



AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ DAİRE

ABDULLAH YILMAZ -TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru no:21899/02)

KARARIN ÖZET ÇEVİRİSİ

STRAZBURG

17 Haziran 2008

İşbu karar AİHS'nin 44§2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir. Şekli düzeltilmelere tabi olabilir.

USUL

Türkiye Cumhuriyeti Devleti aleyhine açılan (21899/02) no'lu davanın nedeni T.C. vatandaşı Abdullah Yılmaz'ın (başvuran), ölen oğlu Maşallah Yılmaz adına Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne 11 Şubat 2002 tarihinde Temel İnsan Hakları ve Özgürlüklerini güvence altına alan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 34. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvurdur.

Başvuran, AİHM önünde Diyarbakır Barosu avukatlarından E. Akyürekli, E.Talay ve E. Doğan tarafından temsil edilmektedir.

OLAYLAR

I. DAVA KOŞULLARI

Başvuran, 1953 doğumludur ve Bursa'da ikamet etmektedir. Başvuran, 1979 doğumlu olan ve askerlik görevini yapmakta iken 1 Ekim 1999 tarihinde ölen Maşallah Yılmaz'ın babasıdır.

A. Olayın meydana gelişi

Olayların meydana geldiği dönemde Maşallah Yılmaz, Şırnak/ 48. İ.G.P. Tb. Komutanlığı emrinde piyade er olarak askerlik hizmetini yapmakta idi.

Son izni sırasında ailesinin yanına gelindiğinde, başvuran oğlunun sağ kolunda sigara yanıkları görmüştür. Oğluna yanık izlerini sorduğunda, oğlu "bana kötü muamele yapıyorlar" şeklinde yanıt vermiştir.

1 Ekim 1999 tarihinde, Maşallah'ın da aralarında bulunduğu bir bölük uzman çavuş olan Murat Avcil'in emrine verilmişti. Lise mezunu olan Murat Avcil o dönemde yirmi dokuz yaşında idi ve disiplinsizlikten dolayı üç defa hapis cezasına çarptırılmıştı.

Bölük Yayla Tepe Üs bölgesinde taş toplama işi ile görevlendirilmişti. Arkadaşları gibi, Maşallah'ın da G-3 marka piyade tüfeği bulunmaktaydı (seri numarası: 220170).

Saat 7.30'a doğru uzman çavuş, Maşallah'ı, askerler ve işleri denetleyen komutanlar için çay yapmakla görevlendirmiştir. Maşallah görevini yaparken gecikmiş, uzman çavuş da Maşallah'ı azarlamıştır.

Resmi belgelerden tereddüte mahal bırakmayacak şekilde, başvuranın oğlunun uzman çavuş Murat Avcil tarafından bayılana kadar dövüldüğü, bilahare Maşallah'ın tüfeğini midesine doğrultarak kendini vurduğu ve Şırnak Askeri Hastanesi'ne götürülürken yolda öldüğü anlaşılmaktadır.

B. Adli tıp incelemeleri

Hastanede, Maşallah'ın giysileri makas yardımıyla çıkarılmış ve cesedi morga kaldırılmıştır. Maşallah'ın cesedinin bulunduğu morga Şırnak Cumhuriyet Savcısı adli bir tabip ile birlikte gelmiştir. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 79. maddesi öngördüğü halde, bölgede hiçbir patoloji uzmanı müsait değildi.

Ceset, olaya tanık olan asteğmen M.A.S. tarafından teşhis edilmiştir.

Ceset üzerinde haricen yapılan incelemede 3. ve 4. bel omurları düzeyinde 1x1,5 cm genişliğinde ne stampa izi ne tatuaj izi bulunan kurşun yarası tespit edilmiştir. Kalın bağırsakların bir bölümü göbek deliğinin yanındaki bir yarıktan dışarı çıktığı görülmüştür. Çıkan parçanın yağla kaplı olması nedeniyle yarığın çapı tespit edilememiştir. Adli tabibin bağırsakları parmakla itmesi üzerine tatuaj olabilecek bir siyahlık tespit edilmiştir. Ayrıca adli tabip sağ şakak kemiği üzerinde 1x1,5 ebadında doğum lekesi olarak nitelendirdiği bir cilt lekesi olduğunu görmüştür.

Ayrıca, adli tabip, ölümcül merminin giriş ve çıkış delikleri ile vücuttaki seyrinin tam olarak tespit edilmesi için bir patolojist tarafından sistematik otopsi yapılmasının gerekli olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Sonuç olarak, ceset, Diyarbakır Komutanlığı Askeri Savcılığı'na gönderilmiştir.

Ertesi gün, 2 Ekim 1999 tarihinde, bir patolojist cesedi incelemiştir. Önceki tespitlere katıldığını ifade eden patolojist, göbeğin solundaki 3x3 cm genişliğindeki deliğin, vurma halkası ve barut kakması bulunduğu cihetle mermi giriş deliği olduğunu teyid etmiştir. Patolojiste göre, ölüm nedeni, bitişik atış mesafesinden yapılan tek bir mermi atışıdır. Mermi, aşağıya doğru bir yol izleyerek, karından girip sırttan çıkmıştır. Patolojist, mermi çekirdeğinin vücutta bulunmaması nedeniyle klasik otopsi yapılmasına gerek olmadığına karar vermiştir.

C. İdari soruşturma

1 Ekim 1999 tarihinde, olayın hemen ardından, Subay V.K. ve Astsubaylar C.T. ve M.S.'den oluşan bir idari soruşturma komisyonu davanın soruşturulması ile görevlendirilmişlerdir. Aynı gün, soruşturma komisyonu, Albay Ö.B., Teğmen M.A.S., Çavuş A.A. ve görgü tanıkları M.C., Ç.B. ve G.B.'nin ifadelerini almıştır. Bu şekilde alınan çeşitli ifadeler müteakip tespitlerin yapılmasına imkan vermiştir:

Çavuş ile Maşallah arasındaki gerginliğe; Çavuş ile Maşallah'ın olaydan önce yaptıklarına; Maşallah'ın şahsi problemlerine ilişkin olarak çeşitli ifadeler alınmıştır. Çavuş Avcil ifadesinde Maşallah'ın ailevi nedenlerden dolayı huzursuz ve gergin olduğunu, bu nedenle ona o gün en kolay iş olan çay hazırlama işini verdiğini, Maşallah'ın onu bile yapmadığını görünce sinirlendiğini, bir iki kere kendisine vurduğunu, Maşallah'ın sorunları olduğunu bağırdığını ve kendini yere atarak bayılma numarası yaptığını, üstüne su dökünce kalktığını, taş taşıyan askerleri de yanına çağırarak Maşallah'a nasihat ettiğini, bilahare herkesi görevi başına gönderdiğini, Maşallah ile arasında 25-30 metre olduğunu, bir müddet sonra iki askeri Maşallah'ı avutmaya gönderdiğini, Maşallah'ın kalkarak yürümeye başladığını, ailevi sorunları olduğunu ve kendini öldüreceğini söylediğini ve kendisini karnından vurduğunu belirtmiştir.

Karara varmak için soruşturma komisyonu, tanık ifadelerinden başka olay tespit tutanağını, yerlerin krokisini, Çavuş Avcil'in disiplin dosyasını ile Maşallah'ın üstünde bulunan ikisi kız kardeşi, üçüncüsü bir arkadaşı tarafından yazılmış olan üç mektubu da dikkate almıştır.

Soruşturma Komisyonu Çavuş Avcil'in uygunsuz davranışlarının Maşallah'ın intiharında payı olduğu sonucuna varmıştır.

Belirtilmeyen bir tarihte, Maşallah'ın bağlı olduğu garnizon komutanı, "olay değerlendirme raporu" hazırlamıştır. Raporda Çavuş Avcil'in davranışlarının intiharın dolaylı nedeni olduğu belirtilmiştir.

Çavuş Murat Avcil 11 Ekim 1999 tarihinde Askeri savcı tarafından dinlenmiş ardından askeri mahkeme tutuklanmasına karar vermiştir.

Başvuran 20 Ekim 1999 tarihinde askeri savcıya yazılı olarak başvurarak müdahil taraf olmak istediğini bildirmiştir. Başvuran savcıya oğlunun ölümüne ilişkin olaylardan şüphelendiğini dile getirerek oğlu defnedilmeden önce yalnızca başını görmesine müsaade edildiğinden, oğlunun baş hizasında kan, kaşında da darp izinin olduğundan yakınmıştır. Başvuran ayrıca daha önce de Maşallah'ın vücudunda sigara yanığı izlerini tespit ettiğini söyleyerek oğlunun «kötü muamele ve işkence» gördüğünden şikayetçi olmuştur. Başvuran klasik bir otopsi yapılması talebinde bulunmuştur. Başvuran, oğlunun kasten öldürüldüğünü iddia etmiştir, zira evlilik heyecanı duyan bir kişinin kendini öldürmesine ihtimal verememektedir.

D. İlk ceza yargılama süreci (dosya no: 1999/2245)

Diyarbakır askeri savcısı 25 Ekim 1999 tarihinde Diyarbakır Askeri Mahkemesi önünde çavuş Avcil'i itham etmiştir. Edinilen kanıtlar ışığında, savcı Askeri Ceza Kanunu'nun 117/1 maddesi uyarınca adı geçen astı durumundaki bir kişiyi dövüp yaralama suçuyla itham ederek mahkumiyetini talep etmiştir.

Avukat Kılavuz eşliğindeki başvuran esas hakimlerinin onayıyla müdahil taraf olarak davaya katılmıştır. Başvuran davanın kasten adam öldürme suçu kapsamında TCK'nın 448. maddesi alanına girdiğini savunmuştur. Başvuran aynı zamanda oğlunun ölümüne yol açan merminin tam olarak girip çıktığı noktalar arasındaki çelişkili ifadeleri bertaraf etmek bakımından Maşallah'ın cesedinin çıkarılarak bunun üzerinde klasik otopsi yapılmasını talep etmiştir. Avukat Kılavuz ayrıca, bir insanın yürürken kendisini G-3 tipi bir tüfek ile öldürmesinin imkansız olduğunu iddia ederek Maşallah'ın tüfeğinin balistik incelemesinin yapılmasını ve daha önce ifadeleri alınmış olan görgü tanıklarının yeniden ifadesinin alınmasını talep etmektedir.

Askeri savcı mahkemeye kastı aşan adam öldürmeye dair soruşturmanın ayrıca sürdüğü bilgisini vermiş ve müdahil tarafın yapmış olduğu taleplerin devam etmekte olan davayla ilintili olmadığını ifade etmiştir.

Mahkeme savcının itirazını kabul ederek, öne sürülen taleplerin «darp ve yaralama» suçuyla itham edilen sanığın yargılanması ile ilintisi olmadığı gerekçesiyle bu talepleri reddetmiştir.

Çavuş duruşmada kendisine yöneltile suçlamalara itiraz ederek Maşallah'ı kesinlikle dövmediğini, sadece elini omzuna koyduğunu belirtmiştir. Çavuşun avukatı, müvekkilinin, 'ayılması' için Maşallah'a belki bir iki tokat atmış olabileceğini savunmuştur.

Askeri mahkeme, kurbanın psikolojik sorunlardan muzdarip olduğunu bildiği halde Maşallah'ı önce taciz edip sonra da bayılıncaya kadar dövdüğü gerekçesiyle çavuşu suçlu bulmuştur. Mahkeme başvurunu altı ay hapse mahkum etmiştir. Mahkeme altı ay hapis cezasını beş aya indirmiş ve sanığın dava süresindeki iyi halini, daha önce sabıkası

olmamasını ve suçu tekrarlamaya eğilimi olmadığını göz önünde bulundurarak bu cezanın infazının ertelenmesine karar vermiştir.

Bu karara itiraz yolu açık olmasına rağmen başvuran itirazda bulunmamıştır.

E. İkinci ceza davası (dosya no: 1999/2212)

Bu ilk davaya paralel olarak, 'Er Maşallah Yılmaz'ın 1 Ekim 1999 tarihinde ateşli silahla ölümü' nedeniyle çavuş Avcil aleyhinde ayrı bir soruşturma daha açılmıştır.

Askeri savcılık 'Çavuş Avcil'in müessir fiiliyle Maşallah Yılmaz'ın ölümü arasında illiyet bağı olmadığı' gerekçesiyle 23 Aralık 1999 tarihinde konuyla ilgili olarak kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir. Savcılık ayrıca, intihar olayına ilişkin koşulların hiçbir şüpheye mahal vermeyecek şekilde açıklığa kavuştuğu gerekçesiyle fethi kabir işlemi yapılmasına yer olmadığı sonucuna varmıştır. Başvuran, dava olaylarının birbirinden ayrılmaz nitelikte olmasına karşın askeri savcılık tarafından olayla ilgili olarak 'müessir fiil' ve 'insan ölümü' olmak üzere iki ayrı yönden soruşturma yapıldığı gerekçesiyle 20 Nisan 2000 tarihinde müdahil sıfatıyla kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz etmiştir. Başvuran, dava dosyasına konulan tıbbi raporlar arasındaki farklılıklara ve ikinci tıbbi raporun son derece yüzeysel olmasına istinaden klasik otopsi yapılması yönünde dile getirdikleri taleplerinin reddedilmesini eleştirmiştir. Başvuran ayrıca konuyla ilgili olarak yürütülen soruşturmanın etkili olmadığından yakınlardan aşağıdaki hususları gündeme getirmiştir:

- Maşallah'a ait olduğu söylenen silahın gerçekten kendisine ait olup olmadığı konusunda bir araştırma yapılmaması,
- Olayda kullanılan silah üzerinde parmak izi incelemesi yapılmaması,
- Silahın hangi atış pozisyonunda olduğunu gösteren bir unsur olmaması,
- Silahın hangi mesafeden ateşlendiğine ilişkin bir tespitte bulunulmamış olması,
- Kurbanın sağlığında bir yandan içine kapalı bir kişiliğe sahip olduğu öte yandan sürekli ailevi sorunlarından bahsettiği yönündeki çelişkili ifadeler sarf edilmesi.

Diyarbakır Askeri Mahkemesi 10 Ocak 2001 tarihinde, mümkün olan tüm araştırma tedbirlerinin alındığı ve itiraz edilen kovuşturmaya yer olmadığı kararının yasaya uygun olduğu sonucuna vararak itirazı reddetmiştir.

Bu karar 17 Ağustos 2001 tarihinde başvurana tebliğ edilmiştir.

HUKUK

I. İHTİLAF KONUSU

Başvuran, AİHS'nin 2. maddesine aykırı olarak, mevcut davada oğlunun yaşam hakkının ihlal edildiği kanısındadır. Daha önce ulusal mahkemeler önünde ileri sürdüğü argümanları tekrar dile getirerek, başvuran, oğlunun intihar ettiğini açıkça ortaya koymamasından dolayı yürütülen soruşturmanın yetersizliğinden ve sonucundan şikayetçidir.

AİHS'nin 2. maddesi ile birlikte AİHS'nin 13. maddesine atıfta bulunarak başvuran, Maşallah'ın ölümünden sorumlu kişilerin saptanması ve cezalandırılması ile sonuçlanabilecek hiçbir hukuki yolun bulunmadığını ileri sürmektedir.

AİHM'ye göre, yukarıda belirtilen şikayetler, AİHS'nin 2/1 maddesinin esas ve usul bakımından birlikte incelenmesini gerektirmektedir.

Başvuran, ayrıca, AİHS'nin 6/1 maddesinin parçası olan silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama ilkelerine riayet edilmemesi nedeniyle, müdahil tarafı oluşturduğu cezai yargılamaların haksız bir biçimde yapılmasından şikayetçidir.

Başvuran, hiçbir dayanak olmaksızın oğlunun intihar gibi onur kırıcı bir eylemle itham edilmesinden ve kız kardeşinin evliliği ile ilgili sorunlarını açığa vurarak askeri yetkililerin ailesinde AİHS'nin 8. maddesi ile bağdaşmayacak büyük bir acıya neden olduğu kanaatindedir.

II. Kabuledilebilirliğe ilişkin

A. Tarafların argümanları

Hükümet, iç hukuk yolunun tüketilmediğini savunmakta ve başvuranın genel anlamda AİHM önünde dile getirdiği şikayetlerini özü itibarıyla ulusal mahkemeler önünde ifade etmediğini belirtmektedir. Ayrıca Hükümet, kamu görevlerinin işledikleri kusurlardan ötürü tazminat davası açılmasını öngören Anayasa'nın 125. ve 129/5 maddesi uyarınca başvuranın idari dava açabilecek imkanı olduğunu da belirtmektedir.

Başvuran, bu iddialara itiraz etmektedir.

B. AİHM'NİN TAKDİRİ

AİHM, mevcut davada, Maşallah Yılmaz'ın ölümünün hemen ardından cezai yollara başvurulduğunu ve bu başlık altında yürütülen soruşturmaların iki davanın açılması ile sonuçlandığını not etmektedir. Birinci dava, darp ve yaralamadan Çavuş Avcil'in mahkumiyeti ile diğeri takipsizlik kararı ile sonuçlanmıştır. Şayet başvuranın resmi bir şikayette bulunmadığı doğru olsa bile (Bkz, Slimani- Fransa, başvuru no: 57671/00), açılan iki davada da başvuran müdahil tarafı oluşturmuştur. Bu durum, başvurana, hukuki yollarını kullanma ve başvuruda bulunma imkanı sağlamıştır.

Başvuran, mevcut davada, AİHS'nin 35/1 maddesine uygun ve yeterli bir yol izlemiştir (*Salgın; Kanlıbaş-Türkiye*, başvuru no: 32444/96, 28 Nisan 2005). Bu nedenle başvuranın AİHM tarafından müteaddit defalar belirtilen gerekçelerle idari tazmin yollarını tüketmesine gerek yoktu (*Salgın; Erdoğan-Türkiye*, başvuru no:26337/95, 6 Eylül 2001; *Şahmo-Türkiye*, başvuru no:57919/00, 1 Nisan 2003).

Sonuç olarak AİHM, Hükümetin ilk itirazını reddederek AİHS'nin 35. maddesinde belirtilen başka bir kabuledilemezlik gerekçesi bulunmayan başvuruyu kabuledilebilir ilan eder.

III. Esas

A. AİHS'nin 2. maddesinin ihlal edildiği iddiası hakkında

1. Tarafların Argümanları

Hükümet izahlarını özellikle mevcut başvurunun kendisine tebliğ edildiği sırada yöneltilen sorulara odaklanmaktadır.

Hükümet, bu trajik olayın meydana gelmesinden önce başvuranın oğlunun üstlerine psikolojik bir sorunu olduğundan bahsetmediğine ve bu konuda doktora gitmeye çalışmadığına dikkat çekmektedir. Başvuranın oğlu, ayrıca, 211 sayılı yasanın 26. maddesi uyarınca komutanına, üstlerinin herhangi bir kınanacak eylemlerinden şikayetçi olmamıştır.

Hükümete göre Maşallah'ın intiharında yetkili makamların bir sorumluluğu yoktur. Zira Maşallah'ın sağlığında gerçek ve yakın bir intihar riski taşıdığını gösteren herhangi bir emare bulunmamaktaydı. Ayrıca yaşamına son vermeye kararlı bir insanı eyleme geçmekten vazgeçirmek mümkün değildir.

Bu çerçevede Hükümet, askeri makamların elinde, ölen kişinin psikolojik sorunları bulunduğu dair yazılı herhangi bir belge bulunmadığını ve zaten başvuranın da bu türden bir belge olmadığını iddia ettiğini açıklamaktadır. Maşallah'ın arkadaşlarıyla kız kardeşinin evliliğiyle ilgili sorunları hakkında yaptığı konuşmalar üstlerinin Maşallah'ın bir psikiyatrya yönlendirecek nitelikte değildi ve bunun neticesinde intihara kalkışacağı öngörülemezdi. Üstleri bahse konu ailevi sorunları yeterince dinlemişler ve Maşallah'a yardımcı olmak amacıyla eve gitmek üzere izin vermişlerdir.

Bu koşullar çerçevesinde, askerlik hizmeti için silah altına alınan kişilerin korunması için uygulanan yönetmelikteki tedbirler eleştirisi konusu edilemez. Hükümet bu bağlamda, Maşallah'ın çavuş Avcil'in komutasında taşların ayıklanmasından sorumlu olduğunu, askeri yetkililerin elbette, çavuşun, hiçbir tehlikesi ve zor yanı olmayan bu görevi yerine getirebilme kapasitesini sorgulama gerekçelerinin bulunmadığını hatırlatmaktadır.

Kaldı ki, olay yerinde çavuş Avcil'den başka rütbeli kimse bulunmamaktaydı. Her halükarda, dayak ve yaralama ile intihar olayları arasındaki sürenin kısalığı nedeniyle hiç kimse müdahale edemezdi.

Ne kadar üzücü olursa olsun, olaya bağlı koşullara ilişkin yürütülen ilk soruşturmaların da gösterdiği gibi intihar gerçekleşmiştir. Alınan kararın başvuranı tatmin etmediği bir gerçektir fakat AIHS'nin 13. maddesine uygun bir başvuru yolunun olumlu sonuçlanması zorunluluğu bulunmamaktadır.

Bu çerçevede, Hükümet, başvuranın lehine bir karar olmamasına rağmen AIHS'nin 2. maddesinin ihlali sonucunda mağdur olduğunu bile ileri süremeyeceğini savunmaktadır. İlk olarak, başvuran askerlik hizmeti süresince uğranan zararlar için ordunun objektif sorumluluğunu ileri sürerek idari mahkemeler önünde mağduriyetini giderecek hiçbir tazminat girişiminde bulunmamıştır ve ikinci olarak, çavuş Avcil cezai kovuşturmayaya tabii tutulmuş ve darp ve yaralama olayından cezalandırılmıştır.

Başvurana göre Hükümet oğlunun ölümüne ilişkin olaylar ile ilgili alınan men-i muhakeme kararının tatmin edici olmadığını kabulleniyorsa, bu durumun dava sürecinde dikkate getirdiği boşluklar yüzünden olduğunu da kabul etmelidir. Bu bağlamda, başvuran bilhassa ölüme sebebiyet veren tüfek üzerinde dijital parmak izi incelemesinin yapılmadığını, yetkililerin klasik otopsi yapılması talebini reddettiğini ve şakaktaki hematoma nedenine açıklama getirilmediğini ileri sürmektedir. Başvuran son olarak dinlenen tüm görgü tanıklarının konumları gereği etki altında kalmış olabileceklerini savunmaktadır.

2. AİHM'nin değerlendirmesi

a. Genel ilkeler

AİHM, AİHS'nin 2. maddesinin 1. paragrafının ilk cümlesinin Devletlere iç hukuki düzende kendi yargısına tabi kişileri üçüncü kişilerin eylemlerine ya da gerektiğinde kendi eylemlerine karşı korumak amacıyla gerekli tüm tedbirleri almaları yönünde pozitif yükümlülük getirdiğini bir kez daha hatırlatır (Bkz. Kenan-Birleşik Krallık, no: 27229/95, sözü edilen Kılınç vd. kararı ve sözü edilen Salgın kararı).

Zorunlu askerlik hizmeti için de tartışma götürmez bir şekilde geçerli olan bu yükümlülük, Devletlere etkili önalma için yasal ve idari bir çerçeve oluşturma asli görevini getirmektedir. Bazı askeri eylem ve etkinliklerin doğasına ve buna dahil insan unsuruna bağlı yaşam riski seviyesine uyarlanmış bir düzenlemenin bu yasal ve idari çerçevede özel bir yeri olmalıdır. Bir devlet askerlik görevini zorunlu kılıyorsa özellikle silahların kullanımı konusunda büyük bir titizlik göstermeli, ve psikolojik sorunları olan askerlerin tedavi edilmesini ve onlara yönelik uygun tedbirlerin alınmasını sağlamalıdır. Bahse konu düzenlemede kendilerini askerlik yaşamının doğasında var olan tehlikeler karşısında bulan askerlerin etkin bir şekilde korunmasını gözeten uygulamaya ilişkin önlemler ile hiyerarşinin farklı basamaklarındaki sorumlular tarafından işlenebilecek kusur ve hataların tespit edilmesini sağlayacak usuller öngörülmelidir (Bkz. sözü edilen Kılınç vd., Salgın kararı).

Bu çerçevede Devlet, özellikle de silahlı hâledeki kişilere karşı olan eylemleri veya eylemsizlikleri, bazı şartlar altında Sözleşmenin 2. maddesinin esasen ihlali açısından Devletin sorumluluğunu gündeme getirebilecek olan, ordunun profesyonel mensuplarının üst düzeyde beceri kazanmasını sağlamakla yükümlüdür.

Tabii ki, bu şartları yetkililere aşırı ve katlanamaz bir yük getirmeyecek şekilde ve insan doğasının öngörülemezliği gözden kaybedilmeden değerlendirilmelidir. (Bkz. sözü edilen Salgın kararı ve sözü edilen Kenan kararı). Bu nedenle AİHM, belli bir davada, ordunun profesyonel mensuplarına atfedilen hatanın basit bir değerlendirme hatasının veya tedbirsizliğin ötesine geçip geçmediğini, bu anlamda, sorumluların durumdan haberdar oldukları ve kendilerine tanınan yetkiye rağmen komuta ettikleri silahlı hâledeki askerlerin fiziki ve psikolojik bütünlüklerini korumak için gerekli ve yeterli önlemleri alıp almadıklarını kontrol etmelidir.

Yaşam hakkının korunması, bu davadaki silahlı hâledeki bir askerinin askeri makamların kontrolü altında iken şüpheli ölümü gibi ölümlerle sonuçlanan bir durum sözkonusu olduğunda, bağımsız ve tarafsız bir şekilde etkili ve uygun resmi bir soruşturmanın yürütülmesini gerekli kılar ki bu da yukarıda bahsi geçen yasal ve idari çerçevenin etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamak anlamına gelmektedir. Bu amaçla, yürütülen araştırma ve soruşturmanın öncelikle olayların tam olarak nasıl meydana geldiğinin belirlenmesini, ikinci olarak ise sorumluların tespit edilmesini ve gerek görüldüğünde cezalandırılmasını sağlayacak yapıda olması gerekir. Bahse konu bu zorunluluklar, bu başvurudakine benzer ulusal mahkemeler önünde açılmış davalara yol açan hallerde, ön soruşturma aşamasının ötesine geçmeli ve yargı aşaması da dahil bütün süreç 2. maddenin gereklerine cevap vermelidir. Böylelikle, iç hukuktaki mahkemeler hiçbir durumda kurbanların fiziksel bütünlüğüne ve yaşam hakkına karşı yapılan saldırıları cezasız bırakmamalıdır (Bkz. mutatis mutandis Feyzi Yıldırım-Türkiye kararı, no: 40074/98, mutatis mutandis Okkalı-Türkiye kararı no: 52067/99).

b. Bu ilkelerin başvuruya uygulanması

Mevcut başvuruda, ölümün meydana geliş şekli ve özellikle soruşturmalar sırasında görgü tanıklarının verdiği birbiriyle uyuşan ifadeler, Maşallah'ın hayatının şu veya bu şekilde bir başkasının eylemlerinden dolayı tehdit altında olduğu varsayımını yapmaya yetmemektedir. Adıgeçenin cinayete kurban gittiği gibi bir çıkarımda bulunmak spekülasyondan öteye geçmemektedir.

AİHM'ye göre ulusal yetkililerin itibar ettikleri intihar tezini şüpheyle karşılamak için bir neden bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, askeri mercilerin, kendi kontrolleri altındaki bir kişiyi aynı zamanda kendine karşı da koruma zorunluluklarının olması ışığında, Maşallah'ın kendini öldürmesi konusunda gerçek bir risk olduğunu bilip bilmediklerini ya da bilmeleri gerekip gerekmediğini tespit etmek, böyle bir durum varit ise böyle bir riski ortadan kaldırmak için makul ölçüde kendilerinden beklenen her şeyi yapıp yapmadıklarını incelemek gerekmektedir. (Bkz. sözü edilen Kılınç vd.).

Bu başvuruda, Maşallah'ın birliğine katılmadan önce psikolojik rahatsızlığının ve intihara eğiliminin olduğunu kestirecek herhangi bir ibare yer almamaktadır. Maşallah'ın askerlik hizmetine başlamadan önce geçtiği psikolojik teste ve davranış analiz testine ilişkin belgeler AİHM'nin elinde bulunmamaktadır. Herhalukarda, başvuranın da bu konuda bir itirazı olmadığı cihetle, Maşallah'ın askerlik yapmak için psikolojik yeterliği üzerinde daha fazla durmaya gerek bulunmamaktadır. Zaten, eldeki tüm bilgiler Maşallah'ın üzücü olayın meydana geldiği 1 Ekim 1999 tarihine kadar normal bir davranış sergilediğini ve üstleri nezdinde üstlerinin ihtiyatla yaklaşmasını gerektirecek bir problemi gündeme getirmediğini, ailevi sorunlarına ilişkin garnizon içinde dolaşan söylentilerin ise üstlerinin fark etmiş olması gereken intihar riskinin ön işaretleri olduğu şeklinde değerlendirilmesinin mümkün olmadığını düşündürmektedir.

Bununla birlikte, bu değerlendirmenin, çavuş Avcil'in, Maşallah'tan moloz temizleyen arkadaşlarına çay hazırlamasını istediği 1 Ekim 1999 günü saat 7:30'dan itibaren Yayla Tepe'de meydana gelen olayların incelenmesi üzerinde bir etkisi olmamıştır. Askeri soruşturma mercileri tarafından angarya olarak nitelendirilen bu görev hakkında, Çavuş Avcil'in yaptığı açıklamalar son derece önemlidir. Adıgeçen, 'kız kardeşinin evliliğindeki sorunları' nedeniyle Maşallah'ın o sabah 'özellikle durgun', 'gergin' ve 'titrer' bir halde olduğunu bu yüzden daha ağır bir iş yüklemem için iyi niyetle hareket ettiğini belirtmiştir.

Bu itibarla, çavuş Avcil'in ve sahada durumdan haberdar edilen Teğmen Ö. B.'nin 1 Ekim 1999 günü en geç 10.00'a doğru astlarının sorunlarının basit ailevi bir meseleyi aşan bir boyuta vardığını anlamış olmaları gerekirdi.

Bu bakımdan, Maşallah'ın üstlerinin, sözkonusu sorunları gereği gibi değerlendirerek hava değişimi izni verip vermediklerinin bir önemi yoktur. Ayrıca, böyle bir izin verilmesi düşünülmüşse dahi bu iznin verildiğini gösteren herhangi bir unsur mevcut değildir.

Bu nedenle, başta çavuş Avcil olmak üzere mevcut davada rol oynayan kimselerin davranışlarının irdelenmesi gerekmektedir.

Hiç kuşkusuz teğmen Ö.B. gibi çavuş Avcil, yirmi yaşındaki bir erin şahsi sorunlarını kendi sorunlarıyla kıyasladıkları ve çayı geç hazırlaması yüzünden Maşallah'ı azarladığı için suçlanabilir. Ancak çavuş Avcil'i intihar ihtimalini öngörememekle suçlamak adıgeçene geçekdişi ve aşırı bir yük yüklemek anlamına gelecektir.

Ancak olaylar bununla kalmamıştır.

Öğleden sonra çavuş Avcil olayı yatıştırmak yerine, yeniden çay demlemekle görevlendirilen Maşallah'a karşı, bu kez çok koyu hazırladığı için hem fiziksel hem sözlü olarak daha da sert bir tutum sergileyerek olayların çığıından çıkmasına neden olmuştur.

Müteakiben meydana gelen olaylar hakkında bir ihtilaf yoktur.

Çavuş Avcil Maşallah'ı arkadaşlarının önünde ailesine galiz küfürler ederek bayılana kadar tekme tokat dövmüştür. Daha sonra Maşallah'ı başına su dökmek suretiyle ayıltmış ve küfür ederek yanından kovmuştur. Diğer uzman çavuş A.A. ise meslektaşının davranışını eleştirmekle yetinerek bu olaya seyirci kalmıştır. Bunun ardından çavuş Avcil askerler M.C., Ç.B. ve Maşallah'ı 'nasihatte bulunmak' amacıyla yanına çağırılmış, ancak sonunda yine 's..... git' şeklinde küfrederek Maşallah'ı mevziye göndermiştir.

Her ne kadar mevcut davada anılan davranışların Maşallah'ta başlatması muhtemel psişik sürecin ciddiyetini ve niteliğini analiz etmek mümkün değilse de bu sürecin çavuş Avcil'in son olarak sergilediği sorumsuz davranış yüzünden geri dönülemez bir hal aldığı kesindir. Maşallah son olarak saat 15:45 sularında tüfeğı karnına dayalı umutsuz bir halde yürürken görülmüştür. Tanıkların da ifadelerinde belirttikleri üzere çavuş Avcil'a karşı feveran eden Maşallah intihar edeceğini söylemiştir. İntihar riskinin çok yakın olduğu bu anda, Hükümetin bildirdiğinin aksine, olay yerinde bulunan tek rütbeli çavuş Avcil değildi. Çavuş A.A. da olay yerindeydi ancak kendisi de zorunlu askerlik hizmetini yerine getiren asteğmen M.A.S.'nin aksine bu sefer de hiçbir tepki vermemiştir. M.A.S. Maşallah'ı sakinleştirmeye çalışırken çavuş Avcil yardım etmek yerine Maşallah'ın kendisine saldıracağı korkusuyla yakınında bulunan bir piyade tüfeğinin kurma kolunu çekerek Maşallah'a doğrultmuştur.

Maşallah bu hareketin ardından intihar etmiştir.

Hükümetin argümanlarına cevap vermeden önce AİHM askeri tahkikat heyetinin ve garnizon komutanlığının, kasıt unsuru bulunmamasına rağmen bu acı olayın çavuş Avcil tarafından 'tahrik edildiğı' ve Avcil'in durumdan tamamen haberdar olarak hareket ettiği yönündeki rapor ve olay tespitlerini tartışmaya açmak için bir neden görmemektedir (bkz. mutatis mutandis, *Klaas – Almanya*, 22 Eylül 1993 tarihli karar, prg. 29).

Bu nedenle AİHM, 'kendisini öldürmeye kararlı bir kimsenin eyleme geçmesine mani olmanın imkansızlığını' ya da çavuş Avcil'in basit bir moloz temizleme görevini yaptırma yeterliğini gündeme getirerek her erin 'ruhsal hallerini anlayan' 'kaza ve olayların önlenmesi konusunda gerekli eğitimi almış' astlarına 'küfür etmenin yahut kötü muamelede bulunmanın' kesin biçimde yasaklandığını bilen bir üstün emrine verilmesini öngören askeri yönetmeliğı ileri süren Hükümetin görüşlerini izlemeyecektir.

Mevcut davada çavuş Avcil'in ve daha düşük derecede meslektaşı A.A.'nın açıkça yetersiz olduklarını ve emirleri altındakilerin bedensel ve ruhsal bütünlüğünü korumakla yükümlü

profesyonel bir askerin sorumluluklarını üstlenmekten son derece uzak olduklarını not etmek gerekir.

Dört ay süren bir eğitim sonucunda göreve başladıktan sonra disiplinsizlik gerekçesiyle üç kez hapsedilmiş olan Avcil'in bu denli ısrarla son derece hassas bir hale gelmiş bir ere yaptığı ne 211 sayılı kanunun 17. maddesinin ve ilgili düzenlemenin metni ve ruhuyla ne silahlıdaki er ve erbaşların korunmasına yönelik kural ve talimatlarla bağdaşmaktadır. Her ne olursa olsun mevcut davada sözkonusu olan pozitif yükümlülük bakımından adigeçenin davranışları, sadece kasdi niteliği nedeniyle, askerlik hizmeti çerçevesinde hoş görülebilecek türden bir tedbirsizlik ya da bir değerlendirme hatası olarak kabul edilemez.

Bu durum kesinlikle Türk ordusu bünyesinde subay ve astsubayların eğitimiyle ilgili politikanın uygunluğu konusunda bir tereddüt yaratmamaktadır. Bununla birlikte mevcut davada uygulandığı haliyle uzman çavuşların durumunu düzenleyen yönetmeliğin çavuş Avcil'in mesleki yeterliği ve eğitimi ve mevcut davadaki gibi hassas durumlar karşısındaki ödev ve sorumlulukları konusunda yetersiz olduğu ortaya çıkmaktadır.

Bu nedenle yetkili makamların mağduru emrine tabi olduğu kimselerin keyfi eylemlerinden korumak için imkanları dahilindeki her şeyi yaptıkları söylenemez.

Böylesi bir durum savunmacı devletin AİHS'nin 2. maddesi bakımından sorumluluğunu gündeme getirir (*Kuluç ve diğerleri*, adigeçen, prg. 56 in fine).

Buna karşın Hükümet mümkün olan idari tazmin yollarını kullanmadığı ve çavuş Avcil'in müessir fiil nedeniyle mahkum olduğu gerekçesiyle başvuranın bu bakımdan ihlal mağduru olduğu iddiasında bulunamayacağını düşünmektedir. AİHM iç hukuk yollarının tüketilmesi konusunda daha önce reddettiği bu görüşü paylaşmamaktadır. Ayrıca, AİHM, çavuş Avcil hakkında verilen ceza mahkumiyetinin yaşam hakkının korunması konusundaki bir eksiklikten doğan bir sorumluluğun açıkça ya da özü itibarıyla kabul edildiği çıkarımında bulunmak için yeterli olmadığı; sözkonusu ceza davasının 'müessir fiilin' muhtemel sorumluluğunun tespit edilmesine yönelik olduğu ve bunun AİHS'nin 2. maddesiyle güvence altına alınan yaşam hakkına yönelik ihlali oluşturan olaylarla alakalı olmadığı hususlarına dikkat çeker.

İkinci ceza davası açısından da durum aynıdır. Bu dava sonucunda Maşallah Yılmaz'ın ölümüyle çavuş Avcil tarafından uygulanan müessir fiil arasında herhangi bir illiyet bağı tespit edilmemiştir (bkz. *mutatis mutandis*, *Öneriyıldız – Türkiye*, no: 48939/99, prg. 117).

Bu koşullar altında ihtilaf konusu davaların sonucu, mevcut davada oğlunun yaşam hakkının korunmasına yönelik ihlal gerekçesiyle başvuranın mağdur sıfatının 'kanunen' ortadan kalkmasına neden olacak bir telafi sunmamaktadır; bu nedenle Hükümetin atıfta bulunduğu tazminat davası yoluyla ulusal makamların bu ihlali telafi edip edemeyeceklerini tespit etmeye gerek yoktur.

Bu itibarla AİHM, halkın yasallık ilkesine güveninin korunması ve yalnızca askeri makamların bilebileceği koşullarda işlenmiş olan bu türden ihlallere karşı hoşgörü gösterildiği izlenimi verilmesinin önlenmesi gerekliliği hilafına mevcut davadaki çalışma tarzıyla adalet mekanizmasının kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerine saldırıdan korunmalarını amaçlayan AİHS'nin 2. maddesinin gereklerine cevap vermediği sonucuna varmaktadır (*mutatis mutandis*, *Okkalı*, adigeçen, prg. 65).

Netice olarak AİHS'nin 2. maddesi müteveffa Maşallah Yılmaz bakımından ihlal edilmiştir.

B. Başvurunun geriye kalanına ilişkin

Böylelikle AİHM mevcut başvuruyla gündeme getirilen asıl hukuki sorunu incelediği kanaatine varmaktadır. Dava olaylarının ve tarafların argümanlarının tümünü dikkate alan AİHM, tamamen AİHS'nin 2. maddesinin usulüyle ilişkili olan şikayeti ve AİHS'nin 6., 8. ve 13. maddeleri yönünden yapılan şikayetleri ayrıca incelemeye yer olmadığı kanaatine varmaktadır (bkz. *Kamil Uzun – Türkiye*, no: 37410/97, prg. 64, 10 Mayıs 2007, *Feyzi Yıldırım*, adıgeçen, prg. 96, *Demirel ve diğerleri – Türkiye*, no: 75512/01, prg. 29, 24 Temmuz 2007, *Mehmet ve Suna Yiğit – Türkiye*, no: 52658/99, prg. 43, 17 Temmuz 2007, ve *Kapan ve diğerleri – Türkiye*, no: 71803/01, prg. 45, 26 Haziran 2007).

IV. AİHS'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

A. Tazminat

Başvuran, oğlunun gelecek 19 yıl boyunca sağlayabileceği maddi desteğinden mahrum kaldığı gerekçesiyle Türkiye'de geçerli aylık asgari ücret olan 585 YTL üzerinden hesapladığı 72.097 Euro'nun maddi tazminat olarak kendisine ödenmesini talep etmektedir.

Başvuran manevi tazminat içinse 35.000 Euro talep etmektedir.

Hükümete göre başvuranın maddi tazminata ilişkin talebi müteveffanın eğitim durumu ya da mesleki becerilerine ilişkin hiçbir kanıtla desteklenmemiştir. Bu nedenle Hükümete göre müteveffanın maddi bir destek sağlayıp sağlayamayacağı konusu tahminden öteye gidemez.

AİHM 2. madde bakımından tespit edilen ihlalin hiç kuşkusuz başvurunu incittiğine ve bu ihlal tespiti ile prensipte uğranılan gelir kaybıyla birlikte meydana gelen tazminatı da kapsayan maddi zarar iddiası arasında bir illiyet bağı bulunduğuna itibar etmektedir. Bu başvuruda buna karşın bu yönde ortaya konulan iddialar gerektiği gibi belgelenmemiştir ve doğru bir hesaplama elverişli değildir. Yapılacak her türlü değerlendirme bir spekülasyondan öteye geçmemektedir.

Mahkemeye sunulan deliller ışığında, AİHM Maşallah Yılmaz'ın hayatta oluşunun ailesine mali açıdan bir katkı sağlayacağı şüphesiz teferruatır. Derinlemesine yapılan bir değerlendirmenin ardından AİHM, başvurana bu başlık altında toplam 3.000 Euro ödenmesine itibar etmektedir.

AİHM başvuranın başvuruyu kendi adına ve ölen oğlu adına yaptığını hatırlatarak bu nedenle maktul açısından olduğu tespit edilse bile, 2. maddenin ihlal edilme nedenine ilişkin koşullara dayalı olarak manevi tazminat talebinin yapılabileceğini kaydetmektedir.

Karşılaştırma yapılan kararlarda yer alan miktarlar göz önüne alındığında AİHM, hakkaniyete uygun başvurana bu başlık altında 12.000 Euro ödenmesini kararlaştırmaktadır.

B. Yargılama giderleri

Başvuran AİHM önünde yapmış olduğu yargı giderleri için 3.132 Euro talep etmektedir, bu miktarın dağılımı şu şekildedir:

- Diyarbakır barosunun ücret tarifesine göre faturalandırılmış 2.604 Euro avukatlık gideri;
- 408 Euro'luk tercüme masrafını gösterir fatura
- 120 Euro sekreteryaya harcaması

Hükümet dayanaksız, aşırı olan bu harcamaların karşılanmasına itiraz etmektedir.

AİHM'nin yerleşik içtihadına göre bir başvuran gerçekliğini, gerekliliğini kanıtladığı makul miktarlardaki yargı giderlerini elde edebilir. AİHM bu başvuruda sadece tercüme masrafının belgelendiğini not etmektedir. Başvurana talep ettiği 408 Euro'luk giderin ödenmesine karar veren AİHM, kanıtlayıcı belge yokluğunda ve Avrupa Konseyi tarafından adli yardım başlığı altında ödenen miktarı dikkate alarak diğer talepleri reddetmektedir.

C. Gecikme faizi

Gecikme faizi olarak, Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi kolaylıklarına uyguladığı faiz oranına 3 puanlık bir artış eklenecektir.

BU GEREKÇELERE DAYALI OLARAK, AİHM, OYBİRLİĞİYLE,

1. Başvurunun *kabuledilebilir olduğuna*;

2. AİHS'nin 2. maddesinin *ihlal edildiğine*;

3. Başvuranın kalan diğer şikayetlerinin *incelenmesine gerek olmadığına*;

4. a) AİHS'nin 44. maddesinin 2. paragrafı gereğince kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde, ödeme tarihindeki döviz kuru üzerinden Yeni Türk Lirası'na çevrilmek üzere Savunmacı Hükümet tarafından:

- i. her türlü vergiden muaf olarak maddi tazminat için 3.000 (üç bin) Euro *ödenmesine*;
- ii. her türlü vergiden muaf olarak manevi tazminat başlığı altında 12.000 (on iki bin) Euro *ödenmesine*;
- iii. her türlü vergiden muaf olarak yargılama giderleri için 408 (dört yüz sekiz) Euro *ödenmesine*;

b) yukarıda belirtilen üç aylık sürenin sona erdiği tarihten itibaren ödemenin yapılmasına kadar, Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli olan marjinal kredi kolaylığı oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz *uygulanmasına*,

5. Adil tatmine ilişkin diğer taleplerin *reddine*;

KARAR VERMİŞTİR.

İŞbu karar Fransızca olarak hazırlanmış ve AİHM'nin iç tüzüğünün 77. maddesinin 2. ve 3. paragraflarına uygun olarak 17 Haziran 2008 tarihinde yazıyla bildirilmiştir.

Mevcut karar ekinde, AİHS'nin 45. maddesinin 2. paragrafı ve İçtüzüğün 74. maddesinin 2. paragrafına uygun olarak yargıç Popovic'in mutabık oy görüşü yer almaktadır.