



AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

D. VE DİĞERLERİ - TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru no:24245/03)

KARARIN ÖZET ÇEVİRİSİ

STRAZBURG

22 HAZİRAN 2006

İşbu karar Sözleşme'nin 44 § 2. maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecek olup şekli bazı düzeltmelere tabi tutulabilir.

Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan 24245/03 başvuru no'lu davanın nedeni, üç İran vatandaşının 4 Ağustos 2003 tarihinde, Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Sözleşmesi'nin (AİHS) 34. maddesi uyarınca yapmış oldukları başvurudur.

Daire Başkanı, A.D., eşi P.S. ve kızları P.D.'nin (Başvuranlar), isimlerinin açığa vurulmaması isteğini (İçtüzüğün 47§3 maddesi) kabul etmiştir.

Adli yardımdan faydalanan başvuranlar, AİHM İçtüzüğü'nün 36§1 maddesi gereğince başvuranları temsil etmesine izin verilen New York'da bulunan *Iranian Refugees Alliance Inc.* Müdürü D. Abadi tarafından temsil edilmektedirler.

OLAYLAR

I. DAVA KOŞULLARI

Başvuranlar, 1969 doğumlu Kürt kökenli A.D. Sünni olup, 1976 doğumlu Azeri kökenli eşi P.S. ise Şii'dir. Kızları P.D. 1997 doğumludur. Halihazırda sözkonusu aile geçici oturma izni ile Kastamonu'da (Türkiye) oturmaktadır.

A. Başvurana Göre Davanın Oluşmasına Neden Olan Olaylar

Iran Demokratik Kürdistan Partisi (IDKP) adına yaptıkları faaliyetlerden dolayı İran makamları tarafından kendisine işkence edilen A.D., 31 Kasım 1994 tarihinde yasadışı yollardan Türkiye'ye girmiş ve burada üç haftalık geçici oturma izni almıştır.

A.D. 5 Aralık 1994 tarihinde, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nden (BMMYK) mülteci olarak kabul edilmesini istemiştir.

Ancak başvuran, BMMYK önünde mülteci olma talebinin incelendiği sırada, oturma izni sona erince, diğer İranlı mültecilerle birlikte Ankara Yüksekova Asliye Ceza Mahkemesi'ne çağırılmıştır.

Yüksekova Asliye Ceza Mahkemesi, 28 Nisan 1995 tarihinde yabancıların serbest dolaşım hakkına ilişkin mevzuatın ihlal edildiği gerekçesiyle para cezasına çarptırılmış ve İran'a iade edilmesine karar vermiştir.

Başvuran, İran'a döner dönmez 4 Haziran 1995 tarihinde Ayetullah Humeyni tarafından tanınan pişmanlık affından yararlanmayı umarak polise teslim olmuştur. Başvuran yakalanmış ve Nagadeh bilgi alma dairesi tarafından dört ay boyunca baskı altında sorgulanmıştır.

Başvuran 7 Ekim 1995 tarihinde, af belgesi almış ve Nagadeh kentini terk etmemek koşuluyla serbest bırakılmıştır. Başvuran daha sonra sabıka kaydı nedeniyle kazanç getiren her türlü faaliyetten ve üniversiteye giriş hakkından men edildiğini öğrenmiştir. Böylece seyyar satıcı olmuştur.

Başvuran 1996 yılında P.S. ile tanışmış ve evlenmeye karar vermişlerdir. Ancak İran istihbarat¹ üyesi olan P.S.'nin babası ve erkek kardeşi bu evliliğe karşı gelmişlerdir. P.S. 11

¹ SAVAMA (Sazman-e Ettela'at va Amniyat-e Melli-e Iran), daha sonra İran Bilgi Alma Bakanlığı olarak adlandırılmıştır. VEVAK (Vezerat-e Ettela'at va Amniyat-e Keshvar) olarak da bilinir.

Eylül 1996 tarihinde evinden kaçmış ve başvuranın evine yerleşmiştir. Başvuran ve P.S. 26 Eylül 1996 tarihinde, P.S.'nin babasının rızası alınmadan ve dolayısıyla Şii mezhebine aykırı olarak Sünni geleneklerine göre evlenmişlerdir.

İki gün sonra çift yakalanmıştır. Şii mahkemelerinin talebi üzerine P.S. bekaret kontrolünden geçmiş ve daha sonra serbest bırakılmıştır.

Nagadeh İslam Mahkemesi hakimi 30 Eylül 1996 tarihinde yapılan evliliği geçersiz ilan etmiş ve başvuranların her birini 300.000 Riyal para cezasına çarptırmıştır. Duruşmada hakim P.S.'nin babasını, Şii geleneklerine uygun bir evlilik yapılmasına izin vermesi konusunda ikna etmiştir. P.S.'nin babası bu karara boyun eğmiş ve çift yeniden evlenmiştir.

Verilen bu kararın içeriğini bilmeyen başvuranlar, daha sonra, her birinin İran Ceza Kanunu'nun (İCK) 88. maddesi gereğince zina gerekçesiyle yüz kırbaç cezasına çarptırıldıklarını öğrenmişlerdir. *Haad* olarak adlandırılan sözkonusu mahkumiyet kararı, bozulamayan bir karardır.

Birkaç ay sonra başvuranlar, mahkeme kararının infazı amacıyla Şii hakimi önüne çıkmaları için çağırılmışlardır.

12 Nisan 1997 tarihinde A.D.'ye yüz kırbaç cezası uygulanmıştır. Ancak P.D.'ye hamile olan eşinin cezası, önce çocuğun doğduğu 28 Ağustos 1997 tarihine kadar, daha sonra fiziksel ve ruhsal sağlık durumunun iyi olmaması nedeniyle 11 Ekim 1999 tarihine kadar ertelenmiştir. Bu son tarihte P.S.'nin kırbaç cezasının ertelenemeyeceğine ve ceza, ellişer kırbaç olmak üzere iki ayrı zamanda uygulanmaya karar verilmiştir.

Bunun üzerine, P.S.'nin kırbaçlanmasından kaçmak ve de A.D., kuzeni ve iki arkadaşını Irak'ın kuzeyindeki IDKP'nin yerel haber alma merkezine katılmalarını teşvik ettiğini polisin öğrenmesinden korktuğundan dolayı, aile İran'dan ayrılmaya karar vermiştir.

P.S. kızı ile birlikte 22 Kasım 1999 tarihinde Salmas sınır kapısından geçerli olan bir pasaportla Türkiye'ye giriş yapmışlardır. Ancak A.D. Serro üzerinden kaçak olarak giriş yapmışlardır.

Başvuranlar Van'da buluşmuşlardır.

B. Türkiye'de Başlatılan Yeni Usul İşlemleri

Başvuranlar, 23 Kasım 1999 tarihinde BMMYK bürosuna başvurmuşlardır. BMMYK başvuranları Van Göçmenlik bürosuna yönlendirmiş ve burada başvuranlar mülteci olarak kayıt yaptırmışlardır.

Bir BMMYK görevlisi, 17 Ocak 2000 tarihinde, diğer aile üyeleri aile reisi olan babaya bağlı olduklarından, sadece A.D.'yi dinlemiştir. Sadece eşinin söylediklerini doğrulamak amacıyla P.S.'ye danışılmıştır. Bu vesileyle BMMKY görevlisi, Van Devlet Hastanesi psikoloğu tarafından muayene edilmesi için, P.S. adına bir form doldurmuştur.

Başvuranlar 24 Nisan 2000 tarihinde, çevirmenlik yapan bir mültecinin da bulunduğu Van Yabancılar Bürosu'nda sorgulanmışlardır. Daha sonra A.D. ve P.S. söylediklerinin yazılı

olarak özetini çıkarmaya davet edilmişlerdir. Başvuranlar 27 Nisan 2000 tarihinde kendilerinden isteneni yapmışlardır.

Başvuranlar 2000 yılı Mayıs ayında, vatandaşı oldukları ülkede işkence görme riski bulunan Avrupalı olmayan kişiler olarak geçici “mülteci” statüsünden faydalanmışlardır. Bunun yanı sıra sözkonusu aile, yüz Amerikan doları karşılığında yenilenebilir geçici oturma izni almışlardır.

Başvuranlar Kastamonu’ya yerleşmişler ve burada Kastamonu polisine yüz dolar daha vermek zorunda kalmışlardır.

Ancak 6 Kasım 2000 tarihinde BMMYK’nin yeterince gerekçelendirilmemiş kararıyla A.D.’nin sığınma talebi reddedilmiştir. P.S.’nin kendi durumundan ayrı olarak incelenmesine yönelik başvuruları sonuç vermemiştir.

Başvuran itirazda bulunmuştur.

BMMYK 20 Eylül 2001 tarihinde başvurana talebinin bertaraf edildiğine ve yeni ve kesin olaylar ileri sürmediği sürece dosyasının tekrar incelenemeyeceğine dair bilgi vermiştir.

Başvuran 31 Aralık 2001 tarihinde usul işlemlerinin yeniden başlatılmasını istemiştir. 2002 yılı Haziran ayında BMMYK başvurana dosyadaki hiçbir unsurun yeniden incelenmesini haklı göstermediğine ve davasının artık rafa kaldırıldığına dair bilgi vermiştir.

Ancak 21 Kasım 2002 tarihinde, Türk Göçmenlik Bürosu oturma izninin süresini uzatmayı reddetmiştir.

Iranian Refugees’ Alliance Inc. örgütü, en azından talebinin reddedilmesindeki gerekçeler hakkında başvurana bilgi vermesi amacıyla BMMYK’ye yazı göndermiştir.

Dışişleri Bakanlığı, 19 Mart 2003 tarihinde BMMYK dosyasına atıfta bulunarak İçişleri Bakanlığı’na görüş bildirmek amacıyla, 94/6169 sayılı Tüzük ve Cenevre Sözleşmesi gereğince başvuranın sığınma talebine dayanak olarak ileri sürdüğü argümanların uygun olmadığı yönünde yazı göndermiştir.

Başvuranlara, 22 Nisan 2003 tarihinde bakanlık kararnamesi tebliğ edilmiştir. Sözkonusu kararnamede başvuranlara, sığınma talepleri reddedildiğinden İran’a geri dönmekte ya da sınır dışı edilme risklerinin bulunmasından dolayı seçtikleri ülkeden başka bir ülkeye gitmekte serbest olduklarına dair bilgi verilmiştir.

Bu karara on beş gün içinde İçişleri Bakanlığı’na başvurularak itiraz edilebilir.

Başvuran 6 Mayıs 2003 tarihinde bu amaçla elinde bulunan bütün belgelerle birlikte savunma sunmuştur.

C. Halihazırdaki Durum

Başvuranın itirazı 12 Ağustos 2005 tarihinde İçişleri Bakanlığı’nda hala incelenmekteydi. Halihazırda, süregelen usul işlemlerinin sona ermesini beklerken yenilenen

oturma izinleri gereğince Kastamonu’da oturmaya devam eden başvuranlar aleyhinde hiçbir nihai sınır dışı etme kararı bulunmamaktadır.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMALAR

A. Türkiye

Mültecilere ilişkin mevzuat ve Türk idari ve hukuki makamların uygulamaları için Bkz. *Jabari-Türkiye* (no: 40035/98, § 22-30, AİHM 2000-VIII) ve *Müslim-Türkiye* (no: 53566/99, § 42-47, 26 Nisan 2005).

B. İran

İCK’nın ikinci bölümü, “şekli, ciddiyeti ve niteliği” şeriat kanunları tarafından tanımlanan ceza olan, çoğulu *hadd* olan *hodoud* cezasına yer vermektedir (İCK’nın 13. maddesi). İCK’nın 88. maddesinde öngörülen ve ilke olarak yüz kırbaç cezasına çarptırılan *Qazf*, zina nedeniyle yapılan suçlama anlamına gelmektedir (İCK’nın 139. maddesi). Zina işleyen kadın için, hamilelik sırasında ve daha sonra eğer yeni doğanı koruyacak bir kimse mevcut değil ise *hadd* cezası ertelenebilir (İCK’nın 91. maddesi). Hamile ya da emziren bir kadının kırbaçlanması, karnındaki bebeğin ya da yeni doğanın yaşamını zora soktuğu durumda, cezanın infazı sözüedilen risk ortadan kalkana kadar ertelenir (İCK’nın 92. maddesi).

2003 yılı Eylül ayında çıkan fiziksel cezaların infaz koşullarına ilişkin düzenlemeye göre, kırbaçlama kararı halka açık olarak her biri bir metre boyundaki birçok deri kayışlardan oluşan kırbaç yardımıyla uygulanır. Baş, yüz ve jenital bölgeler gibi “yasak olan bölgeler”e dikkatsizlik sonucu kırbaç darbelerinin gelmemesi için, vücudun hareket etmesini engelleyecek şekilde kişinin kolları ve bacakları bağlanır. Zina konusunda verilen kırbaç cezası, örneğin sarhoşluk için verilen cezadan daha ağırdır.

Kadınlar, giyinik olarak ve oturma pozisyonunda tutularak kırbaçlanır.

İran’da yürürlükte olan uygulamaya göre, İran Adli Tıp Örgütü tarafından kırbaçlanmaya dayanamayacak ölümcül bir hastalığı bulunan bir kimse sözkonusu olduğunda, kırbaçlama cezası özel bir usule göre infaz edilmektedir. Bu durumda İCK’nın 94. maddesinde öngörüldüğü gibi, zecri hakim tarafından belirlendiği şekilde darbe sayısına eşit sayıdaki kayıştan oluşan özel bir kırbaç yardımıyla ya da yüz kırbaç cezası için yapılmış yüz kayıştan oluşan bir kırbaçla tek bir kırbaç darbesi olarak uygulanmaktadır. Kırbaç darbesinin gücü, kırbaç kullanan kişiye göre değişir. Bu konuda hiçbir resmi ve kesin bir talimat yoktur. Kırbaç darbesinin etkisinin, *hadd*’ın uygulanmasında daha da önem arz ettiği kabul edilmektedir.

İyileşebilir rahatsızlığı bulunan kişiler sözkonusu olduğunda, cezanın infazı kişi iyileşene kadar ertelenir (İCK’nın 93. maddesi).

C. Uluslararası Af Örgütü Raporları

2003 yılında Uluslararası Af Örgütü İran’da 197 kırbaçlama olayı tespit etmiştir. Örgüt 2005 yılı yıllık raporunda en az otuz altı kırbaçlama cezasına yer vermekte ve özellikle kırbaçlandıktan sonra Tahran’da 2005 Şubat ayında ölen Mohsen Mofidi olayını anlatmıştır.

Bu rakamın gerçek rakamların gerisinde olduğu gözardı edilmemelidir. Son olarak 11 Ocak 2005 tarihinde Örgüt 19 yaşında “ahlaksız” fiillerden dolayı idam cezası alan Leyla Mafi aleyhinde kırbaçlama cezasının infazı konusundaki endişelerini dile getirmiştir (Bkz. aynı şekilde sözüedilen *Jabari*, § 31 ve 32).

HUKUK AÇISINDAN

I. 13 VE 14. MADDELERİ İLE BİRLİKTE YA DA TEK BAŞINA ELE ALINAN AİHS’NİN 3. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

Başvuranlar, öncelikle İran’a gönderildikleri takdirde, kötü muameleye ve AİHS’nin 3. maddesine aykırı olan cezalara maruz kalmaları riskinin bulunduğunu savunmaktadırlar.

A. Tarafların Argümanları

1. Hükümet

Hükümet, Cenevre Sözleşmesi’ne Taraf olarak uyguladığı coğrafi kaynaklı çekince seçeneği gereğince, Türkiye’nin Avrupa vatandaşı olmayan kişilere ne mülteci statüsü ne de herhangi bir oturma hakkı verme zorunluluğunun bulunduğunu hatırlatmaktadır. Oysa mevcut davada ulusal makamlar, başvuranlara, insancıl gerekçelerden dolayı ülkelerine dönebilecekleri ya da kendilerini kabul edecek tercihlerinin dışında bir ülkeye gidecekleri güne kadar ülke sınırlarında oturmalarına izin vererek, konu hakkında sunulan yasal olanakların ötesine geçmişlerdir.

Zaten o günlerde başvuranların aleyhinde uygulanacak hiçbir karar bulunmamaktaydı. 22 Nisan 2003 tarihli sınırışı etme kararına karşı yapılan itiraz konusunda başlatılan usul işlemleri hala askıda olup, bu itiraz başvurusu bertaraf edilmiş olsa bile, başvuranların hala hukuki denetimin sağlanması amacıyla idari mahkemelere başvurma hakkı bulunmaktadır.

Hal böyleyken Hükümet, başvuranların endişelerinin gerçekliği konusundaki şüphelerinin bulunduğunu dile getirmektedir. BMMYK tarafından yakın zamanda sunulan açıklamaları benimseyerek, Hükümet, özellikle ailenin Türkiye’ye 1999 yılında, yani İran’da dört yıl yaşadıktan sonra giriş yaptığına dikkati çekmektedir. Oysa işkence görme riski bulunmasına rağmen, A.D.’nin bu ülkeyi daha önce terk etmek için neden girişimde bulunmadığına hiçbir şekilde açıklama getirilmemiştir.

Bununla birlikte Hükümet, başvuranların Türk ve BMMYK makamlarına yaptıkları sığınma taleplerini destekleyemediklerini belirtmektedir.

Hükümet, P.S. konusunda, eğer uygun zamanda ve eşinin sığınma talebinden bağımsız olarak ileri sürmüş olsaydı, sağlık durumuna ilişkin bilgilerin daha önceden incelenip BMMYK’ya iletilmiş olacağını savunmaktadır. Bu noktada Hükümet, 9 Eylül 2005 tarihli BMMYK’nin açıklayıcı yazısına atıfta bulunarak, infazının birçok yıl boyunca ertelenen başvurana uygulanan kırbaçlama cezasının sağlık nedeniyle “sembolik” olan bir cezaya çevrildiğine dikkati çekmektedir. Her ne olursa olsun Hükümet, sığınma işlemlerinin farklı aşamalarında, ailenin oturma iznini yenilemeye devam eden İçişleri Bakanlığı da dahil olmak üzere makamların, P.S.’nin durumunu gözönünde bulundurmakta ihmalkarlık göstermediklerine kanaat getirmektedir.

Böylece Hükümet, insancıl değerler doğrultusunda hareket eden makamlar, bağımsız olarak ve uluslararası taahhütlere uygun olarak işlem yaptıklarından dolayı, bu davada AİHS'nin 3. maddesi bakımından Türkiye'nin sorumlu tutulamayacağına kanaat getirmektedir.

2. Başvuranlar

Başvuranlar, İran'da yargısız infazların ve kırbaçlama, recmetme ya da organların kesilmesi gibi barbarlık olarak nitelendirilecek cezaların halen uygulanmaya devam edildiğini belirtmektedirler. Bu ülkeye geri gönderildikleri takdirde, P.S.'nin zina nedeniyle kendisine verilen kırbaçlanma ve A.D. de siyasi geçmişinden dolayı işkence hatta ölüm cezasından kaçamayacaktır.

Bu noktada başvuranlar, İran'da IDKP üyeleri ve sempatizanları keyfi olarak kovuşturulmuş, hapsedilmiş, işkence görmüş hatta, Türkiye'den sınır dışı edildikten sonra ivedi şekilde yargılanan ve idam cezasına çarptırılan bu partinin kurucuları K. Tujali ve K. Shoghi gibi infaz edildiklerini ifade etmektedirler.

Ayrıca başvuranlar, Uluslararası Af Örgütü'nün raporlarını ve İslami rejime karşı cinayet işledikleri gerekçesiyle mahkum edilen Esmail Mohammadi, Abu Baker Mirza'i Qaderi, Othman Mirza'i Qaderi, Qader Ahmadi ve Jahangir Badouzadeh hakkında olduğu gibi ahlaksızlık gerekçesiyle mahkum edilen ve kırbaçlama cezasının infaz edilmesi üzerine ölen Mohsen Mofidi hakkında bu örgütün dile getirdiği infaz, işkence ya da kırbaçlama cezaları konusundaki endişelerini ileri sürmektedirler.

Başvuranlar, bir İran muhabirinin 8 Ağustos 2005 tarihinde yazdığı "Protests Erupt in Kurdish Areas of İran" başlıklı rapora ve Kürt eylemcileri aleyhinde İran makamları tarafından yürütülen şiddet kampanyaları konusunda Uluslararası Af Örgütü tarafından 5 Ağustos 2002 tarafından başlatılan uluslararası çağrıya atıfta bulunmaktadır. Son olarak başvuranlar, 29 Ekim 2005 tarihli ve "Deteriorating human rights situations under Ahmadinejad's watch" başlıklı IDKP memorandumuna göndermede bulunmaktadır. Bu belgeye ek olarak, ayrılıkçı siyasi faaliyetlerinden dolayı öldürülen ya da hapsedilen Kürt kökenli İranlıların isimlerinin sıralandığı bir liste yer almaktadır.

Başvuranlar davaya ilişkin olaylara konusunda, ulusal makamların sığınma talebini reddetmeden evvel BMMYK'nin değerlendirmesinden bağımsız olarak bir değerlendirmeye gitmediklerini, Danıştay'a yapılan son başvuruda iddialarının esastan incelenmediğinden dolayı, uluslararası hukukla bağdaşan asgari teminatları sunan bir usul işlemi güvencesinin verilmediğini savunmaktadırlar.

Bu açıdan başvuranlar Hükümet'in görüşlerinde gerçeklerin ortaya çıkarılması amacıyla AİHM'nin kendisine sormuş olduğu sorulara açıkça cevap verme ve farklı sığınma talepleri hakkındaki dosyaların birer örneğini sunma durumunda olmadığına dikkati çekmektedirler. Böyle bir ihmalkarlık, AİHS'nin 34. maddesindeki hakkın ve AİHM'nin bu konuya ilişkin içtihadının tanınmadığı anlamına gelmektedir (*Orhan-Türkiye*, no: 25656/94, § 266, 18 Haziran 2002 ve *Tanrıkulu-Türkiye*, no: 23763/94, § 70, 1999-IV).

Başvuranlar, mevcut davada Hükümet'in, açıklamalarında sadece kendisinin "ulaşabileceği" ve hiç kuşkusuz yanlış olan bazı "bilgiler"e atıfta bulunarak boş yere kendini

haklı göstermeye çalışan BMMYK'nin kararına dayanarak karar vermekle yetindiğini savunmaktadırlar.

Başvuranlara göre BMMYK'nin 9 Eylül 2005 tarihli yazısında, *hodoud* kategorisine girmeyen bir suç oluşturan çifte atılı olan fiilin “illicit relationship”, yani *rabeteḥ namasru* olarak nitelendirilerek yanılığa düşmektedir. Oysa bu durumda, zina, zina-e mohseneh gerekçesiyle çok daha ciddi mahkumiyet sözkonusudur.

BMMYK P.S.'ye verilen cezayı “sembolik” olarak nitelendirirken de yanılığa düşmektedir. Öncelikle BMMYK tarafından ileri sürülen İCK'nın 94. maddesi, hiçbir şekilde “sembolik ceza” öngörmemektedir. Mahkumiyet kararında bu hükme yapılan atıfla, İslami rejim hakiminin cezaların saptanması konusundaki takdir yetkisini yeniden dile getirmek amaçlanmaktadır. Bu durum başvuranın sonuç olarak iki aşamalı olarak yüz kırbaç cezasına maruz kalması durumunu hiçbir şekilde değiştirmemektedir.

Yine aynı yazıda BMMYK, P.S. yasal yollardan İran'ı terk edebilmişse, ailenin İran adli makamlarla hiçbir anlaşmazlığa düşmediği anlamına geldiğine kanaat getirmektedir. Oysa böyle bir sonuç ciddiyyetten uzak olduğu için yanılığa düşürebilir. Birincisi, A.D.'nin Türkiye'ye girişi yasal olmayan yollardan gerçekleşmiş ve ikinci olarak P.S. gibi İran'da haklarında soruşturma yapılan kişiler için ülkeyi terk etme yasağı hiçbir zaman uygulanmamıştır. Başvuranlar, Türkiye'ye iltica eden geçerli pasaportlara sahip bazı mülteciler de dahil olmak üzere, aleyhlerinde yürütülen kovuşturmalara rağmen belirli bir ücret karşılığında özgürce seyahat etmiş olan birçok İranlı'nın durumunu dile getirmişlerdir.

A.D., 1999 yılından önce Türkiye'ye gelmekte çekinmesinin nedeninin, İran'da hırpalanması değil, 1995 yılındaki ilk seyahati süresince kendisine gösterilen insanlık dışı muamele olduğunu savunmaktadır.

B. AİHM'nin Takdiri

1. P.S. Konusunda

3. maddede yer alan yasaklama, sınırdışı edilme konusunda da kattıdır. AİHM, bu hükme aykırı olan hukuki fiziksel cezalarda dahil olmak üzere ceza şekillerine başvuranın hiçbir şekilde kabul edilemeyeceği konusunun özellikle üzerinde durmalıdır. Böylece, bir kimsenin gideceği ülkede böyle bir muameleye maruz kalma riskinin bulunduğu inanmak için kesin ve ciddi gerekçelerin bulunduğu her defasında, Sözleşmeciler Devlet'in sorumluluğu sınırdışı edilme durumunda sözkonusu olmaktadır (Bkz. *mutatis mutandis*, adigeçen *Müslim*, § 66, *Vilvarajah ve diğerleri-Birleşik Krallık*, 30 Ekim 1991 tarihli karar, A serisi n° 215, s. 34, § 103, *Chahal-Birleşik Krallık*, 15 Kasım 1996, 1996-V, s. 1855, § 80 ve *Tyrer-Birleşik Krallık*, 25 Nisan 1978, A serisi n° 26, s. 15-16, § 31 ve 33).

Bu davada AİHM, Tarafların argümanlarını ve İran'daki hukuki durum hakkındaki mevcut bilgilerin tümünü not etmektedir. Türk makamlarının başvuranların kendilerine başvurduğu sırada sahip oldukları ya da sahip olmaları gereken koşullara öncelikli olarak atıfta bulunarak, AİHM, İran'daki fiziksel cezaların, zina gibi ahlak dışı olarak değerlendirilen bazı suç kategorileri konusunda kurumsallaştırıldığını gözlemlemektedir. Bu türden cezalar, kanun tarafından öngörülmekte, hukuki organlar tarafından verilmekte ve Devlet görevlileri tarafından uygulanmaktadır.

AİHM, davanın incelenmesini kendi gerçekleştirdiği zamandan bu yana (sözüedilen *Chahal*, s. 1856, § 86) bu ülkedeki durumun değiştiğine inanmamaktadır.

Dolayısıyla bu durum Jabari-Türkiye davası ile karşılaştırılabilir. Sözüedilen davada, Türk makamlarının, zina gerekçesiyle aleyhinde cezai kovuşturmaların başlatılmasından önce İran'dan ayrılmak zorunda kaldığını savunan Jabari'nin iddiasının "savunulabilir" niteliğinin ciddi olarak değerlendirmesini yapıp yapmadıkları denetlenmekteydi (sözüedilen karar, § 18 ve 34).

Ancak P.S.'nin durumu, Jabari'nin durumundan net bir şekilde ayrılmaktadır. Zira P.S., fiziksel cezanın uygulanması riskinin bulunmadığını, ancak zina nedeniyle mahkum edildiği yüz kırbaç cezasının pek yakında ve kesinlikle infaz edileceğini belirtmektedir.

Hükümet, ne bu noktaya ne de uzun zamandan beri ilgili makamlar tarafından bilinen bu mahkumiyete ilişkin mahkeme kararının gerçekliğine itiraz etmiştir.

Böylece AİHM'ye göre Türk makamlarının konuya gerekli özeni göstererek başvuranın davasının bütün girdisi çıktısını değerlendirip değerlendirmediklerinden çok (Bkz. Örneğin sözüedilen *Jabari*, §39) bu davada söz konusu cezanın niteliğini gözönüne alıp almadıklarının incelenmesi söz konusudur.

Daha  nce AİHM'nin de belirttiği üzere, verilen bir fiziksel cezanın, AİHS'nin 3. maddesi tarafından korunan kişinin fiziksel bütünlüğü ve onuru gibi kavramlarla bağdaşmadığı ortaya konulabilir. Bir cezanın "aşağılayıcı" olup bu hükmü ihlal etmesi için, sebep olduğu küçük düşme ya da aşağılanmanın belirli bir seviyede ve her cezaya bağlı her zamanki aşağılanma unsurundan farklı olması gerekmektedir. Özellikle 3. madde "insanlık dışı" ve "aşağılayıcı" cezaları yasaklayarak, bu cezaların genel olarak verilen cezalarla karışmamasını kapsamaktadır.

Asgari ciddiyet seviyesinin değerlendirilmesi davaya ilişkin verilerin tümüne bağlıdır. Cezanın niteliği ve içeriği, infaz şekilleri, süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri, bazen mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi unsurları gözönünde bulundurmak gerekmektedir (Bkz. *Costello-Roberts-Birleşik Krallık*, 25 Mart 1993 tarihli karar, A serisi no: 247-C, s. 59, § 30 ve yapılan atıflar).

AİHM bu konuda, İran'daki kırbaçlama cezalarının infaz şekilleri konusundaki itiraz edilmeyen bilgilere gönderme yapmaktadır. Bu koşullarda bir kimsenin, hemcinslerinden birine ve hem de halka açık olarak b yleyi bir fiziksel şiddet uygulamasına izin verilmesi, başvuranın cezasının başlı başına "insanlık dışı" bir ceza olarak nitelendirilmesi için yeterli olmaktadır.

Hiç kuşkusuz İran hukuku, bazı güvenceler sunmaktadır ve bir şekilde başvuran bunlardan faydalanmıştır. Başvuranın cezasının infazı hamile olduğu dönemde birçok kez ertelenmiş ve son olarak Adli Tıp Kurumu'nun görüşüne uygun olarak, kırbaç cezasının ellişer kırbaç olmak üzere iki seferde uygulanmasına karar verilmiştir.

Cezanın bu şekilde hafifletilmesi, cezanın "insanlık dışı" niteliğinden hiçbir şey kaybettirmemektedir.

Ancak Hükümet, BMMYK gibi, İCK'nın 94. maddesi gereğince P.S.'nin cezasının, “sembolik” bir ceza halini alacak şekilde, sağlık nedeniyle çok fazla hafifletildiğini belirtmektedir.

Oysa cezanın hafifletilmesi kararı, İran makamlarından resmi yollardan elde edilen hiçbir güvenceye dayanmadığından (Bkz. Bader ve diğerleri-İsveç, no: 13284/04, § 45, AİHM 2005-... ve bu kararda yeralan atıflar) ve de dosyadaki hiçbir unsur, İCK'nın 94. maddesinin uygulanmasını gerektirecek başvuranın hiçbir ölümcül bir hastalığının bulunmamasından dolayı yerinde alınan bir karar değildir.

AİHM, aksi durumda bile, yüz kayıştan oluşan tek bir kırbaç darbesinin uygulanması ile cezanın infaz edilme olasılığının, hiçbir şekilde verilen cezaya “sembolik” nitelik kazandırmadığını ve de “insanlık dışı” yönünü değiştirmediğini vurgulamaktadır. Bu durumda başvuran daha ciddi yaralardan kurtulmuş olsa da, Devlet gücünün elinde halka açık şekilde obje olarak kullanmayı içeren bu ceza, kişinin fiziksel olduğu kadar psikolojik bütünlüğüne ve onuruna yerveren 3. maddenin temel amaçları arasında yeralan kişinin korunması ilkesini ihlal etmiştir (Bkz. *mutatis mutandis*, sözüedilen *Tyrer*, s. 16, § 33).

AİHM, yukarıda yapılan değerlendirmeleri gözönüne alarak, başvuranın İran'a geri gönderilmesi durumunda 3. maddeye aykırı olan “insanlık dışı” bir cezaya maruz kalacağı yönünde gerçek bir riskin bulunduğu kanaat getirmektedir.

Geriye esasla birleştirilen ve kabul edilebilirlik aşamasında Hükümet tarafından ileri sürülen iç hukuk yollarının tüketilmemesi sorunu kalmaktadır.

AİHM bu bağlamda, Hükümet'in bu vakte kadar, 6 Mayıs 2003 tarihinde başlatılan itiraza ilişkin usul işleminin sonucunu beklerken başvuranların sınırdışı edilmelerini yasaklamasını memnuniyetle karşıladığını not etmektedir. Hiçbir şey bu usul işleminin, Türk idari makamlarının, aleyhlerinde ileri sürülen ihlal iddialarını engellemek ve tazmin etmek için halihazırda yeterli unsurlara sahip olduğundan dolayı, başvuranı İran'da bekleyen akıbeti konusundaki iddiaları incelenmeden sınırdışı etme kararının alınması ile sonuçlanacağını akla getirmemektedir (Bkz. *mutatis mutandis*, *Van Oosterwijck-Belçika*, 6 Kasım 1980 tarihli karar, A serisi no: 40, s. 16, § 33).

Ancak *Jabari-Türkiye* davasında belirtilen aynı gerekçelerden ve bu davada kabul edilen çözümden yola çıkılmasını haklı gösteren argümanlar bulunmadığından dolayı, AİHM, bu davada başvuranın etkili bir şekilde idari mahkemeler önünde aleyhinde alınacak benzeri sınırdışı kararının meşruluğuna itiraz edebilme olasılığının bulunduğu inanmamaktadır. Böyle bir başvuru, alınan tedbirin infazının ertelenmesi ya da başvuranın iddialarının esasının yeniden incelenmesi ile sonuçlanamaz (sözüedilen *Jabari*, § 49 ve 50).

2. A.D. ve P.D. hakkında

AİHM dava koşullarını gözönüne alarak, A.D.'nin delillerle desteklenmemiş olan, siyasi geçmişinden dolayı kötü muamele ya da işkence riskinin bulunduğu dair iddiaları üzerinde durmayacaktır (benzeri bir durum için Bkz. sözüedilen *Müslim*, § 61).

Davanın özel nitelikleri AİHS'nin 3. maddesinin yanı sıra 8. maddesi alanında re'sen yer almasına olanak tanısa da (*Handyside-Birleşik Krallık*, 7 Aralık 1976 tarihli karar, A serisi no: 24, s.19-20, § 41), AİHM bunun gerekli olmadığına kanaat getirmektedir (Bkz. diğer

birçoğu arasında, *Johansen-Norveç*, 7 Ağustos 1996 tarihli karar, 1996-III, s. 1001-1002, § 52 ve ilgili yorumlar için bkz. özellikle *Cılız-Hollanda*, no: 29192/95, § 61-72, AİHM 2000-VIII).

Sonuç olarak bu davada A.D. ve P.D.’nin durumunun yukarıda yer verilen *Bader ve diğerleri-İsveç* davasındaki başvuranların durumundan farklı olmadığını tespit etmek yeterli olacaktır. Sözüedilen davada K.B.M. Kurdi, eşi H.A.M. Kanbor ve iki çocuğu, Suriye’ye geri gönderildiği takdirde, AİHS’nin 2 ve 3. maddeleri bakımından K.B.M. Kurdi’ye verilen ölüm cezasının infazı riskinin bulunduğunu belirtmektedirler (sözüedilen karar, § 1 ve 34).

AİHM, bu örnekte belirtilen aynı nedenlerden dolayı P.S.’nin sınır dışı edilmesi durumunda A.D. ve P.D. açısından 3. maddenin ihlal edilmiş olacağına kanaat getirmektedir (Bkz. sözüedilen *Bader ve diğerleri*, § 1, 34, 47 in fine ve 48).

3. Sonuç

AİHM yukarıda yer alan ihlal tespitleri ışığında, Hükümet’in iç hukuk yollarının tüketilmediğine yönelik itirazını reddetmekte ve şayet uygulamaya konulmuş olsaydı P.S.’yi İran’a sürme kararının, üç başvurula ilgili olarak AİHS’nin 3. maddesinin ihlali anlamına geleceğine kanaat getirmektedir.

Bu sonuç AİHM’nin mevcut davayı ileri sürülen 13. ve 14. madde kapsamında incelemesi gerekliliğini ortadan kaldırmıştır.

II. AİHS’NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

AİHS’nin 41. maddesinde yer alan unsurlar

A. Tazminat

1. Maddi zarar

Başvuranlar rakam belirtmeksizin, Türkiye’de geçirdikleri altı yıl içinde uğradıkları zararın tazmin edilmesini istemektedirler. Bununla ilgili olarak, Kastamonu Yabancılar Şubesi’nden gelen 3 Nisan 2002 tarihli yazıya gönderme yapmaktadırlar. Bu yazıyla, A.D.’ye Türkiye’de yabancıların ilgili Bakanlığın izni olmaksızın çalışamayacakları bildirilmiştir. Başvuranlar, bu zaman zarfında maddi yardım ve sağlık yardımı yapılmadığından şikayetçi olmaktadır. Başvuranlar ayrıca, yine aynı şubeden gönderilen başka bir yazıya da atıfta bulunmaktadır, bu yazıda da A.D.’nin 31 Ağustos 2005 yapmış olduğu başvuru üzerine, “sığınma talebinde bulunan yabancıların” değil de, yalnızca ilticacı ya da sığınmacı statüsünde bulunanların ücretsiz sağlık hizmetinden faydalanabilecekleri kendisine bildirilmiştir.

Bununla birlikte, olayların meydana geldiği sırada Türkiye’de asgari ücret 423.000.000 eski Türk Lirası iken, A.D. ailesinin ihtiyaçlarını karşılayabilmek amacıyla, günlük ortalama bir ila yedi amerikan doları karşılığında on iki bazen de on dört saat süreyle geçici, yorucu ve tehlikeli işlerde çalışmak zorunda kalmıştır.

Hükümet belgelenememiş olmasından ve başvuranların rakam belirtmemiş olmasından dolayı bu talebin reddedilmesini talep etmektedir.

AİHM, AİHS'nin 3. maddesinin kısmi olarak ihlal edilmesiyle ileri sürülen zararlar arasında bir bağlantı görememektedir kaldı ki bu zararlar denetlenebilir herhangi bir unsura da dayanmamaktadır. Bu nedenle, bu ad altında herhangi bir ödeme yapılmasına gerek görülmemektedir.

2. Manevi zarar

Başvuranlar içinde bulundukları belirsizlik ortamı nedeniyle acı çektiklerini ve halen de acı çekmeye devam ettiklerini ifade etmektedirler. Bununla ilgili olarak takdir yetkisini AİHM'ye bırakmaktadırlar.

Hükümet mevcut davada, başvuranların açık ve kesin bir iddiada bulunmadıklarını ifade etmekle yetinerek bu konuda görüş bildirmemektedir.

AİHM mevcut davanın koşulları dikkate alındığında, AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edildiği tespitinin, başvuranların yaşamış olabilecekleri manevi zararın tazmini için başlı başına yeterli olduğu kanaatindedir (Bkz. *mutatis mutandis*, *Jabari*, adigeçen, § 54).

B. Masraf ve Harcamalar

Başvuranlar, avukatlarının avukatlık ücreti ve dava boyunca yapılan diğer masraflar için 15.500 Amerikan Doları (on beş bin beş yüz) talep etmektedirler. Taleplerini şu şekilde açıklamaktadırlar:

- Posta, iletişim ve belge masrafları için, 380 Amerikan Doları;
- Çeviri masrafları için, 920 Amerikan Doları;
- Saati 150 Amerikan Doları'ndan, 95 saatlik avukatlık hizmeti için, 14.250 Amerikan Doları.

Bununla ilgili olarak başvuranlar 56,20 Amerikan Doları tutarında iki posta makbuzu, 23,14 Amerikan Doları tutarında bir adet iletişim makbuzu ve on bir tane İran'a bir tane de Türkiye'ye olmak üzere yapılan telefon görüşmelerinin yer aldığı bir adet detaylı telefon faturası sunmaktadırlar.

Hükümet, sunulan birkaç adet faturanın başvuranların talepleri ile hiçbir şekilde ilgisi bulunmadığını belirtmektedir.

Yapılan masraf ve harcamaların karşılanması ile ilgili olarak, AİHM kendisine sunulan belgeleri özellikle de avukat tarafından sunulan avukatlık ücret tarifelerini değerlendirmiştir. AİHM ödenmesi talep edilen ücreti haklı bulmuş fakat Strazburg'da davanın sonuçlanması amacıyla yapılan ciddi çalışmaları da dikkate alarak, talep edilen tutarın aşırı olduğuna kanaat getirmiştir.

AİHM içtihatlarından doğan kriterler ışığında (*Nikolava-Bulgaristan* [GC], no: 31195/96, § 79, CEDH 1999-II, ve *Scozzari ve Giunta-İtalya* [GC], no: 39221/98 ve 41963/98, § 258, CEDH 2000-VIII), her türlü vergiden muaf tutulmak üzere Avrupa Konseyi tarafından verilen 857 Euro tutarındaki adli yardım düşürülerek başvuranlara 5.000 Euro ödenmesine karar vermiştir.

C. Gecikme Faizi

AIHM, Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi kolaylıklarına uyguladığı faiz oranına üç puanlık bir artışın ekleneceğini belirtmektedir.

BU GEREKÇELERE DAYALI OLARAK AIHM OYBİRLİĞİYLE,

1. Hükümeti'in ön itirazının *reddedilmesine*;
 2. Şayet uygulanmaya konmuş olsaydı P.S.'yi İran'a sürme kararının üç başvuranla ilgili olarak AIHS'nin 3. maddesinin ihlali anlamına *gelebileceğine*;
 3. 3. maddesi ile birlikte AIHS'nin 13. ve 14. maddeleri kapsamında herhangi bir soru *bulunmadığına*;
 4. İhlal tespit kararının, başvuranların yaşamış olabilecekleri manevi zararın tazmini için başlı başına *yeterli olacağına*;
 5. a) AIHS'nin 44 § 2 maddesi gereğince kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde, döviz kuru üzerinden Y.T.L.'ye çevrilmek üzere ve miktara yansıtılabilecek her türlü vergiden muaf tutularak, Savunmacı Hükümet tarafından başvuranlara manevi tazminat için 5000 Euro (beş bin) *ödenmesine* ve bu miktardan Avrupa Konseyi tarafından yapılan 857 Euro tutarındaki adli yardımın *düşürülmesine*;
 - b) Söz konusu sürenin bittiği tarihten itibaren ödemenin yapılmasına kadar Hükümet tarafından, Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli olan faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda faiz *uygulanmasına*;
 6. Adil tazmine ilişkin diğer taleplerin *reddine*;
- karar vermiştir.

İşbu karar Fransızca olarak hazırlanmış ve AIHM'nin iç tüzüğü'nün 77§§ 2 ve 3 maddesine uygun olarak 22 Haziran 2006 tarihinde yazıyla bildirilmiştir.