



AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

ERGİ-TÜRKİYE DAVASI
(66/1997/850/1057)

Strazburg

28 Temmuz 1998

USULİ İŞLEMLER

1. Dava, 9 Temmuz 1997 tarihinde, Sözleşme'nin 32. maddesinin 1. Paragrafı ile belirlenen üç aylık süre içinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ("Komisyon") tarafından Mahkeme'ye gönderilmiştir. Bir Türk vatandaşı olan Muharrem Ergi tarafından 25 Mart 1994 tarihinde Sözleşmenin 25. maddesine uygun olarak Komisyona yapılan 23818/94 nolu başvurudan kaynaklanmaktadır. Başvuru, başvuranın kendi adına, merhum kız kardeşi Havva Ergi ve aynı zamanda yeğeni adına yapılmıştır.

Komisyon'un talebi 44. ve 48. maddelere ve Türkiye'nin Mahkeme'nin zorunlu yetkisini tanıdığı bildiriye gönderme yapmıştır (Madde 46). Talebin amacı dava gerçeklerinin sorumlu Devletin Sözleşme'nin 2, 8,13,14,18 ve 25. maddeleri ile belirlenen yükümlülüklerinin ihlalini ortaya koyup koymadığı hakkında bir karara varmaktır.

2. Mahkeme A Tüzüğü'nün 33. maddesinin 3(d) paragrafına uygun olarak yapılan soruşturmaya cevaben, başvuran duruşmalarda yer almak istediğini belirtmiş ve kendisini temsil edecek avukatları görevlendirmiştir (Tüzük 30).

3. Oluşturulacak Daireye, resmen seçilmiş Türk hakim Sn. F. Gölcüklü (Sözleşmenin 43. maddesi), Sn. R. Ryssdal, o zamanki Mahkeme Başkanı (Tüzük 21 4/b) katılmışlardır. 27 Ağustos 1997 tarihinde Başkan, Raportörün huzurunda kura usulü ile diğer yedi üyeyi; Sn. A. N. Loizou, Sn. M. A. Lopes Rocha, Sn. L. Wildhaber, Sn. G. Mifsud Bonnici, Sn. B. Repik, Sn. E. Levits ve Sn. V. Toumanov'u (Sözleşmenin 43. maddesi ve Tüzük 21/5) seçmiştir. Sonuç olarak, 9 Şubat 1998 tarihinde Sn. R. Bernhardt, Mahkeme'nin o zamanki Başkan Vekili, davanın ilerleyen safhasında yer alamayan Sn. Ryssdal'ın yerini almıştır (Tüzük 21/6, ikinci alt paragraf).

4. Daire Başkanı olarak (Tüzük 21/6), Sn. Ryssdal, raportöre vekalet ederek, Türk Hükümeti ajanı ("Hükümet"), başvuranın avukatları ve Komisyon Delegesi ile dava muamelelerinin organizasyonu hakkında görüşmüştür. (Tüzük 37/1 ve 38). Sonuç olarak verilen kararlara uygun olarak, raportör, sırası ile başvuranın ve Hükümetin görüşlerini 12 ve 20 Şubat 1998 tarihlerinde almıştır. 9 Nisan 1998 tarihinde Komisyon Sekreteri, görüşlerini duruşmada sunacağını açıklamıştır.

15 Nisan 1998 tarihinde, Komisyon, Daire Başkanının talimatıyla raportörün talep ettiği Ankara'da Delegelerin önünde tanık dinleme duruşmasının duruşma tutanağı da dahil olmak üzere dava dosyasından birçok belgeyi temin etmiştir.

5. 1.Davaya 66/1997/850/1057 numarası verilmiştir. İlk numara davanın Mahkemeye ilgili yılda (ikinci numara) havale edilen davalar listesindeki yeridir. Son iki numara Mahkemeye kuruluşundan bu yana havale edilen davaların listesindeki yerini ve Komisyon'a yapılan başvurulara karşılık gelen listedeki yerini belirtir.

Mahkeme önünde:

(a) Hükümet adına

Sn. D. AKÇAY, Dışışleri Bakanlığı,

Ajan Yardımcısı,

Sn. E. GENEL,

Sn. A. EMÜLER,

Sn. M. GÜLŞEN,

Sn. A. GÜNYAKTI,

Sn. N. AYMA,

Danışmanlar;

(b) Komisyon adına

Sn. G. THUNE,

Delege;

(c) Başvuran adına

Sn.F. HAMPSON, Avukat,

Sn. K. BOYLE, Avukat,

Sn. A. REIDY, Avukat,

Danışman.

Mahkeme, Sn. Thune, Sn. Hampson ve Sn. Akçay'ın konuşmalarını dinlemiştir.

ESASLAR HUSUSUNDA

I. DAVADAKİ ÖNEMLİ HUSUSLAR

6. Kürt kökenli bir Türk vatandaşı olan başvuru sahibi Muharrem Ergi, 1954 doğumludur ve Aydın İncirliova'da yaşamaktadır.

7. Başvuru, başvuranın kendi adına, merhum kız kardeşi Havva Ergi ve Havva Ergi'nin kızı adına yapılmıştır. Başvuru, Havva Ergi'nin öldürüldüğü 29 Eylül 1993 tarihinde meydana gelen olayla ilgili şikayetlerle ilgilidir.

Olayın meydana geldiği köyün iki ismi vardır: eski Kürtçe ismi Gisgis ve resmi Türkçe adı Kesentaş. Aşağıda ikinci isim kullanılmıştır.

8. Bu dava ile ilgili esaslar tartışılmıştır.

A. Başvuranın Olay Hakkında Anlattıkları

9. 29 Eylül 1993 tarihinde olayın gerçekleşmesinden bir hafta önce başvuranın köyü Kesentaş'ta, iki işbirlikçiden biri olan Cuma Bali PKK (Kürdistan İşçi Partisi) tarafından öldürülmüştü. Olaydan bir gün önce, diğer "işbirlikçi" İbrahim Halil, Ziyaret Köyünün Korucuları ve jandarma eşliğinde başvuranın köyünden 5 kilometre uzaklıktaki Ziyaret Köyüne yola çıkmıştı. "İşbirlikçi", başvuran tarafından, köy korucularından farklı olarak, Devlet için casusluk yapan kişi olarak tanımlanmıştır.

10. 29 Eylül 1993 tarihinde, güvenlik güçleri köy civarında PKK mensuplarını yakalamak için pusu kurmuşlardı. Bir komando birliği ve Ziyaret Köyü korucularından oluşmaktaydı. Güvenlik güçleri, asfalt yolun kenarındaki köyün 600 metre kuzey-batısında ve güneyindeki mezarlığın içinde veya yakınında mevzilenmişlerdi. Güvenlik güçleri ateş açtılar. Ateş edilmeye, yaklaşık bir saat devam edildi ve sivillere ait evler de fark gözetilmeden açılan ateşe maruz kaldı. Bu durum, başvuranın kız kardeşi Havva'nın hayatını kaybetmesine yol açtı. PKK'nın hiçbir üyesi ne yakalandı ne de öldürüldü.

11. Başvuranın evi köy meydanında idi. Olayın meydana geldiği sırada babası ve kız kardeşi Havva, evin üst kısmındaki balkonda uyuyorlardı. Ateş açılır açılmaz Havva ve babası eve girdiler, fakat Havva bir şeyler toplamak için verandaya çıktı. Eşikteyken, başına bir kurşun isabet etti ve o anda öldü.

12. Ertesi sabah, başvuranın amcası Hasan Ergi, muhtemelen telefonla Ergani Jandarma Komutanı'na başvuranın kız kardeşinin öldürüldüğünü bildirdi. Komutan sadece bir kişinin öldüğünü öğrendiğinde çok şaşırdı ve en az yirmi kişinin ölümünü beklediğini söyledi. Başvuranın amcası, Cumhuriyet Savcısı'na başvuracağını söyledi. Fakat, Komutan, onlara evlerine dönmelerini ve Cumhuriyet Savcısı'na kendisinin bilgi vereceğini söyledi.

13. Öğlene doğru, Cumhuriyet Savcısı, bir doktor ve birkaç asker başvuranın evine geldiler ve otopsi yapıldı. Başvuranın evinde otopsi yapılırken, başvuranın erkek kardeşi Seyit Battal Ergi, askerlere neden bunların başlarına geldiğini sordu. Bir astsubay, köylülerin korucu olmayı kabul ettikleri taktirde, bu olayların sona ereceğini, köyün girişinde teröristlerin görülmesi nedeniyle köye ateş açıldığını ve askerlerin düzensizliği nedeniyle köye fark gözetilmeden ateş edildiğini söyledi. Doktor otopsiyi tamamladıktan sonra, başsağlığı dileklerinden başka hiç bir şey söylemedi. Ayrıca defin belgesi çıkardı. Cumhuriyet Savcısı, başvuran ve ailesine olayın nasıl gerçekleştiğini sormadı. Jandarma görevlisi İsa Gündoğdu, köylülere hiç bir şey sormadan veya olaya karışan komando güçlerinin konu ile ilgili ifadelerini almadan olay tespit tutanağını hazırladı. Olay sırasında PKK'nın bulunduğu söylenildiği alanda jandarmalar tarafından boş kovan bulunamamıştır. Olay sırasında, PKK'nın orada bulunduğu dair hiçbir delil mevcut değildir.

14. Başvuranın kız kardeşini öldüren, balistik raporda anlatılan merminin, diğer birçok güçler gibi Türk güvenlik güçlerince de kullanılan standart NATO 7.62 olduğu tespit edilmiştir. Doğudan ateş edilmiş olması mümkün değildir, çünkü evlerin duvarları ile bloke edilmiş durumdadır. Sadece güneyden ve güvenlik güçlerinin mevzilendiği daha yüksek bir yerden, bir dağ eteğinden, güneydoğudan ateş edilmiş olması mümkündür.

15. Otopsi yapıldıktan sonra, Cumhuriyet Savcısı ve aile arasında temas kurulmamıştır. Olayın resmi görünümü ile ilgili olarak başvuran ve ailesi aydınlatılmamış ve vurulma olayı ile ilgili olarak herhangi bir araştırma veya soruşturma yapıp yapılmadığı hakkında bilgilendirilmemişlerdir. Başvuran, 200 haneli köyün 20 haneye düştüğünü, geri kalan ailelerin askeri olaylar nedeniyle, kız kardeşinin ölümüne yol açan olay gibi, evlerini terk ettiklerini belirtmiştir.

B. Hükümetin Olayı Sunuşu

16. Güvenlik güçleri, bölgede aktif olan PKK mensuplarını yakalamak için, köy civarında pusu operasyonu düzenlemiştir. Birlikler kuzey-batıda saklanmış ve köyün güneydoğusundaki bir noktada mezarlığın yanında PKK ile silahlı çatışmaya girmişlerdir. PKK'nın bulunduğu yerden 100 metre daha yüksek bir yerde idiler. Güneyde bulunan bir birlik söz konusu değildi ve birlikleri orada bulundurmanın hiçbir anlamı yoktu çünkü PKK güneyden gelmeyecekti. Bu sebepten dolayı, başvuranın kız kardeşini öldüren mermi, güneyden güvenlik güçlerince atılmış olamaz.

17. Çatışma sırasında, açılan uzun süreli ve ayırım gözetmeyen saldırı iddialarını desteklemeyecek şekilde, sadece birkaç ev hafif hasar görmüştü.

C.Ulusal Otoriteler Önündeki Prosedür

18. Olay hakkındaki hazırlık soruşturması, Ergani Bölgesi Cumhuriyet Savcısı tarafından başlatıldı. 30 Eylül 1993 tarihinde babasının evinde, başvuranın kız kardeşine otopsi yapıldı. Aynı tarihli tıbbi rapora göre, yapılan genel kontrolde bir mermi yarası, muhtemelen merminin girdiği bölge, tespit edilmiştir. Kafatası açılmış ve 7.62'lik mermi, sağ çeper lobunda bulunmuş ve alınmıştır. Ölümün, tıbbi incelemiden yaklaşık 10-12 saat önce meydana geldiği tespit edilmiştir.

19. Ergani Cumhuriyet Savcısı'na gönderilen 7 Ekim 1993 tarihli mektupta, Jandarma Komutanı Ahmet Kuzu, güvenlik güçlerinin Kesentaş Köyü girişinde bir pusu operasyonu düzenlediğini bildirmiştir. Güvenlik güçleri köyün kuzeyine doğru kaçan teröristlere ateş açmış ve hiç kimseyle irtibat kurmadan, bu yönde bir araştırma ekibi göndermiştir. 30 Eylül 1993 tarihinde saat 08.00 sıralarında Ergani Bölge Jandarma Komutanlığı'na telefon edildiğinin ve Havva Ergi'nin çatışma sırasında öldürüldüğünün rapor edildiğini belirtmiştir. Aynı gün Cumhuriyet Savcısının da huzurunda saat 10.00'da inceleme yapılmıştır. Olay tespit tutanağı ve olay yeri krokisinin kopyaları mektuba eklenmiştir.

20. 12 Aralık 1993 tarihinde, Ergani Cumhuriyet Savcısı Mustafa Yüce, konunun kendi yetkisi dışında olduğunu düşünerek, davanın halen görülmekte olduğu Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne bağlı yetkili Cumhuriyet Savcısı'na göndermiştir. Yetkisizlik kararı, davalıları "yasadışı PKK örgütünün üyeleri" ve suçu da güvenlik güçleri ile silahlı çatışmaya girmek ve cinayet olarak tanımlamıştır. Havva Ergi'nin köye yaklaşmakta olan PKK üyeleri ve Kesentaş Köyü civarında bir pusu operasyonu gerçekleştirmekte olan güvenlik güçleri arasında çıkan silahlı çatışmada açılan ateş sonucu öldüğünü belirtmiştir.

21. 1 Nisan 1994 tarihinde Bölge Kriminal Polis Laboratuvarı uzman balistik raporunu yayınlamıştır. Kurşunun 7.62 mm çapında olduğu ve namlusunda saat yönünde dönen dört çizgi bulunan bir silahla ateşlendiği tespit edilmiştir.

22. Cumhuriyet Başsavcısının Diyarbakır Devlet Güvenlik

Mahkemesi'ndeki ofisinden Adalet Bakanlığı'na gönderilen 8 Aralık 1994 tarihli mektupta, köye yayılan pusu operasyonu sırasında ve merminin bir evin kapısının kasasından sekmesi sonucunda kapının yanında ayakta durmakta olan Havva Ergi'ye isabet ettiği rapor edilmiştir. Ölümü hakkındaki soruşturma halen devam etmekte idi. Balistik inceleme sonucunda merminin şeklinin bozuk olduğu saptanmış ve kullanılan silah hakkında bir sonuca ulaşmak için gerekli hiçbir bilgi edinilememiştir. Olay yerinde boş kovan bulunamamıştır. Böylece, dosyada ölüme neden olan silah hakkında hiçbir bilgi mevcut değildir. Silahlı çatışma 21.30'da başlayıp gece yarısına kadar devam ettiği için, görülenlere ve duyulanlara dair şahit mevcut değildir. Silahlı çatışmaya katılan PKK mensuplarını yakalamak için çalışmalar devam etmekte idi fakat uzun bir süre çatışma alanına geri dönmedikleri için, bu şahısları belirleyip tutuklamak zaman alacaktır. Başvuranın İnsan Hakları Derneği (İHD) tarafından alınan 9 Ekim 1993 tarihli ifadesindeki iddialarla ilgili olarak, güvenlik güçlerinin köye ateş açtıkları iddiası doğru değildir ve terörizme karşı mücadele veren güvenlik güçlerini karalamak amacını taşımaktaydı. Güvenlik güçlerinin görevi köye ateş açtıkları konusundaki şüpheleri yok etmeyi sağlayacak şekilde düzeni sağlamak ve halkı korumaktır. Kesentaş köyündeki olaylar genellikle köye doğru giden ve köyden ayrılan yollarda güvenlik güçlerince gerçekleştirilen pusu operasyonundan kaynaklanmıştır.

23. İçişleri Bakanlığı, 26 Aralık 1994 tarihli mektupla, güvenlik güçlerinin köye yaklaşmakta olduklarını haber aldıkları teröristleri yakalamak amacıyla, 29 Eylül 1993 tarihinde köye geldiklerini Dışişleri Bakanlığına bildirmiştir. Güvenlik güçlerine PKK tarafından saldırılmıştır. Ziyaret Köyü'nden korucular operasyona katılmamıştır. Kendi korucuları olan köye baskın düzenlenmez. Köylülerin korucu olmak için başvurmalarına rağmen, uygun görev olmadığı için görevlendirilmemişlerdir. Olay sırasında başvuranın iddia ettiği gibi 200 değil (Bkz. yukarıda 15. paragraf) 150 hane vardı ve başvuran tarafından iddia edildiği gibi halen orada yaşamakta olan 20 değil, 180 hane mevcuttur.

D. Komisyon'un Esas Hakkındaki Bulguları

24. Dava esasları, özellikle de Haziran 1993'te veya o sıralarda meydana gelen olaylar tartışıldığı için, Komisyon, tarafların yardımı ile bir araştırma başlatmış ve 7-8 şubat 1998 tarihlerinde Ankara'da bir duruşmada üç delege tarafından alınan dört tanığın sözlü ve yazılı ifadeleri de dahil olmak üzere yazılı delilleri toplamıştır.

25. Yazılı deliller hususunda, Komisyon, başvuranın Diyarbakır İnsan Hakları Derneği (İHD) tarafından alınan 9 Ekim 1993 tarihli ifadesine ve Ergani Merkez Jandarma Teşkilatı Komutanı İsa Gündoğdu tarafından hazırlanan ve diğer jandarmalar tarafından imza edilen 30 Eylül 1993 tarihli olay tespit tutanağına

büyük önem vermiştir. Rapor, Havva Ergi'nin PKK'nın güvenlik güçleri ile çatışması sırasında açılan ateş sonucunda kaza ile öldürüldüğü sonucuna varmıştır. Dahası Komisyon, İsa Gündoğdu tarafından hazırlanan ve imzalanan 30 Eylül 1993 tarihli olay yeri krokisine önem vermiştir. Krokide maktulün cesedinin yeri, teröristlerin ateş ettiği nokta (7), güvenlik güçlerinin ateş ettiği nokta (9), yol ve köy eğimleri numaralarla gösterilmiştir.

26. Buna ek olarak, Komisyon, sırasıyla 30 Ekim ve 3 Kasım 1995 tarihli iki ifadeye önem vermiştir.

Başvuran ve Terörle Mücadele Departmanı görevlileri tarafından imzalanan ilk ifade, soru cevap şeklinde hazırlanmıştır. Başvurana mal beyanı gösterilmiş ve imzanın kendisine ait olduğunu onaylaması istenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Derneği'ne veya Türkiye'de başvuruda bulunup bulunmadığı konularında sorular sorulmuş ve başvuruda bulunduğu doğruysa, daha fazla açıklama yapılması istenmiştir. Kız kardeşi için İnsan Hakları Derneği'ne başvurduğunu, Kürdistan İnsan Hakları Projesine başvurmadığını ve İHD aracılığıyla dolaylı olarak Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna başvurduğunu belirtmiştir. İçinde bulunduğu maddi durum hakkında ayrıntılı bilgi sunmuştur.

Başvuran ve Cumhuriyet Savcısı tarafından imzalanan ikinci ifade, kendisine mal beyanının gösterildiğini ve başvuranın, kendi yaptığı mal beyanına benzediğini onayladığını belirtmiştir. 1993 yılında İHD'ye ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurduğunu açıklamıştır. Başvurusunun başka herhangi bir konu ile ilgili olmadığını ve başka birşey eklemek istemediğini belirtmiştir.

27. Sözlü ifadeler, başvuranın, Ahmet Kuzu, (Ergani Bölgesi Jandarma Komutanı), İsa Gündoğdu ve Mustafa Yüce'nin (Ergani Cumhuriyet Savcısı) ifadelerini kapsamaktadır. Ayrıca aşağıdaki tanıklar da çağrılmalarına rağmen, mahkemeye gelmemişlerdir: Bekir Selçuk (Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi önündeki Cumhuriyet Başsavcısı), Senai Baran (muhtar), İbrahim Halil Ergi (Havva Ergi'nin Babası), Seyit Battal Ergi (Havva Ergi'nin erkek kardeşi), Hasan Ergi (Havva Ergi'nin amcası) ve Hacere Ergi (Havva Ergi'nin annesi).

28. 7-8 şubat 1996 tarihinde yapılan duruşmanın tutanağı Hükümetin başvurunun geçerliliğine ilişkin ilk itirazları ile ilgili şu konuşmaları da içermektedir: (Bkz. aşağıdaki 60. paragraf):

"Sn. GÜNDÜZ: Dilekçeniz önümüzde. Bu imza size ait, Muharrem Ergi,

öyle değil mi?

Sn. Muharrem Ergi: Evet.

Sn. GÜNDÜZ: Sn. Ergi, sonradan sizin adınıza yapılan başvuru hakkında bilginiz var mı? Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na verilen başvuruyu gördünüz mü?

Sn. Muharrem Ergi: Evet.

Sn. GÜNDÜZ: İngilizce bilmiyorsunuz değil mi?

Sn. Muharrem Ergi: Hayır. Çok değil.

Sn. GÜNDÜZ: Yine bir yanlışlık var. Size bir kadın gibi hitap ediliyor. Tabi Muharrem ismine çok rastlanmıyor, nedeni bu olmalı. Bu imza size ait. "Annem ve babamla birlikte gittik" demişsiniz öyle değil mi?

Sn. Muharrem Ergi: Evet."

Mustafa Yüce, delegelere, olay tespit tutanağının olaydan PKK'nın sorumlu olduğu yönündeki sonucunun doğru olduğu konusunda ikna olduğunu ve buna karşı başka bir iddiada bulunulmadığını belirtmiştir. Güvenlik güçlerince hazırlanan raporun doğru olduğundan şüphe etmek için hiçbir neden yoktur. Havva Ergi'nin güvenlik güçlerinin açtığı ateş sonucu öldüğü iddiasında bulunulursa, köye gitmek zorunda kalacaktı. Güvenlik güçlerinin sorumlu olması halinde, kendisine şikayette bulunulmuş olacağına inanmaktadır.

29. Sözlü kanıtlarla ilgili olarak, Komisyon, tercümanlar aracılığıyla sözlü olarak alınan ifadeleri değerlendirme zorluklarının farkındadır. Böylece delegeler önündeki tanıkların ifadelerinin içeriğine dikkat etmiş ve büyük önem vermiştir.

Olaylarla ilgili birbirine zıt ve çelişkili beyanların olduğu davada Komisyon, özellikle iç hukukta etkili bir adli takibat ve söz konusu olaylarla ilgili diğer bağımsız soruşturmaların olmayışı konusunda müteessir olmuştur. Delillerin toplanmasında ilk derece mahkemesi olarak sınırlarının farkında idi. Yukarıda bahsedilen dil ile ilgili problemlere ek olarak bölgede hüküm sürmekte olan şartlarla ilgili ayrıntılı ve doğrudan bilgi eksikliği söz konusu idi. Dahası, Komisyon'un şahitleri mahkemeye çıkıp ifade vermeye zorlama konusunda gücü yoktur. Bu davada on kişinin mahkemeye davet edilmesine rağmen, sadece dört kişi Komisyon Delegeleri önünde ifade vermiştir. Kayda değer olarak sadece çağrılan iki savcıdan biri gelmiştir ve Komisyon'un tekrarlanan taleplerine rağmen, Hükümet, Delegeler önünde ifade vermeleri için operasyona katılan görevlileri tespit etmemiştir.

Hükümet, ayrıca, operasyonla ilgili belgelerin tümünü sunmamıştır. Bu sebepten dolayı, Komisyon, önemli derecedeki ifade ve kanıt yokluğu içinde, olaylarla ilgili karara varırken zorluklarla karşılaşmıştır.

Komisyon'un bulguları şu şekilde özetlenebilir.

1. Olayların Evveliyatı:

30. Kesentaş Köyü, kuzey yönü güneyinden daha yüksek olan ve kuzey yönünün arkasında dik dağlar bulunan bir dağ yamacında kurulmuştur. Köy civarında üzüm bağları mevcuttur; dağların arasında kuzeydoğu yönünde uzanmakta olan köyden doğu-batı yönlü bir yol geçmektedir; köyün güneyinde daha geniş bir anayol doğu-batı yönlüdür ve bu yolun güneyinde zemin yine yukarı doğru meyillidir. Köy böylece engebelidir. Kuzeye doğru arazi, kuzey/kuzeydoğu yönünden köye inen bir nehir yatağı ile birlikte inişli yokuşlu ve diktir.

31. Komisyon, tanıkların ifadeleri vasıtasıyla 1993 yılında veya bu sıralarda, yörede PKK faaliyetlerinin etkin olduğu sonucuna varmıştır. 29 Eylül 1993 tarihinde, operasyondan kısa bir süre önce, köy ile ilgili en az iki olay gerçekleşmiştir. Olaylardan birinde bir köylü Cuma Bali öldürülmüş ve diğerinde ise başka bir köylü İbrahim Halil ve babası, evi kurşunlandıktan sonra jandarma koruması altında köyü terk etmişler ve koruculara katıldıkları Ziyaret Köyü'ne taşınmışlardır. Halil, PKK ile birlikte dağlarda bulunmuş ve kendi iradesi ile geri dönmüştür. İkinci olayın ne zaman gerçekleştiği tespit edilememiştir. Başvuranın İHD'ye sunmuş olduğu yazılı ifade olaydan bir gün önceki taşınmaya atıfta bulunmaktadır, fakat başvuran sözlü ifadesinde köyde olmadığını ve diğerlerinin kendisine ne söylemiş olabileceklerini hatırlamadığını belirtmiştir. Ailenin taşınmasına yardım eden Binbaşı Kuzu tarih konusuna kesinlik kazandırmamıştır.

32. PKK, köylülerden ilaç ve yiyecek talep etmekle birlikte arazinin engebeli oluşundan faydalanarak kuzeyden köye girmeye çalışmıştır. Köyde korucu yoktu ve civarda daimi bir güven söz konusu değildi. Köyün güneyindeki anayol, zaman zaman devriye gezerek kontrol edilmekte idi.

33. 17 kilometre doğuda, Ergani'de, astsubay İsa Gündoğdu'nun sorumlu olduğu Merkez Jandarma Komutanlığı vardı. Ayrıca Ergani'de Binbaşı Kuzu emrinde Bölge Jandarma Komutanlığı ve ayrıca bir komando taburu vardı. Binbaşı Kuzu bölgenin genel kontrolünden ve merkez jandarma teşkilatından sorumluydu ve

buna ek olarak çoğu zaman arazide olan komando gücü komutanlığı görevinde bulunamıyordu.

2. 29 Eylül 1993 Tarihinde Kesentaş Köyü'nde Meydana Gelen Olaylar

34. Komisyon, 29 Eylül 1993 tarihinde Kesentaş Köyü'nde meydana gelen olaylar hususunda ulusal düzeyde ayrıntılı bir soruşturmanın yapılmadığını ve olaylar hususunda adli bulgu mevcut olmadığını gözlemlemiştir. Böylece Komisyon, bulgularını Delegeler önünde sözlü olarak veya dava sırasında yazılı olarak sunulan ifadelerle dayandırmıştır; bu değerlendirmede yeteri kadar kuvvetli açık ve uygun neticelerin veya buna benzer aksi ispat edilmemiş kuvvetli ihtimallerin birlikte varolması ve buna ek olarak kanıtlar toplanırken tarafların nasıl bir tutum içinde oldukları değerlendirmeye dahil edilebilir. (Bkz. mutatis mutandis 18 Ocak 1978 tarihli İrlanda İngiltere'ye Karşı Kararı, Seri A, no 25, sayfa 65, paragraf 161).

35. Komisyon, iki jandarma tanığının verdikleri ifadede çatışma çıktığı zaman köyde olmadıkları gerçeğine dikkatleri çekmiştir. Binbaşı Kuzu, çatışma sırasında, komandolarla birlikte operasyonda olduğunu belirtmiştir. Astsubay İsa Gündoğdu, çatışma sona erdikten sonra olay yerine gelmiştir ve PKK'nın kaçtığı yön olduğu iddia edilen tarafa doğru gitmesine rağmen, onların izine rastlayamamıştır. Komisyon, Ankara'daki duruşmadan önce, tanıkların dinlenmesi amacıyla operasyonda görev alan jandarmaların kimliklerinin açıklanmasını Hükümet'ten iki kez talep etmiştir. Hükümet ise bu talebe karşılık vermemiştir. Komisyon, başvuranın da o sırada köyde olmadığını ve o gece ile ilgili anlattığı olayların aile üyelerinin ve köylülerin anlattıklarına dair hatırladıklarına dayandığını hatırlatmıştır. Çatışma sırasında orada olan başvuranın ailesinin üyeleri Delegeler tarafından çağrılmalarına rağmen tanık olarak duruşmaya katılmamışlardır. Bu sebepten dolayı, Komisyon önünde olayları anlatabilecek bir görgü şahidinin olmaması üzücüdür.

36. Dahası, yazılı deliller de en yetkili kişi tarafından hazırlanmamıştır. Olay tespit tutanağı ve olay yeri krokisi operasyona katılan bir jandarma görevlisi tarafından değil, İsa Gündoğdu tarafından hazırlanmıştır ve İsa Gündoğdu'nun delegeler önündeki ifadesinden güvenlik güçlerini olay yerinde ve ayrıntılı bir biçimde sorguladığı açık değildir. Gerçekten de onlarla iletişimi şifreli iletişim vasıtasıyla telsiz iletişimi ile sınırlı olduğu izlenimini veriyordu. Hükümet, operasyona katılan birimin komutanının kimliğinin ve ait olduğu birimin açıklanmasına ve operasyonla ilgili kayıtların tutulduğu kayıt raporlarına dair kopyaların sunulması hususlarında Komisyon talebine uyulmamıştır.

37. Komisyon'un bu sebepten dolayı, 29 Eylül 1993 gecesinde

gerçekleşen olaylara dair delili yeterli değildir. Bir çatışmanın gerçekleşip gerçekleşmemesi hususunda Komisyon, "işbirlikçilerden" birinin vurulduğu ve diğerinin de ayrılmaya zorlandığı köyde meydana gelen olaylarla bağlantılı olarak, başvuranın, köyün ayırım gözetilmeksizin bombardımana tutulduğunu iddia ettiğini belirtmiştir. Komisyon, Binbaşı Kuzu'nun tehdit edilen köylünün götürülmesi olayına doğrudan katıldığını ve PKK'nın köylüye ateş ettiğini düşünmediğini, fakat, örgütü terk etmesinin sebebinin öğrenmek amacıyla, diğer köylülerin onu öldürmüş olabileceğini hatırlamaktadır. İsa Gündoğdu köydeki birçok insanın örgüte katıldığı yorumunu yapmıştır. Başvuranın köye bir ders vermek amacıyla köyün bombardımana tutulduğu iddiası, temelsiz bir iddia değildir.

38. Komisyon, birçok şaşırtıcı duruma dikkati çekmiştir. Binbaşı Kuzu, Bölge Jandarma Komutanı idi, fakat ne olduğuna dair fikir yürütebilme yetisine sahip olduğunu düşünmesine rağmen, kendi yetkisi altındaki bir operasyonda rolü ve bilgisi yoktur. Olayın meydana geldiği gece, merkez jandarma teşkilatındaki İsa Gündoğdu, jandarma teşkilatının diğer araçları başka bir görevde kullanılmakta oldukları için polisten, personeli taşımak için silahlı araç aldı. İsa Gündoğdu, köydeki çatışmanın sadece beş dakika sürdüğünü fakat Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi savcısının, 8 Aralık 1994 tarihli mektubu, başvuranın ailesinden öğrendiği olaylarla ilgili anlattıklarını ve bunları teyit eden, saat 21.30'da başlayan ve gece ilerleyen saatlere kadar devam eden silahlı saldırının bir saatten fazla sürdüğünü ifade etmektedir. Başvuran, açılan ateşin uzun süreli olmasından da anlaşılabileceği gibi, köyde geniş çapta zarar meydana geldiğini ifade etmiştir. Başvuran köyün içinde dolaşmış, yaklaşık yüz kadar evdeki hasarı fark etmiş ve iki evdeki mermi izlerini gösteren birkaç fotoğraf çekmiştir. Ertesi gün köye giden İsa Gündoğdu, sadece iki üç evin ve bir aracın en çok 15 mermiden hasar gördüğünü belirtmiştir. Bu durum, hükümet tarafından daha fazla bilgi sunularak izah edilebilirdi. İsa Gündoğdu köyün fotoğraflarının savcı tarafından çekildiğini belirtmiştir. Bunlar, fotoğraf çekilmediğini belirten Hükümet tarafından sunulmamıştır.

39. Sunulan çatışmanın detaylarıyla ilgili olarak, Komisyon yine doğrudan bilgi eksikliği ile engellenmiştir. İlk olarak, İsa Gündoğdu tarafından çizilen olay yeri krokisinin son kısmı dahil edilmemiş bulanık bir kopyası sunulmuştur. Bu kopya teröristlerin pozisyonunu (no 7) ve güvenlik güçlerinin pozisyonunu (no 9) gösteren bir anahtar niteliği taşımaktadır. A(no 7) köyün doğu kısmını göstermektedir. A (no 9) kuzey batıyı göstermektedir. Ayrıca güneyde, kuzey batıdaki güvenlik güçlerinin pozisyonuna benzer özellik gösteren ve bulanık bir şekil içeren karalamalar vardı. Bu şekil a 9'a benzemektedir. İsa Gündoğdu sorgulandığı zaman, teröristlerin güneyde olduklarını ve krokide bulanık şekil ile işaretlenmiş pozisyona yakın olduklarını belirtmiştir. Bulanık şekil a 9 olsa idi, bu bir hata olurdu. Ayrıca Binbaşı Kuzu da güneyde güvenlik güçlerinin olmadığı konusunda ısrarlı idi. Kısacası, bunun bir anlamı yoktur: arazi müsaitti ve PKK'nın kuzeyden geleceğini ve bu yönde kaçacaklarını biliyorlardı. Binbaşı Kuzu, kendi ifadesinde çatışma sırasında orada olmadığını belirttiği için, Komisyon onun verdiği ifadeye fazlaca önem veremeyeceği görüşündedir. İsa Gündoğdu krokisini

çatışmaya katılan birliklerin anlattıklarına, büyük olasılıkla kısa bir telsiz bağlantısına dayandırmıştır. Başvuranın evvelden, güvenlik güçlerini güneyde olarak işaretlemesi ve şimdi de bunun bir hata olduğundan emin olması garip bir duruma işaret etmektedir. Tanıkların dinlenmesinden aylar sonra, Komisyon'a güvenlik güçlerinin bulunduğu yeri; köyün güneyindeki bulanık şekli gösteren a 9 olduğu açıkça belli olan daha net bir olay yeri krokisi sunulmuştur.

40. Komisyon, balkonun güneye bakan pozisyonunu ve civardaki evlerin özellikle de doğudaki yüksek duvarın pozisyonunu dikkate aldığında, başvuranın Havva Ergi'yi öldüren merminin güneyden veya güneydoğudan ateşlenmesinin mümkün olduğu şeklindeki görüşlerini paylaşmıştır. Hükümet buna itiraz etmemiştir.

41. Hükümetin, yukarıda bahsedilen belge ve bilgileri sunmamasına bağlı olarak, Komisyon, güvenlik güçlerinin bir süre ile köye ateş açtığı ve güvenlik güçleri birimlerinin güneyde oldukları şeklindeki başvuranın iddialarını destekler nitelikte güçlü neticeler çıkarılabileceği görüşündedir. Bununla beraber, Komisyon önünde, 29 Eylül 1993 tarihinde gerçekleştirilen operasyonun iddia edildiği gibi çatışmaya yol açan bir pusu operasyonu değil, misilleme cezası görevi olduğunu destekleyecek yetersiz belge mevcuttu. Komisyon, Havva Ergi'yi öldüren merminin güvenlik güçlerince atıldığıının tespit edilmediğini belirtmiştir. Fakat, öyle olmuş olabileceğini destekleyecek bulguların varolduğu görüşündedir.

3. Yetkililer Tarafından Yürütülen Soruşturma

42. Başvuranın kız kardeşinin ölümü, 30 Eylül 1993 tarihinde saat 08.00 sıralarında yetkililere bildirilmiştir. Cumhuriyet Savcısı, eşlik eden İsa Gündoğdu ve birkaç jandarma köye gelmişlerdir. Ergi ailesine ait evde otopsi yapılmış, ve daha sonra adli inceleme için gönderilen mermi çıkarılmıştır. Savcı birçok insanla konuşmuştur. Fakat İsa Gündoğdu, savcının soruşturma yaptığını söylerken, kendi olay tespit raporunda buna benzer bir olaya iştirak etmediğini ve gerçekte ifade alındığına şahit olmadığını teyit etmiştir. Savcının talimatı üzerine İsa Gündoğdu birçok yerde özellikle de güneyde boş kovan aramıştır. Bulunduğu rapor edilen hiçbir kovan mevcut değildir.

43. Başka bir savcı Mustafa Yüce, izinden dönüşünde soruşturmayı devraldı. 12 Aralık 1993 tarihinde ölümden PKK'nın sorumlu olduğunu ima eden, yetkisizlik kararı verdi. Kararını İsa Gündoğdu'nun hazırladığı olay tespit tutanağına ve olay yeri krokisine dayandırmıştır. Aile üyeleriyle, köylülerle veya askeri personel ile görüşmemiştir. Cumhuriyet Savcılarından hiçbiri bu kişilerden ifade

almamıştır.

Söz konusu rapordan, başvuranın kız kardeşini öldüren mermiyi ateşleyenin PKK olduğu belli değildir. Ayrıca, raporla birlikteki olay yeri krokisine göre, güvenlik güçleri güneyde ve kuzey batıda ve teröristler doğudadır fakat hangi yönden ateş edildiği sorusuna açıklık getirecek olan Ergi ailesinin evinin ve çevresindeki evlerin yeri belli değildir. Ayrıca rapor metninde de güvenlik güçlerinin yeri hakkında açıklama yapılmamıştır.

44. Yetkisizlik kararının ardından, dosya, Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesindeki savcıya transfer edilmiştir. 1 Nisan 1994 tarihli balistik rapor hariç, o tarihten itibaren, soruşturma tedbirleri ile ilgili hiçbir belge sunulmamıştır.

45. Binbaşı Kuzu, Delelelere askeri operasyonların planlanmasında, bunların sivil bölgelere taşınmaması hususunda önemli bir prensibin varolduğunu belirtmiştir. Bu olayda plan, faaliyeti köyün kuzeyi ile sınırlı tutmaktı fakat, PKK onlara doğru tahmin edilen yönden yaklaşmamıştır. Operasyonla ilgili hiçbir askeri soruşturma yapılmamıştır. Binbaşı Kuzu, İsa Gündoğdu'nun hazırlamış olduğu olay tespit raporunu ve olay yeri krokisini inceledikten sonra, bunları Cumhuriyet Savcısı'na sunmuş ve daha fazla bir işlem yapmamıştır.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK

46. Anayasanın 125. maddesi şöyledir:

"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır...

İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür."

47. Yukarıdaki hüküm olağanüstü hal veya savaş durumlarında bile, herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmaz. Bu hükmün ikinci şartı "sosyal risk" teorisine bağlı olarak, güvenilirliği mutlak ve objektif bir nitelikte olan idare açısından herhangi bir hatanın varlığının kanıtlanmasını önemli ölçüde gerektirmemesidir. Böylece, İdare, Devletin kamu düzeni ve güvenliğini sağlamada veya can ve mal güvenliğini korumada başarılı olamadığı durumlarda bilinmeyen ya da terörist şahıslarca işlenen fiillerden zarar gören insanlara tazminat verebilir.

48. Türk Ceza Kanunu, katil kastıyla olmayan adam öldürme (452. ve 459. maddeler), kasten adam öldürme (448. madde), ve öldürmek fiili ile ilgili (450. madde) hükümleri kapsamaktadır. Bu tür suçlarla ilgili bütün şikayetler için Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 151. ve 153. maddeleri gereğince savcıya veya yerel idari yetkililere başvurulabilir. Savcı ve polisin kendilerine rapor edilen suçları araştırma görevleri vardır (153. madde) ve savcı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 148. maddesi gereğince dava açılıp açılmayacağı hakkında karar verir. Şikayetçi, savcının cezai işlem başlatmama kararına karşı çıkabilir (165. madde).

49. Bu fiilleri işleyen şüpheli şahısların askeri personel olması durumunda, Askeri Ceza Kanunu'nun 89. maddesi gereğince, emirlere itaat edilmemişse, büyük çapta zarara sebebiyet vermek, insan hayatını tehlikeye atmak ve mala zarar vermek suçlarından haklarında dava açılabilir. İşlemler bu şartlar altında Ceza Kanunu gereğince yetkili otorite önünde veya şüpheli şahsın hiyerarşik olarak üstü konumundaki yetkililer önünde ilgili şahıslar tarafından (askeri olmayan) başlatılabilir (353 nolu Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 93. ve 95. maddeleri).

50. Suçu işlediği iddia edilen şahıs güvenlik güçleri mensupları da dahil olmak üzere bir devlet görevlisi veya memur ise, yargılama izni ön araştırmayı yapan yerel idare kurullarından alınmalıdır. (İl Meclisi Yönetim Kurulu) Mahalli Kurul Kararları Danıştay'da temyiz edilebilir; men-i muhakeme otomatik olarak böyle bir uygulamaya tabidir.

51. Resmi bir görev yerine getirilirken işlenen hatalar hususundaki İdare aleyhine olan davalar, idari mahkemelerin önüne getirilebilir. Devlet memurlarının diğer yasadışı fiilleri veya ihmalleri, suç veya haksız fiil oluşturduğu ve maddi, manevi zarar verdiği hallerde hukuk mahkemeleri önünde tazminat talebi konusu olabilir.

52. Terör şiddeti ile meydana gelen zarar, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Fonu'ndan karşılanabilir.

53. Başvuranın temsilcileri, yukarıda verilen genel şema ile sağlanabilecek olan bireyin korunmasını zayıflatan belli bazı yasal hükümlere daha önce değinmişlerdir.

KOMİSYON ÖNÜNDEKİ İŞLEMLER

54. Sayın Ergi, 25 Mart 1994 tarihinde Komisyon'a sunduğu (23818/94) nolu başvurusunda Sözleşmenin 2,8,13,14 ve 18. maddelerine dayanarak, kız kardeşinin askerlerce yasadışı olarak öldürülmesinden şikayetçi olmuştur.

55. Komisyon, 2 Mart 1995 tarihinde başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur. 20 Mayıs 1997 tarihli raporunda (31. madde) başvuruyu incelemeye (oybirliğiyle), güvenlik güçlerinin düzenlediği operasyonun planlanması ve başvuranın kız kardeşinin ölümü konusunda etkili bir soruşturma yapılmaması hususlarında Sözleşmenin 2. maddesinin ihlal edildiğine (oybirliğiyle), 8. maddeye bağlı (oybirliğiyle) veya 13. maddeye bağlı (9'a karşı 20 oy) farklı bir konunun ortaya çıkmadığına (oybirliğiyle), 14. ve 18. maddelerin ihlal edilmediğine (oybirliğiyle) ve Türkiye'nin, Sözleşmenin 25. maddesinde belirtilen sorumluluklarını yerine getirmediğine (1'e karşı 30 oy) karar vermiştir. Komisyon görüşünün tam metni bu karara ek olarak hazırlanmıştır.

MAHKEME'YE SON SUNUŞLAR

56. 21 Nisan 1998 tarihindeki duruşmada Hükümet, görüşlerinde de belirttikleri gibi, başvuru geçersiz olduğu veya alternatif olarak başvuran iç hukuk yollarını tüketmediği için Mahkeme'den başvurunun geçersiz olduğu şeklinde karar vermesini istemiştir. Mahkeme'nin, ilk itirazlardan hiçbirini kabul etmemesi halinde Hükümet, Sözleşmenin 2,8,13,14 ve 18. maddelerinin ihlal edilmediği ve sorumlu Devletin Sözleşmenin 25. maddesinde belirtilen sorumluluklarını yerine getirdiği şeklinde karar vermesini istemiştir.

57. Aynı zamanda başvuran, Mahkeme'den, görüşlerinde de belirttiği gibi Sözleşmenin 2, 13, 14 ve 18. maddelerinin ihlal edildiği yönündeki isteklerini ve Sözleşmenin 25. maddesi ile gerekli kılınan sorumluluklarını yerine getirmediği ve Sözleşmenin 50. maddesine bağlı olarak adil tatmin kararının verilmesi hususlarındaki taleplerini tekrarlamıştır.

HUKUKA DAİR

I. HÜKÜMETİN İLK İTİRAZLARI

58. Hükümetin, Mahkeme'nin yargısı hususunda iki ön itirazı mevcuttur. İlk olarak Muharrem Ergi'nin bu davada gerçek başvuran olduğu konusunda ciddi şüpheleri vardı. İkinci olarak da Sözleşmenin 26. maddesinde belirtilen iç hukuk yollarının tüketilmesi hususu yerine getirilmemişti.

59. Mahkeme, prensipte, ön itirazları Komisyon önünde en azından esas anlamda ve yeterli açıklıkta ortaya koyduğu dereceye kadar, kabul edilebilirlik incelemesinin ilk aşamasında dikkate aldığını belirtmiştir. (Bkz. 9 Aralık 1994 tarihli Yunan Stran Rafinerileri ve Stratis Andriadis Yunanistan'a Karşı Kararı, Seri A no. 301-B, p. 77, paragraf 32)

A. Hükümetin Birinci Ön İtirazı

60. Hükümet, başvurunun geçerliliğine itiraz ederken, 30 Ekim ve 3 Kasım 1995 tarihlerinde Türk yetkililerce alınan ifadelerdeki (bkz. yukarıdaki 26. paragraf) imzanın net bir şekilde dik ve sıkışık yazı karakteri ile 9 Ekim 1993 tarihinde İnsan Hakları Derneği Diyarbakır şubesi'nce alınan ifade (bkz. yukarıdaki 25. paragraf) ve aynı tarihli vekaletnamedeki imzaların yuvarlak ve dağınık yazı karakterleri arasında herhangi bir benzerlik olmadığını belirtmiştir. Bunun yanı sıra, sözde ifadeler alındığı zaman, Diyarbakır dava dosyasındaki yazı, diğer dava dosyalarındaki yazılarla benzerlik taşımakta idi. Bu, adaletin tam olarak işlemesi hususunda, muamelelerin herhangi bir aşamasında, Hükümetin gündeme getirebileceği önemli bir konudur.

61. Komisyon, Hükümet tarafından ortaya konan imzalar arasında çok belirgin bir farklılık görmemiştir. Zira, Muharrem Ergi, İnsan Hakları Derneği Diyarbakır Şubesi'ne anne ve babası ile birlikte şikayette bulunmak için gittiği ve ifadesini imzaladığı hususlarında Delegeler önünde yemin etmiştir. (Bkz. yukarıdaki 28. paragraf). İfadesinden açıkça bellidir ki bu şikayetleri kendi isteği ile sunmuştur. Böylece Komisyon, önündeki başvurunun, Sözleşmenin 25. maddesinde sözü edilen, Komisyon'a başvurma hakkının gerçek ve geçerli bir uygulamasını ortaya koyduğu görüşündedir.

62. Mahkeme, Hükümeti, başvurunun kabulüne itiraz etmesi hususunda harekete geçirenin, bir yanda, 30 Ekim ve 3 Kasım 1995 tarihlerinde Terörle Mücadele Departmanı ve Cumhuriyet Savcısı tarafından alınan ifadelerdeki imzalar (bkz. yukarıdaki 26. paragraf) ve diğer yanda, 9 Ekim 1993 tarihli ifadede (bkz. yukarıdaki 25. paragraf) ve aynı tarihli vekaletnamede görünen imzalar arasında varolduğu iddia edilen farklılıklar olduğunu gözlemlemiştir. Bu sebepten dolayı, Komisyonun, başvurunun kabuledilebilir olduğunu bildiren 2 Mart 1995 tarihli kararını almasından önce, bu husustaki itirazlarını sunmaları beklenemez (Bkz. yukarıdaki 55. paragraf).

7 ve 8 şubat 1996 tarihlerinde Delegeler önündeki duruşmada Hükümet Ajanı, Muharrem Ergi'ye yanlışlıkla bayan olarak atıfta bulunulduğunu belirterek başvuruyu imzalayanın kendisi olup olmadığını sorduğu zaman, Hükümetin konuya değindiği belirtilmiştir.(Bkz. yukarıdaki 28. paragraf) Daha da önemlisi, Komisyon'a 30 Temmuz 1996 tarihinde sunulan son görüşlerinde imzalarda görülen yukarıda değinilen farklılıklara değinerek Muharrem Ergi'nin bu davada gerçek başvuran olup olmadığı konusundaki şüphelerini dile getirmiştir.

Bu şartlar altında, Hükümetin, Mahkeme önünde başvurunun geçerliliğine ilişkin itirazını sunması engellenemez.

63. Fakat, itirazın esası hususunda, Mahkeme, Muharrem Ergi isimli kimsenin, yukarıda bahsedilen duruşmada, kendisinin davranış ve tavırlarını gözlemleyecek ve böylece ifadesinin doğruluğunu ve ispat edilebilirliğini değerlendirecek pozisyonda olan Komisyon Delegeleri önünde ifade verdiğine itiraz edilmediğine dikkati çekmektedir. Sayın Ergi Hükümet Ajanının, başvuruyu imzalayanın kendisi olup olmadığı konusundaki sorusunu olumlu cevaplamıştır (Bkz. yukarıdaki 28. paragraf). Komisyon, kanıtların değerlendirilmesinin ardından, önündeki başvurunun, Sözleşmenin 25. maddesi ile güvence altına alınan başvuruda bulunma hakkının tatbik edilmesinden şüphe etmek için hiçbir sebep görmemiş ve başvuruyu incelemeye karar vermiştir (Bkz. yukarıdaki 55. paragraf).

64. Mahkeme, kendi içtihatlarında gerçeklerin saptanması ve doğrulanmasının öncelikle Komisyon'un görevi olduğunu (sözleşmenin 28. maddesinin 1. paragrafı ve 31. maddeler) ve sadece istisnai durumlarda, bu yönde karar vereceğini hatırlatarak (Bkz. 28 Kasım 1998 tarihli Menteş ve Diğerleri Türkiye'ye Karşı Kararı, Karar ve Hüküm Raporları, 1997-VIII, S. 2709-10, par. 66) bu bulgulardan ayrılmak için bir sebep görmemiştir. Mahkeme, bu sebepten dolayı başvurunun geçerliliği hususundaki ilk itirazı reddetmiştir.

B. Hükümetin 2. Ön İtirazı

65. Hükümet, daha sonra, başvuranın Sözleşme'nin 26. maddesi ile gerekli kılınan iç hukuk yollarının tüketilmesi şartına uymadığı, Türk hukukunda başvurabileceği etkili iç hukuk yollarını tüketmediği için Mahkeme'den, itirazlarının kabul edilmesini talep etmiştir (Bkz. yukarıdaki 46-53. paragraflar).

Komisyon'un 2 Mart 1995 tarihli kabul edilebilirlik kararında Hükümet tarafından görüş sunulmadığını belirtmiş olmasına rağmen, Hükümet 4 Kasım 1994 tarihli bir mektup ile, Komisyon'dan başvurunun incelenmesini milli otoriteler tarafından yürütülen inceleme tamamlanana kadar ertelemesini istemiştir. Hükümet, Ergani Cumhuriyet Savcısı'nın, Havva Ergi'nin ölümü hakkında soruşturma başlattığını ve soruşturma dosyasının Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne gönderildiğini belirtmiştir.

66. Komisyon Delegeleri, Hükümet'in bu itirazını, Komisyon'un başvuruyu kabul edilebilir bulmasından önce yapmadığını vurgulamıştır. 4 Kasım 1994 tarihli mektupları, sürmekte olan soruşturma nedeniyle erteleme talebi içermektedir, fakat, başvuranın değerlendirebileceği yollara başvurmadığı iddiası ile ilgili detaylar bir yana, iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle, kabul edilebilirlik kararına karşı itiraz içermemektedir. 5 Aralık 1994 tarihinde Komisyon, erteleme talebini reddetmiştir ve Hükümeti, başvuranın iç hukuk yollarını tüketmesi gereğini yerine getirip getirmediği veya bu gereklilikten muaf tutulup tutulmadığı konusundaki soruyu cevaplamaya davet etmiştir. Fakat Hükümet, Komisyon'un başvurunun kabul edilebilir olduğunu açıklamaya karar vermesine kadar bir yorumda bulunmamıştır. Bu sebepten dolayı, iç hukuk yollarının tüketilmesi hususunda itiraz etmeleri durdurulmalıdır.

67. Mahkeme, Delegelerin görüşlerini paylaşarak, Hükümet'in aslında kabul edilebilirlik konusunda yorumda bulunabileceği uzun bir süreye sahip olduğunu belirtmiştir. Fakat, kabul edilebilirlik aşamasında görüş bildirmemişlerdir. Bu sebepten dolayı Mahkeme, Hükümetin ikinci ön itirazını sunmasının engellendiği sonucuna varmıştır (Bkz. 25 Eylül 1997 tarihli Aydın Türkiye'ye Karşı Kararı, Raporlar 1997, s. 1885, par. 58).

II. BAŞVURANIN ŞİKAYETLERİNİN ESASI

A. Sözleşmenin 2. Maddesinin İhlali İddiası

68. Başvuran, kendisi, merhum kardeşi Havva Ergi ve yeğeni adına kardeşinin güvenlik güçleri tarafından, aşağıda verilen Sözleşmenin 2. maddesinin ihlalini teşkil edecek şekilde öldürüldüğünü iddia etmiştir (Bkz. yukarıdaki paragraflar 9-15).

"1. Herkesin yaşama hakkı kanunla korunur. Kanunun ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez.

2. Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurma keskin zorunluluk haline gelmesi sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmaz :

(a) Bir kimsenin kanundışı şiddete karşı korunması;

(b) Kanuna uygun olarak tutuklama yapılması veya kanuna uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasının önlenmesi;

(c) Ayaklanma veya isyanın, kanuna uygun olarak bastırılması.

69. Hükümet, başvuranın iddialarına itiraz etmiştir (Bkz. yukarıdaki paragraflar 16-17), fakat Komisyon, pusu operasyonunun planlanması ve yürütülmesindeki eksiklikler ve etkili bir soruşturma yapılmaması nedeniyle, bu hükmün ihlal edildiği görüşündedir.

1. Mahkeme Önündeki İddialar

(a) Komisyon

70. Komisyon, kanıtlar hakkındaki bulgularına gönderme yaparak, (bkz. yukarıdaki paragraflar 24-45), Havva Ergi'nin ölümüne sebep olan merminin güvenlik güçleri tarafından atıldığı hususunun, çok kuvvetli belirtiler olmasına rağmen, tespit edilmediği sonucuna varmıştır. Operasyonun, köye yaklaşmakta olan PKK'ya yönelik olmadığı ve köyde yaşayanlara kasıtlı olarak zarar vermek için ateş açıldığı tespit edilmemiştir (Bkz. yukarıdaki 41. paragraf).

Diğer taraftan, Komisyon, Kesentaş Köyü'ne yakın olarak gerçekleştirilen pusu operasyonunun, sivil nüfusa zarar gelmemesine hassasiyet göstererek yapıldığı hususundaki kanıtlarla yetinmemiştir. Buna ek olarak Türk yetkililerin Havva Ergi'nin ölümü konusunda yeterli ve etkili bir soruşturma yapmadığını belirlemiştir. Bu sebepten dolayı Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlali söz konusudur.

(b) Başvuran

71. Başvuranın ifadesinde, operasyonun yapıldığı gece, Kesentaş Köyü civarında, PKK'nın varlığına dair kanıt bulunmadığı ve güvenlik güçlerinin, Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlalini oluşturacak surette yasal bir sebebe dayanmaksızın, ateş açtıkları belirtilmiştir (Bkz. yukarıdaki paragraflar 9-11). Amaç, köyde bir Hükümet "işbirlikçisinin" PKK tarafından öldürülmesinden dolayı köylüleri cezalandırmaktır (Bkz. yukarıdaki par. 9). PKK'nın varlığı konusundaki iddiaları ispatlamak Hükümet'in görevidir (Bkz. yukarıdaki par. 16). Hükümet, böyle bir delil gösteremediği için, başvuranın iddiasını hiç şüphesiz ispatladığı düşünülmelidir. Böyle bir yaklaşım, Amerika İnsan Hakları Mahkemesi önündeki 20 Ocak 1989 tarihli Godinez Cruz Honduras'a Karşı Kararı (par. 136, 140-141) ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi önündeki Bleir Uruguay'a Karşı (Doc.A/37/40, s. 130, par.13.3)

Kararı ile sergilendiği gibi, aynı problemle karşı karşıya olan diğer İnsan Hakları Dernekleri tarafından takip edilmiştir.

72. Alternatif olarak, başvuran, PKK ile güvenlik güçleri arasında bir çatışma olmuşsa, güvenlik güçlerince yapılan bu çatışmanın planlanmadığını ve sivil nüfusu korumak için hassas davranılmadığını iddia etmiştir. Komisyon raporundaki kanıtlar, resmi görüşe göre kuzey, kuzeydoğu veya kuzeydoğu yönünde ateş etmesi gereken güvenlik güçlerinin, meşru hedeften 60 ile 90 derece uzaklıkta kuzeybatı yönüne doğru ateş ettiklerini göstermiştir. Havva Ergi, sadece o yönden ateşlenmiş bir kurşunla öldürülmüş olabilir. Güvenlik güçlerince köyün güneyinden merkeze doğru birçok kez ateş edilmiştir. Başvuranın kardeşi, tehditin kaynağının bulunduğu iddia edilen yerden çok farklı bir yönden rastgele ve ayırım gözetilmeden güvenlik güçlerince açılan ateş sonucu ölmüştür.

Bu nedenle, başvuran Mahkeme'den, Komisyon'un, başvuranın kız kardeşinin plansız ve sivil nüfusun hayatını korumayı gözetmeyen bir operasyon

sonucunda öldüğü şeklindeki bulgusunu teyit etmesini istemiştir.

73. Dahası, başvuran, Mahkeme'den Komisyon'un başvuranın kız kardeşinin ölümü hususunda etkili ve yeterli bir soruşturma yapılmadığı yönündeki bulgusunu teyit etmesini istemiştir. Başvuran, Sözleşme'nin 2. maddesinin prosedürle ilgili gereklerinin dört hususta ihlal edildiğini iddia etmiştir. İlk olarak, Sorumlu Devlet, cumhuriyet savcısı, adli düzeyde, jandarma ise iç prosedürde etkili bir soruşturma yapma görevlerini yerine getirmemişlerdir. İkinci olarak, Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcısı, Ergani Cumhuriyet Savcısı'nı yetersiz rapor sunduğu için görevi ihmal etmekten ve dava dosyasındaki eksiklikleri düzeltmekten cezalandırmak için hiçbir adım atmamıştır. Üçüncü olarak, bölge jandarma komutanı da soruşturma yapmamıştır. Dördüncü olarak, güvenlik güçlerinin eğitimi ve yaptıkları işlerle ilgili kurallar, Sözleşmenin 2. maddesinin ihlalini oluşturacak surette rastgele ve ayırım yapmadan ateş açılmasını engelleyecek surette değildi.

(c) Hükümet

74. Hükümet, güvenlik güçlerinin köye zarar vermek amacıyla bölgede bulunmadıklarını ve Havva Ergi'yi öldüren merminin güvenlik güçlerince ateşlenmediğini belirtmiştir (Bkz. yukarıdaki paragraflar 16-17). Bunun bir pusu operasyonu olduğu konusunda çelişki olmamakla birlikte Hükümet, bunun köye ya da başvuranın kardeşine karşı yönlendirilmediğini vurgulamıştır. PKK terörüne karşı yapılan bölgedeki bu pusu köylerin güvenliğinin sağlanması için yapılan olağan bir operasyondur. Havva Ergi'nin ölümü köylülerin hayatlarını terörizme karşı korumak için kanuni şekilde hareket eden güvenlik güçlerinin istikametinde ortaya çıkan teröristlerle meydana gelen bir çatışma sırasında vuku bulmuştur. Bu hiçbir şekilde Sözleşme'nin 2. maddesinin hükümlerinin ihlal edildiği anlamına gelmez.

75. Hükümet'in görüşüne göre, Komisyon, (27 Eylül 1995, Dizi A, no.324) McCann ve Diğerleri İngiltere'ye Karşı Kararı'nda Mahkeme tarafından ilan edilen prensipleri, yanlışlıkla bu davaya uygulamıştır. Bu davanın aksine, İngiliz davası, bombalı saldırıda bulunmasından şüphe edilen üç teröriste karşı kasıtlı olarak yöneltilmiş ve organize edilmiş bir güvenlik operasyonudur ve bu davada ilgili kişilerin güvenlik güçlerince öldürüldüğü tespit edilmiştir. Sözü edilen davada yetkililer, teröristlerin kimlikleri ve İngiliz Metropol Bölgesinin dışındaki küçük bir bölgede gerçekleştirilmesinden şüphe duyulan suç hakkındaki bilgilere sahiptiler. Bu davadaki durum aynı değildir. Böylece İngiliz Davası'nda Mahkeme, planlama ve operasyonun kontrolü ile ilgili inceleme isteyebilirken, bu davadaki durum böyle değildir.

76. Dahası, Hükümet, Komisyon tarafından tespit edilen esaslara itiraz etmiştir. Bütün davanın dayandığı yalanları, tutarsızlıkları ve kesin olmayan hususları dikkate almamıştır. Delegeler önündeki duruşmada, başvuranın içinde bulunduğu kötü durum olduğu gibi, bu konu da açıklığa kavuşturulmuştur. Bu bağlamda Hükümet aşağıdakileri vurgulamıştır.

Başvuranın İnsan Hakları Derneği'ne sunduğu ifadesi güvenlik güçlerinin açmış olduğu ateşe gönderme yapmış olmasına rağmen, sözlü ifadesinde Komisyon Delegelerini etkilemek için "bombardıman" kelimesini kullanmıştır. Aslında, köyde sadece üç boş kovan bulunmuştur ki bu da, köyün içinde veya köye karşı çapraz ateş açılmadığını ve iddia edilen boyutlarda olmadığını göstermiştir. Sayın Ergi ayrıca bulduğunu iddia ettiği 15 kovanın evinin 700 metre ilerisinde olduğunu iddia etmiştir. Bu mesafe çatışmanın köyün içinde gerçekleştiği teorisi ile tam bir zıtlık içerisindedir.

Başvuranın davasına zarar veren ve bu iddiaya daha da ağırlık kazandıran olay, Muharrem Ergi'nin 7 Şubat 1996 tarihine kadar, 29 Eylül 1993 tarihinde gerçekleşen olayda görgü şahidi olduğunu açıkça belirtmiştir. Fakat, kabul edilebilirlik kararından bir yıl sonra Komisyon'a sunulan ifadesinden, olay sırasında orada olmadığı açıktır. (Bkz. yukarıdaki 35. paragraf). Başvuran tarafından Komisyon üyelerini etkilemek için yapılan başka bir girişimde, ilk başvurusunda sözde "bombardıman" başlamadan önce köyde yaklaşık olarak 200 ailenin yaşadığını ve bu rakamın sonuç olarak 20'ye düştüğünü iddia etmiştir (Bkz. yukarıdaki 15. paragraf). Bunun aksine Sayın Ergi, Delegelere köyde 150-200 ailenin yaşadığını belirtmiştir. Öyle ise başvuranın iddia ettiği gibi, köyün ayırım gözetilmeksizin ve keyfi olarak bombardımana tabi tutulmasının ardından köyün zorla tahliye edilmesi söz konusu olamaz (Bkz. yukarıdaki 37. paragraf).

Dahası, Ergani Jandarma Komutanı tarafından yapılan sözde beyanın ve ifadelerin içeriği hakkındaki spekülasyonların doğru olmadığı kanıtlanmıştır. Ergi ailesinin hiçbir üyesi 29 veya 30 Eylül 1993 tarihinde Ergani'ye gitmemiştir. Şubat 1996'daki duruşmada açıkça belirtildiği gibi, Ergani Jandarma Karakolu, Havva Ergi'nin ölümünü telefonla öğrenmiştir.

2. Mahkeme'nin Değerlendirmesi

(a) Başvuranın Kız kardeşinin Yasadışı olarak Öldürülmesi İddiası

77. Mahkeme, başvuranın kız kardeşinin ölümüne yol açan şartlar hususunda çeşitli ifadeler olduğunu gözlemlemiştir. Başvuranın bu operasyonun güvenlik güçleri tarafından köye karşı yapılan bir misilleme olduğunu iddia etmesine rağmen, Hükümet, köyün etrafında güvenlik güçleri ile PKK arasında bir çatışma olduğunu ve ölüme sebep olan merminin güvenlik güçlerince ateşlenmediğini iddia etmiştir (Bkz. yukarıdaki paragraflar 9-17).

Komisyon, 29 Eylül 1993 tarihinde gerçekleştirilen operasyonun, çatışmaya yol açan pusu olmadığını, misilleme olduğunu destekleyecek yetersiz delil olduğu ve Havva Ergi'yi öldüren merminin güvenlik güçlerince atıldığının tespit edilmediği görüşündedir. Komisyon, söz konusu gece neler olduğuna dair çok az doğrudan kanıt olduğu görüşündedir. Delegeler önündeki duruşmaya çıkan başvuran dahil dört şahitten hiçbiri iddia edilen olaya şahit olmamışlardır (Bkz. yukarıdaki par. 35). Komisyon tarafından kendilerine tebligat gönderilen köyün muhtarı ve başvuranın aile üyelerinin birçoğu, tebligata uymamışlardır. (Bkz. yukarıdaki paragraf 27). Dahası, Komisyon, kendisine sunulan kanıtlarla ilgili belgelerin kalitesinin ikinci el olduğunu belirlemiştir (Bkz. yukarıdaki paragraf 36).

78. Mahkeme, başvuranın Komisyon'un bulgularına itiraz ederek, Hükümet'in kanıt sunamamasından çıkarılabilecek sonuçları daha fazla vurgulamıştır. Fakat, Komisyon'un kanıtları ve bu kanıtları dikkatli bir şekilde incelemesi hususunda, Mahkeme, Havva Ergi'yi öldüren merminin nereden ve hangi şartlar altında atıldığı konusunda meşru şüphelerin var olduğu görüşündedir. Bu sebepten dolayı, Mahkeme, daha önce de belirtildiği gibi, öncelikli görevi gerçeklerin tespit edilip kanıtlanması olan Komisyonun varmış olduğu sonuçtan daha farklı bir sonuca varmasını gerektirecek istisnai durumların var olduğu konusunda tatmin olmamıştır. Böylece, Mahkeme de başvuranın kız kardeşinin güvenlik güçleri tarafından, başvuranın iddia ettiği şartlarda, şüphesiz kasıtlı olarak öldürüldüğü şeklinde sonuca varmak için delillerin yetersiz olduğunu düşünmektedir.

(b) Sözleşmenin 2. Maddesinin Diğer Gereklerrinin Yerine Getirilmemesi İddiası

i. Operasyonun Planlanması ve Gerçekleştirilmesi Hususunda

79. Mahkeme, Hükümetin ifadesine dayanarak, güvenlik güçlerinin bir

pusu operasyonu düzenlediğini ve köy civarında PKK ile silahlı çatışmaya girdiğini belirtmiştir (Bkz. yukarıdaki paragraflar 16-17). Yukarıda değinildiği gibi, bu konu üzerinde görüşülmüş ve Mahkeme Havva Ergi'yi öldüren merminin güvenlik güçlerince ateşlendiğinin tespit edilmediğini belirtmiştir. Fakat, operasyonun planlanması ve gerçekleştirilmesinin Sözleşmenin 2. maddesi hükmüne uygun olup olmadığının Mahkeme tarafından incelenmesinin uygun olmadığı şeklindeki Hükümet görüşü, Mahkeme'yi tatmin etmemiştir.

Bu hususta, söz konusu hükmün içeriği, bütün olarak okunduğunda (bkz. yukarıdaki paragraf 68), ikinci paragraf öncelikle bir şahsın kasıtlı olarak öldürülmesine izin veren durumları tanımlamaz fakat, sonucu kasıtsız olarak ölümle sonuçlanabilecek "güç kullanımı"na izin durumları tanımlar. "Zorunlu tedbirler" terimi, Sözleşmenin 8-11. maddelerinin 2. paragrafları gereğince, Devlet tarafından alınan tedbirlerin "demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına" karar verirken normalde uygulanandan daha sert ve zorlayıcı bir gereklilik testi uygulanmalıdır. Kullanılan güç özellikle Sözleşmenin 2. maddesinin 2 (a), (b) ve (c) alt paragraflarında belirlenen amaçlara denk olmalıdır. Bu hükmün demokratik bir toplumdaki hükmüne bağlı olarak, Mahkeme, değerlendirme yaparken, özellikle ölümcül kuvvetin kullanıldığı durumlarda, sadece kuvveti uygulayan kişiler değil, aynı zamanda inceleme altındaki olayların planlanması ve kontrolü ile ilgili konular da dahil olmak üzere ölümleri detaylı bir şekilde incelemelidir (Bkz. yukarıda bahsedilen McCann ve Diğerleri Kararı, s. 46, paragraflar 148-150).

Dahası, Sözleşmenin 2. maddesi 1. madde ile birlikte okunduğunda, Devletin yaşama hakkını etkili bir şekilde "güvence" altına alması için bazı önlemler alması istenebilir.

Yukarıdaki hususların ışığı altında, Devletin sorumluluğunun Devlet görevlilerinin açtığı ateşin bir sivilin ölümüne neden olduğuna dair önemli kanıtlar mevcut olduğu hallerle sınırlı olmadığı konusunda, Mahkeme, Komisyonun fikrini paylaşmaktadır. Sivil hayatın kazai kaybını engellemek ve her durumda en aza indirmek amacıyla, karşıt bir gruba yönelik gerçekleştirilen güvenlik operasyonunun kurgu ve yöntem seçiminde uygun önlemlerin alınmadığı göz önünde bulundurulmalıdır.

Böylece, şüphesiz Havva Ergi'yi öldüren merminin güvenlik güçleri tarafından ateşlendiğinin tespit edilmemiş olmasına rağmen, Mahkeme, güvenlik güçlerinin operasyonunun planlanıp planlanmadığı ve mümkün olduğunca, pusudaki PKK mensuplarının ateş gücünden gelebilecek zararlar da dahil olmak üzere, köylülerin hayatına gelebilecek zararları engelleyebilecek, en aza indirgeyebilecek nitelikte bir operasyon yapıp yapmadığı konusu üzerinde düşünmelidir.

80. Davanın özel şartları tekrar gözden geçirildiğinde, bir yandan, operasyonun planlanması ve yürütülmesi hususunda bir değerlendirme yapabilme konusunun Hükümet tarafından sunulan bilgilerin yetersizliği nedeniyle sınırlı olduğunu Komisyonun belirttiğini Mahkeme gözlemlemiştir. Operasyona kimlerin katıldığı, güvenlik güçlerinin hangi şartlar altında ateş açtığı ve çatışma başladıktan sonra güvenlik güçlerince ne gibi tedbirler alındığı hususlarında bilgisi yoktu (Bkz. yukarıdaki paragraflar 35-37).

Diğer taraftan, jandarma memurlarının Komisyon'a sundukları ifadelerinden, pusunun köyün kuzeybatısında köy ve pusu arasındaki mesafe olmaksızın gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. PKK teröristlerinin köye, kuzeydeki yolu takip ederek ya da nehir yatağını takip ederek kuzeydoğudan veya güvenlik güçlerine görünmeden kuzeybatı yönünden köye sızmış olabilecekleri tahmin edilmelidir.

Komisyon kanıtlardan güvenlik güçlerinin güneyde mevzilendiklerini tespit etmiştir (Bkz. yukarıdaki 41. paragraf). Bu şartlar altında, köylülerin büyük ölçüde, güvenlik güçleri ile köye kuzeyden veya kuzeydoğudan yaklaşan PKK teröristleri arasındaki çapraz ateş altında kalmaları riski vardı. Güvenlik güçlerinin sivil halkın varlığı nedeniyle, köye yaklaşmakta olan PKK teröristleri tarafından açılan ateşe karşılık verirken dikkatli davranmış oldukları düşünülebilir fakat teröristlerin aynı hassasiyeti göstermiş oldukları düşünülemez. Köylüleri bu durumdan korumaya yönelik önlemler alındığını gösteren hiçbir bilgi mevcut değildir.

Bu sebepten dolayı, operasyonun planlanması ve yürütülmesi hususunda jandarmanın kanıt sunmaması nedeniyle, Komisyon, Kesentaş Köyü yakınlarında gerçekleştirilen pusu operasyonunda, sivil nüfusun hayatına zarar verilmemesine dikkat edildiği konusunda ikna olmamıştır.

81. Mahkeme, Komisyon tarafından yapılan tespitlere (bkz. yukarıdaki paragraflar 34-41) ve kendi bulgularına göre, Havva Ergi'yi öldüren merminin güney ya da güneydoğu yönünden ateşlenmiş olmasının mümkün olduğunu, güvenlik güçlerinin güney yönünde bulunduğunu ve güvenlik güçleri ile PKK arasındaki çapraz ateş nedeniyle sivil şahısların hayatlarına karşı gerçek bir tehlikenin doğduğu kanısına varmıştır. Mahkeme, Sorumlu Devletin yetkililerinin, pusu operasyonunun planlanması ve idaresi hakkında doğru delil sunmamasına bağlı olarak, Komisyonun, sivil şahısların hayatlarının korunmasında yeterli önlemlerin alınmadığı şeklindeki görüşlerine katılmış ve aynı tespitte bulunmuştur.

ii. Soruşturmanın Yetersiz Olduğu İddiası Hususunda

82. Buna ek olarak, Mahkeme, Sözleşmenin 2. maddesinde üstü kapalı bir biçimde prosedürle ilgili gerekliliğe özel bir önem vermiştir. İçtihat hukukuna göre, Sözleşmenin 2. maddesi ile belirlenen yaşama hakkını güvence altına alma sorumluluğu, Devletin genel görevini belirleyen "kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşmenin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar" şeklindeki Sözleşmenin 1. maddesi ile birlikte okunduğunda, şahısların devlet görevlilerince kuvvet kullanımı sonucu öldürülmesi hallerinde etkili bir soruşturma yapılmasını gerektirdiğini hatırlatmaktadır. (Bkz. yukarıda bahsedilen McCann ve Diğerleri Kararı, s. 49, par. 161; ve 19 şubat 1998 tarihli Kaya Türkiye'ye Karşı Kararı, s., par. 78, 86). Böylece, Hükümet tarafından iddia edilenin tersine, (Bkz. yukarıdaki paragraf 75), bu sorumluluk, ölüme sebep olanın Devlet görevlileri olduğunun tespit edildiği davalarla sınırlı değildir. Ne de merhumun aile bireylerinin ya da diğerlerinin, yetkili soruşturma otoritelerine resmi bir şikayette bulundukları kesindir. İncelenmekte olan davada, yetkililerin ölüm hususundaki bilgilerinin az olması hususu, Sözleşmenin 2. maddesi gereğince ölümle ilgili etkili bir soruşturma yapma gerekliliğini daha da artırmıştır.

83. Fakat, Mahkeme, Havva Ergi'nin ölümü hususunda soruşturma yapma sorumluluğunu taşıyan Cumhuriyet Savcısı Mustafa Yüce'nin başvuranın kız kardeşinin ölümüne sebep olanın PKK olduğunu belirten jandarmanın hazırlamış olduğu olay tespit tutanağına çok fazla bağlı kalmış olmasına dikkati çekmiştir (Bkz. yukarıdaki par. 43). Savcı, Delejelere, sadece bu sonuç ile çelişen bazı unsurların olması halinde, soruşturma ile ilgili başka önlemlerin gerekli olacağını düşündüğünü belirtmiştir (Bkz. yukarıdaki paragraf 28). Ayrıca, sorumluların, güvenlik güçlerinin yaptığı hata sonucu öldüğünü söyleyen ve bu konuda başvurayı kışkırtan merhumun akrabaları olduğu ve bu davada başvurana yaklaşmadıkları görüşündedir (ibid). Şüphe unsurunun varolmaması durumunda, kurbanın aile üyelerinin, köylülerin, operasyon sırasında orada bulunan askeri personelin ifadeleri alınmadan, PKK'nın öldürmeden sorumlu olduğunu belirterek, yetkisizlik kararı çıkarmıştır (Bkz. yukarıdaki paragraflar 28-43).

Durum böyle iken, söz konusu olay tespit tutanağından veya olay yeri krokisinden başvuranın kız kardeşini öldüren merminin PKK tarafından atıldığı belli değildir.

Buna ek olarak, rapor, çatışma sırasında orada olmayan (bkz. yukarıdaki paragraf 35) ve memurların kimlikleri ile çatışmaya katılan birlikler hakkında bilgisi olmadığını ve neler olduğuna dair bilgileri kısa şifreli telsiz bağlantısından

öğrendiğini belirten jandarma komutanı İsa Gündoğdu tarafından hazırlanmıştır (Bkz. yukarıdaki paragraf 36). Fakat, cumhuriyet savcısı, Havva Ergi'nin ölümü hususunda soruşturma yapmamıştır ve bu sebeple ilgili belgeleri değerlendirebilmesi mümkün değildir.

84. Güvenlik güçlerinin operasyonu planlı bir şekilde gerçekleştirdiğini ispatlayacak detaylı bir görüş, ne bölge jandarma komutanı ne de cumhuriyet savcısı tarafından sunulmuştur. Ahmet Kuzu'nun, Delegelere, operasyonun mümkün olduğunca sivil alanlarda veya sivil alanların yakınında gerçekleştirilmemesi yönünde ve bu olayda operasyonun köyün kuzeyi ile sınırlı olacak şekilde planlandığını belirtmesine rağmen, bu dava şartlarında yapılan planın ve uygulanmasının yetersiz olduğu hususunda soruşturma yapılmamış olduğu görülecektir (Bkz. yukarıdaki paragraf 45).

85. Daha önce bahsedilenlerin ışığı altında, Mahkeme, Komisyon gibi, yetkililerin Havva Ergi'nin ölümü ile ilgili olarak etkili bir soruşturma yapmadığı görüşündedir. Türkiye ile ilgili önceki kararlarda belirtildiği gibi, ölümlerin Türkiye'nin güneydoğu bölgesindeki olağanüstü hal bölgesinde sıklıkla ve trajik olarak meydana gelen bir durum olduğu gerçeğine önem vermektedir (Bkz. yukarıda sözü geçen Aydın ve Kaya Kararları, sırası ile paragraflar 14 ve 91). Fakat ne şiddetli bir silahlı çatışmanın hüküm sürmesi ne de ölümlerle ilgili felaketler Sözleşmenin 2. maddesi altındaki güvenlik güçlerinin katıldığı çatışma sonucunda meydana gelen ölümler hususunda etkili ve bağımsız bir soruşturma yapma sorumluluğunu, özellikle de birçok bakımdan durumun belirsiz olduğu bu davada, ortadan kaldıramaz (ibid).

iii. Genel Sonuç

86. Yukarıdaki tespitlerin ışığında Mahkeme, güvenlik güçlerinin operasyonunun planlanması ve idaresindeki eksiklikler ve etkin sonuç veren bir soruşturma yapılmamış olması nedeniyle Türk yetkililerin Havva Ergi'nin yaşam hakkını koruyamamış olduklarını tespit etmiştir. Bu nedenle Sözleşmenin 2. maddesi ihlal edilmiştir.

B. Sözleşmenin 8. maddesinin ihlali iddiası

87. Başvuran, Komisyon önünde Havva Ergi'nin kızı adına, annesinin öldürülmesinin Sözleşmenin aşağıda verilen 8. maddesinin ihlali olduğunu

iddia etmiştir.

"1. Herkes, özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesi tarafından müdahale, demokratik bir toplumda ancak ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için zorunlu olan ölçüde ve kanunla öngörülmüş olmak şartıyla söz konusu olabilir."

Bununla birlikte, bu şikayeti Mahkeme önünde sürdürmemiştir.

88. Komisyon, çocuk için trajik sonuçlarına rağmen, Havva Ergi'nin yaşam hakkının korunması hususunda Sözleşmenin 2. maddesinin ihlalinden başka bir sonuç çıkmadığı görüşündedir (Bkz. yukarıdaki paragraf 86).

89. Hükümet de Sözleşmenin 8. maddesi anlamında ayrı bir sonuç çıkmadığı görüşündedir.

90. Mahkeme, konuyu incelemeye gerek görmemiştir.

C. Sözleşmenin 13. Maddesinin İhlali İddiası

91. Başvuran, ek olarak kendisi ve yeğeninin Sözleşmenin aşağıda verilen 13. maddesinin ihlalinin mağduru olduğundan şikayet etmiştir.

"Bu sözleşmede tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev ifa eden kimseler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, durumun düzeltilmesi için ulusal bir makama başvurma hakkına sahiptir."

92. Hükümet, bu iddianın yanlış olduğunu ispatlamaya çalışmıştır. Hükümet Ceza ve İdare Mahkemelerinin etkin iç hukuk yolları sunduğunu fakat başvuranın bu gibi iç hukuk yollarından faydalanmadığını vurgulamıştır (Bkz. yukarıdaki paragraflar 46-53). Kuralları bağlı sorumluluğunun ötesinde, devlet sorumluluğunu taahhüt etmek için hukuki temellerin sahasını tatmin edici şekilde genişleten, idari hatayı kapatmak için sosyal risk teorisine dayanan çok sayıda karara dikkat çekmiştir. Bu yeni nesil kararları ilginçtir, aynı zamanda cezai ve idari hakkı birleştirmektedir. Böylece Devlet görevlisi ceza mahkemesinde yargılanırken, idare mahkemesi ilgili görevlinin cezalandırılması ya da aklanmasına bağlı olmaksızın tazminata hükmedebilir.

Bu kararların bazıları PKK tarafından öldürülen ve suçluların bulunmasının mümkün olmadığı polis veya öğretmenlerin yakınlarınca açılmış davalar ile ilgilidir ve buna rağmen idare mahkemesi ailelere tazminat ödenmesine karar vermiştir. Çok sayıda davada bombalı saldırıların mağdurları idare mahkemesinden tazminat almışlardır. Bu kararların çoğu incelenmekte olan bu dava ile karşılaştırılabilir şartlarda yaşam kaybını içermektedir. Tüm bu kararlar talep edenin lehinedir.

93. Komisyon tespitlerinde Havva Ergi'nin ölümü ile ilgili yeterli ve etkin bir soruşturmanın olmamasının Sözleşmenin 2. maddesinin ihlalini oluşturduğunu hatırlatmaktadır (Bkz. yukarıdaki paragraf 70). Bu konu, başvuranın Sözleşmenin 13. maddesi ile ilgili şikayetlerinde yer aldığı için, Komisyon, bu konuyu ayrıca incelemeye gerek görmemiştir.

94. Başvuran, Komisyon'un kararına itiraz ederek, Devletin, Sözleşmenin 2. maddesi altındaki yasa dışı öldürmelerle ilgili etkili bir soruşturma yapma sorumluluğunun 13. maddede belirtilen etkili hukuk yoluna başvurma hakkı ile eşdeğerde olmadığını iddia etmiştir. İkinci maddeye göre, soruşturmanın etkinliği, yaşama hakkı dahilinde düşünülürken, 13. maddeye göre, etkili bir hukuk yolu ile bağlantılı olarak düşünülmüştür. Sözleşmenin 2. maddesi altındaki sorumluluk alanı olaylarla sınırlı olmasına rağmen, 13. maddesi sadece etkin bir soruşturmayı değil, aynı zamanda hukuk yoluna başvurma hakkının etkili bir şekilde yerine getirilmesini sağlamayı da gerektirir.

95. Başvuran, Hükümet tarafından atıfta bulunulan içtihatlar ile ilgili olarak, idare mahkemesi kararlarından sadece dört tanesinin, Yıldırım, Uçoş, Demirkıran ve Curabaz, söz konusu dava ile benzer sorunlar içerdiğini ve sadece bu dört davada güvenlik güçlerinin karıştığı olayları içeren şikayetler olduğuna işaret etmiştir. Bu davalarda, şikayetçilere tazminat verilmesine hükmedildiği halde, dava

konusu olay, hiçbir zaman ceza soruşturmasına konu olmamıştır.

96. Mahkeme, Sözleşmenin 13. maddesinin, ulusal düzeyde bir hukuk yoluna başvurunun Sözleşme haklarının ve özgürlüklerinin kullanılmasını, ne şekilde olursa olsun iç hukuk sisteminde güvenceye alacağını garanti ettiğini hatırlatmaktadır. Bu nedenle Sözleşmenin 13. maddesi, Sözleşen Tarafların bu hüküm altında Sözleşmeden doğan sorumluluklarını yerine getirişleri konusunda takdirin kendilerine bırakılmış olmasına rağmen, bir iç hukuk yolu hükmünün ilgili Sözleşme şikayetini değerlendirmesini ve uygun bir hukuki çareye hükmetmesini gerektirir. Sözleşmenin 13. maddesi altındaki sorumluluğun sahası, Sözleşme altında, başvuranın şikayetinin niteliğine bağlı olarak değişir. Bununla beraber, Sözleşmenin 13. maddesi ile gerekli kılınan hukuk yolu, özellikle de Sorumlu Devletin yetkililerinin atlamaları veya davranışları nedeniyle, haksız bir şekilde engellenmemeli ve hukukta olduğu kadar pratikte de "etkili" olmalıdır (Bkz. yukarıda bahsedilen Aksoy, Aydın, Menteş ve Diğerleri Kararları, sırasıyla sayfalar, 2287, par. 98 ve sayfa 1895-96, par. 103 ve sayfa 2715, par. 89).

Fakat, 13. madde, sadece, Sözleşme altında incelenebilir nitelikteki şikayetlere uygulanabilir (27 Nisan 1988 tarihli Boyle ve Rice İngiltere'ye Karşı Kararı, Dizi A, no 131, s. 23, par. 52). Başvuranın Sözleşmenin 2. maddesi altındaki iddiaları ile ilgili davada, durumun böyle olup olmadığı, önemli gerçeklerin ve yasal iddiaların ışığında değerlendirilmelidir.

97. Bu hususta, Mahkeme, Komisyonun, başvuranın, balkonun güneye bakan pozisyonu ve çevredeki evlerin pozisyonu, özellikle de doğu yönündeki yüksek duvar dikkate alındığında, Havva Ergi'nin ölümüne neden olan merminin güney veya güneydoğu yönünden atılmasının mümkün olduğu şeklindeki görüşlerine katıldığını belirtmiştir (Bkz. yukarıdaki par. 40). Hükümet, bu konuya itiraz etmemiştir. Dahası Hükümetin istenilen bilgi ve belgeleri sunmamasına bağlı olarak, Komisyon, güvenlik güçlerinin köy etrafında belli bir süre ile ateşe devam ettiği ve güneyde bulundukları şeklinde kuvvetli sonuçlara ulaşmıştır. Komisyon, ayrıca merminin güneyden güvenlik güçlerince atılmış olabileceği yolunda, önemli kanıtlar tespit etmiştir (Bkz. yukarıdaki par. 41). Önceki bulguların ışığında Mahkeme, başvuranın Sözleşmenin 13. maddesi hususundaki iddialarının tartışılmaz olduğundan şüphe edilemeyeceği sonucuna varmıştır.

98. Bu hükmün gerekliliklerine uyulup uyulmadığı konusundaki soru hususunda, Mahkeme, bu davada yetkililerin ihlal ettiği Sözleşme kapsamındaki başlıca haklardan birinin niteliğinin, mağdurun yakınlarının iyiliği için, güvence altına alınması gereken hukuk yollarını gerektirdiğini hatırlatmıştır. Özellikle de, Sözleşmenin 13. maddesinin amacı doğrultusundaki etkili bir hukuk yolu fikri, tazminat ödenmesine ek olarak, sorumluların kimliklerinin tespit edilmesini ve

cezalandırılmalarını ve aynı zamanda mağdurun yakınlarının soruşturma prosedürüne katılımlarını sağlayacak etkili bir başvuruyu da gerektirir. (Bkz. yukarıda değinilen Aksoy ve Aydın Kararları, sırasıyla sayfa, 2287, par. 98, ve sayfa 1895-96, par. 103). Görüldüğü gibi, Sözleşmenin 13. maddesinin gereklilikleri, Sözleşmenin 2. maddesi altında, prosedürle ilgili etkili bir soruşturma yapma sorumluluğundan daha geniş kapsamlıdır(Bkz. yukarıdaki par. 82).

Mahkeme, yetkililerin, Havva Ergi'nin ölümünün çevresindeki şartlarda etkin bir soruşturma yapmadıkları şeklindeki tespitini hatırlatmaktadır. Mahkeme, bu ihmalin başvuranın ve yeğeninin Türk hukukuna göre kullanabileceği her hangi bir iç hukuk yolunu tüketebilmesini olumsuz etkilediği görüşündedir.

Buna göre Mahkeme, Sözleşmenin 13. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

D. Sözleşme'nin 14. ve 18. maddelerinin ihlali iddiası

99. Başvuran, köye yapılan saldırının devletin Kürt vatandaşlarına karşı uyguladığı ayrımcılık politikasını gösterdiğini ve bu yetkilendirilmiş uygulamanın varlığının Sözleşme'nin 14. ve 18. maddelerini ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Sözleşmenin 14. maddesi aşağıdaki gibidir:

"Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğuş veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayırım gözetilmeksizin sağlanır. "

18. madde ise şöyledir:

"Bu Sözleşmenin hükümleri gereğince, sözü edilen hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar ancak öngörülen amaçlar için uygulanabilir."

100. Komisyon, bu iddiaların doğrulanmamış olduğunu tespit etmiş,

yukarıdaki maddelerin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Hükümet de aynı görüştedir.

101. Mahkeme de Komisyon tarafından tespit edilen unsurlar doğrultusunda, söz konusu maddelerin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

E. Sözleşme'nin 25/1. Maddesinin İhlali İddiası

102. Son olarak başvuran Sözleşmenin aşağıda verilen, 25/1 maddesi gereğince Komisyon'a şikayette bulunmak ve şikayetini Komisyon nezdinde sürdürmek hakkının sorumlu devlet yetkililerince engellendiğinden (bkz. yukarıdaki paragraf 26), şikayet etmiştir.

"Bu Sözleşmede tanınan hakların Yüksek Sözleşen taraflardan birince ihlalinden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek kişi, devlet dışı her kuruluş veya özel kişilerden oluşan her topluluk, hakkında şikayet vaki olan Yüksek Sözleşen Tarafın bu konuda Komisyon'un yetkisini tanıdığını bildirmiş olması halinde, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine sunulacak bir dilekçe ile Komisyona başvuruda bulunabilir. Yüksek Sözleşen Taraflardan böyle bir bildirimde bulunmuş olanlar, bu hakkın etkin bir biçimde kullanılmasına hiçbir suretle engel olmamayı taahhüt ederler."

103. Komisyon, başvuranın Komisyon'dan talep etmiş olduğu adli yardımı destekleyen mal beyanı ile ilgili sorgulandığı sırada, yetkililerin başvuranı baskıya maruz bıraktığını ve bunun 25. maddenin 1. paragrafı ile garanti altına alınmış kişisel başvuru hakkının kullanılmasına engel teşkil ettiğini belirlemiştir (Bkz. yukarıdaki paragraf 26). Sorumlu Devlet, bu sebepten dolayı, bu hüküm altında belirtilen sorumluluklarını yerine getirmemiştir.

104. Hükümet Komisyonun varmış olduğu sonuca şiddetle karşı çıkmıştır. Başvuru yapıldıktan yaklaşık bir buçuk yıl sonra ve Komisyonun kabul edilebilirlik kararından yedi ay sonra, 30 Ekim ve 3 Kasım 1995 tarihlerinde ifadeler alındıktan sonra, (bkz. yukarıdaki paragraf 26), baskı iddialarının ilk olarak ortaya çıktığını iddia etmişlerdir. (Bkz. yukarıdaki paragraflar 1 ve 55)

Dahası, Hükümet, Türk yetkililerin, başvuranı, Komisyon önündeki

adli yardım talebi hususunda sorgulamak zorunda olduklarını vurgulamıştır. Böylece Sekreter, Hükümeti, talep üzerinde yorum yapmaya davet etmiştir. Sorgulamanın amacı mal beyanının doğruluğunu ispatlamaktır. Başvuran, hiçbir aşamada başvurusundan vazgeçmesi veya Komisyon önündeki işlemlerdeki statüsünden vazgeçmesi hususunda direkt veya dolaylı baskıya maruz kalmamıştır. Önce, Hükümetten işbirliği yapmasını istediği, sonra da, sonuçlar ve bulgular rapor edildikten sonra, onları onayladığı için Komisyonun tavrında çelişki vardır.

105. Mahkeme, Sözleşmenin 25. maddesi altındaki başvuranın şikayetinin zamanlamasının, Sözleşme gereğince kabul edilebilirlik kararına sebebiyet vermediğini gözlemlemiştir. Hükümetin bu konudaki iddiaları reddedilmelidir.

Şikayetin esası ile ilgili olarak ifade tutanaklarından anlaşıldığı üzere (bkz. yukarıdaki paragraf 26), bu ifadelerin başvuranın mal beyanı ile sınırlandırılmamış olduğu tespit edilmiştir. Başvurana Komisyon'a yaptığı başvurunun konusu ve başvuru yapabileceği konular ile ilgili açıklama talep edilmiştir. Mahkeme ayrıca başvuranın yetkililer tarafından neden iki kere sorgulandığı, bunun neden terörle mücadele polisleri ve savcı tarafından yapıldığı konusunda makul bir gerekçe bulamamıştır. Bütün bunların ışığında Mahkeme, Komisyon'un tespit ettiği gibi, bu şartlar altındaki, Komisyon'a yaptığı başvuru ile ilgili görüşmeler neticesinde başvuranın kendisini gözdağı verilmiş hissetmiş olduğunu kabul etmiştir. Bu bağlamda, Mahkeme, başvuranın, yetkililerin, başvurusunu geri çekmesi ya da değiştirmesi şeklinde her hangi bir baskısına maruz kalmadan Komisyon ile özgürce temas kurmasının Sözleşme'nin 25. maddesinde sağlanmış bireysel başvuru sisteminin etkin uygulanmasında en önemli unsur olduğunu hatırlatmıştır (16 Eylül 1996 tarihli Akdivar ve Diğerleri Türkiye'ye Karşı Kararı, Raporlar 1996/IV, s. 1219, par. 105); ve 18 Aralık 1996 tarihli Aksoy Türkiye'ye Karşı Kararı, Raporlar VI, sayfa 2288, par. 105). Söz konusu başvurunun şartları Devletin, Sözleşme'nin söz konusu hükmünü ihlal ettiğini ortaya koymaktadır. Böylece Sözleşme'nin 25/1. maddesi ihlal edilmiştir.

II. Sözleşme'nin 50. maddesi ile ilgili talep

106. Havva Ergi'nin ölümü ile ilgili olarak, başvuran, Sözleşme'nin aşağıda sunulan 50. maddesi bağlamında, tazminat talep etmiştir.

"Mahkeme, bir Yüksek Sözleşen Tarafın yargı mercileri veya herhangi başka bir resmi merci tarafından verilmiş olan bir kararın veya alınmış olan bir tedbirin bu Sözleşmeden doğan yükümlülüklerle tamamen veya kısmen aykırı

düştüğü hükmüne varırsa ve eğer ilgili tarafın iç hukuku bu karar veya tedbirin sonuçlarını ancak kısmen gidermeye elverişli ise, Mahkeme kararında gerektiği taktirde zarar gören tarafa hakkaniyete uygun bir tatmin şekline hükmolunur."

A. Manevi Zarar

107. Başvuran, kendisinin, merhum kız kardeşinin ve onun kızının bireysel ihlallerin mağduru olduklarını ileri sürmüştür. Manevi zararlarının tazmini için 30.000 İngiliz Sterlini talep etmiştir. Bununla beraber 2. maddenin ihlali uygulamasının sonucu olan ağırlaştırılmış zararları ve Türkiye'nin güneydoğusunda etkili iç hukuk yollarının bulunmaması nedeniyle 13. maddenin ağırlaştırılmış ihlali için 10.000 İngiliz Sterlini ağırlaştırıcı tazminat talep etmiştir.

108. Hükümet, talep edilen miktarların abartılı olduğunu belirtmiştir. Hükümet, bu bağlamda Mahkeme'yi asgari ücretin yaklaşık olarak aylık 600 FF ve kıdemli bir hakimin maaşının 4.700 FF olan Türkiye'deki sosyal ve ekonomik koşulları dikkate almaya davet etmiştir. Hükümet, başvuran olmayan ve yargılama prosedüründe yer almayan yeğen için karar verilmesini doğru bulmamıştır.

109. Komisyon Delegesi başvuranın talepleri hakkında herhangi bir öneride bulunmamıştır.

110. Mahkeme, başlangıçtan itibaren söz konusu başvurunun Komisyon'a başvuran tarafından sadece kendisi ve merhum kız kardeşi için değil aynı zamanda yeğeni olan Havva Ergi'nin kızı için de yapıldığını belirlemiştir. Mahkeme, sadece ihlal olduğunu tespit etmekle telafi edilemeyecek ölçüde manevi zarar gördüklerini değerlendirmektedir. İhlalin ağırlığı (bkz. yukarıdaki paragraflar 86 ve 98) ve adil tatmin dikkate alındığında, Mahkeme, başvurana 1000 İngiliz Sterlini ve Havva Ergi'nin kızına ya da onun adına kanuni temsilcisine verilmek üzere 5,000 İngiliz Sterlini ödenmesine karar vermiştir.

111. Öte yanda, Mahkeme, ağırlaştırıcı tazminat ile ilgili tüm talepleri reddetmiştir.

B.Masraf ve Harcamalar

112. Başvuran, ayrıca davayı Sözleşme organları önüne hazırlanmak ve sürdürmek amacıyla yaptığı hukuki masraf ve harcamaları için 20,624.60 İngiliz Sterlini ödenmesini talep etmiştir. Başvuran, Avrupa Konseyinden adli yardım olarak aldığı miktarı çıkarttıktan sonra, şunları talep etmiştir:

(a) İngiltere, faaliyet gösteren avukatları tarafından yapılan işin ücreti olarak 16,450.24 İngiliz Sterlini (İS);

(b) Türk avukatlarının yaptığı çalışmalar için 1,625 İS;

(c) Çeşitli idari harcamalar için 306.66 İS;

(d) Kürt İnsan Hakları Projesi (KHRP) tarafından yapılan araştırma ve destek için 1,230 İS;

(e) Balistik inceleme raporu için 250 İS;

(f) Türkiye'de yapılan duruşmadaki tercüme, yorum, iaşe ve ibate masrafları için 417.70 İS

(g) Diğer yorum ve tercüme masrafları için 345 İS

Başvuran, Mahkeme tarafından hükmedilecek meblağın doğrudan başvuranın İngiltere'de faaliyet gösteren avukatlarının adına açılmış bir hesaba İngiliz Sterlini olarak ödenmesini ve gecikme faizinin yıllık %8 olarak uygulanmasını talep etmiştir.

113. Hükümet, Mahkeme'yi ispat edilmemiş ve çok abartılı olduğu için bu talebi reddetmeye davet etmiştir. Hükümet, başvuranın, İngiltere'de faaliyet gösteren avukatların yardımına başvurmasının gereğini tartışmakta ve KHRP'nin masraf ve harcamaları için herhangi bir meblağa hükmedilmesine şiddetle karşı çıkmaktadır.

114. Komisyon Delegesi, başvuran tarafından talep edilen meblağlarla ilgili herhangi bir yorum yapmamıştır.

115. Mahkeme, KHRP tarafından yapılan masraf ve harcamalar için talep edilen harcamaların gerekli olduğu için yapıldığına ikna olmamıştır ve bu talebi

reddetmiştir. Masraf ve harcamaların diğer kısmı için, Mahkeme adil şekilde karar vererek, başvuran tarafından sunulan taleplerin detayları ile ilgili olarak 12000 İS'ni uygulanabilecek vergiler ile birlikte, Avrupa Konseyi'nden harcamalar ve ödemeler için alınmış olan 9,995 Fransız Fransı adli yardım düşüldükten sonra ödenmesine karar vermiştir.

C. Gecikme Faizi

116. Mahkeme'ye verilen bilgiye göre, bu kararın verildiği tarihte İngiltere'de uygulanan yasal faiz oranı yıllık % 7,5'dur.

BU NEDENLERDEN DOLAYI MAHKEME;

1. Hükümetin başvurunun geçerliliği ile ilgili ilk itirazlarını oybirliğiyle reddetmiştir.

2. Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediğine dair ilk itirazı yapmaktan kendi eylemi ile mahrum kaldığına oybirliği ile karar vermiştir.

3. Başvurunun kardeşinin Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlalini oluşturacak şekilde güvenlik güçlerince öldürüldüğünün saptanamadığına oybirliğiyle karar verilmiştir.

4. Güvenlik güçlerinin yaptığı operasyonun planlanması ve idaresinin ve başvuranın kardeşinin ölümünün çevresindeki koşullar doğrultusunda Devlet yetkilileri tarafından yeterli ve etkin bir soruşturma yapılmamasının Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlalini oluşturduğuna oybirliği ile karar vermiştir.

5. Sözleşme'nin 8. maddesi ile ilgili şikayetleri incelemeye oybirliğiyle gerek görmemiştir.

6. Başvuran ve yeğeni ile ilgili olarak Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine 1'e karşı 8 oyla karar vermiştir.

7. Sözleşme'nin 14 ve 18. maddelerinin ihlal edilmediğine oybirliğiyle karar vermiştir.

8. Sözleşme'nin 25/1. maddesinin ihlal edildiğine 8'e karşı 1 oyla karar vermiştir.

9. Sorumlu Devletin, başvurana 3 ay içinde, manevi zararlar ile ilgili olarak 1,000 (bin) İS'ni ödeme gününde geçerli döviz kurundan Türk Lirasına çevrilerek ödenmesine 1'e karşı 8 oyla karar vermiştir.

10. Sorumlu Devletin, başvuranın yeğenine ya da onun yerine hareket eden kanuni temsilcisine, üç ay içinde, manevi zararlar ile ilgili olarak 5,000 (beş bin) İS'ni ödeme gününde geçerli döviz kurundan Türk Lirasına çevrilerek ödenmesine oybirliğiyle karar vermiştir.

11. Sorumlu Devletin, başvurana, üç ay içinde, masraf ve harcamalar için, 12,000 İS'ni uygulanabilecek vergilerle birlikte, 9,995 FF karar tarihindeki kurdan İngiliz Sterlini'ne çevrilerek çıkartıldıktan sonra ödenmesine oybirliği ile karar vermiştir.

12. Yukarıda miktarlara, yukarıda bahsedilen üç aylık sürenin aşılmasından itibaren ödeme gününe kadar yıllık % 7.5 gecikme faizi uygulanmasına oybirliği ile karar vermiştir.

13. Adil tatmin için talep edilen meblağların diğer kısmını oybirliği ile reddetmiştir.

İngilizce ve Fransızca olarak hazırlanmış olup, 28 Temmuz 1998 tarihinde Strazburg'daki İnsan Hakları Binası'nda halka açık duruşmada sunulmuştur.

İmza : Rudolf BERNHARDT

Başkan

İmza: Herbert PETZOLD

Raportör

Sözleşmenin 51 maddesinin 2. paragrafına ve Mahkeme A Tüzüğü'nün 53. maddesinin 2. paragrafına uygun olarak, Sayın Gölcüklü'nün Kısmi Karşıoyu bu karara ek olarak sunulmuştur.

YARGIÇ GÖLCÜKLÜ'NÜN KISMİ KARŞIOYU

Ergi Türkiye'ye Karşı Davası'nda bazı noktalarda aşağıda verilen sebepler nedeniyle çoğunluğun düşüncesine katılmadığımı bildirmek istiyorum.

1. Mahkeme, söz konusu ölümle ilgili etkili bir soruşturma yapılmaması nedeniyle Sözleşmenin 2. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır ve başvuranın Sözleşmenin 2. ve 13. maddelerinin, şikayetlerin temelini oluşturduğunu gösterecek etkili ve yeterli bir soruşturma olmadığı için, ben de Komisyon gibi, Sözleşmenin 13. maddesi altında başka farklı bir konunun ortaya çıkmadığı görüşündeyim. Bu bağlamda Kaya Türkiye'ye Karşı davasındaki karşıoyuma ve sorun üzerinde Komisyon'un büyük bir çoğunluğu tarafından ifade edilen görüşe gönderme yapıyorum (Bkz. Aytekin Türkiye'ye Karşı, Başvuru No:22880/93, 18 Eylül 1997;Ergi Türkiye'ye Karşı, Başvuru No: 23814/94, 20 Mayıs 1997; Yaşa Türkiye'ye Karşı, Başvuru No: 22495/93, 8 Eylül 1997).

2. Mahkeme, ayrıca, Hükümet tarafından itiraz edilen ispatlanmamış bazı iddiaları yorumlayarak Sözleşmenin 25. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Sorumlu Devlet başvuru kendilerine ulaştırıldığında birkaç kez başvuranla irtibat kurmaya çalışmıştır. Bu adım, öncelikle, başvuranın iddialarını doğrulamak ve ikinci olarak da Sözleşme sisteminde problemi çözmenin ilk adımı olan dostane çözüme ulaşıp ulaşılamayacağını araştırmak için faydalı ve gerekli idi. Şikayetçinin, Komisyon önündeki başvurusu hususunda görüşmek için ulusal yetkili tarafından çağırıldığında söz konusu kişi rahatsızlık duymuş olabilir. Fakat, bu psikolojik durumun başvuranın Strazburg Kuruluşları önündeki muamelelerine devam etmesinin engellenmesi için baskı uygulanması olarak algılanması benim fikrime göre ya kötü talih ya da sorumlu Devletin itibarını sarsmak için hazırlanmış politik bir planın sonucudur. Benim fikrime göre, başvuranın bu tür davalarda Sözleşmenin 25. maddesi ile yetkili kılınmamış bir tür kamu davası vasıtası ile hareket eden Diyarbakır İnsan Hakları Derneğinin baskısı altında olup olmadığını,

Mahkeme kendisine sormalıdır- ve Diyarbakır'da başlayan bütün davalar aynı yolu takip etmektedir- Londra (Kürdistan İnsan Hakları Projesi) ve Strazburg.

Raportörün Notu: Bu ek pratik nedenlerden dolayı sadece kararın basılmış şekli ile birlikte (1998 Hüküm ve Karar Raporlarında) yeralacaktır, fakat Komisyon Raporu'nun bir kopyasını Raportör Daire'den temin etmek mümkündür.