



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

ÜÇÜNCÜ DAİRE

CONKA - BELÇİKA DAVASI

(Başvuru no. 51564/99)

KARAR

STRASBOURG

5 Şubat 2002

NİHAİ KARAR

5/05/2002

İşbu karar AİHS'nin 44/2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir.

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

CONKA - BELÇİKA Davasında,

J. P. COSTA başkanlığında, hakimler;

W. FUHRMANN,

P. KÜRIS,

K. JUNGWIERT,

Nicolas BRATZA,

K. TRAJA,

J. VELAERS *geçici*,

ve daire katibi, S. DOLLÉ mevcudiyetinde,

15 Mayıs 2001 ve 15 Ocak 2012 tarihlerinde toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Üçüncü Daire),

15 Ocak 2002 taridinde aşağıdaki kararı vermiştir.

USUL

1. Belçika aleyhine açılan (51564/99) başvuru numaralı davanın temelinde, Slovakya vatandaşları olan Ján Čonka, Mária Čonková, Nad'a Čonková ve Nikola Čonková'nın (başvuranlar) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - Sözleşme) 34. maddesi uyarınca 4 Ekim 1999 tarihinde yapmış olduğu başvuru bulunmaktadır.
2. Başvuranlar özellikle, gözaltına alınma ve Slovakya'ya sınır dışı edilme durumlarının Sözleşme'nin 5. ve 13. Maddelerinin ve 4 No.lu Protokolün 4. maddesini ihlal ettiğini iddia etmişlerdir.
3. Başvuru, Mahkemenin Üçüncü Dairesine tahsis edilmiştir (Mahkeme İç Tüzüğü'nün 52 § 1 maddesi). Bu Bölümde, davayı değerlendirecek jüri (Sözleşme'nin 27 § 1. Maddesi), Madde 26 § 1'de belirtildiği şekilde oluşturulmuştur. Belçika için seçilen yargıç Bayan F. Tulkens mahkeme oturumundan çekilmiştir (Madde 28). Belçika Hükümeti ("Hükümet") bunun üzerine Sayın J. Velaers'ı geçici (ad hoc) yargıç olarak görevlendirmiştir (Sözleşme'nin 27 § 2. maddesi ve 29. Maddenin 1. Fıkrası).
4. Daire 13 Mart 2001 tarihli bir kararla başvuruyu kısmen kabul edilebilir ilan etmiştir [Kayıt Dairesi Notu. Mahkeme'nin kararı, Kayıt Dairesi'nden elde edilebilir].
5. Başvuranlar ve Hükümet ayrı ayrı esasa ilişkin görüş bildirmiştir (İçtüzük 59 § 1).
6. 15 Mayıs 2001 tarihinde Strazburg İnsan Hakları Binası'nda halka açık bir duruşma yapılmıştır (İçtüzük 59 § 2).

Bu duruşmada Mahkeme huzuruna katılanlar aşağıdaki gibidir.

(a) Hükümet adına

C. DEBRULLE,

R. ERGEC,

F. BERNARD,

Genel Müdür, Adalet Bakanlığı, Temsilci,
Avukat, Dava Vekili,
Danışmanlar,

F. ROOSEMONT,
T. MICHAUX,
P. SMETS,
J. GILLIAUX,
I. VERHEVEN

(b) Başvuranlar adına
G.-H. BEAUTHIER,
N. VAN OVERLOOP,
O. DE SCHUTTER,

Dava Vekilleri

Mahkeme, Bay Beauthier, Bay de Schutter, Bay Ergeç, Bay van Overloop ve Bay Gilliaux'un sorularını ve sorularına verilen cevapları dinlemiştir.

OLAYLAR (Maddi Unsur)

I. DAVANIN KOŞULLARI

7. Bay Ján Čonka, Bayan Mária Čonková, Bayan Nad'a Čonková ve Bayan Nikola Čonková, sırasıyla 1960, 1961, 1985 ve 1991'de doğmuş olan Roman asıllı Slovak vatandaşlarıdır. İlk iki başvuran, üçüncü ve dördüncü başvuranların ebeveynleridir.
8. Başvuranlar, Mart ve Kasım 1998 arasında çeşitli zamanlarda Slovak Cumhuriyeti'ndeki ırkçılar (dazlaklar) tarafından şiddetli saldırıya uğradıklarını iddia etmektedir. Gerçekten de, Kasım 1998'de, Bay Čonka bir saldırı sırasında o kadar ağır yaralanmıştı ki hastaneye yatırılmak zorunda kalmıştı. Polis aranmış ama müdahale etmeyi reddetmiştir. Birkaç gün sonra Bay ve Bayan Conka, dazlaklar tarafından yeni hakaret ve tehditlere maruz kalmış, ancak polis yine müdahale etmeyi reddetmiştir.
Bu sürekli tehditlerin bir sonucu olarak, başvuranlar Slovakya'dan kaçmaya ve 1998 yılının Kasım ayının başına geldikleri Belçika'ya seyahat etmeye karar vermiştir: 6 Kasım'da Bay Čonka ve iki küçük çocuk, iki gün sonra da bayan Čonka ülkeye gelmiştir.

A. Başvuranların iltica başvurusu

9. Başvuranlar 12 Kasım 1998'de Belçika'ya siyasi iltica talebinde bulunmuştur.
10. 3 Mart 1999 tarihinde, sığınma başvuruları, Mültecilerin Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nin amaçları bakımından yaşamlarının Slovakya'da risk altında olduğunu gösteren yeterli kanıt sunmadıkları gerekçesiyle İçişleri Bakanlığı Yabancılar Dairesi Genel Müdürlüğü tarafından kabul edilemez olarak ilan edilmiştir. Belçika'da kalma iznini reddeden karara, ülkeye girmelerine izin vermeyen ve beş gün içinde ülke topraklarını terk etmelerini isteyen bir emir de eşlik etmiştir.
11. Başvuranlar, 5 Mart 1999 tarihinde, Belçika'da kalma iznini reddeden kararlara karşı acil başvuru prosedürü çerçevesinde Mülteci ve Vatansız Kişiler Komiserliğine ("Genel Komiserlik") temyiz başvurusunda bulunmuştur.

12. 14 Nisan 1999 tarihinde Bay Čonka, sığınma talebinde bulunma gerekçelerini ortaya koymak üzere Genel Komiserlik ofisine gitmeye davet edilmiş ancak randevuya gidememiştir.
13. 23 Nisan 1999 tarihinde, bir tercüman yardımıyla Bayan Čonková, yargılanmak üzere tutuklu bulunduğu Ghent Hapishanesinde Komiserlik Bürosu'nun temsilcileri tarafından dinlenmiştir. 17 Mayıs 1999'da, Ghent Ceza Mahkemesi tarafından hırsızlık suçundan sekiz ay hapis cezasına çarptırılmıştır.
14. 18 Haziran 1999 tarihinde, Genel Komiserlik, Yabancılar Bürosu'nun başvuruların izinlerini reddetme kararını onamıştır. Komiserliğin Čonka davasındaki kararı, uygun bir mazeret göstermeden randevusuna katılamamasına dayanmıştır. Bayan Čonková ile ilgili olarak, Genel Komiserlik iki sayfa tutan gerekçelerle, başvuranın yazılı ifadesinde büyük çelişkiler olduğunu ve güvenilirliği konusunda ciddi şüpheler bulunduğunu dile getirmiştir.
- Örneğin Bayan Čonková, 4 Kasım 1998'de başka hususların yanında, eşi Bay Čonka'nın dazlaklar tarafından hastaneye kaldırılmak zorunda kalacak kadar şiddetli bir şekilde saldırıya uğramış olduğunu, polisin çağrıldığını ancak gelmediğini ve bu olayın Slovakya'dan kaçma kararlarının doğrudan sebebi olduğunu belirtmiştir. Ancak, Komiserlik, söz konusu beyanın, Čonková'nın uçak bileti ve kocası ve çocuklarının Belçika'ya seyahat için otobüs biletlerinin 2 Ekim tarihinde, yani 4 Kasım tarihli olaydan önce alınmış olması sebebiyle çürütüldüğü düşünmüştür. Ayrıca 2 Kasım 1998'de Bayan Čonková'nın olay hakkındaki açıklamaları, özellikle de polisin olay yerine gelip gelmediği konusunda üvey kızının anlattıkları ile çelişmiştir.
- Komiserlik, kararlarında başvuruların kaçtıkları ülkeye sınır dışı edilmesini (Slovakya) ve acil durum prosedürüne göre yapılan başvuru ile askıya alınan, ülkeyi terk etmeleri için verilmiş 5 günlük sürenin, kararın başvurulara iletilmesinden itibaren kaldığı yerden devam etmesini emretmiştir.
15. 24 Haziran 1999'da Bayan Čonková serbest bırakılmış ve ülke topraklarını beş gün içinde yani 29 Haziran'da gece yarısına kadar terk etmesi için yeni bir talimat verilmiştir.
16. Başvurular, 3 Ağustos 1999 tarihinde, 18 Haziran 1999 tarihli kararın adli incelemesine ve olağan usul uyarınca yürütmenin durdurulmasına ilişkin olarak Danıştay'a başvurularda bulunmuştur. Ayrıca adli yardım başvurusu da yapılmıştır.
17. 23 Eylül 1999 tarihinde, Danıştay, yargı usul kanununun 676-3. Maddesinin gerektirdiği gelir belgesinin, Bayan Čonková'nın başvurusunda aslı yerine fotokopi olarak bulunduğu gerekçesiyle hukuki yardım başvurusunu reddetmiştir. Sonuç olarak, başvurular, adli yardım talebini reddeden bildirden sonraki on beş gün içinde mahkeme ücretlerini ödemeye davet edilmişlerdir. Bu davete cevap vermediklerinden, yargı denetimine ve yürütmenin durdurulmasına yönelik başvuruları 28 Ekim 1999 tarihinde kayıttan düşürülmüştür.

B. Başvuruların gözaltına alınması ve sınır dışı edilmeleri

18. Eylül 1999 sonunda Gent polisi, başvurular da dahil olmak üzere, bir dizi Roman Slovakyalı aileye, 1 Ekim 1999 tarihinde polis karakoluna gelmeleri gerektiğine dair bir bildiri göndermiştir. Bildiri, Hollandaca ve Slovakça'da hazırlanmış ve iltica başvuruları ile ilgili dosyaların tamamlanması için gelmelerinin şart olduğunu belirtmiştir.

19. Slovakça konuşan bir tercümanın da bulunduğu polis karakolunda, başvurulara, Slovakya'ya sınır dışı edilmeleri ve bu amaçla gözaltına alınmaları kararını da içeren, ülkeden ayrılmaları yönünde 29 Eylül 1999 tarihli yeni bir emir bildirilmiştir. Her biri aynı olan belgelerde, sınır dışı etme emrinin adli incelemesi ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin olarak, altmış gün içerisinde Danıştay'a ve gözaltı emrine karşı da asliye ceza mahkemesine (chambre du conseil) başvurabilecekleri belirtilmiştir. Hükümete göre, ilgili yabancıların bazılarının, yine de, insani nedenlerden dolayı ya da idari nedenlerle karakoldan kendi özgür iradeleri ile ayrılmalarına izin verilmiştir.
20. Birkaç saat sonra, bir tercüman eşliğinde başvurular ve diğer Roman aileler, Brüksel Havalimanı yakınlarındaki Steenokkerzeel'de "Transit Center 127 bis" olarak bilinen kapalı bir aktarma merkezine götürülmüştür. Tercümanın merkezde kısa bir süre kaldığı anlaşılmaktadır ancak hükümet, başvuruların talebi üzerine merkeze çağrılabilceğini belirtmiştir. Başvurular, kendilerine sınır dışı etme kararına karşı başka bir hukuk yolu olmadığının söylendiğini belirtmiştir.
21. Slovakyalı aileler gözaltı merkezinde Belçika Parlamentosu üyeleri, Slovakya Konsolosu, çeşitli sivil toplum örgütleri ve doktorlar tarafından ziyaret edilmiştir. 1 Ekim 1999 Cuma günü saat 22.30'da, başvuruların avukatı Bay van Overloop, Roman Hakları Birliği Başkanı tarafından müvekkillerinin gözaltında tutulduğu hakkında bilgilendirilmiştir. Hala avukatları olduğu için bay van Overloop, 4 Ekim 1999 tarihinde, Yabancılar Bürosuna, başvuruların 127 nolu Transit merkezinde olduğunu ve Slovakya'ya geri gönderilmeyi beklediklerini bildiren bir faks göndermiştir. Faksta, hastanede yatmakta olan bir aile üyesine bakmak zorunda oldukları için başvuruların sınır dışı edilmesi yönünde herhangi bir işlem yapılmamasını talep etmiştir. Ancak, Bay van Overloop 29 Eylül 1999 tarihinde alınan sınır dışı etme veya tutuklama kararlarına itiraz etmemiştir.
22. 5 Ekim 1999 tarihinde, ilgili aileler Melsbroek Askeri Havalimanı'na götürülmüştür, burada uçakta kendilerine tahsis edilen koltuk numaraları bir tükenmez kalemle ellerine işaretlenmiştir. Uçak 17.45'te Belçika'yı terk etmiştir.
23. Kısa bir süre sonra İçişleri Bakanı, 23 Aralık 1999 tarihinde ortaya atılan bir meclis sorusuna aşağıdaki şekilde cevap vermiştir:

"Ghent'teki yoğun Slovak sığınmacı varlığı nedeniyle toplu olarak Slovakya'ya geri gönderilmeleri için düzenlemeler yapılmıştır. ... Ghent belediye başkanından ve Yabancılar Bürosu Genel Direktörü'nden aldığım raporlar, Ghent polisinin Slovakların bazılarını gönderdiği mektupların talihsiz ifadeleri yanıltıcı olabildiyse de, işlemlerin doğru bir şekilde hazırlandığını gösteriyor. Hem Yabancılar Bürosu hem de Gent Polis Departmanı, kendilerine gönderilen bildirim çok sayıda Slovak tarafından cevap verilmesine şaşırmıştır. Konu birkaç gün sonra sınır dışı edilmek üzere Transit Center 127'de gözaltına alınmaları ile sonuçlanmıştır. ..."

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMALAR

A. Yabancılar Yasası

24. Mülteci statüsünün tanınmasına ilişkin prosedür, Belçika hukuku kapsamında 15 Aralık 1980 tarihli yabancıların giriş, ikamet, yerleşme ve sınır dışı edilmesi hakkındaki kanun ("Yabancılar Yasası"), ve 8 Ekim 1981 tarihli yabancıların giriş, ikamet, yerleşim ve sınır dışı edilmesi hakkındaki Kraliyet Kararnamesi ile düzenlenmektedir

Mülteci statüsü hakkındaki prosedür iki aşamalıdır. Birinci aşama, mülteci statüsü açısından kabul edilebilirliği ilgilendirirken, ikincisi bu statüye uygunluk ile ilgilidir. Kabul edilebilirlik konularının incelenmesinde görev alan yetkili makamlar; idari makamlar olarak Yabancılar Bürosu ve temyiz konularında Mülteci ve Vatansız Kişiler Komiserliği, yargı denetimi konusunda da Danıştay'dır. Uygunluk aşamasında ilgili makamlar, idari makam olarak Mülteci ve Vatansız Kişiler Komiserliği, idari mahkeme olarak Mülteciler Temyiz Daimi Mahkemesi, ve idari temyiz başvurularını kanun açısından inceleyen Conseil d'Etat (Danıştay)'dır. Son olarak, ceza mahkemesinin asliye ceza bölümü (chambre du conseil), yargılamalar esnasında veya sonunda yabancıları özgürlüğünden mahrum bırakan emirlere karşı yapılan temyiz taleplerini değerlendirme yetkisine sahiptir.

25. Yabancılar Yasası'nın mevcut davada uygulanabilecek hükümleri aşağıdaki gibidir:

Madde 6

"Uluslararası antlaşma, tüzük veya kraliyet kararnamesi ile izin verilen haller haricinde, pasaport ya da yerine geçen seyahat belgelerine eklenmiş vize yada izin belgelerinde farklı bir süre belirtilmediği sürece yabancılar Krallık'ta üç aydan fazla kalamazlar. ..."

Madde 7

"Herhangi bir uluslararası anlaşmada daha elverişli hükümler saklı kalmak koşuluyla, Bakan veya temsilcisi, şu durumlarda, üç aydan uzun bir süre kalmasına veya yerleşmesine izin verilmeyen yabancılar belirli bir tarihten önce Krallığı terk etmesi emri verebilir:

...

(2) Yabancı'nın, 6. maddede belirlenen sürenin ötesinde Krallık'ta kalması veya sürenin dolmadığını kanıtlayamaması durumunda;

...

Aynı şartlarda, eğer Bakan veya delege gerekli görürse, yabancıları sınır dışı ettirebilir.

Yabancı, gözaltı süresinin iki ayı geçmemesi kaydıyla, tedbirin uygulanması için kesinlikle gerekli olan süre boyunca gözaltına alınabilir. "

Madde 8

"Ülkeyi terk etme veya sınır dışı etme konulu emirler, 7. maddenin hangi hükmünün uygulanacağını belirtecektir."

Madde 57/2

"Mülteciler ve Vatansız Kişiler Komiserliği bürosu bu kanunla kurulmuştur. İç İşleri Bakanlığına bağlı olacak ve Mülteci ve Vatansız Kişiler Genel Komiseri ve iki yardımcısından oluşacaktır. Genel Komiser ve yardımcıları karar almakta ve fikirlerini ifade etmekte tamamen bağımsız olacaktır. "

Madde 57/3

“Genel Komiser, Mülteciler ve Vatansız Kişiler Komiserliği Bürosundan sorumludur.

Genel Komiser, Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından onaylanan bir kararname ile Kral tarafından atanır.

Genel Komiser, beş yıllık bir süre için atanır. Görev süresi uzayabilir.

...”

Madde 63/2(1)

"Bakan ya da temsilcilerinin madde 52'ye uygun olarak aldığı ve yabancıların Krallığa girme, kalma ya da yerleşme amacıyla yaptıkları iltica başvurularını reddeden karara karşı acil başvurular prosedürü kapsamında itirazlar Mülteci ve Vatansız Kişiler Genel Komiserliğince değerlendirilecektir.

Madde 71

“Madde 7, 25, 27, 29 ikinci fıkra, 51/5 (3) dördüncü fıkra, 52 dördüncü fıkra, 54, 63/5 üçüncü paragraf, 67 ve 74/6 numaralı fıkralar uyarınca özgürlüklerinden mahrum bırakılan bir yabancılar, bu tedbire Krallık içerisinde ikamet ettikleri ya da buldukları yerin ceza mahkemesi asliye ceza bölümünde itiraz edebilirler.

...

Bir önceki paragraflarda belirtilen temyiz işlemi bir aylık aralıklarla yenileyebilirler.

...”

Madde 72

“Asliye ceza bölümü, yabancıların veya avukatının görüşlerini ve Devlet Hukuk Bürosu'nun görüşlerini dinledikten sonra yapılan itiraz tarihinden itibaren beş iş günü içinde kararını verir

... Eğer asliye ceza mahkemesi kararını belirtilen süre içinde vermezse, yabancı serbest bırakılır.

Asliye ceza mahkemesi, tutukluluk ve sınır dışı etme emirlerinin yasallığını gözden geçirecek, ancak makul olup olmadıklarını gözden geçirecek güce sahip olmayacaktır.

Asliye ceza mahkemesi kararlarına karşı bir itiraz; yabancı, Devlet Hukuk Bürosu ve 74. maddede belirtilen koşullar altında Bakan veya onun temsilcisi tarafından yapılabilecektir.

Usul, tutuklama emirleri, tektik hakimleri, iletişim yasakları, kefaletle serbest kalma ile ilgili hükümler hariç, duruşma öncesi tutuklamalara uygulananlar ile aynı olacaktır.

Yabancıların avukatı, duruşmadan önceki iki iş günü içinde ilgili mahkemenin kayıt dairesinde dava dosyasını inceleyebilir.

Katip, kararı avukata taahhütlü mektupla bildirir.”

Madde 73

“Eğer mahkeme yabancıların gözaltında kalmaması gerektiğine karar verirse, kararın kesinleştiği andan itibaren ilgili kişiler serbest bırakılır.

Bakan, sınır dışı edilene veya temyiz dosyası hakkında karar çıkana kadar, bir yabancıya belirli bir yerde ikamet etmesini şart koşabilir.”

26. 14 Mart 2001 tarihli bir kararda Yargıtay, bir yabancının serbest bırakılmasını talep eden Liege Temyiz Mahkemesi kararını iptal etmiştir. Liege Temyiz Mahkemesi yetkili makamların Danıştay'a yapılan başvuruların askıya almaya etkisi olmaması gerçeğini yasadışı göçmenlerin zorla sınır dışı edilebileceği şeklinde yorumlayarak bir yabancıyı etkili bir hukuk yolundan, sözleşmenin 13. maddesine aykırı bir şekilde mahrum bıraktığına hükmetmişti. Yargıtay ise tam tersine, mülteci statüsü başvurusunda bulunan bir yabancının 13'üncü maddenin amaçları kapsamında etkili bir hukuk yoluna sahip olup olmadığına, prosedürün bütünü çerçevesinde incelenmesi gerektiğini değerlendirmiştir. Mülteci ve Vatansız Kişiler Komiserliğine acil prosedür kapsamında yapılan itirazların askıya alma etkisine sahip olduğunu ve yabancıların adli inceleme için olağan ya da acil usul ile Conseil d'Etat (Danıştay)'a başvururken, aynı zamanda yürütmeyi durdurma kararına başvurma haklarının da olduğuna dikkat çeken Yargıtay, bu hukuk yollarının bir arada değerlendirildiğinde Sözleşme'nin 13. maddesinin şartlarını yerine getirdiği sonucuna varmıştır.

B. Danıştay Başvurularında Acil Prosedür

27. Danıştay başvurusundaki acil prosedürü düzenleyen 5 Aralık 1991 tarihli Kraliyet Kararnamesi'nin ilgili hükümleri şöyledir:

Madde 16

“Davanın aşırı derecede acil olduğunun belgelendiği durumlarda, Madde 7 ve 11 ila 14 arasındaki maddeler geçerli olmayacaktır.

Bu gibi durumlarda başkan, başvurulara, davalıya, müdahalesi bulunan herhangi bir tarafa ve davanın sonuçlanması için ilgisi bulunan herhangi bir kişiye, resmi tatiller ve birkaç gün veya birkaç saat içinde bildirildiği durumlar dahil da olmak üzere, belirtilen süre zarfında, bir duruşmaya (başkanlık ofisinde yapılabilir) katılmaları için bir emir verebilir.

Mümkün olduğu durumlarda, bildirim içeriğinde idari dosyanın sunulup sunulmadığını belirtilecektir.

Eğer karşı taraf, idari dosyayı önceden teslim etmediyse, duruşma sırasında başkana takdim edecektir ve başkan, Kraliyet Hukuk Bürosu temsilcisinin, başvuruların ve müdahil olan herhangi bir tarafın dosyayı incelemesi için duruşmaya ara verebilecektir.

Başkan, kararın derhal icra edilmesini emredebilir.”

Madde 25

“Geçici tedbir başvuruları, yürütmeyi durdurma veya yargı denetimi için yapılan başvurulardan ayrı olarak yapılacaktır.

Başvuru, taraflardan biri, davayla ilgili çıkarı olan bir kişi veya kanunun 19. maddesinin ikinci fıkrası ile öngörülen şartları yerine getiren bir avukat tarafından imzalanır.”

Madde 33

“Eğer yürütmenin durdurulması talebinde bulunan bir başvuran aynı zamanda acil geçici önlemler istiyorsa, başvurusu hakkında 25. Madde uygulanır. 29 ila 31. maddeler geçerli olmayacaktır.

Acil olduğu belgelenen durumlarda başkan, taraflara ve davanın sonuçlanması için ilgisi bulunan herhangi bir kişiye, resmi tatiller ve birkaç gün veya birkaç saat içinde bildirildiği durumlar dahil da olmak üzere, belirtilen süre zarfında, bir duruşmaya (başkanlık ofisinde yapılabilir) katılmaları için bir emir verebilir.

Mümkün olduğu durumlarda, bildirim içeriğinde idari dosyanın sunulup sunulmadığını belirtilecektir.

Başkan, kararın derhal icra edilmesini emredebilir.

28. “Acil prosedür kapsamında yapılan başvuruların kabul edilmesi” ile ilgili olarak Danıştay'ın “hafta sonları nöbetçi personelin izleyeceği usul” kitapçığı aşağıdaki ifadeleri içermektedir:

“Dosyayla ilgilenen personel, durumun aciliyet derecesinin ve bir duruşma tarihinin belirlenebilmesi için nöbetçi hakim, Kraliyet Hukuk Bürosu temsilcisi ve katip ile temasa geçecektir. “Yabancılar” ile ilgili davalarda katip, hakimin talebi üzerine, Yabancılar Bürosu ile planlanan geri dönüş tarihini tespit etmek için iletişime geçecek ve faks ile teyit edecektir. 'Yabancılar' ile ilgili tüm davalarda İçişleri Bakanı ve Mülteciler ve Vatansız Kişiler Genel Komiserliğinin, davalı taraflar olarak kaydedilmesi tavsiye edilir. Ayrıca, sınır dışı işleminin yakın zamanda gerçekleşmesinin planlandığı durumlarda, başvuranın şahsen hazır bulunmasını talep etmek tedbir açısından de doğru olacaktır.”

29. Danıştayın acil prosedür kapsamındaki davalarda, başvuru tarihinde, ertesi gün ya da her halükarda sınır dışı işleminin gerçekleşeceği tarihten önce yürütmenin durdurulması yönünde karar verdiği bir dizi içtihadı bulunmaktadır. Bu konuda örnekler aşağıdaki kararlarda bulunabilir: no: 40.383 - 20 Eylül 1992, 51.302 - 25 Ocak 1995, 57.807 - 24 Ocak 1996, 75.646 - 2 Eylül 1998, 81.912 - 26 Temmuz 1999, 84.741 - 18 Ocak 2000 and 85.025 - 1 Şubat 2000.

Danıştay, sınır dışı etme kararlarının yargı denetimine yönelik başvuruları da göz önünde bulundurabileceğine karar vermiştir (örneğin, bkz. aşağıdaki kararlar: no: 56.599 - 4 Aralık 1995, 57.646 - 19 Ocak 1996, 80.505 - 28 Mayıs 1999 ve 85.828 - 3 Mart 2000).

C. Diğer Kaynaklar

30. Ağustos 1999'da Slovakya'dan gelen sığınmacıların sayısında sert bir artış gerçekleşmiştir. Sadece temmuz ayında yapılan 51 başvuru dahil 1999 yılının ilk yedi ayı içinde ortalama ayda 22 başvuru yapılmışken, 1 ile 24 Ağustos 1999 tarihleri arasında en az 359 başvuru yapılmıştır. Bu tarihte, Yabancılar Bürosu Genel Müdürü, İçişleri Bakanı ve Mülteci ve Vatansız Kişiler Komiseri'ne, diğer potansiyel başvuru sahiplerini caydırmak için açık bir işaret göndermek amacıyla Slovakya vatandaşlarının sığınma başvurularını hızla ele alma niyetini bildiren bir mektup yazmıştır.

31. 1 Ekim 1999'da Bakanlar Kurulu tarafından onaylanan “Göçmenlik konularında genel politika hakkındaki genel kılavuz”, diğerlerinin yanı sıra, aşağıdaki pasajı içermektedir.

“Hem Slovakya makamlarına bir mesaj göndermek hem de varlığı artık tolere edilemeyen bu çok sayıda kaçak göçmeni sınır dışı etmek için toplu bir sınır dışı planı şu anda gözden geçirilmektedir.”

32. Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu'nun Slovakya hakkındaki 15 Haziran 1998 tarihli raporu aşağıdaki paragrafı içermektedir:

“Orta ve Doğu Avrupa'nın birçok başka ülkesinde olduğu gibi Slovakya'da da, Roman / Çingeneler toplumun en düşük tabakasında bulunmaktadır. İzole birkaç vakanın dışında, karar verme merkezlerinden ve genel politik akımlardan uzak, kamusal alan dışında hayatlarını sürdürürler. Genellikle dazlak şiddetinin kurbanı olmakta ve düzenli olarak yetkililer tarafından kötü muamele ve ayrımcılığa maruz kalmaktadırlar.”

33. Başvuranlar tarafından sunulan ve Şubat 1999'da Yabancılar Bürosu ve Mülteciler ve Vatansız Kişiler Komiserliği Ofisinin Slovakya'ya düzenlediği ortak bir misyonun ardından hazırlanan bir başka rapor, alt sınıf olarak muamele edilen Romanlara karşı ciddi bir ayrımcılığın varlığını doğrulamaktadır

HUKUK

I. AİHS'İNİN 5 Ş 1 MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

34. Başvuranlar, 1 Ekim 1999 tarihinde Gent polis karakolunda tutuklanmalarının, Sözleşme'nin 5 Ş 1. maddesini ihlal ettiğini iddia etmişlerdir, maddenin ilgili kısmı şu şekildedir:

1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

...

f) Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması

35. Mahkeme, başvurunun kabul edilebilirliği ile ilgili kararında, Hükümet'in başvuranların Yabancılar Yasası'nın 71. paragrafı gereğince mahkeme kararlarına karşı asliye ceza mahkemesine itiraz etmedikleri için, iç hukuk yollarının tüketilmediğine ilişkin ön itirazının esasını da göz önünde bulundurmaktadır.

36. Esasla ilgili olarak, başvuranlar gözaltına alınmalarının Belçika'dan ayrılmalarını sağlamak için gerekli olduğunu reddetmiştir. Başvuranlar, herşeyden önce tutuklanma biçimleri hakkında şikâyetle bulunmuşlardır; zira, en başından başından beri yetkililerin tek niyeti kendilerini özgürlüklerinden alıkoymak iken, polis karakoluna gitmelerinin, iltica başvurularını tamamlamak için gerekli olduğuna inanmaları nedeniyle, bir tuzağa düşürülmüşlerdir. Bu nedenle, polis karakoluna gitmelerinin sebebi hakkında aldatılmışlardır ve dolayısıyla, 5 Ş 1 maddesinin ihlalini oluşturan bir yetki suistimali gerçekleşmiştir.

Sonuç olarak, başvuranlar, yetkililere daha fazla güvenmeyi reddetmeleri ve Belçika mahkemelerine temyiz başvurusunda bulunmama kararları nedeniyle suçlanamazdır. Her halükarda bu şartlar altında gerçekleştirilecek bir itiraz anlamsız olacaktır. Başvuranlar, yetkililer tarafından hapsedilmiş, bir toplu geri gönderme operasyonunun bir parçası olarak toplanmış ve kendilerine açık bir hukuk yolunun bulunmadığının söylendiği kapalı merkezlere yerleştirilmiştir, bu nedenle avukatları Bay van Overloop ile doğrudan görüşmeleri de mümkün olmamıştır.

Bay van Overloop, Roman Hakları Birliği Başkanı tarafından bilgilendirildiği 1 Ekim 1999 tarihine kadar müvekkillerinin gözaltına alındığını öğrenmemiştir. Özellikle de dışarıdan telefonla aranmalarına izin verilmediği için, başvuranların tutuklanması ile sınır dışı edilme emrinin uygulanması arasında hiçbir aşamada, kendileriyle avukatları arasında doğrudan bir temas mümkün olmamıştır. Kuşkusuz, telefonla arayabilirlerdi, ancak işlem hakkında itirazda bulunmanın imkansız olduğuna ikna edilmişlerdir.

Sonuç olarak, Bay van Overloop'un, 4 Ekim Pazartesi gününe kadar Ghent'teki Asliye Ceza Mahkemesine bir başvuruda bulunması mümkün değildi. Mahkemedeki ilgili birim sadece pazartesi, çarşamba ve cuma günleri toplandığından davanın 6 Ekim Çarşamba gününden önce dinlenmesi zaten mümkün olmayacaktı fakat başvuranları taşıyan uçak 5 Ekim Salı günü Belçika'dan ayrılmıştır.

37. Hükümet, başvurulara 3 Mart ve 18 Haziran 1999 tarihlerinde ülke topraklarından ayrılma emirleri verildiğine, bu emirlerde, karara uymadıkları takdirde sınır dışı edilme amacıyla gözaltına alınabileceklerinin açıkça belirtildiğine işaret etmiştir. Başvuranlar bu nedenle izin verilenden fazla bir süre kaldıklarını iyi biliyorlardı. Ayrıca, Bayan Čonková, Ghent Ceza Mahkemesi tarafından hırsızlıktan suçlu bulunmuştur. Bu şartlarda, başvuruların iyi niyetle hareket ettiklerini öne sürmek mantıklı değildir. Tam tersine, “temiz eller” doktrini veya nemo auditor* ilkesi, mevcut davada uygulanmalıdır.

Ayrıca, bildirin içerisinin potansiyel olarak belirsiz olması, bir yetki suistimalinin oluşması için yeterli değildir. Bu, yalnızca otoritenin tamamen hukuka aykırı nedenlerle işlem yaptığı takdirde ortaya çıkabilen ciddi bir suçlamadır, durumun böyle olmadığı açıkça görülmektedir. Ayrıca, İçişleri Bakanı bildirim “talihsiz ifadesi” için pişmanlık duyulduğunu kamuoyuna duyurmuştur. Ancak, bildiri alındıktan sonra polis karakoluna gitmiş olan diğer yabancıların, durumları değerlendirildikten sonra serbest bırakılmaları, bildirilerin tek amacının gözaltı işlemlerini gerçekleştirmek olmadığını göstermektedir. Kaldı ki, öyle olsa bile kullanılan yöntem, yakalama işlemi için yabancıların evlerine veya çocukların okullarına gitmekten daha tercih edilebilir bir yöntemdir.

Hükümet, başvuruların, asliye ceza mahkemesine temyiz başvurusunda bulunma zorunluluğundan muaf tutulmasını gerektirecek bir dayanak görmemiştir. Hükümetin görüşüne göre, başvurular Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurabildiyse, aynı şartlarda asliye ceza mahkemesine de itirazda bulunabilirlerdi.

38. Mahkeme, başvuruların Belçika'dan sınır dışı edilmek üzere gözaltına alındığı konusunda ihtilaf olmadığını tespit etmiştir. Bu nedenle sözleşmenin 5 § 1 (f) maddesi, mevcut davada uygulanabilir. Kuşkusuz, başvurular bu amaçla tutuklanmalarının gerekliliğine itiraz etmiştir ancak, Madde 5 § 1 (f), bir kişinin sınır dışı edilmek amacıyla tutuklanmasının makul bir şekilde gerekli görülmesini, örneğin suç işlemesini ya da kaçmasını engellemeyi, şart koşmamaktadır. Bu bağlamda, Madde 5 § 1 (f), 5 § 1 (c) Maddesinden farklı bir koruma düzeyi sağlar: (f) alt paragrafı uyarınca gerekli olan tek şey, “tedbirin sınır dışı etmek amacıyla alınması”dır. (bkz. Chahal / Birleşik Krallık, 15 Kasım 1996 tarihli karar, Yargı ve Karar Raporları 1996-V, s. 1862, § 112).

39. “Yasanın öngördüğü bir prosedürün” uygulanıp uygulanmadığı konusu da dahil olmak üzere, tutukluluğun “yasallığı” söz konusu olduğunda, Sözleşme, esas olarak, ulusal hukukun esas ve usul kurallarına uyma yükümlülüğüne atıfta bulunur ancak, buna ek olarak herhangi bir özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin 5. Madde'nin amacına, yani bireyin keyfilikten korunması ilkesine uygun olmasını gerektirir (bkz. Bozano / Fransa, 18 Aralık 1986 tarihli karar, Seri A no. 111, s. 23 § 54 ve Chahal, yukarıda anılan, s. 1864, § 118).

40. Mevcut davada, başvurular, 1999 yılının Eylül ayı sonunda, 1 Ekim'de “iltica başvurusu ile ilgili dosyaların tamamlanmasını sağlamak” için kendilerini Gent karakoluna gelmeye davet eden bir yazılı bildirim almıştır. Polis karakoluna geldiklerinde, kendilerine 29 Eylül 1999 tarihli ülke topraklarından ayrılma emri ve Slovakya'ya sınır dışı edilmeleri ve bu amaçla tutuklanma kararları verilmiştir. Birkaç saat sonra Steenokkerzeel'de kapalı bir transit merkezine götürülmüşlerdir.

* Tercümanın notu: “Nemo auditor” mahkemelerin hukuka aykırı işlemler içeren bir anlaşmazlığa müdahale etmesini engelleyen ve özellikle batı hukukunda görülen bir prensiptir. Tam metni latince “*Nemo auditor propriam turpitudinem allegans*” olup Türkçe'ye kendi suçunu ortayan kimse dinlenemez şeklinde çevrilebilir

41. Mahkeme, Hükümete göre bildirim metninin, gerçekten de İçişleri Bakanı tarafından kamuya açıklanmış olduğu gibi (bkz. Yukarıda paragraf 23), talihsiz olduğu kabul edilse de, tüm gözaltı prosedürünü geçersiz kılmak ya da yetki suistimali için yeterli olmadığını gözlemlemiştir.

Mahkeme, özellikle de mevcut davadaki uygulama yetkili bir ulusal mahkeme tarafından incelenmediği için, bu tür uygulamaların Belçika hukuku ile uyumluluğuna dair çekincelere sahip olsa da, Sözleşme, herhangi bir özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin 5. Madde'nin amacına, yani bireyin keyfilikten korunması ilkesine uygun olmasını gerektirir (bkz. yukarıdaki 39. paragraf). Her ne kadar mahkeme polisin suçla daha etkin mücadele gibi amaçlarla taktikler kullanmasının meşru olduğunu kabul etse de, yetkililerin tutuklama ve sonrasında sınır dışı etme amacıyla, sığınmacıların güvenliğini kazanma konusunda giriştikleri eylemlerin sözleşmenin belirtilen ya da ima edilen genel prensiplerine aykırı olduğu söylenebilir.

Bu bağlamda, bildirim metnindeki ifadelerinin “talihsiz” iken, bu durumun bir hata sonucu ortaya çıkmadığını düşünmek için gerekli her türlü sebep vardır; aksine, bu ifadeler mümkün olan en fazla sayıda alıcının karara uymasını sağlamak için kasıtlı olarak seçilmiştir. Duruşmada, hükümet temsilcileri bu bağlamda yetkililerin düzenlemeye karar verdikleri “toplu sınır dışı”nın (yukarıda 23. paragrafta bakınız) başarılı olmasını sağlamak için bilerek kullandıkları “ufak bir oyun” a atıfta bulunmuştur.

42. Mahkeme, 5 § 1 maddesinde güvence altına alınan hürriyete ilişkin istisnaların listesinin çok kapsamlı olduğunu ve bu istisnaların sadece dar bir yorumunun bu hükmün amacı ile tutarlı olduğunu hatırlatmaktadır (bkz. Mutatis mutandis, K.-F. v. Almanya, 27 Kasım 1997 tarihli karar, Raporlar 1997-VII, s. 2975, § 70). Mahkeme'nin görüşüne göre, bu gereklilik, alıcıların ülkede yasal olarak mevcut olup olmadığına bakılmaksızın, başvuranlara gönderilen belgeler de dahil, kurulan iletişimin güvenilirliğine de yansıtılmalıdır. Buna göre, ülkede kalma sürelerini aşanlar hakkında dahi olsa, yetkililerin, ilgili yabancıları yanlış yönlendirerek gözaltına alınmalarını kolaylaştırmak suretiyle, planladıkları sınır dışı operasyonunun etkinliğini artırmak için bilinçli bir şekilde aldıkları karar madde 5 ile uyumlu değildir.

43. Bu faktörün, Mahkeme'nin esasa dair incelemede göz önünde bulundurmaya karar verdiği hükümetin ön itirazı üzerinde etkisi bulunmaktadır. Bu bağlamda, AİHM, Sözleşme'nin 35 § 1 maddesi gereğince, başvuranın iddia edilen ihlallere ilişkin başvurabileceği ve olası zararları tazmin etmeye yeterli hukuk yollarına sahip olması gerektiğini tekrar eder. Söz konusu hukuk yollarının varlığı, sadece teoride değil, pratikte de yeterli ölçüde kesin değildir, bu hususta başarısız olunması halinde gerekli erişilebilirlik ve etkililiğe sahip olunmayacaktır (bkz, Akdivar ve Diğerleri / Türkiye, 16 Eylül 1996 tarihli karar, Raporlar 1996-IV, sayfa 1210, § 66).

44. Mevcut davada AİHM, hükümetin varlığını inkar ettiği, hukuk yolunun erişilebilirliğini kuşkusuz etkilemiş olan bir dizi faktörü tanımlamıştır. Bunlar arasında, başvuranlara karakolda vardıkları sırada kendilerine mevcut hukuk yollarına ilişkin verilen bilgilerin, küçük karakterler ve anlamadıkları bir dilde basılmış olması; polis karakoluna giden çok sayıda Roman ailesine, kendilerine yöneltilen sözlü ve yazılı ifadeleri anlamada yardımcı olacak tek bir tercüman olması ve tercümanın karakolda bulunmasına rağmen, kapalı merkezde yanlarında kalmaması sayılabilir. Bu şartlar altında, şüphesiz başvuranlar tercüman yardımı ile polis karakolundan bir avukatla temas kurabilme imkanına sahip değildi, kapalı transit merkezinde ise, telefonla bir avukata ulaşabilecek olmalarına rağmen tercüme yardımı almaları mümkün değildi; Bu zorluklara rağmen, yetkililer ne polis merkezinde ne de merkezde herhangi bir hukuki yardım sunmamıştır

45. Her ne olursa olsun - bu faktör mahkemenin gözünde belirleyicidir - Başvuranın avukatının duruşmada, hükümetin karşı çıkmadığı şekilde, mahkemeye açıkladığı gibi, söz konusu olaylar ve müvekkillerinin durumundan 1 Ekim 1999 Cuma günü, saat 22.30'da yani sözleşmeye ilişkin herhangi bir itirazın hiçbir anlamı kalmayacağı bir vakitte haberdar edilmiştir. 4 Ekim pazartesi günü asliye ceza mahkemesine bir itirazda bulunmuş olsaydı dahi, dosya, başvuruların sınır dışı edildiği 5 Ekim'den bir gün sonra yani 6 Ekim'e kadar incelenemeyecekti. Bu nedenle, başvurular adına hareket etmeye devam etmesine rağmen (bkz. Yukarıda paragraf 21) temyiz talebinde bulunamamıştır.
46. Sözleşme, teorik ya da yanıltıcı olmayan, ancak pratik ve etkili hakları garanti etmeyi amaçlamaktadır (bkz. Mutatis mutandis, Matthews / Birleşik Krallık [BD], no. 24833/94, § 34, AİHM 1999-I). Bir hukuk yolunun Sözleşme'nin 35 § 1 maddesi anlamında erişilebilir olması için, yetkililer tarafından bilinçli olarak yaratılan koşulların, başvuru sahibine, çözüm yolunu kullanma konusunda gerçekçi bir imkân sağlayacak nitelikte olması gereklidir. Mevcut davada bu gerçekleşmemiştir ve bu nedenle ön itiraz reddedilmelidir.

Sonuç olarak, Sözleşme'nin 5 § 1 maddesinin ihlali söz konusudur.

II. AİHS'İNİN 5 § 2 MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

47. Başvuranlar, sözleşmenin 5 § 2 maddesinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. İlgili madde şu şekildedir:

“Yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur.”

Başvuranlar, tutuklanma sebepleri hakkında kendilerine yetersiz bilgi verildiğini ve bu nedenle Sözleşme'nin 5 § 4 maddesi ile hak kazandıkları hukuk yolunun kullanılmasının engellendiğini belirtmiştir. 29 Eylül 1999'da ülke topraklarını terk etmelerini gerektiren emirleri veren İçişleri Bakanlığı'nın hiçbir temsilcisi, Gent polis karakolunda gözaltına alınan kişilere resmi bir bilgi vermemiştir. Kendilerine verilen belgelerde yer alan bilgilerle yetinmek zorunda kalmışlardır. Ancak bu bilgiler, gözaltına alınmalarının yasal ve fiili gerekçeleri, sınır dışı işlemlerine dair detaylar veya kendilerine sunulan hukuk yolları hakkında yeterli bilgi içermediği için eksiktir.

48. Hükümet, 5 § 2 maddesinin şartlarına hariften uyulduğunu ileri sürmüştü ve 29 Eylül 1999 tarihli tutukluluk emrinin işlemin nedenlerini içerdiğini ve başvurulara iki gün sonra polis karakolunda verildiğini açıklamıştır. Belgeler verildiğinde, söz konusu kişilerin belgenin içeriğiyle alakalı ihtiyaç duyabilecekleri herhangi bir bilgiyi sağlamak için de Slovakça konuşan bir tercüman hazır bulunmuştur.
49. Mahkeme, Sözleşme'nin 5 § 2 maddesi uyarınca şikayetin kabul edilebilirliğine ilişkin kararında, Hükümetin esaslara ilişkin ilk itirazını da göz önünde bulundurmıştır. Bu itiraz, Madde 5 § 1'e ilişkin yapılan ile aynı olduğu ve yukarıda paragraf 46'da bu itirazla ilişkin sonuç belirtildiği için, bu maddeye ilişkin olarak da itiraz reddedilmelidir.
50. Mahkeme esasa ilişkin olarak, 5. Maddenin 2. paragrafının, tutuklanan herhangi bir kişinin, neden özgürlüğünden mahrum bırakıldığını bilmesini gerektiren temel güvenceyi içerdiğini tekrarlamaktadır. Bu hüküm, Madde 5'in sağladığı koruma planının ayrılmaz bir parçasıdır: 2. paragraf uyarınca, tutuklanan herhangi bir kişiye, tutuklanmasının yasal ve fiili sebepleri anlayabileceği basit, teknik

olmayan bir dilde açıklanmalıdır ki, bu bilgiler ışığında, arzu ederse, 4. paragraf uyarınca yapılan işlemin hukuka uygunluğuna itiraza ilişkin bir mahkemeye başvurabilme imkanına sahip olsun. Tüm gerekçelerin tam yakalama anında işlemi yapan memur tarafından verilmesi gerekli olmasa da, bu bilgi “derhal” (Fransızca: “dans le plus court délai”) sunulmalıdır. Verilen bilginin içeriğinin ve çabukluğunun yeterli olup olmadığı, her davanın özel koşullarına göre değerlendirilmelidir (bkz. Mutatis mutandis, Murray / Birleşik Krallık, 28 Ekim 1994 tarihli karar, Seri A no. 300-A, p 31, § 72).

51. Mevcut davada, polis karakoluna vardıklarında, tutuklanmaları emrini veren başvuranlara sunulmuştur. Bu amaçla kendilerine verilen belgede, gözaltı işleminin Yabancılar Yasası'nın 7. maddesinin birinci paragraf (2) numaralı fıkrası uyarınca sınır dışı edilmekten kaçmaları riski nedeniyle verildiği belirtilmiştir. Belgelerdeki bir not, tutuklama kararına karşı mevcut bir hukuki çözüm yolu olarak asliye ceza mahkemesine itirazda bulunmayı içermiştir.
52. Mahkeme, başvuranların polis karakolunda gözaltına alındıklarında, kendilerine verilen belgelere, bilhassa da tutuklama emrinin içeriğine ilişkin başvuranları bilgilendirmek amacıyla Slovakça konuşan bir tercümanın hazır bulunduğunu belirtmiştir. Mevcut davada, bu tedbirler, başvuru sahiplerinin, asliye ceza mahkemesine temyiz başvurusunda bulunmalarına imkan sağlamaya uygulamada yeterli olmamasına rağmen (bkz. Yukarıdaki paragraf 46), yine de kendilerine sunulan bilgiler, sözleşmenin 5. maddesinin ikinci paragrafının gereklerini yerine getirmiştir. Sonuç olarak, bu hükmün ihlali gerçekleşmemiştir.

III. AİHS'NİN 5 § 4 MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

53. Başvuranlar ayrıca sözleşmenin 5 § 4 maddesinin ihlal edildiğinden şikayetçi olmuşlardır. İlgili hüküm şu şekildedir:

“4. Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve, eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.”

Başvuranlar, gözaltında tutulmalarına itiraz edebilecekleri tek hukuk yolunun, Yabancılar Yasası'nın 71. bölümüne göre asliye ceza mahkemesine yapılacak bir itiraz olduğunu belirtmişlerdir. Bununla birlikte, söz konusu hukuk yolu Madde 5 § 4'ün gerekliliklerini yerine getirmemiştir, çünkü asliye ceza mahkemesi, Yabancılar Yasası'nın 7. Bölümü uyarınca yapılan gözaltı kararlarının çok sınırlı bir incelemesini gerçekleştirmiştir. Bu inceleme, tutukluluğun usulen yasallığı ile sınırlıydı ve asliye ceza mahkemesi, tutukluluğun orantılılığına, yani her bir davanın özel gerçekleri ışığında, tutukluluğun haklı olup olmadığına bakmamıştır. Ayrıca, başvuranların mevcut davadaki tutukluluk koşulları, asliye ceza mahkemesine itiraz etmelerine imkan tanımamıştır (bkz. Yukarıdaki paragraf 36).

54. Diğer taraftan Hükümet, başvuranlara sağlanan hukuk yolunun, sözleşmenin 5 § 4 maddesinin tüm gereklerini yerine getirdiğini ileri sürmüştür.
55. Mahkeme, ilk olarak, başvuranların 5 Ekim 1999 tarihinde Slovakya'da serbest bırakılmasının, söz konusu hürriyetten mahrum bırakılma beş gün sürdüğünden şikayeti geçersiz kılmadığını düşünmektedir (bkz. Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık, 30 Ağustos 1990 tarihli karar, Seri A no. 182, s. 20, § 45). Bununla birlikte, Hükümet'in bu konudaki görüşlerinin, AİHS'nin 5 §§ 1, 2 ve 4.

maddeleri kapsamındaki şikayetler hakkındaki ön itirazlarını desteklemek için kullandıkları ile aynı olduğunu belirtmektedir (bkz. Yukarıdaki paragraf 37 ve 49). Buna göre, Mahkeme, başvuranların, asliye ceza mahkemesine anlamlı bir itirazda bulunmalarının engellendiği sonucuna atıfta bulunmuştur (bkz. Yukarıdaki paragraf 46). Bu bilgiler ışığında, asliye ceza mahkemesinin yetki alanının kapsamının, Madde 5 § 4'ün gereklerini yerine getirip getirmediğine karar vermek gereksizdir.

Sonuç olarak, sözleşmenin 5 § 4 maddesinin ihlali söz konusudur.

IV. 4 No.lu PROTOKOL'ÜN 4. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

Başvuranlar, 4 No.lu Protokolün 4. maddesinin ihlal edildiğinden şikayetçi olmuşlardır. İlgili hüküm şu şekildedir:

“Yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmesi yasaktır”

56. Başvuranların görüşüne göre, “toplu olarak sınır dışı etme” ifadesi, “sınır dışı etme önlemlerinin toplu olarak uygulanması” anlamına gelir. Tedbire önceden karar verilmesi ve tedbirin uygulanması arasında bir ayırım yapıldığı takdirde hüküm, anlamsız hale gelecektir, çünkü tüm üye devletlerin mevzuatı, sınır dışı edilmeden önce birey birey her dava için farklı bir resmi karar gerektirmektedir, bu nedenle bu türden bir ayırım yapılması, toplu olarak sınır dışı edilmeye karşı itiraz etmeyi imkansız kılacaktır ve 4 no'lu Protokol'ün 4. maddesi uygulamada tamamen etkisiz hale gelecektir.

Başvuranlar temel olarak, sınır dışı edilmeleri için verilen emirlerin, yetkililerin bir grup şahsın - mevcut davada Slovakyalı Romanlar- durumuyla toplu olarak başa çıkma konusundaki kararlılıklarını yansıtmakta olduğunu düşünmektedir. Başvuranlar, Yabancılar Bürosu Genel Müdürü tarafından İçişleri Bakanı ve Mülteci ve Vatansız Kişiler Komiseri'ne 24 Ağustos 1999 tarihinde gönderilen mektuplar da dahil olmak üzere bazı resmi belgelerde konuya ilişkin kanıt bulunduğunu belirtmişlerdir. Gönderilen mektupta Genel Müdür, diğer potansiyel başvuru sahiplerini caydırmak için açık bir sinyal göndermek amacıyla Slovakya vatandaşlarının iltica taleplerinin hızla ele alınacağını duyurmuştur. Başvuranlar ayrıca, 1 Ekim 1999'da Bakanlar Kurulu tarafından onaylanan “Göçmenlik konularında genel politika hakkındaki genel kılavuz”a atıfta bulunmuşlardır: “Hem Slovakya makamlarına bir mesaj göndermek hem de varlığı artık tolere edilemeyen bu çok sayıda kaçak göçmeni sınır dışı etmek için toplu bir sınır dışı planı şu anda gözden geçirilmektedir.”(bkz. yukarıda paragraf 31). Aynı şekilde, 23 Aralık 1999 tarihinde, İçişleri Bakanı bir parlamento sorusuna yanıt olarak şunları beyan etmiştir: “Ghent'teki yoğun Slovak sığınmacı varlığı nedeniyle toplu olarak Slovakya'ya geri gönderilmeleri için düzenlemeler yapılmıştır.(bkz. Yukarıdaki paragraf 23).

Başvuranların görüşüne göre, bu unsurlar, haklarında sınır dışı kararı verilmesinden kararın uygulanmasına kadar, baştan sonra bireylerle toplu olarak ilgilenmeye yönelik genel bir sistemi ortaya çıkarmıştır. Bu bağlamda, sürecin yetkililer tarafından “Golf Operasyonu” olarak adlandırılması olması önemlidir. Buna göre, alınan kararların resmi görüntüsünden bağımsız olarak, mevcut davada “grubu oluşturan yabancıların her birinin özel koşullarının makul ve tarafsız bir şekilde incelendiği” söylenemez.

57. Bu şikayete cevaben, Hükümet, başvuranların, sözleşmeye aykırı olduklarını iddia ettikleri kararlara, yani 29 Eylül 1999'da alınan kararlara karşı temyize gidemediği iddiasını, acil prosedür kapsamında Danıştay'a yürütmenin durdurulması başvurusunda bulunabilecekleri nedeniyle, kabul etmemiştir.

Mahkeme, bu hukuk yolunun, 4 nolu protokolün 4. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde AİHS'nin 13. maddesinin ihlal edildiği yönündeki şikâyetle ilgili olarak hükümetin dayandığı hukuk yolu ile aynı olduğunu tespit etmiştir. Sonuç olarak, hükümetin itirazı bahse konu hükümlerin ihlali şikâyeti ile birlikte incelenmelidir.

58. Tek başına değerlendirilen 4 No'lu Protokol'ün 4. maddesinin ihlal edildiğine dair şikâyetin esasına ilişkin olarak, Hükümet Mahkemenin, bir yabancının göçmenlik statüsü bireysel ve nesnel olarak ve sınır dışı edilmesine karşı itirazını belirtmesine izin verecek şekilde tarafsız bir şekilde incelendiğinde toplu sınır dışı tedbirinden söz edilemeyeceğinden dolayı şikâyetin kabul edilemez olduğunu beyan ettiği Andric / İsveç davasına (45917/99, 23 Şubat 1999) atıfta bulunmuştur. 29 Eylül 1999'da alınan sınır dışı emri, daha önceki emirlerin yerini almasına rağmen, hem Yabancılar Bürosu hem de bağımsız, tarafsız ve yarı-yargısal bir organ olan Komiserliğin Mülteciler ve Vatansız Kişiler Bürosu, başvurulara durumlarını ortaya koymaları için önceden bir fırsat vermiştir. Bayan Čonková ile ilgili karar, neden ülkesinde Sözleşmenin 3. maddesine aykırı bir muamele riski taşımadığını açıklayan küçük karakterlerle yazılmış üç sayfalık ayrıntılı bir açıklama içeriyordu. Bay Čonka'ya gelince, kendisine bildirimde bulunulmasına rağmen, Genel Komiserlik randevusuna gitmekte dahi kayıtsız kalmıştır.

Başvuruları reddedilen bazı sığınmacıların, özellikle insani ya da idari nedenlerden ötürü, karakoldan sebestçe ayrılmalarına izin verildiği için, Ghent polis karakolunda yabancıların dosyalarının tekrar incelendiği görülmüştür. Čonka ailesi de dahil olmak üzere bazı davaların incelenmesi, neredeyse başvuranlar uçağa binene kadar devam etmiştir, çünkü her evdeki kişi sayısı baz alınarak Belçika frangı cinsinden hesaplanmış şekilde Ekim ayı için her haneye bir sosyal güvenlik ödemesi yapılmıştır. Kısacası, 4 no'lu Protokol'ün 4. maddesinin gereklilikleri fazlasıyla karşılanmıştır.

59. AİHM, 4 No.lu Protokolün 4. maddesinin anlamı çerçevesinde, toplu sınır dışı işlemlerinin, grup içerisindeki her bir bireyin özel koşullarının makul ve objektif bir şekilde incelenerek gerçekleştirildiği haller hariç olmak kaydıyla, yabancıları toplu olarak ülkeden ayrılmaya zorlayan her türlü tedbir olarak anlaşılmasını öngören içtihatlarını hatırlatmaktadır (bkz. yukarıda belirtilen Andric). Bununla birlikte, bu makul inceleme şartının yerine getirilmiş olması, sınır dışı işlemlerinin uygulanmasına ilişkin geçmişin, 4 nolu protokolün 4. maddesine uygunluğunun belirlenmesinde başka bir rol oynamadığı anlamına gelmez.

60. Mevcut davada, başvuranlar tarafından yapılan iltica başvuruları, 3 Mart 1999 tarihinde verilen ve 18 Haziran 1999'da onanan kararlarda reddedilmiştir. 3 Mart 1999 tarihli kararlarda ret gerekçeleri belirtilmiş ve aynı gün alınan ülkeyi terk etme emri de karara eklenmiştir. Kararlar alınırken her bir başvuranın kişisel koşulları kendi yazılı ifadeleri temelinde incelenmiştir. 18 Haziran 1999 tarihli kararlarda da, başvuranların kişisel koşulları temelinde alınmış ve başvuranların acil usülle yaptıkları temyiz ile durdurulan 3 Mart 1999 tarihli ülkeyi terk etme emrine atıfta bulunulmuştur.

61. Bununla birlikte, Mahkeme, dava konusu gözaltı ve sınır dışı emirlerinin 29 Eylül 1999 tarihli ülkeyi terk etme emrinin uygulanması için alındığını tespit etmiştir. Ayrıca 29 Eylül tarihli emir sadece Yabancılar Yasası'nın 7. bölüm, birinci paragraf, (2) bendi esas alınarak alınmış ve bu emirde başvuranların kişisel koşullarına yapılan tek referans, Belçika'daki kalışlarının üç ayı aşmış olması ile sınırlı kalmıştır. Belge başvuranların yaptığı sığınma başvuruları veya 3 Mart ve 18 Haziran 1999 tarihli kararlara ilgili herhangi bir referans göstermemiştir. Bu önceki tarihli kararlarda, ülkeden ayrılma emrinin de bulunduğu şüphe yoktur, ancak bu emir tek başına başvuranların tutuklanmasına izin vermemiştir. Bu yüzden

başvuranların tutuklanması, ilk olarak 29 Eylül 1999 tarihli bir kararla ve iltica talepleri ile ilgili olmayan yasal bir zeminde kararlaştırılmıştır, ancak yine de ihtilaf konusu tedbirlerin uygulanmasına yol açmıştır. Bu şartlarda ve başvuranlar ile aynı kadere maruz kalan aynı kökenli çok sayıda kişi göz önünde bulundurulduğunda, Mahkeme, izlenen prosedürün, sınır dışı işleminin toplu olarak gerçekleştiği konusunda tüm şüpheleri ortadan kaldırmayacağını düşünmektedir.

62. Yapılan işlemin toplu sınır dışı olduğu konusundaki şüphe, bir dizi faktörle daha da güçlenmiştir: Birincisi, başvuranların sürgün edilmesinden önce, ilgili siyasi makamlar, bu türden operasyonlar yapılacağını ve bunların uygulanması için ilgili makamlara talimatlar verdiklerini açıklamıştır (bkz. Yukarıdaki 30 ve 31. paragraflar); ikincisi, ilgili tüm yabancılar polis merkezine aynı anda çağrılmıştır; üçüncüsü, karakola gelenlere aynı ifade yazılmış ülkeden ayrılma ve gözaltı emirleri verilmiştir; dördüncüsü, ilgili yabancıların bir avukata ulaşmaları çok zor olmuştur; Son olarak, iltica prosedürü o dönemde henüz tamamlanmamış haldedir.
63. Kısacası, yabancılara karakola gelmeleri için verilen bildiri ile sınır dışı edilmeleri arasında geçen sürecin hiçbir aşamasında, ilgili kişilerin her birinin kişisel koşullarının makul ve bireysel olarak dikkate alındığını gösteren yeterli güvenceler sağlanmamıştır.

Sonuç olarak, 4 No'lu Protokol'ün 4. maddesinin ihlali söz konusudur.

V. AİHS'NİN 13. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

64. Başvuranlar, AİHS'nin 3. maddesinin ve 4 No'lu Protokol'ün 4. maddesinin ihlal edildiğine dair iddiaları doğrultusunda kendilerine Sözleşmenin 13. Maddesinin şartlarını yerine getiren herhangi bir hukuk yolu sağlanmadığını belirtmiştir. 13. Madde aşağıdaki gibidir:

“Bu Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir.”

65. Başvuranların görüşüne göre Mülteciler ve Vatansız Kişiler Komiserliği ile ilgili işlemler, şu nedenlerle 13. Maddede öngörülen güvenceleri sunmamıştır. İlk olarak, söz konusu yabancılara dinlenmeleri konusunda bir garanti verilmemiştir, uygulamada bu imkan sağlansa dahi bu bir hak oluşturmamaktadır. İkinci olarak, başvuranlar dava dosyalarına erişememiş, duruşmada alınan notların kayıtlarına bakamamış veya tespitlerinin kayıt altına alınmasını talep edememiştir. Danıştay nezdindeki mevcut hukuk yollarına ilişkin olarak ise, herhangi bir otomatik yürütmeyi durdurma etkisine sahip olmadıkları için 13. Maddenin amaçları açısından etkili olmamışlardır. Sınır dışı durumlarında ihtilaf konusu devlet tedbirinin uygulanması geri döndürülemez sonuçlar doğurduğundan, hukuk yolunun etkinliği yürütmeyi durdurma etkisine dayanmaktadır ve bu da Sözleşme'nin 13. maddesinin şartıdır.
66. Acil prosedür uyarınca Danıştay’a yapılan başvurularla ilgili olarak, başvuranlar, uygulamada Danıştay kararının sınır dışı işleminin uygulanmasından önce alındığını kabul etmiş, ancak kanunun bu konuda hiçbir güvence vermediğini ve idari makamların kararın verilmesini beklemeksizin sınır dışı etme emrini yerine getirme yetkisine sahip olduğunu iddia etmişlerdir. Ayrıca, bu tür başvuruların başarı oranı %1.36 kadar düşüktür. Bunun yanında Danıştay Belçika topraklarından ayrıldıktan sonra yabancıların davalarına devam etmekte bir çıkarlarının kalmadığını düşünmüş ve daha önceden alınmış bir ülkeden

ayrılma kararlarının uygulanması anlamına geliyorsa, sınır dışı emirlerine ilişkin yapılan temyiz başvurularında, ilk itirazda belirtilenlerden farklı ve yeni gerekçeler sunulmadıkça sınır dışı emrini bozma ya da durdurma konusunda hüküm vermeyi reddetmiştir

67. Hükümet, Belçika hukukuna göre iki tür hukuk yolu bulunduğunu ve Yabancılar Bürosu tarafından yapılan sınır dışı etme emirlerine karşı olarak ve birlikte uygulanabileceğini dikkate alarak, mevcut hukuk yollarının etkinliğinin bir bütün olarak belirlenmesi gerektiğini söylemiştir. Temyiz başvurularından biri Mülteciler ve Vatansız Kişiler Komiserliğinin, diğeri de Danıştayın sorumluluğundadır.

68. Mülteciler ve Vatansız Kişiler Komiserliği, Anayasa Mahkemesi'nin 14 Mart 2001 tarihli bir kararında yakın tarihte teyit ettiği gibi bağımsız, tarafsız ve yarı-yargısal bir organdır (bkz. Yukarıdaki 26. paragraf). Bu kuruma yapılan itirazlar otomatik olarak askıya alma etkisine sahiptir ve çeşitli usul garantilerine sahiptir. Bu nedenle, Komiserliğin kararlarında davanın tüm ilgili koşullarını ortaya koyan sebepler belirtilmek zorundadır. Çekişmeli Yargılama usulü benimsendiğinden, sığınma davalarındaki her karar, başvuranın hakkında bilgi sahibi olduğu ortak veya ihtilaf konusu bilgiler ile kanıtlara dayanmak zorundadır.

Mevcut davada, Bayan Čonková, bir tercüman eşliğinde Genel Komiserlik Ofisi temsilcileri tarafından uzunca bir süre dinlenmiştir. Bir avukat isteme hakkına sahip olmasına rağmen bu hakkını kullanmamıştır. Bay Conka ise randevusuna dahi gitmemiştir.

69. Genel komiserliğin kararına karşı ise Danıştay nezdinde bir yargı incelemesi ve olağan ya da acil usulle yürütmeyi durdurma kararı için temyiz başvurusunda bulunulabilmektedir. Başvuranlar, 18 Haziran 1999 tarihli kararlara karşı yürütmeyi durdurma başvurusunda bulunmak için acil usulü kullanmadıkları gibi 18 Haziran 1999 tarihli kararların yerine geçen 29 Eylül 1999 tarihli sınır dışı emirlerine itiraz ederken de bu usulü kullanmamışlardır.

70. Hükümet, Danıştay'a yapılan temyizlerin otomatik yürütmeyi durdurma etkisinin olmadığını ve -acil prosedürler uyarınca dahi olsa- söz konusu işleme karşı yapılan temyiz başvurusuna rağmen, yetkililerin söz konusu işlemi uygulamaya kanunen yetkili olduğunu kabul etmiştir. Ancak, Danıştaya yapılan itirazlar geçmişte otomatik olarak askıya alma etkisine sahipti ve bu durum, temyiz süreçlerinin geciktirme taktiği olarak kullanılmasına ve bir başvuru akınına yol açmıştı. Bu yüzden yasama organı otomatik yürütmeyi durdurma etkisini 1991'de iptal etmek zorunda kalmıştır. Bununla birlikte, Danıştay başvurularında hukuk yolunun etkinliğini korumak için, yasama organı aynı zamanda acil prosedürü uygulamaya koymuş ve böylece sözleşmenin iki temel değeri yani, adaletin etkin olarak sağlanması ve yargılamaların makul bir süre içerisinde gerçekleştirilmesi ile etkili yargı koruması arasında adil bir denge kurmuştur.

71. Acil prosedür kapsamında yürütmenin durdurulması için başvuru usulü hem uygulamada hem de hukukta etkilidir ve buna göre madde 13'ün gerekliliklerini yerine getirmiştir.

Hukuk açısından bakıldığında AİHM'in konuyla ilgili içtihadı, sunulan hukuk yollarının, bir hak olarak, otomatik yürütmeyi durdurma etkisine sahip olmasını şart koşmamıştır. Aksine, örneğin, Jabari / Türkiye (no. 40035/98, § 50, AİHM 2000-VIII), kararında görülebileceği gibi, sadece ilgili hukuk yolunun yürütmeyi durdurma kararı vermeye yetkili olması 13. maddenin amaçları bakımından yeterli olacaktır.

Mevcut davada Danıştay, acil bir prosedür kapsamında bu şekilde bir yürütmeyi durdurma kararı vermeye yetkilidir.

Bu gibi durumlarda takip edilen usul ise çok hızlıydı ve yabancıya ülkeyi terk etmesi için verilen süre dolmadan önce başvuruların yapılmasını gerektirmiştir. Uygun durumlarda, başvurunun incelenmesi tek bir günde tamamlanabilmektedir. Mahkeme başkanı, Danıştay acil usul başvurularını düzenleyen 5 Aralık 1991 tarihli Kraliyet Kararnamesinin 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, resmi tatiller dahil herhangi bir gün, birkaç saat önce yapılan bildiri ile ilgili tarafları mahkemeye çağırabilmektedir ve sınır dışı davalarında bu durum sık sık gerçekleşmiştir. Dahası, Kraliyet Kararnamesi'nin 33. maddesi ile yabancılara, başkandan, yargılama sonucunu bekleyen sınır dışı işlemlerini engelleyen ihtiyati tedbirler de dahil olmak üzere geçici tedbirler almasını isteme hakkı verilmiştir. Bu prosedürler yirmi dört saat boyunca kullanılabilir ve bu nedenle, yetkililerin bir yabancıyı, Danıştay acil prosedür uyarınca yapılan başvuruya ilişkin kararını vermeden önce sınır dışı etme yönünde herhangi bir eğilimi var ise, bunu kontrol etmek için etkili bir çözüm sağlamıştır. Bu bağlamda Hükümet, hafta sonları görevli memurların Danıştay işlemlerinde izleyeceği prosedüre atıfta bulunmuştur; Bu prosedür yetkili makamların sınır dışı emrinin uygulanmasını ertelemeye hazır olmaması halinde, sınır dışı işlemi gerçekleştirilmeden önce duruşmanın ayarlanacağını ve hükmün verileceğini açıkça ortaya koymuştur.

72. Danıştayın acil prosedür kapsamında yabancıların sınır dışı işlemlerine ilişkin yürütmenin durdurulmasına yönelik verdiği ve Hükümet tarafından atıfta bulunulan sayısız karar, hukuk yolunun pratikte ne kadar etkili olduğunu göstermiştir. Böylelikle, mevcut uyuşmazlığın başlangıcından önce gerçekleşen iki adli yıl boyunca, yani 1997'den 1998'e ve 1998'den 1999'a kadar, Danıştay idari bölümü, yabancı uyruklulara karşı alınan kararların %25.22'sinde yürütmeyi durdurma kararı vermiştir. Hollandaca konuşulan bölümde ise bu oran %10,88 idi.
73. Ayrıca içtihatla ülke topraklarından ayrılma emrinin kendisinin durdurulduğu ya da iptal edildiği örnekler de mevcuttur. Geçmişte, Danıştay'ın sınır dışı etme emirlerini yalnızca, daha önceden verilmiş ülke topraklarından ayrılma emirlerinin, uygulanması olarak gördüğü doğru olmakla birlikte, o zamandan bu yana bu konudaki içtihat değişim göstermiştir sınır dışı emirleri artık hakkında itiraz düzenlenmiş bir idari karar olarak görülmektedir. Buna ek olarak, ülkeden ayrılmış olan yabancıların, sınır dışı emrine ilişkin bir yürütmeyi durdurma kararı alınmasında artık bir menfaati kalmamış olsa da, gönüllü olarak ayrılmadıkları sürece kararın iptali konusunda menfaatleri devam etmiştir.
74. Son olarak Hükümet, bir hukuk yolunun etkinliğinin, o ülkedeki siyasi ve hukuki çerçeveye bakılmaksızın belirlenemeyeceğini ve sonuç olarak, Belçika'daki takdir marjına da bakıldığında ülkedeki hukuk yollarını etkili olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Etkili bir hukuk yoluna başvuru hakkı, bu hakkı suistimal etme hakkını garanti etmemiştir.

Danıştay mevcut davanın gerçekleştiği süreçte etkinliğini baltalayan büyük usul suistimalleriyle karşı karşıya kalmıştı. Öyle ki, Yabancılar Yasası'nın uygulanmasıyla ilgili dava yükü kurumun toplam dava yükünün yarısından fazlasını oluşturmaktaydı ve başvuruların çoğunluğu gecikmeli idi. Bu şartlar altında, yasama organının amacı idari mahkemelere erişimi kısıtlamak değil, yalnızca bir kuralı - temyizlerin otomatik yürütmeyi durdurma etkisini - kaldırmaktı. Bu yürütmeyi otomatik olarak durdurma etkisinin, sözleşmenin 6. maddesindeki adaletin doğru bir şekilde yerine getirilmesi ilkesine aykırı bir şekilde, Belçika üzerinde tahmin edilemeyecek ve yıkıcı bir etkiye sahip olacağı açıkça ortadaydı.

75. AİHM, Sözleşmenin 13. maddesinin, sözleşme hak ve özgürlüklerinin özünü korumak için ulusal düzeyde erişilebilecek bir hukuk yolunu şart koştuğunu, bu hukuk yolunun iç hukukta ne şekilde gerçekleştirileceğini belirtmediğini hatırlatır. Bu nedenle 13. maddenin etkisi, Sözleşme uyarınca “tartışılabilir bir şikâyet”in özünü değerlendirecek ve uygun bir çözüm sağlayacak bir iç hukuk yolunun sağlanmasını gerektirmektedir. Akit Devletlerin 13. madde kapsamındaki yükümlülüklerinin kapsamı, başvuranın şikâyetinin niteliğine bağlı olarak değişmektedir, fakat 13. maddenin gerektirdiği hukuk yolu, hukukta olduğu kadar pratikte de “etkili” olmalıdır. Bir “hukuk yolunun” 13. madde anlamındaki “etkinliği”, başvuran için olumlu bir sonucun kesinliğine bağlı değildir. Bu hükümde atıfta bulunulan “otorite”, mutlaka bir yargı makamı olmak zorunda değildir; ama değilse, yetkileri ve temin ettiği güvenceler, ilgili hukuk yolunun etkili olup olmadığını belirlemede önemlidir. Ayrıca, tek bir hukuk yolu tek başına Madde 13'ün gereklerini yerine getirmese bile, iç hukuk uyarınca sağlanan hukuk yollarının toplamı bunu yapabilir (bkz., Kudła / Polonya [BD], no. 30210 / 96, § 157, AİHM 2000-XI).
76. Bununla birlikte, 13. Madde'nin uygulanabilmesi için, şikâyetin de tartışılabilir olması gerekmektedir (bkz. Mutatis mutandis, Chahal, yukarıda anılan, s. 1870, § 147). Mevcut davada, AİHM'nin 13 Mart 2001 tarihinde açıkça dayanaktan yoksun olarak nitelendirdiği 3. Maddenin ihlali ile ilgili şikâyetler tartışmaya açık değildir. Buna göre, Sözleşme'nin 3. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde 13. maddenin ihlal edilmediği görülmüştür.
77. Ancak, 4 no'lu Protokol'ün 4. maddesinin ihlal edildiği iddiası, Mahkeme'nin görüşüne göre tartışılabilir niteliktedir.
78. Mahkeme bu bağlamda söz konusu sınır dışı işleminin, Hükümete göre 3 Mart ve 18 Haziran 1999 tarihlerinde alınan ülkeden ayrılma emirlerinin yerine geçen ve hakkında Danıştay'da acil usul kapsamında yürütmeyi durdurma kararı talebi de dahil hukuk yolları mevcut olan 29 Eylül 1999 tarihli ülkeden ayrılma emirleri temelinde gerçekleştirildiğini gözlemlemektedir.
- Başvuranlar, avukatlarının söz konusu olaylardan ve müvekkillerinin durumundan 1 Ekim 1999 saat 22.30'da haberdar edilmesine ve avukatları olarak görevi devam etmesine rağmen bu hukuk kullanamamıştır. Başvuranlar, Danıştay'ın 13. maddenin anlamı dahilinde bir “ulusal otorite” olarak kabul edilebileceğini inkar etmemektedir, ancak herhangi bir otomatik askıya alma etkisi olmadığı için, bu hukuk yolunun 13. maddeye uymak için yeterince etkili olmadığını iddia etmektedir. Konu buna göre incelenmelidir.
79. Mahkeme, 13. madde kapsamındaki etkili bir hukuk yolu kavramının, ilgili hukuk yolunun Sözleşmeye aykırı ve etkileri potansiyel olarak geri döndürülemez olan tedbirlerin uygulanmasını önleyebilmesini gerektirdiğini düşünmektedir (bkz. Mutatis mutandis, yukarıda anılan Jabari, § 50). Sonuç olarak, Akit Devletlere bu hükmün kapsamındaki yükümlülüklerine uyma biçimleri konusunda bir miktar takdir hakkı tanınmasına rağmen, bu tür tedbirlerin ulusal makamlar tarafından Sözleşmeyle uyumlu olup olmadıkları incelenmeden önce uygulanması 13. Maddeye aykırıdır (bkz. Chahal, yukarıda anılan, s. 1870, § 145).
80. Mevcut davada, başvuranların şikâyetlerinin esaslarının yargı denetimi çerçevesinde incelenmesi için Danıştay görevlendirilmiştir. Davanın incelemesinin alacağı süreyi ve sınır dışı etme tehdidiyle karşı karşıya olduklarını göz önünde bulundurarak, başvuranlar ayrıca olağan prosedür kapsamında bir yürümenin durdurulması başvurusu yapmıştı. Ancak Hükümet, davanın şartları açısından olağan

prosedürün uygun olmadığını söylemekte ve başvurular acil usul kapsamında başvuru yapmalıydı diye düşünmektedir.

Bununla birlikte Mahkeme, olağan prosedür kapsamında bir yürütmeyi durdurma başvurusunun, Genel Komiserliğin 18 Haziran 1999 tarihli kararını ortaya koyan belgeye göre, başvuruların kullanımına açık hukuk yollarından biri olduğunu gözlemlemektedir. 18 Haziran tarihli karara göre, başvuruların ülkeden ayrılmak için sadece beş günü olması, olağan prosedür kapsamında yapılan durdurma başvurularının askıya alma etkisine sahip olmaması ve Danıştay'ın bu tür başvuruları karar bağlamak için kırk beş günü olması (Danıştay hakkındaki kanunun 17/4) maddesi) göz önünde bulundurulduğunda, bu başvurunun mevcut bir hukuk yolu olarak belirtilmiş olması, en hafif tabiriyle, başvuruların kafasını karıştırabilecek niteliktedir.

81. Acil prosedür kapsamında yapılan bir yürütmenin durdurulması başvurusu da askıya alma etkisine sahip değildir. Bununla birlikte Hükümet, sınır dışı vakalarında sık sık görüldüğü gibi, mahkeme başkanının istediği zaman - hatta resmi tatillerde ve birkaç saat önceden yapılan bildirimle - başvurunun değerlendirilebilmesi ve uygunsa sınır dışı emri uygulanmadan önce yürütmeyi durdurma kararı verilebilmesi için tarafları duruşmaya çağırabileceğini vurgulamıştır. AİHM ise yetkililerin sınır dışı etme emrini uygulamadan önce Danıştay kararını beklemek zorunda olmadıklarına dikkat çekmektedir. Bu nedenle Danıştay, örneğin acil prosedür uyarınca bir durdurma başvurusu alındığında yapılacakları belirleyen kılavuzda, katibin, yargıcın talebi üzerine, Yabancılar Bürosu ile irtibat kurması, geri dönüş için planlanan tarihi belirlemesi ve ardından dava ile ilgili ayarlamaları yapması öngörmüştür. Bu sistem hakkında iki açıklama yapılması gerekiyor.
82. Öncelikle, yürütmenin durdurulmasının başvuru sonrası değerlendirildiği ve ihtiyari olarak reddedilebileceği bir sistemde, başvurunun yanlış bir şekilde reddedilme riski bulunduğu unutulmamalıdır. Özellikle de mahkemenin esasa dair incelemesinin sonradan bir sınır dışı tedbirini sözleşmeye uygun olmadığı gerekçesiyle iptal ettiği durumlarda, başvuran zaten ülkesinde kötü muameleye maruz kalmış olabileceğinden, mevcut hukuk yolu Madde 13'ün amaçları bakımından yeterli derecede etkili olmayacaktır.
83. İkincisi, hata riski uygulamada göz ardı edilebilir olsa bile - Mahkemenin güvenilir bir delil yokluğunda, doğrulayamadığı bir husus - Sözleşmenin 13. maddesi ve diğer hükümlerinin gerektirdiklerinin, sadece bir niyet beyanı veya basit bir düzenleme değil, bir güvence olduğuna dikkat çekilmelidir. Bu, sözleşmenin tüm maddelerinde yer alan demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan, hukukun üstünlüğünün sonuçlarından biridir (bkz. Mutatis mutandis, Iatridis / Yunanistan [BD], no. 31107 / 96, § 58, AİHM 1999-II).

Ancak acil usul kapsamında yapılmış bir Danıştay başvurusunun beklemede olduğu durumlarda, yetkililerin sınır dışı etme emrinin uygulanmasını, Danıştayın başvuru hakkında karara verebileceği makul süre kadar dahi, ertelemesi gerekmediği görülmektedir. Dahası, yetkili makamların sınır dışı işlemlerine ilişkin niyet ve planlarını tespit etmek ve buna göre hareket etmek için uygulamada Danıştayın sorumluluğundadır ancak, bunun yapılması için herhangi bir yükümlülük bulunmamaktadır. Son olarak, Danıştay katibinin hakimin talimatlarıyla, yetkili makamlar ile bu konuda irtibat kurması sadece iç yönergelere dayanmaktadır ve katibin bunu yapmaması halinde sonuçlarının ne olabileceği konusunda hiçbir hüküm yoktur. Nihayetinde, yabancı, Danıştay ve yetkili makamların her davada,

Danıştayın sınır dışı işleminden önce kararını vermesi, hatta duruşma düzenlemesi ya da yetkililerinin makul bir ek süre tanınması uygulamasına uyacağına garantisine sahip değildir.

Bu faktörlerin her biri, hukuk yolunun uygulanmasının, Madde 13'ün şartlarını yerine getiremeyecek kadar belirsiz hale gelmesine neden olmaktadır.

84. Danıştaya aşırı yük binmesi ve sürecin kötüye kullanılması risklerine ilişkin olarak AİHM, sözleşmenin 6. maddesi gibi, 13. Maddesinin de Akit Devletlere yargı sistemlerini mahkemelerin kendilerinden beklenen görevleri yerine getirebileceği şekilde düzenlemeleri sorumluluğunu yüklediğini düşünmektedir (bkz. mutatis mutandis, Süßmann / Almanya, 16 Eylül 1996 tarihli karar, Raporlar 1996-IV, s. 1174, § 55). Bu bağlamda, Sözleşme sisteminin ikincil doğasını koruma konusunda 13. maddenin önemi vurgulanmalıdır (bkz. Mutatis mutandis, yukarıda adı geçen Kudła, § 152).

85. Sonuç olarak, başvuranlar, AİHS'nin 4. maddesinin 4. maddesine ilişkin şikâyetlerinin incelenmesi için 13. Maddenin şartlarını yerine getiren bir hukuk yoluna sahip olmamıştır. Buna göre, AİHS'nin 13. maddesi ihlal edilmiştir ve 4 numaralı Protokolün 4. maddesinin ihlal edildiğine dair şikayete yönelik hükümetin yaptığı itiraz (bkz. yukarıdaki 57. paragraf) reddedilmiştir.

VI. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

86. Sözleşmenin 41. Maddesi aşağıdaki gibidir;

“Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırılabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

A. Hasar

87. Başvuranlar, Sözleşme ihlallerinden dolayı maruz kaldıkları manevi zararın değerlendirilmesinin, Belçika Devletinin, AİHM kararının tam olarak uygulanmasını sağlamak için gelecekte alacakları tedbirlere bağlı olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak, kararın sonuçlarına ilişkin olarak Belçika Devleti ile görüşmeye başlamak istemişlerdir.

88. Hükümet bu konuda görüş bildirmemiştir.

89. Mahkeme, Bakanlar Komitesinin gözetiminde, davalı devletin, sözleşmenin 46. maddesi kapsamındaki yasal yükümlülüğünü yerine getireceği araçları -bu araçlar Mahkemenin kararında belirtilen sonuçlara uyduğu sürece- seçmekte serbest olduğuna işaret etmektedir. (bkz. Scozzari ve Giunta / İtalya [BD], 39221/98 ve 41963/98, § 249, AİHM 2000-VIII). Sonuç olarak Mahkeme, adil bir temele dayanarak, başvuranların maruz kaldığı manevi tazminatı 10,000 Avro (EUR) olarak değerlendirmektedir.

B. Masraflar ve Giderler

90. Başvuranlar, masraf ve giderler için 19.850 EUR talep etmiştir. Mahkeme nezdinde üç avukat ile temsil edilmelerini de kapsayan bu miktarın detaylarını sunmuşlardır.

91. Hükümet, başvuranların avukatlarının ücretlerinin doğrudan 41. Maddeye göre ödenmesini talep edemediklerini ve bu ücretlerin geri ödenmesinin başvuranlar tarafından talep edilmesi gerektiğini

belirtmiştir (imkanlarının yetersiz olduğu kabul edildiği durumlar hariç fakat bu durumda da adli yardım başvurusunda bulunmaları gerekirdi ancak böyle bir talepleri olmamıştır) Bu şarta tabi olmak kaydıyla, Hükümet, kabul edilen şikayetlerin ciddiyeti ile orantılı bir tutar ödemeyi kabul etmiştir.

92. Şartları ve özellikle de başvuruların Belçika'dan sınır dışı edildiği gerçeğini göz önünde bulunduran AİHM, başvurular adına yapılan taleplerin kabul edilebilir olduğunu düşünmektedir. Adil bir temelde karar veren Mahkeme, bu miktarın aşırı olduğunu düşünmüş ve 9,000 Avro'ya indirmiştir.

C. Temerrüt Faizi

93. Mahkemeye sunulan bilgilere göre, bu kararın kabul edildiği tarihte Belçika'da geçerli olan yasal faiz oranı yıllık % 7'dir.

BU NEDENLERLE MAHKEME,

1. Hükümetin, sözleşmenin 5.maddesinin 1, 2 ve 4. fıkraları kapsamında yapılan şikayetlerde, iç hukuk yollarının tüketilmediği yönündeki ön itirazını oybirliğiyle reddetmiştir;
2. Oybirliğiyle AİHS'nin 5 § 1 maddesinin ihlal edildiğine,
3. Oybirliğiyle AİHS'nin 5 § 2 maddesinin ihlal edilmediğine,
4. Oybirliğiyle AİHS'nin 5 § 4 maddesinin ihlal edildiğine,
5. Dörde Üç oyla AİHS'ye ek 4 no'lu protokolün 4. Maddesinin ihlal edildiğine,
6. Oybirliğiyle madde 3 ile bağlantılı olarak AİHS'nin 13. maddesinin ihlal edilmediğine,
7. Dörde üç oyla 4 nolu Protokol ile bağlantılı olarak AİHS'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine,
8. Altıya bir oyla
 - (a) Davalı Devletin, başvurulara, sözleşmenin 44 § 2 maddesi uyarınca, kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde, aşağıdaki miktarları ödemesine;
 - (i) manevi tazminat olarak 10,000 EUR (on bin Avro);
 - (ii) masraflar ve harcamalar bakımından 9000 EUR (dokuz bin Avro)
 - (b) yukarıda belirtilen üç aylık sürenin sona ermesinden ödeme tarihine kadar geçen süre için yıllık %7 basit faiz uygulanmasına karar vermiştir.
9. Başvuruların tazminat talebinin kalanını reddetmiştir.

İşbu karar Fransızca olarak düzenlenmiş ve Mahkeme'nin iç tüzüğü'nün 77. Maddesinin 2. ve 3. fıkralarına uygun olarak 5 Şubat 2002 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

Katip

Başkan

Sözleşmenin 45/2 maddesi ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 74/2. maddesi uyarınca aşağıdaki farklı görüşler bu karara eklenmiştir.

- (a) Yargıç Velaers'in kısmi mutabık, kısmi ayrı görüşü
- (b) Yargıç Küris'e birlikte Yargıç Jungwiert'in kısmi ayrı görüşü

J.-P.C.

S.D

YARGIÇ VELAERS'İN KISMİ MUTABIK, KISMİ AYRI GÖRÜŞÜ
(Çeviri)

Sözleşmenin 5. maddesinin 1. ve 4. fıkraları

1. Mahkemenin, başvuruların özgürlüklerinden mahrum bırakılma koşullarının, AİHS'nin 5 §§ 1 ve 4. maddelerini ihlal ettiği yönündeki görüşüne katılıyorum.

2. Sözleşme, herhangi bir özgürlükten yoksun bırakmanın “yasa tarafından öngörülen bir usule uygun olarak” yapılmasını gerektirmektedir. “Kanunla öngörülen bir usule uygun olarak” ifadesi esas olarak iç mevzuata atıfta bulunmakta ve dolayısıyla “bu mevzuat kapsamındaki ilgili prosedüre uymasının gerekliliğini” belirtse de, Winterwerp / Hollanda davasında (24 Ekim 1979 tarihli karar No:33, s. 19-20, § 45) AİHM, buna ek olarak şunları eklemiştir: “... iç hukukun kendisi, ifade edilen veya ima edilen genel ilkeler de dahil olmak üzere, Sözleşmeye uygun olmalıdır.”

3. Belçika polisinin kullandığı -oyun-, bu nedenle sözleşmenin “genel ilkeleri” ışığında incelenmelidir. Orantılılık ilkesi sözleşmenin genel bir ilkesi olduğu için, polis yöntemleri ve taktikleri sadece makamların elde etmek istedikleri amaçlarla orantılı oldukları takdirde, adil ve makul olarak değerlendirilebilir. Bu ilke mahkeme içtihadında (özellikle de 8 - 11. maddelerin 2. paragrafı ve 14. maddeye ilişkin içtihatlarında) geniş bir dava yelpazesinde uygulanmakta ve 5. maddedeki kişilerinin sadece “hukuka uygun bir usul ile” özgürlüklerinden yoksun bırakılması gerekliliğinin bir parçasını oluşturmaktadır. Ghent polisi tarafından kullanılan yöntem -oyun- bana göre orantılılık ilkesi ile tutarsızdır. Özgürlüğünden mahrum bırakılacak kişiler suçlu kimseler değil, sığınma talebi reddedilen yasadışı göçmenlerdir. Mahkeme, polisin suçla daha etkili bir şekilde mücadele edebilmesi için bu tür taktikler kullanmasına haklı olarak karşı çıkmamasına rağmen (bkz. Kararın 41. paragrafı), mevcut davada, Gent polisi bir ceza soruşturmasıyla değil, zorla sınır dışı etmeye dair idari bir prosedürle ilgilenmekteydi. Devletler, yasadışı göçmenleri etkili bir şekilde sınır dışı etme hakkına sahiptir ve bu konuda çok fazla uygun alternatif bulunmamaktadır ayrıca mevcut yöntemler de bazı durumlarda göçmenler ve onların çocukları için aynı şekilde zarar verici sonuçlar doğurmaktadır, ancak Gent polisi tarafından kullanılanlar gibi bir oyun kullanmak, kamu otoritelerinin ülkelerinde yasadışı olarak bulunan yabancılar ile olan idari ilişkilerinde güvenilmez olarak algılanmaları tehlikesi yaratır. Benim düşünceme göre, bu sonuç Ghent polisinin kullandığı oyunun orantılılık ilkesine aykırı olduğu anlamına geliyor. Hukukun üstünlüğünün geçerli olduğu bir devlette, yasadışı göçmenlerin hakları olmaması gibi bir durum söz konusu değildir. Kendilerini ilgilendiren idari makamların söylediklerine güvenebilmelidirler.

4. Sözleşmenin 5 § 4 maddesi, hürriyetinden yoksun bırakılan kişiye bu yargıya başvurma hakkını garanti etmektedir. Mevcut davada, asliye ceza mahkemesi nezdindeki hukuk yolunun erişilebilir olmadığı yönündeki Mahkeme görüşüne katılıyorum (kararın 45. paragrafına bakınız). Ayrıca Mahkeme haklı olarak, Fox, Campbell ve Hartley davasındaki kararına atıfta bulunuyor (kararın 55. paragrafına bakınız). O davada, başvurular yaklaşık otuz ve kırk dört saat boyunca tutulmuştur. Tutuklamalarını takip eden gün, başvurular habeas corpus (haksız yakalamayı yasaklayan bir dava türü) davası açmışlardır, ancak başvurular hâkimin önünde duruşmaya gelmeden önce serbest bırakılmışlardır. Bu nedenle Mahkeme, Fox, Campbell ve Hartley davasında tutukluluklarının herhangi bir adli incelemesi yapılmadan önce başvurular hızlı bir şekilde serbest bırakıldıklarından, başvuruların 5 § 4 maddesi kapsamındaki şikayetlerinin esasını

incelemenin gereksiz olduğuna karar vermiştir. Mevcut davada ise, özgürlüğün yoksunluğu sadece birkaç saat değil, beş gün sürmüştür. Her ne kadar Belçika devleti başvuranları sınır dışı ettikten hemen sonra serbest bırakmayı amaçlamış olsa da, tutukluluk süresinin uzunluğu göz önüne alındığında, bir mahkeme huzurunda dava açma hakkını güvence altına almalıydı.

4 no'lu Protokolün 4. Maddesi

5. 4 numaralı Protokolün 4. maddesinin ihlal edildiği konusunda çoğunlukla aynı görüşte değilim.

Birinci Dairenin, daha önceki 23 Şubat 1999 tarihli Andric davası kararında yaptığı “toplu sınır etme” tanımını pekiştirmek Mahkeme için önemli idi (bkz. Kararın 58-59. Paragrafları). Yabancıları bir grup olarak ülkeyi terk etmeye zorlayan önlemler, grubu oluşturan yabancıların kişisel koşullarının makul ve objektif bir şekilde incelenmesi sonucunda ve sonrasında gerçekleştirilmeleri halinde toplu bir sınır dışı edilme anlamına gelmez. Bu nedenle, Belçika Devletinin sadece başvuranları bir grup olarak hava yoluyla geri göndermesi nedeniyle değil, jürideki çoğunluk başvuru sahiplerinin kişisel koşullarının makul ve objektif bir incelemesinin yapıldığından şüphe ettiği için 4 no'lu Protokol'ün 4. maddesini ihlal etmiş olduğu tespit edilmiştir. Kişisel olarak bu şüpheleri paylaşmıyorum.

6. Başvuranların iltica talepleri, 3 Mart 1999 tarihinde, Yabancılar Bürosu tarafından reddedilmiş ve bu ret kararları 18 Haziran 1999 tarihinde Mülteciler ve Vatansız Kişiler Komiserliği tarafından alınan kararla onanmıştır. Çoğunluk bu kararların gerekçelendirildiğini ve yabancıların kişisel durumlarının incelenmesinin ardından alındığını kabul etmektedir. Kanımca, başvuranların kişisel koşulları üçüncü kez de kısaca incelenmiştir. Tutuklandıkları gün, Gent polisi tutuklananların Belçika'da kalmasına izin verilip verilmediğini kontrol etmek için Yabancılar Bürosu ile temasa geçmiştir. Bazılarının bireysel durumları kontrol edildikten sonra evlerine dönmelerine izin verilmiş olması ve göçmenlik statülerinin tespit edilmiş olması, sınır dışı edilme sürecinin bu son aşamasında bile son bir bireysel incelemenin yapıldığını göstermektedir.

7. Çoğunluğun şüpheleri, sınır dışı etme tedbirlerinin, Yabancılar Yasası'nın yalnızca 7. maddesinin birinci paragrafının (2) bendine atıfta bulunan 29 Eylül 1999 tarihli ülkeden ayrılma emri uyarınca, üç aydan uzun bir süredir Belçika'da olduklarını söylemek dışında söz konusu kişilerin kişisel durumlarına herhangi bir gönderme yapılmadan alındığı gerçeğinden kaynaklanmaktadır. Bence 29 Eylül 1999 tarihinde alınan tedbirler, iltica prosedürüne ilişkin önceki kararlardan ayrı tutulamaz. Başvuranların bireysel koşulları iki, hatta üç kez incelenmiştir ve sınır dışı işlemleri için yeterli gerekçe sağlamıştır. Ülkeden ayrılma kararının, başvuranların sığınma talebine veya 3 Mart ve 18 Haziran 1999 tarihli kararlara gönderme yapmadığı gerçeğinin üzerinde durarak, çoğunluk “toplu sınır dışı etme” kavramının tanımına tamamen şekli bir unsur getirmiş görünmektedir. Bu bağlamda, çoğunluk mahkemenin Andric davasında vermiş olduğu kararı takip etmeliydi: “bir takım yabancılar hakkında benzer kararlar alınması, her bir kişiye bireysel olarak yetkili makamlara sınır dışı edilmesine karşı argümanlar koyma fırsatı verildiği durumlarda toplu bir sınır dışı edilme sonucunu doğurmaz.”

8. Çoğunluğun şüpheleri, başvuranların zorla sınır dışı edilmesiyle ilgili "bir dizi faktörden" kaynaklanmaktadır (bkz. Kararın 62. paragrafı). Benim düşünceme göre, bu faktörlerin hiçbir şekilde, başvuranların bireysel durumlarının incelenmesinden sonra alınan kararları etkilemesi mümkün değildi ve zaten etkilememiştir de, bu nedenle, bu şüpheleri haklı çıkarmamıştır. Bu yüzden, 24 Ağustos 1999 tarihinde Yabancılar Bürosu Genel Müdürünün, Mülteci ve Vatansız Kişiler Komiseri'ne, Slovakya vatandaşlarının iltica taleplerini, daha ilerideki muhtemel başvuruları caydırmaya yönelik bir sinyal gönderilmesi amacıyla hızla

ele alma niyetini bildirdiği bir yazının, Yabancılar Bürosu (3 Mart 1999) ve Mülteciler ve Vatansız Kişiler Komiserliği (18 Haziran 1999) tarafından başvurulara karşı önceden alınmış kararları etkilemesi mümkün değildi. Gerçekten de, Genel Komiserlik, “bağımsızlığı kanunla garanti altına alınmış ve yabancıya usule ilişkin güvenceler sağlayan bir ulusal otorite” dir (Belçika Temyiz Mahkemesi, 23 Ocak 2001). Çoğunluk tarafından atıfta bulunulan diğer faktörler, grubun etkin sınır dışı edilmesi ile ilgilidir. Bu faktörler Eylül ayı sonundaki olaylar ile ilgilidir ve bu nedenle, 3 Mart 1999 ve 18 Haziran 1999'da yabancılar aleyhine alınan kararlara ilişkin çoğunluğun şüphelerini haklı çıkaramaz. Aslında çoğunluk da, yabancıların kişisel koşullarının makul ve objektif bir incelemesi yapıldıysa, grubun ülkesine geri gönderilmesinin 4 no'lu Protokolün 4. maddesine aykırı olmadığını kabul etmektedir. Bir grup olarak geri gönderme, ulusal makamların verimlilik ve ekonomi nedenlerinden ötürü seçmekte serbest oldukları bir seçenektir ve önceden hazırlık yapılmaksızın gerçekleşemez.

Sözleşmenin 35. ve 13. Maddeleri

9. Çoğunluğun, Belçika Danıştay'ına 29 Eylül 1999 tarihli sınır dışı etme emrinin yürütmesinin durdurulmasına ilişkin acil usul uyarınca yapılacak bir başvurunun, başvuruların AİHM'e şikâyetle bulunmadan önce başvurmaları gereken bir hukuk yolu (Sözleşme'nin 35. Maddesi) olmadığı ve başvuruların şikâyetlerinin giderilmesine imkan sağlayabilecek etkili bir hukuk yolu (Sözleşme'nin 13. Maddesi) teşkil etmediği yönündeki görüşüne katılmıyorum.

10. 29 Eylül 1999 tarihinde alınan önlemler ve bu önlemler kapsamında 5 Ekim 1999 tarihinde yabancıların toplu olarak hava yoluyla sınır edilmesiyle icra edildiği koşullara ilişkin 4 nolu Protokolün 4. maddesi kapsamındaki şikâyetler ile ilgili inceleme gerektiren tek hukuk yolu, 29 Eylül 1999 tarihli tedbirlere karşı acil prosedür uyarınca Belçika Danıştay'ına yürütmenin durdurulması başvurusunda bulunmaktı.

Çoğunluk, başvuruların 3 Mart 1999 tarihli Yabancılar Bürosu'nun kararına karşı Mülteci ve Vatansız Kişiler Komiserliğine yaptığı temyiz başvurusunu dikkate almamakta haklıydı. Bu tür itirazlar otomatik olarak askıya alma etkisine sahip olmasına rağmen, açıkça görülmektedir ki başvurular, 4 nolu Protokolün 4. maddesinin ihlal edildiğine dair şikâyetlerini Genel Komiserlik nezdinde dile getirememişlerdir. Çünkü Komiserlik kararını 18 Haziran 1999'de vermişti ve şikâyetler 29 Eylül 1999 tarihinde alınan tedbirlerin hazırlanışı ve uygulanması hakkındaydı. Aynı sebeple başvuruların 3 Ağustos 1999 tarihinde Danıştay'a yaptıkları başvuru da dikkate alınmamıştır. Aslında, olağan prosedür kapsamında yürütmenin durdurulması başvurusu - başvurular tarafından kullanılan prosedür - ne hukukta ne de uygulamada herhangi bir askıya alma etkisi içermemektedir. Başvuru sahiplerinin şikâyetlerini doğru bir şekilde gerçekleştirebilecekleri yegane çözüm yolu, 29 Eylül 1999 tarihli tedbirlere ilişkin acil prosedür kapsamında bir yürütmenin durdurulması başvurusu olmuştur.

11. Bu hukuk yolunun erişilebilirliğine gelince, çoğunluk haklı olarak başvuruların avukatının “söz konusu olaylar ve müvekkillerinin pozisyonu hakkında 1 Ekim 1999 saat 22.30'da bilgilendirdiğini” ve kendini hala başvuruların avukatı olarak gördüğünü belirtmiştir (bkz. kararın 78. paragrafı, ikinci paragrafı). Bundan da anlaşıldığı gibi başvuruların avukatı, acil prosedür kapsamında, 24 saat boyunca ulaşılabilir olan başvuru ile yürütmeyi durdurma kararı talebinde bulunabilirdi.

12. Bu tür hukuk yollarının etkinliği ile ilgili olarak, Hükümet tarafından atıfta bulunulan Danıştay'ın bir dizi kararından, acil prosedür uyarınca yürütmenin durdurulmasına dair bir başvurunun makul bir başarı olasılığı sunduğu görülmektedir. Hükümet, çok sayıda örnekle, prosedürün çok hızlı bir şekilde

uygulanabileceğini göstermemekle kalmamış, aynı zamanda, Danıştay'ın acil prosedür kapsamında sınır dışı emirlerini etkin bir şekilde askıya aldığı çok sayıda karar ortaya koymuştur. Bu prosedür altındaki başvurular için başarı oranı konusunda, taraflar Mahkeme'ye geniş çapta farklı istatistikler üretmiştir: başvuranlar oranı % 1.36 olarak belirlerken, Hükümet, Danıştay baş katipliği tarafından hazırlanan ve başarı oranını %25.22 olarak gösteren bir belgeyi sunmuştur. Mahkeme, kullanılan hesaplama yöntemlerini bilmediğinden haklı olarak taraflar arasındaki bu farkı çözmeye çalışmamıştır. Bununla birlikte, bir hukuk yolunun etkinliğinin, başvuran için olumlu bir sonucun kesinliğine bağlı olmadığı hatırlatılmalıdır; gerçek bir başarı imkanı olması yeterlidir. Belçika yasalarında 4 no'lu Protokol'ün 4. maddesinin doğrudan etkisi göz önüne alındığında, Belçika Danıştay'ının bu hükmün yasakladığı toplu sınır dışı çıkarma önlemlerinin uygulanmasına ilişkin yürütmeyi durdurma kararı almaya yetkili olduğu açıkça görülmektedir

13. Ancak, çoğunluğa göre, acil prosedür uyarınca yürütmenin durdurulması için Belçika Danıştay'ına yapılan bir başvuru, askıya alma niteliğinin çok belirsiz olması nedeniyle Sözleşmenin 13. maddesinin gereklerini yerine getirmemektedir. Bu bağlamda, ilk olarak Mahkemenin içtihadı kapsamında, bir hukuk yolunun etkinliğinin, şikayetlerin Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edildiğine dair olduğu durumlarda askıya alma etkisine bağlı olduğuna dikkat çekilmelidir. “İşkence veya aşağılayıcı muamele riskinden doğabilecek zararın geri dönüşümsüz doğası”na dikkat çekerek, Mahkeme, hakkında bir iç hukuk yoluna başvurulacak olan tedbirlerin, ulusal makamlar tarafından incelenmeden önce icra edilememesini şart koşmaktadır. Ancak, mevcut davada, Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine dair şikâyetin açıkça temelsiz olduğunu (13 Mart 2001 tarihli kabul edilebilirlik kararına bakınız) ve sonuç olarak, 13. Maddenin amaçları bakımından tartışmaya açık olmadığını tespit etmiştir (bkz. Paragraf 76). Bu durumda, başvuranların, sınır dışı edilmeleri sonrasında menşe ülkeleri Slovakya'da işkence veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya maruz kalma tehlikesi bulunmadığı açıktır.

14. Çoğunluğun, 4 no'lu Protokol'ün 4. maddesinin ihlal edildiğine dair şikayete ilişkin bir başvuruda izlenecek hukuk yolunun etkinliğinin, askıya alma etkisine bağlı olduğu yönündeki görüşü kabul edilse bile, Mahkeme içtihadı gereğince, ilgili hukuk yolunun otomatik askıya alma etkisine sahip olmasının gerekli olmadığı; “uygulamada” askıya alma etkisine sahip olmasının yeterli olduğu göz önünde bulundurulmalıdır (bkz. Soering / Birleşik Krallık, 7 Temmuz 1989 tarihli karar, sei no no. A 161, s. 48, § 123 ve Vilvarajah ve Diğerleri / Birleşik Krallık, 30 Ekim 1991 tarihli karar, Seri no. A 215, sayfa 39, § 125).

15. Mevcut davada, acil prosedür uyarınca Danıştay'a yapılacak bir başvurunun otomatik olarak askıya alma etkisi yoktur, ancak uygulamada aynı etkiye sahip olabilir, çünkü 24 saat boyunca erişilebilirdir. Prosedür kapsamında, Danıştay hafta sonları da dahil olmak üzere birkaç saat içinde bir karar vermektedir. Acil prosedür kapsamındaki tüm başvurular otomatik olarak listelenir ve doğrudan ele alınır. Danıştay ayrıca tarafların birkaç gün veya saat içerisinde belirli bir yerde dinlenilmesini emredebilir. Bu bağlamda, bir iç yönerge, bu prosedürün nasıl çalıştığını göstermektedir. Yönergede şöyle yazmaktadır: “Yabancılara ilişkin davalarda, katip, hakimin talebi üzerine, geri gönderme tarihini belirlemek için Yabancılar Bürosu ile irtibat kuracak ve faks ile teyit talep edecektir. ... geri gönderme işleminin yakın bir tarihe planlandığı durumlarda başvuranın duruşmaya şahsen katılmasını talep etmek doğru olacaktır.” Şahsen katılma yönündeki bir emir bağlayıcı olduğu için, Devlet ilgili yabancının sınır dışı işlemlerine devam edemez. Ayrıca, aynı prosedürün bir parçası olarak, Danıştay, yargılamanın sonucunu bekleyen bir yabancıyı sınır dışı etmemeye yönelik geçici tedbirler emredebilir.

16. Hükümet, bu usul unsurlarının, başvurunun uygulamada askıya alma etkisine sahip olmasını garanti ettiğini ileri sürmüştür. Başvuranların, acil bir usulle Danıştay'a yürütmenin durdurulması başvurusunda bulunmuş bir yabancının, söz konusu başvuru devam ettiği sırada sınır dışı edildiği herhangi bir geçmiş dava örneği göstermediği de not edilmelidir. Ayrıca, bu tür işlemlerde Danıştay'ın yetkilerinin etkisiz olduğunu gösteren somut bir örnek de sunmamışlardır. Bu tür bir kanıtın bulunmaması durumunda, uygulamada acil prosedür altındaki bir başvurunun askıya alma etkisine sahip olduğunu varsaymak makul olacaktır. Nitekim, kararın 66. paragrafında, çoğunluk, başvuranların iddialarını şu şekilde özetlemektedir: "Özellikle, acil prosedür kapsamında, Danıştay'daki hukuk yollarıyla ilgili olarak başvuranlar, Danıştay kararlarının uygulamada sınır dışı emrinin icrasından önce verildiğini kabul etmiş, ancak kanunun bu konuda hiçbir garanti vermediğini ve idari makamın kararın verilmesini beklemeksizin sınır dışı etme emrini yerine getirme hakkına sahip olduğunu iddia etmiştir." Hukuken doğru olan bu argüman, başvurunun otomatik olarak askıya alma etkisinin olmadığını, ancak uygulamada böyle bir etkisinin olduğunu söylemeye karşılık gelmektedir.

17. Akit Devletlere, Sözleşme'nin 13. maddesi kapsamındaki yükümlülüklerine uyma biçimlerine ilişkin belli bir takdir yetkisi tanınmıştır. Mahkeme, yukarıda belirtilen Vilvarajah ve Diğerleri davasında bu temel ilkenin altını çizmiştir. Sığınma talebi reddedilen bir yabancının zorla sınır dışı edilmesine ilişkin, bu kararda Mahkeme şunları gözlemlemiştir: "Bununla birlikte, 13. Madde, herhangi belirli bir hukuk yolu gerektirecek kadar ileri gitmemektedir, Akit Devletler bu hükmün kapsamındaki yükümlülüklerine uyma biçimleri konusunda takdir yetkisine sahiptir "(loc. cit., s. 39, § 122). Benim düşünceme göre - ve bu faktör benim gözümde bu davada belirleyicidir - mevcut davada olduğu gibi, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine dair şikâyetin açıkça dayanaksız olduğu ve sonuç olarak, Sözleşmenin 13. Maddesi bakımından tartışmaya açık olmadığı tespit edildiğinde takdir payı daha geniş olmalıdır.

18. Bu nedenle, acil usulle Danıştay'a yapılacak yürütmenin durdurulmasına ilişkin bir başvurunun, başvuru sahiplerinin başvurması gereken (Madde 35) ve Sözleşme'nin 13. maddesinin şartlarına uymak için yeterince etkili olan erişilebilir ve etkili bir hukuk yolu olarak görülmesi gerektiğini düşünmekteyim.

YARGIÇ KÜRİSLE BİRLİKTE YARGIÇ JUNGWIERT'İN KISMİ AYRI GÖRÜŞÜ

(Çeviri)

Sözleşmenin 5. maddesinin 1, 2 ve 4. fıkralarının ihlal edildiği konusunda çoğunluğa katılıyorum. Bununla birlikte, 4 nolu Protokolün 4'üncü maddesinin veya 4 no'lu Protokol'ün 4. maddesi ile bağlantılı olarak AİHS'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine kanaat getiremiyorum. Bu görüşümün gerekçeleri aşağıdaki gibidir.

4 No'lu Protokol'ün 4. maddesiyle uyum konusunda, ilk iki başvuranın her biri, Mültecilerin Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nde belirtilen sebeplerden biri nedeniyle hayatlarının tehlike altında olduğuna dair yeterli kanıt sunmadıkları için Yabancılar Bürosu tarafından kabul edilemez olarak ilan edilen bir iltica talebinde bulunmuştur. Genel Komiserlik, Yabancılar Bürosu'nun başvuruların kalmasına izin vermeyi reddeden kararlarını onamıştır. Bay Conka'nın davasında, Komiserliğin kararı bay Čonka'nın duruşmaya katılmamasına dayanıyordu. Bayan Čonková ile ilgili olarak ise, yaklaşık iki sayfadan oluşan gerekçeler sunulmuştu. Komiser bayan Conkova'nın yazılı ifadesinde büyük çelişkiler olduğunu belirtmiş ve güvenilirliği konusunda ciddi şüpheler olduğunu dile getirmiştir.

Her iki karara da ülkeden ayrılma emri eşlik etmiştir. Başvuranlar bu emirlere uymadıklarından, zorla sınır dışı edilmeleri için tedbirler alınmıştır. Başvuranlara, dosyalarının son incelenmesinin yapıldığı Gent polis karakoluna gelmelerini gerektiren bir ihbarda bulunulmuştur. Karakola geldiklerinde Gent polisi Yabancılar Bürosu ile temasa geçmiştir. Sığınma talepleri reddedilen ve Belçika'da başka nedenlerle bulunma hakkına sahip olmayan yabancılar, özgürlüklerinden yoksun bırakılmış ve grup olarak ülkelerine geri gönderilmiştir. Bazılarının bireysel durumları kontrol edildikten sonra evlerine dönmelerine izin verilmiş olması ve göçmenlik statüsüne hak kazanmış olduklarının tespit edilmiş olması, sınır dışı edilme sürecinin bu son aşamasında bile nihai bir bireysel incelemenin yapıldığını göstermektedir.

Sınır dışı emirlerinin yaklaşık yetmiş kişilik Slovakya vatandaşlarından oluşan bir grubun hava yoluyla geri gönderilmesi şeklinde icra edilmesi, 4 no'lu Protokol'ün 4. maddesi anlamında "toplu bir sınır dışı" olduğu anlamına gelmez. Sınır dışı edilen her bir yabancı için kişisel koşulları üç kez incelenmiştir. 29 Eylül 1999 tarihli son kararların, 3 Mart 1999 ve 18 Haziran 1999 tarihli kararların gerekçelerine atıfta bulunmaması, ancak yalnızca ilgili kişilerin yasadışı durumuna atıfta bulunması (bkz. Bölüm 7, birinci paragraf, bent (2), Yabancılar Yasası), yabancıların bireysel koşullarının incelendiği ve söz konusu sınır dışı işlemi için yeterli gerekçeleri sağlandığı gerçeğini değiştirmez. Bu bağlamda, Andric / İsveç kararında ifade edilen görüşe katılıyorum (kararın 58. paragrafı): "Yabancıları bir grup olarak ülkeyi terk etmeye zorlayan önlemler, grubu oluşturan yabancıların kişisel koşullarının makul ve objektif bir şekilde incelenmesi sonucunda ve sonrasında gerçekleştirilmeleri halinde, toplu bir sınır dışı edilme anlamına gelmez"

Ayrıca, bence bu hüküm, devletlerin ekonomi veya verimlilik nedenlerinden ötürü, benzer davaların sonunda, aynı ülkeye sınır dışı edilmek zorunda olan insanları bir araya getirmesini engellemektedir.

Bu değerlendirmeler, 4 numaralı Protokol'ün 4. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmamı sağlamıştır.

AİHS'nin 4. maddesi ile birlikte ele alınan sözleşmenin 13. maddesi ile ilgili olarak, AİHS'nin, Akit Devletlere, 13. madde ile kendilerine dayatılan yükümlülüklerine uyma biçimlerine ilişkin belirli bir takdir yetkisi tanınması mahkemenin yerleşik içtihadıdır. Buna ek olarak, yakın zamanda icra edilecek bir önlemin söz konusu kişiyi sözleşmenin 3. Maddesi tarafından yasaklanan muamele riskine maruz bırakacağı iddia edildiğinde, sadece, otomatik olarak olmasa bile en azından uygulamada askıya alma etkisine sahip, bir hukuk yolu sözleşmenin 13. maddesi uyarınca yolu etkili bir çözüm olacaktır. (bkz. Soering / Birleşik Krallık, 7 Temmuz 1989 tarihli karar, Seri A no. 161, s. 48, § 123 ve Vilvarajah ve Diğerleri / Birleşik Krallık, 30 Ekim 1991 tarihli karar Seri A, no: 215, sayfa 39, § 125).

Başvuranların, 29 Eylül 1999 tarihli kararlar aleyhine acil usulle yürütmenin durdurulması için Danıştaya yapabilecekleri başvuru, otomatik askıya alma etkisine sahip olmamasına rağmen, icra edildiği yöntem itibarıyla uygulamada askıya alma etkisine sahiptir.

Acil prosedür, 24 saat kullanılabilir. Prosedür kapsamında, Danıştay hafta sonları da dahil olmak üzere birkaç saat içinde bir karar verebilir. Acil prosedür kapsamındaki tüm başvurular otomatik olarak listelenir ve doğrudan ele alınır. Danıştay ayrıca tarafların birkaç gün veya saat içerisinde belirli bir yerde dinlenilmesini emredebilir. Bu bağlamda, bir iç yönerge prosedürün nasıl çalıştığını göstermektedir. Yönergede şöyle yazmaktadır: “Yabancılara ilişkin davalarda, katip, hakimin talebi üzerine, geri gönderme tarihini belirlemek için Yabancılar Bürosu ile irtibat kuracak ve faks ile teyit talep edecektir. ... geri gönderme işleminin yakın bir tarihe planlandığı durumlarda, başvuranın duruşmaya şahsen katılmasını talep etmek doğru olacaktır.” Şahsen katılma yönündeki bir emir bağlayıcı olduğu için, Devlet ilgili yabancının sınır dışı işlemlerine devam edemez.

Ayrıca, aynı prosedürün bir parçası olarak, Danıştay, yargılamanın sonucunu bekleyen bir yabancıyı sınır dışı etmemeye yönelik geçici tedbirler emredebilir. Hükümet, sınır dışı edilmek üzere, kapalı bir merkezde tutuldukları sırada acil prosedür kapsamında bir başvuruda bulunabilen yabancılar da dahil olmak üzere, söz konusu prosedürün etkinliğinin birkaç örneğini sunmuştur.

Bu prosedür altındaki başvurular için başarı oranı konusunda, taraflar Mahkeme'ye geniş çapta farklı istatistikler sunmuştur: başvurular oranı % 1.36 olarak belirlerken, Hükümet, ise Danıştay tarafından sunulan belge ile başarı oranının %25.22 olduğunu belirtmiştir. Bu farklılık muhtemelen kullanılan hesaplama yöntemlerindeki farklardan kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, bir hukuk yolunun etkinliğinin, olumlu bir sonucun kesinliğine bağlı olmadığı unutulmamalıdır. Mevcut davada hükümet acil prosedür uyarınca yürütmeyi durdurma kararının verildiği o kadar çok karar örneği sunmuştur ki, bu hukuk yolunun etkili olduğu kabul edilmelidir.

Sonuç olarak, başvurular 29 Eylül 1999 tarihli kararlara karşı acil prosedür doğrultusunda bir yürütmeyi durdurma başvurusunda bulunabilirdi, ancak bunu başaramamışlardır. Bu hukuk yolu, madde 13'ün gereklerini yerine getirmektedir. Bu nedenle, bu hükmün ihlal edilmediğini ve Hükümetin 4 nolu Protokol'ün 4. maddesinin ihlal edildiğine dair şikayete ilişkin yaptığı ön itirazın esaslı olduğunu düşünüyorum.