



AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ DAİRE

MUSTAFA ALDEMİR / TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru n° 53087/07)

KARAR

STRAZBURG

2 Temmuz 2013

İşbu karar Sözleşme'nin 44 § 2 maddesinde öngörülen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir. Biçimsel değişikliklere uğrayabilir.

Mustafa Aldemir / Türkiye davasında,

Başkan,
Guido Raimondi,
Yargıçlar,
Danutė Jočienė,
Dragoljub Popović,
András Sajó,
Işıl Karakaş,
Paulo Pinto de Albuquerque,
Helen Keller

ve *Daire Yazı İşleri Müdürü* Stanley Naismith'in katılımıyla oluşturulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Daire),
4 Haziran 2013 tarihinde komite olarak yaptığı görüşmelerin ardından,
Söz konusu tarihte kabul edilen aşağıdaki kararı almıştır:

USUL

1. Dava; Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca, 30 Kasım 2007 tarihinde, Türkiye Cumhuriyeti aleyhinde ve bu Devlet'in vatandaşlarından Sn. Mustafa Aldemir ("başvuran") tarafından Mahkeme'ye yapılan bir başvurudan (no. 53087/07) doğmaktadır.

2. Başvuran, Diyarbakır'da görev yapan avukat M. Karaman tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti ("Hükümet"), kendi görevlisi tarafından temsil edilmiştir.

3. 23 Kasım 2010 tarihinde başvuru Hükümet'e tebliğ edilmiştir. Ayrıca, Sözleşme'nin 29 § 1 maddesinin izin verdiği üzere, dairenin, davanın kabul edilebilirliği ve esası hakkında aynı anda hüküm vermesine karar verilmiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

4. Başvuran, 1954 yılında doğmuştur ve Diyarbakır'da ikamet etmektedir.

5. 16 Aralık 2005 tarihinde, sabah saat 4 sularında, başvuran, bir el feneri ve şemsiyeyle, komşu köy Narlıca'ya (Kulp/Diyarbakır) gitmek üzere Akdoruk köyünden ayrılmıştır.

6. Yolda, kalçasının yan kısmı hizasında, sağ bacağından vurulmuştur.

7. Kısa bir süre sonra, askerlerin geldiğini görmüş ve onlara sade bir köylü olduğunu açıklamıştır.

8. Diyarbakır Askerî Hastanesi'ne götürülmüş, orada 26 Aralık 2005 tarihine kadar kalmıştır.

A. Sağlık raporları

9. 30 Temmuz 2006 tarihinde Diyarbakır Adli Tıp Kurumu, başvuranın yaralarının hayatı için hiçbir risk teşkil etmediğini, bununla birlikte basit bir tıbbî müdahale ile bakımının yapılmamış olduğunu ve bacadaki kırığın ilgilinin sağlığını etkileme ihtimalinin bulunduğunu açıklayan bir sağlık raporu vermiştir. Rapor aynı zamanda, doktorun onsekiz aylık bir ortopedik tedaviden sonra kesin bir raporun hazırlanmasını tercih ettiğinden bahsetmekteydi.

10. 5 Aralık 2007 tarihinde Diyarbakır Devlet Hastanesi tarafından verilen yeni sağlık raporu, başvuranın sağ bacağının sol bacağına kıyasla üç santimetre daha kısa kaldığına ve hâlâ ağrı çeken ilgilinin ancak koltuk değnekleriyle yürüyebildiğine işaret etmekteydi.

11. 29 Temmuz 2010 tarihinde Dicle Üniversitesi Hastanesi tarafından verilen üçüncü bir sağlık raporu, başvuranın bir baston yardımıyla yürüdüğüne ve sakatlık oranının % 10 olduğuna işaret etmekteydi.

B. Ceza soruşturması

12. O arada, 16 Aralık 2005 tarihinde, Kulp Cumhuriyet savcısı resen bir ceza soruşturması başlatmıştır.

13. Olay yerine ilişkin bir tespit tutanağı düzenlenmiştir. 36 asker ve 5 köy korucusunun sabahki operasyona katıldığı tespit edilmiştir.

14. Olay yerinin durumunu gösteren bir kroki çizilmiştir.

15. Savcı, başvuranın ifadesini almıştır; kendisinin beyanları özellikle şu şekildedir:

“Olaylar sırasında, Akdoruk'ta kimse yaşamıyordu. Bu köyde yalnızca iki aileydik. Ailem ile birlikte, kullanılmayan bir okul sınıfında yaşıyordum.

(...) evimden iki kez dışarı çıktım. Bir kez, gece geç saatte, tamir etmekte olduğum evimin çatısının yağmurdan zarar görmediğinden emin olmak; bir kez de sabah saat 4 sularında Kulp'a gitmek için. Orada, F.T. ile yaşanan bir tartışma konusunda ifademi almak için beni çağıran savcıyı görmem gerekiyordu.

Kulp'a gitmek için, önce Narlıca'ya kadar yürümem ve ardından otobüse binmem gerekiyordu. Beraberimde bir şemsiye ile bir el feneri götürdüm. Evimden çıktım ve en fazla 100 veya 150 metre sonra, bir gürültü işittim ve yere düştüm. Birisinin üzerime ateş ettiğini ve bacağımdan vurulduğumu anladım. Askerler geldi ve bana nereye gittiğimi sordu. Onlara nereye gittiğimi açıkladım.

Yanımdaki el feneri yanıyordu ve şemsiye açıktı. Şemsiye düştüğüm sırada kapanmış olabilir.

MUSTAFA DEMİR / TÜRKİYE KARARI

Askerler beni bakımımın yapıldığı hastaneye götürdüler.

Uyarı olmadan tek bir el ateş edildi.

Beş veya altı seneden beri burada hiçbir terörist görmedim.

Bu olayın sorumlularının cezalandırılmasını talep ederim.”

16. Benzer şekilde pek çok kişinin ifadeleri alınmıştır. İfadelerinin davayla ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

V.T. : “Ailemle Akdoruk’ta, kullanılmayan bir okulun sınıfında yaşıyordum. Mustafa’nın ertesi gün erkenden Kulp’a gitmesi gerektiğini biliyordum. Saat 4.20’ye doğru, ateş edildiğini duydum. Mustafa yardım isteyerek bağırdı. Derhâl ne olduğunu anlamak için dışarı çıktım ve dışarıda askerleri gördüm. Yüzbaşı bana Mustafa’ya yanlışlıkla ateş ettiklerini söyledi.

Mustafa’nın şemsiyesi kapalıydı; ama onu açık bir şemsiyeyle giderken gördüm, zira çok yağmur yağıyordu.

Mustafa, bakımı yapılmak üzere hastaneye götürüldü.

Öncesinde hiçbir uyarı olmaksızın bir el ateş edildiğini duydum.”

M.E. : “İç Güvenlik Tabur Komutanlığı Birinci Bölük Komutanlığı’nda piyade teğmenim. Olayın gerçekleştiği gece, bir grup teröristin bölgeden geçtiği bilgisini aldık. Bu bilginin ardından, Akdoruk köyü çevresinde pusuda beklemekle görevlendirildik. Sabah saat 3’e doğru, termal kamerada ısınan bir evin çevresinde üç kişilik bir grup görüldü. Bu, bize şüpheli gözüktü. Şahıslardan ikisi bizim bulunduğumuz yöne doğru yürümeye başladı. Önde gidenin elinde yanan bir el feneri vardı. Şahıs, el fenerini bizim bulunduğumuz yöne doğru tutuyordu. Kolunun altında bir şey vardı. Termal kamerayı taşıyan asker, bana bunun bir silâh olabileceğini söyledi. Gece olduğu ve yağmur yağdığı için, bunun tam olarak ne olduğunu anlayamıyorduk. Bunun sadece bir şemsiye olduğunu bilemezdik. Ona durması için bağırdım; fakat şahıs bizim bulunduğumuz yöne doğru yürümeye devam etti. Havaya bir el uyarı atışı yaptım. Şahıs yine de durmadı. Öyle olunca, ben de bacaklarına ateş ettim. Yaralı olduğunu görünce, onu hastaneye götürdük.”

A.İ. : “Ben, bu bölüğün komutanıyım. Bu bölgede PKK’lı teröristlerin varlığı konusunda bilgilendirilmiştik. 16 Aralık 2005 tarihli operasyonun amacı, Akdoruk köyünde güvenliği sağlamaktı. Köyün ıssız olduğunu düşünüyorduk; fakat söz konusu yerde bir defasında, kullanılmayan bir okulda yaşayan insanlar olduğunu tespit ettik. Teröristlerin mi yoksa sivillerin mi söz konusu olduğunu bilmediğimiz için, hemen müdahale etmedik. O akşam, yağmur yağıyordu ve sis vardı; görüş kötüydü; elli metreden sonrasını göremiyorduk. Bir ara, iki kişi teğmen M.E. yönüne doğru yürümeye başladı. Önde olanı silâhlıya benziyordu. Siperin çevresinden dolanmak istiyordu. Bu, askerlerin güvenliği açısından tehlikeli olabilirdi. Teğmen M.E., büyük bir risk aldı ve derhâl durmaları emrini vermek için ayağa kalktı. Şahıs, bize doğru yürümeye devam etti. M.E. o sırada havaya bir el uyarı atışı yaptı. Şahıs paniğe kapıldı ve yürümeye devam etti. Bunun üzerine M.E., onu durdurmak için bacaklarına ateş etti. Sonradan, silâh değil, şemsiye tutan bir köylünün söz konusu olduğunu anladık. Şemsiyesi, yağmura rağmen kapalıydı. Bizi hataya sevkeden de bu oldu.”

M.K. : “Pusuda bekleyen askerler arasındaydım. Görevim, sahayı termal kamerayla izlemektir. Bir evin etrafında üç kişi gördüm. Aralarından biri bize çok yaklaştı. Kolunun altında bir nesne ve elinde üzerimize doğrulttuğu bir el feneri vardı. Silâhlı olduğunu sandım; fakat sis olduğu ve yağmur yağdığı için, taşıdığı nesneyi tam olarak seçemiyordum. Komutanımıza bunun bir silâh olabileceğini söyledim. Şahsa

bağırarak durmasını emretti ve havaya bir el uyarı atışı yaptı; ancak şahıs durmadı ve bize doğru ilerlemeye devam etti. Bu durumda komutanımız bir el ateş etti. Şahıs, sağ bacağı hizasından yaralandı. Hastaneye götürüldü. Tuttuğu nesnenin silâh değil, yağmura rağmen açmamış olduğu bir şemsiye olduğunu tespit ettik.”

İ.D. : “İç Güvenlik Tabur Komutanlığı Birinci Bölük Komutanlığı astsubayım. 16 Aralık 2005 tarihinde, Akdoruk köyünün çevresinde mevzilendik. Görevimiz, köyün güvenliğinin sağlandığından emin olmaktır. Bu köyün ıssız olduğunu düşünüyorduk; ancak kısa sürede boş okulda yaşayan insanlar olduğunu anladık. Aynı anda yağmur ve kar yağıyordu. Sis, görüşü önemli biçimde kısıtlamaktaydı. Bir şahsın okuldan çıktığını ve kısa süre sonra bir başka şahsın onu takip ettiğini gördük. Önde giden, silâh taşıyorsa benziyordu. Komutanımız ona yüksek sesle durmasını emretti. Uyarı olarak havaya bir el ateş ettikten sonra, bacaklarından nişan alarak ona ateş etti. Şahıs, yere düştü. O anda bir teröristin söz konusu olduğunu düşünüyorduk. Sonradan, bunun bir köylü olduğunu anladık. Yağmura rağmen, olay esnasında kapalı bir şemsiye taşımaktaydı; bizi hataya sevkeden bu oldu.”

M.K.O. : “Jandarma kolluk kuvvetlerindenim. 16 Aralık 2005 tarihinde, Akdoruk köyünde teröristlerin varlığı konusunda bilgilendirildik. Sabah 2.30’a doğru sahanın güvenliğini sağladık. Sahada arama yapacağımız için, sabaha karar pusuda kalmamız öngörülmüştü. İssiz olduğunu sandığımız okulda iki kişi barınmakta ve okul ısınmaktaydı. İki kişinin bize doğru yürüdüğünü fark ettik. Öndeki, elinde silâha benzeyen bir nesne tutuyordu. Şiddetli bir biçimde kar ve yağmur yağdığı için, bunun ne olduğunu iyi seçemiyorduk. Komutanımız teğmen M.E., şahsa hemen durmasını emretti; fakat şahıs yaklaşmaya devam etti. Bir el uyarı atışından sonra, komutanımız şahsın üzerine ateş etti. Şahıs, yere düştü. Sağ bacak hizasından yaralandı. Silâh değil, kapalı bir şemsiye taşımaktaydı. Ancak açıklamalarından sonra söz konusunun bir köylü olduğunu anladık.”

H.Y. : “Köy korucularının lideriyim. Akdoruk köyüne sabah 1.00-1.30’a doğru vardık. Aynı anda yağmur ve kar yağıyordu. Kullanılmayan okulda insanlar olduğunu tespit ettik. Bunlar arasından iki şahıs el fenerleriyle dışarı çıktı. İçlerinden biri, bizim bulunduğumuz yöne doğru yürümeye başladı. Sadece el fenerinin ışığını görüyordum. Şemsiyesinin açık olup olmadığını görmüyordum. Askerler daha iyi görebilirlerdi; zira bir termal kameraları vardı. Bizimse, sadece dürbünümüz vardı. Bu şahıs bize daha da yaklaştığında, teğmen ona üç veya dört kez “Dur! Daha fazla ilerleme!” dedi. Ayrıca, havaya bir el uyarı atışı yaptı. Şahıs durmadı ve teğmen üzerine ateş etti.”

17. Köy korucuları M.C. ve R.Ç., liderleri H.Y.’nin dediklerini doğrulamışlardır.

18. Savcı, benzer şekilde, başvuranın babasının, annesinin ve eşinin de ifadelerini almıştır. Kendileri; akrabalarının Kulp’a gitmek ve savcı önüne çıkmak üzere sabah erken çıktığını ileri sürmüşlerdir. Onlara göre, hâlen karanlıktı ve akrabaları el fenerini almıştı ve yağmur yağdığı için de şemsiye almış olmalıydı. Anne ve baba, oğullarının çılgınlıklarını duyduklarında, bir yaban domuzunun saldırısına uğradığını düşündüklerini açıklamışlardır. Başvuranın eşi ise, bir el ateş ve sonrasında eşinin acı dolu çılgınlıklarını duyduğunu ileri sürmüştür.

19. 4 Temmuz 2006 tarihinde, Kulp Cumhuriyet savcısı *konu bakımından* yetkisizlik kararı almış ve dosyayı Diyarbakır Askerî Savcılığı’na göndermiştir.

20. Diyarbakır askerî savcısı, bir bilirkişi incelemesi yapılmasına karar vermiştir.

21. 22 Kasım 2006 tarihinde, askerî bilirkişi olan yüzbaşı G.B.’nin savcı tarafından ifadesi alınmıştır. G.B., koşullar göz önünde bulundurulduğunda, teğmen M.E.’nin hiçbir hata yapmadığını açıklamıştır. Özellikle, teğmen M.E.’nin “Dur!” diye bağırmasının ve Mustafa Aldemir’in bacaklarına ateş etmeden önce uyarı olarak havaya bir el ateş ettiğinin, Mustafa Aldemir’in üzerlerine bir el feneri doğrultarak ve elinde yağmura rağmen kapalı bir şemsiyeyle askerlerin bulunduğu yöne doğru yürümekte ısrar ettiğinin tespit edildiğini ifade etmiştir.

22. Ceza soruşturmasının sonunda, 4 Aralık 2006 tarihinde, askerî savcı, Ceza Kanunu’nun 24., 27. ve 30. maddeleri uyarınca takipsizlik kararı almıştır. Teğmen M.E.’nin eyleminin meşruluğundan emin olduğunun ve yalnızca diğer askerlerin savunulması ve korunması amacıyla hareket ettiğinin tespit edildiğine kanaat getirmiştir. Bununla birlikte, M.E., özellikle hava koşulları sebebiyle, sandığının aksine silâh değil şemsiye taşıyan bir köylünün üzerine yanlışlıkla ateş etmiş ve onu bacağından yaralamıştır.

23. Başvuran, avukatı aracılığıyla, bu takipsizlik kararına itiraz etmiştir.

24. 4 Nisan 2007 tarihinde, Diyarbakır Askerî Mahkemesi, çoğunluk oyuyla, itiraz edilen takipsizlik kararını onaylamıştır.

25. Muhalif görüşünde, kuruldan bir yargıç, başvuranın sağ salim yakalanmasının mümkün olduğuna kanaat getirmiştir. Düşüncesine göre, davanın koşullarında, hiçbir şey güç kullanımını haklı çıkarmamaktaydı ve savcı, yetkili mahkeme önünde teğmen M.E. aleyhinde bir ceza davası başlatmalıydı.

C. Tazminata ilişkin idarî usul

26. 16 Mayıs 2008 tarihinde, başvuran, avukatı aracılığıyla, Diyarbakır İdare Mahkemesi’nde Savunma Bakanlığı aleyhinde tazminat davası açmıştır.

27. Bu dava, aynı idare mahkemesinde halen derdesttir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK

28. Türkiye Anayasası’nın 17. maddesinin dava ile ilgili kısımları şöyle öngörmektedir:

“Herkes (...) yaşama hakkına sahiptir.

Meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, (...) sırasında silâh kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri birinci fıkra hükmü dışındadır.”

29. Ceza Kanunu’nun 24. maddesinin dava ile ilgili kısmı şu şekilde öngörmektedir:

“Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.”

30. Ceza Kanunu’nun 27. Maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır:

“[Meşrû müdafaa] Sınırın aşılması

Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerle sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur.

Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez.”

31. Ceza Kanunu’nun 30. maddesi uyarınca, işlediği suçun haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.

HUKUK

I. SÖZLEŞME’NİN 2., 3. VE 13. MADDELERİNİN İHLÂL EDİLDİĞİ İDDİASI

32. Başvuran, Sözleşme’nin 2., 3. ve 13. maddelerinin ihlâl edildiğinden şikâyet etmektedir.

33. Hükümet, başvuranın tezlerine itiraz etmektedir.

34. Mahkeme; özellikle kullanılan gücün derecesi ve türü ve bunun yanı sıra böyle bir gücün kullanımı ardında yatan niyet ve amaç olmak üzere davanın koşullarını dikkate alarak ve konuyla ilgili içtihatını göz önünde bulundurarak; olayların, Sözleşme’nin 3. maddesi açısından bir inceleme yapılmasını gerekli kıldığını düşünmektedir (bakınız, aynı anlamda, *Parlak / Türkiye*, no. 22459/04, § 45, 19 Temmuz 2011 ve *Perişan ve diğerleri / Türkiye*, no. 12336/03, § 91, 20 Mayıs 2010; karşılaştırınız *Makaratzis / Yunanistan* [BD], no. 50385/99, §§ 49-55, AİHM 2004-XI, *Olteanu / Romanya*, no. 71090/01, § 59, 14 Nisan 2009 ve *Evrin Öktem / Türkiye*, no. 9207/03, §§ 39-43, 4 Kasım 2008).

A. Kabul edilebilirlik

35. Başvuran, kendisine karşı yaralanmasına yol açan aşırı ve orantısız güç kullanıldığından ve bu olaya ilişkin soruşturmanın yürütülüş şekline şikâyet etmektedir.

36. Hükümet, iç hukuk yollarının tüketilmemiş olduğunu ileri sürmektedir. Başvuranın, idarî yargıda tazminat yollarını kullanabilecekken kullanmadığına veya borçlar kanuna dayanarak bir tazminat davasını, kendisine göre başarıyla, açabilecekken açmadığını savunmaktadır. Bu

bakımdan, söz konusu kanunun 53. maddesini ileri sürerek, bir sanığın ceza hukukunda hüküm giymemesinin, hukuk mahkemesini bağlamadığına işaret etmektedir.

37. Mahkeme, Sözleşme'nin, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralına değinen 35 § 1 maddesinin amacının Sözleşmeciler Devletler'e, aleyhlerinde iddia edilen ihlalleri, Mahkeme'ye başvuruda bulunulmadan önce önleme veya düzeltme fırsatı vermektir (bakınız, diğerleri arasında, *Selmouni / Fransa* [BD], no. 25803/94, § 74, AİHM 1999-V). 35 § 1 maddesinde geçen kural; 13. madde içerisinde yer alan (ve kendisiyle sıkı yakınlıklar arz eden), ihlâl iddiaları söz konusu olduğunda ulusal düzenin etkili bir başvuru yolu sunduğu varsayımına dayanmaktadır (*Kudla / Polonya* [BD], no. 30210/96, § 152, AİHM 2000-XI).

38. Başvuranın şikâyetçi olduğu olaylar göz önünde bulundurulduğunda, Mahkeme, ceza hukuku yolunun hiç şüphesiz etkili ve yeterli bir hukuk yolu teşkil ettiğini düşünmektedir (bakınız, aynı anlamda, *Ülüler / Türkiye*, no. 23038/07, § 46, 5 Haziran 2012). Ayrıca, ilgilinin, tam yetkili idarî mahkemelere başvurduğuna, ancak 2008 yılından bu yana en ufak bir karar elde etmemiş olduğuna dikkat çekmektedir.

39. Mahkeme, başvuranın ulusal mahkemelere, Sözleşme hükümleri temelinde oluşturduğu şikâyetleri tespit etme ve düzeltme olanağı vermiş olduğu ve dolayısıyla bu bakımdan iç hukuk yollarını gereğince tüketmemiş olmakla suçlanamayacağı sonucuna varmaktadır.

Mahkeme, ayrıca, bu şikâyetlerin, Sözleşme 35 § 3 maddesi anlamında açıkça temelden yoksun olmadığını ve kabul edilebilirlikleri konusunda aksini gösterir başka hiçbir gerekçe olmadığını tespit ederek, şikâyetlerin kabul edilebilir olduğuna hükmetmektedir.

B. Esas

40. Başvuran, kendi nazarında, gereksiz ve aşırı güç kullanımı sonrasında yaralandığını iddia etmektedir. Ulusal makamları, etkili bir soruşturma yürütmemiş olmakla suçlamakta ve ihtilaflı eylemin sorumlusu hakkında ceza soruşturması yürütülmemiş olmasından üzüntü duymaktadır.

41. Hükümet, olayın geçtiği tarihte, başvuranın yaşamakta olduğu köyün ıssız olduğunu ve askerî operasyonun bölgedeki terörist hareketler sebebiyle başlatılmış olduğunu ifade etmektedir. Bu mülahazalara dayanarak, davanın fiilî bağlamının gereken biçimde dikkate alınmasının uygun olacağı kanaatindedir. Hükümete göre, Mahkeme içtihadından (*Bubbins / Birleşik Krallık*, no. 50196/99, § 139, AİHM 2005-II kararını ileri sürmektedir), söz konusu davanın koşullarında, Mahkeme'nin, Hükümet'e göre, iyi niyetle tehlikeli olarak algıladığı durum karşısında olayın sıcaklığıyla tepki vermek zorunda kalan teğmen M.E.'nin duruma ilişkin takdiri yerine kendi takdirini koyamayacağı sonucu çıkmaktadır.

42. Ayrıca, Hükümet'in düşüncesine göre, söz konusu davada güç kullanımı kanuna uygundur. M.E., kendisi ve diğer askerlerin meşru müdafaası halinin zorunlu kıldığı bir eylemde bulunmuştur. Önce başvurunu yüksek sesle uyarmış, ardından bir el uyarı atışı yapmıştır. Başvuran, uyarılara itaat etmemiş ve M.E., kontrollü bir biçimde ve ilgilinin hayatını tehlikeye atmaksızın güç kullanımına başvurmuştur.

43. Hükümet, silâh yerine şemsiye taşımakta olan bir köylüye ateş etmekle M.E.'nin bir hata yapmış olduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte, askerin cezaî sorumluluğunun hukuksal açıdan Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin uygulanmasıyla saklı tutulabileceğini; zira kendisine göre, kullanılan güce başvurunun olaylar sırasında samimî ve meşru olarak değerlendirilen ve hatalı olma niteliği daha sonra ortaya çıkan bir kanıdan ileri geldiğini düşünmektedir.

44. Hükümet ayrıca, olaydan hemen sonra bir soruşturma başlatıldığını ve bu olayın koşullarına ışık tutulmasına olanak verecek tüm soruşturma işlemlerinin gerçekleştirildiğini savunmaktadır. Hükümete göre, iç hukukta yürütülen ceza soruşturması oldukça dikkatliydi ve etkili oluşu hiçbir eleştiriye yer bırakmamaktadır.

45. Öncelikle Sözleşme'nin 3. maddesinin maddî kısmı ile ilgili olarak, Mahkeme, ibraz edilen belgeler bütünü ışığında, kendisinin davanın koşulları hakkında değerlendirme yapmasına olanak verecek yeterli miktarda olgusal unsura sahip olduğunu düşünmektedir.

46. Bu bakımdan, Mahkeme, başvuranın, kendisini durdurmak için üzerine kasıtlı olarak ateş eden bir askerin kurşunu ile yaralandığına kimsenin itiraz etmediğine dikkat çekmektedir. Oysa Mahkeme, başvuranın davranışının böyle bir gücün kullanımını haklı çıkarmadığını düşünmektedir. Gerçekte, bir başkasının hayatı veya bedensel bütünlüğü açısından hiçbir tehdit teşkil etmeyen ve suç işlediğinden şüphelenilmeyen bir köylü söz konusuydu. Başvuranın davranışında, onun kaçtığından düşünülmesine neden olacak hiçbir şey yoktu. Saklanmadan ve sürünmeden, normal bir şekilde yürümekteydi ve silâhlı değildi.

47. Üstelik, askerlerin bir termal kamerası vardı; gerçekte basit bir şemsiye taşımakta olan bir köylü söz konusuyken, başvuranın bir terörist ve silâhlı olduğunu düşünerek hata yapmışlardır.

48. Bu bakımdan, Mahkeme, Devlet'in, Sözleşme'nin 2 § 2 maddesinde bahsi geçen amaçlardan birine ulaşmak üzere güç kullanmasının, olayların gerçekleştiği dönemde olduğu gibi, sağlam gerekçelerle, samimî olduğu sanılan, ancak hatalı olduğu sonradan ortaya çıkan bir inanca dayanması halinde, 2 § 2 maddesi bakımından haklı görülebileceğini hatırlatmaktadır (*McCann ve diğerleri / Birleşik Krallık*, 27 Eylül 1995, § 200, Seri A no. 324 ve, özellikle, *Giuliani ve Gaggio*, yukarıda bahsi geçen, § § 178-179). Oysa, bu tespit edilmemiştir. Şu halde, Mahkeme yalnızca, teğmen M.E.'nin iş arkadaşlarının yanı sıra kendi hayatı ve bedensel bütünlüğünün de tehlikede olduğu şeklindeki inancının geçerli olduğunu düşünmek için

sağlam gerekçelerin olmadığı sonucuna varabilmektedir; zira bir tehdidin varlığı konusunda yapılan hata ve meşru müdafaa sınırlarının aşılması; kolluk kuvvetleri mensuplarının ve askerlerin psikolojik ve fiziksel özellikleri ve gereksiz hasar riskini en aza indirme şeklindeki özel görevleri açısından mazur görülemezdi (*Aydan / Türkiye*, no. 16281/10, §§ 97-103, 12 Mart 2013).

49. Uyarı atışının yapıp yapılmadığı sorusuyla ilgili olarak, ispat yükümlüğünün davalı Hükümet'e düştüğünün hatırlatılması uygundur. Benzer şekilde, kendisi hakkında kaleme alınan iddiaları uygun ve ikna edici araçlarla çürütmek de, öncelikle söz konusu yetkililerin veya görevlilerin bir yandan bahsi geçen olayların tam olarak ne şekilde gerçekleştiğini bilebilecek, öte yandan da, haklı olarak bu iddiaları doğrulayabilecek veya reddedilebilecek nitelikteki bilgilere erişim sahibi tek kişiler olarak bilinmesinden ötürü, yine Hükümet'in görevidir (*Keser ve Kömürcü / Türkiye*, no. 5981/03, §§ 59 ve 60, 23 Haziran 2009, benzer şekilde içerisinde anılan referanslar ve daha genel nitelikli ilkeler bakımından, *Labita / İtalya* [BD], no. 26772/95, § 120, AİHM 2000-IV, *Pantea / Romanya*, no. 33343/96, § 180, AİHM 2003-VI ve *Berktaş / Türkiye*, no. 22493/93, §§ 62-65, 1 Mart 2001).

50. Mahkeme, gerçekte bir el uyarı atışı yapıp yapılmadığını söyleyebilecek durumda değildir; zira bu nokta, iç hukukta, teğmen M.E.'nin silâhından kaç el ateş edildiğini maddî yönden kontrol etme imkânına sahipken, ifadelere güven duymakla yetinen savcılık tarafından yeterince incelenmemiştir.

51. Ayrıca, gerçekte bir el uyarı atışı yapılmış olsa dahi, Mahkeme, durumun güç kullanımını mutlak şekilde gerekli kılmış olduğunun tespit edilmediğini düşünmektedir. Bu koşullarda böyle bir güç kullanımı, dolayısıyla, aşırı ve haksız olmuştur.

52. Bu olaydan sonra, başvuranın fiziksel acılar çektiği ve niteliği ne olmuş olursa olsun, mağduru olduğu muamelenin, Sözleşme'nin 3. maddesinin gerektirdiği vahamet eşiğine ulaşmış olduğu inkâr edilemez (*Perişan ve diğerleri*, yukarıda bahsi geçen, § 94, ve *Gömi ve diğerleri / Türkiye*, no. 35962/97, § 76, 21 Aralık 2006).

53. Son olarak, Sözleşme'nin 3. maddesinin maddî kısmı ihlâl edilmiştir.

54. Ardından Sözleşme'nin 3. maddesinin usule ilişkin kısmı ile ilgili olarak, Mahkeme, bir bireyin savunabilir bir biçimde Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir muameleye uğradığını iddia ettiği durumlarda, Mahkeme'nin yetkililere sorumluların tespit edilmesini ve cezalandırılmasını mümkün kılacak "resmî ve etkili" bir soruşturma yürütme görevi veren pozitif yükümlülük ile ilgili yerleşik içtihadına başvurmaya yönlendirmektedir (*Slimani / Fransa*, no. 57671/00, §§ 30 ve 31, AİHM 2004-IX, ve *Assenov ve diğerleri / Bulgaristan*, 28 Ekim 1998, § 102, *Kararlar ve Hükümler Derlemesi* 1998-VIII).

55. Mahkeme, davada, soruşturmadan sorumlu yetkililerin ilgili bazı noktaları incelememiş olduğunu tespit etmektedir. Bilhassa, M.E.'nin silâhından yapılan atışların sayısını kontrol etmemişlerdir. Bu kontrol, gerçekte bir uyarı atışının yapıp yapılmadığının bilinmesine imkân verebilirdi. Yetkililer, mağdurun silâhsız olduğunu ve kim için olursa olsun hiçbir tehdit arz etmediğini de dikkate almamıştır. Başvuranın, M.E.'nin uyarılarını dikkate almadığının tespit edildiğini düşündükten sonra, savcı, M.E.'nin konuyla ilgili kurallara uygun olarak silâhını kullanma hakkını kullandığı sonucuna varmıştır. Güce böyle bir başvurunun gerekli olup olmadığı sorusunu hiçbir şekilde incelememiştir.

56. Benzer şekilde, Mahkeme'nin nazarında, maddî koşulların tümü, sıkı bir kontrolden geçmemiştir (bakınız, aynı anlamda, *Natchova ve diğerleri / Bulgaristan* [BD], no. 43577/98 ve 43579/98, § 114, AİHM 2005-VII).

57. Bundan dolayı, Sözleşme'nin 3. maddesi usul bakımından da ihlâl edilmiştir.

II. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

A. Tazminat

58. Başvuran, maddî tazminat olarak, 30.000 avro (EUR) talep etmektedir; bu miktar, bakım giderlerine ve yaralanması sonucunda yaşadığı gelir kaybına karşılık gelmektedir. Ayrıca, manevî tazminat olarak, 20.000 (EUR) avro talep etmektedir.

59. Hükümet, bu taleplere itiraz etmektedir.

60. Maddî tazminat ile ilgili olarak, Mahkeme, başvuranın talebini destekleyici hiçbir belge ibraz etmemiş olduğunu tespit etmektedir. Sonuç olarak, bu talebi reddetmektedir. Buna karşılık, manevî tazminat ile ilgili olarak, Mahkeme, konuyla ilgili içtihadını göz önünde bulundurarak ve hakkaniyetle karar vererek, başvurana 19.500 avro vermektedir.

B. Masraflar ve giderler

61. Başvuran ayrıca Mahkeme önündeki yargılama için yapılan masraflar ve giderler olarak 1.170 avro talep etmektedir. Talebini desteklemek üzere, 260,78 Türk Lirası (yaklaşık 110 avro) tutarında bir zaman çizelgesi ve tercüme masrafı faturası ibraz etmektedir.

62. Mahkeme içtihadına göre, bir başvuran, ancak söz konusu masraf ve giderlerin gerçekliği, gerekliliği ve miktar bakımından makullüğü ortaya konulmuş ise, masraf ve giderler geri ödemesi alabilir. Söz konusu davada ve elindeki belgeleri ve içtihadını dikkate alarak, Mahkeme, başvurana 1.000 avro verilmesinin makul olduğu kanaatindedir.

C. Temerrüt faizi

63. Mahkeme, temerrüt faizinin, Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal borç verme faiz oranına üç puan eklenmek suretiyle belirlenmesinin uygun olacağı kanaatindedir.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME

1. Oybirliğiyle başvurunun kabul edilebilirliğine *hükmetmiş*;
2. 2'ye karşı 5 oyla, Sözleşme'nin 3. maddesinin maddî bakımdan ihlâl edildiğine *karar vermiş*;
3. 2'ye karşı 5 oyla, Sözleşme'nin 3. maddesinin usul bakımından ihlâl edildiğine *karar vermiş*;
4. 2'ye karşı 5 oyla,
 - a) davalı Hükümet'in, Sözleşme'nin 44 § 2 maddesi uyarınca kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içerisinde aşağıda belirtilen ve çözümün sağlandığı tarihte geçerli olan kur üzerinden davalı Devlet'in para birimine çevrilecek olan miktarları başvuranlara ödemesine:
 - (i) manevî tazminat olarak, ödenmesi gereken vergiler hâriç olmak üzere 19.500 avro (ondokuz bin beş yüz avro),
 - (ii) masraf ve giderler olarak, başvuran tarafından ödenmesi gereken vergiler hâriç olmak üzere 1.000 avro (bin avro),
 - (b) yukarıda bahsi geçen üç ayın sona ermesinden itibaren çözüme kadar geçen sürede, yukarıdaki tutarlar üzerinden temerrüt dönemi süresince geçerli olan Avrupa Merkez Bankası marjinal borç verme faizine ilâveten yüzde üç basit faiz ödenmesine;
Karar vermiştir;
5. Oybirliğiyle, adil tazmin talebinin geri kalanını *reddetmiştir*.

Fransızca olarak düzenlenmiş ve ardından Mahkeme İçtüzüğü'nün 77 § 2 ve 3 maddeleri uyarınca, 2 Temmuz 2013 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Stanley Naismith
Daire Yazı İşleri Müdürü

Guido Raimondi
Başkan

Sözleşme'nin 45 § 2 ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 74 § 2 maddeleri uyarınca, işbu kararın ekinde, yargıçlar Sajó ve Keller'in muhalif görüşlerinin özeti bulunmaktadır.

G.R.A.

S.H.N.

YARGIÇLAR SAJÓ VE KELLER'İN MÜŞTEREK MUHALİF GÖRÜŞÜ

(Çeviri)

1. Meslektaşlarımızın çoğunluk oyuyla ulaştığı, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlâl edildiği yönündeki tespitlerine katılamadığımız için üzgünüz. İşbu dava, 3. maddeye aykırı olarak aşırı güç kullanımına başvurma iddialarına ilişkin davalarda uygulanacak olan normların incelenmesini gerektirmektedir. Oysa çoğunluk, davada vardıkları sonuçları haklı gerekçelere dayandırmak üzere, muhakemesini 3. maddeye ilişkin içtihadı değil, zımnen, 2. maddeye ilişkin içtihadı dayandırmaktadır.

I. UYGULANABİLİR HUKUK

a. Söz konusu yalnızca kanunların uygulanması değildir

2. Davada, başvuran, olay sonrasında yaşadığı sıkıntılardan ve fiziksel sakatlıktan ötürü, Türk Devleti'nin, 3. maddenin kendisine tanıdığı hakları ihlâl ettiğini savunmaktadır. Askerlerin kendisini öldürme niyetinin olduğunu veya hayatının ciddî anlamda tehlikede olduğunu iddia etmemektedir; dolayısıyla dava, 2. maddenin değil, 3. maddenin yetki alanına girmektedir (*Makaratzis / Yunanistan* [BD], no. 50385/99, § 51, AİHM 2004-XI; *İlhan / Türkiye* [BD], no. 22277/93, § 76, AİHM 2000-VII).

3. Davada, söz konusu hükümet güçlerinin, kanunların uygulanması hususunda görevlerini yerine getiren sıradan polis memurları değil, terörle

mücadele operasyonu yürütmeye çalışan askerler olduğuna dikkat edilmesi önemlidir. Hükümet, olayın askerî operasyonlar bağlamında meydana geldiğini savunmaktadır ki; Mahkeme de bunu inkâr etmemektedir. Bununla birlikte, *Aydan / Türkiye* (no. 16281/10, §§ 97-103, 12 Mart 2013; kararın 48. paragrafı) davasına bulunulan atıftan; Mahkeme'nin, kanunların uygulanması gibi, dolayısıyla Suçun Önlenmesi ve Suçluların Tedavisi konulu Birleşmiş Milletler 8. Kongresi tarafından kabul edilen (Havana, Küba, 27 Ağustos-7 Eylül 1990), “kanunları uygulamaktan sorumlu kişilerin güce başvurusu ve ateşli silâh kullanmasına ilişkin temel ilkeler” tarafından düzenlenen bir durumun söz konusu olduğunu düşündüğü anlaşılmaktadır. Bu ilkeleri uygulamak için de, benzer şekilde, bu araçta “kanunları uygulamaktan sorumlu kişi” ifadesine atfedilen anlama dikkat edilmesi gerekmektedir: açıklayıcı sayfa dipnotuna göre, bu ifade “tayin edilmiş veya seçilmiş olsun, polis yetkileri ve özellikle yakalama veya tutuklama yetkileri icra eden kanun temsilcilerini kapsamaktadır. Polis yetkilerinin, üniformalı veya sivil askerî yetkililer veya Devlet'in kolluk güçleri tarafından kullanıldığı ülkelerde, kanunları uygulamaktan sorumlu kişilerin tanımı yine bu tür hizmetler veren görevlileri de kapsamaktadır”.

b. Uluslararası insancıl hukukun dikkate alınması

4. Mahkeme, uluslararası insancıl hukukun davada uygulanabilir olup olmadığını incelememiştir. Türkiye, 1954 yılında Cenevre Sözleşmeleri'ni meclisinde onaylamışsa da, bu sözleşmelere ek birinci ve ikinci protokollere hiçbir zaman taraf olmamıştır. Dolayısıyla davada geçen durumun, “milletlerarası mahiyette olmayan ve Yüksek Akit Taraflardan birinin toprakları üzerinde çıkan silâhlı çatışmaların” tümü için geçerli olan, Cenevre Sözleşmeleri'nde müşterek 3. madde açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Türkiye için, PKK'nın silâhlı grupları karşısında yürütülen silâhlı saldırıların, Cenevre Sözleşmeleri'nin kapsamına girmediğini bilmekteyiz ki; bu sözleşmeler de, savaştan taraflardan birinin ayaklanma gücü olarak düşünüldüğü ve yandaşlarının tanınabilir bir üniforma giymese de tespit edilebilir bir komuta zincirine sahip olduğu durumlarda uygulanmalarının güç olmasıyla tanınmaktadır.

5. Buna karşın, durum, en azından bir silâhlı çatışmanın varlığının düşünüldüğünü yerinde kılacak niteliktedir.

6. Dolayısıyla ilk önce, farz edilen silâhlı çatışmanın, uluslararası veya iç bir çatışma olup olmadığının belirlenmesi yerinde olacaktır. Olayların geçtiği sırada, bu çatışma esasen ülkenin içerisinde geçtiği için, bir iç çatışmanın söz konusu olduğunu düşünmekteyiz. Bir silâhlı çatışmayı, daha düşük önemdeki ayaklanma veya iç gerginlikler gibi diğer şiddet türlerinden ayırabilmek için, durumun belli bir çatışma seviyesine ulaşması gerekmektedir. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, “hükümet

güçleri ile örgütlü silâhlı gruplar arasında veya Devlet bünyesinde bulunan bu tür gruplar arasında bir silâhlı çatışmanın olduğu (...) her durumda” silâhlı bir iç çatışma olduğuna kanaat getirmiştir (EYUCM, *Savcı / Dusko Tadic*, savunmanın yetkisizlik konusundaki ilk itirazı temyizine ilişkin karar, UCM-94-1-A, 2 Ekim 1995, § 70).

7. Bir iç karışıklığın, silâhlı bir iç çatışma teşkil edebilmesi için gerekli eşiğe ulaşıp ulaşmadığını belirlemede, Uluslararası Kızılhaç Komitesi (UKK) iki ölçüte başvurmuştur: düşmanlıkların asgarî bir yoğunluk seviyesine ulaşması gerekmekte ve çatışmaya karışan sivil toplum gruplarının “çatışmaya taraf” olarak düşünülmesi gerekmektedir. Hükümet ayaklanmacılar karşısında sıradan kolluk güçleri yerine askerî güce başvurmak zorunda kaldığında, örneğin, birinci koşul karşılanmıştır. İkinci koşul, sivil toplum grupları, belli bir komuta yapısına tâbi ve kalıcı askerî operasyonlar yürütme kapasitesine sahip örgütlü silâhlı kuvvetlere sahip olduğunda karşılanmıştır (UKK, “‘Silâhlı çatışma’ terimi, uluslararası insancıl hukukta nasıl tanımlanmaktadır?”, Görüş Bildirisi, Mart 2008, s. 3).

8. PKK durumunda, gerekli asgarî yoğunluk derecesinin varlığı, çatışma çerçevesinde meydana gelen hasarların yanı sıra ölü ve yaralı sayıları ve Türk Hükümeti’nin PKK faaliyetleriyle mücadele etmek için silâhlı kuvvetlerini seferber etmesiyle ortaya konulmuştur. İşbu davada, ilgili bölge şimdilerde 1990’lı yıllarda olduğu gibi olağanüstü hal kanunlarına tâbi değilse de; PKK varlığının güçlü olduğu ve terörist saldırıların belli bir düzenlilik içerisinde meydana geldiği bir bölgedir. Dolayısıyla, PKK ile mücadele etmek ve yeni saldırıların önüne geçmek amacıyla, bu bölgede önemli miktarda askerî harekât yapılmaktadır. Bizim nazarımızda, birinci koşul tartışmasız karşılanmaktadır.

9. PKK’nın “çatışmaya taraf” olarak nitelendirilmesine gelinecek olursa, örgütlenişi, komuta yapısı ve bunun yanı sıra 1978’den bu yana başlattığı silâhlı operasyonları yürütme kapasitesi, ikinci koşulun da benzer şekilde karşılandığını göstermektedir (*Öcalan / Türkiye* [BD], no. 46221/99, § 8 ve 49, AİHM 2005-IV). Sonuç olarak, PKK’nın, müşterek 3. madde anlamında “çatışmaya taraf” olarak düşünülmesi mümkündür.

10. Müşterek 3. madde anlamında, milletlerarası olmayan silâhlı çatışma tanımının, 2 no.’lu Ek Protokol’den farklı olarak hiçbir toprak denetimi gerektirmediğinin ve 3. maddenin kapsamının daha sonra sonraki Protokol ile daraltılmadığının hatırlatılması önemlidir (*Korbely / Macaristan* [BD], no. 9174/02, § 87, AİHM 2008). Toprak kontrolü gerekliliği, dolayısıyla, yalnızca 2 no.’lu Ek Protokol’ün uygulama kapsamının belirlenmesinde devreye girmektedir (UKK, yukarıda bahsi geçen belge, s. 4).

11. Dolayısıyla ilgili tüm koşullar karşılanmaktadır ki; bu da PKK ile Türk Hükümeti arasındaki çatışmanın silâhlı çatışma olarak nitelendirilebileceği sonucunu doğurmaktadır. Mahkeme’nin 2001 yılında verdiği sonuç, bu bakış açısını desteklemektedir; buna göre, “yaklaşık 1985

yılından bu yana, Türkiye'nin Güneydoğusu, özellikle kolluk güçleri ve PKK üyeleri arasındaki silâhlı çatışmalar olmak üzere, ciddi karmaşıklıklara tanık olmaktadır (...)" (Avşar / Türkiye, no. 25657/94, § 285, AİHM 2001-VII (alıntılar)).

12. Kısacası, güce başvurunun değerlendirilmesi söz konusu olduğunda, durumun gerçekliğinin bir silâhlı çatışma bağlamında ele alınması yerinde olacaktır. Mevcut dava, kanunların uygulanmasıyla ilintili yükümlülüklerle ilgili değildir. Uygulanabilir normların, sivillerin bir bütün olarak korunmasının yanı sıra askerî mücadelelerde uygulanabilir kurallara riayeti de kapsamı gerekmektedir.

II. 3. MADDE BAKIMINDAN “MUTLAK ZORUNLULUK” KRİTERİ

13. Şu halde, 3. maddeye ilişkin ilgili içtihada dönüyoruz. Mahkeme, daha önce, “ilgili kişinin kendi davranışı tarafından mutlak bir biçimde gerekli kılınmamış her tür güç kullanımı, insan haysiyetine zarar vermekte ve, ilke olarak, Sözleşme'nin 3. maddesi tarafından teminat altına alınan hak karşısında ihlâl teşkil etmektedir” demiştir (*El Masri / Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti* [BD], no. 39630/09, § 207, AİHM 2012, *Ribitsch / Avusturya*, 4 Aralık 1995, § 38, seri A no. 336 kararına atıf ile). 3. madde bakımından aşırı güç kullanıldığı iddiasını incelemek için, Mahkeme'nin öncelikle, güce başvurunun davanın koşullarında mutlak bir biçimde gerekli olduğunu tespit etmesi gerekmektedir.

14. Temel İlkelerin, kanunların uygulanması gibi bir bağlamda dahi, Mahkeme'nin içtihadında olduğundan daha az zorlayıcı olduğunu görmekteyiz¹. Ayrıca, kararının 48. paragrafında geçen bir cümleye dönülecek olursa, Mahkeme içtihadı, kanunların uygulanmasından sorumlu kişilerin meslekî sorumluluğunu, yakın geçmişte *Aydan* davasında geçen bir silâhlı çatışma durumuna uygulanan normları kapsayacak şekilde genişletmektedir. *Aydan* davasında, Mahkeme'nin, silâhlı kuvvetlerin meslekî sorumluluğunun, özel eğitimleri nedeniyle, kamu düzeni aleyhinde şiddetli karmaşıklıklar (ki bu, Temel İlkeler anlamında kanunların uygulanması gibi bir durum teşkil etmektedir) bağlamında tartışılabileceğine kanaat getirdiğini hatırlıyoruz. Oysa davada bu kural, askerî operasyonlara başka hiçbir açıklama getirilmeksizin olduğu gibi

¹ Ateşli silâh kullanma yetkilerinin olduğu durumlarda, “kanunların uygulanmasından sorumlu kişilerin; böyle bir hareketin kanunların uygulanmasından sorumlu kişilerin güvenliğini haksız yere tehlikeye atmaması, diğer kişiler için ölüm veya ciddi kaza tehlikesi arz etmemesi veya olayın koşulları bakımından açıkça uygunsuz veya gereksiz olmaması şartıyla; kendilerini tanıtmaları, ateşli silâh kullanma niyetleri hakkında açık bir uyarıda bulunması, uyarının etkili olması için yeterince süre vermesi gerekmektedir” (daha önce bahsi geçen, Birleşmiş Milletler Temel İlkeleri paragraf 10 – italik yazı eklenmiştir).

kullanılmıştır. Ordunun meslekî eğitiminin ve yeterli askerî operasyon hazırlığının, Devlet'in sorumluluğunun olup olmadığının tespit edilmesi açısından önemli mülahazalar teşkil ettiğine itiraz etmemekteyiz; ancak bu tür adlî beklentiler, belli ölçüde kesinlik gerektirmektedir. Muhakkak ki, “Devlet görevlilerinin aldığı eğitim ve talimatlar ve bunun yanı sıra operasyonel bir kontrol gerekliliği”, “2 § 2 maddesi bakımından, (...) Hükümet'in, algılandığı şekliyle bir terörist saldırısı tehdidine yanıtının orantılılığı sorununu ortaya atan” konulardır (*McCann ve diğerleri / Birleşik Krallık*, 27 Eylül 1995, § 156, seri A, no. 324). Bu hususların, silâhlı çatışmalar ve özel askerî operasyonlardan oluşan bir bağlam çerçevesinde dahi, 3. madde bağlamında da aynı derecede anlamlı olduğu görülmektedir. Fakat Mahkeme, bu tür bir profesyonellik eksikliğinin dikkate alınması gereken bir husus olabileceği bir eğitim veya operasyon alanından dahi bahsetmemektedir. En azından, aksi yönde bilirkişi bulguları yokken, bir şemsiye ile muhtemel bir teröriste ait bir silâhın karıştırılmış olmasının nasıl olup da meslekî bir hata teşkil ettiğini anlamamaktayız; kaldı ki ne Mahkeme ne de başvuran böyle bir hata olduğunu iddia etmektedir.

15. Söz konusunun dar anlamda kanunların uygulanmasına ilişkin bir dava olmaması, normu değiştirmez: güce başvuru, mutlak şekilde gerekli olmak zorundadır. Gerekliliğin belirlenmesinde, Mahkeme içtihadında anlamlı olarak değerlendirilen unsurlar şöyledir: a) güç kullanımını çevreleyen daha genel koşullar; b) samimî inanç; c) orantılılık; d) söz konusu zararın niteliği ve e) söz konusu olaylardan sonraki tutum.

a) Güce başvurunun kesinlikle gerekli olup olmadığının tespiti için, Mahkeme'nin, terörist faaliyet seviyesi dâhil olmak üzere “o sırada hüküm süren (...) ortamı” dikkate alması gerekmektedir (*Makaratzis / Yunanistan* [BD], no. 50385/99, § 65, AİHM 2004-XI) ve askerlerin içerisinde bulunduğu “aşırı gerginlik bağlamı” (*Giuliani ve Gaggio / İtalya* [BD], no. 23458/02, § 191, AİHM 2011 (alıntılar)). Bu davaların her ikisi de, 2. maddeyi devreye sokmakla birlikte; her ne kadar kullanılan gücün seviyesine ilişkin muhakeme, 3. maddenin içtihadından doğan seviyeden farklıysa da, bu kararlarda güce ilk başvurunun izinli olup olmadığının bilinmesine yönelik olarak yapılan inceleme önemini korumaktadır. Norm; kasten veya ihmalden adam öldürme davalarındakine kıyasla, güce başvurunun kasten ihmal edilmesinden doğan yaralanmalarda daha katı olabilmektedir.

b) “Öldürmek amacıyla ateş” edilen bir durumda dahi, Mahkeme, Devlet'in, Sözleşme'nin 2 § 2 maddesinde bahsi geçen amaçlardan birine ulaşmak üzere güç kullanmasının, olayların gerçekleştiği dönemde olduğu gibi, sağlam gerekçelerle, samimî olduğu sanılan, ancak hatalı olduğu sonradan ortaya çıkan bir inanca dayanması halinde, 2 § 2 maddesi bakımından haklı görülebileceğine kanaat getirmiştir. Aksinin iddia edilmesi, Devlet'e ve Devlet'in kanunların uygulanmasından sorumlu görevlilerine, kendi ve başkalarının hayatı pahasına ifa edilme riski taşıyan

ve gerçekçi olmayan bir görevin dayatılması anlamına gelecektir” (*McCann ve diğerleri / Birleşik Krallık*, yukarıda bahsi geçen, § § 199-200). Bu değerlendirmenin mantığı, hiç kuşkusuz, öldürme niyetinin veya üzücü bir ölüm olayının olmadığı silâhlı çatışma hallerinde görülen hatalar için geçerlidir.

Askerler, gece bu bölgeden teröristlerin geçeceği konusunda bilgilendirilmişti ve vasat görüş, onların başvuranın şemsiyesini silâh olarak algılamasına neden olmuştu. Olayların Hükümet tarafından sunulan yorumuna göre, yukarıda anlatılan hataya kadar, askerler üç şüpheliye önce sivil muamelesi yapmıştır. Güce başvurunun gerekli olup olmadığının takdir edilmesi için, Mahkeme “iyi niyetle tehlikeli olarak algıladığı durum karşısında olayın sıcaklığıyla tepki vermek zorunda kalan görevlinin duruma ilişkin takdiri yerine kendi takdirini koyamaz (...)” (*Bubbins / Birleşik Krallık*, no. 50196/99, § 139, AİHM 2005-II (alıntılar)). Oysa bu davada, askerin yaptığı değerlendirmenin ötesine geçmemize olanak verecek kadar unsur görememekteyiz. Mahkeme, açık gerekçeler sunmaksızın, aksi bir sonuca varmaktadır.

c) Güç başvurunun mutlak biçimde gerekli olduğu tehlikeli koşullarda, Mahkeme’nin, bu güç kullanımının, algılanan tehditle orantılı olup olmadığını araştırması gerekmektedir (*Günaydın / Türkiye*, no. 27526/95, 30, 13 Ekim 2005). Orantılılık, güç kullanımının mutlak biçimde gerekli olduğuna ilişkin varılabilecek her tür sonuç için bir ön şart teşkil etmektedir. Davada, orantılılığın değerlendirilmesi konusunda pek çok unsur hesaba girmektedir. İlk olarak, yukarıda vurgulandığı üzere, askerler gergin bir bağlamda hareket etmekteydi, sınırlı bilgiye sahipti ve başvuranın bir silâh taşıdığını zannetti. Bu inanç ve başvuranın kendilerine doğru ilerlemeye devam etmesi göz önünde bulundurulduğunda, askerlerin elinde, güvenliklerini yeterli biçimde sağlamak için ateşli silâh kullanımından başka gerçekçi hiçbir çözüm bulunmamaktaydı.

Bu anlamda önemli bir başka husus da, güç kullanım şekilleridir. Davada, asker, başvuranın bacağını nişan alarak tek bir kez ateş etmiştir. Önceki davalarda, 3. maddenin ihlâli yönünde yapılan tespitler, askerlerin gerekli değilken hayaî organları hedef almış (*Günaydın / Türkiye*, yukarıda bahsi geçen, § § 32-33) veya haksız yere pek çok kez ateş etmiş (*Naboyshchikov / Rusya*, no. 21240/05, § § 62-64, 27 Ekim 2011) olmalarıyla gerekçelendirilmişti. Bu faktörler, söz konusu davada yoktur; aksine, kullanılan gücün, başvurunu durdurmak için, onun hayatını tehlikeye atmaksızın veya kendisine söz konusu koşullarda gerekenden daha fazla sıkıntı yaratmaksızın, dikkatle ayarlanmış olduğu görülmektedir. Ateşli bir silâh kullanımının uygun olup olmadığının değerlendirilmesi için, bir el uyarı atışı yapıp yapılmadığının tespit edilmesi de yerinde olacaktır (bakınız, örneğin, *Giuliani ve Gaggio / İtalya*, yukarıda bahsi geçen, § 177; *Kallis ve Androulla Panayi / Türkiye*, no. 45388/99, § 62, 27 Ekim 2009). Tanıkların pek çok ifadesi, uyarının olduğu yorumu desteklemektedir. Söz

konusu ifadeler askerlerden gelmektedir ve bu da, güvenilirlik sorununu ortaya atabilir; ancak görgü tanıklarının güvenilirliğinin değerlendirilmesi, her şeyden önce ulusal makamlara düşmektedir. Mahkeme, davada usul açısından eksiklikler olduğunu bildirmekte; ancak tanıkların ifadelerinin değerlendirilmesine ilişkin herhangi bir itirazdan veya şüpheden bahsetmemektedir. Sonuç olarak ve çoğunluğun ulaştığı sonucun aksine, bu bakımdan çelişkili delil unsurlarını göz ardı edemeyiz. Daha önemlisi, Mahkeme, güce başvurunun, uyarı – ki çoğunluğun görüşüne göre uyarı olmuş da olmamış da olabilir – olsa dahi, mutlak şekilde gerekli olmadığını düşünmektedir (kararın 50. ve 51. paragrafları). Çoğunluğun görüşü, ne durumu ne de bir savaş alanında gerçekleştirilen gece operasyonuna ait somut koşulları yukarıda değinilen içtihat ışığında değerlendirmeksizin, durumun kendisinin güç kullanımını gereksiz kıldığını demekten ibarettir.

d) Silâhlı çatışmalar sırasında hükümet güçleri tarafından atılan mermiler sonucu meydana gelen yaralanmalar, örneğin *Hamiyet Kaplan ve diğerleri / Türkiye*, (no. 36749/97, 13 Eylül 2005) davasındaki gibi, 3. madde konusunda bir ihlâl tespit edilmesi için gerekli vahamet derecesini göstermemektedir. *Hamiyet Kaplan* davasında Mahkeme, başvuranların ailelerinin pek çok ferдинin öldürüldüğü ve başvuranlardan birinin PKK aleyhinde yürütülen bir terörle mücadele baskını sırasında kurşunlarla ağır yaralandığı bir duruma ilişkin olarak, 3. maddenin ihlâl edildiği şeklinde bir iddiayı incelemiştir. Davada başvuranın aldığı yaraların ve sonraki sakatlığının kendisine sıkıntılar yarattığı inkâr edilemez ve adalet, şimdiki sıkıntısına devam etmek olan kanun ve düzen yokluğu neden olduğu için, kendisine tazminat ödenmesini gerektirmektedir. Aslen, başvuran boş yere bir idarî bir dava açmıştır ki; bu da Sözleşme bakımından soru işaretleri uyandırabilmektedir. Bunu söyledikten sonra, ilgilinin yaşadığı acı, davranışından bağımsız değildi; keyfi olarak, insanlık çiğnenerek yaşatılmamıştı ve insanoğlunun ruhsuz varlıklar gibi muamele gördüğü bir askerî eylemin meyvesi değildi. Atış, kendini savunma şeklindeki bir refleksten doğmuştu (silâhlı bir düşmanı etkisiz hale getirme niyetiyle dahi değil) ve böyle bir durum, özellikle askerlerin kasten hayatî organları hedef almaktan kaçındıkları ve başvuruları hızlıca hastaneye götürdükleri göz önünde bulundurulduğunda, kendisini insanlıkdışı veya aşağılayıcı muameleler olarak nitelendirebileceğimiz derecede bir vahamet arz etmemektedir.

e) Dahası, askerlerin yaylın ateşinden sonraki tutumlarının, davranışlarının 3. Maddeyi ihlâl edip etmediğinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gerekmektedir. *İlhan / Türkiye* davasında, örneğin, başvuran ve erkek kardeşi, kendilerini tutuklamak için gelen jandarmalardan saklanarak kaçmaya çalıştıktan sonra, jandarmalar tarafından iyice dövülmüştü. Mahkeme, 3. maddenin ihlâl edildiğini tespit etmiş; ancak, bu tespitinde hem yaraların ağırlığına hem de, özellikle “ilgiliye uygun tıbbî bakımların sağlanmasından önce önemli miktarda zaman geçmişti”

(paragraf 87) olmak üzere, genel koşullara dayanmıştır. Davada, ne yetkililerin başvurana derhâl tıbbî bakım vermeye çalışmış olmasına, ne de bakımların yeterli olduğuna itiraz edilmektedir. Bu unsur, başvuranın insanlıkdışı ve aşağılayıcı bir muamele gördüğü şeklindeki iddiası aleyhinde kuvvetle durmaktadır.

16. Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 3. maddenin maddî bakımdan ihlâl edildiğini düşünen çoğunluğun fikrini paylaşmamaktayız. Aynı maddenin usulî açıdan ihlâl edildiği iddiası ile ilgili olarak, meslektaşlarımızın, olaya ilişkin yürütülen soruşturmanın yetersiz olduğu şeklindeki görüşüne de katılamamaktayız. Meslektaşlarımız, bir uyarı atışının olup olmadığının bilinmesi sorusunun davada önemli olmadığını düşünmekte (kararın 51. paragrafı); ancak ardından yine de gerçekten bir uyarı atışı olup olmadığını tespit edemediği için soruşturmanın yetersiz olduğu sonucuna varmaktadırlar (55. ve 57. paragraflar). Bu muhakemeye katılamamaktayız.

Bundan dolayı, 3. maddenin ne maddî ve ne de usulî açıdan ihlâl edilmiş olduğunu düşünmekteyiz.