

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume 29 Temmuz / July 2025 Sayı / No. 3

**GERİ GÖNDERMEME İLKESİNİN ÜLKE DIŞI UYGULANMASI
SORUNU: DENİZLERDEKİ SİĞINMACILARA YÖNELİK DEVLET
MÜDAHALELERİ ÜZERİNDEN BİR DEĞERLENDİRME***

THE ISSUE OF NON-REFOULEMENT PRINCIPLE'S
EXTRATERRITORIAL APPLICATION: AN EVALUATION BASED ON
STATE INTERVENTIONS TOWARD ASYLUM-SEEKERS AT SEA

Mehmet Arif TÜRKDOĞAN **  

Hasan DURAN ***  

ÖZET

Geri göndermeme ilkesi, uluslararası hukukun mülteci ve sığınmacıların korunmasına yönelik düzenlemelerinin merkezinde yer alan en temel güvencelerden birisidir. Ancak, özellikle son otuz yılda artan küresel göç baskısıyla birlikte devletlerin göç ve iltica politikalarını giderek sertleştirmeye başlaması, geri göndermeme ilkesinin mülteci ve sığınmacılara sağlamış olduğu hukuki güvence ile devletlerin göç kontrolü üzerinde mutlak egemen olma istekleri arasındaki çatışmayı şiddetlendirmektedir. Önemli göç baskılarıyla karşılaşan devletler, göç yönetimindeki egemenliklerini kısıtlayan geri göndermeme ilkesinin getirdiği yükümlülüklerden kaçınmak için önleyici tedbirlerini

* Bu çalışma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı'nda yürütülen doktora tez çalışmasından türetilmiştir.

** **Arş. Gör.**, Karabük Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Devletler Hukuku Anabilim Dalı/KARABÜK, **E-Posta:** mehmetaturkdogan@karabuk.edu.tr, **ORCID:** 000-0002-2720-5810,

*** **Doç. Dr.**, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı/İSTANBUL, **E-Posta:** hasan.duran@istanbul.edu.tr, **ORCID:** 0000-0001-5328-9918, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1627791.

• **Atıf Şekli / Cite As:** Türkdoğan, Mehmet Arif/Duran, Hasan, “Geri Göndermeme İlkesinin Ülke Dışı Uygulanması Sorunu: Denizlerdeki Sığınmacılara Yönelik Devlet Müdahaleleri Üzerinden Bir Değerlendirme” HBV-HFD, 2025, C. 29, S. 3, s.1409-1454.

• **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



giderek artan bir şekilde ülke dışı deniz bölgelerine kaydırmaktadırlar. Bu makale, dünyanın en işlek deniz göç rotaları üzerinde yer alan devletlerin politikalarını ve bu politikaları ele alan yargı kararlarını analiz ederek geri göndermeme ilkesinin ülke dışında uygulanabilirliğini incelemektedir. Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) içtihadı, geri göndermeme ilkesinin uygulanabilirliğine ilişkin yargı yetkisini ülkesel sınırların ötesine taşıdığı için özel bir önem taşımaktadır. AİHM'in bu yaklaşımı, her ikisi de geri göndermeme ilkesinin ülke sınırları dışında uygulanabilirliğini reddeden ve bu tutumları yargı kararlarıyla desteklenen Amerika Birleşik Devletleri ve Avustralya'nın politikalarıyla tezat oluşturmaktadır. Bu doğrultuda bu makale, Amerika Birleşik Devletleri ve Avustralya'nın sınır ötesi deniz alanlarına "doğrudan" müdahalelerinin uluslararası hukuka uygunluğunu ve Avrupa Birliği üyesi devletlerin AİHM içtihadını aşmaya çalışan "dolaylı" müdahalelerini incelemektedir. Makale ayrıca, bu gelişmelerin, mülteci korumasının temel taşlarından biri olan ve uygulamada giderek zayıflayan geri göndermeme ilkesinin geleceği üzerindeki etkilerini de değerlendirmektedir.

Anahtar Kelimeler: Geri göndermeme ilkesi, Mülteci hukuku, Uluslararası hukuk, Denizlerde göç kontrolü, Ülke dışı yargı yetkisi

ABSTRACT

The principle of non-refoulement is one of the most fundamental guarantees at the heart of international law provisions for the protection of refugees and asylum-seekers. However, growing global migratory pressures, particularly over the last three decades, and the increasing tightening of migration and asylum policies by states have exacerbated the conflict between the legal guarantee that the principle of non-refoulement provides to refugees and asylum-seekers and the desire of states to have absolute sovereignty over migration control. Faced with significant migratory pressures, states are increasingly shifting their preventive measures to extraterritorial maritime zones in order to avoid the obligations imposed by the principle of non-refoulement, which limits their sovereignty in migration management. This article examines the extraterritorial applicability of the principle of non-refoulement by analysing the policies of states located on the world's busiest maritime migration routes and the judicial decisions addressing these policies. In this context, the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR) is of particular importance, as it extends the jurisdiction on the applicability of the principle of non-refoulement beyond national borders. This approach of the ECtHR contrasts with the policies of the United States and Australia, both of which reject the extraterritorial applicability of the principle of non-refoulement, and whose positions are supported by judicial decisions. Accordingly, this article analyses the conformity with international law of the "direct" interventions by the United States and Australia in their extraterritorial maritime zones, and the "indirect" interventions by European Union Member States that seek to circumvent the case-law of the ECtHR. The article also assesses the implications of these developments for the future of the principle of non-refoulement,

a cornerstone of refugee protection that is increasingly being weakened in practice.

Keywords: *Principle of non-refoulement, International law, Refugee law, Migration controls at sea, Extraterritorial jurisdiction*

EXTENDED ABSTRACT

The principle of non-refoulement imposes a fundamental obligation on states not to return people who have fled their countries for well-founded reasons of persecution or oppression to places where they would be subject to inhumane treatment. It represents a significant exception to the absolute sovereignty of states over their borders, while at the same time posing a significant challenge to their efforts to control migration. Developed Western states, which are often the primary destinations of asylum movements, have increasingly externalised their migration control policies and practices to circumvent this obligation. Oceans and seas have emerged as key arenas for the implementation of these extraterritorial migration control and deterrence measures. States seek to prevent asylum-seeking vessels from entering their territorial waters — and thus their jurisdiction — through direct intervention on the high seas or in the territorial waters of third countries. They also engage in joint operations through bilateral agreements or use third countries as proxies to obstruct asylum seekers access to their territories and circumvent the non-refoulement obligation.

This article seeks to examine whether the applicability of the principle of non-refoulement is confined to the territorial boundaries of states and whether the effective extraterritorial control exercised by states constitutes jurisdiction under international law. This analysis will be conducted by comparing state practices and judicial decisions addressing these issues. Within this framework, the study will explore the legal implications of the efforts undertaken by developed states — such as the United States of America, Australia, and member states of the European Union, which are frequently the destination of migration and asylum flows — to externalize their migration policies beyond their borders. Specifically, the article will assess whether such practices are designed to circumvent obligations arising from the principle of non-refoulement, as well as analyse judicial decisions on state interventions at sea, that interpret state action and international law differently.

The fact that states such as the United States and Australia — both of which often use the rhetoric of human rights — deny the applicability of the principle of non-refoulement extraterritorially by placing human rights second and implementing policies accordingly, and that the decisions of national supreme judicial authorities support these policies, sets a bad precedent for the global implementation of the principle of non-refoulement. Similar policies by EU Member States are hampered by the ECtHR. In particular, the jurisprudence established by the Hirsi judgment, according to which the applicability of the principle of non-refoulement is valid in any territory where there is effective control, has led EU Member States to reconsider their policies of intervention on vessels carrying asylum seekers. However, as expected,

this reconsideration process has resulted in the implementation of a new strategic plan to keep ships carrying asylum seekers out of EU territorial waters without triggering the non-refoulement obligation, instead of finding solutions in accordance with humanitarian and international law to prevent tragedies at sea by prioritising human rights. In this context, it will be assessed whether the new contactless control strategies adopted by EU member states to circumvent the Hirsi judgment effectively enable them to evade their obligations arising from the principle of non-refoulement. In doing so, a recent ECtHR case (S.S. and Others v Italy) addressing whether non-contact control strategies constitute jurisdiction will be analysed along with the implications of its possible outcomes for the future of the principle of non-refoulement.

GİRİŞ

Geri göndermeme ilkesi, uluslararası hukukun mülteci ve sığınmacıların korunmasına yönelik düzenlemelerinin merkezinde yer alan en temel güvencedir. Bu ilke, devletlere, zulüm ve baskı tehdidinden haklı sebeplerle ülkelerini terk eden kişileri ülkelerine ya da insanlık dışı muameleye uğrayacağı bir başka ülkeye geri göndermeme yükümlülüğü getirmektedir. Bu açıdan, devletlerin sınırları üzerindeki mutlak egemenliğine önemli bir istisna getirdiği gibi egemenlik alanı olarak gördükleri göç kontrol çabaları üzerinde de önemli bir engel teşkil etmektedir¹. Özellikle sığınma hareketlerinin hedefinde olan gelişmiş Batılı devletler, bu yükümlülükten sıyrılmak için uzun süreden beri göç kontrol politikalarını ve uygulamalarını ülke dışına taşımaya başlamışlardır². Bu ülke dışı göç kontrol ve engelleme politikalarının en önemli uygulama alanını ise denizler ve okyanuslar oluşturmaktadır. Devletler açık denizlerde veya üçüncü ülke karasularında doğrudan müdahaleler ile sığınmacı taşıyan gemilerin-karasularına ve dolayısıyla yargı yetkileri altına girmelerini engellemeye çalıştıkları gibi üçüncü ülkelerle yapılan ikili anlaşmalar çerçevesinde ortak operasyonlar ya da bu ülkelerin vekil olarak kullanılması yoluyla dolaylı olarak da sığınmacıların topraklarına erişmesini engellemeye ve geri göndermeme ilkesi yükümlülüğünden sıyrılmaya çalışmaktadırlar. Bu makale, geri göndermeme ilkesi yükümlülüğünün uygulanabilirliğinin ülkesel sınırlarla sınırlı olup olmadığını ve devletlerin ülke dışındaki etkin kontrolünün yargı yetkisi yaratıp yaratmadığını, denizlerdeki sığınmacılara

¹ Gammeltoft-Hansen/Hathaway, s.235–284. Geri göndermeme ilkesini konu edinen bu makalenin kapsamı, bu ilkenin güvencesinden yararlanma hakkına sahip olan potansiyel mülteciler olarak kabul edilen sığınmacılar ile sınırlı tutulmuştur.

² Goodwin-Gill, 2011, s.443–457; Klein, s.787–814; Hathaway, 2021; Fischer-Lescano/Löhr/Tohidipur, s.256–296.

yönelik farklı devlet politikaları, müdahaleleri ve yargı kararları üzerinden incelemeyi amaçlamaktadır.

Makalede ilk olarak, geri göndermeme ilkesinin hukuki boyutu, kapsamı ve devletlere yüklemiş olduğu yükümlülükler incelenmektedir. İkinci olarak, uygulamada neler yaşandığını ortaya koymak için deniz yoluyla g hareketlerinin hedefinde yer alan ve ülke dışı müdahaleler ile sığınmacı hareketliliğini topraklarından uzak tutmayı amaçlayan Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Avustralya ve Avrupa Birliği'nin (AB) politikaları ve bu politikaları konu alan ulusal ve uluslararası yargı kararları karşılaştırılarak analiz edilmektedir. Bu bağlamda öncelikle, geri göndermeme ilkesi yükümlülüğünün ülke dışındaki geçerliliği sığınma alanında ihtisaslaşmış uluslararası kurumların ve uluslararası hukukçuların görüşleri ve yargı kararları çerçevesinde ele alınmakta; bu tarz politikaların ilgili devletlerin hukuki sorumluluğunu ve insan hakları ykmllğn ortadan kaldırıp kaldırmadığı değerlendirilmektedir. Ardından, ABD ve Avustralya'nın geri göndermeme ilkesinin ülke dışında uygulanabilir olmadığına yönelik politik tutumlarını ve uygulamalarını teyit eden ulusal yargı kararları incelenmekte ve AB yesi devletlerin benzer tutumunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarına takılması ele alınmaktadır. Özellikle AİHM'in, ABD ve Avustralya mahkemelerinin vermiş olduğu geri göndermeme ilkesinin ülke dışı etki uyandırmayacağına dair vermiş olduğu kararları reddeden ve yargı yetkisinin ülkesel olmadığına, ye devletlerin etkin kontrol kullandığı her yerde yargı yetkisini kullandıklarına ve bu nedenle geri göndermeme ilkesinin ülke dışında da uygulanabilir olduğuna hükmeden *Hirsi* kararı ayrıntılı olarak incelenecektir³. Son olarak, AB'nin AİHM'in *Hirsi* kararının etrafından dolanabilmek için geliştirdiği yeni güç stratejisi çerçevesinde, etkin kontrole neden olacak müdahalelerde bulunmadan sığınmacıların AB sınırlarına girişlerini engellemeye çalışan temassız g kontrolü politikası ve bu ereve de üçüncü lkelerin vekil olarak kullanımı ele alınmaktadır. Bu ereve de örnek uygulama olarak, Akdeniz'deki en yoğun ve en ölümcül deniz g rotası üzerinde yer alan İtalya'nın Libya'yı vekil olarak kullanıp geri göndermeme yükümlülüğünden sıyrılma çabası ve bu yeni politikayı konu alan güncel bir AİHM davası⁴ ayrıntılı olarak incelenerek, davadan çıkabilecek olası kararlara yönelik geri göndermeme ilkesinin geleceği tartışılacaktır.

³ *Hirsi Jamaa and Others v Italy* App no 27765/09 (AİHM 23.02.2012).

⁴ *S.S. and Others v Italy* App no 21660/18 (AİHM 03.05.2018).

I. GERİ GÖNDERMEME İLKESİ

Geri göndermeme ilkesi, uluslararası insan hakları ve mülteci hukukunda, uluslararası teamül hukukunda ve doktrinde sağlam bir şekilde temellendirilmiş olup⁵, günümüzde mültecilerin ve sığınmacıların sahip olduğu en temel koruyucu hakların başında gelmekte ve “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi”nin (İHEB) 14. maddesinde⁶ yer alan sığınma hakkının temel bir sonucunu oluşturmaktadır⁷. Bu ilke, bir mültecinin belirli kişisel kriterler temelinde potansiyel olarak yaşamına veya özgürlüğüne yönelik tehditlere maruz kalabileceği bir durumu öngörmekte ve kişinin geri gönderilmesini önlemeyi amaçlamaktadır⁸. Devletlerin hem sınırları içinde hem de sınır ötesinde bir mülteciyle ya da sığınmacıyla ilgilenirken yerine getirmesi gereken birincil yükümlülük olup, bu ilke olmadan uluslararası koruma rejimi anlamını yitirecektir⁹. Mülteci ve sığınmacılara verilen en temel uluslararası güvence olan bu ilkenin, bazı uluslararası düzenlemelerde¹⁰ ve uluslararası hukukçaların görüşlerinde, yaygın bir şekilde, buyruk kural (*jus cogens*) niteliğine sahip olduğu savunulmaktadır¹¹.

Uluslararası mülteci hukukunda geri göndermeme ilkesi, 1951 tarihli “Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşmenin”¹² 33. maddesinde

⁵ Mülteci Sözleşmesi ve ona ekli 1967 Protokolü dışında, insan hakları hukukunun parçası olan, “Birleşmiş Milletler (BM) Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme” (madde 7), “BM İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Küçültücü Muamele ve Cezaya Karşı Sözleşme” (madde 3), “BM Zorla Kaybedilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Sözleşme” (madde 16) ve “BM Çocuk Hakları Sözleşmesi” (madde 22) gibi uluslararası sözleşmeler doğrudan ya da dolaylı olarak kişilerin zulüm tehdidi altında olduğu ülkelere geri gönderilmesini yasaklamaktadır. Tüm bu sözleşmeler ve ayrıntılı bilgi için bkz. “UN Treaty Collection”, (<https://treaties.un.org/>, Erişim Tarihi: 01.09.2024). Ayrıca, “1969 Afrika Birliği Örgütü Sözleşmesi”, “1984 Cartagena Deklarasyonu”, “1966 Mültecilerin Statüsü ve Muamelesine İlişkin Bangkok İlkeleri”, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” (AIHS) ve “Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi” gibi bölgesel düzenlemeler de doğrudan ya da dolaylı olarak mülteci ve sığınmacıların geri gönderilmesini yasaklamaktadır.

⁶ “Herkes zulüm karşısında başka devletlerden mülteci olarak kabulü talep etmek ve devletler tarafından mülteci muamelesi görmek hakkını haizdir”. Bkz. UNGA Res 217 A(III), 1948, md. 14. Ayrıca bkz. RG, T. 27.05.1949 S.7217.

⁷ Kälın/Caroni/Heim, s. 1335; Goodwin-Gill, 2011, s. 444.

⁸ O’Brien, s. 726.

⁹ Giuffré/Moreno-Lax, s. 82–108.

¹⁰ “Cartagena Deklarasyonu, 1984.

¹¹ Allain, s.533–558; Kirchner/Geler-Noch/Frese, s.57–82; Goodwin-Gill/McAdam, 2021.

¹² Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme, 189 UNTS 137, 1951. Ayrıca bkz. RG, T. 05.09.1961 S.10898. İlgili sözleşme ve ona ekli 1967 Protokolü uluslararası mülteci

düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre: “*Hiçbir taraf devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, tâbiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olacak ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade (refouler) etmeyecektir*”¹³. 33. Madde geri göndermeme ilkesinin referans maddesi olsa da bu ilke uluslararası mülteci hukukunun hükümleri ile sınırlı bir ilke değildir. Uluslararası teamül hukukunun da bir parçası olarak görülen bu ilke, Mülteci Sözleşmesi’ne taraf olsun olmasın tüm devletleri bağlamaktadır¹⁴. Nitekim, uluslararası insan hakları hukukunun parçası olan uluslararası sözleşmelerde¹⁵ bu teamül kodifiye edilerek ilkenin gelişimine önemli katkılar sunulmakta ve çok daha geniş bir çerçevede ele alınmaktadır. Tıpkı Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) gibi Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi de ilkenin denetimini yapmaktadır. İnsan hakları hukukunda bu ilke sadece mültecilerle ve sığınmacılarla sınırlı olmayıp, tüm koruma arayan bireylere uygulanmaktadır. Bu husus, özellikle göçmen gemilerinde bulunup mülteci statüsünün şartlarını taşımayıp farklı nedenlerle koruma arayan göçmenler için önemli olduğu gibi mülteci statüsü başvurusu reddedilenleri de kapsamaktadır. Geri göndermeme ilkesi ile alakalı uluslararası insan hakları düzenlemelerine bakılacak olursa, 1984 tarihli “İşkence ve Diğer Zalimane Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme” (İşkenceye Karşı Sözleşme-İKS) geri göndermeme ilkesini açık bir şekilde düzenlemektedir. İlgili sözleşmenin 3. Maddesinde yer alan, “*Hiçbir taraf devlet, bir kimsenin diğer bir devlette işkence tehlikesine maruz kalacağına inanmak için esaslı sebeplerin bulunması halinde, bu kimseyi sınır dışı edemez, geri gönderemez veya iade edemez*” hükmü açık bir şekilde geri göndermeyi yasaklamaktadır¹⁶. 2006 tarihli “BM Herkesin Zorla Kayıp Edilmesine Karşı Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme”nin 16. maddesinde yer alan “*Hiçbir taraf devlet, zorla kaybetmeye maruz kalma tehlikesi altında olduğuna inanmak için esaslı nedenler bulunan bir kişiyi sınır dışı edemez, geri gönderemez, teslim edemez veya başka bir devlete iade*

hukukunun temel belgesi olarak kabul edilmektedir. Bu sözleşme çalışma içerisinde “Mülteci Sözleşmesi” olarak kısaltılarak kullanılacaktır.

¹³ Mülteci Sözleşmesi, md. 33/1.

¹⁴ UNHCR, “Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol”, 2007, para 15.

¹⁵ Bkz. dn. 5.

¹⁶ Bkz. dn. 5.

edemez” hükmü de geri göndermeyi açık bir şekilde yasaklamaktadır¹⁷. 1966 tarihli “Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme” (MSHUS) dolaylı olarak geri göndermeme ilkesini tanımaktadır. İlgili sözleşmenin 7. maddesinde yer alan “Hiç kimse işkenceye ya da zalimane, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele ya da cezalandırmaya maruz bırakılamaz...” hükmü, işkence veya zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza yasağı, bu tür zararlara maruz kalma konusunda gerçek bir riskle karşı karşıya olan bireylerin sınır dışı edilmesini engellediği şeklinde yorumlanmaktadır¹⁸. Nitekim, MSHUS’un denetim organı olan BM İnsan Hakları Komitesi’nin MSHUS’nin 7. maddesine yönelik yorumunda, taraf devletlerin bireyleri, iade, sınır dışı veya geri gönderme yoluyla başka bir ülkeye göndermelerinin, işkence veya insanlık dışı muameleye veya ceza tehlikesine maruz bırakmaması gerektiği vurgulanmıştır¹⁹. Bir diğer İnsan Hakları Komitesi raporunda genel olarak geri göndermeme ilkesiyle alakalı şu değerlendirme yapılmıştır:

“...taraf devletlerin kendi topraklarında bulunan ve kontrolleri altında olan tüm kişiler için sözleşme (MSHUS) haklarına saygı göstermelerini ve bu hakları güvence altına almalarını gerektiren 2. madde yükümlülüğü, sınır dışı işleminin gerçekleştirileceği ülkede veya kişinin daha sonra sınır dışı edilebileceği herhangi bir ülkede, MSHUS’un 6. (yaşama hakkı) ve 7. (işkence yasağı) maddelerinde öngörülenler gibi telafisi mümkün olmayan zararlara ilişkin gerçek bir risk bulunduğu inanmak için önemli gerekçelerin bulunduğu durumlarda, bir kişiyi iade etmeme, sınır dışı etmeme veya başka bir şekilde topraklarından çıkarmama yükümlülüğünü de beraberinde getirmektedir”²⁰.

¹⁷ Bkz. dn. 5.

¹⁸ Bu konuda, BM İnsan Hakları Komitesi önünde görülen “X v. Danimarka” davası önemli bir örnektir. Danimarka’da bulunan Eritreli X’in sığınma başvurusu reddedilmiş ve sınır dışı edilme kararı alınmıştır. X, İnsan Hakları Komitesi önünde açtığı davada, Eritre’ye zorla geri gönderilmesi durumunda dini inancı gereği reddettiği zorunlu askerlik görevini yapmaya zorlanacağını ve MSHUS’un 7. (işkence yasağı), 14. (adil yargılanma hakkı) ve 18. (din ve inanç özgürlüğü) maddeleri kapsamındaki haklarının ihlal edileceğini savunmuştur. Komite, mülteci statüsü şartlarını sağlamasa da X’in Eritre’ye gönderilmesinin 7. Madde kapsamında işkence ve kötü muameleye maruz kalma riskine neden olabileceğine ve şahsın geri gönderilmesinin 7. Maddeyi ihlal edeceğini belirtmiştir. Bkz. X v Denmark, Communication No 2007/2010, UN Doc CCPR/C/110/D/2007/2010, (2014). Ayrıca bkz. Lambert, s. 518-519.

¹⁹ UN Human Rights Committee, “CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)” 1992, para. 9.

²⁰ Human Rights Committee, “General Comment No. 31 on the Nature of the General Legal

Mülteci Sözleşmesi'nde yer alan tanım üzerinden değerlendirilmesi gereken ilk husus, hukuki bir statü olan mülteci statüsünü henüz elde edememiş olan sığınmacıların bu madde kapsamında yer alıp almadığıdır. İlgili madde açıkça mültecilerden bahsetse de potansiyel mülteciler olan sığınmacıların da geri göndermeme ilkesinden yararlandığı kabul edilmektedir²¹. Bu konuda BMMYK'nın görüşü şu şekildedir: “*Madde 33, resmi olarak tanınmalarına bakılmaksızın mülteciler ve sığınmacılar için geçerlidir. Sığınmacılar söz konusu olduğunda, bu durum, statülerinin adil bir usulle nihai olarak belirlendiği noktaya kadar geçerlidir*”²². AİHM, N.D. ve N.T. davası kararında; “...mülteci kavramının yalnızca sınır dışı eden devletin topraklarında yasal olarak bulunan mültecileri değil, aynı zamanda bu topraklarda yasadışı olarak bulunan ve mülteci statüsü için başvuruda bulunmuş ve başvurusu değerlendirilmekte olan kişileri de kapsadığının...” altını çizmiştir²³. Benzer bir hüküm veren Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi kararında: “*Tüm sığınmacılar geri göndermeme ilkesi tarafından korunmaktadır ve bu koruma, mülteci statüsü talebi uygun bir prosedürün ardından nihai olarak reddedilmediği sürece geçerlidir*”²⁴ denilmektedir. Dolayısıyla, mülteci statüsü resmen tanınmış olsun ya da olmasın, sığınma arayan kişi bir taraf devletin yargı yetkisi altına girer girmez geri göndermeme ilkesinin korumasından yararlanma hakkına sahip olmaktadır.

Konumuzla alakalı olarak, yorum gerektiren önemli hususlarından bir diğeri, geri göndermeme ilkesi ile kimin bağlı olduğu diğer bir ifadeyle, Mülteci Sözleşmesinin 33. maddesinde yer alan “taraf devlet” terimi ile ne kastedildiği ve taraf devlete atfedilebilen eylemlerin kapsamının ne olduğudur. “Taraf devlet” terimi Mülteci Sözleşmesi ve ona ekli 1967 Protokolüne taraf olan tüm devletleri ifade etmektedir. İlgili maddede taraf devletlere yüklenen yükümlülük, taraf devletin tüm organları veya yürütme yetkisi kullanan kişi ve kurumları için geçerli olmaktadır²⁵. Bu bağlamda, geri göndermeme ilkesinden kaynaklanan yükümlülüklerle bağlı olanların taraf devletler olduğu tartışmasız olsa da özellikle günümüzde sınırlarda ya da ötesinde yapılan

Obligation on States Parties to the Covenant”, 2004, para 12.

²¹ Uzun, s. 29; Kälın/Caroni/Heim, s. 1360; Lauterpacht/Bethlehem, s. 118; Goodwin-Gill ve McAdam, 2021; Çiçekli, 2014.

²² UNHCR, “Summary Conclusions: The Principle of Non-refoulement”, 2001.

²³ N.D. ve N.T. v Spain App, no 8675/15 ve 8697/15 (AİHM 13.02.2020), para. 179.

²⁴ Ruta v Minister of Home Affairs, ZACC 52, 2018, para. 29.

²⁵ Kälın/Caroni/Heim, s. 1357-1358.

önleyici müdahalelerde özerk kurum ve ajansların ve çeşitli devlet dışı aktörlerin²⁶ farklı biçimlerdeki uygulamaları söz konusu olabilmekte ve bu tarz müdahalelerin sorumluluğunun devletlere atfedilebilmesi hususu muğlak olabilmektedir. Bu bağlamda, BM Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından kabul edilen “Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerden Kaynaklanan Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler” bu muğlaklığı gidermektedir²⁷. İlgili düzenlemede, devlete bağlı olan tüm organlar ve kurumlar; resmi yetkilerini aşsalar bile devlet adına hareket eden bireyler; kamu görevini yerine getirme yetkisine sahip özel kişi veya kuruluşlar; *de facto* devlet ajanları; uluslararası olmayan silahlı bir çatışmada başka bir devletin fiili ajanı olan devlet dışı aktörler; devletin kontrolünü ele geçiren ya da yeni bir devlet kurmayı başaran isyancı gruplar gibi aktörlerin davranışlarının devlete atfedilebileceği öngörülmektedir²⁸. Lauterpacht ve Bethlehem’e göre bu ilkeler, bir devlet adına hareket edenlerin veya hükümet yetkisini kullanan kişi veya organların gemiye biniş noktalarında, transit geçişlerde, uluslararası sularda vb. müdahale eylemlerini içeren durumlarda geri göndermeme ilkesinin uygulanması noktasında devlet sorumluluğunu belirlemek için geçerlidir²⁹. Dolayısıyla bir devlet, kendi görevlileri aracılığıyla harekete geçmek yerine, menşe ülkelerine geri gönderilmelerine neden olacak şekilde sığınmacılara ya da mültecilere müdahale etmek için devlet dışı aktörleri görevlendirdiğinde veya teşvik ettiğinde sorumluluktan muaf olmamaktadır³⁰. Aynı zamanda, üçüncü ülkelerle iş birliği yaparak yükümlülüklerinden kurtulmaya çalışan devletlerin de olası geri göndermeme ilkesinin ihlali durumunda sorumluluğu bulunmaktadır³¹.

²⁶ Taşıyıcı firmalar, seyahat acenteleri vb. özel ve tüzel kişilikler devletler tarafından yabancıların hareketleri için gerekli olan yasal belgeleri kontrol etmekle yükümlü tutulan devlet dışı aktörlerin başında gelmektedir. Yasadışı göçün önlenmesi noktasında taşıyıcılara yüklenen sorumluluk devletlerin göç politikalarında önemli bir yer tutmaktadır. Bkz. Goodwin-Gill ve McAdam, 2021. Bunun dışında, devletler tarafından resmi olarak kabul edilmese de özellikle denizlerde yapılan müdahalelerde “gönüllü birlikler” ya da yasa dışı gruplar aracılığıyla sığınmacılara müdahale edildiğine yönelik tespitler de bulunmaktadır. Bkz. The Guardian, 2022.

²⁷ UNGA Res A/56/83, 2002. Bu düzenleme “Devlet Sorumluluğu Maddeleri” olarak kısaltılacaktır.

²⁸ UNGA, Res A/56/83, md. 4-11.

²⁹ Örneğin, özel bir havayolu şirketi veya yasal yetkiye dayanarak hareket eden bir transit geçiş görevlisi tarafından gerçekleştirilen bir geri gönderme eylemi ilgili devletin sorumluluğunu ortaya çıkarmaktadır. Bkz. Lauterpacht/ Bethlehem, s. 109.

³⁰ Hathaway, s. 360.

³¹ Fischer-Lescano/ Löhr/Tohidipur, s. 296.

Yine konumuzla alakalı olarak değinilmesi gereken bir diğerk önemli husus, geri göndermeme ilkesinin sığınma hakkı ve ülkeye yasadışı giriş ile olan ilişkisidir. Geri göndermeme ilkesi, mültecilerin bir sığınma ülkesine girme ve orada kalma ihtiyacına uluslararası toplumun vermiş olduğu başlıca yanıttır. Bununla birlikte, geri göndermeme yükümlülüğü kişilere sığınma hakkı verilmesi yükmllğünden ziyade onların zulüm gördükleri yere gönderilmelerine neden olacak tedbirleri yasaklayan bir yükmllktir³². Zira, Mülteci Sözleşmesi de dahil olmak üzere, devletleri sığınmacıları kabul etmeye zorlayan bağlayıcı bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, sığınmacının ya da mültecinin zulüm gördüğü yere geri gönderilmesine neden olmadığı sürece, devletlerin bu kişileri topraklarına kabul etme yükmllğü bulunmadığı gibi güvenli nc ülkelere gönderilmeleri önünde de hukuki bir engel bulunmamaktadır³³. Ancak, 33/1. maddede yer alan “... her ne şekilde olursa olsun...” ifadesi, zulüm görme ihtimali olan bir yere gönderilmesi riskinin olduğu durumlarda, sığınmacının topraklarına erişmesini her ne şekilde olursa olsun engellememe ve onları kabul etmek için devletlere fiili bir yükümlülük getirmektedir³⁴. Bu noktadan hareketle, adil ve etkili başvuru hakkının zımni olarak bu ilkenin içinde yer aldığı kabul edilmektedir³⁵. Zira, geri göndermeme ilkesinin uygulanabilmesi için kişilerin ülkelerine gönderilme korkularını ifade edebilmeleri ve sınır dışı edilmeden önce taleplerinin adil ve kapsamlı bir şekilde değerdendirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, geçici olarak da olsa, ülkeye kabullerini gerektirmektedir. Bu nedenle, sığınma hakkı ve iltica prosedürlerine erişim hakkı geri göndermeme ilkesi için temel bir ön koşul teşkil etmektedir³⁶. Geri göndermeme ilkesi, devletlerin kendi topraklarına giriş reddetme veya bu topraklardan kişileri sınır dışı etme haklarına ilişkin takdir yetkilerini önemli ölçüde sınırlandırmakta ve sığınmacıların sınıra girişinin reddedilmesi bu ilkenin ihlali anlamına gelmektedir³⁷. Sığınmacıların hedef ülke sınırlarına

³² Hathaway, s. 337.

³³ Yaygın bir uygulama olarak, sığınmacıların hedef ülkeye varmadan önce geçtikleri transit üçüncü lkeler “güvenli” olarak kabul edilmeleri durumunda hedef ülkede yapmış oldukları sığınma başvurusu reddedilip geri kabul antlaşmaları başta olmak üzere çeşitli düzenlemeler ile sığınmacılar bu ülkelere gnderilebilmektedirler. Bkz. Giuffré, 2016, s. 256.

³⁴ Hathaway, s. 339.

³⁵ Goodwin-Gill ve McAdam, 2021; Fischer-Lescano/ Lhr/Tohidipur, s. 256-296; Giuffré, 2016, s. 248-275.

³⁶ Giuffré, s. 253.

³⁷ Lauterpacht ve Bethlehem, s. 113-115.

yasal olmayan yollarla girmesi de geri göndermeme ilkesinin sunmuş olduğu güvenceyi ortadan kaldırmamaktadır³⁸. Mülteci Sözleşmesi'nin 31. maddesinde mültecilerin yasadışı giriş nedeniyle cezalandırılmayacağına hükmedilmiştir³⁹. Bu madde, izinsiz olarak taraf devletlere seyahat eden sığınmacıların⁴⁰ bu eylemleri nedeniyle cezadan muaf tutulmasını ve geri göndermeme ilkesinin bir sonucu olarak sığınma sistemine erişimlerinin sağlanmasını gerektirmektedir⁴¹. Bu açıdan, Mülteci Sözleşmesi'nin sığınma hakkı konusundaki eksikliğini, madde 33 ile madde 31 arasındaki mantıksal ilişkinin nispeten giderdiği savunulmaktadır⁴².

II. GERİ GÖNDERMEME İLKESİNİN ÜLKE DIŞI UYGULANMASI: ABD, AVUSTRALYA VE AB ÖRNEĞİ

Geri göndermeme ilkesinin özellikle denizlerde uygulanmasıyla alakalı olarak ortaya çıkan soruların başında, sınırlarının ötesinde devletlerin geri göndermeme ilkesi çerçevesinde sorumluluğunun olup olmaması gelmektedir. Başta Mülteci Sözleşmesi olmak üzere bu konuda net bir hüküm barındıran uluslararası bir düzenleme bulunmamaktadır. Mevzuattaki belirsizlik, devletlerin denizlerdeki müdahalelerini kendi yetki alanları dışına taşımaya çalışmalarına neden olmaktadır. Özellikle, AB, ABD ve Avustralya'nın denizlerdeki sığınmacılara yönelik politikaları incelendiğinde, ülke dışı müdahaleler ile sığınmacıların ulusal sınırlara erişimlerinin kısıtlanarak, uluslararası mülteci hukuku ve insan hakları hukukundan doğan yükümlülüklerinden sıyrılmaya çalıştıkları görülmektedir⁴³. Bu durum hukuki açıdan tartışmalı uygulamaları beraberinde getirmektedir. Aşağıda ayrıntılı bir şekilde inceleyeceğimiz örneklerde de görüleceği üzere; ABD ve

³⁸ Uzun, s. 29.

³⁹ “Taraflar devletler, hayatlarının veya özgürlüklerinin, madde 1’de gösterilen şekilde tehdit altında bulunduğu bir ülkeden doğrudan gelerek izinsizce kendi topraklarına giren veya bu topraklarda bulunan mültecilere, gecikmeden yetkili makamlara başvurarak yasadışı girişlerinin veya bulunuşlarının geçerli nedenlerini göstermeleri koşuluyla, yasadışı yollardan girişleri veya bulunuşlarından dolayı ceza vermeyeceklerdir”. Bkz. Mülteci Sözleşmesi, madde 33/1, bkz. dn. 12.

⁴⁰ Literatürde ve yargı kararlarında, tıpkı geri göndermeme ilkesinin (madde 33) olduğu gibi Mülteci Sözleşmesi'nin 31. maddesinin de potansiyel mülteci olan sığınmacıları kapsadığı görüşü hakimdir. Bkz. R. v Uxbridge Magistrates Court and Another, Ex Parte Adimi, 1999, EWHC, para.16; Hathaway, s.488; Costello, s. 14.

⁴¹ Hathaway, s. 485.

⁴² Noll, s. 1251.

⁴³ Goodwin-Gill, 2016, s. 22.

Avustralya ulusal gç kanunlarını ve yönetmeliklerini denizlerdeki sığınmacı ve göçmenlerin ülkeye erişimini kısıtlamaya yönelik revize ederken, ilgili ülkelerdeki Yüksek Mahkemeler de kararlarında hükümet politikalarının yansıması olan kanunları ve diğer yasal düzenlemeleri uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin önüne koyma ya da uluslararası hukuktan doğan yükümlülükleri devlet lehine dar bir şekilde yorumlama eğiliminde olmakta ve devlet politikalarını destekleyecek bir tutum sergilemektedirler. Öte yandan, AB'nin denizlerdeki sığınmacılara yönelik politik amacı her ne kadar ABD ve Avustralya ile benzer olsa da AİHM'in insan haklarını taraf devletlerin politik çıkarlarının önüne koyan yapısı ve taraf devletleri bağlayıcı kararları, AB'nin ve özellikle dış sınırlarda yer alan ye devletlerin, denizlerdeki sığınmacılara yönelik müdahalelerinde önemli etkileri olmaktadır. Ancak bu etki, insan haklarına uymayı teşvik edici bir etkiden ziyade hukuki yükümlülükten sıyrılma üzerine yeni politikalar geliştirilmesine neden olmaktadır.

Uluslararası hukukta, devlet egemenliğinin temel bir unsuru olan yargı yetkisi genel olarak ülkesel, diğer bir ifadeyle ulusal toprakla ilgili olarak kabul edilmektedir. Denizlerdeki sığınmacı hareketlerinin odağında olan başta ABD ve Avusturalya gibi lkeler, yargı yetkisinin lkeselliğini savunarak sığınmacıların açık denizlerde durdurulması ya da engellenmesi gibi sınır ötesi gç kontrol uygulamalarında geri göndermeme ilkesinin ülke dışı uygulanabilirliğini reddetmektedirler. ABD, 1992 yılında çıkarmış olduğu bir Başkanlık Yürütme Kararı ile geri göndermeme yükümlülüğünün ABD toprakları dışında bulunan kişiler için geçerli olmadığını açık bir şekilde ilan etmiřtir⁴⁴. Bu karar çerçevesinde, ABD Sahil Güvenlik birimlerinin Haiti'den ABD'ye yola çıkan yasadışı göçmen ve sığınmacı taşıyan gemilere açık denizlerde müdahale etmesi ve kişilerin mülteci statüsünü belirlemeye yönelik herhangi bir prosedüre sokulmadan Haiti'ye geri gönderilmesi amalanmıřtır⁴⁵. Bu karar, ABD Yüksek Mahkemesi'nin meşhur ve bir o kadar da tartışmalı *Sale* kararı ile teyit edilmiştir. İlgili davada Yüksek Mahkeme, 33. maddenin bir ulusun kendi toprakları dışındaki yabancılara yönelik eylemleri hakkında herhangi bir şey söylemek için makul bir şekilde yorumlanamayacağı sonucuna varmış ve geri göndermeme ilkesinin ülke dışı bir nitelik taşımadığına hkmetmiřtir⁴⁶. Bu karar, ciddi eleştirilere neden olmuştur. BMMYK, *Sale* kararının uluslararası mülteci hukukuna aykırı

⁴⁴ US Executive Order No 12807 (1992), para. 2.

⁴⁵ *Sale v Haitian Centers Council*, 509 US 155, (1993).

⁴⁶ *Sale v Haitian Centers Council*, s. 159.

olduğunu ve bu kararın mülteci hukukunu geriye götürecektir ve BMMYK'nın görevini zorlaştıracak talihsiz bir karar olduğunu ifade etmiştir⁴⁷. Önde gelen mülteci hukukçuları, *Sale* kararının açık bir şekilde uluslararası hukuka aykırı olduğunu belirtmiş ve uluslararası hukuka aykırı uygulamaları arttıracak kötü bir emsale neden olacağı endişesini paylaşmışlardır⁴⁸. ABD, sonraki yıllarda, sığınma arayanlara yönelik gemide ön tarama prosedürlerini başlatarak ilgili kararı yumuşatma girişiminde bulunmuş olsa da geri göndermeme ilkesinin ülke dışı uygulanmasıyla ilgili mevcut kararını değiştiren bir karar almadığı gibi Yüksek Mahkeme'den *Sale* kararını değiştiren bir hüküm de çıkmamıştır. En son 2007 yılında, ABD Dışişleri Bakanlığı'nın BMMYK tarafından yayınlanan "Geri Göndermeme İlkesinin Ülke Dışı Uygulanmasına İlişkin Danışma Görüşüne" cevap olarak yayınladığı raporda, ABD'nin BMMYK'nın Mülteci Sözleşmesi 33. maddenin ülke dışında uygulanabileceğine yönelik argümanına katılmadığını ve geri göndermeme ilkesini uluslararası bir teamül kuralı olarak tanımadığını vurgulayarak mevcut tutumunu korumuştur⁴⁹.

Avustralya, ABD'ye benzer -hatta daha katı- bir şekilde sığınmacı taşıyan gemilere yönelik ülke dışı müdahaleleri yoğun bir şekilde yapmaktadır. Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin içtihadı da ABD Yüksek Mahkemesi ile benzerlik göstermektedir. Avustralya yaygın bir şekilde, sığınmacı taşıyan gemilerin karasularına girişini engellemeye yönelik müdahalelerde bulunmakta, gemileri durdurup kişileri gözaltına almakta, sığınma prosedürlerine erişim izni vermemekte ve ikili antlaşmalar yaptığı üçüncü ülkelerdeki sığınmacı kamplarına göndermektedir⁵⁰. Avustralya, ABD'nin *Sale* kararındaki kadar açık bir ifadeyle olmasa da Mülteci Sözleşmesi hükümlerinin ülke dışı uygulanabilirliğini reddetmektedir. *Haji Ibrahim* davasında Avustralya Yüksek Mahkemesi, Mülteci Sözleşmesi'nin hükümlerinin sığınmacıların, muhtemelen düzensiz yollarla, bir şekilde sözleşmecî devletin topraklarına girmeyi başardıkları bir durumu varsayacağına hükmetmiştir⁵¹. *Khawar* davasında da Yüksek Mahkeme, *Haji Ibrahim* kararını teyit ederek, sözleşmenin ülke sınırları içinde bulunan "yasal" mültecilere sağlanacak

⁴⁷ UNHCR, "UN High Commissioner for Refugees Responds to U.S. Supreme Court Decision in *Sale v. Haitian Centers Council*", 1993, s.1215-16.

⁴⁸ Goodwin-Gill, 1994, s.103. Ayrıca bkz. Hathaway, s. 380-390.

⁴⁹ U.S. Department of State, 2007.

⁵⁰ Higgins, s. 303-326.

⁵¹ Minister for Immigration and Multicultural Affairs v Haji Ibrahim, HCA 55- S157/1999, 2000, para. 136.

statü ve haklarla ilgili olduğunu vurgulamış, Mülteci Sözleşmesinin sığınma hakkı ve sığınmacılardan bahsetmediğine ve sözleşmenin faydalarından yararlanabilecek bir konumda olmak için bir taraf devletin topraklarına girişin ne anlama geldiğini de belirtmediğini ifade etmiş ve sözleşmenin ülke sınırları içindeki mülteci statüsüne sahip kişiler için geçerli olduğunu vurgulamıřtır⁵². Bu hükümden, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ülke dışı müdahalelere konu olan ya da yasadışı bir şekilde ülkeye giriş yapmayı başaran sığınmacıları kapsamayacağı yorumu çıkartılabilir. Ancak bu ifadelerin, *Sale* kararındaki gibi geri göndermeme ilkesi ile ilgili kesin bir hüküm içermediğini daha ziyade Mülteci Sözleşmesinin geneli hakkında bir yorum içerdiğini belirtmekte fayda vardır. Bununla birlikte, geri göndermeme ilkesinin sadece sözleşme mültecilerine tanınan bir hak olduğuna yönelik vurgunun, ülke dışında engellenen sığınmacıların bu haktan yararlanamayacağının zımni bir kabulü olduğu söylenebilir.

2001 yılında yaşanan meşhur Tampa olayını⁵³ konu alan *Ruddock v Vadarlis* davasında Federal Mahkeme, Avusturalya hükümetinin ülke karasularına izinsiz girmeye çalışan sığınmacıları durdurma, gözaltına alma ya da üçüncü ülkelere gönderme yetkisi olduğuna hükmederek, tıpkı *Sale* kararında olduğu gibi, hükümetin engelleyici müdahalelerinin yasallığını onaylamıřtır⁵⁴. Tampa olayı, Avustralya'nın g politikasını daha da katılaştırma neden olmuştur. Bu erevede Avustralya, 1958 tarihli g yasasında değişikliğe giderek, hükümetin denizlerdeki engelleyici müdahalelerinin yasal zeminini

⁵² Minister for Immigration and Multicultural Affairs v Khawar, HCA 14- S128/2001, 2002, para. 42,48.

⁵³ Singapur'a gitmekte olan Norveç bandıralı *MV Tampa* isimli konteynır gemisi Avustralya Arama Kurtarma Koordinasyon Merkezi (AKKM) tarafından Chirstmas Adası açıklarında batmakta olan göçmen gemisine yardım etmesi için yönlendirilmiş ve büyük çoğunluğu sığınmacı olan 433 kişiyi kurtarmıştır. Gemi, Endonezya'ya doğru yönelince gemideki sığınmacıların baskısıyla kaptan Avustralya karasularına yönelmek durumunda kalmıştır. Avustralya, Tampa'nın karasularına girmesine izni vermese de gemideki durumun ciddi bir hal alması ve yardım taleplerine yanıt alınamaması nedeniyle kaptan Avusturalya karasularına giriş yapmak zorunda kalmıştır. Karasularına giren gemiye Avustralya donanması anında müdahale etmiş ve gemiyi demirletmiştir. Gemideki sığınmacıların sığınma başvurusu taleplerini reddeden Avustralya, kişileri önceden ikili antlaşma yapmış olduğu Nuru, Papua Yeni Gine ve Yeni Zelanda gibi üçüncü ülkelere göndermiştir. Bu olay, başta BMMYK ve BM İnsan Hakları Konseyi olmak üzere, uluslararası kamuoyunun tepkisini çekmiştir. Ancak, Avustralya geri adım atmadığı gibi bu olayın arından, g kanunlarında ve politikalarında sınır güvenliğini insan hakları ykmllklerinin önüne koyan revizyonlara gitmiştir. Bkz. Bailliet, s.741.

⁵⁴ Ruddock v Vadarlis, FCA 1329-110 FCR 491, (2001).

güçlendiren⁵⁵ ve başta Tampa olayına konu olan Chirstmas Adası olmak üzere, karasularında bulunan bazı adalarını göç bölgesinden çıkartan iki düzenlemeyi meclisten geçirmiştir⁵⁶. İkinci düzenleme neticesinde, ilgili adalara erişen sığınmacıların ülke toprağına giriş yapmış olarak kabul edilmemesi ve kişilerin sığınma prosedürlerine erişimine yönelik takdir yetkisinin tümüyle Avustralya hükümetine bırakılması planlanmıştır. Bu kanun değişikliği senato tarafından reddedilse de Avustralya hükümetinin ve parlamentonun, geri göndermeme ilkesinin ülke dışı uygulanabilirliğini kabul etmediğini göstermesi açısından önemlidir. 2013 yılında çıkartılan “Deniz Gücü Yasası” ile sahil güvenlik birimlerine, Avustralya sınırları içinde ya da bu sınırların ötesinde, göçmen ve sığınmacı gemilerine müdahale etme, kişileri gözaltına alma ve belirledikleri bir bölgeye (Avustralya dışı dahil) gönderme yetkisi vermiştir⁵⁷. Bu kanun çerçevesinde yapılan müdahaleleri konu alan *CPCF*⁵⁸ davasında Avustralya Yüksek Mahkemesi, açık denizde sığınmacıların durdurulması, gözaltına alınması ve geldikleri ülkeye gönderilmeleri işlemlerinin Avusturalya göç kanunlarına uygun bir şekilde yapıldığına hükmederek hükümet politikaları lehine karar vermiştir⁵⁹. Ayrıca, davalı Göçmenlik ve Sınır Güvenliği Bakanlığı yapmış olduğu savunmada açık bir ifadeyle geri göndermeme ilkesi yükümlülüğünün yalnızca kendi toprakları içindeki mültecilerle ilgili olduğunu ifade ederken mahkeme bu konuda kesin bir yorum yapmaktan kaçınmıştır⁶⁰. Bu noktada şu husus da belirtilmelidir ki Avustralya, yürütme tarafından onaylanan uluslararası antlaşmaların yasama yoluyla kanunlaştırılmadıkça bağlayıcı hale gelmediği düalist bir uluslararası hukuk sistemine bağlıdır. Mülteci Sözleşmesi ve hükümleri, Avustralya Parlamentosu tarafından

⁵⁵ Border Protection (Validation and Enforcement Powers) Act 2001 (Cth) No 126 2001.

⁵⁶ Migration Amendment (Excision From Migration Zone) Act 2001 (Cth) No 127, 2001.

⁵⁷ Maritime Powers Act 2013 (Cth) No 15, 2013, md. 72/4.

⁵⁸ Bu dava, Avustralya’ya giderken yakalanan 156 Sri Lankalı sığınmacıdan oluşan bir grubun denizde alıkonulmasına itiraz edilmesini konu almaktadır. Sığınmacıları taşıyan Hindistan bandıralı gemi 29 Haziran 2014 tarihinde Avustralya’nın bitişik bölgesinde bir Avustralya sahil güvenlik gemisi tarafından durdurulmuştur. Sığınmacılar Avustralya gemisine transfer edilmiş, Hindistan’a geri gönderilmeleri için diplomatik müzakereler yürütülürken yaklaşık 1 ay boyunca gemide gözaltında tutulmuşlardır. Yolcuların Hint Okyanusu’ndaki bir Avustralya toprağı olan Cocos (Keeling) Adası’na gönderilmesine karar verilen 27 Temmuz 2014 tarihine kadar Avustralya gemisinde kaldılar. Daha sonra sığınmacılar Nauru’daki açık deniz işleme tesisine nakledildiler. Bkz. *CPCF v Minister for Immigration and Border Protection*, HCA 1- S169/2014, 2015, para. 1-3.

⁵⁹ *CPCF v Minister for Immigration and Border Protection*.

⁶⁰ *CPCF v Minister for Immigration and Border Protection*, para. 10.

kanunlaştırılmadığı için Avustralya mahkemeleri hükümetin eylemlerini geri göndermeme ilkesi açısından, eylem uluslararası hukukun yerleşik kurallarına açıkça aykırı olmamak kaydıyla, değerlendirmekten kaçınılmaktadırlar⁶¹. Mahkemeler, Avustralya'nın denizlerde durdurduğu sığınmacıları, zulümden kaçtıkları ülkeye doğrudan göndermediği için uluslararası hukukun yerleşik kurallarına aykırı bir eylemde bulunmadığını iddia etmektedir. Nitekim gerek *Ruddock v Vadarlis* davasında gerekse *CPCF* davasında mahkemeler, ilgili olaylarda kişilerin zulümden kaçtıkları ülkelere geri gönderilmediklerini vurgulamış, üçüncü ülkelere gönderilmelerinin ise geri göndermeme ilkesinin ihlali anlamına gelmeyeceğine hükmetmiştir⁶². Ancak ilk bölümde de değinildiği üzere; geri göndermeme ilkesi Mülteci Sözleşmesi ile sınırlı olmadığı gibi Avustralya'nın da taraf olduğu, başta MSHUS ve İKS olmak üzere, insan hakları sözleşmelerinde de düzenlenen bir ilkedir. Kişilerin insan dışı muameleye maruz kalacağı yerlere gönderilmesi bu sözleşmelerde yasaklanmıştır. Başta Endonezya ve Malezya olmak üzere Güney Doğu Asya ülkelerinin büyük çoğunluğu Mülteci Sözleşmesine taraf olmadığı için bu ülkelere gönderilen ya da itilen sığınmacıların akıbeti belirsizliğini korumaktadır. Ayrıca, Okyanusya'da yer alan Papua Yeni Gine ve Nauru gibi ülkelerde Avustralya'nın girişimleri ile kurulan kamplara gönderilenler sığınmacıların insanlık dışı koşullara maruz kaldığı bilinmektedir⁶³. Dolayısıyla, Avustralya'nın sığınmacıları menşe ülkelerine göndermemesi bu ilkeyi ihlal etmediği anlamına gelmemektedir⁶⁴.

ABD ve Avustralya'nın geri göndermeme ilkesinden doğan sorumluluğun ülkesel olduğuna dair politik tutumu ve bunu destekleyen yargı kararlarına rağmen, uluslararası insan hakları hukukunda yargı yetkisi kavramının genel uluslararası hukuktakinden ayırt edilmesi gerektiğini savunan görüşler ve BM İnsan Hakları Komitesi ve özellikle de AİHM'in bu görüşleri destekleyen yargı kararları bulunmaktadır⁶⁵. Her ne kadar uluslararası hukukta yargı

⁶¹ Ghezelbash, 2015.

⁶² Ruddock v Vadarlis, para. 203; CPCF v Minister for Immigration and Border Protection, para. 13, 124.

⁶³ Higgins, s. 320.

⁶⁴ Makalede ayrıntılı olarak incelenecek olan çeşitli AİHM kararlarında, sığınmacıların gönderildiği üçüncü ülkelerdeki olumsuz koşullardan kaynaklanan ihlallerden gönderen ülkenin de sorumlu tutulması söz konusu olmuştur. Örneğin Bkz. M.S.S. v Belgium and Greece App no 30696/09 (AİHM 21.01.2011).

⁶⁵ İnsan Hakları Komitesi kararları için Bkz. Delia Saldias de Lopez v Uruguay Communication No 52/1979 U.N. Doc. CCPR/C/13/D/52/1979 (1984); Celiberti de Casariego v. Uruguay

yetkisi kavramı devlet egemenliğinin temel bir unsuru olarak görülse ve genel olarak ulusal toprakla yakından ilişkili olarak kabul edilse de insan hakları hukukundaki yargı yetkisi kavramı bir devletin belirli bir toprak ya da kişiler üzerinde sahip olduğu fiili yetki ve kontrolle ilgili olarak görülmektedir⁶⁶. Klug ve Howe’un da belirttiği gibi, devlet yetkilerinin temeli olarak geleneksel devlet yargı yetkisi kavramının amacı, farklı egemen devletlerin alanlarını her bir devletin egemenliğine saygı gösterecek şekilde sınırlandırmaktır⁶⁷. Ancak insan hakları hukuku bağlamında yargı yetkisi farklı bir amaca hizmet etmektedir. İnsan haklarının evrenselliği iddiası, herhangi bir devletin bir bireye karşı, aralarındaki siyasi ya da hukuki bağdan bağımsız olarak, bir takım insan hakları yükümlülüğü içerisinde olduğu anlamına gelmektedir⁶⁸. Bu noktada yargı yetkisi, insan hakları yükümlülüklerinin ülke dışı uygulanabilirliğini tanımlamakta ve böylece insan hakları hukuku kapsamında devlet sorumluluğunun değerlendirilmesine olanak sağlamaktadır⁶⁹. Dolayısıyla, insan hakları hukukunda yargı yetkisi kavramı, devletlerin bireylere karşı uluslararası bir antlaşmaya katılım yoluyla taahhüt ettiği sorumluluk ve yükümlülükleri ile ilgilenmekte ve devletin egemen sınırlarından ziyade fiili kontrolüne ve eylem sorumluluğuna odaklanmaktadır⁷⁰.

Her ne kadar Mülteci Sözleşmesi geri göndermeme ilkesinin ülke dışında uygulanabilirliği hususunda bir hüküm içermese de bu ilkenin, genel olarak, mülteci statüsünün resmi olarak tanınmasından veya diğer koruma biçimlerine hak kazanılmasından bağımsız olarak uygulanması gerektiği ve açık denizler de dahil olmak üzere tüm deniz bölgelerinde devletlerin eylemlerine sorumluluk yüklediği savunulmaktadır⁷¹. Nitekim, Mülteci Sözleşmesi’nin uygulanmasının denetiminden sorumlu olan BMMYK tarafından 2001 yılında düzenlenen, 33. maddenin kapsamı ve içeriği konusunu ele alan “Uzman Yuvarlak Masa Toplantısı”nda, geri göndermeme ilkesinin durdurma,

Communication No 56/1979 U.N. Doc. CCPR/C/13/D/56/1979 (1979). AB üyesi devletler açısından AİHM’in kararları bağlayıcı olduğundan ve bu çalışmada AB, Avustralya ve ABD’nin ülke dışı müdahalelerinde geri göndermeme ilkesinin yükümlülük yaratmasına yönelik politika, kanun ve içtihatlarının karşılaştırılması yapıldığından ağırlıklı olarak AİHM kararları ele alınacaktır.

⁶⁶ Milanovic, s. 41; Giuffré, 2013, s. 721.

⁶⁷ Klug/Howe, s. 98.

⁶⁸ Besson, s. 857–884.

⁶⁹ Klug ve Howe, s. 98.

⁷⁰ Mallroy, s. 309-310.

⁷¹ Goodwin-Gill, 2011, s. 444; Fischer-Lescano/Löhr/Tohidipur, s. 257.

sınırdaki geri çevirme veya dolaylı geri gönderme de dahil olmak üzere, bir sığınmacının veya mültecinin hayatının veya özgürlüğünün tehdit altında olacağı veya zulüm görme riski altında olduğu toprakların sınırlarına geri gönderilmesi sonucunu doğurabilecek tüm eylemlerin devletlere sorumluluk attığı sonucuna varılmıştır⁷². Benzer şekilde, BMMYK'nın 2003 tarihli “Önleme Tedbirlerinde Koruma Güvencelerine İlişkin Sonuç” bildirisinde önleme tedbirlerinin, “sığınmacıların ve mültecilerin uluslararası korumaya erişimlerinin engellenmesine veya uluslararası korumaya ihtiyaç duyan kişilerin doğrudan ya da dolaylı olarak, hayatlarının veya özgürlüklerinin Mülteci Sözleşmesi'ndeki bir gerekçeden dolayı tehdit altında olacağı veya kişinin uluslararası hukuka dayalı başka koruma gerekçelerinin bulunduğu toprakların sınırlarına geri gönderilmelerine neden olmaması” gerektiği açık bir şekilde vurgulanmıştır⁷³. BMMYK'nın 2007 tarihli “1951 Mültecilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme ve 1967 Protokolü uyarınca Geri Göndermeme Yükümlülüklerinin Ülke Dışında Uygulanmasına İlişkin Danışma Görüşü” başlıklı raporunda bu yükümlülüğün sınırlarda, açık denizlerde ve hatta üçüncü ülke toprakları da dahil olmak üzere, bir devletin yargı yetkisini kullandığı her yerde geçerli olduğunun altını bir kere daha çizmiştir⁷⁴. BMMYK, 33. maddede yer alan ve devletlerin yapması kesin olarak yasaklanan “*refouler*” eyleminin İngilizce çevirilerinin “geri püskürtmek”, “geri itmek”, “geri sürmek” gibi anlamlar barındırdığını, dolayısıyla, bu maddenin bir taraf devletin topraklarına girmiş olan mültecilerle sınırlandırılmayacağını vurgulamıştır⁷⁵. 33. maddenin ülkesel kapsamı yorumlanırken insan hakları hukukundaki gelişmelere de odaklanmak gerekmektedir. Zira, uluslararası mülteci hukuku ve insanlar hakları hukuku birbirini tamamlayan ve karşılıklı olarak birbirini güçlendiren rejimlerdir. BM İnsan Hakları Komitesi, taraf devletlerin MSHUS'tan doğan hukuki yükümlülüklerine ilişkin yorumunda, devletlerin insan haklarına saygı göstermek ve bunları güvence altına alma yükümlülüğü (MSHUS 2. madde) sadece kendi topraklarında bulunan kişilere yönelik olmadığı, kendi toprakları dışında gücü ve etkin kontrolü altında bulunan tüm kişilere karşı da yükümlülüğü bulunduğunu vurgulamaktadır⁷⁶. Ayrıca,

⁷² UNHCR, 2001, Summary Conclusions.

⁷³ UNHCR, “Conclusion on Protection Safeguards in Interception Measures No. 97 (LIV)-2003”, 2003.

⁷⁴ UNHCR, 2007, Advisory Opinion, para. 24.

⁷⁵ UNHCR, 2007, Advisory Opinion, para. 27.

⁷⁶ UN Human Rights Committee, 2004, General Comment, para 10.

taraf devletlerin 2. madde yükümlülüğü çerçevesinde topraklarındaki ve etkin kontrolü altındaki tüm kişiler için, sözleşmenin 6. maddesinde (yaşama hakkı) ve 7.maddesinde (işkence ve insanlık dışı muamele yasağı) öngörülen türden telafisi mümkün olmayan bir zarara ilişkin gerçek bir risk olduğuna dair önemli bulgular olduğunda, topraklarına sığınan ya da sığınmaya çalışan kişileri iade etmeme, herhangi bir şekilde sınırdan uzaklaştırmama, kısacası her ne şekilde olursa olsun geri göndermeme yükümlülüğü bulunmaktadır⁷⁷. Bu bağlamda, devletlerin bu yükümlülüğü iyi niyet ile yorumlaması gerekmektedir. Bu açıdan, İnsan Hakları Komitesi önünde görülen *Lopez* davası kararında Komite'nin, "... Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamındaki sorumluluğu, bir taraf devletin kendi topraklarında gerçekleştiremeyeceği sözleşme ihlallerini başka bir devletin topraklarında gerçekleştirmesine izin verecek şekilde yorumlamanın mantıksız olacağına" dair yorumu oldukça isabetlidir⁷⁸.

ABD ve Avustralya Yüksek Mahkemeleri'nin göç kanunlarını uluslararası insan hakları ve mülteci hukukunun önüne koyan ve geri göndermeme ilkesinin ülkeselliğine odaklanan yaklaşımlarına rağmen, kararları AB üyesi devletler için bağlayıcı olan AİHM vermiş olduğu kararlarda genel olarak, haksız fiile neden olan devlet eyleminin ya da etkisinin ülkeselliğine değil, eylem ve kişiler üzerindeki yargı yetkisine odaklanmaktadır⁷⁹. Devletlerin ülke dışı bölgelerde etkin kontrolünün yargı yetkisi yaratması açısından AİHM'in verdiği önemli kararlardan ilki, 1974 Kıbrıs Harekâtı sonrasında taşınmaz mülkü Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC) topraklarında kalan Titina Loizidou'nun Türkiye aleyhine AİHM'de açtığı *Loizidou* davasıdır. AİHM bu davada, yargı yetkisinin ulusal sınırlarla sınırlı olmadığına ve tarafların sorumluluğunun, ulusal sınırlar içinde veya dışında gerçekleştirilen ve kendi toprakları dışında etkiler yaratan yetkililerinin eylemleri nedeniyle de söz konusu olabileceğine hükmetmiştir⁸⁰. Mahkeme, KKTC'nin Türkiye'nin etkin kontrolü altında olduğuna hükmetmiş ve Türkiye'yi hak ihlali nedeniyle tazminata mahkûm etmiştir⁸¹. Ülke dışı

⁷⁷ UN Human Rights Committee, 2004, General Comment, para 12.

⁷⁸ *Lopez v Uruguay*, 1984, dn. 65, para 12.3.

⁷⁹ Bu konudaki tek istisnai karar *Bankovic* davasında verilmiştir. Mahkeme, bir devletin yargı yetkisinin (AİHS 1. Madde) öncelikle ülkesel olduğuna, ülke dışı yargı yetkisinin istisnai olduğuna ve her bir davanın özel koşullarında özel gerektelendirme gerektirdiğine hükmetmiştir. Bkz. *Bankovic and Others v Belgium* App no 52207/99 (AİHM 12.12.2001), para. 61.

⁸⁰ *Loizidou v Turkey (Preliminary Objections)* App no 15318/89 (AİHM 23.03.1995), para. 62-63.

⁸¹ *Loizidou v Turkey (Preliminary Objections)*.

etkin kontrol ve yargı yetkisi ile alakalı AİHM’in bir başka önemli kararı, Irak’ta İngiliz Kuvvetleri tarafından kötü muameleye uğradığı için öldüğü ya da öldürüldüğü iddia edilen 6 Irak vatandaşının yakınları tarafından açılmış *Al-Skeini* davası kararıdır. Mahkeme, teamül, antlaşma veya diğer anlaşmalar uyarınca, sözleşmecî devletin yetkililerinin başka bir devletin topraklarında yürütme veya yargı işlevlerini yerine getirmesi halinde, söz konusu eylemler ülkesel devlete değil de kendisine atfedilebildiği sürece, sözleşmecî devletin bu şekilde ortaya çıkan sözleşme ihlallerinden sorumlu olabileceğine karar vermiştir⁸². Devletlerin etkin kontrol sağladıkları bölgelerde meydana gelen haksız eylemlerden sorumlu tutulabileceğini teyit eden davalarda bir diğeri de *Ilaşcu* davasıdır. Bu olayda, Moldova’nın ayrılıkçı bölgesi Transdinyester’de ayrılıkçı rejime muhalefet ettikleri ve terör eylemlerinde bulundukları iddiasıyla tutuklanan dört Moldova vatandaşından Ilaşcu ölüm cezasına çarptırılırken diğeri üç arkadaşı ağır hapis cezasına çarptırılmıştır. Ilaşcu adil yargılanmadıkları gerekçesiyle AİHM’e başvurmuştur. AİHM, Moldova’nın yanı sıra Transdinyester bölgesinde etkin kontrolü olduğu gerekçesiyle Rusya’nın da insan haklarını ihlal ettiğine hükmetmiştir⁸³. Bu dava, devletlerin etkin kontrolleri altında bulunan bölgelerdeki ihlallerden sorumlu olacaklarını ve özellikle de ihlalde bulunanlara yardım etmeleri halinde haksız eylemden sorumlu tutulabileceklerini gösteren önemli bir içtihat yaratmıştır. AİHM’in açık denizde durdurmanın ve etkin kontrol sağlamanın yargı yetkisi yaratması ve buna bağlı devlet sorumluluğunun doğması ile alakalı olarak vermiş olduğu önemli kararlardan birisi *Medvedyev* kararıdır. Bu olayda açık denizde seyreden Kamboçya bayraklı bir ticaret gemisine uyuşturucu kaçakçılığı şüphesiyle Fransız donanması tarafından müdahale edilmiş, bir kişi ölmüş kalan mürettebat ise gözaltına alınmıştır. Şahıslar açık denizde gözaltına alınmalarının yasadışı olduğu ve AİHS’in 5. maddesinin Fransa tarafından ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM’e başvurmuşlardır. Mahkeme, açık denizlerin suçlular için “güvenli bir sığınak” olarak görülemeyeceğine hükmetmiş ve Fransa’nın müdahalesini uluslararası hukuka uygun bulmuş ancak, devletlerin de bu alanı yargı yetkisi altındaki herkese sağlamayı taahhüt ettikleri haklara ve güvencelere erişimi engelleyebilecekleri “hukuk dışı bir alan” olarak göremeyeceğine hükmetmiştir⁸⁴. Fransız donanmasının açık denizde yapmış olduğu müdahalenin yargı yetkisi yarattığı, Fransa’nın

⁸² *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom* App no 55721/07 (AİHM 07.07.2011), para. 133-140.

⁸³ *Ilaşcu and Others v Moldova and Russia* App no 48787/99 (AİHM 08.07.2004).

⁸⁴ *Medvedyev and Others v France* App no 3394/03 (AİHM 29.03.2010), para. 81.

gözetim için yeterli hukuki gerekçe sunmadığı ve kişilerin konuyla ilgili ulusal yargı mekanizmalarına erişimini sağlamadığı gerekçesiyle AİHS'in 5. maddesinde düzenlenen keyfi gözetim ve tutuklama yasağını ihlal ettiğine hükmetmiştir⁸⁵. Yukarıda verilen davaların doğrudan geri göndermeme ilkesi ile bir bağı olmasa da AİHM'in genel olarak devlet eylemlerinin neden olduğu insan hakları ihlalleri ile alakalı olarak yargı yetkisinin ülkesellik boyutundan ziyade etkin kontrole odaklanan duruşunu göstermesi açısından önemlidir. Nitekim, konumuzla alakalı en önemli davalardan biri olan ve çalışma boyunca ayrıntıları ile ele alınacak olan *Hirsi* davası kararında mahkeme yukarıda zikredilen davalara atıflarda bulunmuştur.

Devletlerin denizlerdeki ülke dışı müdahalelerinin yargı yetkisi yaratması ve geri göndermeme ilkesi açısından sorumlu tutulmaları açısından belki de en önemli dava AİHM'de görülen *Hirsi* davasıdır⁸⁶. Bu olayda, Libya'dan yola çıkan göçmen ve sığınmacıları taşıyan gemi açık denizde seyrederken İtalya donanması tarafından durdurulmuş, kişiler donanma gemisine çıkartılmış, sığınma prosedürlerine erişim olanağı tanınmamış ve Libya'ya geri gönderilmişlerdir. AİHM, sığınmacıların donanma gemisinde oldukları süre boyunca İtalya'nın yargı yetkisi altında olduklarına hükmetmiş (AİHS madde 1) ve İtalya'nın sığınmacıların taleplerini dikkate almayarak onları Libya'ya geri göndermesinin, AİHS'in "toplular dışı" yasağını (AİHS 4 No.lu Protokol madde 4), işkence ve insanlık dışı muamele yasağını (AİHS madde 3) ve etkili başvuru hakkını (AİHS madde 13) ihlal ettiğine karar vermiştir⁸⁷. AİHS geri göndermeme ilkesi ile ilgili doğrudan bir hüküm içermese de mahkeme, geri göndermeyi yasaklayan AB Temel Haklar Şartı'nın 19. maddesine⁸⁸ atıfta bulunmuş⁸⁹ ve geri göndermeme yükümlülüğünün AİHS'in 3. maddesindeki işkence ve insanlık dışı muamele yasağı ve 2. madde de yer alan yaşama hakkı başta olmak üzere AİHS'in özünü ihlal eden veya etme riski olan eylemlerle tetiklenebileceğini kabul etmiştir⁹⁰. Mahkeme, Libya'daki insani olmayan koşulları ve kişilerin buradan zulümden kaçtıkları menşe ülkelerine

⁸⁵ Medvedyev and Others v France, para. 102-103.

⁸⁶ Bkz. Giuffrè, 2012, s. 728-750; Den Heijer, s. 265-290; Güneş, s. 428-432.

⁸⁷ *Hirsi Jamaa and Others v Italy*.

⁸⁸ "Hiç kimse, ölüm cezasına, işkenceye veya diğer insanlık dışı ve alçaltıcı muameleye veya cezaya tabi tutulmasının ciddi ihtimal dahilinde bulunduğu bir ülkeye gönderilemez, sürülemez veya iade edilemez". Bkz. EU, 2012/C 326/02, 2007, md.19.

⁸⁹ Heschl, s.85-86; *Hirsi Jamaa and Others v Italy*, para. 134.

⁹⁰ *Hirsi Jamaa and Others v Italy*, "Concurring Opinion of Judge Pinto De Albuquerque", s. 63.

geri gönderilme risklerinin yüksek olduğunu gösteren BMMYK ve çeşitli insan hakları STK'larının raporlarına atıfta bulunarak, İtalya'nın Libya'daki durumu bilmek zorunda olduğuna hükmetmiştir⁹¹.

Hirsi kararı, denizlerdeki sığınmacıların ihtiyaç duydukları korumaya erişiminin, durdurmanın nerede gerçekleştiğine bakılmaksızın, etkin kontrol uygulayan devletler tarafından sağlanması gerektiğini teyit etmiş ve ülke dışı göç kontrol uygulamalarını kısıtlayan insani bir yükümlülük getirmiştir⁹². Bu dava, açık denizlerde ya da üçüncü ülke sınırları içinde devletler tarafından yapılan müdahalelerin etkin kontrol uygulanması anlamına gelmesine ve geri göndermeme ilkesinin ülke dışı müdahaleler açısından devletlere yükümlülük getirdiğine hükmetmesi açısından önemli bir içtihat yarattığı gibi ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Sale* kararını da hukuk dışı ilan etmiştir. Nitekim bu karar, mahkeme yargıcı Pinto de Albuquerque tarafından açık bir şekilde eleştirilmiştir:

“Tüm saygımla birlikte, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin yorumu, Mültecilerin Statüsüne ilişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 33. maddesinin dilinin gerçek ve olağan anlamıyla çelişmekte ve antlaşma yorumunun genel kurallarından ayrılmaktadır(...)Mülteci Sözleşmesi'nin diğer hükümlerinden farklı olarak, madde 33(1)'in uygulanabilirliği, mültecinin bir devletin topraklarında bulunmasına bağlı değildir(...) Ayrıca, Sözleşme'nin önsözünde “mültecilerin bu temel hak ve özgürlüklerden mümkün olan en geniş şekilde yararlanmalarının sağlanmaya” çalışıldığı belirtilmekte ve bu amaç 33. madde metnine, uluslararası korumaya ihtiyaç duyan bir yabancıyı sınır dışı etme, iade etme veya uzaklaştırma yönündeki her türlü devlet eylemi de dahil olmak üzere, “her ne şekilde olursa olsun” açık ifadesiyle yansıtılmaktadır”⁹³.

Yukarıda zikredilen ve diğer benzer mahkeme kararlarının da ortaya koyduğu üzere⁹⁴, devletlere yüklenen bu sorumluluk, ilgili devlet eyleminin devletin sınırları içinde ya da dışında meydana gelip gelmediğine değil, bu

⁹¹ *Hirsi Jamaa and Others v Italy*, para. 123-131.

⁹² Heschl, s.49; Giuffré, 2012, s. 749.

⁹³ *Hirsi Jamaa and Others v Italy*, “Concurring Opinion of Judge Pinto De Albuquerque”, s. 70-71.

⁹⁴ Benzer kararlar için Bkz. *Issa and Others v Turkey* App no 31821/96 (AİHM 30.03.2005); *Al-Saadoon ve Mufdhi v The United Kingdom* App no 61498/08 (AİHM 02.03.2010); *Woman on Waves and Others v Portugal* App no 31276/05 (AİHM 03.05.2009).

eylemin etkilerinin ve sonuçlarının devlete atfedilip atfedilemeyeceğine bağlı olmaktadır. Dolayısıyla, odaklanılması gereken nokta eylemin gerçekleştiği bölgelerden ziyade devletlerin eylemlerinin ve bu eylemlerden etkilenen kişilerin ilgili devletin ya da devlet adına hareket edenlerin etkin kontrolünün olduğu bir bölgede yargı yetkisi altında olup olmamasıdır⁹⁵. Başta 33. maddesi olmak üzere, Mülteci Sözleşmesi'nin sözleşme hükümlerinin uygulanmasını belirli bir bölge ile sınırlayan herhangi bir ifade içermemektedir. Bu nedenle, uygulanabilirliğini teritoryal sınırlar ile sınırlayan bir hükmün yokluğunda geri göndermeme ilkesinin, bir devletin bir sığınmacı üzerinde yargı yetkisini kullandığı her yerde geçerli olduğu varsayımı yapılmaktadır⁹⁶. Nitekim, AİHM'in *M.A.* davası yargıçlarından Albuquerque'nin bu konudaki görüşü oldukça isabetlidir: "... eğer devletler geri gönderme politikaları ya da sınırda kabul etmeme veya reddetme yoluyla ilkenin uygulanmasını engelleyebilseydi, geri göndermeme ilkesi tamamen kurgusal olurdu"⁹⁷.

III. ÜLKE DIŞI MÜDAHALELERİN ÜÇÜNCÜ ÜLKELERE YAPTIRILMASI: AB'NİN TEMASSIZ KONTROL POLİTİKALARI VE GERİ GÖNDERMEME İLKESİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Uluslararası ve bölgesel insan hakları mahkemelerinin, uzmanlığı mülteciler ve insan hakları üzerine olan uluslararası kurumların ve uluslararası hukukçuların genel görüşü geri göndermeme ilkesi yükümlülüğünün ülkesel sınırla sınırlı olmadığı, devletlerin etkin kontrolü ile yargı yetkisini kullandığı her yerde geçerli olduğu yönündedir. Ancak, başta ABD ve Avusturalya gibi denizlerdeki sığınmacı hareketliliğinin hedefinde yer alan devletlerin geri göndermeme ilkesini yorumlama ve uygulamalarının aksi yönde olması geri göndermeme ilkesi başta olmak üzere Mülteci Sözleşmesi'nin ve konuyla ilgili insan hakları düzenlemelerinin etkisini azaltmaktadır. Öte yandan, AB üyesi devletlerin de denizlerdeki sığınmacı taşıyan gemileri engellemeye yönelik politik amaçları Avustralya ve ABD'den ciddi anlamda bir farklılık içermemektedir. Özünde tüm bu devletler, sığınmacı hareketliliğini ülke sınırlarına ulaşmadan engellemek için ülke dışında müdahalelerde bulunmakta ve bölgelerinde yer alan üçüncü ülkeleri süreci yürütmek adına çeşitli ikili anlaşmalar yaparak kullanmaya çalışmaktadırlar. Ancak,

⁹⁵ Lauterpacht/Bethlehem, s. 111; Gammeltoft-Hansen, 2008, s. 13.

⁹⁶ O'Brien, s. 728.

⁹⁷ *M.A. and Others v Lithuania* App no 59793/17 (AİHM 11.03.2019), "Opinion of Judge Albuquerque", para 7.

AİHM'in konuyla ilgili insan haklarını öne alan içtihadı, AB üyesi devletlerin uygulamada, Avustralya ve ABD'nin yapmakta olduğu gibi sınır güvenliğini ön plana çıkarıp insan hakları ve uluslararası hukuku ikinci plana iten benzer uygulamaları yapmalarına engel olmaktadır. AİHM'in, ABD ve Avustralya Yüksek Mahkemeleri kararlarının aksine, geri göndermeme ilkesi ve diğer tüm insan hakları yükümlölüklerinin üye devletlerin yargı yetkisini kullandıkları her yerde geçerli olduğuna hükmetmesi, AB üyesi devletlerin engelleme politikalarını ciddi anlamda zorlamakta ve farklı stratejiler geliştirmelerine neden olmaktadır. Bu bağlamda bu başlıkta, bu konuda önemli bir içtihat yaratan AİHM'in *Hirsi* kararının bir sonucu olarak, AB üyesi devletlerin ülke dışı müdahalelerini yargı yetkisi yaratmadan ve geri göndermeme ilkesinin yükümlölüğünü tetiklemeden yapabilmelerinin yolu olarak üçüncü devletlerin vekil olarak kullanımı ve bunun hukuki sonuçları ele alınacaktır. Bu açıdan örnek uygulama olarak, Akdeniz'deki en yoğun ve en ölümcül göç rotası olan "Orta Akdeniz" göç rotasının hedefinde yer alan İtalya'nın, AB'nin yeni göç stratejisi çerçevesinde Libya ile olan işbirliği ilişkileri incelenecektir.

AB üyesi devletler, Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Ajansı'nın (FRONTEX) desteğiyle açık denizlerde ve üçüncü ölkelerle yapılan çeşitli ikili antlaşmalar çerçevesinde, açık denizlerde ve bu ölkelerin karasularında ortak operasyon ve devriyeler yürüterek sığınmacıların AB sınırlarına ulaşmasını engellemeye çalışmaktadırlar⁹⁸. Göç akınlarının önlenmesi noktasında üçüncü ölkelerle işbirliği girişimleri uzun zamandan beri AB göç politikalarının bir parçasını oluşturmaktadır. Ancak, ortak operasyonlar, üçüncü ülke karasularında devriyeler ya da üçüncü ülke gemilerinde üye devlet personellerinin görevlendirilmesi gibi uygulamaların üye ölkelerin etkin kontrolünü içermesi hukuki açıdan üye devletlerin olası insan hakkı ihlallerinden sorumlu tutulabilmesine yol açmaktadır. Nitekim, *Hirsi* olayında İtalya, sığınmacılara açık denizde yapılan müdahalenin denizlerde tehlike altında olan kişilere yardım amacıyla yapıldığını, geri gönderme operasyonunun ise Libya ile 2007 ve 2009 yılında imzalanan ikili antlaşmalar çerçevesinde yürütöldüğünü ve bu durumun kişilerle İtalya arasında yargı yetkisi tesis edemeyeceğini iddia etse de AİHM, İtalyan donanmasının yapmış olduğu müdahalenin ve kişileri gemiye bindirip Libya'ya geri götürme eyleminin İtalya'nın yargı yetkisini

⁹⁸ AB ile AB dış sınırlarında yer alan üçüncü ölkeler arasında göç akınlarının önlenmesi ve mevcut sığınmacı yükünün bu üçüncü ölkelere gönderilmesi amacıyla ikili antlaşmalar yapılmakta ve çeşitli işbirliği mekanizmaları kurulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Türkdoğan, s. 267–301.

kullanması anlamına geldiğini belirterek AİHS'in 1. maddesinin⁹⁹ İtalya tarafından ihlal edildiğine hükmetmiştir¹⁰⁰. Bu kararın AB ve üye devletlerin göç politikalarına ciddi yansımaları olmuştur. *Hirsi* kararının yarattığı içtihat ve hemen ardından 2015 yılında Avrupa'yı derinden sarsan mülteci krizi, AB'yi, sığınmacı gemilerini herhangi bir yargı yetkisi ve hukuki yükümlülük ortaya çıkarmadan engellemenin yeni yollarını arayışa itmiştir. Bu bağlamda, sınırlara "girişi engelleme" politikalarının açık denizlerden üçüncü ülkelerin sınırlarına genişleten "çıkışı engelleme" politikalarına evrildiği, her türlü fiziksel teması ortadan kaldırarak transit üçüncü ülkelerin tüm müdahale sürecini hedef ülkeler adına yürüttüğü ve sığınmacıların hukuki sorumluluğunu üstlendiği bir temassız kontrol politikasının inşa süreci başlatılmıştır¹⁰¹. Bu çerçevede, AB Komisyonu tarafından 2016 yılında hazırlanan "Avrupa Göç Gündemi Kapsamında Üçüncü Ülkelerle Yeni Bir Ortaklık Çerçevesi" oluşturulmasına yönelik teklifi AB konseyi tarafından onaylanmıştır¹⁰². Bu strateji genel olarak, sığınmacı ve göçmenlerin menşe ülkeleri ve transit üçüncü ülkeler ile yapılacak ikili antlaşmalar ile göç hareketlerini üçüncü ülkelere çıkarmadan engellemeyi, AB sınırlarına erişenlerin bu ülkeler tarafından geri kabulünü sağlamayı ve bu ülkelerin iltica sistemlerinin, kişilerin Avrupa'ya gelmesini gerektirmeyecek şekilde, insan haklarına uygun hale getirmeyi amaçlamaktadır. Üçüncü ülkelerin bu antlaşmalara katılımının sağlanması için de finansal yardımlar, teknoloji ve teçhizat yardımları, kalkınma yatırımları, katılım müzakereleri ve vize serbestisi gibi ülkelerin kendi gerçeklerine ve ihtiyaçlarına göre belirlenmiş olumlu ve hatta gerekirse olumsuz teşviklerin kullanımının önemi vurgulanmıştır¹⁰³. Bu stratejinin en önemli motivasyonu, Ortaklık Çerçevesi'nde de belirtildiği üzere¹⁰⁴, 18 Mart 2016 tarihli Türkiye-AB Geri Kabul Mutabakatının ardından Batı Balkan Göç Rotasının tamamen kapanması ve Ege Denizi'ndeki göç hareketliliğinin keskin bir düşüş göstermesi olmuştur¹⁰⁵. Türkiye'ye sunulan vize serbestisi vaadi ve 6 milyar avroluk

⁹⁹ "Yüksek Sözleşmeciler taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar".

¹⁰⁰ *Hirsi Jamaa and Others v Italy*, para. 65,81,82.

¹⁰¹ Giuffré/Moreno-Lax, s. 85.

¹⁰² EC, "Establishing a New Partnership Framework with Third Countries Under the European Agenda on Migration", 2016.

¹⁰³ EC, 2016, Establishing.

¹⁰⁴ EC, 2016, Establishing.

¹⁰⁵ Bir AB Komisyonu raporunda, Türkiye ile yapılan mutabakat sonrası süreçte Ege Denizi'ndeki günlük düzensiz geçişlerin sayısının 3500'den 43'e kadar düştüğü belirtilmiştir. Bkz. EC,

mali yardım karşılığında Türkiye’den beklenen, sığınmacı ve göçmenleri taşıyan gemilerin Yunan adalarına düzensiz geçişlerini önlemek ve bunu başarabilenleri geri kabul etmek olmuştur. Türkiye, AB tarafından “güvenli üçüncü ülke” olarak kabul edildiğinden geri göndermeme yükümlülüğü başta olmak üzere mülteci ve insan hakları hukukundan doğan tüm hukuki sorumluluk da Türkiye’ye devredilmiş olmaktadır. Dolayısıyla ilgili ortaklık planı çerçevesinde, Türkiye ile yapılan ikili antlaşmanın benzerlerinin AB dış sınırlarını oluşturan Kuzey Afrika, Ortadoğu ve Sahra-altı ülkeleri ile yapılması ve mevcut anlaşmaların da güçlendirilerek yenilenmesi kısa vadeli hedef olarak ortaya konulmuştur¹⁰⁶. Bu çerçevede 2016 yılında Ürdün, 2017 yılında Libya, 2023 yılında Tunus, 2024 yılında Mısır düzensiz göç ile mücadeleyi de içeren ortaklık anlaşmaları yapılmıştır¹⁰⁷.

Bu hedef çerçevesinde yapılan ikili anlaşmaların arasında en önemlilerden birisi, Akdeniz’in en yoğun ve ölümcül göç rotası¹⁰⁸ olan Orta Akdeniz rotası üzerinde yer alan Libya ile İtalya arasında 2017 yılında imzalanan “Libya-İtalya Mutabakat Muhtırasıdır. Bu anlaşma, Akdeniz’in en yoğun göç rotasını kontrol altına almaya çalışmakta ve temassız göç kontrol politikalarının en somut örneklerinden birini teşkil etmektedir. Bu anlaşma ile İtalya, Libya’ya yönelik AB kalkınma programlarını hayata geçirilmesi, düzensiz göç ile mücadele için teknik ve teknolojik araçların verilmesi ve finanse edilmesi, Libya sınır kontrol sistemlerinin tamamlanmasına yardım edilmesi, yerel göçmen kabul merkezlerinin finanse edilmesi ve orada tutulan göçmenlerin ihtiyaçlarının karşılanması noktasında sağlık ve teknik ekipmanların tedarik

“Fourth Report on the Progress Made in the Implementation of the EU-Turkey Statement”, 2016.

¹⁰⁶ EC, 2016, Establishing.

¹⁰⁷ İlgili üçüncü ülkelerle göç kontrolü konusunda iş birliği konularını ele alan düzenlemeler için bkz. “Memorandum of Understanding on a Strategic and Global Partnership between the European Union and Tunisia”, (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3887, Erişim Tarihi: 12.12.2024); “EU-Jordan Partnership Priorities and Annexed Compact”, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016JC0041>, Erişim Tarihi: 12.12.2024); “With EU Funding: Launch of the Joint UN Programme under the Joint Platform for Migrants and Refugees in Egypt”, (https://www.eas.europa.eu/delegations/egypt/eu-funding-launch-joint-un-programme-under-joint-platform-migrants-and-refugees-egypt_en#:~:text=Under%20the%20Strategic%20and%20Partnership,rights%20of%20migrants%20and%20refugees, Erişim Tarihi: 12. 12. 2024).

¹⁰⁸ Uluslararası Göç Örgütü’nün verilerine göre, Akdeniz’de son 10 yılda 31.000’in üzerinde kişi ölmüş ya da kaybolmuş ve bu kayıpların 24.500’ü Orta Akdeniz rotasında yaşanmıştır. Bkz. IOM, “Missing Migrants Project”.

edilmesi, Libyalı personellerin eğitiminin sağlanması gibi taahhütleri karşılığında Libya'dan İtalya ve AB sınırlarına yönelen düzensiz göçmen ve sığınmacıları akışlarını engellemesini beklemektedir¹⁰⁹. Libya'nın anlaşmada yer alan düzensiz göçü kontrol altında tutma taahhüdü çerçevesinde Libya sahil güvenlik birimleri, İtalya tarafından verilen ve modernize edilen gemiler ile İtalya ve AB karasularına ulaşmaya çalışan göçmen ve sığınmacıları taşıyan gemileri durdurmakta, onları Libya'ya geri çekmekte ve İtalya tarafından finanse edilen kabul merkezlerinde göz altında tutmaktadır¹¹⁰.

Anlaşma sığınmacılar ve tutuldukları gözaltı merkezlerinden, zulümden kaçtıkları menşe ülkeye geri gönderilmesi tehlikesine ise hiç değinmemektedir. Tüm odak yasadışı göç ile mücadele üzerinedir¹¹¹. Burada asıl amaç, uluslararası hukukun yabancıların ülkeye kabulü konusunda devlet egemenliğine getirdiği en önemli kısıtlamalardan biri olan potansiyel mültecilerin (sığınmacıların) başta geri göndermeme güvencesi olmak üzere Mülteci Sözleşmesi'nden doğan haklarına erişimlerini engellemek için AB sınırlarına ulaşmalarına mâni olmaya çalışmaktır. *Hirsi* kararından alınan ders ile de sürecin tümüyle Libya tarafından yürütülmesi kilit öneme sahiptir. Ancak, Libya'nın Mülteci Sözleşmesi'ne ve ona ekli 1967 Protokolüne taraf olmamasının sığınmacıların zulümden kaçtıkları ülkeye geri gönderilmelerine neden olma ihtimali ve çeşitli insan hakları STK'ları ve BMMYK raporlarında da ortaya konulduğu üzere, gerek denizlerde yapmış olduğu müdahaleler ve geri çekme faaliyetleri gerekse sığınmacıların tutulduğu kabul merkezlerinde sığınmacı ve göçmenlere yönelik insan haklarına aykırı muameleler ciddi bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır¹¹². *Hirsi* kararı da göstermiştir ki, Libya insan hakları ve geri göndermeme ilkesine saygı açısından güvenli bir ülke değildir ve sığınmacıları bu ülkeye geri gönderen İtalya insan hakları ihlalinin sorumlu tutulmuştur¹¹³. Ancak, AB üyesi devletlerin *Hirsi* kararından aldıkları ders insan haklarını önceleyen kurtarma ve koruma odaklı bir politikaya geçmek yerine, engelleme politikalarının yargı yetkisi yaratmayacak şekilde

¹⁰⁹ “Memorandum of Understanding on Cooperation in the Fields of Development, the Fight against Illegal Immigration, Human Trafficking and Fuel Smuggling and on Reinforcing the Security of Borders between the State of Libya and the Italian Republic”, (https://eumigrationlawblog.eu/wp-content/uploads/2017/10/MEMORANDUM_translation_finalversion.doc.pdf, Erişim Tarihi: 04.12.2024).

¹¹⁰ Vari, s. 113-114.

¹¹¹ Bkz. dn. 109.

¹¹² Legtas, 2019.

¹¹³ *Hirsi Jamaa and Others v Italy*, para. 123-136.

yenilenmesi şeklinde olmuştur. Diğer bir ifadeyle, *Hirsi* kararının etrafından dolanarak sığınmacıları etkin kontrol ve fiziksel müdahale içermeyen temassız kontrol araçlarıyla engellemeye ve geri göndermeye başlamışlardır. Bunun yolu da Libya gibi üçüncü lkelerin AB yesi devletlerin engelleme politikalarının vekaletini üstlenmesidir. Dolayısıyla, uluslararası hukuk tarafından korunan sığınmacıları da içeren g akışlarının yönetiminin insan hakları açısından sicili temiz olmayan üçüncü ülkelere devredilmesinin hukuki sorumluluğun da devredilmesi anlamına gelip gelmediği en önemli tartışma konularından biri olmaktadır.

Bu tartışmalar açısından önemli bir sürecin 2018 yılında AİHM önünde açılan ve halen devam etmekte olan *S.S. ve Diğerleri v İtalya* davası ile başladığı sylenebilir¹¹⁴. Dava, 6 Kasım 2017 tarihinde açık denizde gerçekleştirilen “arama kurtarma” operasyonu sonucunda yaşanan durdurma ve Libya’ya geri çekme hadisesini ele almaktadır. İtalya “Arama Kurtarma Koordinasyon Merkezinden” (AKKM) batmak üzere olduğu için yardım talep eden yaklaşık 150 göçmen ve sığınmacı taşıyan geminin “kurtarılması” için İtalya AKKM’si, bir Libya sahil güvenlik gemisi (LSG) ve *Sea Watch 3* (SW3) isimli bir STK gemisi de dahil olmak üzere olay yerine yakın olan tüm gemileri yardım için blĐeye yönlendirmiştir. O sırada olay yerine yakın bir konumda İtalyan donanmasına ait bir helikopter de bulunmaktadır ve iddialara göre İtalya AKKM’si aracılığıyla LSG’ye talimatlar vermiştir ¹¹⁵. Olay yerine ilk ulaşan LSG olmuş, kaza yerine özensiz ve hızlı bir şekilde yaklaşmasıyla oluşan dalgalar nedeniyle çocuklar da dahil olmak üzere onlarca kişi boğulmuştur. Tanıkların ifadesine ve STK gemisinin çekmiş olduğu görüntülere göre, kurtarma faaliyetlerine başlamak ve can yeleği dağıtmak yerine kazazedelere halatlarla vurup nesneler fırlatmıřtır¹¹⁶. LSG, olay yerine ulaşan SW3’n kurtarma operasyonuna katılmasını engellemiş, telsiz yoluyla arama kurtarma faaliyetinden kendilerinin sorumlu olduğunu ve olay yerinden uzaklaşmalarını istemiştir. Buna rağmen, SW3 denize kurtarma botları indirip denize saçılmış insanları kurtarmaya çalışmış ancak LSG tarafından engellenmeye çalışılmıştır. Bu esnada da birçok kişi denizde kaybolmuştur. SW3 olay sırasında oluşan kargaşada denize dağılan 59 kişiyi

¹¹⁴ *S.S. and Others v Italy* App no 21660/18 (AİHM 03.05.2018).

¹¹⁵ De Leo, 2020; Pijnenburg, s.396–426.

¹¹⁶ “Update: Evidence for Reckless Behavior of Libyan Coast Guards”, (<https://sea-watch.org/en/update-evidence-for-reckless-behavior-of-libyan-coast-guards/>, Erişim Tarihi: 07.12.2024).

kurtarabilmiş ve onları İtalya'ya götürmüştür. LSG tarafından kurtarılanlar ise Libya'ya geri götürülüp gözaltı kampına nakledilmiştir¹¹⁷.

Olayın İtalya ile olan bağına değerlendirmek gerekirse, Libya, İtalya ile yaptığı anlaşma çerçevesinde düzensiz göç akışlarını durdurmak ve onları Libya'ya geri çekme taahhüdünü, İtalya'nın kendisine sağladığı teknik, donanım ve mali destek ile yerine getirmektedir. Operasyonu yürüten LSG gemisi İtalya tarafından Libya'ya hibe edildiği gibi, gemideki personel EUNAVFOR MED¹¹⁸ tarafından eğitilmiştir¹¹⁹. Bu operasyonlar için hem AB fonlarından hem İtalya'dan ciddi bir finansal destek sağlanmıştır. Operasyonel anlamda ise İtalyan AKKM'si uzun yıllardır Libya karasuları yakınında yer alan Arama Kurtarma Bölgesini (SAR) yönetmektedir¹²⁰. LSG arama kurtarma faaliyetleri adı altında, koordinatlarını İtalya AKKM'sinden aldığı bölgedeki sığınmacı gemilerine müdahalede bulunmakta ve gemidekileri Libya'ya geri çekmektedir. Ayrıca, Libya'nın operasyon koordinasyon kabiliyetinin ve etkili ve güvenilir iletişim sistemlerinin yetersiz olması nedeniyle İtalya, 2017 yılında başlattığı Nauras Operasyonu kapsamında, Libya karasuları ve iç sularında Libya deniz birimlerinin etkinliğini tesis etmek ve devriye ve deniz kurtarma operasyonlarını koordine etmek için dört gemi, dört helikopter ve 600 askerden oluşan bir görev gücünü görevlendirmiştir. Bu gücün %30'luk kısmı Trablus limanında yer almakta ve Libya Donanması İletişim Merkezi olarak görev yapmaktadır. Bu birim sürekli olarak SAR birimleri, İtalyan sahil güvenlik birimleri ve İtalyan AKKM'si ile iletişim halindedir. Yani, Libya için yüzen bir AKKM işlevi gördüğü gibi S.S. olayında LSG'nin koordinasyonunda da görev almıştır¹²¹. Kısacası İtalya, Libya'nın arama-kurtarma ve engelleme işlevlerinin temassız, ancak etkili bir şekilde kontrol edildiği bir sistem yaratmaktadır.

¹¹⁷ De Leo, 2020.

¹¹⁸ “Avrupa Birliği Deniz Kuvvetleri Akdeniz”

¹¹⁹ De Leo, 2020.

¹²⁰ 1979 tarihli “Denizde Arama ve Kurtarma Uluslararası Sözleşmesi” (SAR Sözleşmesi) devletleri tehlike çağrılarıyla ilgilenmek için “Arama Kurtarma Koordinasyon Merkezleri” (AKKM) kurmak ve her deniz sahası içinde yeterli “arama kurtarma bölgeleri” (SAR Bölgeleri) oluşturmakla yükümlü kılmalıdır. Sözleşme metnine ulaşmak için bkz. “UN Treaty Collections”, dn. 5. Libya, S.S. olayından kısa bir süre sonra, 2018 yılında Uluslararası Denizcilik Örgütü'ne kendi SAR bölgesini ilan ettiğini bildirmiştir. Ayrıca, İtalya'nın desteğiyle bu bölge için koordinasyonu üstlenecek bir Libya AKKM'si kurulmuştur. Bkz. UNHCR, “UNHCR Position on the Designations of Libya as a Safe Third Country and as a Place of Safety for the Purpose of Disembarkation Following Rescue at Sea”, 2020.

¹²¹ Moreno-Lax, s. 392-393.

S.S. ve Diğerleri davası, AİHS'in yaşama hakkı (madde 2), işkence ve insanlık dışı muamele yasağı (madde 3) ve toplu sınır dışı etme yasağı (4 no.lu Protokol madde 4) ile ilgili hükümlerinin ihlallerinde İtalya'nın sorumluluğunu ele almaktadır¹²². Diğer bir ifadeyle, İtalya'nın Libya üzerinden yapmış olduğu ülke dışı engelleme ve geri gönderme uygulamalarının AİHS'in 1. maddesi çerçevesinde yargı yetkisi yaratıp yaratmadığının tespiti istenmektedir. Dolayısıyla davacıların ve avukatlarının açık hedefi, AİHM'in, bir taraf devletin bir üçüncü devleti gemilerle donatması, personeli eğitmesi ve arama kurtarma operasyonlarının koordinasyonu adı altında talimat vermesi durumunda kişiler üzerinde etkili bir kontrole sahip olabileceğini belirterek yargı yetkisini iddia etmesini sağlamaktır¹²³. Bu açıdan kararları devrim niteliğinde olabilecek bu davada AİHM'in, *Hirsi* kararında yarattığı içtihadı ileriye götürerek üye devletlerin temassız kontrol uygulamalarının da yargı yetkisi yarattığına hükmetmesi ve ilgili devletleri geri gönderme faaliyetlerinden sorumlu tutması AB'nin yeni göç stratejisine ciddi bir zarar verebilecektir. Tam tersi bir karar ise *Hirsi* kararında kınanan devlet eyleminin bir başka devlet eliyle yaptırılmasının onaylanması anlamına gelebilecek ve AİHM'nin belki de kendi *Sale* içtihadını yaratmasına neden olabilecektir.

Moreno-Lax¹²⁴, yargı yetkisi kavramının işlevsel bir yaklaşımla değerlendirilmesi gerektiğini ve yasama, yürütme ve yargı faaliyetlerinin unsurlarını birleştirebilen kamusal yetkilerin bir ifadesi olarak anlaşılması gerektiğini savunmaktadır. AİHM ve uluslararası insan hakları hukukunun diğer yargı mercileri tarafından kabul edilen çeşitli yargı yetkisi modellerinin temelinde, "kamusal yetkilerin" kullanılması yoluyla belirli bir durumda devlet ile birey arasında kurulan egemen otorite bağı yatmaktadır. Ülkesel sınırlar içinde olduğu gibi ülke dışında da bu yalnızca doğrudan fiziksel kısıtlamanın uygulanması yoluyla değil, aynı zamanda dolaylı kontrol biçimleriyle de olabilmektedir¹²⁵. Dolayısıyla Moreno-Lax'a göre, yargı yetkisi bağının kurulması için devlet politikalarının ve operasyonlarının bütüncül bir işlevsel anlayışla, planlama, başlatma, doğrudan operasyonel uygulama ya da vekil olarak üçüncü ülkeleri kullanma ve tamamlama gibi

¹²² S.S. and Others v Italy, 2018.

¹²³ Baumgärtel, 2018.

¹²⁴ Violeta Moreno-Lax, *S.S. ve Diğerleri* davasının açılmasına öncülük eden "Global Action Legal Network" (GLAN) üyesi ve ilgili davada davacıların avukatlığını üstlenen grubun başında yer almaktadır. Bkz. Moreno-Lax, 2020.

¹²⁵ Moreno-Lax, s. 413.

tüm aşamalarıyla birlikte değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır¹²⁶. Bunlar, yargı yetkisi anlamına gelen kamusal yetkilerin kullanılmasının araçlarıdır. S.S. olayına da bu bütüncül perspektiften bakıldığında, Libya'nın bu tarz operasyonları yürütebilmesinin arkasında İtalya'nın sağladığı mali, teknik ve teçhizat destekleri ve komuta ve koordinasyon yeteneklerine doğrudan ve dolaylı yoldan katılımının payı büyüktür. Yukarıda da değinilen veriler ışığında, İtalya'nın LSG üzerinde etkin bir kontrole sahip olduğu savunulabilir. Buna ilaveten, SAR bölgesinin sorumluluğunu üstlenen AKKM'nin temel vazifesi kazazedeleri kurtarmak ve güvenli bir yerde karaya çıkartılmasını sağlamak noktasında işbirliğini koordine etmektir¹²⁷. Libya ise sığınmacılar için güvenli bir ülke değildir. Libya'daki olumsuz durum, başta AİHM'in *Hirsi* kararında olmak üzere¹²⁸, BMMYK ve insan hakları STK'larının raporlarında da açık bir şekilde vurgulanmaktadır¹²⁹. İtalya'nın, LSG tarafından "kurtarılan" kişilerin zorla Libya'ya geri götürüleceğini, insani olmayan koşullarda gözaltında tutulacağını ve kaçtıkları menşe ülkeye geri gönderileceklerini öngörmemesi mümkün değildir. Nitekim, 2011 yılında AİHM'de görülen *M.S.S. v Belçika ve Yunanistan* davasında mahkeme, sığınmacıların gönderildikleri üçüncü ülkedeki insani koşulların ve kişilerin zulümden kaçtıkları ülkeye geri gönderilmelerine neden olmayacak bir sığınma sistemine sahip olup olmadıklarının gönderen devlet tarafından araştırılması gerektiğine hükmetmiştir¹³⁰. Ayrıca, *S.S. ve Diğerleri* davasında AİHM önünde görüş sunan BMMYK, SAR konusundaki iş birliği ve koordinasyonun sığınmacıların uluslararası korumaya erişimlerinin engellenmesine veya uluslararası korumaya ihtiyaç duyan kişilerin doğrudan veya dolaylı olarak, hayatlarının veya özgürlüklerinin Mülteci Sözleşmesi'ndeki bir gerekçeden dolayı tehdit altında olacağı toprakların sınırlarına geri gönderilmelerine

¹²⁶ Moreno-Lax, s. 414.

¹²⁷ "IMO, Res MSC. 155(78), 2004, para. 3.1.9.

¹²⁸ Bkz. dn. 113.

¹²⁹ UNHCR, "Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the case of *S.S. and Others. v. Italy* (Appl. No. 21660/18) before the European Court of Human Rights", 2019; UNHCR, 2020, UNHCR Position; Amnesty International, "S.S. and Italy and Amnesty International Human Rights Watch: Written Submissions on Behalf of the Interveners", 2019.

¹³⁰ AİHM, Yunanistan üzerinden Belçika'ya giden bir sığınmacının Dublin prosedürleri kapsamında, sığınma prosedürlerinde eksiklikleri olan, gözaltı merkezlerinde kötü muamele uygulandığı ve insani koşulların yetersiz olduğu raporlanan Yunanistan'a geri gönderilmesi nedeniyle Belçika'nın işkence ve insanlık dışı muamele yasağını (AİHS madde 3) ihlal ettiğine hükmetmiştir. Bkz. *M.S.S. v Belgium and Greece*, 2011.

yol amaması gerektiğini vurgulamıřtır¹³¹. Dolayısıyla, *S.S. ve Diğerleri* davasında mahkeme, SAR müdahalesini koordine eden İtalya'nın kurtarılan kişilerin güvenli bir yerde karaya çıkartılmasını koordine etme ykmllĞ çerçevesinde, kişilerin Libya yerine güvenli olduğu kabul edilen bir ülkede karaya çıkartılmasını koordine etmesi gerektiğine hükmedebilir.

Bu durumu destekleyen bir diğer güncel dava kararı İtalyan yargısı tarafından verilmiştir. 2018 yılında gerçekleşen olayda “Asso28” isimli bir İtalyan petrol gemisi Libya ile İtalya arasındaki uluslararası sularda bulunan petrol sondaj platformu yakınlarında 101 göçmen ve sığınmacıyı kurtarıp kişileri Trablus limanına götürüp LSG'ye teslim etmiřtir¹³². Kısa süre sonra, İtalya'da bulunan insan hakları STK'ları Napoli savcılığına şikayette bulunmuş ve dava açılmıştır. Gemi kaptanı savunmasında gemideki kişilerin Libya'ya geri dönmelerinin güvenlikleri için bir risk oluşturduğunu bilmediğini ve olay yeri Libya'ya ait bir SAR bölgesi içerisinde olduğu için kişileri bölgeyle sorumlu olan LSG'ye teslim ettiğini savunmuştur. Napoli Temyiz Mahkemesi'nin 2022 yılında vermiş olduğu kararda, kaptanın gemideki kişilerin durumunu tespit etme, kadınların ve çocukların savunmasız koşullarını değerlendirme ykmllĞ olduğunu ve uluslararası koruma talep eden kişileri “güvenli” bir yere getirme görevi olduğunu belirterek gemi kaptanına hapis cezası vermiştir. Bu dava, bir bireyin geri göndermeme ykmllĞ yerine getirmediği için cezai sorumluluk altında tutulduğu ilk örnek vaka olmuřtur¹³³. Ceza gemi kaptanına verilmiş olsa da İtalyan yargısının, kurtarılan kişilerin güvenli bir yerde karaya çıkartılması sorumluluğunu hatırlatması ve Libya'nın sığınmacılar açısından güvenli bir ülke olmadığını teyit etmesi oldukça önemlidir.

Temassız kontrol uygulamalarından doğan geri göndermeme ilkesi ihlallerinin üçüncü ülkeleri vekil olarak kullanan devletlere de atfedilebilmesi açısından, BM Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından 2001 yılında yayınlanan ve BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen, aynı zamanda, Uluslararası Adalet Divanı tarafından da uluslararası teamül hukukun bir parçası olarak grlen¹³⁴ “Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerden

¹³¹ UNHCR, 2019, Submission, para. 4.6.

¹³² “Ship Captain Sentenced to Prison for Returning Migrants to Libya”, (<https://www.infomigrants.net/en/post/35764/ship-captain-sentenced-to-prison-for-returning-migrants-to-libya>, Erişim Tarihi: 12.12.2024).

¹³³ Zirulia, 2024.

¹³⁴ “Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”

Kaynaklanan Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler” de faydalı bir enstrüman olabilir¹³⁵. Temassız kontrol uygulamaları hukuki sorumluluktan kurtulmak ve yargı yetkisi oluşturmamak adına doğrudan müdahaleler içermediği ya da bunu kanıtlamak g   olduğu için özellikle Devlet Sorumluluğu Maddeleri’nin 16. maddesinde düzenlenen yardım ve destek içeren dolaylı sorumluluk bağı önem kazanmaktadır. İlgili maddeye göre:

“Başka bir devletin uluslararası hukuka aykırı bir eylemde bulunmasına yardım eden veya destek olan bir devlet, aşağıdaki hallerde bu eylemden uluslararası düzeyde sorumludur:

- söz konusu devletin bunu uluslararası haksız fiilin koşulları hakkında bilgi sahibi olarak yapması; ve
- eylemin söz konusu devlet tarafından işlenmesi halinde uluslararası hukuka aykırı olacağı”¹³⁶.

Bu hüküm kısaca, bir devletin haksız eylemi ger ekleştirmedeği ancak başka bir devletin bu eylemi gerçekleştirmesine yardımcı olduğu durumları ele almakta ve bir devletin yapamayacağı bir eylemi başka bir devlet aracılığıyla da yaptıramayacağı ilkesine atıf yapmaktadır¹³⁷. UHK’nın bu maddeye ilişkin yorumuna göre, yardım ve desteğe ilişkin türev sorumluluğun kapsamının üç şekilde sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır. İlk olarak, yardım veya destek sağlayan ilgili devlet organı veya kurumu, yardım edilen devletin davranışını uluslararası düzeyde haksız kılan koşullardan haberdar olmalıdır; ikinci olarak, yardım veya destek söz konusu fiilin işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla verilmeli ve fiilen de bunu yapmalıdır ve üçüncü olarak, tamamlanan eylem, yardım eden devletin kendisi tarafından işlenmiş olsaydı haksız eylem olarak nitelendirilecek şekilde olmalıdır¹³⁸. İlk kriter olan haksız eylemin koşulları hakkında bilgi sahibi olma koşulu AİHM kararlarında, bir durumun iyi bilindiği ve birden fazla kaynağa dayanarak doğrulanmasının kolay olduğu durumlar olarak nitelendirilmektedir¹³⁹. S.S. olayı  rneği üzerinden gidilecek

(Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) Judgment International Court of Justice (ICJ) Reports (2007), para 419; Lauterpacht/Bethlehem, s. 108.

¹³⁵ UNGA Res A/56/83, 2002, dn. 27.

¹³⁶ UNGA Res A/56/83, 2002, md. 16.

¹³⁷ ILC, “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries”, 2001, md. 16 para. 6,

¹³⁸ ILC, 2001, md. 16 para. 3.

¹³⁹ Bkz. Hirsi and Others v Italy, para. 131; M.S.S. v Belgium and Greece, para. 366-367.

olursa, daha önce de değinildiği üzere, İtalya'nın Libya'daki koşullardan ve geri gönderilen kişilerin AİHS 3. Maddesi kapsamında insanlık dışı muameleye maruz kalacağından ya da bu muameleye maruz kalacakları menşe ülkelerine geri gnderilmelerinden habersiz olması olası değildir. İkinci kriter, yardım veya desteğin haksız eylemin işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla verilmiş ve bunu fiilen gerçekleştirmiş olmasını gerektirmektedir. UHK'nın yorumuna göre, yardım ya da desteğin uluslararası haksız eylemin gerçekleştirilmesi için elzem olmasına gerek yoktur, bu eyleme önemli ölçüde katkıda bulunması yeterlidir¹⁴⁰. AB'nin ve İtalya'nın Libya'ya sağladığı finansman, teçhizat, eğitim, koordinasyon yardımlarının LSG'nin geri çekme operasyonlarını yürütmesi için gerekli olan kabiliyeti ve motivasyonu sağladığı yadsınamaz. Bu desteklerin yokluğunda Libya'nın bu operasyonları sürdürebilmesi ya da herhangi bir maddi kazanç ya da çıkar elde etmeden yüz binlerce göçmen ve sığınmacıyı ülkesinde tutması çok olası olmadığı gibi imkanları açısından mümkün de görünmemektedir. Elbette İtalya'nın Libya'ya, geri çekilen sığınmacılara kötü muamele edilmesi ya da zulümden kaçtıkları menşe ülkelerine geri gönderilmeleri amacıyla destek verdiğini savunmak ya da bu iddiayı kanıtlamak güçtür, ancak, Libya'daki olumsuz koşullar hakkında bilgi sahibi olunmasına rağmen bu operasyonların sürmesi için sağlanan destekler haksız eyleme yardım olarak nitelendirilebilir. Ayrıca, AB'nin yeni g stratejisinde temel hedefin, üçüncü ülkelere sağlanacak yardımlarla g akımlarının AB'ye ulaşmasını engellemek olduğu ifade edilmiřtir¹⁴¹. Dolayısıyla, nc ülkelere verilen bu yardımların olası haksız eylemleri kolaylaştırıcı etkisi devlet sorumluluğunu ortaya ıkartabilir¹⁴². UHK'nın yorumuna göre son kriter ise, yardım ya da destek veren bir devlet, her iki devletin de bağlı olduğu bir yükümlülüğün yardım edilen devlet tarafından ihlal edilmesini kasten sağlayamayacağı, diğer bir ifadeyle bir devletin kendi yapamadığını başkası eliyle yapamayacağı anlamına gelmektedir¹⁴³. Libya AİHS'e taraf bir devlet olmasa da tıpkı İtalya gibi MSHUS'a taraftır. MSHUS'un 7. maddesi hiç kimsenin işkence ya da insanlık dışı muameleye maruz kalamayacağını ve böyle bir olasılığın olduğu ülkeye de geri gnderilemeyeceğini vurgulamaktadır¹⁴⁴. Sözleşmeden doğan ykmllĞn

¹⁴⁰ ILC, 2001, md. 16 para. 5.

¹⁴¹ EC, 2016, Establishing.

¹⁴² Giuffr/Moreno-Lax, s. 102-103.

¹⁴³ ILC, 2001, md. 16 para. 6.

¹⁴⁴ UN Human Rights Committee, 2004, General Comment, para. 12.

yerine getirmeyen bir devlete, yükümlülüğünü ihlal etmeye devam etmesine olanak sağlayacak şekilde yardımcı olmanın, yardım eden devlet açısından sorumluluk yaratabileceği savunulabilir¹⁴⁵. Ayrıca İtalya, *Hirsi* kararında, sığınmacıları Libya'ya geri gönderdiği için suçlu bulunmuşken, bu haksız eylemi yapması için Libya'ya destek vermesi de söz konusu kriter çerçevesinde İtalya'nın sorumluluğunu göstermektedir.

Devlet Sorumluluğu Maddeleri'nin konuyla ilgili bir diğer önemli maddesi ise 17. maddedir. 17. madde, bir devletin, uluslararası haksız bir eylemde bulunan diğer bir devletin egemen takdir yetkisini yönlendiren ya da kontrol eden varlığının devlet sorumluluğu doğurabileceğini vurgulamaktadır¹⁴⁶. Bu hüküm, haksız eylemi gerçekleştiren devletin, bir başka devlet tarafından, bu eylemi gerçekleştirmesi için etkin bir yönlendirme ve kontrol altında olma durumunun kanıtlanmasını gerektirmektedir. AB'nin temassız kontrol politikası ve uygulamaları göz önüne alındığında, üye devletlerin yargı yetkisi yaratacak şekilde üçüncü ülkeleri doğrudan yönlendirmesi ya da üzerlerinde etkin bir kontrol sağlaması ya da bunun kanıtlanması çok olası görünmemektedir. Bu açıdan, 16. maddeye göre sorumluluk bağı tesis etmek daha zordur. Bununla birlikte, S.S. olayı örneği üzerinden gidilecek olursa, İtalya AKKM'sinin ve koordinasyon desteği için İtalyan yetkililerin de yer aldığı Trablus'taki Libya Donanması İletişim Merkezi'nin LSG'ye vermiş olduğu talimatlar¹⁴⁷, kanıtlanması durumunda, AİHM tarafından yönlendirme ya da kontrol olarak nitelendirilebilir¹⁴⁸. Ayrıca, üçüncü ülkeler ile imzalanan ikili anlaşmalar üçüncü ülkelerin geri çekme operasyonlarındaki¹⁴⁹ takdir yetkisini önemli ölçüde sınırlandırmaktadır. Zira, anlaşma çerçevesinde yapılan geri çekme operasyonlarının başta geri göndermeme ilkesi olmak

¹⁴⁵ Pijnenburg, s. 419.

¹⁴⁶ “Başka bir devlet tarafından uluslararası haksız bir fiilin işlenmesini yönlendiren ve kontrol eden bir devlet, aşağıdaki durumlarda bu fiilden uluslararası olarak sorumludur: (a) bu devlet uluslararası haksız fiilin koşullarını bilerek bunu yapıyorsa; ve (b) fiil bu devlet tarafından işlenseydi uluslararası olarak haksız olacaksa”. Bkz. UNGA Res A/56/83, 2002, md. 17.

¹⁴⁷ Moreno-Lax, s. 392-393.

¹⁴⁸ Nitekim AİHM *Ilaşcu* davasında Rusya'nın, Moldova'nın ayrılıkçı Transdinyester yönetimine mali, askeri ve siyasi desteğinin bölgede etkin kontrol ya da yönlendirici bir etkiye sahip olduğuna ve davadaki olayların AİHS 1. Maddesi kapsamında Rusya'nın yargı yetkisi kapsamına girdiğine karar vermiştir. Bkz. *Ilaşcu v Moldova and Russia*, para. 392-394.

¹⁴⁹ Bu operasyonlar genellikle “arama kurtarma operasyonu” adı altında insani bir kılıfa büründürülse de kurtarılanlar genellikle AB ülkelerine değil, yola çıktıkları üçüncü ülkelere geri götürülmektedir.

üzere insan haklarına ve mülteci hukukuna uygun bir şekilde yerine getirilmesi çok mümkün olmamaktadır. Libya örneğinde, Mülteci Sözleşmesine taraf olmayan bir devletin geri çektiği sığınmacılara verebileceği bir uluslararası koruma statüsü olmadığı gibi onlara gözaltında tutulmak ya da ülkelerine geri dönmekten başka sunabilecekleri bir seçenek de bulunmamaktadır¹⁵⁰. Zira bu tarz anlaşmalar, kendilerine sunulan imkanları ve vaatleri kaybetmek istemeyen üçüncü ülkelere, kurtarılan kişileri en yakın güvenli yere -ki bu durumda bu güvenli yerler çoğunlukla Avrupa ülkeleridir- çıkartılması hususunda takdir yetkisi tanımamakta ve kendi ülkelerine kabul etmelerini öngörmektedir.

SONUÇ

Mülteci ve sığınmacıların uluslararası hukuktan doğan en temel güvencelerden biri olan geri göndermeme ilkesi günümüz devlet politikaları ve uygulamaları ile etkinliğini giderek kaybetmeye başlamıştır. Devletlerin göç kontrolü üzerinde mutlak egemenliğe sahip olma arzuları, geri göndermeme ilkesi ve onun zımni bir biçimde içinde barındırdığı sığınma talebine cevap verme yükümlülüğü ile ciddi bir çatışma içerisindedir. Devletler uzun bir süreden bu yana bu yükümlülüğünden sıyrılma amacıyla göç kontrol politikalarının merkezini ülke dışına kaydırmaya çalışmaktadırlar. ABD ve Avustralya gibi insan hakları retorikini sıklıkla kullanan devletlerin, insan haklarını ikinci plana atarak geri göndermeme ilkesinin ülke dışında uygulanabilirliğini reddedip buna göre politikalar yürütmesi ve dahası ulusal yüksek yargı makamlarının bu politikaları destekleyen kararları geri göndermeme ilkesinin dünya genelinde uygulanmasına kötü bir örnek teşkil etmektedir. AB üyesi devletlerin benzer politikaları önünde ise AİHM engeli bulunmaktadır. Özellikle *Hirsi* kararının yarattığı, geri göndermeme ilkesinin uygulanabilirliğinin etkin kontrolün uygulandığı her bölgede geçerli olduğuna yönelik içtihat AB üyesi devletlerin sığınmacı taşıyan gemilere müdahale politikasını yeniden gözden geçirmesine neden olmuştur. Ancak bu yeniden gözden geçirme süreci, beklenildiği gibi, insan haklarını önceleyerek denizlerde yaşanan dramların önüne geçecek insani ve uluslararası hukuka uygun çözümler üretmek yerine, geri göndermeme yükümlülüğünü tetiklemeden sığınmacı taşıyan gemilerin AB karasularından uzak tutulmasına yönelik yeni bir stratejik planın hayata geçirilmesiyle sonuçlanmıştır. AB'nin üçüncü ülkeleri vekil olarak kullanıp geri çekme operasyonlarını ve dolayısıyla geri

¹⁵⁰ Giuffré/Moreno-Lax, s. 104.

göndermeme ilkesi yükümlülüğünü üçüncü ülkelere yükleme stratejisini konu edinen ve halen AİHM’de görülmekte olan *S.S. ve Diğerleri* davasında, bu tarz politikaların yargı yetkisi yaratmadığı ve bu nedenle AB üyesi devletlerin geri göndermeme ilkesi ihlalinden sorumlu tutulamayacağına hükmedilmesi durumunda, *Sale* davası ile başlayan sürecin tamamlanmasına ve geri göndermeme ilkesinin tabutuna son çivinin çakılmasına neden olacaktır. Böylelikle, üçüncü ülkeleri denizlerdeki önleyici müdahaleler için vekil olarak kullanabilme kapasitesine sahip güçlü devletlerin geri göndermeme yükümlülüğü ile bağlı olmadığı, bu kapasiteye sahip olmayan devletlerin ise bu yükümlülüğü üstlenmek zorunda kaldıkları kurgusal bir ilkeye dönüşme ihtimali yüksek görünmektedir. Olumlu bir kararın çıkması durumunda ise üçüncü ülkeleri vekil olarak kullanan devletlerin haksız eyleme yönelik devlet sorumluluğunu ilgili üçüncü ülkelerle paylaşması gerekecek ve geri göndermeme ilkesinin etkinliği açısından oldukça önemli bir kazanım olacaktır.

KAYNAKÇA

- Allain, Jean, “The Jus Cogens Nature of Non-refoulement”, *International Journal of Refugee Law*, 2001, Vol. 13, No. 4, s. 533–558.
- Amnesty International, “S.S. and Italy and Amnesty International Human Rights Watch: Written Submissions on Behalf of the Interveners”, (<https://www.amnesty.org/en/wp-content/uploads/2021/05/EUR3013982019ENGLISH.pdf>, Erişim Tarihi: 10.12.2024).
- Bailliet, Cecilia, “The Tampa Case and Its Impact on Burden Sharing at Sea”, *Human Rights Quarterly*, 2003, Vol. 25, No. 3, s. 741–774.
- Baumgrtel, M., “High Risk, High Reward: Taking the Question of Italy’s Involvement in Libyan ‘Pullback’ Policies to the European Court of Human Rights”, 2018, *EJIL*, (<https://www.ejiltalk.org/high-risk-high-reward-taking-the-question-of-italys-involvement-in-libyan-pullback-policies-to-the-european-court-of-human-rights/>, Erişim Tarihi: 09.12.2024).
- Besson, Samantha, “The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to”, *Leiden Journal of International Law*, 2012, Vol. 25, No. 4, s. 857–884.
- Cartagena Declaration on Refugees, Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama, 1984, (<https://www.refworld.org/legal/resolution/rri/1984/en/64184>, Erişim Tarihi: 05.10.2024).
- Costello, Cathryn, Article 31 of the Convention Relating to the Status of Refugees, UNHCR Legal and Protection Policy Research Series, 2017.
- Çiçekli, Blent, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara 2014.
- De Leo, Andreina, “S.S and Others v. Italy: Sharing Responsibility for Migrants Abuses in Libya”, (<https://www.publicinternationallawandpolicygroup.org/lawyer-ing-justice-blog/2020/4/23/ss-and-others-v-italy-sharing-responsibility-for-migrants-abuses-in-libya>, Erişim Tarihi: 07.12.2024).
- Den Heijer, Maarten, “Reflections on Refoulement and Collective Expulsion in the Hirsi Case”, *International Journal of Refugee*, 2013, Vol. 25, No.

2, s. 265-290.

EC, “Establishing a New Partnership Framework with Third Countries Under the European Agenda on Migration”, 2016, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52016DC0385>, Erişim Tarihi: 15.12.2024).

EC, “Fourth Report on the Progress Made in the Implementation of the EU-Turkey Statement”, 2016, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0792>, Erişim Tarihi: 15.12.2024).

EC, “EU Jordan Partnership Priorities and Annexed Compact”, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016JC0041>, Erişim Tarihi: 12.12.2024).

“EU-Jordan Partnership Priorities and Annexed Compact”, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016JC0041>, Erişim Tarihi: 12.12.2024).

Fischer-Lescano, Andreas/Löhr, Tillmann/Tohidipur, Timo, “Border Controls at Sea: Requirements Under International Human Rights and Refugee Law”, *International Journal of Refugee Law*, 2009, Vol. 21, No. 2, s. 256–296.

Gammeltoft-Hansen, Thomas/Hathaway, James “Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2015, Vol. 53, No. 2, s. 235–284.

Gammeltoft-Hansen, Thomas, “The Refugee, the Sovereign and the Sea: EU Interdiction Policies in the Mediterranean”, *DIIS Working Paper*, 2008.

Ghezelbash, Daniel, “Shifting Sands and Refugee Boats: the Transfer of Immigration Control Measures Between the United States and Australia”, *University of Sydney*, Sydney 2015.

Giuffré, Mariagiulia/Moreno-Lax, Violeta “The Raise of Consensual Containment : From Contactless Control to Contactless Responsibility for Forced Migration Flows”, *Research Handbook on International Refugee Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2019, s. 82–108, (Editör: Juss, Satvinder).

Giuffré, Mariagiulia, “Access to Asylum at Sea? Non-refoulement and a Comprehensive Approach to Extraterritorial Human Rights

Obligations”, ‘Boat Refugees’ and Migrants at Sea: A Comprehensive Approach Integrating Maritime Security with Human Rights, Brill Nijhoff, Boston 2016, s. 248–275, (Editör: Moreno-Lax, Violeta/Papastavridis, Efthymios).

Giuffré, Mariagiulia, “State Responsibility Beyond Borders: What Legal Basis for Italy’s Push-backs to Libya?”, *International Journal of Refugee Law*, 2013, Vol. 24, No. 4, s. 692–734.

Giuffré, Mariagiulia, “Watered-Down Rights On The High Seas: Hirsi Jamaa and Others v Italy” *International and Comparative Law Quarterly*, 2012, Vol. 61, No. 3, 728-750.

Goodwin-Gill, Guy S./McAdam, Jane, *The Refugee in International Law*, Fourth Edition, Oxford University Press, New York 2021.

Goodwin-Gill, Guy S., “Setting the Scene: Refugees, Asylum Seekers, and Migrants at Sea – the Need for a Long-term, Protection-Centred Vision”, ‘Boat Refugees’ and Migrants at Sea: A Comprehensive Approach Integrating Maritime Security with Human Rights, Brill Nijhoff, Boston 2016, s. 17–31, (Editör: Moreno-Lax, Violeta/Papastavridis, Efthymios).

Goodwin-Gill, Guy S., “The Haitian Refoulement Case: A Comment”, *International Journal of Refugee Law*, 1994, Vol. 6, No. 1, s. 103–109.

Goodwin-Gill, Guy S., “The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-refoulement”, *International Journal of Refugee Law*, 2011, Vol. 23, No. 3, s. 443–457.

Güneş, Ayşe, “Devletlerin Özen Yükümlülüğü İlkesi Bağlamında Denizlerde Göçmenleri Koruma Görevi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2021, C. 12, S. 48, s. 415-438.

Hathaway, James, *The Rights of Refugees Under International Law*, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge 2021.

Heschl, Lisa, *Protecting the Rights of Refugees Beyond European Borders*, First Edition, Intersentia, Cambridge 2018.

Higgins, Claire, “The (Un-)sustainability of Australia’s Offshore Processing and Settlement Policy”, ‘Boat Refugees’ and Migrants at Sea: A Comprehensive Approach Integrating Maritime Security with Human

Rights, Brill Nijhoff, Boston 2016, s. 303–326, (Editör: Moreno-Lax, Violeta/Papastavridis, Efthymios).

ILC, “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries”, (https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, Erişim Tarihi: 25.12. 2024).

IOM, “Missing Migrants Project”, (<https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean>, Erişim Tarihi: 12.12.2024).

Kälın, Walter/Caroni, Martina/Heim, Lukas, “Article 33, para. 1”, The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol, Oxford University Press, New York 2011, s. 1327–1395, (Editör: Zimmermann, Andreas).

Kirchner, Stefan/Geler-Noch, Katarzyna/Frese, Vanessa, “Coastal State Obligations in the Context of Refugees At Sea Under the European Convention on Human Rights”, Ocean and Coastal Law Journal, 2015, Vol. 20, No. 1, s. 57–82.

Klein, Natalie, “A Case for Harmonizing Laws on Maritime Interceptions of Irregular Migrants”, International and Comparative Law Quarterly, 2014, Vol. 63, No. 4, s. 787–814.

Klug, Anja/ Howe, Tim, “The Concept of State Jurisdiction and the Applicability of the *Non-refoulement* Principle to Extraterritorial Interception Measures”, Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges, Martinus Nijhoff, Leiden 2010, s. 69–102, (Editör: Ryan, Bernard/ Mitsilegas, Valsamis).

Lambert, Héléne, “Protection Against Refoulement from Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue”, International and Comparative Law Quarterly, 1999, Vol. 48, No. 3, s. 515–544.

Lauterpacht, Elihu/ Bethlehem, Daniel, “The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement: Opinion”, Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection, Cambridge University Press, Cambridge 2003, s. 87–180, (Editör: Feller, Erika/Türk, Volker/ Nicholson, Frances).

Leghtas, Izza, “‘Hell on Earth’: Abuses Against Refugees and Migrants Trying to Reach Europe from Libya”, Refugees International, 2017, (<https://www.refugeesinternational.org/reports-briefs/hell-on-earth-abuses->

against-refugees-and-migrants-trying-to-reach-europe-from-libya/, Erişim Tarihi: 15.12.2024).

Mallroy, Conall, “European Court of Human Rights Al-Skeini and Others v United Kingdom (Application No 55721/07) Judgment of 7 July 2011”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 2012, Vol. 61, No. 1, s. 301–312.

Memorandum of Understanding on a Strategic and Global Partnership between the European Union and Tunisia, (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3887, Erişim Tarihi: 12.12.2024).

Memorandum of Understanding on Cooperation in the Fields of Development, the Fight against Illegal Immigration, Human Trafficking and Fuel Smuggling and on Reinforcing the Security of Borders between the State of Libya and the Italian Republic, (https://eumigrationlawblog.eu/wpcontent/uploads/2017/10/MEMORANDUM_translation_finalversion.doc.pdf, Erişim Tarihi: 04.12.2024).

Milanovic, Marko, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Laws, Principles, and Policy*, First Edition, Oxford University Press, New York 2011.

Moreno-Lax, Violeta, “The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control- On public Powers, S.S and others v. Italy, and the ‘Operational Model’”, *German Law Journal*, 2020, Vol. 21, No. 3, s. 385–416.

Noll, Gregor, “Article 31: Refugee Unlawfully in the Country of Refugee”, *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford University Press, New York 2010, s.1243-1276, (Editör: Zimmermann, Andreas).

O’Brien, Killian S., “Refugees on the High Seas : International Refugee Law Solutions to a Law of the Sea Problem”, *Goettingen Journal of International Law*, 2011, Vol. 3, No. 2, s. 715–732.

Pijnenburg, Annick, “From Italian Pushbacks to Libyan Pullbacks: Is Hirsi 2.0 in the Making in Strasbourg?”, *European Journal of Migration and Law*, 2018, Vol. 20, No. 4, s. 396–426.

“Ship Captain Sentenced to Prison for Returning Migrants to Libya”, (<https://www.infomigrants.net/en/post/35764/ship-captain-sentenced-to-prison-for->

returning-migrants-to-libya, Erişim Tarihi: 12.12.2024).

The Guardian, “Revealed: Greek Police Coerce Asylum Seekers into Pushing Fellow Migrants Back to Turkey”, (<https://www.theguardian.com/global-development/2022/jun/28/greek-police-coerce-asylum-seekers-pushbacks-migrants-turkey>), Erişim Tarihi: 20.10.2024).

Türkdoğan, Mehmet Arif, “Avrupa Birliği’nin Göç Politikası ve Türkiye ile İlişkilerinde Göç Sorunu”, Avrupa Birliği’nin Küresel ve Bölgesel Politikaları, Nobel Bilimsel, Ankara 2022, s. 267–301, (Editör: Dalar, Mehmet/Sağsen, İlhan).

UN, “Treaty Collection”, (<https://treaties.un.org/> Erişim Tarihi: 01.09.2024).

UN Human Rights Committee, “General Comment No. 31 on the Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant”, 2004, (<https://www.refworld.org/legal/general/hrc/2004/en/52451>, Erişim Tarihi: 15.10.2024)

UN Human Rights Committee, “CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)”, 1992, (<https://www.refworld.org/legal/general/hrc/1992/en/11086>, Erişim Tarihi: 15.10.2024).

UNHCR, “Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol”, 2007, (<https://www.refworld.org/policy/legalguidance/unhcr/2007/en/40854>, Erişim Tarihi: 10.10.2024).

UNHCR “Conclusion on Protection Safeguards in Interception Measures No. 97 (LIV)-2003”, 2003, (<https://www.unhcr.org/publications/conclusion-protection-safeguards-interception-measures>, Erişim Tarihi: 10.10.2024).

UNHCR, “Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the case of *S.S. and Others. v. Italy* (Appl. No. 21660/18) before the European Court of Human Rights”, 2019, (<https://www.refworld.org/jurisprudence/amicus/unhcr/2019/en/120594>, Erişim Tarihi: 6.12.2024).

UNHCR, “Summary Conclusions: The Principle of Non-refoulement”, 2001,

(<https://www.refworld.org/policy/legalguidance/cup/2003/en/49527>, Erişim Tarihi: 12.12.2024).

UNHCR, “UN High Commissioner for Refugees Responds to U.S. Supreme Court Decision in *Sale v. Haitian Centers Council*”, *International Legal Materials*, 1993, Vol. 32, No. 5, s. 1215–16.

UNHCR, “UNHCR Position on the Designations of Libya as a Safe Third Country and as a Place of Safety for the Purpose of Disembarkation Following Rescue at Sea”, 2020, (<https://www.refworld.org/policy/countryspos/unhcr/2020/en/123326>, Erişim Tarihi: 08.12.2024).

“Udate: Evidence for Reckless Behavior of Libyan Coast Guards”, (<https://sea-watch.org/en/update-evidence-for-reckless-behavior-of-libyan-coast-guards/>, Erişim Tarihi: 07.12.2024).

U.S. Department of State, “U.S. Observations on UNHCR Advisory Opinion on Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations (Dec. 28, 2007)”, (<https://2001-2009.state.gov/s/l/2007/112631.htm>, Erişim Tarihi: 24.11.2024).

Uzun, Elif, “Geri Göndermeme (Non-Refoulement) İlkesinin Uluslararası Hukuktaki Konumu Üzerine bir Değerlendirme”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, 2012, C. 8, S. 30, s. 25-58.

Vari, Elisa, “Italy-Libya Memorandum of Understanding: Italy’s International Obligations”, *Hastings International and Comparative Law Review*, 2020, Vol. 43, No. 1, s. 105–134.

“With EU Funding: Launch of the Joint UN Programme under the Joint Platform for Migrants and Refugees in Egypt”, (https://www.eeas.europa.eu/delegations/egypt/eu-funding-launch-joint-un-programme-under-joint-platform-migrants-and-refugees-egypt_en#:~:text=Under%20the%20Strategic%20and%20Partnership,rights%20of%20migrants%20and%20refugees, Erişim Tarihi: 12.12.2024).

Zirulia, Stefano, “Refolement as a Crime: Insights from the Asso28 Push-Back Case”, (<https://verfassungsblog.de/refoulement-as-a-crime/>, Erişim Tarihi: 12.12.2024).

1. Finansal Destek Beyanı | Financial Support Statement

Bu çalışma herhangi bir finansal destek almadan gerçekleştirilmiştir. | This research received no financial support.

2. Çıkar Çatışması Beyanı | Conflict of Interest Statement

Yazar, çıkar çatışması bulunmadığını beyan etmektedir. | The author declare no conflict of interest.

3. Etik Kurul Onayı | Ethics Committee Approval

Bu çalışma için etik kurul onayı gerekmemektedir. | Ethics committee approval was not required for this study.

4. Yazar Katkı Beyanı | Author Contributions

Bu makale yazarlar tarafından eşit katkı ile hazırlanmıştır. | This article was prepared by with equal contributions.

5. Araştırma ve Yayın Etiği Beyanı | Research and Publication Ethics Statement

Yazar, çalışmada akademik etik kurallara uyulduğunu ve herhangi bir etik ihlal bulunmadığını beyan etmektedir. | The author declare that all ethical guidelines for research and publication have been followed and that no violations have occurred.

6. İntihal Taraması ve Hakemlik Süreci | Plagiarism and Peer Review Statement

Makale, intihal programıyla taranmış ve çift kör hakemlik sürecinden geçmiştir. | This article was screened by plagiarism detection software and evaluated through a double-blind peer-review process.