



Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı

AÇIŞ/Türkiye Davası

Başvuru No:7050/05

Strazburg

1 Şubat 2011

İKİNCİ DAİRE

USUL

Türkiye Cumhuriyeti Devleti aleyhine açılan (7050/05) no'lu davanın nedeni, T.C. vatandaşları Saniye Açış, Hanifi Açış, Barış Açış, Veli Açış ve Menice Açış'ın (başvuranlar) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne 8 Şubat 2005 tarihinde İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - AİHS) 34. maddesi uyarınca yapmış oldukları başvuru.

Saniye Açış, Hanifi Açış, Barış Açış ve Veli Açış, Diyarbakır Barosu avukatlarından M. Beştaş tarafından temsil edilmektedir.

OLAYLAR

I.DAVANIN KOŞULLARI

Başvuranlar, sırasıyla 1969, 1988, 1989, 1990 ve 1955 doğumlu olup, Batman'da ikâmet etmektedir.

Başvuranlar, Türkiye'nin Güneydoğu bölgesinde bulunan Tünekpınar (Eruh/Siirt) köyündeki jandarma karakolunda zorunlu askerlik görevini yapmakta olan İzzettin Açış'ın (« İ.A. ») sırasıyla eşi, çocukları ve annesidir.

A. Davanın oluşması

8 Haziran 1992 günü saat 23:00 sıralarında, silahlı bölücü terör örgütü PKK'lı bir grup köydeki jandarma karakoluna saldırmıştır. Güvenlik güçleriyle çıkan şiddetli çatışmalar sırasında bir askeri şehit eden PKK'lı teröristler, yaralanan İ.A.'yı da rehin alarak olay yerinden uzaklaşmıştır. Derhal PKK'lı militanları bulmak ve İ.A.'yı kurtarmak için köy çevresinde geniş çaplı bir askeri operasyon başlatılmıştır.

Eruh savcılığı, İ.A.'nın kaçırılması ve diğer askerin ölümü ile ilgili resen bir ön soruşturma başlatmıştır. Bu soruşturma kapsamında, görgü tanıkları dinlenmiş ve olay yerinde bulunan boş kovanlar üzerinde bir bilirkişi incelemesi gerçekleştirilmiştir.

Eruh Jandarma Komutanlığı, 8 Haziran 1992 tarihinde meydana gelen olayla ilgili savcılık, kaymakamlık ve ilçe emniyet müdürlüğünü bilgilendirmek üzere, 16 Haziran 1992 tarih ve « terör eylemi hakkında ön rapor » başlıklı belgeyi düzenlemiştir.

Belirtilmeyen bir tarihte, Eruh Savcılığı kendisini *konu bakımından* yetkisiz ilan etmiş ve dosyayı Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcısına göndermiştir. 18 Ağustos 1992 tarihli yazısında Savcı, Eruh Jandarma Komutanlığı'ndan rehin alınan askerin akibeti hakkında delil ve bilgi toplamasını ve sorumluların tespit edilmesi ve yakalanması için araştırmalara devam edilmesini istemiştir. Savcı ayrıca, araştırmaların durumu hakkında düzenli olarak her üç ayda bir kendisine bilgi verilmesini de istemiştir.

Soruşturma DGM Savcılığında derdesttir.

9 Eylül 1992 tarihinde, İ.A. Kızıl-Haç aracılığı ile başvuranlara bir mektup göndermiş ve yakında serbest bırakılma arzusunda olduğunu ifade etmiştir.

B. Başvuranlar tarafından yetkililere gönderilen dilekçeler

Başvuranlar değişik tarihlerde Savunma Bakanlığı, Diyarbakır ve Ankara Kara Kuvvetleri Komutanlığı ve Ankara Jandarma Komutanlığı yetkililerine İ.A.'nın rehin alınması konusunda dilekçe vermişlerdir.

Yetkililer, 27 Kasım 1992 ve 11 Ağustos 2004 tarihleri arasında birçok kez başvuranlara cevap yazısı göndermiş ve İ.A.'nın hâlâ PKK'nın elinde bulunduğunu ve kaçırılmasıyla ilgili soruşturmanın devam ettiğini bildirmiştir.

C. Gaiplik kararına ilişkin dava

1 Şubat 2002 tarihinde, ilk dört başvuran, İ.A.'dan 9 Eylül 1992 tarihinden beri haber alamadıklarını belirterek, gaiplik kararı çıkarılması istemiyle Kozluk Asliye Hukuk Mahkemesi'ne (« mahkeme ») dilekçe vermiştir.

Kara Kuvvetleri Komutanlığı mahkemeye gönderdiği 8 Mart 2002 tarihli yazısında, İ.A.'nın kaçırıldıktan sonra PKK saflarına geçtiğini bildirmiştir.

Mahkeme 26 Şubat 2003 tarihli kararında, Kara Kuvvetleri Komutanlığının yazısını dikkate alarak İ.A.'nın ölümünün belirsiz olduğu ve kesinlik kazanmadığı kanaatine varmış ve başvuranların talebini reddetmiştir.

7 Temmuz 2003 tarihinde alınan ve ilgili şahıslara 20 Ekim 2003 tarihinde tebliğ edilen kararında Yargıtay, mahkeme kararını onamıştır.

D. Maaş bağlanması ve tazminat taleplerine ilişkin dava

İlk dört başvuran, kara kuvvetleri komutanlığı ile gazi ve şehit ailelerine yardım amaçlı kurulan Mehmetçik Vakfı'ndan (« vakıf ») kendilerine bir maaş bağlanmasını talep etmişlerdir.

1 Nisan 2004 ve 30 Haziran 2004 tarihlerinde sırasıyla Vakıf ve Kara Kuvvetleri Komutanlığı, böyle bir maaşın bağlanması için mutlak gerekli olan bir gaiplik kararı sunmadıkları gerekçesiyle başvuranların maaş bağlanma taleplerini reddetmiştir.

20 Temmuz 2004 tarihinde, ilgililer tazminat talebiyle Ankara Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (« Yüksek Mahkeme ») önünde dava açmıştır. Başvuranlar, 7 Mart 2004 tarihinde mahalle muhtarı tarafından imzalanan yoksulluk belgelerini sunarak, mahkeme masraflarından muaf tutulmalarını talep etmiştir.

25 Ağustos 2004 tarihinde, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, davayı esastan karara bağlamamakla beraber, yasada öngörülen şartlar yerine getirilmediği gerekçesiyle talep edilen adli yardımın verilmemesine hükmetmiştir.

31 Ağustos ve 6 Ekim 2004 tarihlerinde, Askeri Yüksek İdare Mahkeme 1 297 800 000 Türk Lirası (olayların meydana geldiği dönemde yaklaşık 680 Euro) tutarına ulaşan ihtilaflı yargı masraflarını başvuranların ödemesine hükmetmiştir.

İlgililerin bu kararı yerine getirmemeleri üzerine Yüksek Mahkeme, 24 Kasım 2004 tarihli kararlar davayı düşürmüştür.

HUKUK

I. KABULEDİLEBİLİRLİĞE İLİŞKİN

A. Menice Açış'ın başvuran sıfatı hakkında

Hükümet, başvuran Menice Açış'ın başvuru dilekçesini gereği gibi imzalanmış olarak sunmadığını ve temsil yetkisi için yazılı vekaletname göndermediğini belirtmektedir. Dolayısıyla, AİHS'nin 34. maddesi anlamında ilgili şahsın başvuran sıfatı bulunmadığını ve AİHM'nin başvuruyu kabuledilemez ilan etmesi gerektiğini savunmaktadır. Başka bir açıdan Hükümet, ilgili şahsın ulusal mahkemeler önünde görülen davaların hiçbirine katılmadığını ve dolayısıyla iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralını yerine getirmiş sayılamayacağını ileri sürmektedir.

Başvuranlar, Menice Açış'ın AİHM önünde başvuran sıfatı ile hareket edip etmediği konusunda fikir beyan etmemişlerdir. Buna karşın, Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediğine dayalı itirazına ilişkin başvuranlar, ilgili şahsın, onlara göre, AİHS'nin 35. maddesi anlamında etkili sayılamayacak hukuk yollarını tüketmek zorunda olmadığını iddia etmektedir.

AİHM, başvuran Menice Açış'ın bizzat kendisinin değil avukatı M. Bektaş aracılığı ile başvurduğunu ve temsil için yazılı vekaletname sunmadığını kaydetmektedir. Bu nedenle, ilgili şahsın şikâyetlerinin AİHS'nin 34. maddesi anlamında başvuran sıfatı olmadığından reddedilmesi gerekmektedir (bakınız, aynı yönde, *Hollanda aleyhine Angelique Post davası* (karar), n° 21727/08, 20 Ocak 2009, *Bulgaristan aleyhine Tanchev ve diğerleri davası* (karar), n° 17366/04, 2 Haziran 2009, *Türkiye aleyhine Saçılık ve diğerleri davası* (karar), n° 43044/05 ve 45001/05, 9 Haziran 2009, ve *Türkiye aleyhine Kavaklıoğlu ve diğerleri davası* (karar), n° 15397/02, prg. 48-50, 5 Ocak 2010).

Bunun sonucu olarak, Menice Açış açısından başvuru, AİHS'nin hükümleri ile *kişi bakımından* uyuşmadığından 35. maddesi kapsamın kabuledilemez niteliktedir.

B. AİHS'nin 13. Maddesi ile birlikte ve müstakilen AİHS'nin 2. Maddesi kapsamında yapılan şikâyet

Başvuranlar, yetkililerin vatani görevini yapan ve PKK'lı teröristler tarafından rehin alınan İ.A.'nın hayatını korumadıklarını ve kaçırılması ile ilgili etkili ve yeterli bir soruşturma yürütmediklerini iddia etmektedir. Başvuranların kanaatine göre, hayatta olduğuna dair hiçbir iz ve işaret bulunmayan İ.A.'nın bundan böyle ölü kabul edilmesi gerekmektedir. AİHS'nin 13. maddesine atıfta bulunan başvuranlar, ayrıca AİHS'nin 2. maddesine dayalı şikâyetlerini dile getirebilecekleri etkili bir hukuk yolunun bulunmadığını ileri sürmektedir.

Hükümet, bu sava karşı çıkmakta ve bir askerin kaçırılmasına ilişkin sorumluluğun Devlet yetkililerine ait olmadığını ve PKK'lı teröristler gibi üçüncü şahıs suçluların eylemlerinden sorumlu tutulamayacaklarını savunmaktadır. Öte yandan, yetkililer kaybolan askeri bulmak için yetkileri çerçevesinde ellerinden gelen herşeyi yapmışlar ve kaçırılmayla ilgili etkili bir soruşturma yürütmüşlerdir. *Türkiye aleyhine Hüseyin Çiçek* (n° 76933/01, 30 Mart 2006) kararına atıfta bulunan Hükümet, açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle AİHM'nin bu şikâyeti kabuledilemez ilan etmesini istemektedir.

Gaiplik kararı ile ilgili olarak Hükümet, tam tersine İ.A.'nın büyük bir olasılıkla hayatta olduğunu belirtmektedir. Hükümete göre, özellikle bu nedenle başvuranların gaiplik kararı talebi ulusal mahkemeler tarafından reddedilmiştir. Hükümetin söylemine göre, ilgili şahısın ne PKK'nın elinde rehin olarak tutulduğunu, ne PKK tarafından öldürüldüğünü ve ne de bu terör örgütü saflarına geçtiğini gösteren kesin bir delil bulunmamaktadır.

AİHM, gaiplik kararının otomatik olmadığını ve şahısın en son görüldüğü tarihin büyük önem taşıması dolayısıyla ancak dava koşulları derinlemesine incelendikten sonra bu sorunun ortaya çıkabileceğini hatırlatmaktadır (*Türkiye aleyhine Varnava ve diğerleri davası* [GC], n° 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 ve 16073/90, prg. 143, CEDH 2009-..., ve *Rusya aleyhine Vagapova ve Zoubiraiev davası*, n° 21080/05, prg. 85-86, 26 Şubat 2009). Söz konusu kaçırılmadan sonra geçen zaman, tek başına kaybolan şahıs hakkında gaiplik kararı çıkarılması için yeterli değildir. Ayrıca kaçırılma olayının hangi şartlarda meydana geldiği ve mağdurun silahlı çatışmada taraflardan biri olup olmadığı da dikkate alınmalıdır (*Türkiye aleyhine Timurtaş davası*, n° 23531/94, prg. 82-83, CEDH 2000-VI, ve *Türkiye aleyhine Osmanoğlu davası*, n° 48804/99, prg. 55-58, 24 Ocak 2008, ve orada yapılan atıflar).

Mevcut davada, AİHM, asker İ.A.'nın güvenlik güçleriyle meydana gelen şiddetli çatışmalar sonrası PKK'lı teröristler tarafından kaçırıldığı konusunda bir anlaşmazlık bulunmadığını not etmektedir. AİHM, buradan yola çıkarak İ.A.'nın hayatını tehdit edici şartlar altında kaybolduğu sonucuna varmaktadır. Kaçırılmanın meydana geliş şeklini, mağdurun Türk ordusu mensubu olmasını ve 9 Eylül 1992 tarihinden beri yani yaklaşık on sekiz yıldır kendisinden haber alınamamasını dikkate alan AİHM, kaybolan şahısın ölü sayılabileceği kanaatine varmaktadır.

Bu tespitten sonra, AİHS'nin 2. maddesine dayalı şikâyetlerin kabuledilebilirliğinin incelenmesi uygun olacaktır.

Bu noktada AİHM, AİHS'nin 2. maddesinin esas bakımından başvuranların, yetkilileri, yakınlarının rehin alındığı sırada ve sonrasında hayatını korumak ve kurtarmak için gerekli önlemleri almamakla suçladıklarını not etmektedir. AİHM, ayrıca Hükümetin altı aylık süreye riayet edilmediği yönünde bir ön itiraz dile getirmemesinin, başvuranların altı aylık süreye riayet edip etmediğinin resen incelenmesine engel teşkil etmediğini hatırlatmaktadır (*Birleşik Krallık aleyhine Walker davası* (karar), n° 34979/97, CEDH 2000-I).

Bu bağlamda AİHM, başvuranların iç hukukta etkili bir itiraz yolu bulamadıklarının açıklık kazandığı durumlarda, altı aylık sürenin şikâyetle konu edilen olay ya da önlemlerin vuku bulduğu veya ilgili şahısların bilgilendiği ya da etkilerin veya zararların farkına vardığı tarihte başladığını hatırlatmaktadır (*Birleşik Krallık aleyhine Dennis ve diğerleri davası* (karar), n° 76573/01, 2 Temmuz 2002).

Mevcut davada, AİHM sözkonusu olayların, başvuranların yakını İ.A.'nın PKK'lı teröristler tarafından kaçırıldığı 8 Haziran 1992 tarihine kadar uzandığını gözlemlemektedir.

Öte yandan, dosyadaki unsurlara bakıldığında, sorumluları yakalamak ve kaçırılan askerin hayatını kurtarmak için başlatılan askeri operasyon 16 Haziran 1992 tarihinde halen devam ettiği anlaşılmaktadır. Daha sonra, başvuranlar İ.A. hakkında gaiplik kararı alınması için Kozluk Asliye Hukuk Mahkemesi önünde dava açmıştır. Bu talep 26 Şubat 2003 tarihli kararla reddedilmiş ve bu karar Yargıtay tarafından 7 Haziran 2003 tarihinde onanmıştır. Yargıtay kararı başvuranlara 20 Ekim 2003 tarihinde tebliğ edilmiştir. AİHM, başvuranların AİHS'nin 2. maddesinin maddi yönü altında dile getirdikleri şikâyet için kaçırılma tarihini (8 Haziran 1992) ve Yargıtay kararının tebliğ edildiği tarihi (20 Ekim 2003) altı aylık sürenin başlangıç noktası olarak değerlendirmekte ve bunun sonucu olarak sözkonusu tarihlerde ilgili şahısların kaçırılma anında ve sonrasında ulusal makamların askerin hayatını korumak ve kurtarmak için gerekli önlemleri alamayacak durumda olduğunu bildikleri ya da bilmeleri gerektiği kanaatine varmaktadır. Oysa başvuru 8 Şubat 2005 tarihinde, yani bu olaylar üzerinden altı ay geçtikten sonra sunulmuştur. Dolayısıyla AİHM, başvurunun bu bölümünün altı aylık süre kuralına uymadığı sonucuna varmaktadır.

Başvuranların ihtilaflı kaçırılma olayı ile ilgili yürütülen soruşturmanın etkisizliğine dayalı şikâyetleri konusunda AİHM, *Varnava ve diğerleri* (ilgili bölüm, prg. 165-166) kararında dile getirilen ilkelere atıfta bulunmakta ve buna göre başvuranların başvuru dilekçelerini soruşturmadaki gelişmeler nedeniyle AİHM'ne yakınlarının kaybolmasından on yıl sonra sunduklarını ispat etmeleri gerektiğini hatırlatmaktadır. Mevcut davada, AİHM başvuranların yakınlarının başına gelen olaydan yaklaşık on iki yıl altı ay sonra AİHM'ne başvurduklarını, oysa ki ilgili şahısların soruşturmanın başından beri yetkililerle temas içerisinde bulunduğunu ve İ.A.'nın PKK tarafından rehin tutulduğu ve kaçırılma ile ilgili soruşturmadaki gelişmeler konusunda düzenli olarak bilgilendirildiklerini not etmektedir. AİHM, başvuranların soruşturmanın ilerlemesinden umutlarını kesin olarak ne zaman kestiklerinin belirlenmesi zor olmakla beraber, her halükarda başvuranların AİHM'ne on yıldan fazla bir zaman sonra başvurmalarını haklı çıkaracak şekilde soruşturmada somut bir ilerleme kaydedildiğini ortaya koyamadıklarını gözlemlemektedir.

Bu koşullarda, AİHM başvuranların altı aylık süre gereksinimine uymadıkları kanaatine varmakta ve AİHS'nin 35. maddesinin 1 ve 4. paragrafları uyarınca başvurunun bu bölümünü kabuledilemez ilan etmektedir.

Varılan bu sonuç doğrultusunda, 13. maddeye dayalı şikâyet savunulabilir nitelik taşımamaktadır. Dolayısıyla, bu şikâyetin de AİHS'nin 35. maddesinin 3 a) ve 4. paragrafları uyarınca kabuledilemez ilan edilmesi uygun olacaktır.

C. AİHS'nin 3. maddesinin müstakilen ya da 13. maddeyle bağlantılı olarak dayandırılan şikâyet

Başvuranlar daha sonra ulusal makamların İ.A.'nın akibeti hakkında verdikleri bilgilerin çelişkili ve iftira içerikli olduğunu ve bunun kanaatlerine göre AİHS'nin 3. maddesi anlamında insanlık dışı ve aşağılayıcı bir muamele teşkil ettiğini iddia etmektedir. Bu başlık altında başvurular, Eruh Jandarma Komutanlığı'nın düzenlediği 16 Haziran 1992 tarihli « Terör eylemi hakkında ön rapor» ile kara kuvvetleri komutanlığının 8 Mart 2002 tarihli bilgilendirme belgesini ve yetkililerin 27 Kasım 1992 ile 11 Ağustos 2004 tarihleri arasında kendilerine verdikleri cevapları dayanak olarak göstermektedir. AİHS'nin 13. maddesine atıfta bulunan başvurular, ayrıca AİHS'nin 3. maddesine dayalı şikâyetlerini dile getirebilecekleri etkili bir hukuk yolunun bulunmamasından yakınmaktadır.

AİHM, yetkililerin verdiği en son cevabın 11 Ağustos 2004 tarihine uzanması dolayısıyla, bu şikâyetlerin altı aylık süreye uyulmadığı gerekçesiyle kabuledilemez ilan edilemeyeceği kanaatine varmaktadır. Bu itibarla, 8 Şubat 2005 tarihinde sunulan başvuru altı aylık süre dahilindedir. AİHM, öte yandan bu şikâyetlerin açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve başka bir kabuledilemezlik gerekçesi bulunmadığını tespit etmektedir. Dolayısıyla, sözkonusu şikâyetlerin kabuledilebilir ilan edilmesi uygun olacaktır.

D. AİHS'nin 6. maddesinin müstakilen ya da 13 ve 14. Maddeleri ile bağlantılı olarak dayandırılan şikâyet

Başvuranlar ayrıca, kanaatlerine göre aşırı yüksek tutardaki mahkeme masraflarını ödeyemedikleri gerekçesiyle davalarının Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından takipsizlik kararı ile düşürülmesinin mahkemeye erişim haklarının ihlalini teşkil ettiğini ileri sürmekte ve AİHS'nin 6. maddesine atıfta bulunmaktadır.

Başvuranlar, buna ek olarak AİHS'nin 6. maddesi tarafından güvence altına alınan haklarını dile getirebilecekleri ve AİHS'nin 13. maddesinin gereksinimi olan etkili bir itiraz yolunun bulunmadığından da şikâyetçi olmaktadır.

AİHS'nin müstakilen veya AİHS'nin 6. Maddesi ile birlikte AİHS'nin 14. maddesine atıfta bulunan başvurular, son olarak tazminat ve maaş bağlanması taleplerinin reddedilmesinden şikâyetçi olmaktadır. Bu başlık altında, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin 7 Aralık 2000 tarihli kararına atıfta bulunan başvurular, ulusal mahkemelerin benzer durumlarda tam tersi yaklaşım benimsediklerini ve bu surette ayırım gözetmeme ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

Hükümet, bu argümanlara karşı çıkmaktadır.

AİHM, bu şikâyetlerin AİHS'nin 35. maddesinin 3. paragrafı anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve başka bir kabuledilemezlik gerekçesi bulunmadığını tespit etmektedir. Dolayısıyla, sözkonusu şikâyetlerin kabuledilebilir ilan edilmesi uygun olacaktır.

II. ESASA İLİŞKİN

A. AİHS'nin 3. maddesinin müstakilen ya da 13. maddeyle birlikte ihlal edildiği iddiası hakkında

Başvuranlar iddialarını yinelemektedir.

Hükümet, verdiği cevapta, PKK'lı teröristlerin Tünekpınar köyündeki jandarma karakoluna silahlı saldırıda bulunduklarını ve İ.A.'yı rehin aldıklarını, her ne kadar yetkililer

böyle bir durumda ihtilaflı kaçırma olayını öngöremese ve askerin hayatını kurtaramasa da, başvuruların tüm dilekçelerine cevap verdiklerini ve İ.A. hakkında edindikleri tüm bilgileri ilgili şahıslara aktardıklarını belirtmektedir.

AİHM, kaybolma olaylarının kayıp şahısların yakınları için belirli bir yük getireceğini, bu sebeple sevdikleri kişinin akıbeti konusunda tam bir bilgisizlik içerisinde olacaklarını ve bu belirsizlik dolayısıyla da haklı olarak endişeleneceklerini hatırlatmaktadır. Bu nedenle AİHM, uzun bir süreden beri, içtihadında, kayıp yakınlarının içinde bulunduğu durumun AİHS'nin 3. maddesine aykırılık teşkil eden bir insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olarak değerlendirilebileceğini kabul etmektedir. AİHM, bu bağlamda böyle bir ihlalin esasının, aile üyesinin "ortadan kaybolmasında" yatmadığını, ihlali daha ziyade yetkili makamların bu durum dikkatlerine sunulduğunda gösterdikleri tepki ve davranışın oluşturduğunu hatırlatmaktadır (bakınız, diğer birçoğu arasından, *Türkiye aleyhine Orhan davası*, n° 25656/94, prg. 358, 18 Haziran 2002, *Türkiye aleyhine Çakıcı davası* [GC], n° 23657/94, prg. 98, CEDH 1999-IV, ve *Rusya aleyhine Imakaieva davası*, n° 7615/02, prg. 164, CEDH 2006-XIII). Dikkate alınması gereken faktörler arasında, aile bağlarının yakınlığı, ilişkinin özel koşulları, aile üyesinin kayıp kişiyle ilgili bilgi alma çabalarına ne derece katıldığı yer almaktadır (*Türkiye aleyhine Tanış ve diğerleri davası*, n° 65899/01, prg. 219, CEDH 2005-VIII). Böyle bir ihlalin tespiti, yalnızca kaybolma olayından Savunmacı Devlet'in sorumlu tutulduğu vakalarla sınırlı kalmamakta (*Osmanoğlu*, ilgili bölüm, prg. 96), yakınların bilgi edinme taleplerinin yetkililerce cevapsız bırakıldığı ya da bilgi edinmelerinin önüne geçilerek olayı aydınlatma işinin onların sırtına yüklendiği ve kayıp kişiyi arama ve akıbetini düşünme zorunluluğunun acımasız ve sürekli bir şekilde yakınlarla bırakıldığı, dolayısıyla bariz bir ihmalin mevcut olduğu durumlarda da söz konusu olabilmektedir (*Varnava ve diğerleri*, ilgili bölüm, prg. 200).

Mevcut davada, AİHM başvuruların yakınının (eş ve baba) yaklaşık on sekiz yıl önce kaybolduğunu, PKK tarafından rehin alındığını ve olayı takip eden aylarda başvuruların birçok kez açılan soruşturmanın gelişimi hakkında yetkililerden bilgi istediğini not etmektedir. Bununla birlikte AİHM, kayıp kişinin PKK tarafından rehin alındığı kabul edilmesine rağmen, yetkililerin başvurulara çelişkili bilgiler verdiğini: bir taraftan yakınlarının bulunması için aramaların devam ettiğini belirtirlerken, diğer taraftan asliye hukuk mahkemesine İ.A.'nın PKK saflarına geçtiği şeklinde bir bilgi verildiğini gözlemlemektedir. Öte yandan, « Terör eylemi hakkında ön rapor » belgesinde kaçırılan askerin köyü ve yakınlarına ilişkin yer alan ifade ve değerlendirmeleri okuyan AİHM, Eruh Jandarma Komutanlığı'nın, yetkili makamların İ.A.'nın sözkonusu terör örgütü saflarına geçmiş olabileceği ihtimalini dışlamadıklarını ima ettiği kanaatine varmaktadır. AİHM, buradan, başvuruların oldukça uzun bir süredir belirsizlik içerisinde kaldıkları kanaatine varmakta ve yetkililerin araştırmaları çerçevesinde ilgili şahıslara karşı sergiledikleri tavrın onlar üzerinde 3. madde kapsamına girebilecek kadar ciddi düzeyde bir acı ve endişe yarattığı sonucunu çıkarmaktadır.

Dolayısıyla, AİHM başvurular açısından bu hükmün ihlal edildiğine karar vermektedir.

AİHM, 13. maddeye dayalı şikâyetin ayrıca incelenmesine gerek olmadığı kanaatine varmaktadır (*Varnava ve diğerleri*, ilgili bölüm, prg. 211).

B. AİHS'nin 6. maddesinin müstakilen ya da 13 ve 14. maddelerle birlikte ihlal edildiği iddiası hakkında

Başvuranlar iddialarını yinelemektedir.

Hükümet, bir hakimın her zaman adli yardıma onay vermek zorunda olmadığını ve mevcut davada hakimın dosyadaki unsurları inceledikten sonra kararını açıkladığını belirtmektedir. Hükümet, yargılama masraflarının başvuranların ödeyemeyeceği kadar yüksek rakamlara ulaşmadığını eklemektedir. Hükümet öte yandan, ilgili şahısların bir avukat tarafından temsil edildiklerini ve bir dava boyunca ücretsiz olarak hizmet veren her avukatın baroyu bilgilendirmesi gerektiğini, oysa mevcut davada bunun yapılmadığını kaydetmektedir. Buradan yola çıkan Hükümet, başvuranların avukatlarına ücret verebilecek gelire sahip oldukları ve dolayısıyla yargılama masraflarını da ödeyebilecekleri gerektiği sonucuna varmaktadır. Bu nedenle, Hükümete göre, başvuranların adli yardım taleplerinin reddedilmesi, mahkemeye erişim haklarının esas yönünden ihlalini teşkil etmemektedir.

Konuyla ilgili genel ilkeler için AİHM, yerleşik içtihadına atıfta bulunmaktadır (*Türkiye aleyhine Bakan davası*, n° 50939/99, prg. 66-68, 12 Haziran 2007).

Mevcut davada AİHM, yargılama masraflarının ödenmemesinin Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin başvuranların talebini sunulmamış kabul etmelerine neden olduğunu gözlemlemektedir. Bu bağlamda, AİHM istenen yaklaşık 680 EUR tutarındaki yargılama masraflarının başvuranlar için aşırı bir yük oluşturduğu, olayların meydana geldiği dönemde yeterli gelir kaynağının bulunmadığı ve mahalle muhtarının 7 Mart 2004 tarihinde düzenlediği yoksulluk belgesinin de bunu gösterdiği kanaatine varmaktadır. Öte yandan, AİHM'nin düşüncesine göre, ilgili şahısların bir avukat tarafından temsil edilmesi tüm yargılama masraflarını karşılayabilecekleri anlamına gelmemektedir. Başka bir deyişle, bu yoksulluk belgesinin Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından dikkate alınması gerekmekteydi (bakınız, aynı yönde, *Türkiye aleyhine Sabri Aslan ve diğerleri davası*, n° 37952/04, prg. 30, 15 Aralık 2009).

AİHM, devletin kamu kaynaklarından sadece gerçekten ihtiyacı olan davacılara adli yardım yapmak istemesini meşru bir kaygı olarak kabul etmekle beraber, adli makamların reddetme gerekçelerini açıklamaları gerektiğini de hatırlatmaktadır. Bu bağlamda AİHM, Türk yasama erki tarafından yürürlüğe konulan adli yardım sisteminin, yargılanabilir kişileri keyfilikten koruyacak tüm güvenceleri sunmadığını tespit etmektedir. Bu görevin adli makamlara, daha açık olarak adli yardım talebinin yapıldığı mahkemeye tevdi edildiği doğruysa da, Türk hukuku, talebin yerindeliği hususunda mahkemelerin takdirine itiraz imkanı sunmamaktadır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 469. maddesinin hükümlerine göre, adli yardım talebine ilişkin karar nihaidir ve temyize konu olamaz. Bu nedenle, adli yardım talebi taraflarca yargılama esnasında sunulan yazılı belgeler temelinde yapılan tek bir incelemenin konusu olmaktadır. Taraflar, muhtemelen bir duruşma çerçevesinde dinlenmemişler ve tarafların itirazlarını sunma imkanları olmamıştır (*Türkiye aleyhine Ciğerhun Öner davası*, n° 33612/03, prg. 36, 20 Mayıs 2008, ve *Türkiye aleyhine Bek davası*, n° 23522/05, prg. 22, 20 Nisan 2010).

Mevcut davada AİHM, dava görülürken adli yardım talebinin reddinin gerekçesi bulunmadığını ve bu durumun başvuranları davalarının bir mahkeme tarafından görülmesi imkanından tamamen yoksun bıraktığını tespit etmektedir (*Türkiye aleyhine Mehmet Hüsnî Tunç davası*, n° 20400/03, prg. 30, 21 Şubat 2008).

Dava koşullarının tamamını dikkate alan AİHM, başvuranların, somut ve etkili bir şekilde Ankara Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne erişim hakkından yararlanamadığı

sonucuna varmaktadır. Böylece, Devlet AİHS'nin 6. maddesinin 1. paragrafındaki gereksinimlere uygun olarak mahkemeye erişim hakkını kurala bağlama yükümlülüğünü yerine getirmemiş ve bu alandaki takdir yetkisi sınırlarını aşmıştır.

Dolayısıyla, AİHS'nin 6. maddesinin 1. paragrafı ihlal edilmiştir.

AİHM, 13. maddeye dayalı şikâyetin ayrıca incelenmesine gerek olmadığı kanaatine varmaktadır (*Ciğerhun Öner*, ilgili bölüm, prg. 40-43).

AİHS'nin 14. maddesine dayalı şikâyetle ilgili olarak AİHM, Yüksek Mahkeme'nin başvuranların kendi savlarını desteklemek üzere çelişkili kararların mevcut olduğuna atıfta bulundukları 7 Aralık 2000 tarihli kararına bakıldığında, askerlik görevini yapan bir şahsın kaçırılması nedeniyle bir tazminat elde edilebilmesi için ilgili yakınların mahkemeden bir ölüm kararı almaları gerektiği sonucu çıktığını not etmektedir. AİHM, mevcut davada, Kozluk Asliye Hukuk Mahkemesi'nin başvuranların bu belge için yaptıkları başvuruyu İ.A.'nın öldüğünün yeteri kadar kanıtlanamadığı gerekçesiyle reddettiğini tespit etmektedir. AİHM'nin gözünde, sözkonusu Yüksek Mahkeme'nin içtihadının mahkemeden ölüm kararı çıkarılmasını şart koşması nedeniyle, başvuranların çelişkili kararların hukuki belirsizlik yarattığı yönündeki argümanları kabul edilemez. Öte yandan AİHM, Yüksek Mahkeme ve asliye hukuk mahkemesinin başvuranların başvuru işlemlerini karara bağlama yöntemlerinde hiçbir keyfilik görmemektedir (bakınız, örneğin, *Slovakya aleyhine Kopecký davası* [GC], n° 44912/98, prg. 56, CEDH 2004-IX).

Dolayısıyla, AİHS'nin 14. maddesinin ihlali söz konusu değildir.

III. AİHS'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

Başvuranlar, AİHS'nin 41. maddesine dayanarak maddi tazminat başlığı altında 373 000 Türk Lirası (TL) (yaklaşık 186 000 Euro) ve manevi tazminat olarak ise 250 000 TL (yaklaşık 125 000 Euro) talep etmektedir. Başvuranlar ayrıca, ulusal mahkemeler ve AİHM önünde görülen yargılama masraf ve giderleri karşılığında 11 600 TL (yaklaşık 5 800 Euro) talep etmektedir. Bu başlık altında başvuranlar avukatları tarafından düzenlenen bir çalışma tablosu ve masraf dekontu sunmaktadır.

Hükümet, bu taleplerin haklı olmadığını savunmakta ve AİHM'nin sözkonusu talepleri reddetmesini istemektedir.

AİHM, tespit edilen ihlal ile iddia edilen maddi zarar arasında bir nedensellik bağı görememekte ve bu bağlamda yapılan talebi reddetmektedir. Buna karşın AİHM, manevi tazminat başlığı altında başvuranlara ortaklaşa olarak 23.400 Euro ödenmesine hükmetmektedir.

Yargılama masraf ve giderleri ile ilgili olarak ise, elindeki belgeleri ve konuyla ilgili içtihadını dikkate alan AİHM, başvuranlara ortaklaşa 2.000 Euro ödenmesinin makul olacağı kanaatine varmaktadır.

AİHM, gecikme faizinin Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi faiz oranına üç puanlık bir artış eklenerek belirlenmesini uygun görmektedir.

BU GEREKÇELERE DAYALI OLARAK, AİHM,

1. Oybirliğiyle, başvurunun, Menice Açış kapsamındaki kısmının *kabuledilemez* olduğuna;
2. Oybirliğiyle, başvurunun diğer başvurular hakkında AİHS'nin 3, 6/1, 13 ve 14. maddeleri kapsamındaki kısmının *kabuledilebilir*, geri kalan kısmının *kabuledilemez* olduğuna;
3. Bire karşı altı oyla, AİHS'nin 3. maddesinin *ihlal edildiğine*;
4. Oybirliğiyle, AİHS'nin 6/1 maddesinin *ihlal edildiğine*;
5. Oybirliğiyle, AİHS'nin 14. maddesinin *ihlal edilmediğine*;
6. Oybirliğiyle, AİHS'nin 3 ve 6. maddeleri ile birlikte AİHS'nin 13. maddesi kapsamında yapılan şikayetin ayrıca incelenmesine *gerek olmadığına*;
7. Bire karşı altı oyla;
 - a. AİHS'nin 44/2 maddesi gereğince kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde, ödeme tarihindeki döviz kuru üzerinden Türk Lirası'na çevrilmek üzere, Savunmacı Devlet tarafından başvuranlara ortaklaşa olarak aşağıdaki miktarların ödenmesine;
 - i. her türlü vergiden muaf tutularak 23.400 Euro (yirmi üç bin dört yüz Euro) manevi tazminat;
 - ii. her türlü vergiden muaf tutularak 2.000 Euro (iki bin Euro) yargılama masraf ve gideri;
 - b. Yukarıda belirtilen sürenin sona erdiği tarihten ödemenin yapılmasına kadar geçen süre için, sözkonusu meblağlara, Avrupa Merkez Bankası'nın anılan dönem için geçerli olan marjinal kredi faiz oranına üç puanlık bir artış eklenmek suretiyle belirlenecek basit faiz *uygulanmasına*;
8. Adil tatmine ilişkin diğer tüm taleplerin *reddine*;

KARAR VERMİŞTİR.

İşbu karar Fransızca olarak hazırlanmış ve AİHM'nin iç tüzüğü'nün 77. maddesinin 2. ve 3. paragraflarına uygun olarak 1 Şubat 2011 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

Mevcut karar ekinde AİHS'nin 45/2 ve İçtüzüğü'nün 74/2 maddesi uyarınca Yargıç Sajo'nun ayrı oy görüşü yer almaktadır.