence, insanlık dışı muamele ve çok kötü yaşam koşullarına maruz kalma riskini belirtmektedirler.

144. AIRE, Amnesty International ve FIDH, sığınma talebi sahiplerinin ve denizde yakalanan kişilerin zayıflığı ve gemilerde, geri gönderilmeleri sağlayacak uygun güvence ve prosedürlerin bulunmaması dikkate alındığında, gönderme operasyonlarını yapan sözleşmeciler için, ileriki bir iade riski de dahil olmak üzere, gönderilecek devletlerdeki gerçek durumun belirlenmesi daha da zorunludur.

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

a) Kabul edilebilirlik

145. Mahkeme, bu şikayetin, esasın incelenmesini gerektirecek, karmaşık olgusal ve hukuki sorunlar ortaya koyduğu kanaatindedir. Başvurunun bu kısmı, Sözleşme'nin 35/3. maddesi anlamında temelden yoksun değildir. Başka bir kabul edilmezlik gerekçesi bulunmamaktadır ve başvurunun bu kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmiştir.

b) Esas

146. Mahkeme, bir yabancının dolaylı yoldan geri gönderilmesinin, yerleşik bir içtihadı göre, ilgilinin, geri gönderilme durumunda, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı muamelelere maruz kalma riskine bulunmadığını kontrol etmekle yükümlü olan sözleşmeci devletin, sorumluluğunun söz konusu olduğunu hatırlatmaktadır (bkz, *mutatis mutandis*, T.I./Birleşik Krallık (karar), no. 43844/98, AİHM 2000-III, ve adı geçen M.S.S., paragraf 342).

147. İadeyi yapan devletin, aracı devletin, ilgili kişinin, karşılaşabileceği riskleri değerlendirmeden, kendi ülkesine gönderilmek üzere sınır dışı edilmesini önlemek için yeterli güvenceleri sağladığını tespit etmesi gerekmektedir. Mahkeme, bu yükümlülüğün, mevcut olayda olduğu gibi, aracı devletin, Sözleşme'ye taraf bir devlet olmaması halinde daha önemli olduğunu tespit etmektedir.

148. Mevcut davada, Mahkeme'nin görevi, başvuruların iade edilmeleri halinde, Sözleşme'nin ihlali konusunda karar vermek değil, ilgililerin, geri gönderilmelerinin, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olduğunu öne sürebilecek olmaları nedeniyle, kendi ülkelerine keyfi olarak gönderilmemeleri için, yeterli güvence olup olmadığını tespit etmektir.

149. Mahkeme'nin elinde, başvuruların ülkeleri olan ve ilgililer ve müdahiller tarafından sunulmuş olan, Eritre ve Somali'deki genel durumla ilgili olarak bir takım bilgiler bulunmaktadır (bkz. 43 ve 44. paragraflar).

150. Mahkeme, HCR ve Human Rights Watch'a göre, Eritre'ye, zorla gönderilen kişilerin, sadece, ülkeyi kanuna aykırı koşullarda terk etmiş olmaları nedeniyle, işkenceyle ve insanlık dışı muameleyle karşılaşabileceklerini tespit etmektedir. Somali'ye gelince, adı geçen *Sufi ve Elmi* kararında, Mahkeme, Mogadişu'daki şiddetin ciddiyetini ve bu ülkeye gönderilen kişiler için, ya silahlı çatışmadan etkilenmiş olan yerlerden geçmelerini ya da yerlerinden edilen kişiler veya mülteciler için yaşam koşullarının çok kötü olduğu yerlerden geçmek zorunda bırakılma riskini tespit etmiştir.

151. Mahkeme, elindeki bilgilerin tümünün, *prima facie*, Somali'deki ve Eritre'deki durumun, genel bir güvensizlik sorunu yaratmış ve yaratmakta olduğu kanaatindedir. Bu tespit, Mahkeme önünde tartışılmamaktadır.

152. Sonuç olarak, başvurular, geri gönderilmelerinin, Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal edebileceğini, savunulabilir şekilde öne sürebilirlerdi. Şimdi yapılması gereken, İtalyan makamlarının, Libya'nın, keyfi geri göndermelere ilişkin olarak, yeterli güvenceler sunmasını bekleyip bekleyemeyeceklerinin tespit edilmesidir.

153. Mahkeme, öncelikle, Libya'nın, Mültecilerin Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nin onaylamadığını tespit etmektedir. Bunun dışında, uluslararası gözlemciler, ülkede, sığınma ve mültecilerin korunmasına ilişkin bir prosedür bulunmadığını belirtmektedirler. Bu bağlamda, Mahkeme, daha önce, Trablus'ta, HCR'nin varlığının, mülteci statüsüne

hiçbir değer vermeyen Libya'lı makamların olumsuz tutumları nedeniyle, sığınma talebi sahiplerinin korunma güvencesi olmadığını belirtmiştir (bkz. 130. paragraf).

154. Bu koşullar altında, Mahkeme, Hükümet'in, HCR'nin faaliyetinin, keyfi göndermelere karşı bir güvence oluşturduğuna ilişkin iddiasına katılmamaktadır. Ayrıca, Human Rights Watch ve HCR, kanuna aykırı durumda bulunana göçmenlerin, riskli ülkelere gönderildiğini ve bunların arasında sığınma talebi sahipleri ve mülteciler de bulunduğundan şikayet etmiştir.

155. Böylece, başvuranlardan bazılarının, mülteci statüsünü elde etmiş olmaları, Mahkeme için, keyfi geri gönderilme riskine ilişkin olarak güvence sağlamamaktadır. Aksine, Mahkeme, başvuranların, bunun, ilgililerin, zayıflığına ilişkin bire k delil olduğu yönündeki iddiasına katılmaktadır.

156. Bu anlatılanlara göre, Mahkeme, başvuranların, Libya'ya gönderildikleri zaman, İtalyan makamlarının, sığınma prosedürü bulunmaması ve Libya'lı makamlar tarafından, HCR'nin verdiği mülteci statüsünü tanıma imkânı olmaması dikkate alındığında, ilgilileri, keyfi olarak, kendi ülkelerine gönderme riskinden koruyan yeterli güvencelerin olmadığını bildikleri veya bilmeleri gerektiği kanaatindedir.

157. Bunun dışında, Mahkeme, başvuranların, sığınma talep etmemiş olmaları veya Libya'da, sığınma sistemi bulunmaması nedeniyle ortaya çıkan riskleri açıklamamış olmaları nedeniyle, İtalya'nın, Sözleşme'nin 3. maddesi anlamındaki yükümlülüklerini yerine getirmekten muaf olmadığını belirtmektedir. Mahkeme, Libya makamlarının, mültecilerin korunması alanındaki uluslararası yükümlülüklerini yerine getirme şekillerine ilişkin olarak, bilgi edinme görevinin, İtalyan makamlarına ait olduğunu bir kere daha hatırlatmaktadır.

158. Başvuranların, Libya'ya gönderilmeleri, onları, keyfi şekilde geri gönderilme riskiyle karşı karşıya bıraktığından, Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal etmiştir.

IV. 4 NO.LU EK PROTOKOL'ÜN 4. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

159. Başvuranlar, her türlü yasal temelden yoksun olan bir toplu sınır dışı edilme yaşadıklarını belirtmektedirler. Başvuranlar, 4 no.lu Ek Protokol'ün, aşağıdaki gibi kaleme alınmış olan 4. maddesini öne sürmektedirler:

« Yabancıların, toplu olarak sınır dışı edilmesi yasaktır »

1. Tarafların iddiaları

a) Hükümet

160. Hükümet, mevcut olayda, 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesinin uygulanmadığını öne sürmektedir. Hükümet, bu hükmün sağladığı güvencenin, sadece, bir devletin toprakları üzerinde bulunan veya sınırı yasa dışı şekilde geçmiş olan kişilerin sınır dışı edilmeleri halinde devreye girdiği kanaatindedir. Mevcut davada, söz konusu tedbir, bir « sınır dışı etmeden » ziyade ulusal topraklara girmeye izin verilmemesi durumudur.

b) Başvuranlar

161. « Sınır dışı » ifadesinin kullanımının, görünüşte, bu hükmün uygulanabilirliğine bir engel oluşturduğu kabul edilse de, başvuranlar, geliştirici bir yaklaşımın, Mahkeme'yi, mevcut davada, 4 no.lu Ek Protokol'ün uygulandığını kabul etmeye götürebileceğini belirtmektedirler.

162. Özellikle, başvuranlar, bu hükmün fonksiyonel ve teleolojik yorumunu savunmaktadırlar. Onlara göre, toplu sürgünlerin yasaklanmasının temel amacı, devletlerin, yabancı bir grubun, kısaca bile olsa, kişisel durumları incelenmeksizin, başka bir devlete zorla gönderilmelerinin engellenmesidir. Bu bakış açısıyla, benzer bir yasak, açık denizdeki göçmenlerin, hiçbir ön resmi işlem yapılmaksızın, « gizli sınır dışı » oluşturabilecekleri nedeniyle, uzaklaştırma tedbirlerine de uygulanmalıdır. Bu hükmün, teleolojik ve « bölge dışı » yorumlanması, onu teorik ve yanıltıcı değil, somut ve etkin hale getirir.

163. Başvuranlara göre, Mahkeme'nin, 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesindeki yasağa ülkesel bir anlam vermeye karar vermesi halinde bile, Libya'ya gönderilmelerinin, İtalyan bayraklı bir gemiden yapılmış olması ve bunun da, İtalyan Denizcilik Kanunu'nun 4. maddesine göre, « İtalyan toprağı » olarak görülmesi nedeniyle, bu maddenin kapsamına girmektedir.

Ön kimlik belirleme yapılmadan ve her birinin, kişisel durumlarının incelenmeksizin Libya'ya gönderilmeleri, aslında, toplu bir uzaklaştırma tedbiri oluşturmaktadır

c) Müdahiller

164. BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (HCDH) ve ona katılan BM Mülteciler Yüksek Komiserliği (HCR) (bkz. 7.paragraf), 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesinin mevcut olaya uygulandığını savunmaktadır. HCDH, bu hükmün geniş bir yorumunun, uluslararası göçler alanındaki etkileri dikkate alındığında, bu sorunun temel bir sorun olduğu kanaatindedir.

Yasadışı durumda bulunanlar da dahil olmak üzere, yabancıların topluca sınır dışı edilmelerinin, genel olarak, uluslararası hukuk ve topluluk hukuku tarafından yasaklandığını hatırlattıktan sonra, HCDH, denizde yakalanan

kişilerin, bu tür sınır dışı edilmelere karşı, bir devletin sınırına varmamış olsalar bile, bir korumadan faydalanmaları gerektiğini belirtmektedir.

Açık denizde yapılan toplu sınır dışı işlemleri, sözleşmeden doğan hükümlerin, ışığında yorumlanması gereken iyi niyet ilkesi bakımından yasaktır. Devletlerin, açık denizde yakalanan göçmenleri, 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesindeki güvence dikkate alınmadan göndermesi, devletlerin, sınırlardaki operasyonları ileri sürerek, sözleşmeden doğan yükümlülüklerinden muaf olmalarını kabul etmek anlamına gelir.

Ayrıca, sözleşmeci devletin, açık denizde olan olaylar için, ülke dışı yetkisinin kullanımını kabul etmek, HCDH'ye göre, Sözleşme ve Ek Protokollerde güvence altına alınan güvencelerin kabul edilebilirliğine ilişkin bir uygulanabilirlik karinesi oluşmasına neden olacaktır.

165. Columbia Law School Human Rights Clinic, mülteci haklarının korunması alanında, usul güvencelerinin önemini hatırlatmaktadır. Devletlerin, ilgili kişilerin temel haklarının etkin şekilde korunmasını güvence altına almak amacıyla, her bireyin durumunu tek tek inceleme ödevi ve zarar görme riski olduğunda, uzaklaştırılmalarının engellenmesi ödevi vardır.

Columbia Law School Human Rights Clinic, aynı zamanda, deniz yoluyla kaçak göçün, yeni bir olgu olmadığını ve uluslararası toplumun, devletlerin, açık deniz de dahil olmak üzere, göç kontrolü uygulamalarına sınırlar belirlemesi gereksinimini gitgide daha fazla kabul ettikleri kanaatinde. Geri göndermeme ilkesi, devletlerin, kişilerin durumunu tek tek incelemeyen, uzaklaştırmaktan kaçınmalarını gerektirmektedir.

Böylece, İşkence Karşıtı Komite gibi BM'nin farklı organları, böyle uygulamaların, insan hakları alanındaki uluslararası kuralları engelleme riski olduğunu açıkça belirtmiş ve riskli göndermeleri önlemek için, kimli k belirlemesinin önemi ve kişisel değerlendirmelerin önemini altını çizmişlerdir. İnter- Amerikan İnsan Hakları Komisyonu, Birleşik Devletler'in, *The Haitian Center for Human Rights et al. v. United States*(10 675 no.lu dava, 51/96 no.lu rapor, paragraf 163) davasında, açık denizde yakalanan Haitili göçmenleri, statülerini gerektiği şekilde incelemeyen ve mülteci statüsü talep etme hakları olup olmadığını doğrulamadan, göndermesinin kabul edilemez olduğu yönünde görüş bildirmiştir. Bu karar, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin *Sale v. Haitian Centers Council*(113 S.Ct, 2549, 1993) davasındaki daha önceki tutumuyla çelişmesi nedeniyle, daha da önemlidir.

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

a) Kabul edilebilirlik

166. Mahkeme, öncelikle, 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesinin uygulanabilirlik sorununu incelemelidir. Vietnamlı yaklaşık iki yüz çocuğun, Danimarka makamları tarafından geri gönderilmelerine ilişkin

olan *Henning Becker/Danimarka* (no. 7011/75, 3 Ekim 1975 tarihli karar) davasında, Komisyon, ilk defa, «yabancıların toplu halde sınır dışı edilmesini», «böyle bir tedbirin, grubu oluşturan yabancıların her birinin özel durumunun makul ve tarafsız incelenmesi üzerine yapılması neticesinde alınmış olması hariç, yetkili makamın, yabancıları, grup halinde, bir ülkeyi terk etmeye zorlayan her türlü tedbir» olarak tanımlamıştır.

167. Daha sonra, bu tanım, Sözleşme'nin diğer organları tarafından, 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesine ilişkin diğer davalarda kullanılmıştır. Mahkeme, aralarından birçoğunun, ilgili devletin toprakları üzerinde bulunan kişilerle ilgili olduğunu tespit etmektedir (*K.G. c.R.F.A.*, n°7704/76, Komisyon'un 1 Mart 1977 tarihli kararı; *O. ve diğerleri/Lüksemburg*, no. 7757/77, 3 Mart 1978 tarihli Komisyon kararı; *A. ve diğerleri/Hollanda*, no. 14209/88, 16 Aralık 1988 tarihli Komisyon kararı; *Andric /İsveç* (karar), no. 45917/99, 23 Şubat 1999; *Čonka/Belçika*, no. 51564/99, AİHM 2002-I; *Davydov/Estonya* (karar), no. 16387/03, 31 Mayıs 2005; *Berisha et Haljiti Eski Makedonya Yugoslav Cumhuriyeti*, no. 18670/03, 16 Haziran 2005 tarihli karar; *Sultani/Fransa*, no. 45223/05, AİHM 2007-X; *Ghulami/Fransa* (karar), no. 45302/05, 7 Nisan 2009; ve *Dritsas/İtalya* (karar), no. 2344/02, 1 Şubat 2011).

168. Nihayet *Xhavara ve diğerleri/İtalya ve Arnavutluk* ((karar), no. 39473/98, 11 Ocak 2001) davası, kaçak şekilde İtalya'ya girmeye çalışan ve İtalyan kıyılarına otuz beş bin deniz mili uzaklıktayken bir İtalyan savaş gemisi tarafından yakalanan Arnavutluk vatandaşlarıyla ilgilidir. İtalyan gemisi, ilgililerin, ulusal kıyılarda inmesini engellemiş ve çarpışma sonucu, aralarında başvuranların ailelerinin de bulunduğu, elli sekiz kişinin ölümüne neden olmuştu. Bu son davada, başvuranlar, özellikle, yasa dışı durumda bulunan yabancıların derhal sınır dışı edilmesi gerektiğini öngören ve sadece, durdurucu niteliği olmayan bir dava açılabilen, 1997 tarihli ve 60 no.lu kanun hükmünde kararnameden şikayet etmekteydiler. Başvuranlar, 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesindeki güvencenin ihlal edildiğini öne sürmekteydiler. Mahkeme, ulusal hükmün, kendi durumlarına uygulanmaması ve 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesinin, mevcut olaya uygulanabilirliği hakkında hüküm kurmamış olması nedeniyle, bu şikayetin *ratione personae* uyumsuz olduğu nedeniyle reddetmişti.

169. Böylece, mevcut davada, Mahkeme, ilk kez, yabancıların, ulusal topraklar dışında, üçüncü bir devlete gönderilmek üzere uzaklaştırılması durumuna, 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesinin uygulanabilirliğini incelemeye davet edilmiştir. Başvuranların, Libya'ya gönderilmelerinin, söz konusu hüküm anlamında «yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmesi» olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

170. Sözleşme hükümlerinin yorumlanması için, Mahkeme, Sözleşmeler Hukukuna İlişkin Viyana Sözleşmesi'nin 31 ila 33. maddelerinden esinlenmektedir (bkz. örneğin, *Golder/Birleşik Krallık*, 21 Şubat 1975, paragraf 29, seri A no.18; *Demir ve Baykara /Türkiye* [BD], no. 34503/97,

paragraf 65, 12 Kasım 2008 ; ve *Saadi/Birleşik Krallık* [BD], no. 13229/03, paragraf 62, 29 Ocak 2008).

171. Sözleşmeler Hukukuna İlişkin Viyana Sözleşmesi'nin uygulanması gereğince, Mahkeme, ifadelere, kullanıldıkları çerçevede verilmesi gereken normal anlamı, geldikleri hükmün konusu ve amacı ışığında vermelidir. Mahkeme'nin, söz konusu hükmün, insan haklarının etkin korunmasına ilişkin bir sözleşmenin parçası olduğu ve Sözleşme'nin, bir bütün olarak okunması gerektiği ve iç tutarlılığını ve farklı hükümleri arasındaki uyumu sağlayacak şekilde yorumlanması gerektiğini dikkate alması gerekmektedir (*Stec ve diğerleri/Birleşik Krallık* (karar) [BD], no. 65731/01 ve 65900/01, paragraf 48, AİHM 2005-X). Mahkeme, aynı zamanda, sözleşmeci taraflar arasında uygulanabilir olan tüm uluslararası hukuk ilkesini ve kuralını dikkate almalıdır (*Al-Adsani/Birleşik Krallık* [BD], no. 35763/97, paragraf 55, AİHM 2001-XI ; ve *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi (Bosphorus Airways)/İrlanda* [BD], no. 45036/98, paragraf 150, AİHM

Mahkeme, aynı zamanda, özellikle, Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları olmak üzere, ya yukarıda anımsatılan metotları teyit etmek ya da muğlak, üstü kapalı, anlamsız veya mantıksız olan anlamına açıklık kazandırmak için, yardımcı yorumlama araçlarını da kullanabilir (Viyana Sözleşmesi'nin 32. maddesi).

172. Hükümet, başvuranların, Libya'ya götürülürken, ulusal topraklarda bulunmamaları nedeniyle, mantıklı bir engelin, 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesinin, mevcut olaya uygulanmasına karşı olduğunu ve bunun da, sonuç olarak, kelimenin olağan anlamıyla, « sınır dışı » olarak algılanamayacak bir tedbir olduğu kanaatindedir.

173. Mahkeme, Hükümet'in bu konudaki, görüşünü paylaşmamaktadır. Mahkeme, öncelikle, şimdiye kadar incelenen davaların, farklı nedenlerle, ilgili ülkenin topraklarında bulunan kişilerle ilgili olsalar da, 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesinin kaleme alınış şeklinin, bu maddenin, ülke dışı uygulanmasına engel olmadığını tespit etmektedir. Nihayet, 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesinde, « toprak » kavramına hiçbir atfın yapılmaması olduğunu oysa aynı Protokol'ün 3. maddesinin, açıkça, vatandaşları sınır dışı etme yasağının kapsamını anımsattığının tespit edilmesi gerekmektedir. Aynı şekilde, 7 no.lu Ek Protokol'ün 1. maddesi, açıkça, devlet topraklarında yaşayan yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin usul güvenceleri alanında, toprak kavramına atıfta bulunmaktadır. Mahkeme'ye göre, metinden kaynaklanan bu unsur göz ardı edilmemelidir.

174. Hazırlık çalışmalarına gelince, bunlar, 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesinin uygulama alanı ve kapsamı konusunda, açık değildirler. Her halükarda, 1963'te yazılmış olan 4 no.lu Ek Protokol'den, Uzmanlar Komitesi için, 4. maddenin, resmi olarak, « yakın geçmişte yapılmış olan toplu sürgünler şeklindeki toplu sürgünleri » yasakladığı çıkmaktadır. Ayrıca, « 4. ve 3/1. maddenin kabulünün, hiçbir şekilde, geçmişte alınan

toplu sürgün tedbirlerini meşrulaştırması olarak yorumlanamayacağı » çıkmaktadır. Projenin yorumunda, Uzmanlar Komitesi'ne göre, maddenin atıfta bulunduğu yabancıların, sadece, ülke topraklarında yasal olarak yaşayanlar olmadığı ve « ülkeye öylesine mi geldikleri yoksa ikamet mi ettikleri ya da oturma izinleri olup olmadığına bakılmaksızın, mülteci olup olmadıkları ayrılmaksızın, ülkeye isteyerek mi girdiklerine bakılmaksızın, vatansız veya belli bir vatandaşlıkları olup olmamasına bakılmaksızın, ülkenin mevcut vatandaşlığı olmayan herkese » atıfta bulunmaktadır. (Komite'nin kesin projesinin, 4. maddesi, s.505, paragraf 34). Nihayet, 4 no.lu Ek Protokol'ü kaleme alanlar için, « sınır dışı » ifadesi, « günlük dilin, kendisine tanıdığı anlamda (bir yer dışında avlamak) » yorumlanmalıdır. Bu tanım, Protokol'ün 3. maddesinde bulunmasına rağmen, Mahkeme, bu tanımın, aynı zamanda, aynı Protokol'ün 4. maddesine de uygulanabileceği kanaatindedir. Hazırlık çalışmaları da, 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesinin, ülke dışı uygulanabilirliğine karşı değildirler.

175. Yine de, sorun, böyle bir uygulamanın doğru olup olmadığı sorunudur. Buna cevap vermek için, Mahkeme içtihadına girmiş olan ve Sözleşme'nin, mevcut koşullarda yorumlanması gerektiğine ilişkin ilke ışığında incelenmesi gereken, söz konusu hükmün amacı ve anlamı dikkate alınmalıdır (örneğin bkz, adı geçen *Soering*, paragraf 102 ; *Dudgeon/Birleşik Krallık* ,22 Ekim 1981, seri A no. 45 ; *X, Y ve Z/Birleşik Krallık*, 22 Nisan 1997, *Recueil* 1997-II ; *V./Birleşik Krallık* [BD],no.24888/94, paragraf 72, AİHM 1999-IX ; ve *Matthews/Birleşik Krallık* [BD], no. 24833/94, paragraf 39, AİHM 1999-I). Ayrıca, Sözleşme'nin, güvencelerini, teorik ve yanıltıcı değil, somut ve etkin hale getirecek şekilde yorumlanması gerekmektedir (*Marckx/Belçika*, 13 Haziran 1979, paragraf 41, seri A no. 31 ; *Airey/İrlanda*, 9 Ekim 1979, paragraf 26, seri A no. 32 ; *Mamatkoulov ve Askarov/Türkiye* [BD], no. 46827/99 ve 46951/99, paragraf 121, AİHM 2005-I ; ve *Leyla Şahin/Türkiye* [BD], no. 44774/98, paragraf 136, AİHM 2005-XI).

176. Oysa 4 no.lu Ek Protokol'ün yazılmasından sonra uzun bir zaman geçmiştir. O dönemden beri, Avrupa'daki göç akınları, daha fazla deniz yolunu kullanarak, artmayı sürdürmüşlerdir ve açık denizde göçmenlerin yakalanması ve geldikleri ülkeye gönderilmeleri, devletler için, kaçak göçle mücadele aracı oluşturduğu için, göç olgusunun bir parçası olmuştur.

Özellikle Afrika'nın ve Ortadoğu'nun bazı bölgelerini etkileyen, ekonomik kriz çerçevesi ve yakın geçmişteki sosyal ve siyasi değişimler, Avrupa devletlerini, göçün idaresi alanında, yeni başkaldırıları karşısında bırakmıştır.

177. Mahkeme, Komisyon ve Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesinin amacının, devletlerin, belli sayıda yabancıyı, kişisel durumlarını incelemekten ve onların, yetkili makam tarafından alınan tedbir karşısındaki iddialarını sunmalarına izin vermeden, uzaklaştırmalarını önlemek olduğunu, daha önce tespit etmiştir. 4 no.lu Ek

Protokol'ün 4. maddesi, sadece, toplu sürgünlerin ulusal topraklardan, Sözleşme'ye üye devletlere gönderilmesine uygulanıyorsa da, bu, yasakladığı hareketlerin, ulusal topraklar dışında, mevcut olayda olduğu gibi, açık denizde olabileceğini dikkate almaksızın, bu hükmün uygulanmadığı çağdaş göç olgusunun önemli bir parçasıdır. Böylece, 4. maddenin, daha da artmaya meyilli olan, bu olgular bakımından, etkisi kalmamaktadır. Bu durum, sıklıkla, hayatını tehlikeye atarak ve bir devletin sınırlarına ulaşamamış olan, deniz yolunu kullanan göçmenlerin, sınır dışı edilmeden önce, kara yolunu kullananların aksine, kişisel durumlarının incelenmesi hakları olmaması sonucunu doğurur.

178. Yine de, « yetki » kavramı, esasen, ülkesel bir kavram da olsa ve devletlerin ulusal topraklarında kullanıldığı kabul edilse de (bkz. 71. paragraf), sınır dışı kavramı, da esasen, ülkeseldir, çünkü sınır dışı işlemleri, genel olarak, ulusal topraklardan yapılır. Mevcut olayda olduğu gibi, Mahkeme'nin, sözleşmecı devletin, istisnai olarak, yetkisini, ulusal toprakları dışında kullandığını tanınması halinde, Mahkeme, bu devletin, ülke dışı yetkisinin kullanımının, toplu sınır dışı şeklini aldığını kabul etmek için bir engel görmemektedir. Aksine karar vermek ve buna, sadece ülkesel bir anlam yüklemek, Sözleşme'nin uygulama alanı 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesi arasında, bir bölünmeye neden olur ve bu da, Sözleşme'nin, bir bütün olarak yorumlanması gerektiği ilkesine aykırıdır. Bunun dışında, bir devletin, yetkisini, açık denizde kullanması konusunda, Mahkeme, daha önce, deniz çerçevesinin özelliğinin, bireylerin, Sözleşme'nin güvence altına aldığı ve devletlerin, yetki alanlarında bulunan kişilere uygulamakla yükümlü oldukları, hak ve güvencelerin hiçbirini kendilerine verebilecek hiçbir hukuki düzene tabi olmadıkları, bir alan olmadığını, daha önce belirtmiştir (adı geçen *Medvedyev ve diğerleri*, paragraf 81).

179. Yukarıdaki mülahazalar, devletlerin, egemen olarak, göç politikalarını ortaya koymalarını söz konusu etmemektedir. Bununla birlikte, göç akınlarının idare edilmesindeki zorluklar, devletlerin, sözleşmeden doğan yükümlülükleriyle uyumsuz olacak uygulamalar yapmalarını haklı çıkaramaz. Mahkeme, bu bağlamda, sözleşmesel hükümlerin yorumlanmasının, iyi niyet ilkesi ve sözleşmenin konusu ve amacı ve etkin etki kuralı ışığında yapılmalıdır (bkz. adı geçen *Mamatkulov ve Askarov*, paragraf 123).

180. Bu anlatılanlar dikkate alındığında, Mahkeme, bir devletin makamlarının, kamusal ayrıcalıklarını kullanarak, açık denizdeki yakalamalar çerçevesinde yaptıkları uzaklaştırmalar ve devletin, göçmenlerin sınırlarına erişmesini önleme hatta onları başka bir ülkeye gönderme etkisi olan yakalamalar, Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında, söz konusu devletin, 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesi anlamında, yetki kullanımı olduğu kanaatindedir.

181. Mevcut durumda, Mahkeme, başvuranların, Libya'ya gönderilmesiyle sonuçlanan operasyon, İtalyan makamlarınca, kaçak

göçmenlerin, ulusal kıyılarda indirilmesini önlemek amacıyla yapılmıştır. Bu bağlamda, Mahkeme, olaylardan sonra, İçişler Bakanlığı tarafından, ulusal basına ve Senato'ya yapılan ve açık denizden yapılan gönderilmelerin, kaçak göçle mücadeledeki önemini anlattığı ve Mayıs 2009'daki operasyonlara bağlı indirmelerdeki azalmanın altını çizmiştir (bkz. 13. paragraf).

182. Sonuç olarak, Mahkeme, Hükümet'in ön itirazını reddetmekte ve 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesinin, mevcut olayda uygulandığına karar vermektedir.

b) Esas

183. Mahkeme, *Çonka* (adı geçen) davasının, 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesinin ihlal edildiğini tespit ettiği tek dava olduğunu tespit etmektedir. Bu davanın incelenmesinde, toplu sürgünün var olup olmadığını değerlendirmek için, Mahkeme, mevcut olayın koşullarını incelemiş ve uzaklaştırma kararlarının, ilgili kişilerin özel durumları dikkate alınarak verilip verilmediklerini tespit etmiştir. Mahkeme, aşağıdaki ifadeleri kullanmıştır (61-63. paragraflar) :

« Bununla birlikte, Mahkeme, söz konusu tutuklama ve uzaklaştırma tedbirlerinin, 29 Eylül 1999 tarihli ve ilgililerin, Belçika'daki kalma sürelerinin üç ayı aşkın olması hariç, kişisel durumlarına atıfta bulunulmaksızın sadece, Yabancılar Kanununun 7/1,2.. maddesine dayanan bir ülkeyi terk etme emrinin icra edilmesi için alındığını tespit etmektedir. Özellikle, belge, başvuranların, sığınma talebine ve de konu hakkındaki 3 Mart ve 18 Haziran 1999 tarihli kararlara atıfta bulunmamaktaydı. Şüphesiz, bu kararlara, ülkeyi terk etme emri de eşlik etmekteydi fakat kendi başına, bu emir, başvuranların yakalanmasına izin vermemekteydi. Başvuranların yakalanması, ilk kez, sığınma taleplerine yabancı fakat eleştirilen tedbirlerin uygulanması için yeterli olan bir yasal temel üzerine, 29 Eylül 2009 tarihli bir kararla emredilmişti. Bu koşullar altında, ve sonu başvuranlarla aynı olmuş olan kişi sayısının çokluğuna bakıldığında, Mahkeme, izlenen yöntemin, söz konusu sınır dışının, toplu olma niteliği üzerindeki her türlü şüpheyi bertaraf etmediği kanaatindedir.

Bu şüpheler, söz konusu operasyondan önce, sorumlu siyasi makamların, bu tür operasyonları ilan etmiş olmaları ve yetkili idareye bunların gerçekleştirilmesi için, talimat vermiş olmaları (...); tüm ilgililerin aynı anda, komiserliğe çağırılmış olmaları; ülkeyi terk etme ve yakalama emirlerinin, benzer şekilde kaleme alınmış olmaları; ilgililer için, bir avukatla iletişim kurmanın çok zor olması; nihayet, sığınma prosedürünün henüz bitmemiş olması gibi koşullarla daha da güçlenmiş bulunmaktadır.

Kısaca, ilgililerin komiserliğe çağırılmalarından, sınır dışı edilmelerine kadar geçen sürede, takip edilen prosedür, ilgili kişilerin her birinin kişisel durumunun gerçek ve farklılaştırılmış bir şekilde kayda alındığını gösteren yeteri kadar güvence sunmamaktadır. »

184. İhtihatlarında, Sözleşme'nin organları, bunun dışında, birçok yabancının, benzer kararlara konu olmalarının, her ilgilinin, yetkili makamlar önünde, sınır dışı edilmesine karşı iddialarını açıklayabilmiş

olması halinde, toplu bir sürgün olduğu sonucuna varılmasına izin vermediğini belirtmişlerdir (adı geçen karar *K.G. c. R.F.A.*, ; adı geçen karar *Andric*,; adı geçen *Sultani*, paragraf 81). Nihayet, Mahkeme, 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesinin, bireysel uzaklaştırma kararının bulunmamasının, ilgili kişilerin kusurlu davranışlarının neticesi olması halinde, ihlal edilmediğine karar vermiştir (adı geçen *Berisha ve Haljiti*, ve *Dritsas*).

185. Mevcut olayda, Mahkeme, başvuruların, Libya'ya gönderilmelerinin, her başvuranın, kişisel durumuna dair inceleme yapılmaksızın icra edildiğini tespit etmektedir. Başvuruların, yakalanan göçmenleri askeri gemilere bindiren ve Libya kıyılarında indiren İtalyan makamları tarafından, kimliklerinin belirlenmesine yönelik bir işlem yapılmamış olduğu tartışmasızdır. Ayrıca, Mahkeme, askeri gemilerdeki personelin, bireysel görüşmeler sürdürmek için eğitilmiş olmadığı ve çevirmen ve hukuk danışmanlarıyla, kendilerine eşlik edilmediğini tespit etmektedir.

Bu, Mahkeme'nin, ilgili kişilerin, bireysel durumlarının, gerçek ve farklılaştırılmış bir şekilde dikkate alınmış olduğunu gösteren yeterli güvencelerin varlığını devre dışı bırakmak için yeterlidir.

186. Bu anlatılanlar doğrultusunda, Mahkeme, başvuruların uzaklaştırılmasının, 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesine aykırı olarak, toplu bir niteliği olduğu sonucuna ulaşmaktadır. Bu hüküm, ihlal edilmiştir.

VI. 13. MADDENİN, SÖZLEŞME'NİN 3. MADDESİ VE 4 NO.LU EK PROTOKOL'ÜN 4. MADDESİYLE BİRLİKTE İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

187. Başvuranlar, İtalyan hukukunda, Sözleşme'nin 3. maddesine ve 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesine ilişkin şikâyetlerini öne sürmek için, etkili bir başvuru yolundan faydalanmadıklarından şikâyet etmektedirler. Başvuranlar, Sözleşme'nin, aşağıdaki şekilde kaleme alınmış olan 13. maddesini ileri sürmektedirler:

« Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kimseler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir»

1. Tarafların iddiaları

a) Başvuranlar

188. Başvuranlar, İtalya tarafından açık denizde yapılan yakalamaların, kanunla öngörülmemiş olduğunu ve milli bir makam tarafından, yasal denetime tabi olmadıklarını belirtmektedirler. Bu nedenle, başvurular, Libya'ya gönderilmelerine karşı bir itiraz sunma imkânından ve

Sözleşme'nin 3. maddesiyle, 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesinin ihlalini öne sürmek imkânından mahrum bırakılmışlardır.

189. İlgililer, Mahkeme'nin içtihadında öngörülen etkililik gerekliliklerinden hiç birinin, İtalyan makamlar tarafından uygulanmadığını ve makamların, yakalanan göçmenlerin kimliğini belirlemediğini ve koruma taleplerine önem vermediğini ileri sürmektedirler. Bunun yanı sıra, başvuranların, sığınmayı, askerlerden talep etme imkânları olduğu varsayılsa bile, İtalyan kanunu tarafından öngörülen, adli bir makama erişim gibi usul güvencelerinden, gemide bulunmaları nedeniyle yararlanamamışlardır.

190. Başvuranlar, göç politikası alanında, ülkesel egemenliğin kullanılmasının, hiçbir halde, Sözleşme'nin, devletlere dayattığı yükümlülöklere uyulmaması sonucunu getirmemesi gerektiğini ve bunların arasında, yetki alanlarına giren herkesin, milli bir makam önünde etkili bir başvuru yapma hakkını güvence altına alma yükümlülüğü de bulunduğı kanaatindedirler.

b) Hükümet

191. Hükümet, mevcut olayın, gemide gerçekleşmiş olmasına nedeniyle koşullarının, başvuranların, milli bir makama erişim haklarını güvence altına almayı sağlamadığını savunmaktadır.

192. Büyük Daire önündeki duruşmada, Hükümet, başvuranların, tanıma elde edebilmek veya aksi halde, Sözleşme'nin ileri sürülen ihlallerinin telafisini talep etmek için milli makamlara başvurabileceklerini öne sürmüştür. Hükümet'e göre, milli hukuk sistem, başvuranları kurtaran askerlerin, hem ulusal hukuk hem de uluslararası hukuk bakımından, muhtemel sorumluluğunu tespit etmeye izin vermektedir.

Hükümet, HCR'nin, mülteci statüsü tanıdığı başvuranların, her zaman, İtalya topraklarına girerek, adli makamlara başvuru yapmak da dahil olmak üzere, Sözleşme'den doğan haklarını kullanabileceklerini öne sürmektedir.

c) Müdahiller

193. HCR, iade edilmeme ilkesinin, devletler için, usul güvenceleri içerdiğini belirtmektedir. Bunun yanı sıra, etkili olan yetkili bir makam tarafından başlatılan bir sığınma prosedürüne erişim hakkı, « karma » göç akınları söz konusu olduğu için daha, esas olacak ve bu çerçevede, potansiyel sığınma talebi sahiplerinin bireyselleştirilmeleri ve diğer göçmenlerden ayırt edilmeleri gerekmektedir.

194. Kişi Hakları Hakkında Avrupa Danışma Merkez, (AIRE), Amnesty International ve Uluslararası İnsan Hakları Federasyon Ligi (FIDH), açık denizde yakalandıktan sonra geri gönderilen kişilerin, operasyondan sorumlu devlette, hiçbir başvuru yollarının olmadığını ve özellikle de 13. maddenin gereklerini yerine getirebilecek bir başvuru yollarının bulunmadığı kanaatindedirler. İlgililerin, ne uygun bir imkânı ne de gerekli

desteği, özellikle de, geri gönderilmelerine karşı olan nedenleri belirtmelerini sağlayan çevirmenler ve de Sözleşme'nin gereklerine uygun bir inceleme imkânları bulunmamaktadır. Müdahiller, sözleşmecî tarafların, geri göndermeyle sonuçlanan, denizde yakalamalar yaptıkları durumlarda, ilgili kişilerin her birinin, Sözleşme'de güvence altına alınan hakları ışığında, geri gönderilmesine itiraz etme hakkı ve geri gönderilme kararı icra edilmeden, talebinin incelenmesi hakkı olduğundan emin olma görevi olduğu kanaatindedirler.

Müdahiller, başvuranların kimliklerini belirlemeye ve koruma taleplerini kişisel olarak incelemeye yönelik bir başvuru yolunun ve ihtiyaçlarının incelenmesi için bir başvuru yolunun bulunmamasının, gönderilen kişilerin durumunun takip edilmesine ilişkin bir soruşturma yapılmamasının da olduğu gibi, ağır bir ihmal olduğu kanaatindedirler.

195. Columbia Law School Human Rights Clinic, uluslararası insan hakları ve mülteciler hukukunun, öncelikle, devletin, göçmenleri, koruma haklarından haberdar etmeleri gerektiğini öne sürmektedir. Bilgilendirme ödevi, devletin, yakalanan kişilerden, uluslararası korumaya ihtiyacı olanların kimliğini belirleme yükümlülüğünü etkin hale getirmek için elzem olmaktadır. Bu ödev, denizde yakalama halinde, ilgili kişilerin, uluslararası bilmelerinin nadir olması ve çevirmen veya hukuk danışmanına erişimleri olmaması nedeniyle, daha da önemli olmaktadır. Herkesin, ulusal makamlar tarafından dinlenmesi ve talebine ilişkin olarak, bireysel bir karar alması gerekmektedir.

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

a) Kabul edilebilirlik

196. Mahkeme, 13. maddeden kaynaklanan şikâyetlerin esasının incelenmesiyle, Hükümet'in, Büyük Daire önünde öne sürdüğü, iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması ön itirazını birleştirdiğini hatırlatmaktadır (bkz. 62. paragraf). Bunun dışında, Mahkeme, başvurunun bu kısmının, sadece, esas incelemesiyle çözülebilecek, karmaşık olgusal ve hukuki sorunlar ortaya koyduğu kanaatindedir; başvurunun bu kısmı, Sözleşme'nin 35/3 a). maddesi anlamında, temelden yoksun değildir. Başka bir kabul edilmezlik gerekçesi olmadığından, başvurunun bu kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmiştir.

b) Esas

i. Genel prensipler

197. Sözleşme'nin 13. maddesi, iç hukukta, Sözleşme'nin hak ve özgürlüklerini öne sürmeyi sağlayan bir başvuru yolunun varlığını güvence altına almaktadır. Bu hükmün sonucu, Sözleşme'ye dayalı olan ve

« savunulabilir bir şikâyetin » içeriğinin incelenmesini sağlayan bir iç hukuk yolunun istenmesi ve gereken telafinin sunulmasıdır. 13. maddenin, sözleşmecî devletlere yüklediği yükümlülük, başvuranın şikâyetinin türüne göre değişmektedir. Bununla birlikte, 13. maddenin gerektirdiği başvuru yolunun, hukukta ve uygulamada, « etkili » olması gerekmektedir. Bir « başvuru yolunun », 13. madde anlamında « etkili » olması, başvuranın lehine bir sonucun kesinliğiyle ilgili değildir. Aynı şekilde, bu hükmün bahsettiği « makamın », adli bir kurum olmasına gerek olmamakla birlikte, yetkileri ve güvenceleri, başvuru yolunun etkinliğinin değerlendirilmesinde hesaba katılmaktadır. Bunun dışında, aralarından hiçbirisi, tek başına karşılamasa da, iç hukukun sunduğu başvuru yollarının tamamı, 13. maddenin gereklerini yerine getirebilir (diğerlerinin yanı sıra bkz., *Kudla/Polonya* [BD], no. 30210/96, paragraf 157, AİHM 2000-XI).

198. İçtihattan, bir kişinin üçüncü bir ülkeye gönderilmesinin, kendisini, Sözleşme'nin, 3. maddede yasaklanan muamelelere maruz bırakacağına ilişkin şikâyetinin, « kesinlikle, « milli bir makam » tarafından, dikkatli şekilde incelenmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır (*Chamaiev ve diğerleri/Gürcistan ve Rusya*, no. 36378/02, paragraf 448, AİHM 2005-III ; bkz. ayrıca, adı geçen *Jabari*, paragraf 39). Bu ilke, Mahkeme'yi, 3. madde ile birlikte 13. madde anlamında, « etkili başvuru yolunun » bir yandan, böyle bir durumda bulunan herkesin öne sürdüğü, « 3. maddeye aykırı muameleler konusunda gerçek bir risk olmasına ilişkin ciddi gerekçeler olmasına ilişkin » şikâyetin, « bağımsız ve katı bir incelemesini » ve diğer yandan, « ilgili tedbirin, icra edilmesinin ertelenmesi imkanı » olmasını gerektirdiğine karar vermeye itmiştir (adı geçen kararlar, sırasıyla 460 ve 50 paragraflar).

199. Bunun dışında, adı geçen *Çonka* kararında (79. ve devamındaki paragraflar), Mahkeme, 13. madde ve 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesi anlamında, bir başvuru yolunun, durdurucu niteliği olmaması halinde, ilk maddenin gereklerin uymadığını belirtmiştir. Mahkeme, özellikle, aşağıdakilerin altını çizmiştir (paragraf 79) :

« Mahkeme, 13. maddenin gerektirdiği başvuru yollarının etkinliğinin, Sözleşme'ye aykırı ve sonuçları potansiyel olarak geri dönülemez olan tedbirlerin icra edilmesini engelleyebilmesini gerektirmektedir (...). Sonuç olarak, 13. madde, benzer tedbirlerin, ulusal makamlar tarafından, Sözleşme ile uyumluluklarının incelenmesinden önce icra edilmesine karşı çıkmaktadır. Bununla birlikte, sözleşmecî devletlerin, 13. maddenin, kendilerine yüklediği yükümlülüklerle uyma şekli konusunda, bir takdir marjları bulunmaktadır (...). »

200. Sözleşme'nin 3. maddesinin önemi ve işkence veya kötü muamele riskinin gerçekleşmesi halinde ortaya çıkabilecek zararın, geri dönülemez niteliğini dikkate alan Mahkeme, durdurucu etki kriterinin, bir taraf devletin, bir yabancıyı, bu tür bir riskle karşılaşmasına ilişkin ciddi bir gerekçenin bulunduğu bir ülkeye göndermeye karar vermesi halinde uygulanması gerektiğine karar vermiştir (*Gebremedhin*

[*Gaberamadhien*]/Fransa, no.25389/05, paragraf 66, AİHM 2007-II ; adı geçen *M.S.S.*, paragraf 293).

ii. Mevcut olaya uygulama

201. Mahkeme, başvuranların, Libya'ya gönderilmelerinin, Sözleşme'nin 3. maddesi ve 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Başvuranların, ileri sürdükleri şikâyetler, 13. madde anlamında, « savunulabilir » şikâyetlerdir.

202. Mahkeme, başvuranların, kimliklerinin belirlenmesine ve Libya'ya gönderilmek üzere uzaklaştırılmalarının icra edilmesinden önce, kişisel durumlarının incelenmesine ilişkin hiçbir prosedüre erişimleri olmadığını tespit etmiştir (bkz. 185. paragraf). Hükümet, bu prosedürlerin, başvuranların bindirildiği askeri gemilerde yapılmasının mümkün olmadığını kabul etmektedir. Gemideki personelin, ne çevirmeni ne de hukuk danışmanı bulunmaktaydı.

203. Mahkeme, başvuranların, İtalyan askerler tarafından, kendilerine hiçbir bilgi verilmediğini ve askerlerin, kendilerinin, İtalya'ya yönlendirildiklerine inandırdıklarını ve onları, Libya'ya gönderilmelerini önlemek için izlenmesi gereken prosedürden haberdar etmediğini öne sürdüklerini tespit etmektedir.

Bu duruma, Hükümet tarafından itiraz edildiği ölçüde, Mahkeme, başvuranların anlatım şekline önem atfetmektedir çünkü bu anlatım şekli, HCR, CPT ve Human Rights Watch tarafından toplanan tanıklıklarla desteklenmektedir.

204. Oysa Mahkeme, bilgilendirme eksikliğinin, sığınma prosedürlerine erişime ciddi bir engel oluşturduğunu, daha önce belirtmiştir (adı geçen, *M.S.S.*, paragraf 304). Mahkeme, burada, , haklarında, sonuçları potansiyel olarak geri dönülemez olan bir uzaklaştırma tedbiri alınan ilgili kişiler için, etkin prosedürlere erişimlerinin olmasını ve şikâyetlerini desteklemelerini sağlayan yeterli bilgileri elde etme hakkının öneminin altını çizmektedir.

205. Mevcut olayın koşulları itibariyle, Mahkeme, başvuranların, Sözleşme'nin 3. maddesinden ve 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesinden kaynaklanan şikâyetlerini yetkili bir makama sunabilmeleri için bir başvuru yolundan ve uzaklaştırma tedbiri icra edilmeden, taleplerinin, dikkatli ve özenli şekilde incelenmesine dair bir denetimden mahrum bırakıldıkları kanaatindedir.

206. Hükümet'in, başvuranların, Libya'ya geldiklerinde, İtalyan ceza hakimine başvuru yapabilecekleri iddiasına gelince, Mahkeme, böyle bir başvuru yolunun uygulamada erişilebilir olsa d, ordunun gemilerinde bulunana askerlerin aleyhine açılan bir ceza davasının, adı geçen *Çonka* kararındaki durdurucu niteliği olmaması nedeniyle, Sözleşme'nin 13. maddesindeki gereklilikleri yerine getirmediği açıktır. Mahkeme, 13. maddeden kaynaklanan, söz konusu tedbirin icrasının ertelenmesine ilişkin

gerekliliğın, aksesuar olarak görülemeyeceğini hatırlatmaktadır (adı geçen *M.S.S.*, paragraf 388).

207. Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesi ve 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesiyle birlikte, 13. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Başvuranların, iç hukuk yollarını, gerektiği şekilde tüketmemiş oldukları söylenemez ve Hükümet'in ön itirazı reddedilmektedir (bkz. 62. paragraf).

VII. SÖZLEŞME'NİN 46. VE 41. MADDELERİ

A. Sözleşme'nin 46. maddesi

208. Bu maddeye göre:

« 1. Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkemenin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler.
2. Mahkemenin kesinleşmiş kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesine gönderilir.»

209. Sözleşme'nin 46. maddesi gereğince, yüksek sözleşmeci taraflar, Mahkeme'nin, kendilerinin taraf oldukları davalarda verdiği kararlara uymayı taahhüt ederler, Bakanlar Komitesi de, bu kararların icrasını denetlemekle yükümlüdür. Mahkeme'nin, bir ihlal tespit etmesi halinde, savunmacı devletin, sadece, ilgililere, 41. maddede öngörülen adil tazmin ödeme değil aynı zamanda, gerekli genel veya bireysel tedbirler almak yönünde bir hukuki yükümlülüğü vardır. Mahkeme'nin kararlarının, beyan edici bir niteliği olduğu için, savunmacı devlet, Bakanlar Komitesi'nin denetimi altında, Sözleşme'nin 46. maddesi bakımından, kullandığı araçların, Mahkeme kararındakilerle uyumlu olması koşuluyla, hukuki yükümlülüğünü yerine getirmek için, gereken araçları seçmekte serbesttir. Bununla birlikte, bazı özel durumlarda, Mahkeme'nin, savunmacı devlete, ihlal tespitine neden olan ve genelde, yapısal olan bir duruma son vermek için, alması gereken tedbirleri belirtmenin gerekli olduğuna hükmettiği olmuştur (bkz. örneğın, *Öcalan/Türkiye* [BD], no 46221/99, paragraf 210, AİHM 2005-IV ; ve *Popov/Rusya*, no26853/04, paragraf 263, 13 Temmuz 2006). Bazen, tespit edilen ihlalin türü, alınması gereken tedbirlere ilişkin olarak, seçim şansı vermemektedir (adı geçen *Assanidzé*, paragraf 198 ; *Alexanian/Rusya*, no 46468/06, paragraf 239, 22 Aralık 2008 ; ve *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT)/İsvirre (no 2)* [BD], no 32772/02, paragraf 85 ve 88, 30 Haziran 2009).

210. Mevcut olayda, Mahkeme, gelecekte ortaya çıkabilecek benzer ihlaller için gereken genel tedbirlere halel getirmeksizin, işbu kararın icra edilmesi çerçevesinde alınması gereken bireysel tedbirleri belirtmenin gerekli olduğuna hükmetmektedir (adı geçen *M.S.S.*, paragraf 400).

211. Mahkeme, diğerlerinin yanı sıra, başvuranların gönderilmesinin, kendilerinin, Libya'da, kötü muamele görme riskiyle karşı karşıya n-bıraktığını ve Somali ve Eritre'ye, keyfi şekilde gönderilme riskiyle karşı karşıya bıraktığını tespit etmektedir. Davanın koşulları dikkate alındığında, Mahkeme, Libya makamlarından, başvuranların, ne 3. maddeye aykırı muamelelere maruz kalacaklarını ne de, keyfi şekilde iade edileceklerine ilişkin güvenceler sağlamasını istemenin İtalyan Hükümeti'ne düştüğü kanaatindedir.

B. Sözleşme'nin 41. maddesi

212. Sözleşme'nin 41. maddesi,

« Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollarının ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder.»

213. Başvuranların her biri, gördükleri manevi zarar için 15.000 Avro ödenmesini talep etmektedirler.

214. Hükümet, İtalyan makamları sayesinde, başvuranların hayatının kurtulmuş olduğunun altını çizerek, bu talebe karşı çıkmaktadır.

215. Mahkeme, başvuranların, ciddi sıkıntılar çektiklerini ve bunun, sadece, ihlal tespitiyle telafi edilemeyeceği kanaatindedir. Mevcut olayda tespit edilen ihlallerin türüne bakıldığında, Mahkeme, başvuranların talebini kabul etmekte ve her birine, manevi zararın tazmini için, 15.000 Avro ödenmesine karar vermektedir. Başvuranların temsilcileri, ilgililere verilen miktarları, yediemin olarak muhafaza edeceklerdir.

C. Yargılama giderleri

216. Başvuranlar, aynı zamanda, Mahkeme önünde yapılan masraflar için, 1.575,74 Avro ödenmesini talep etmektedirler.

217. Hükümeti bu talebi reddetmektedir.

218. Mahkeme'nin içtihadına göre, bir başvuran, yargılama giderlerinin geri ödemesini, ancak, bunların, gerçek, gerekli oldukları ve oranlarının makul olduğu ölçüde alabilir. Mevcut olayda, Mahkeme, içtihadı ve elinde bulunan belgelere göre, başvuranların talep ettiği miktarın ödenmesinin makul olduğuna ve bu miktarın, başvuranlara ödenmesine karar vermektedir.

D. Gecikme faizi

219. Mahkeme, Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi kolaylıklarına uyguladığı faiz oranına üç puanlık bir artışın eklenmesinin uygun olduğuna karar vermiştir.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME

1. Dört oya karşı on üç oyla, başvurunun, Bay Mohamed Abukar Mohamed ve HasanShariff Abbirahman'a ilişkin kısmının, *kayıttan düşürülmesine*;
2. Oybirliğiyle, başvurunun, diğer başvurulara ilişkin kısmının, *kayıttan düşürülmemesine*;
3. Oybirliğiyle, başvuruların, Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında, İtalya'nın yetki alanına girdiklerine;
4. Oybirliğiyle, Hükümet'in, iç hukuk yollarının tüketilmesine ve başvuruların mağdur sıfatının bulunmasına ilişkin ön itirazlarının, *esasla birleştirilmesine*;
5. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 3. maddesinden doğan şikâyetlerin kabul edilebilir olduğuna;
6. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 3. maddesinin, başvuruların, Libya'da, kötü muamele görme riskiyle karşı karşıya kalmaları nedeniyle ihlal edildiğine ve Hükümet'in, başvuruların, mağdur sıfatı olmadığına ilişkin ön itirazının reddine;
7. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 3. maddesinin, başvuruların, Somali ve Eritre'ye gönderilme riskine maruz kalmaları nedeniyle, ihlal edildiğine;
8. Oybirliğiyle, 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesine ilişkin şikâyetin kabul edilebilir olduğuna;
9. Oybirliğiyle, 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesinin *ihlal edildiğine*;
10. Oybirliğiyle, 13. maddeden kaynaklanan şikâyetin, Sözleşme'nin 3. maddesi ve 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesiyle birlikte *ihlal edildiğine*;

11. Oybirliğiyle, 13. madde ile birlikte 3. maddenin ve 13. madde ile birlikte, 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesinin ihlal edildiğine ve Hükümet'in, iç hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin ön itirazının *reddine*;
12. Oybirliğiyle,
- a) Savunmacı devletin, başvurulara, üç ay içinde, aşağıdaki miktarları ödemesine :
- i. Her birine, manevi tazminat olarak, 15.000 Avro (on beş bin Avro) ve bu miktarların, başvurular için, yediemin olarak, temsilcilerinde bulundurulmasına;
- ii. Yargılama giderleri için, her türlü vergi ile birlikte, toplamda 1.575,74 Avro (bin beş yüz yetmiş beş Avro yetmiş dört sent) ;
- b) Bu sürenin sona erdiği tarihten itibaren ödemenin yapılmasına kadar, Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli olan marjinal kredi kolaylığı oranının üç puan fazlasına eşit oranda faiz uygulanmasına;

KARAR VERMİŞTİR.

İşbu karar Fransızca ve İngilizce olarak hazırlanmış ve 23 Şubat 2012 tarihinde, Strazburg'da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde, İç Tüzüğü'nün 77. maddesinin 2. ve 3. bentleri gereğince, kamuya açık duruşmada ilan edilmiştir.

Michael O'Boyle
Yazı İşleri Müdürü

Nicolas Bratza
Mahkeme Başkanı

İşbu kararın ekinde, Sözleşme'nin 45/2. maddesi ve İç Tüzüğü'nün 74/2. maddesine uygun olarak, Yargıç Pinto de Albuquerque'nin, muhalefet şerhi bulunmaktadır.

« Muhalefet şerhinin çevirisi yapılmamıştır, İngilizce veya Fransızca'sına, Mahkeme içtihadının veritabanı olan HUDOC'tan ulaşılabilir. »

© Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2012. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin resmi dilleri, İngilizce ve Fransızca'dır. İşbu çeviri, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Vakıf Fonu'nun desteğiyle yapılmıştır (www.coe.int/humanrightstrustfund). Bu çeviri, Mahkeme'yi bağlamamaktadır ve Mahkeme, bu çevirinin kalitesine ilişkin olarak hiçbir sorumluluk almamaktadır. Bu çeviri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat veritabanı olan HUDOC'tan veya HUDOC'un ilettiği diğer veritabanlarından indirilebilir (<http://hudoc.echr.int>). Bu çeviri, ticari olmayan amaçlarla ve davanın adının

tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ve İnsan Hakları Vakfı'na atıfta bulunmak suretiyle alıntılanabilir. Bu çeviriyi kısmen veya tamamen, ticari amaçlarla kullanmak isteyenlerin, bunu aşağıdaki adrese bildirmeleri gerekmektedir: publishing@echr.coe.int.

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2012.

The official languages of the European Court of Human Rights are English and French. This translation was commissioned with the support of the Human Rights Trust Fund of the Council of Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). It does not bind the Court, nor does the Court take any responsibility for the quality thereof. It may be downloaded from the HUDOC case-law database of the European Court of Human Rights (<http://hudoc.echr.int>) or from any other database with which the Court has shared it. It may be reproduced for non-commercial purposes on condition that the full title of the case is cited, together with the above copyright indication and reference to the Human Rights Trust Fund. If it is intended to use any part of this translation for commercial purposes, please contact publishing@echr.coe.int.

© Conseil de l'Europe/ Cour Européenne des Droits de l'Homme, 2012.

Les langues officielles de la Cour Européenne des Droits de l'Homme sont le français et l'anglais. La présente traduction a été effectuée avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). Elle ne lie pas la Cour, et celle-ci décline toute responsabilité quant à sa qualité. Elle peut être téléchargée à partir de HUDOC, la base de jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (<http://hudoc.echr.int>), ou de toute autre base de données à laquelle HUDOC l'a communiquée. Elle peut être reproduite à des fins non commerciales, sous réserve que le titre de l'affaire soit cité en entier et s'accompagne de l'indication de copyright ci-dessus ainsi que de la référence au Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme. Toute personne souhaitant se servir de tout ou partie de la présente traduction à des fins commerciales est invitée à le signaler à l'adresse suivante : publishing@echr.coe.int.

BAŞVURANLARIN LİSTESİ

	Soyad	Doğum yeri ve tarihi	Başvuranların mevcut durumu
1.	JAMAA Hirsi Sadik	Somali, 30 Mayıs 1984	25 Haziran 2009 tarihinde mülteci statüsü tanınmıştır (N. 507-09C00279)
2.	SHEIKH ALI Mohamed	Somali, 22 Ocak 1979	13 Ağustos 2009'da mülteci statüsü tanınmıştır (N. 229-09C0002)
3.	HASSAN Moh'b Ali	Somali, 10 Eylül 1982	25 Haziran 2009'da mülteci statüsü tanınmıştır (N. 229-09C00008)
4.	SHEIKH Omar Ahmed	Somali, 1 Ocak 1993	13 Ağustos 2009'da mülteci statüsü tanınmıştır (N. 229-09C00010)
5.	ALI Elyas Awes	Somali, 6 Haziran 1983	13 Ağustos 2009'da mülteci statüsü tanınmıştır (N. 229-09C00001)
6.	KADIYE Mohammed Abdi	Somali, 28 Mart 1988	25 Haziran 2009'da mülteci statüsü tanınmıştır (N. 229-09C00011)
7.	HASAN Qadar Abfillzhi	Somali, 8 Temmuz 1978	26 Temmuz 2009'da mülteci statüsü tanınmıştır (N. 229-09C00003)
8.	SIYAD Abduqadir Ismail	Somali, 20 Temmuz 1976	13 Ağustos 2009'da mülteci statüsü tanınmıştır (N. 229-

			09C00006)
9.	ALI Abdigani Abdillahi	Somali, 1 Ocak 1986	25 Haziran 2009'da mülteci statüsü tanınmıştır (N. 229- 09C00007)
10.	MOHAMED Mohamed Abukar	Somali, 27 Şubat 1984	Bilinmeyen bir tarihte ölmüştür
11.	ABBIRAHMAN Hasan Shariff	Somali, Doğum tarihi bilinmiyor	Kasım 2009'da ölmüştür
12.	TESRAY Samsom Mlash	Eritre, Doğum tarihi bilinmiyor	Oturduğu yer bilinmiyor
13.	HABTEMCHAEL Waldu	Eritre, 1 Ocak 1971	25 Haziran 2009'da mülteci statüsü verilmiştir (N. 229- 08C00311) ; İsviçre'de yaşamaktadır
14.	ZEWEIDI Biniam	Eritre, 24 Nisan 1973	Libya'da yaşamaktadır
15.	GEBRAY Aman Tsyehansi	Eritre, 25 Haziran 1978	Libya'da yaşamaktadır
16.	NASRB Mifta	Eritre, 3 Temmuz 1989	Libya'da yaşamaktadır
17.	SALIH Said	Eritre, 1 Ocak 1977	Libya'da yaşamaktadır
18.	ADMASU Estifanos	Eritre, doğum tarihi bilinmiyor	Oturduğu yer bilinmiyor
19.	TSEGAY Habtom	Eritre, doğum tarihi bilinmiyor	Tunus'taki Şuşa kampında tutulmakta
20.	BERHANE Ermias	Eritre, 1 Ağustos 1984	25 Mayıs 2011'de mülteci statüsü verilmiştir ; İtalya'da yaşamaktadır
21.	YOHANNES Robel Abzaghi	Eritre, 12 Haziran 1985	8 Ekim 2009'da mülteci statüsü verilmiştir (N. 507- 09C001346) ; Benin'de yaşamaktadır
22.	KERI Telahun Meherte	Eritre, doğum	Oturduğu yer

		Tarihi bilinmemektedir	bilinmemektedir
23.	KIDANE Hayelom Mogos	Eritre, 24 Şubat 1974	25 Haziran 2009'da, mülteci statüsü verilmiştir. (N. 229- 09C00015) ; İsviçre'de yaşamaktadır.
24.	KIDAN Kiflom Tesfazion	Eritre, 29 Haziran 1978	25 Haziran 2009'da mülteci statüsü tanınmıştır (N. 229- 09C00012) ; Malta'da yaşamaktadır.