



AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ DAİRE

KİŞMİR/TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru no: 27306/95)

KARAR

STRAZBURG

31 Mayıs 2005

Bu karar AİHS'nin 44 § 2 maddesinde belirtilen şartlarda kesinlik kazanacaktır. Ancak, şekle ilişkin değişiklik yapılabilir.

**Kişmir/Türkiye Davasında,**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Daire),  
J.-P. COSTA, *Başkan*,  
A.B. BAKA,  
K. JUNGWIERT,  
M. UGREKHELIDZE,  
A. MULARONI,  
E. FURA-SANDSTRÖM, *yargıçlar*,  
F. GÖLCÜKLÜ, *geçici yargıç*,  
ile *Bölüm Sekreteri* S. DOLLÉ'nin katılımı ile Daire olarak toplanmış,  
10 Mayıs 2005 tarihinde yapılan bir kapalı oturum sonucunda,

aynı tarihte kabul edilen aşağıdaki kararı vermiştir:

## USUL

1. Dava, Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi'nin ("AİHS") eski 25. maddesi uyarınca, Türk vatandaşı Hayriye Kışmir ("başvuran") tarafından, Türkiye Cumhuriyeti aleyhine, AİHM'ye, 31 Mart 1995 tarihinde yapılan başvurudan (no. 27306/95) kaynaklanmaktadır.

2. Başlangıçta başvuran, tamamı İngiltere'de çalışan avukatlar olan Profesör Kevin Boyle ile Françoise Hampson, daha sonra da Mark Muller tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti (Hükümet), AİHM huzurundaki işlemler için bir Ajan atamamıştır.

3. Başvuran, özellikle, oğlu Aydın Kışmir'in Diyarbakır'da polis gözetimine alındığını, bu sırada işkence görüp öldürüldüğünü iddia etmiştir. AİHS'nin 2., 3., 6., 13. ve 14. maddelerine atıfta bulunmuştur.

4. Başvuru, AİHS'nin 11. no'lu protokolü'nün yürürlüğe girdiği 1 Kasım 1998 tarihinde AİHM'ye iletilmiştir (11. No.'lu Protokol'ün 5 § 2. maddesi).

5. Başvuru, AİHM'nin Birinci Bölümü'ne verilmiştir (AİHM İçtüzüğü'nün 52 § 1. maddesi). Bu Bölüm içerisinde, İçtüzük'ün 26 § 1. maddesi uyarınca davayı görecek olan (AİHS'nin 27 § 1. maddesi) Daire oluşturulmuştur. Türkiye adına seçilen yargıç Rıza Türmen davadan çekilmiştir (İçtüzük'ün 28. maddesi). Dolayısıyla Hükümet, *geçici* yargıç olarak Profesör Feyyaz Gölcüklü'yü görevlendirmiştir. (AİHS'nin 27 § 2. maddesi ve İçtüzük'ün 29 § 1. maddesi).

6. 14 Aralık 1999 tarihli bir karar ile AİHM, başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur.

7. Başvuran esas üzerine görüşlerini bildirmiş, ancak Hükümet bildirmemiştir (İçtüzük'ün 59 § 1. maddesi).

8. 1 Kasım 2004 tarihinde AİHM Bölümleri'nin yapısını değiştirmiştir (İçtüzük'ün 25 § 1. maddesi). Bu dava, yeni oluşturulan İkinci Bölüm'e verilmiştir (İçtüzük'ün 52 § 1. maddesi).

## OLAYLAR

### I. DAVA OLAYLARI

9. Kürt kökenli bir Türk vatandaşı olan başvuran 1948 doğumludur ve Diyarbakır'da ikamet etmektedir.

#### **A. Giriş**

10. Dava olayları, özellikle de 6 ve 12 Ekim 1994 tarihler arasında meydana gelen olaylar taraflar arasında ihtilaf halindedir.

11. Başvuran tarafından anlatıldığı şekliyle dava olayları aşağıdaki B Kısmı'nda verilmiştir (12-25. paragraflar). Hükümet'in olaylara ilişkin görüşleri aşağıdaki C Kısmı'nda özetlenmiştir (26-35. paragraflar). Hükümet ve başvuran tarafından sunulan belgesel kanıtlar, sırasıyla D (36-57. paragraflar) ve E (58-62. paragraflar) Kısımları'nda özetlenmiştir.

## **B. Başvuranın olaylara ilişkin görüşleri**

12. 6 Ekim 1994 günü saat 01:30 civarında Diyarbakır Emniyet Müdürlüğü'ne bağlı yedi polis memuru, başvuranın Diyarbakır'daki evine gelerek başvuranı oğlu Aydın'ın nerede olduğuna ilişkin sorguya çekmiştir. Aydın daha önce, 26 Ağustos 1993'te polis gözetimine alınmış, 8 Eylül 1993 tarihinde tutuklu yargılanmasına karar verilmiş ve 10 Kasım 1993'te serbest bırakılmıştır. Aydın, yeniden polisin eline düşmekten korktuğundan akrabaları Barış Kalkan'ın Diyarbakır'daki evinde saklanmaktadır. Oğlunun korkularından haberdar olan başvuran, polis memurlarına, Aydın'ın İstanbul'a gittiğini söylemiştir.

13. Polis memurları, aynı zamanda başvuranın diğer oğulları İrfan ile Turan'ı da sorgulamış, başvuran gibi onlar da kardeşleri Aydın'ın İstanbul'a gittiğini söylemiştir. Polisler evi aramış ve bir miktar Alman Markı'na el koymuştur. Polis memurlarından beşi, İrfan ve Turan'ı da alarak evden ayrılmıştır. Diğer iki polis memuru başvuranın evinde kalmış ve ertesi sabaha kadar başvuran ile kızı Saniye'yi sorgulamaya devam etmiştir.

14. Sabah olduğunda başvuranın kocası Mersin eve dönmüştür. Polis, her gün saat 08.00 ile 20.00'de vardiya değiştirerek iki gün iki gece evde kalmıştır. İkinci günden sonra polis, başvuranın kocasını bir belge imzalamaya zorlamıştır.

15. Polis memurları İrfan ile Turan'ı Emniyet Müdürlüğü'ne alarak bir buçuk saat boyunca Aydın hakkında sorguya çekmiştir. Daha sonra İrfan ile Turan, bir doktor tarafından muayene edilmek üzere Diyarbakır Devlet Hastanesi'ne götürülmüştür. Hastaneden Emniyet Müdürlüğü'ne geri götürülmüş ve yeniden Aydın hakkında sorguya çekilmişlerdir.

16. Polis, İrfan'a akrabaları barış hakkında sorular sormuştur. İrfan, polise, hem Aydın'ın çocukluk arkadaşı hem de bir akrabaları olan Barış'ı tanıdığını söylemiş ve adresini vermiştir. Polis memurları daha sonra yanlarına İrfan'ı da alarak Barış'ın evine gitmiştir.

17. 6 Ekim 1994 sabahı, Barış'ın annesi evinin önünde bazı polis araçları görmüş ve Aydın'ı uyarmıştır. Aydın ve Barış kaçmaya çalışmış, ancak çatıya çıkarken polis memurları tarafından yakalanmıştır. Polis, Aydın, Barış ve Barış'ın kardeşi Yılmaz'ı aşağıya indirirken Aydın yeniden kaçma teşebbüsünde bulunmuştur. Yılmaz ve Barış, polis memurlarından birinin Aydın'ı öldüreceğini duymuştur, ancak diğer polis memurları, Aydın'ı sorgulamalarının gerektiğini söylemiştir. Aydın, koridorda yakalanmış ve yüzüstü yere yatırılmıştır. Kelepçelenmiş ve başına bir tabanca dayanmıştır. İrfan'a göre Aydın dayak yemiştir; Aydın'ın kafasının kanamakta olduğunu görmüş ve bağırıldığını duymuştur.

18. Polis memurları Barış ile Yılmaz'ı bir araca, Aydın'ı başka bir araca bindirmiştir. Daha sonra Emniyet Müdürlüğü'ne götürülmüşlerdir. On dakika sonra tıbbi muayene için Devlet Hastanesi'ne götürülmüşlerdir. Daha sonra yeniden araçlara bindirilmişlerdir. Yılmaz ve Barış, arka koltukta oturmaktadır. Yılmaz, ön tarafta oturan iki polis memurunun, "Aydın hastanedeki doktora işkence gördüğünü ve öldürüleceğini söyledi. 'Kampa' gelsin bakalım. Ona ölmenin o kadar kolay olmadığını gösterelim," dediğini duymuştur. Yılmaz, Barış ve Aydın Emniyet Müdürlüğü'ne birlikte girmiştir. İrfan da Emniyet Müdürlüğü'ne geri

getirilmiştir. Daha sonra Aydın'ın da orada olduğunu farketmiştir. İrfan'a göre, polis memurları Aydın'ı Emniyet Müdürlüğü'ne getirir getirmez ona işkence etmeye başlamıştır. İrfan, Aydın'ın çığlık attığını ve "kolunun kırılmak üzere olduğunu ve ellerini çırpamayacağını ya da yürüyemeyeceğini" söylediğini duymuştur. Geri kalan süre boyunca Aydın sürekli bağırmakta ve masum olduğunu söylemektedir.

19. Barış ve Yılmaz farklı hürelere yerleştirilmiştir. Yılmaz, bulunduğu 13 no.'lu hücreden Aydın'ın attığı çığlıkları duyabilmektedir. Yılmaz, daha sonra polis memurları ile Aydın arasındaki konuşmaların büyük kısmını duyabildiği 8. no.'lu hücreye alınmıştır. Polis memurlarının, ölümün kolay olmayacağını söyleyerek Aydın'ı tehdit ettiklerini duymuştur. Aydın masum olduğunu ve yürümesinin ya da ellerini çırpmasının mümkün olmadığını söylemektedir. İşkence, yaklaşık bir saat sürmüştür. Kapıdaki parmaklıktan bakan Yılmaz, Aydın'ın, kendisini kollarından tutan polis memurları tarafından yerde sürüklenerek götürüldüğünü görmüştür.

20. Yılmaz, 7 Ekim 1994 tarihinde sorgu odasına alınmıştır. Kendisine, Aydın'ın "örgüte" (yani PKK'ya – Kürdistan İşçi Partisi'ne) üye olup olmadığı sorulmuştur. Ayrıca, Barış'ın Aydın ile olan ilişkisi ve Barış'ın ailesinin Aydın'ın evlerinde kalmasına neden izin verdiği konularında da sorgulanmıştır.

21. Yılmaz, 8 Ekim 1994'te, polis tarafından hazırlanan 7 sayfalık bir ifadeyi imzalamıştır. İfadede yazanları bilmemektedir. Daha sonra Diyarbakır Devlet Hastanesi'ne götürülmüş ve doktora işkence görmediğini söylemeye zorlanmıştır. Tıbbi muayeneden sonra serbest bırakılmıştır. İrfan da 8 Ekim 1994'te, bir tıbbi muayenenin ardından serbest bırakılmıştır.

22. İrfan ve Yılmaz eve döndüklerinde, başvurana Aydın'ın gözetim altında olduğunu ve ağır işkence gördüğünü söylemişlerdir. Başvuran, yardım almak için İnsan Hakları Derneği'nin Diyarbakır şubesine gitmiştir. Bu arada, başvuran daha önce, 7 Ekim 1994 tarihinde, Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne (daha sonra "Diyarbakır Mahkemesi" olarak anılacaktır) bir dilekçe vererek oğlu hakkında bilgi alma talebinde bulunmuştur. 10 Ekim 1994'te Cumhuriyet Savcısı, aynı dilekçeye, başvuranın oğlunun Diyarbakır Emniyet Müdürlüğü'nde gözetim altında bulunduğunu yazmıştır.

23. 11 Ekim 1994 günü saat 18.00 civarında, polis, başvuranın evine gelmiş, daha sonra Barış'ın evine gitmiştir. Komşulara Barış'ın komada olduğunu ve başvuranın gidip oğlunun cesedini alması gerektiğini söylemişlerdir.

24. 12 Ekim 1994 sabahı, komşuları başvurana haber vermişler ve başvuran da hastaneye gitmiştir. Polisler önce konu hakkında bir bilgileri olmadığını iddia etmişlerdir. Daha sonra başvuranın kayınbiraderi Ahmet hastaneye gelmiş ve polisin kendisine Aydın'ın cesedinin morgda olduğunu söylediğini başvurana bildirmiştir. Hastanedeki polisler, Aydın'ın cesedinin orada olduğunu reddetmeyi sürdürmüşlerdir. İki saat sonra Aydın'ın cesedinin gerçekten de hastanede olduğunu kabul etmişlerdir. Başvuranın oğlunu görmesine izin vermemişlerdir. Hastanedeki Cumhuriyet Savcısı, Ahmet'e, Aydın'ın kendisini yedinci kattaki bir pencereden attığını söylemiş ve Ahmet'e şikayette bulunmak isteyip istemediğini sormuştur. Ahmet, Cumhuriyet Savcısı'na şikayette bulunmanın bir yararı olmayacağını, çünkü Ahmet'in polis tarafından öldürüldüğünü ve daha sonra polisin, Ahmet'in ölümünü örtbas etmek için, Ahmet'in kendisini pencereden attığını iddia ettiğini söylemiştir.

25. Defin ruhsatı, Ahmet'in 12 Ekim 1994 tarihinde öldüğünü belirtmektedir. Ceset üzerindeki gerekli adli ve tıbbi inceleme ile otopsi 12 Ekim 1994 tarihinde yapılmıştır. Başvuran otopsi raporunun bir kopyasını istediğinde kendisine tüm belgelerin Ankara'ya yollandığı söylenmiştir. 13 Ekim 1994'te Aydın defnedilmiştir.

### **C. Hükümet'in olaylara ilişkin görüşleri**

26. Aydın Kışmir, 6 Ekim 1994'te, Barış Kalkan, Mehmet Şirin Demir, Turan Kışmir, Behçet Ekinci, İrfan Kışmir ve Yılmaz Kalkan ile birlikte, PKK ile işbirliği yaptığı şüphesiyle Diyarbakır'da yakalanmıştır.

27. Polisler Aydın'ı yakalamak için Barış Kalkan'ın dairesine girdiklerinde, Aydın kaçmaya çalışmış ancak dengesini kaybederek düşmüş ve bu sırada başını duvara çarpmıştır. Binanın girişinde yakalanmıştır. Üzerinde sahte bir nüfus kağıdı bulunmuştur. Bu şekilde olaylar, 13 Ekim 1994 tarihinde Barış Kalkan tarafından Diyarbakır Mahkemesi Cumhuriyet Savcısı'na verilen ifade ile doğrulanmıştır.

28. Aydın, yakalanmasının hemen ardından, saat 06.00'da, yaralarının tedavisi için Diyarbakır Devlet Hastanesi'ne götürülmüştür. Hastanedeki nöbetçi doktor olan Kinyas Öztürk tarafından hazırlanan rapora göre Aydın'ın vücudunda, biri sağ gözünün üzerinde, diğeri sağ ayağının başparmağında olmak üzere iki yara vardır ve ikisi de ciddi değildir.

29. Daha sonra Aydın Kışmir başındaki başka bir yaranın, oksipital alandaki 6 cm. uzunluğundaki bir kesikin tedavisi için yeniden Diyarbakır Devlet Hastanesi'ne götürülmüştür. Yarayı diken Dr. Zafer Özdağ'a göre Aydın'ın hastanede kalması gerekli değildir, ancak kendisine ilaç verilmiştir. Daha sonra Dr. Öztürk tarafından hazırlanan ve baştaki yaralanmayı kaydeden rapora ilişkin olarak, hem Dr. Öztürk hem de Dr. Özdağ Diyarbakır Mahkemesi Cumhuriyet Savcısı tarafından sorgulanmıştır. Dr. Öztürk, Aydın'ın kendisine, raporunda kayıtlı iki yaralanmadan başka bir yaradan bahsetmediğini ifade etmiştir.

30. Başındaki kesikin dikilmesinden sonra Aydın Kışmir yeniden Emniyet Müdürlüğü'ne götürülmüş ve sorgulanmadan bir hücreye yerleştirilmiştir. Aydın Kışmir ile aynı hücrede bulunan bir tutuklu olan Ramazan Kutlu'ya göre polis Aydın'a düzenli olarak ilaçlarını vermiştir. 11 Ekim 1994 günü erken saatlerde Aydın Kışmir'in durumu ağırlaşmıştır. Aydın Kışmir, hastaneye götürülürken hayatını kaybetmiştir.

31. 12 Ekim 1994 tarihinde Diyarbakır'da bir otopsi yapılmıştır. Otopsi raporu Aydın Kışmir'in ölümünün asfiksi nedeniyle gerçekleştiğini belirtmektedir. Asfiksi nedeni anlaşılamadığından, daha kapsamlı bir adli tıp incelmesi için kesilen bazı vücut parçaları İstanbul'daki Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'na gönderilmiştir. Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'nın kimyasal analiz kısmının 7 Aralık 1994 tarihli raporuna göre örnek dokuların hiçbirinde toksolojik bir kanıt bulunamamıştır.

32. 12 Aralık 1994'te histoloji laboratuvarı tarafından ikinci bir rapor hazırlanmış, bu raporda vücudun hiçbir kısmında herhangi bir anomaliye rastlanmadığı ifade edilmiştir.

33. Adli Tıp Genel Müdürlüğü'nün Birinci İhtisas Kurulu 25 Ocak 1995'te nihai bir rapor hazırlamıştır. Bu rapora göre, bulgular açıkça Aydın Kışmir'in daha önceki sağlık problemlerinden kaynaklanabilecek doğal bir ölüme işaret etmektedir.

34. Diyarbakır Mahkemesi Cumhuriyet Savcısı, soruşturmasının sonunda kötü muamele veya işkence olmadığına ve ölümün doğal nedenlerle gerçekleştiğine kanaat getirdiği için, 7 Kasım 1995'te takipsizlik kararı almıştır.

35. Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı, 19 Aralık 1996'da başka bir takipsizlik kararı almıştır. Bu karar 27 Ocak 1997'de başvurana tebliğ edilmiş ve aleyhinde temyize gidilmediği için 13 Şubat 1997'de kesinlik kazanmıştır.

#### **D. Hükümet tarafından sunulan belgesel kanıtlar**

##### *1. Ceset muayenesi ve otopsi raporu*

36. Bu, Diyarbakır Mahkemesi Cumhuriyet Savcısı Ahmet Başaran ile Adli Tıp Kurumu Başkanlığı Diyarbakır şubesi müdürü Dr. Lokman Eğilmez tarafından, 12 Ekim 1994 tarihinde Diyarbakır Devlet Hastanesi'nde, Aydın Kişmir'in cesedi üzerinde yaptıkları otopsi sırasında hazırlanan ayrıntılı bir kayıttır. Rapor, Aydın Kişmir'i muayene eden son doktor olan Kinyas Öztürk'ün izinde olduğundan otopsi sırasında hazır bulunmadığını ifade etmektedir.

37. Rapor, Aydın Kişmir'in, 12 Ekim 1994 tarihinde, saat 05.00'da, Diyarbakır Emniyet Müdürlüğü nezarethanece hayatını kabettiğini belirterek başlamaktadır. Daha sonra cesedi Diyarbakır Devlet Hastanesi morguna getirilmiştir.

38. Rapor, merhumun 175 cm boyunda, 70-75 kg ağırlığında olduğunu bildirmektedir. Rigor mortis ve post mortem hipostasis meydana gelmiştir. Cumhuriyet Savcısı ile doktor şu yaralanmalara rastlamıştır: başın üst kısmında 2 cm boyunda dikilmiş bir yara; sağ kaş üzerinde 1 cm'lik bir yara; sağ göz etrafında morarma; sağ elin dış kısmında, başparmak ile bilek arasında morarma; koksiks üzerinde 2 x 2 cm boyutlarında kabuk bağlamış bir yara; sağ kolun dış kısmında 2 x 2 cm boyutlarında morarma ve son olarak sağ ayağın başparmağı üzerinde 2 x 2 cm boyutlarında bir sıyrık.

39. Not edilen diğer dış bulgu, göğsün sağ kısmındaki hafif bir defarmonyondur. Tırnak yatakları, dudaklar ve kulakların mavileştiği belirtilmiştir. Sırt kısmında, cilt altında yaygın kanama vardır. Dış genital organlar normaldir. Epidermisin, dermis tabakasından ayrıldığı belirtilmiştir.

40. İç muayeneye geçmeden önce ve sonra cesedin fotoğrafı çekilmiştir.

41. İç muayene dikilmiş yaranın altında morarma ve hematoma bulmuştur. Kafatası sağlamdır. Beyin zarının iç ya da dış kısmında kanama yoktur. Beynin hafifçe ödemli olduğu ifade edilmiştir. Beyinden ve serebellumdan alınan kısımlar normaldir. Kafatası kemiklerinde kırık yoktur.

42. Ağız, boğaz ve boyun yapılarının normal olduğu ifade edilmiştir. Göğüsteki deformasyonun yapısal olduğu ve bir travmaya bağlı olmadığı not edilmiştir. Akciğer yüzeylerinde birçok kanama noktası görülmüştür. Dış muayenede kalbin normal olduğu ifade edilmiştir. Seksiyon sonucunda kalın ve dar bir mitral kapakçık görülmüştür.

43. Midede görülen stres ülserlerinde çok az kanama olmuştur. Karın bölgesindeki diğer organlar normaldir.

44. Otopsi sırasında Cumhuriyet Savcısı ile doktor, Diyarbakır Devlet Hastanesi'nde, 6 Ekim 1994 tarihinde hazırlanan bir raporu da dikkate almıştır. 4381 sayılı bu rapor, Komisyona ya da AİHM'ye iletilmemiştir. Bu raporun, otopsi raporunda bulunan özetine göre Aydın Kışmır'ın sağ gözünün üzerinde 1 x 3 cm boyutlarında bir yara bulunmaktaydı. Sağ ayağın başparmağında da hafif bir yara vardı. İki yara da hastanın hayatı açısından bir tehdit oluşturmuyordu.

45. Cumhuriyet Savcısı ile doktor, Aydın Kışmır'ın yakalanmasına ilişkin 6 Ekim 1994 günü saat 06.00'da hazırlanan bir yakalama tutanağını da dikkate almıştır. Bu rapor da Komisyon'a ya da AİHM'ye iletilmemiştir. Bu raporun, otopsi raporunda yer alan özetinden Aydın Kışmır ile diğer iki kişinin bir apartmanın altıncı katında bulunduğu anlaşılmaktadır. Merdivenlerden aşağıya koşarken Aydın Kışmır düşmüş ve sağ ayak başparmağı ile sağ gözünün üzerinden yaralanmıştır. Cumhuriyet Savcısı, Dr. Eğilmez'e otopsi sırasında gözlenen yaralanmaların yakalama tutanağında tarif edilen olaylar sonucunda meydana gelmiş olup olamayacağını sormuştur. Dr. Eğilmez 4381 no.'lu raporda kaydedilen yaralanmaların yakalama tutanağındaki tarif edilen yaralanmalarla uyuştuğunu belirtmiştir.

46. İç organlardan alınan örneklerin histolojik ve toksikolojik tetkik için gönderilmesine karar verilmiştir.

47. Doktor, ölümün asfiksi sonucu gerçekleştiği hükmüne varmış ve vücut örneklerinin İstanbul'daki Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'nda incelenmesinden sonra asfiksi nedenini belirlemenin mümkün olacağını eklemiştir.

#### *2. Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'nun 7 Aralık 1994 tarihinde hazırlanan raporu*

48. Bu rapora göre, otopsi sırasında Aydın Kışmır'ın cesedinden alınan ve toksikolojik incelemeye tabi tutulan örneklerde herhangi bir zehire rastlanmamıştır.

#### *3. Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'nun 26 Aralık 1994 tarihinde hazırlanan raporu*

49. Bu, birkaç doktor tarafından hazırlanan ve imzalanan bir rapordur. Rapor, yukarıda anılan otopsi ve toksikoloji raporlarında belirtilen sonuçlara atıfta bulunmaktadır. Aynı zamanda bu raporda 12 Aralık 1994'te hazırlandığı anlaşılan bir histoloji raporunda da atıfta bulunmaktadır; sökonusu histoloji raporunda kalp, akciğerler, böbrekler ve dalaktan alınan örneklerin incelenmesi sonucunda otoliz mevcudiyetine rastlandığı, ancak beyin veya serebellumda herhangi bir şey görülmediği belirtilmektedir. Adli Tıp Kurumu Başkanlığı Birinci İhtisas Kurulu'nun görüşüne başvurulmasına karar verilmiştir.

#### *4. Adli Tıp Kurumu Başkanlığı Birinci İhtisas Kurulu'nun 25 Ocak 1995 tarihinde hazırlanan raporu*

50. Bu rapor, herbiri farklı bir tıp dalında uzmanlığa sahip sekiz farklı doktor tarafından hazırlanmış ve imzalanmıştır. Bu doktorlar, görüşlerini yukarıda anılan raporlara ve cesedin otopsi sırasında çekilen fotoğraflarına (bkz. yukarıdaki 40. paragraf) dayandırmıştır. Doktorlar, aynı zamanda, 13 Ekim 1994 tarihinde Ramazan Kutlu ile Dr. Zafer Özdağ'dan alınan ifadeleri de dikkate almıştır. Bu ifadelerin raporda da yer alan

özetlerinden, Ramazan Kutlu'nun Aydın Kışmir ile aynı yerde tutuklu bulunduğu ve Aydın'ın, Kutlu'ya, yakalanması sırasında polisten kaçarken kendisini yaraladığını, bu nedenle sağ ayağının şiştiğini ve kendisini iyi hissetmediğini söylediği anlaşılmaktadır. Ayrıca Kutlu'nun, Aydın Kışmir'in durumunun 11 Ekim 1994 gecesi ağırlaştığını ve o sabah erken saatlerde öldüğünü belirttiği de iddia edilmektedir.

51. Dr. Zafer Özdağ'ın, 13 Ekim 1994 tarihli ifadesinde, Aydın Kışmir'in kendisine 6 Ekim 1994 günü polis memurları tarafından getirildiğini ve daha önce gözlemediği bulguların yanı sıra başın üst kısmında, hastanede yatmasını gerektirmeyen, 6 x 6 cm boyutlarında başka bir yara gözlemediğini söylediği bildirilmiştir.

52. İhtisas Kurulu, ölümün akciğer ödemeine bağlı bir solunum yetersizliğinden kaynaklandığı sonucuna varmıştır. Kurul, başın üst kısmındaki, sağ kaşın üzerindeki ve sağ ayağın başparmağındaki yaralardan başka bir saldırı ya da travmatik değişiklik semptomuna rastlanmadığı, bu durumun da ölüm sebebinin bir dış travma olma olasılığını ortadan kaldırdığı yorumunda bulunmuştur.

53. İhtisas Kurulu, ayrıca, cesette asfiksi kanıtları olmasına rağmen, boyun bölgesinde deri altında herhangi bir değişiklik gözlenmediğini ve göğüs ya da karın kısmında ölümün mekanik asfiksi nedeniyle gerçekleştiğini gösterecek herhangi bir basınç izine rastlanmadığını belirtmiştir. Akciğer ve beyinde ödem, midede de kanamalı ülserler bulunması, aşırı akciğer ödemeine bağlı genel anoksi ve asfiksi bulgularına işaret etmektedir.

#### *5. 19 Aralık 1996 tarihinde alınmış olan yetkisizlik kararı*

54. Söz konusu karar, Diyarbakır Mahkemesi Cumhuriyet Savcısı tarafından alınmıştır. Diyarbakır Polis Karakolu'nda çalışan bir polis memuru olan Birol Yaman'a, bu kararda davalı olarak değinilmiştir. Sözü edilen suç, "12 Ekim 1994 tarihli gözaltında ölüm" olarak kaydedilmiştir.

55. Cumhuriyet Savcısı, "terörist bir örgüt üyesi olan" Aydın Kışmir'in polis memurları tarafından yakalanmaktan kaçtığı sırada merdivenlerden aşağı yuvarlanmış ve yaralanmış olduğunu belirtmiştir. Daha sonra tedavi görmek üzere polis memurları tarafından Diyarbakır Devlet Hastanesi'ne götürülmüştür. Cumhuriyet Savcısı, aynı zamanda yukarıda kaydedilmiş olan tıbbi raporlara değinmiş ve 25 Ocak 1995 tarihli raporun (bkz. yukarıda kaydedilmiş olan paragraflar 50-53) 26 Şubat 1996 tarihinde "akciğerdeki solunum yetmezliğine sebep olan ödemin nedenini tespit etmek için" Birinci Adli Tıp İhtisas Kurulu'na sunulmuş olduğunu eklemiştir.

56. Birinci Adli Tıp İhtisas Kurulu'nun müteakip bir raporunun nüshası (tarihi belirsiz), Komisyon'a ya da AİHM'ye sunulmamıştır. Ancak, yetkisizlik kararına göre, söz konusu tıbbi raporda ciğerlerdeki ödemin, teknik ya da zihin sarsıntısı ile ilgili bir nedene bağlı olduğunu gösteren bir delil bulunmadığı kaydedilmiştir. Birinci Adli Tıp İhtisas Kurulu, mikroskopik inceleme için gönderilmiş olan vücut örneklerinin, otolize<sup>1</sup> olmuş olması sebebiyle ödemin nedeninin tespit edilememiş olduğu sonucuna varmıştır. Cumhuriyet Savcısı, polis memurunun söz konusu suçu işlemiş olduğuna dair bir delil olmadığı sonucuna varmış ve sanık hakkında cezai takibat başlatmamaya karar vermiştir.

---

<sup>1</sup> Otolize: ölüm sonrası hücrelerin ya da bezlerin kendi kendini enzimsel olarak yok etmesi.

57. 27 Ocak 1997 tarihinde başvurana bildirilen bu karar, hiçbir itirazda bulunmaması nedeni ile 13 Şubat 1997 tarihinde nihai halini almıştır.

## **E. Başvuran tarafından sunulan yazılı delil**

*1. Başvuranın 7 Ekim 1994 tarihinde Diyarbakır Mahkemesi Cumhuriyet Savcılığı'na sunduğu dilekçe*

58. Sunmuş olduğu dilekçede başvuran, Aydın ve Turan isimli iki oğlunun, 6 Ekim 1994 tarihinde polis tarafından evlerinde yakalanmış olduğunu belirtmiştir. Cumhuriyet Savcısı'ndan oğlunun akıbetine ilişkin bilgi almak istemiştir.

59. 15 Ekim 1994 tarihinde Cumhuriyet Savcısı, başvuranın dilekçesi üzerine “[başvuranın oğullarının] Diyarbakır Polis Karakolu'nda gözaltına alınmış olduğunu” yazmıştır.

### *2. Dr. Christopher Milroy'un uzman raporu*

60. Bu rapor, başvuran adına Sheffield Üniversitesi'ndeki Adli Patoloji'de okutman ve İngiltere'deki İçişleri Bakanlığı'nın danışman patoloğu olan Dr. Christopher Milroy tarafından hazırlanmıştır.

61. Rapor, otopsinin ve yukarıda değinilmiş olan diğer raporların bulgularını hatırlatmaktadır. Dr. Milroy, *inter alia*, aşağıda kaydedilmiş olan aksaklıkları gözlemlemiştir:

(a) hiçbir organ ağırlığı, özellikle ciğerlerin ağırlığı kaydedilmemiştir. Ayrıca, asfiksi teşhisine rağmen petechiae<sup>2</sup> varlığı ya da yokluğu tanımlanmamıştır,

(b) 6 cm.lik yırtılmaya, bu tür bir yaralanmadan oluşan 6 cm.lik bir izlen belirtilmiş olması gerekirken otopsi raporlarının hiçbirinde değinilmemiştir. Otopside 2 cm.lik görünen bir yaranın, 6 cm.miş gibi anlaşılmış olması olası değildir, her durumda farklı şekillerde tarif edilmiş olmaları gerekir,

(c) 6 cm.lik bir yara, düşmeden kaynaklanabilecek büyük bir yaradır, bu yara yakalanma sırasında değil, gözaltında tutulma sırasında oluşmuş gibi görünmektedir,

(d) orijinal otopsi raporunda üzerinde yorum yapılmamış gibi görünen bir alan bulunmaktadır ve bu alan, sırt derisi altındaki kanamadır. Sırt derisi altındaki kanama, darbelerin arkadan alındığını göstermektedir,

(e) sözkonusu durumda akciğer ödemi ve tıkanıklığı, beyin ödemi ve ülser ile birlikte görülmüş olan ölüm sonrası bulgular, ölümün mekanik asfiksiden kaynaklandığına ilişkin ciddi şüphelere yol açmaktadır. Konumsal asfiksiden, vücudun iğnelenmesi ve baskı altında bırakılması, düzenli solunuma engel olabilir. Bu durum, örneğin, kişinin yere yatırılması ve

---

<sup>2</sup> Petechiae: petechiae, deri altındaki kanayan küçük alanlardan kaynaklanan deri üzerinde oluşmuş küçük mor ya da kırmızı noktalar. Asfiksi varlığına işaret eden fiziksel deliller, gözler, yüz, akciğerler ve boyun bölgesindeki petechial kan kaybının varlığıdır.

diğer bir kişinin, onun arkasına basınç uygulamasından kaynaklanabilir. Sırt bölgesinde görülmüş olan iç kanama, bu senaryoyu desteklemektedir.

### 3. Görgü tanıklarından alınmış olan ifadeler

62. Başvuran, Komisyon'a ve AİHM'ye, İnsan Hakları Derneği'nin Diyarbakır şubesindeki avukatlar tarafından, başvuranın oğlunun yakalanmasına şahit olmuş veya başvuranın oğlu ile birlikte gözaltına alınmış olan kişilerden alınan ifadeleri sunmuştur. Söz konusu ifadeler, başvuranın yukarıda kaydedilmiş olan ifadelerinin temelini oluşturmuştur (bkz. paragraflar 12-25).

## II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMASI

63. İlgili iç hukukun ve uygulamasının tam bir tanımı, ilgili uluslararası raporlarla birlikte, *Salman/Türkiye* davasında bulunabilir ([BD], no. 21986/93, §§ 59-74, ECHR 2000-VII).

## HUKUK

### I. HÜKÜMET'İN İLK İTİRAZLARI

64. Hükümet, esaslar üzerinde görüş sunmayarak (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 7), ilk itirazda da bulunmamıştır. Ancak, başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesinden önce, Komisyon'a sunmuş oldukları görüşlerinde başvuranın, Cumhuriyet Savcısı'nın yetkisizlik kararına itiraz etmemiş olduğunu ileri sürmüşlerdir (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 57). Hükümet daha sonra, bu tür bir itirazın, cezai takibat devamını haklı gösterecek deliller ve olaylarla desteklenmesinin gerektiğini öngören CMUK'un 165. maddesine değinmiştir.

65. 14 Aralık 1999 tarihli kabul edilebilirlik kararında AİHM, Hükümet'in ilk itirazlarının, başvuranın AİHS'nin 2. ve 13. maddeleri uyarınca sunduğu şikayetler ile direkt olarak bağlantılı konuları açığa çıkardığını gözlemleyerek, esaslar hususundaki itirazlara katılma kararı almıştır.

66. AİHM, AİHS'nin aşağıda kaydedilmiş olan 2. maddesi uyarınca başvuranın şikayetinin esasını incelerken konuya değinmeyi uygun görmüştür.

## II. AİHM'İN DELİLLERİ DEĞERLENDİRMESİ VE OLAYLARI TESPİTİ

### A. Tarafların Görüşleri

#### 1. Başvuran

67. Başvuran, oğlunun gözaltında tutulduğu sırada öldürüldüğünü ve bu durumun ölümünün, işkence görerek gerçekleşmiş olduğuna işaret ettiğini ileri sürmüştür.

68. Başvuran, AİHM'nin yerleşik içtihadına göre, sorumlu bir Devlet'in, sağlıklı durumda iken gözaltına alınan tutukluların maruz bırakıldığı yaralanmalara ilişkin açıklama yapma yükümlülüğü altında olduğunu belirtmiştir. İddiasını desteklemek için, *Tomasi/Fransa* (27 Ağustos 1992 tarihli karar, A Serisi no. 241-A), *Ribitsch/Avusturya* (4 Aralık 1995 tarihli karar, A Serisi no. 336), *Selmouni/Fransa* ([BD], no. 25803/94, ECHR 1999-V) ve son olarak *Tanlı/Türkiye* (no. 21629/95, ECHR 2001-III (özetler)) davalarında alınan kararlara değinmiştir.

69. Ayrıca başvuran, yukarıda kaydedilmiş olan *Salman* davasındaki karara değinerek, gözaltında tutulan insanların kontrolleri altında bulunması gibi olayların da kısmen ya da tam olarak yetkili makamların bilgisi dahilinde olması durumunda, gözaltı sürecinde beliren ölüm ve yaralanmalar hususunda güçlü maddi karineler ortaya çıkacaktır. Aslında, tatmin ve ikna edici bir açıklamada bulunma hususundaki ispat külfeti yetkili makamlara ait olduğu düşünülebilir.

70. Dr. Milroy teşhis edilmiş olan otopsideki aksaklıklara değinen başvuran (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 61), oğlunun ölmüş olduğu koşulların, yetkili makamlar tarafından hiçbir zaman tespit edilmemiş olduğunu ileri sürmüştür.

## 2. Hükümet

71. Aşağıda kaydedilmiş olan görüşler, başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesinden önce Hükümet'in, 14 Şubat 1996 tarihinde Komisyon'a sunmuş olduğu gözlemlerden alınmıştır.

72. Hükümet, başvuranın oğlunun hücreye konduğu sırada, polisten kaçmaya çalışırken almış olduğu yaralardan ötürü zaten kötü bir durumda olduğunu ileri sürmüştür. Ramazan Kutlu'nun vermiş olduğu ifadeden anlaşıldığına göre, Aydın hücreye konduğu sırada, almış olduğu yaralar için tedavi görmekteydi. Başvuran tarafından iddia edilenin aksine, kendisini terörist suçlarla itham etmek için yeterli delil bulunduğu için Aydın, yetkili makamlar tarafından sorgulanmamıştır.

73. Aydın'ın sağlığı hızla bozulmaya başlamıştır. Aydın'ın gözaltında tutulması ile sorumlu personel, üstlerine durumu haber vermiş ve Aydın'ın hastaneye kaldırılması kararlaştırılmıştır, fakat Aydın yolda hayatını kaybetmiştir.

74. Hükümet, ölünün tıbbi geçmişinin bilinmemekte olduğunu vurgulamıştır. Çocukluk hastalıkları, akciğer yetersizliği gibi birçok faktör, ölümüne yol açmış olabilir.

75. Hükümet ayrıca, yüksek derecede uzmanlaşmış bir adli kurumun, ölüm nedeni olarak kötü muamele ya da işkence gibi dış etkenler olduğuna dair hiçbir kanıt bulmadıklarını vurgulamıştır.

76. Hükümet'e göre, yasadışı PKK örgütü, hasta oluncaya kadar genç ve yetenekli militanları kullanmıştır. Hastalanan veya sakatlanan militanların hiçbir tedavi görmeksizin terörist eylemlerde kullanılmasına devam edilmiştir. Mağaralar gibi hijyenik olmayan ortamlarda, aşırı hava koşulları altında yaşayan ve sürekli bir yerden diğerine geçen militanlar, hasta olmaya yatkındır. Hasta militanların çoğu, uzun süreli hastalıklar sonucu hayatlarını kaybetmiştir. Hükümet, Aydın'ın başına gelen durumun da bu tür bir durum olduğunu ileri sürmüştür.

## B. Madde 38 § 1 (a) ve AİHM tarafından varılan sonuçlar

77. Delilleri değerlendirmeden önce AİHM, daha önce de yapmış olduğu gibi, AİHS'nin 34. maddesi uyarınca tesis edilen kişisel dilekçe sisteminin etkin şekilde işlemesi için Devletler'in, başvuruların uygun ve etkin şekilde incelenmesi için tüm olanakları değerlendirmesi gerektiğini vurgulamıştır (bkz. *Tanrıkulu/Türkiye* [BD], no. 23763/94, § 70, ECHR 1999-IV). Başvuranın, Devlet'i AİHS uyarınca sahip olduğu hakları ihlal etmekle suçladığı bu nitelikteki davalara ilişkin işlemlerde, belirli durumlarda yalnızca sorumlu Devlet'in sözkonusu iddiaları doğrulayan ya da çürüten bilgilere erişebilir. Hükümet'in ellerinde olan bilgiyi, tatmin edici bir açıklama yapmayarak sunmaması, yalnızca başvuranın iddialarının meşruluğuna dair sonuçlar çıkarılmasına neden olmaz, aynı zamanda sorumlu bir Devlet'in, AİHS'nin 38 § 1. maddesi uyarınca yerine getirmesi gereken yükümlülüklerle uyup uymaması hususunda olumsuz görüşler açığa çıkarır (bkz. *Timurtaş/Türkiye*, no. 23531/94, §§ 66 ve 70, ECHR 2000-VI). Aynı durum, dava olaylarının tespitinde peşin hükümlere neden olacak şekilde Devlet'in bilgi sunması hususunda gecikmesi için de geçerlidir.

78. Bu bağlamda AİHM, Hükümet'in, AİHM'nin doküman taleplerine cevabına ilişkin meseleleri belirtmiştir. Sonuç olarak Hükümet'ten 10 Ocak 2000 tarihinde AİHM'ye başvuranın oğlunun ölümüne ilişkin soruşturma dosyasının tam bir nüshasını sunması talep edilmiştir. Hükümet, talep edilmiş olmasına ve dosyayı göndermeye ilişkin zaman sınırının iki defa uzatılmasına rağmen, sözkonusu nüshayı sunmamıştır. Ayrıca, 24 Şubat 2000 tarihinde AİHM, Hükümet'ten başvuranın oğlunun otopsi sırasında çekilmiş fotoğraflarını göndermesini istemiştir (bkz. yukarıda kaydedilmiş olan paragraf 40). Hükümet, sözkonusu talebe cevap vermemiştir.

- (a) 79. AİHM ayrıca Hükümet tarafından sunulmuş olan bir grup dokümanın, diğerlerine özellikle de soruşturma hususunda önem taşıyan dokümanlara göndermede bulunduğunu gözlemlemiştir. Ancak sözkonusu dokümanlar, AİHS organlarına ulaşmamıştır. Dokümanlar:
  - (b) 6 Ekim 1994 tarihli bir tutuklama raporu (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 45),
  - (c) Yakalanmasından kısa bir süre sonra başvuranın oğlunun tıbbi muayenesine ilişkin Dr. Kinyas Öztürk tarafından hazırlanan 6 Ekim 1994 tarihli rapor (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 28),
  - (d) Başvuranın oğlunun ikinci tıbbi muayenesine ilişkin Dr. Zafer Özdağ tarafından hazırlanan 6 Ekim 1994 tarihli rapor (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 29),
  - (e) Başvuranın oğlunun gözaltı kayıtları,
  - (f) Başvuranın oğlu ile aynı hücrede alıkonduğu iddia edilen Ramazan Kutlu'dan alınmış olan ifade (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 30),
  - (g) Zafer Özdağ'dan alınmış olan ifade (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 29),
  - (h) Dr. Kinyas Öztürk'ten alınmış olan ifade (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 29),

- (i) 13 Ekim 1994 tarihinde Barış Kalkan'dan alınmış olan ifade (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 27),
- (j) Diyarbakır Mahkemesi Cumhuriyet Savcısı tarafından 7 Kasım 1995 tarihinde alınmış olan yetkisizlik kararı (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 34),
- (k) 12 Aralık 1994 tarihli histoloji raporu (bkz. yukarıda kaydedilen paragraflar 32 ve 42) ve son olarak,
- (l) 26 Şubat 1996 ve 19 Aralık 1996 tarihleri arasında hazırlanmış olan Birinci Adli Tıp İhtisas Kurulu raporu (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 56),

80. Hükümet, yukarıda kaydedilmiş dokümanları sunmaması ya da AİHM'nin fotoğraf talebine cevap vermemesi hususunda hiçbir açıklamada bulunmamıştır. Dolayısıyla AİHM, bu hususta Hükümet'in tutumundan yola çıkarak bir sonuca varabileceğine karar vermiştir. Ayrıca, yukarıda ana hatlarıyla belirtilmiş olduğu gibi (bkz. yukarıda kaydedilmiş olan paragraf 77), sorumlu bir Devlet'in AİHS işlemleri hususunda işbirliği yapmasının önemine değinerek, AİHM sözkonusu davada sorumlu Devlet'in, AİHS'nin 38 § 1. maddesi uyarınca olayları saptama görevinde AİHM'ye tüm gerekli olanakları sağlaması yükümlülüğünü yerine getiremediğine karar vermiştir.

### **C. AİHM'nin olayları değerlendirmesi**

81. Başvurana göre, oğlu Aydın Kişmir işkence görmüş ve 12 Ekim 1994 tarihinde polislin gözetiminde iken öldürülmüştür. Hükümet, sözkonusu iddiayı reddetmiştir.

82. AİHM, Aydın Kişmir'in 6 Ekim 1994 tarihinde yakalanıp gözaltına alınmasının ve 12 Ekim 1994 tarihinde polis gözetiminde iken ölmüş olmasının taraflar arasında ihtilaflı olmadığını belirtmiştir. İhtilaflı olan durum, Kişmir'in başvuran tarafından iddia edilmiş olduğu gibi kasıtlı olarak öldürülüp öldürülmediğidir.

83. İddialarını destelemek için başvuran, AİHS organlarına oğlunun kötü muameleye maruz bırakıldığını belirten kişilerden – oğlunun yakalanmasına tanık olan veya oğlu ile birlikte gözaltında tutulan – alınmış yazılı ifadeleri sunmuştur.

84. AİHM, Aydın'ın başında oluşan yaralanmanın gözaltındayken meydana geldiği kanaatindedir. Hükümet tarafından getirilen açıklama, başvuranın oğlunun ilk tıbbi muayenesi sırasında Dr. Kinyas Öztürk'e başında oluşan yaralanmayı bildirmemiş olması (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 28), AİHM'ye olası görünmemektedir. Bu tür bir yaralanma – 6 santim ebadında ve dikiş gerektiren – doktor gibi eğitilmiş bir kişi tarafından açıkça görülür niteliktedir. Ancak, bu baş yarasını Aydın'ın ölümüne bağlayacak tıbbi bir delilin yokluğunda, AİHM'nin yaralanmanın kaydedilmiş olduğu tıbbi rapora ilk elden erişmesinin mümkün olmadığı gözönüne alındığında (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 79), baştaki yaralanmanın Aydın'ın ölümüne yol açtığı sonucuna varılamaz.

85. Aydın Kişmir'in cesedi üzerinde gerçekleştirilen otopsiye ilişkin olarak AİHM, Dr. Milroy tarafından tespit edilen aksaklıklarla hemfikiridir. Özellikle, başın üst kısmındaki 6 santimlik uzun, dikişli yaranın 2 santimlik dikişli bir yara gibi tanımlanmasının (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 38), otopsiyi gerçekleştiren doktor tarafından gereken ihtimamın gösterilmediğine işaret ettiği kanısındadır. Yaranın gerçekte 2 santim olduğu fakat Dr.

Öztürk'ün raporunda yanlışlıkla 6 santim olarak kaydedildiği düşünülürse, AİHM Aydın'ın cesedi üzerinde otopsiyi gerçekleştiren Dr. Eğilmez'in, 4381 no.lu raporda kaydedilen yaralanmanın, tutuklama raporunda kaydedilen yaralanma ile tutarlı olduğunu söylediğini belirtir.

86. Ayrıca AİHM, Birinci Adli Tıp İhtisas Kurulu'nun Aydın'ın cesedinin sırt derisi altındaki geniş çaplı kanama (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 39) hususunda yorumda bulunmamasını hayret verici bulmaktadır.

87. AİHM son olarak, Diyarbakır Polis Karakolu'nda polis memuru olarak görev yapan Birol Yaman'a, 19 Aralık 1996 tarihinde alınan yetkisizlik kararında sanık olarak değinildiğini gözlemlemiştir (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 54). Sözkonusu polis memuruna neden sanık olarak değinildiği hususunda Hükümet tarafından bir açıklama yapılmamıştır, ayrıca AİHM de sözkonusu şahıstan alınmış bir ifadeden haberdar değildir. Daha da önemlisi AİHM, bir polis memurunu Aydın Kışmir'in "12 Ekim 1994 tarihinde gözaltına alındığı sırada gerçekleşen ölümü" ile itham etmenin (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 54), Hükümet'in başvuranın ölümünün, doğal nedenlerden ya da bir tür çocukluk hastalığından kaynaklanmış olduğu yönündeki beyanı ile tutarlı olmadığı kanısındadır (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 74 ve aşağıda kaydedilen paragraf 92).

88. Yukarıda kaydedilenlerin ışığında, AİHM başvuranın, oğlunun gözaltında tutulduğu sırada kasıtlı olarak öldürüldüğü yönündeki iddiasını destekleyen ikincil kanıtlar olduğunu gözlemlemiştir.

89. Hükümet, yukarıda değinilmiş olan dokümanları sunmadığı için, AİHM başvuranın oğlunun ölümüne ilişkin koşulları tespit edememiştir. Ancak bu durum, sorumlu Devlet'in Aydın Kışmir'in gözaltında tutulduğu sırada gerçekleşen ölümünün sorumluluğundan kurtulduğu anlamına gelmemektedir. Bu bağlamda AİHM, gözaltına alınmış kişilerin savunmasız bir durumda olduklarını ve yetkili makamların, onları korumakla yükümlü olduklarını hatırlatır. Daha önce de, bir kişinin gözaltına alındığı sırada sağlığının yerinde olduğu ve serbest bırakıldığı sırada bozulduğu durumlarda, Devlet'in sözkonusu sağlık bozukluğunun nasıl meydana geldiğine dair açıklama yapmakla yükümlü olduğuna karar verilmiştir (bkz, diğer yetkili makamlar arasında, *Selmouni*, yukarıda kaydedilen, § 87). Yetkili makamların, gözaltında bulunan bir kişinin maruz bırakıldığı muamele hususunda açıklama yapma yükümlülüğü, sözkonusu kişinin hayatını kaybetmesi durumunda zecri bir hal alır (bkz, *Salman*, yukarıda kaydedilen, § 99).

90. Delilleri değerlendirirken AİHM, genel olarak "makul şüphenin ötesinde" kanıt standardını uygulamıştır (bkz. *İrlanda/İngiltere*, 18 Ocak 1978 tarihli karar, A Serisi no. 25, sayfa 64-65, § 161). Bu tür bir kanıt, yeterli derecede güçlü, açık ve bağdaşan neticelerin veya çürütülmemiş benzer fiili karinelerin bir arada yer almasından kaynaklanabilir. Sözkonusu olayların kısmen ya da tamamen, yetkili makamların bilgisi dahilinde olduğu durumlarda, kişilerin gözaltında olduğu sırada kontrollerinde olması gibi, gözaltında iken meydana gelen ölümler ve yaralanmalar hususunda güçlü fiili karineler ortaya çıkabilir.

91. Hükümet, hücreye konulduğunda, başvuranın oğlunun polisten kaçmaya yönelik girişimleri sonucunda halihazırda kötü bir durumda olduğunu ifade etmiştir (bkz. yukarıdaki 72. paragraf). Ayrıca, başvuranın sağlık hikayesinin bilinmediğini ve bir çocukluk hastalığının veya akciğer bozukluğu gibi kimi faktörlerin ölümüne sebebiyet veren unsurlardan olabileceğini belirtmiştir.

92. Ayrıca, Hükümet'e göre, 25 Ocak 1995 tarihli sağlık raporu, ölümün açıkça doğal sebeplere bağlı olduğunu belirtmiştir.

93. Son olarak, Hükümet, Aydın Kışmir'in sağlığının PKK'daki faaliyetleri nedeniyle bozulmuş olabileceğini ifade etmiştir (bkz. yukarıdaki 76. paragraf).

94. Son görüşü ile ilgili olarak, AİHM, Hükümet'in Aydın'ın PKK mensubu olduğunu belirten herhangi bir kanıt sunmadığını vurgular. Her halükarda, bu tür bir iddianın temellendirilebileceği bir yerel mahkeme kararının yokluğunda, AİHM, bu görüşe herhangi bir önem atfetmenin, hukukun üstünlüğü açısından tamamıyla uygunsuz olduğu ve yine hukukun üstünlüğü ile bağdaşmadığı kanısındadır. Dolayısıyla bu görüşü bütün olarak gözardı etmiştir.

95. Ayrıca, Hükümet'in Aydın'ın ölümünün bir çocukluk hastalığından kaynaklanmış olabileceğini öne sürmesine rağmen, AİHM, Hükümet'in bir kez daha görüşlerini desteklemek için herhangi bir kanıt sunmadığını gözlemler. Hükümetçe sunulan belgelerde, Aydın'ın geçmiş tarihlerde sağlık sorunları olduğuna dair herhangi bir ibare bulunmamaktadır.

96. Hükümet'in, "ölümün açıkça doğal sebeplerden kaynaklandığını belirten" 25 Ocak 1995 tarihli sağlık raporuna ilişkin ifadesiyle ilgili olarak, AİHM, sözkonusu raporun böyle bir gönderme yapmadığını gözlemler. Bunun yerine, ölümün, akciğer ödeminde bağlı solunum yetmezliğinden kaynaklandığı sonucuna varmıştır (bkz. yukarıdaki 52. paragraf).

97. Son olarak, akciğer ödeminin sebebine ilişkin olarak, AİHM, başlangıçta Hükümet'in görüşlerinde bu hususla özel olarak ilgilenmediğini gözlemler. Ancak, AİHM, 19 Aralık 1996 tarihinde alınan takipsizlik kararında, 25 Ocak 1996 tarihli (bkz. yukarıdaki 55. paragraf) raporun, "solunum yetmezliğine sebep olan akciğer ödeminin nasıl oluştuğunun belirlenmesi için" Adli Tıp Kurumu Birinci İhtisas Kurulu'na gönderildiğini not eder. Daha sonra bu kararda, ödemin sebebinin belirlenmediği, çünkü mikroskopik muayeneye tabi tutulacak vücut örneklerinin otolize olduğu belirtilmiştir.

98. Dolayısıyla, AİHM, Hükümet'in, Aydın Kışmir'in Diyarbakır Emniyet Müdürlüğü'ndeki tutukluluğu esnasında ölümüne ilişkin yeterli açıklama getirmediğini ve sorumlu Devlet'in Kışmir'in ölümünden sorumlu olduğunu tespit etmiştir.

### III. AİHS'İNİN 2. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

99. AİHS'nin 2. maddesi şöyledir:

"1. Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın 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 kesin zorunluluk haline gelmesi sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmaz:

- a) Bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için;
- b) Usulüne uygun olarak yakalamak için veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için;
- c) Ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması için."

## A. Aydın Kışmir'in ölümü

### 1. Tarafların görüşleri

100. Başvuran, oğlunun Devlet görevlileri tarafından öldürüldüğünü ve bunun AİHS'nin 2. maddesine aykırı olduğunu ifade etmiştir.

101. Hükümet, başvuranın iddialarının olgusal temeline itiraz etmiş ve Aydın Kışmir'in doğal sebeplerden dolayı öldüğünü ileri sürmüştür.

### 2. AİHM'nin değerlendirmesi

102. Yaşam hakkını koruyan ve yaşam hakkının elden alınmasının haklı olabileceği koşulları ortaya koyan 2. madde, AİHS'nin en temel maddelerinden biridir ve bu maddeden derogasyona gidilemez. 3. madde ile birlikte, Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden birisini muhafaza eder. Dolayısıyla, yaşam hakkının elden alınmasının haklı olabileceği durumlar, çok sıkı olarak yorumlanmalıdır. Birey olarak insanların korunmasında, bir araç olarak AİHS'nin maksadı ve hedefi, 2. maddenin, teminatlarının uygulanabilir ve etkili kılınmasına yönelik olarak yorumlanması ve hayata geçirilmesini de gerektirir (bkz. *McCann ve Diğerleri – İngiltere*, 27 Eylül 1995 tarihli karar, Seri A no. 324, ss. 45-46, §§ 146-147).

103. Bir bütün olarak okunduğunda, 2. maddenin metni, yalnızca kasti öldürmeyi değil, aynı zamanda planlanmamış bir sonuç olarak hayatın elden alınmasıyla sonuçlanabilecek “güç kullanımı”nın olabileceği durumları da kapsadığını ortaya koyar. Ancak, kasti veya planlanmış ölümcül güç kullanımı, gerekliliğini değerlendirirken dikkate alınacak bir faktördür. Herhangi bir güç kullanımının, (a)'dan (c)'ye kadar olan fıkralarda ortaya konulmuş olan bir veya daha fazla maksadın hayata geçirilebilmesi için “kesinlikle gerektiğinden” fazla olmaması gereklidir. Bu madde, Devlet'in bir eyleminin, AİHS'nin 8'den 11'e kadar olan maddelerinin 2. fıkraları bağlamında “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığı belirlenirken, normalde uygulanan daha sıkı ve zorlayıcı bir gereklilik testine işaret eder. Sonuç olarak, kullanılacak gücün, müsaade edilen amaçların hayata geçirilmesiyle çok sıkı bir biçimde orantılı olması gereklidir (aynı yer, s. 46, §§ 148-149).

104. 2. madde ile tanınan korumanın önemi ışığında, AİHM, yalnızca Devlet görevlilerinin değil, aynı zamanda bütün şartları dikkate alarak yaşam hakkının elden alınmasını en dikkatli biçimde incelemelidir. 2. maddenin 2. fıkrasındaki amaçlardan birinin takibinde, güç kullanımı, yapıldığında, iyi gerekçelerle, geçerli fakat daha sonra yanlış olduğu şeklindeki dürüst inanca dayalı ise haklı görülebilir (aynı yer, ss.58-59, § 200).

105. Bu davanın koşulları hususunda ise, AİHM, halihazırda, Hükümet'in, Aydın Kışmir'in polis gözaltındayken ölümüne açıklama getiremediğini belirlemiştir (bkz. yukarıdaki 98. paragraf). Dolayısıyla, Aydın Kışmir'in ölümüne ilişkin olarak AİHS'nin 2. maddesi ihlal edilmiştir.

## B. Aydın Kışmir'in yaşam hakkının korunmadığı iddiası

106. Başvuran, sorumlu Hükümet'in, gözaltına aldığı oğlunun hayatını korumakla yükümlü olduğunu öne sürmüştür. Aydın'ın tıbbi tedaviye ihtiyacı olduysa, bunu temin etmek Hükümet'in göreviydi. Başvurana göre, Hükümet, oğluna bu tür bir koruma sağlamamış; bu, Hükümet'in, bireyi gerçek ve spesifik bir tehlikeden koruma yükümlülüğünü ihlal etmiştir.

107. Hükümet, bu hususu özel olarak ele almamıştır.

108. AİHM, yukarıdaki 2. madde ihlali tespitini dikkate alarak, bu davanın koşulları içinde, bu hususa ilişkin ayrı bir tespitte bulunmayı gerekli görmemiştir.

### **C.Soruşturmanın yetersiz olduğu iddiası**

109. Başvuran, AİHM'den, oğlunun ölümüne yönelik soruşturmanın etkili olmadığı gerekçesiyle AİHS'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmesini talep etmiştir.

110. Hükümet, Diyarbakır Mahkemesi Cumhuriyet Savcısı'nın, başvuranın oğlunun şüpheli ölümünden hemen sonra harekete geçtiğini ve mümkün olan her girişimde bulunduğunu ileri sürmüştür. Adli Tıp tarafından bir otopsi yapılmış ve daha sonra yapılacak soruşturmalara faydalı olması için gerekli tedbirler alınmıştır.

111. AİHM, AİHS'nin 2. maddesi bağlamında yaşam hakkının korunması yükümlülüğünün, Devlet'in AİHS'nin 1. maddesi bağlamında daha genel nitelikte olan "içtihadına tabi herkese AİHS'de tanımlanmış hak ve özgürlükleri tanınmasını temin etmek" görevi ile birlikte okunduğunda, bireyler güç kullanımı sonucunda öldürüldüğünde, etkili bir resmi soruşturma yapılması gerektiği anlamına geldiğini tekrarlar (bkz. *mutatis mutandis*, yukarıda anılan *McCann ve Diğerleri*, s. 49, § 161; *Kaya – Türkiye*, 19 Şubat 1998 kararı, *Report of Judgments and Decisions* 1998-I, s. 329, § 105). Bu bağlamda, AİHM, bu yükümlülüğünün, öldürmeye bir Devlet görevlisinin sebep olduğunun görüldüğü davalara mahsus olmadığına işaret eder (bkz. yukarıda anılan *Salman*, § 105).

112. Devlet görevlilerince kanunsuzca yapıldığı iddia edilen bir ölüme yönelik soruşturmaya ilgili olarak, genel itibarıyla, soruşturmadan sorumlu olan ve soruşturmayı yürütenlerin, olaylarda adı geçenlerden bağımsız olmaları gerektiği düşünülebilir (27 Temmuz 1998 tarihli *Güleç – İngiltere* kararı, *Reports* 1998-IV, §§ 81-82 ve *Oğur – Türkiye* [BD], no. 21954/93, §§ 91-92, AİHM 1999-III). Soruşturmanın aynı zamanda, bu tür davalarda kullanılan gücün koşullar dahilinde haklı olup olmadığına (bkz. örneğin yukarıda anılan *Kaya*, § 87) ve sorumluların tanımlanması ve cezalandırılmasının belirlenmesine muktedir olması açısından da etkili olması gereklidir (yukarıda anılan *Oğur*, § 88). Bu, sonuca değil, yöntemlere dair bir yükümlülüktür. Yetkililerin, *inter alia*, görgü tanıklarının ifadesi dahil olmak üzere, olayla ilgili kanıtları güvence altına almak için imkanları dahilindeki makul adımları atmış olmaları gerekliydi (yukarıda anılan *Tanrikulu*, § 109). Soruşturmada, bu soruşturmanın ölüm sebebini belirlemesi ehliyetine zarar veren herhangi bir eksiklik, bu standarda uymama riskini taşıyacaktır.

113. Bu bağlamda, kesin olan bir ivedilik ve süratlilik gereği de bulunmaktadır (*Yaşa – Türkiye*, 2 Eylül 1998 kararı, *Reports* 1998-IV, § 102-104, *Çakıcı – Türkiye*, 8 Temmuz 1999 kararı, *Reports* 1999-IV, §§ 80, 87, 106 ve yukarıda anılan *Tanrikulu*, § 109). Belirli bir durumda, bir soruşturmada ilerlemeyi engelleyen unsurlar ve zorlukların olabileceği kabul edilmelidir. Ancak, ölümcül güç kullanımının soruşturulmasında yetkililerce yapılacak süratli bir girişim, genel itibarıyla, yetkililerin hukukun üstünlüğünü korumalarına dair kamu

güveninin muhafaza edilmesinde ve kanunsuz eylemlere destek verme veya göz yumma görüntüsünün oluşmaması hususunda temel bir unsur olarak görülebilir (*McKerr – İngiltere*, no. 28883/95, §§ 108-115, AİHM 2001-III, ve *Avşar – İngiltere*, no. 25657/94, §§ 390-395, AİHM-2001).

114. Davanın kendine özgü koşullarına gelince, AİHM, başvuranın oğlunun ölümüne yönelik soruşturmaya yönelik fazla sayıda önemli belgenin AİHS kurumlarına iletilmediğini tekrarlar (bkz. yukarıdaki 78. ve 79. paragraflar). Hükümet tarafından sunulan belgelerden bazı adımların atıldığı anlaşılrsa da, AİHM, bu belgeler temelinde, bu adımların etkili olup olmadığını değerlendirmemektedir. Örneğin, halihazıra yukarıda belirtildiği üzere (bkz. yukarıdaki 87. paragraf), bir polis memuruna takipsizlik kararında sanık olarak atıfta bulunulmuş olmasına rağmen, Hükümet tarafından bu polis memurunun Aydın'ın ölümüyle bağlantısını gösteren hiçbir bilgi sunulmamıştır. Ayrıca, Hükümet tarafından, bu sanığın sorgulandığını gösteren hiçbir bilgi sunulmamıştır.

115. Görgü tanıklarının sorgulanması gereğine ilişkin olarak, AİHM, Aydın'ın yakalanması, tutuklanması ve akabinde gerçekleşen ölümü esnasında görev başında olan polis memurlarının, yerel mercilerce sorgulandığına ilişkin hiçbir bilginin bulunmamasını anlaşılabilir bulmuştur. Son olarak, Hükümet, Aydın'ın ailesinin sorgulandığını belirten hiçbir bilgi sunmamıştır.

116. Soruşturmanın süratliliğine ilişkin olarak, AİHM, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet Savcısı'nın, 26 Şubat 1996 tarihinde, 25 Ocak 1995 tarihli raporu (bkz. yukarıdaki 55. paragraf) akciğerdeki ödemin nedenini belirlemesi için Adli Tıp Birinci İhtisas Kurulu'na göndermeden önce, bir yıldan fazla beklediğini gözlemler. AİHM, Cumhuriyet Savcısı'nın süratli hareket etmemesinin, vücut örneklerinin otolize olmasına katkıda bulunmuş olması gerektiği kanısındadır. Hayati kanıtları muhafaza etmemek, ölüm nedeninin belirlenmesini engellemiştir. Bu bağlamda, AİHM, otopsideki noksanlıklara ilişkin olarak daha evvel yaptığı tespitlerine de atıfta bulunur (bkz. yukarıdaki 85. ve 86. paragraflar).

117. Ayrıca, iddia edildiği üzere 7 Kasım 1995 tarihinde verilen birinci takipsizlik kararıyla (bkz. yukarıdaki 34. paragraf), 19 Aralık 1996 tarihinde verilen ikinci karar arasında adımlar atıldığını gösteren herhangi bir bilginin yokluğunda, AİHM, yetkililerin süratli hareket etme gerekliliğini yerine getirmediği sonucuna varmıştır. Bu bağlamda, AİHM, iki takipsizlik kararının neden gerekli olduğuna ilişkin bilginin temin edilmediğini de vurgular.

118. AİHM, içtihadının anlamı dahilinde bir ölüme yönelik soruşturmanın etkili olarak görülebilmesi için, kurbanın en yakın akrabasının, yasal çıkarlarını korumak için, gerekli olduğu sürece, işlemlere dahil olmasının şart olduğunu tekrarlar (yukarıda anılan *Güleç*, § 82, yukarıda anılan *Oğur*, § 92 ve son olarak, *Gül – Türkiye*, 22676/93, § 89, 14 Aralık 2000).

119. Bu bağlamda, AİHM, Hükümet'in Aydın Kışmir'in ailesinin soruşturmadaki gelişmelere dair bilgilendirildiğini gösteren hiçbir bilgi sunmadığını not eder. Aynı şekilde, dava dosyasında soruşturmaya dair belgelerin başvuranın erişimine açık olduğunu gösteren hiçbir bilgi bulunmamaktadır. Hükümet, bu noksanlıkların başvuranın, yasal çıkarlarını korumak için işlemlere dahil olmasını etkili bir biçimde engellediğini tespit etmiştir. Bu şartlarda ve Hükümet'in, herhangi bir itirazın soruşturma açılmasını haklı gösteren kanıt ve olaylarla desteklenmesi gerektiği şeklindeki görüşünü bilhassa dikkate alarak (bkz. yukarıdaki 64. paragraf), AİHM, başvuranın, öncelikle soruşturma dosyasındaki belgeleri dikkate almadan,

takipsizlik kararına yapabileceği muhtemel bir itirazın, başarılı olma şansının olmayacağını tespit etmiştir.

120. Dolayısıyla, AİHM, Hükümet'in, iç hukuk yollarının tüketilmesine dayalı olarak yaptığı ön itirazını reddeder (bkz. yukarıda 64.-66. paragraflar) ve yetkililerin, AİHS'nin 2. maddesinin gereği olarak, başvuranın oğlunun ölümüne yönelik etkili soruşturma yapmadığı sonucuna varmıştır.

121. Dolayısıyla, AİHM, usuli kolu bağlamında, AİHS'nin 2. maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir.

#### **IV. AİHS'NİN 3. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI**

122. Başvuran oğlunun işkenceye varan muamele gördüğünü ifade etmiştir.

123. Hükümet, başvuranın oğluna gözetiminde kötü muamele yapıldığına itiraz etmiş ve Adli Tıp tarafından hazırlanan sağlık raporlarına göre, başvuranın oğlunun vücudunda kötü muamele veya işkenceye dair hiçbir iz olmadığını ileri sürmüştür. Hükümet, başvuranın iddialarının aksine, oğlunun hiç sorgulanmadığını, zira polis elinde halihazırda, kendisini terörle ilgili suçlarla suçlayan yeterli kanıt bulunduğunu eklemiştir.

124. AİHM, yerleşik içtihadına göre, sağlığı yerindeyken polis gözetimine alınan bir kimsenin üzerinde tespit edilen yaralanmalara ilişkin olarak makul açıklama yapma yükümlülüğünün Hükümet'e ait olduğunu tekrarlar (bkz. diğerlerinin yanı sıra yukarıda anılan *Selmouni*, § 87).

125. 12 Ekim 1994 tarihli otopsi raporuna göre, Aydın'ın vücudunda birkaç iz bulunmuştur (bkz. yukarıdaki 38.-39. paragraflar). Bunlar, kafada bir yara; sağ kaş üzerinde bir santimetrelilik bir yara; sağ göz etrafında morarma; sağ elin dış kısmında başparmak ve bilek arasında morarma; koksikte 2 × 2 cm. ebadında kabuk tutmuş bir yara; 2 × 2 cm. ebadında sağ kolun dış kısmında morarma; sağ ayak başparmağında 2 × 2 cm. ebadında sıyrık; sağ göğüste deformasyon ve son olarak, sırtta cilt altında geniş çaplı kanama.

126. AİHM, sağ kaş üzerindeki yaralanmanın ve sağ ayak başparmağının üzerindeki yaralanmanın, kaçma girişimi sırasında meydana geldiğini ve iddia edildiği üzere, Dr. Öztürk tarafından hazırlanan sağlık raporuna kaydedildiğini not eder (bkz. yukarıdaki 28. paragraf). AİHM ayrıca, Aydın'ın başındaki yaralanmanın gözetimindeyken oluştuğunu halihazırda tespit ettiğini not eder (bkz. yukarıdaki 84. paragraf).

127. Hükümet tarafından Aydın'ın vücudundaki diğer yaralanmaları açıklayacak hiçbir bilgi sunulmamıştır. Bu bağlamda, AİHM, Hükümet'in, Birinci İhtisas Kurulu'nun "kafanın üst kısmında, sağ kaş, ve ayak başparmağı üzerindeki yaralar hariç; başka saldırı belirtileri veya travmatik değişikliğe dair belirtiler bulunmadığını ve bunun da dış travmanın ölüm sebebi olamayacağını"nın belirtildiği 25 Ocak 1995 tarihli sağlık raporuna yaptığı göndermeyi gözlemler (bkz. yukarıdaki 52. paragraf). Ancak, AİHM, İhtisas Kurulu'nun, 12 Ekim 1994 tarihli otopsi raporunda ayrıntılı olarak verilmiş olan diğer birkaç yaralanmayı not etmediğini tespit etmiştir. Özellikle, Dr. Milroy'un da değindiği gibi (bkz. yukarıdaki 61. paragraf), Birinci Kurul, "sırtta cilt altındaki geniş çaplı kanama"ya ilişkin yorum yapmamıştır (bkz. yukarıdaki 39. paragraf).

128. Yukarıda anlatılanlar ışığında, AİHM, Hükümet'in Aydın'ın vücudundaki yaralanmalara ilişkin açıklama getirmedeği sonucuna varmıştır.

129. Belirli bir kötü muamele şeklinin işkence olarak nitelendirilip nitelendirilmemesini belirlerken, bu kavramla, insanlık dışı veya küçültücü muamele arasındaki, 3. maddede ifade bulan fark dikkate alınmalıdır. Geçmiş davalarda not edildiği üzere, AİHS'nin, çok ciddi ve acımasız derecede sıkıntıya sebebiyet veren kasti insanlık dışı muameleyi bilhassa lekelemesi maksadı bulunmaktaydı (bkz. yukarıda anılan *İrlanda – İngiltere*, ss. 66-67, § 167). Muamelenin vahametine ilişkin olarak, 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe girmiş olan İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde kabul edildiği gibi, işkenceyi, diğerlerinin yanı sıra, bilgi almak, ceza vermek veya korkutmak gibi amaçlarla, kasten büyük acı ve sıkıntıya maruz bırakmak olarak tanımlayan bir madde bulunmaktadır (Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesi) (bkz. yukarıda § 114'te anılan *Salman*).

130. AİHM, Aydın'ın vücudundaki yaraların, kendisinden bilgi alınabilmesi için maruz kaldığı kötü muamelenin sonucu olduğunu göz ardı edemez. Bu bağlamda, AİHM, Hükümet tarafından, 6 Ekim 1994'ten 12 Ekim 1994 tarihinde ölümüne kadar devam eden tutukluluğuna dair hiçbir açıklama yapılmadığını not ederek, Hükümet'in, Aydın'ın sorgulanmasının gerekli olmadığını çünkü kendisini ve arkadaşlarının terörle bağlantısı olduğunu gösteren yeterli kanıtın halihazırda bulunduğu şeklindeki görüşü hususunda ikna olmamıştır.

131. Yukarıdaki tespitlerini dikkate alarak, AİHM, Aydın'ın vücudundaki yaralanmaların, en azından, AİHS'nin 3. maddesi bağlamında, insanlık dışı olarak nitelendirilebilecek kötü muameleden kaynaklandığı sonucuna varmıştır.

132. Dolayısıyla, AİHM, ölümünden önce başvuranın oğlunun maruz bırakıldığı insanlık dışı muamele nedeniyle AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir.

133. Başvuran, oğlunun ölümünden sorumlu olanların kovuşturulmamasının, kendisinin hukuki işlemler başlatmasını engellediğini ifade etmiştir. AİHS'nin 6 § 1. maddesine atıfta bulunmuştur; sözkonusu maddenin ilgili bölümleri şöyledir:

“Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, ... bir mahkeme tarafından davasının ..., hakkaniyete uygun ... olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir.”

134. Başvuran ayrıca, şikayetlerini başarıyla ortaya koyabileceği bağımsız yerel bir mercinin bulunmamasından şikayetçi olmuştur. Bu şikayet bağlamında AİHS'nin 13. maddesine atıfta bulunmuştur; sözkonusu madde şöyledir:

“Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kişiler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabileme hakkına sahiptir.”

135. Hükümet, etkili iç hukuk yollarının başvurana açık olduğunu, ancak kendisinin bunlardan faydalanma yoluna gitmemeyi seçtiğini tekrar teyit etmiştir.

136. Başvuranın AİHS'nin 6. maddesi bağlamında yaptığı şikayete ilişkin olarak, AİHM, başvuranın hukuk mahkemelerinde dava açmadığını not eder. Dolayısıyla, ulusal mahkemelerin, şayet işlemleri başlatsaydı, başvuranın iddialarına ilişkin hüküm ve karar verip

veremeyeceğini belirlemek imkansızdır. Ancak, AİHM'ye göre, başvuranın iddiaları, başlıca, tazminat temelli hukuk yollarına başvurmasını sağlayabilecek, oğlunun ölümüne yönelik etkili bir soruşturma yapılmamasıyla ilgilidir. Dolayısıyla bu şikayeti, iddia edilen AİHS ihlallerine ilişkin olarak, Devletlere, daha genel nitelikli olan etkili hukuk yolu sağlama yükümlülüğü veren 13. madde kapsamında inceleyecektir (bkz. *Selçuk ve Asker – Türkiye*, 24 Nisan 1998 kararı, *Reports* 1998-II, § 92).

137. AİHM, iç hukukta her ne şekilde teminat altına alınır alınsın, 13. maddenin, ulusal düzeyde, AİHS hakları ve özgürlüklerinin özünün yerine getirilmesini sağlayacak bir hukuk yolunu garanti altına aldığı hatırlatır. Dolayısıyla, Sözleşmeciler Devletlere, bu madde bağlamındaki AİHS yükümlülüklerine uygun hareket etmeye ilişkin belli bir takdir yetkisi verilmiş olmasına karşın, 13. maddenin bu bağlamdaki anlamı, ilgili AİHS şikayetinin konusunu ele alacak bir iç hukuk yolu ve uygun tazmin sağlanmasını şart koşmaktadır. 13. madde bağlamındaki yükümlülüğün kapsamı, başvuranın AİHS çerçevesinde yaptığı şikayetin konusuna bağlıdır. Bununla beraber, 13. maddenin gerektirdiği hukuk yolu, gerek uygulamada gerekse hukukta “etkili” olmalıdır, özellikle, uygulanması, Sorumlu Devlet'in yetkililerinin davranışları veya ihmalleri ile haksız bir biçimde engellenmemelidir (bkz. *Aksoy – Türkiye*, 18 Aralık 1996 kararı, *Reports* 196-VI, s. 2286, § 95; *Aydın – Türkiye*, 25 Eylül 1997 kararı, *Reports* 1997-VI, ss. 1895-96, § 103; ve yukarıda anılan *Kaya*, § 106).

138. Yaşamın korunması hakkına verdiği büyük önemle birlikte 13. madde, uygun olduğu halde tazminat ödenmesine ek olarak, şikayette bulunan kişinin soruşturma işlemlerine etkin bir şekilde erişimi dahil, ölümden sorumlu olanların belirlenmesini ve cezalandırılmasını sağlayacak kapsamlı ve etkin bir soruşturma yapılmasını gerektirmektedir (bkz. *Kaya*, yukarıda kaydedilen, § 107).

139. Bu davada gösterilen kanıta dayanarak AİHM, davalı Devlet'in AİHS'nin 2 ve 3. maddeleri uyarınca, başvuranın oğlunun ölümünden ve bu kişinin önceden görmüş olduğu insanlık dışı muameleden sorumlu olduğuna karar vermiştir. Bu bakımdan, başvuranın şikayeti, 13. maddenin amaçları dahilinde “savunulabilir” bir şikayettir (bkz. *Salman*, yukarıda kaydedilen, § 122, ve orada kaydedilen makamlar).

140. Dolayısıyla, makamlar, başvuranın oğlunun hangi koşullarda öldüğü konusunda etkin bir soruşturma gerçekleştirmekle yükümlüydü. Yukarıda belirtilen sebeplerden ötürü (bkz. 114'ten 121'e kadar olan paragraflar), şartları 2. maddede belirtilen soruşturma yükümlülüğünden daha geniş olan 13. maddeye uygun hiçbir etkin cezai soruşturmanın gerçekleştiği söylenemez (bkz. *Kaya*, yukarıda kaydedilen, § 107). Bu nedenle AİHM, başvurana insanlık dışı muamele ve oğlunun ölümüyle ilgili etkin bir hukuk yolu sağlanmadığını ve böylece tazminat talebi dahil diğer hiçbir hukuk yolu erişiminin kendisine verilmediğini saptamıştır.

141. Sonuç olarak, AİHS'nin 13. maddesi ihlal edilmiştir.

## VI. AİHS'NİN 2 VE 13. MADDELERİYLE BİRLİKTE 14. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

142. Başvuran, 14. madde ile birlikte 2 ve 13. maddeler uyarınca, etnik köken nedeniyle oğlunun haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir. 14. madde şöyledir:

“Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.”

143. Hükümet, bu şikayetle belirgin bir biçimde ilgilenmemiştir.

144. AİHM, AİHS'nin 2 ve 13. maddelerinin ihlal edildiği saptamalarını hatırlatarak, bu şikayetlerin AİHS'nin 14. maddesiyle birlikte tekrar ele alınmasını gerekli görmediğini belirtmektedir.

## VII. AİHS'İN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

145. AİHS'nin 41. maddesi şöyledir:

“Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollarının ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder.”

### A. Maddi Tazminat

146. Başvuran, oğlunun 1979 yılında doğduğunu ve öldüğü zaman 24 yaşında olduğunu belirtmiştir. Oğlu evli değildi ve çocuğu yoktu. Öldüğü zaman, Aydın, beden eğitimi öğretmenliği eğitimi almak için Eğitim Fakültesi'ne kabul edilmişti. Eğer Aydın bu yönde kariyerine devam etmiş olsaydı, 1998'de mezun olacak ve o yıl öğretmenliğe başlayacaktı. Bir öğretmenin yıllık ortalama maaşı yaklaşık 2000 sterlin (Sterlin) idi.

147. Başvuran ayrıca, Aydın Kışmir ölmeden önce eşinin emekli olması nedeniyle, kendisinin ve eşinin çok kısıtlı bir gelirle geçindiğini belirtmiştir. Sonuç olarak, Aydın öğretmen olarak işe başlasaydı, öğretmenlik maaşıyla ailesine destek olacaktı. Aralık 2000'de başvuranın eşi ölmüştür ve başvuranın o zamandan beri çok az geliri vardır. Sonuç olarak, başvuran geçimini sağlamak için oğluna bağlı olacaktı.

148. Başvuran, o dönemde Türkiye'deki ortalama yaşam süresini ve aktüerya cetvellerini göz önüne alarak, oğlunun yaklaşık gelir kaybını 45,151.28 Sterlin olarak hesaplamıştır.

149. Başvuran, Aydın tutuklandığı zaman, kendisinin ve eşinin evlerini sattığını ve satış hasılatının yarısı olan 30,000 Alman markının (DM) evde bulunduğunu iddia etmiştir. Aydın'ı tutuklamaya gelen güvenlik güçleri bu parayı almıştır. Başvuran 30,000 DM'lik miktarı 14,922.48 Sterlin'ye çevirmiştir.

150. Başvuran, AİHM'den, oğlunun tahmini kazanç kaybı olarak 45,151.28 Sterlin ve güvenlik güçleri tarafından evden alındığı iddia edilen para için 14,922.48 Sterlin'lik miktarların kendisine ödenmesini istemiştir.

151. Hükümet, başvuranın, oğlunun gerçekten üniversiteye kabul edildiğini gösteren belgeleri AİHM'ye sunmadığını belirtmiştir. Hükümet ayrıca, başvuranın oğlunun üniversiteye girmeye hak kazandığı varsayılsa bile, mezun olup ailesine maddi açıdan destek olacağını hiçbir garantisi olmadığını ifade etmiştir. Hükümet son olarak, başvuranın kullandığı aktüerya cetvellerinin uygulanabilirliğine itiraz etmiş ve bu hesaplama yönteminin haksız zenginleşmek isteyenler için suistimal edilmeye çok açık ve spekülasyon bir yöntem olduğunu belirtmiştir.

152. Hükümet, başvuranın 30,000 DM ile ilgili talebine ilişkin olarak, başvuranın iddiasını destekleyen hiçbir kanıt sunmadığına işaret etmiştir. Hükümet, failinin kimliği belli olmadan para alınmasının –eğer doğruysa- hırsızlık suçuyla aynı olacağını ve başvuranın bu parayı AİHM önünde talep etmek yerine yerel düzeyde bir ceza davası açması gerektiğini belirtmiştir.

153. AİHM, başvuranın 30,000 DM'nin alınması ile ilgili iddiasıyla ilişkin olarak, Hükümet gibi, başvuranın iddiasını yeterli kanıtla desteklemediğini gözlemlemiştir. AİHM ayrıca, başvuranın bu iddiayı yerel makamlara sunmadığını gözlemlemiştir. Bu koşullar altında, AİHM başvuranın talebini reddetmiştir.

154. AİHM, başvuranın ölen oğlunun kazanç kaybı iddiasıyla ilgili olarak, Hükümet gibi, başvuranın AİHM'ye yeterli kanıt sunmadığını belirtmektedir. Bununla beraber, AİHM, başvuranın ölen oğlunun –bir öğretmen ya da başka bir meslek sahibi olarak gelecek kariyerine bakmaksızın- kısıtlı bir gelire geçinen ailesine maddi yardım sağlayacağı görüşündedir. Bu koşullar altında, 2. maddenin ihlali ile Aydın Kişmir'in ailesinin, kendisinin sağlayacağı maddi yardımdan yoksun kalması arasında doğrudan bir nedensel bağ vardır. AİHM, adil bir kararlar, maddi tazminat olarak başvurana 16,500 euro ödenmesini uygun görmüştür.

## **B. Manevi Tazminat**

155. Başvuran, oğlunun işkence gördüğünü ve bunun sonucunda öldüğünü öğrendikten sonra çektiği acı ve üzüntü için, kendi adına da tazminat talebinde bulunmuştur. Başvuran ayrıca, eşinin Aydın'ın ölümünden kaynaklanan stres, acı ve üzüntüden dolayı öldüğünü iddia etmiştir. Ayrıca, başvuranın Aydın'la birlikte gözaltına alınan ve işkence gören diğer oğlu Turan, psikolojik olarak zarar görmüştür. Turan, kardeşi işkence görürken sesini duymuş ve bunun sonucunda bilinçsiz biçimde yattığını görmüştür.

156. Başvuran, AİHM'yi bu davadaki AİHS ihlallerinin ciddiyetini göz önüne almaya davet etmiş ve AİHM'den kendisi için manevi tazminat olarak 15,000 Sterlin ödenmesini istemiştir.

157. Başvuran ayrıca, ölen oğlu Aydın Kişmir adına 25,000 Sterlin talep etmiştir. Bu bağlamda, başvuran AİHM'nin *Tanlı* ve *Avşar* (ikisi de yukarıda kaydedilen) davalarındaki tazminat kararlarına gönderme yapmıştır. AİHM bu davalarda, başvuranlar tarafından ölen yakınlarının dul eşlerine ve çocuklarına verilmek üzere, başvuranlara manevi tazminat olarak 20,000 Sterlin ve başvuranların kendilerinin gördüğü zarar için sırasıyla 10,000 Sterlin ve 2,500 Sterlin ödenmesine karar vermiştir.

158. Hükümet, başvuranın talep ettiği miktarların abartılı olduğunu ve başvuranın AİHS organları aracılığıyla kar etmeye çalıştığını gösterdiğini belirtmiştir.

159. AİHM, ödenmesi muhtemel manevi tazminatın ikiye ayrıldığını belirtmektedir: birincisi ölen mağdura ödenecek tazminat, diğeri oğlunun nasıl öldüğü gerçeğini ortaya çıkarmaya çalışan başvurana ödenecek tazminat. Bekar oğlunun olası mirasçısı olarak başvuran, bu iki tazminatın hamili ve bunlardan yararlanacak kişi olacaktır.

160. AİHM, başvuranın oğlunun ölümünden ve ölümünden önce görmüş olduğu kötü muameleden makamların sorumlu olduğunu saptadığını belirtmiştir. Bununla ilgili olarak 2 ve 3. maddelerin ihlallerine ek olarak, AİHM ayrıca, AİHS'nin 2. maddesindeki adli yükümlülüğe ve 13. maddeye karşın, makamların bu ihlaller için etkin soruşturma ya da hukuk yolu sağlamadığını saptamıştır. Bu koşullar altında, AİHM, söz konusu ihlallerin ciddiyetini göz önüne alarak, Aydın Kişmir lehinde bir tazminat ödemesi yapılması gerektiğini belirtmektedir. AİHM, karşılaştırılabilir davalardaki tazminatları göz önüne alarak, adil bir şekilde, Aydın Kişmir'in mülkünden yararlananlar adına başvurana verilmek üzere, merhuma manevi tazminat olarak 30,000 Euro ödenmesine karar vermiştir.

161. Ayrıca, oğlunun ortadan kaybolması ve makamların şikayetleriyle ilgilenme tarzı nedeniyle başvuranın duyduğu rahatsızlık ve ıstırapın, başvuran açısından 13. maddenin ihlalini oluşturduğu saptanmıştır. Bu bağlamda AİHM, başvuran lehinde de bir tazminat ödenmesini haklı görmektedir. Dolayısıyla, AİHM, başvurana kişisel olarak 3,500 Euro ödenmesine karar vermiştir.

### **C. Masraf ve Harcamalar**

162. Başvuran, başvuruda bulunurken yaptığı masraflar ve ödediği ücretler için 17,471.27 Sterlin'lik bir miktar talep etmiştir.

(a) İngiltere'de Kürt İnsan Hakları Projesi (KİHP) için çalışmakta olan şu anki avukatlarının ücretleri için 3,967.91 Sterlin;

(b) Önceki avukatı Profesör Françoise Hampson'ın ücretleri için 2,840 Sterlin;

(c) Türkiye'deki avukatlarının ücretleri için 5,909.36 Sterlin;

(d) İngiltere'deki avukatlarının yapmış olduğu idari masraflar için 965 Sterlin;

(e) Türkiye'deki avukatlarının yapmış olduğu idari masraflar için 3,789 Sterlin.

163. Başvuran, avukatlarının ücretleriyle ilgili talebini desteklemek için ayrıntılı bir masraf listesi sunmuştur.

164. Hükümet, yalnızca gerçekten yapılan harcamaların tazmin edilebileceğini ve başvuranın ve temsilcilerinin yaptıkları bütün masraf ve harcamaları belgelemeleri gerektiğini, ancak bunu yapmadıklarını belirtmiştir. Hükümet ayrıca, AİHM'yi, masraf ve harcamalar için KİHP'ye tazminat ödenmemesine karar vermeye davet etmiştir.

165. AİHM, başvuranın İngiltere'deki avukatları için talep ettiği ücretlerin ve bu avukatların yapmış olduğu masrafların akla uygun görüldüğünü belirtmektedir. Bununla birlikte, Türkiye'deki avukatların ücretleri, masraf ve harcamaları için talep ettikleri miktarlar abartılı görünmektedir.

166. AİHM, elindeki bilgiye göre kendi değerlendirmesini yaparak, başvurana Avrupa Konseyi'nden alınan 880 Euro'luk adli yardım hariç, masraf ve harcamalar için –üzerine konabilecek bütün katma değer vergileri hariç- 15,000 Euro ödenmesine karar vermiştir. Net miktar, başvuranın belirttiği ve istediği gibi, başvuranın temsilcilerinin İngiltere'deki banka hesaplarına sterlin olarak yatırılacaktır.

### **D. Gecikme Faizi**

167. AİHM, gecikme faizinin, Avrupa Merkez Bankası'nın uyguladığı faiz oranına üç puan eklemek suretiyle oluşacak faiz oranına göre belirlenmesini uygun bulmuştur.

## YUKARIDAKİ NEDENLERDEN DOLAYI, AİHM

1. Oybirliğiyle, Hükümet'in ilk itirazını *reddetmiştir*;
2. Oybirliğiyle, davalı Devlet'in AİHS'nin 38. maddesi uyarınca üzerine düşen, AİHM'nin etkinliği için gerekli tüm kolaylıkları sağlama yükümlülüğünü yerine getirmediğine;
3. Oybirliğiyle, Hükümet'in AİHS'nin 2. maddesini ihlal ederek, başvuranın oğlunun ölümünden sorumlu olduğuna;
4. Oybirliğiyle, başvuranın oğlunun yaşamının korunmadığı iddiası nedeniyle, AİHS'nin 2. maddesinin ihlal edilip edilmediğini belirlemenin gerekli olmadığına;
5. Oybirliğiyle, davalı Devlet'in yetkili makamlarının, başvuranın oğlunun hangi koşullarda öldürüldüğü ile ilgili etkin bir soruşturma yürütmemesi nedeniyle, AİHS'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine;
6. Oybirliğiyle, başvuranın oğlunun ölmeden önce maruz kaldığı muamele nedeniyle, AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine;
7. Oybirliğiyle, AİHS'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine;
8. Bire altı oyla, AİHS'nin 2 ve 13. maddeleriyle birlikte AİHS'nin 14. maddesinin ihlal edilip edilmediğini belirlemenin gerekli olmadığına;
9. (a) Bire altı oyla, davalı Devlet'in, maddi tazminat olarak başvurana, AİHS'nin 44 § 2 maddesi uyarınca bu kararın kesinlik kazandığı tarihten itibaren üç ay içinde, 16,500 Euro (on altı bin beş yüz euro) ve bu miktara konulabilecek bütün vergileri, ödeme tarihinde uygulanan kur üzerinden Türk Lirası'na çevrilerek ödemesine;
- (b) Oybirliğiyle, davalı Devlet'in başvurana, aynı üç aylık dönem içinde, ödeme tarihinde uygulanan kur üzerinden Türk Lirası'na çevrilmek üzere, aşağıdaki miktarları ve bu miktarlar üzerine konabilecek bütün vergileri ödemesine;
- (i) Manevi tazminat olarak, Aydın Kışmır'ın mülkünden yararlananlar adına başvurana verilmek üzere 30,000 Euro (otuz bin euro);
- (ii) Manevi tazminat olarak başvuranın kendisine 3,500 Euro (üç bin beş yüz euro);
- (c) davalı Devlet'in başvurana, masraf ve harcamalar için, aynı üç aylık dönem içinde, başvuranın belirttiği İngiltere'deki banka hesabına, adli yardım olarak verilmiş 880 Euro (sekiz yüz seksen euro) hariç, bu kararın verildiği tarihte uygulanan kur üzerinden sterline çevrilmek üzere, konulabilecek bütün vergilerle birlikte 15,000 Euro (on beş bin euro) ödemesine;
- (d) ödeme tarihine kadar yukarıda bahsedilen üç ayın dolması halinde, yukarıdaki miktarların üzerine, Avrupa Merkez Bankası'nın gecikme döneminde uyguladığı faiz oranına üç puan eklemek suretiyle oluşacak faiz oranına eşit miktarda basit faizin ödenmesine *karar vermiştir*;
10. Oybirliğiyle, başvuranın adil tazmin talebinin kalanını *reddetmiştir*.

İşbu karar İngilizce olarak hazırlanmış olup 31 Mayıs 2005 tarihinde, İçtüzüğü'nün 77. Maddesi'nin 2 ve 3. fıkraları uyarınca yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

S. DOLLÉ  
Bölüm Sekreteri

J.-P. COSTA  
Başkan

AİHS'nin 45 § 2 ve İçtüzüğün 74 § 2 maddeleri uyarınca, aşağıdaki muhalefet şerhleri bu karara eklenmiştir:

- (a) Sn. Mularoni'nin kısmi muhalefet şerhi;
- (b) Sn. Gölcüklü'nün kısmi muhalefet şerhi.

J.-P.C.  
S.D.

YARGIÇ MULARONİ'NİN KISMİ MUHALEFET ŞERHİ  
(Çeviri)

Çoğunluğun aksine, başvuranın AİHS'nin 14. maddesi uyarınca yapmış olduğu şikayeti AİHM'nin ayrıca incelemesinin gerekli olduğuna inanıyorum.

İstisnasız Kürt kökenli Türk vatandaşları tarafından yapılmış olan onlarca benzer başvuruyu inceledikten ve çoğunlukla AİHS'nin 2 ve 3. maddelerinin ihlal edildiği sonucuna vardıldıktan sonra, AİHM'nin, en azından AİHS'nin 14. maddesi uyarınca da ciddi bir sorun olabileceğini düşünmesi gerektiğine inanıyorum.

Elbette, bu AİHM'nin 14. maddenin ihlal edildiği sonucuna varacağı anlamına gelmez. Ancak, bu tür bir davada ayrımcılığın yasaklanmasının önemli bir konu olmadığını düşünmekle aynı değerde olan çoğunluğun yaklaşımına katılamam.

YARGIÇ GÖLCÜKLÜ’NÜN KISMİ MUHALEFET ŞERHİ  
(Çeviri)

Malesef çoğunluğun görüşüne ve bu nedenle 41. maddenin uygulanmasına, özellikle de maddi tazminata ilişkin sonucuna (hüküm fıkrasının 9. maddesi) katılamam.

Başvuran, oğlunun üniversiteye gitmeye hak kazandığını iddia etmektedir. Bu nedenle, eğer yaşıyor olsaydı, oğlu eğitimini tamamlamış ve bir meslek sahibi olmuş, maaşını alıyor ve akabinde tek başına yeterli geliri olmayan annesine yardım ediyor olacaktı. Bütün bunlar, “kazanç kaybını” varsayımsal bir geleceğe yerleştirmektedir (bkz. kararın 146-147. paragrafları).

Maddi zararın (kazanç kaybı) tazmini, spekülasyon ve varsayıma dayanarak değil, söz konusu zamandaki gerçek durum ışığında değerlendirilmelidir. Bu nedenle, AİHM’nin bu noktada varmış olduğu sonuca katılamam.