



İKİNCİ DAİRE

**OSMANOĞLU – TÜRKİYE DAVASI**

*(Başvuru no. 48804/99)*

KARAR

STRAZBURG

24 Ocak 2008

*İşbu karar AIHS'nin 44/2. maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir. Şekli düzeltmelere tâbi olabilir.*

## USUL

Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan 48804/99 başvuru numaralı davanın nedeni Kürt kökenli T.C. vatandaşı Muhyettin Osmanoğlu'nun ("başvuran") Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na ("Komisyon") 25 Eylül 1996 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ("Sözleşme") eski 25. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvurdur.

Başvuran, AIHM önünde, Londra'da bulunan Kürt İnsan Hakları Projesi'ne bağlı avukatlar Mark Muller, Tim Otty, Kerim Yıldız ve Lucy Claridge ile Diyarbakır Barosu'na bağlı avukatlar Reyhan Yalçındağ, Aygül Demirtaş ve Selahattin Demirtaş tarafından temsil edilmiştir.

## OLAYLAR

### DAVANIN KOŞULLARI

Başvuran Muhyettin Osmanoğlu 1942 doğumludur ve Diyarbakır'da ikamet etmektedir. 1968 doğumlu olan Atilla Osmanoğlu'nun babasıdır. Atilla, iddiaya göre, 25 Mart 1996 tarihinde polis tarafından gözaltına alınmış ve daha sonra ortadan kaybolmuştur.

#### A. Giriş

Dava olayları taraflar arasında ihtilafıdır ve ayrı olarak sunulacaktır.

Başvuran tarafından sunulduğu şekliyle dava olayları aşağıda yer alan B Kısmı'nda ortaya konmuştur. Hükümet'in dava olaylarına ilişkin görüşleri C Kısmı'nda özetlenmiştir. Taraflarca sunulan, belgelere dayanan deliller D Kısmı'nda özetlenmiştir.

#### B. Başvuranın dava olaylarına ilişkin görüşleri

Başvuran emekli bir devlet memurudur. Bu başvuruya yol açan olayların gerçekleştiği dönemde, başvuran ve ailesi Diyarbakır'da yaşamaktaydılar ve burada başvuranın oğlu Atilla, başvuranın sahibi olduğu toptan satış yapan bir bakkal dükkanı işletmekteydi. Başvuran ve ailesi, Diyarbakır'dan önce, yakın mesafedeki Hazro ilçesinde yaşamaktaydılar ve başvuran burada devlet memuru olarak görev yapmaktaydı. Şubat 1992'de, oğlunun bir polis memuru tarafından tehdit edilmesinden sonra başvuran ve ailesi Diyarbakır'a taşınmışlardır. 1994 tarihinde, başvuran, 28 gün süreyle tutuklu bulundurulmuş ve tutukluluğu sırasında kötü muameleye tabi tutulmuştur. Daha sonra, hakkındaki suçlamalardan beraat etmiştir.

25 Mart 1996 tarihinde, saat 11:00 sıralarında, başvuran dükkana gelmiş ve iki adamın Atilla'yı dükkandan dışarı çıkardıklarını görmüştür. Adamlardan bir tanesi sarışın, uzun boylu ve sakalsızdı ve saç kesimi "Amerikan tıraşı" şeklindeydi. İkinci adam, tıknaz, orta boylu ve esmerdi. Adamlar silahlilardı ve telsiz taşıyorlardı.

İki adam başvurana polis memurları olduklarını ve oğlunu emniyet müdürlüğünde kantin hizmeti sağlamaya yönelik sözleşme teklifinde bulunabilmesi için emniyet müdürlüğüne götürdüklerini söylemişlerdir. Adamlar, ayrıca, yanlarına bir kutu şeker ve bir kilo çay almışlardır. İki adam, başvurana Atilla'yı yaklaşık yarım saat içinde geri

getireceklerini söyleyince ve Atilla da bunu doğrulayınca, başvuran, müdahale etmemeye karar vermiştir. Başvuran, Atilla'nın, içinde iki yolcunun daha bulunduğu bir arabaya götürüldüğünü görmüştür. Komşu dükkan sahipleri de iki adamın Atilla'yı yanlarında götürüşüne tanık olmuşlardır.

Aynı iki adam daha önce dükkana gelmişler ve kantinden geldiklerini belirtip Atilla'dan kendileriyle gelmesini istemişlerdir. Atilla gitmeyi reddedince, iki adam yaklaşık bir saat dükkanda oturmuş ve üç telefon görüşmesi yapmışlardır. Atilla, adamların şifreli konuşmaları nedeniyle bu telefon görüşmelerini anlamadığını belirtmiştir. Atilla o akşam başvurana bu olayı anlattığında, olay hakkında endişeliydi.

25 Mart 1996 akşamı Atilla geri dönmeyince, başvuran, onun gözaltına alındığını düşünmüştü. Ertesi gün, Valiliğe ve Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı'na başvurmuştur. Aynı Savcı'ya 29 Mart ve 1, 9 ve 19 Nisan tarihlerinde yine başvurmuştur. 16 Mayıs 1996 tarihinde, başvuran bir kez daha Valiliğe başvurmuştur.

Başvuran, 1 Nisan 1996 tarihli dilekçesine, Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcısı'ndan yanıt almıştır. Savcı, başvuranın oğlunun isminin gözaltı kayıtlarında yer almadığını ifade etmiştir.

Haziran 1996'da, başvuran, dilekçeleri ile ilgili olarak Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne çağırılmıştır. Sunduğu ifade ve şikayet, 1996/4041 ön dosya numarası altında dosyalanmıştır. Valiliğe yaptığı başvuru hakkında, başvurana, Diyarbakır Emniyet Müdürlüğü Cinayet Masası ile irtibata geçmesi söylenmiştir. Başvuran, söz konusu merciye mektup ile başvurmuş; ancak, bölgede bulunan kimliği belirlenememiş birkaç cesedi teşhis etmesi talebi dışında bir yanıt almamıştır.

Son olarak, davanın kabuledilebilirliğine ve esasına ilişkin Hükümet görüşlerine yanıt olarak AİHM'ye sunduğu görüşlerinde, başvuran, 4 Temmuz 2005 tarihinde *Özgür Gündem* gazetesinde yayınlanan ve iddiaya göre JİTEM (Jandarma İstihbarat Terörle Mücadele) eski üyesi olan Abdülkadir Aygan tarafından yapılan ve oğlu Atilla'nın kaçırılmasını ve daha sonra öldürülmesini anlatan sözde itirafın ayrıntılarını açıklayan bir makaleye atıfta bulunmuştur.

### **C. Hükümet'in dava olaylarına ilişkin görüşleri**

Hükümet, başvuranın 1 Nisan 1996 tarihinde Savcı'ya şikayette bulunduğunu doğrulamıştır. Söz konusu şikayette başvuran, oğlunun polis memurları tarafından gözaltına alındığını iddia etmiş ve oğlunun bulunduğu yere ilişkin bilgi talep etmiştir.

Savcı, başvuranın şikayetini alması üzerine, Emniyet Müdürlüğü gözaltı kayıtlarını incelemiş ve Atilla Osmanoğlu'nun gözaltına alınmamış olduğu kararına varmıştır. Savcı, Atilla Osmanoğlu'nun gözaltına alınmış olduğunu gösteren gözaltı kayıtlarının veya kaçırıldığına veya kanunsuz bir fiil sonucu mağdur olduğuna dair delillerin mevcut olmadığı gerekçesiyle soruşturma başlatmamıştır.

20 Mayıs 1996 tarihinde, Diyarbakır Emniyet Müdürlüğü Cinayet Masasında başvuranın ifadesi alınmıştır. Bu ifadenin alınmasının ardından, Atilla Osmanoğlu kayıp şahıs olarak kayıtlara geçmiş ve bulunması amacıyla ülke genelinde bir soruşturma yürütülmüştür.

AİHM başvurunun kabuledilebilir olduğuna karar verdikten sonra, Hükümet'ten, Atilla Osmanoğlu'nun ortadan kaybolmasına ilişkin tam soruşturma dosyasının bir örneğini sunmasını talep etmiştir. Hükümet'ten, bununla birlikte, Abdülkadir Aygan'ın, başvuranın oğlunun kaçırılmasına ve öldürülmesine ilişkin sözde itirafına yönelik bir soruşturma açılıp açılmadığına dair bilgi talep etmiştir. Hükümet, yanıt olarak, AİHM'ye, iddiaların soyut ve asılsız olmaları nedeniyle, Atilla Osmanoğlu'nun ortadan kaybolmasına veya Aygan'ın sözde itirafına yönelik bir soruşturma başlatılmadığını bildirmiştir.

#### **D. Taraflarca sunulan belgelere dayalı deliller**

Aşağıda bulunan bilgiler, taraflarca sunulan belgelerde yer almaktadır.

26 Mart 1996 tarihinde, başvuran, Diyarbakır Valiliği'ne bir dilekçe sunmuş ve oğlunun bir gün önce Diyarbakır Emniyet Müdürlüğü kantininden geldiğini iddia eden iki sivil polis tarafından götürüldüğünü ifade etmiştir. Başvuran, ayrıca, ilgili tüm mercilere başvurmuş olmasına rağmen kendisine oğlunun bulunduğu yere ilişkin herhangi bir bilgi verilmediğini belirtmiştir.

1 Nisan 1996 tarihinde, başvuran, Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcısı'na bir dilekçe sunmuş ve oğlunun 25 Mart 1996 tarihinde güvenlik güçleri tarafından gözaltına alındığını ve o tarihten itibaren oğlundan haber alamadığını ifade etmiştir. Savcı'dan, kendisini oğlunun akıbeti ve nerede tutulduğu hakkında bilgilendirmesini talep etmiştir. 4 Nisan 1996 tarihinde Savcı tarafından dilekçeye eklenmiş el yazısı ile yazılmış bir nota göre, başvuranın oğlunun ismi gözaltı kayıtlarında yer almamaktadır.

16 Mayıs 1996 tarihinde, başvuran, Diyarbakır Valiliği'ne ikinci bir dilekçe sunmuş ve 26 Mart 1996 tarihli önceki dilekçesinin içeriğini yinelemiştir. Başvuran, ayrıca, oğlunun herhangi bir yasadışı örgütle bağlantısının olmadığını ifade etmiştir.

20 Mayıs 1996 tarihinde, Diyarbakır Emniyet Müdürlüğü Cinayet Masasında başvuranın ifadesi alınmıştır. Başvuran önceki ifadelerini yinelemiş ve oğlunu götüren iki adamın eşkalini tarif etmiştir. İki adamı tekrar görmesi halinde teşhis edebileceğini ifade etmiştir. Ayrıca, aynı iki adamın oğlunu götürmelerinden iki gün önce dükkana geldiklerini ve dükkandan çıktıktan sonra komşu dükkana gittiklerini eklemiştir. Başvuran, komşu dükkana sahibinin, polis memurlarının kimliğini tespit etmek amacıyla sorgulanabileceğini belirtmiştir.

Atilla Osmanoğlu ismi, başvurunun kabuledilebilir olduğuna karar verildikten sonra Hükümet tarafından AİHM'ye sunulan Diyarbakır Emniyet Müdürlüğü gözaltı kayıtlarında yer almamaktadır.

4 Temmuz 2006 tarihinde, Abdülkadir Aygan tarafından yapıldığı iddia edilen itiraf *Özgür Gündem* gazetesinde yayınlanmıştır. Aygan'ın, Atilla Osmanoğlu'nun JİTEM tarafından kaçırıldığı ve – aynı zamanda Koçero olarak da bilinen – Cindi Acet tarafından, cesedin teşhisinin mümkün olmaması için başının çekiçle ezildiğini ifade ettiği aktarılmıştır. Daha sonra, Silopi ilçesinin yakınında kullanılmayan bir tanker içine atılan ceset 30 Mart 1996 tarihinde bulunmuş ve Silopi Cumhuriyet Savcısı tarafından otopsi raporu düzenlenmiştir. Cumhuriyet Savcısı tarafından açılan dosyaya 1996/313 ön soruşturma numarası verilmiştir. Otopsi raporuna göre, ceset 175 santimetre uzunluğunda, 70 kilo ağırlığında, yaklaşık 25-30 yaşlarında olan koyu renk saçlı bir erkeğe aittir. Yüz bölgesinde birkaç ciddi kesik yer almaktaydı ve kafatasının bazı kısımları kırılmıştı. Ceset, Silopi

mezarlığının sahipsiz cesetler için ayrılan bölümüne defnedilmiştir. Başvurana sonradan bu cesedin resimleri gösterilmiş; ancak, başvuran, ölüyü oğlu olarak teşhis edememiştir.

## HUKUK

### I. HÜKÜMETİN ÖN İTIRAZI

Başvurunun kabuledilebilir olduğuna karar verilmesinden yaklaşık bir sene sonra, 29 Mayıs 2007 tarihinde sunulan bir mektupta Hükümet, AİHM'ye, Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı'nın 23 Haziran 2006 tarihinde takipsizlik kararı verdiğini ve başvuranın bu karara karşı resmi bir itirazda bulunmadığını bildirmiştir. Hükümet, sonradan, AİHM'ye, söz konusu kararın 2 Ekim 2006 tarihinde başvurana bildirildiğini gösteren bir belge sunmuştur. Hükümet, AİHM'den, başvuranın iç hukuk yollarını tüketmediği gerekçesiyle, başvurunun kabuledilemez olduğuna karar vermesi talebinde bulunmuştur.

Başvuran, Hükümet tarafından ileri sürülenin aksine, takipsizlik kararının kendisine tebliğ edilmediğini iddia etmiştir. Başvuran, söz konusu karara itiraz etmiş olsa bile, şüpheli serbest olduğu için sonucun aynı olacağı görüşündedir. Her halükarda, davanın kabuledilebilir olduğuna zaten karar verilmiştir ve Hükümet aksini kanıtlamak için herhangi bir delil sunmamıştır.

Başlangıç olarak, Hükümet'in, takipsizlik kararını, 20 Eylül 2006 tarihinde AİHM'ye sunulan kabuledilebilirlik sonrası ek görüşlerine dahil etme imkanı olmasına rağmen, 29 Mayıs 2007 tarihine kadar AİHM'ye bildirmedeği vurgulanmalıdır.

AİHM, ayrıca, Cumhuriyet Savcısı'nın 23 Haziran 2006 tarihli kararının, zamanaşımına dayandığını kaydetmiştir. Kararda, suç "kişisel özgürlüğün kısıtlanması" olarak anılmıştır ve bu suç için zamanaşımı süresi uygulanabilir iç mevzuat uyarınca 10 yıldır. Bu, bir soruşturmanın sonunda alınmış bir karar değil; sadece zamanaşımı süresine ulaşıldığını saptayan bir karardır. Esasen, Hükümet'in de kabul ettiği gibi, Atilla Osmanoğlu'nun ortadan kaybolmasına veya Aygan'ın iddia edilen itirafına yönelik bir soruşturma başlatılmamıştır.

Yukarıda belirtilenler ışığında, AİHM, oğlunun ortadan kaybolmasına yönelik soruşturma başlatılması için yerel mercilere çok sayıda sonuçsuz başvuruda bulunan başvuranın, Cumhuriyet Savcısı'nın soruşturmayı durdurma kararı hakkında (ki soruşturma Hükümet'in de kabul ettiği gibi hiç gerçekleşmemiştir) itirazda bulunmasının gerekli olmadığı kanısındadır. Dolayısıyla, AİHM, Hükümet'in ön itirazını reddetmiştir.

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

#### A. Tarafların savunmaları

##### 1. Başvuran

Başvuran, makul şüphenin ötesinde, oğlunun devlet görevlileri tarafından kaçırıldığı kararına varmak için yeterli delil dayanağının mevcut olduğunu ileri sürmüştür. Başvuranın kendisi kaçırılma olayına tanık olmuş ve yetkililere olaya karışan iki adamın eşkalini tarif etmiştir. Ayrıca, Aygan'ın itirafına dayalı gazete haberi, başvuranın, oğlunun ortadan kaybolmasında devletin rolü olduğuna ilişkin iddiaları lehinde tamamlayıcı delil

oluşturmuştur. Başvuran, Aygan tarafından sunulan bilgilerin söylentiye dayanan delillerden öteye gitmediğini kabul etmiş; ancak, AİHM'den, AİHS'nin 38/1. maddesinin (a) bendi ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün Ek A1. maddesinin 3. paragrafı uyarınca olan yetkilerini kullanmasını, başvuranın oğlunun ortadan kaybolmasında mevcut olan olaylara yönelik delil tespit işlemleri yürütmesini ve bilhassa, eski bir devlet görevlisi olan Aygan tarafından sunulan bilgileri incelemesini ve doğrulamasını talep etmiştir.

Başvuran, oğlunun cesedi hiçbir zaman kesin olarak teşhis edilmediği için, oğlunun ölümüne dair somut bir delil sunamadığını kabul etmiştir. Ancak, başvuran, AİHM'nin benzer iddialara ilişkin içtihadını temel alarak (özellikle, *Akdeniz ve Diğerleri – Türkiye*, 23954/94, 31 Mayıs 2001), savunmacı Hükümete atfedilebilir makul bir ölüm karinesi olduğunu ve bunun aşağıda belirtilen faktörlerden kaynaklandığını ileri sürmüştür:

- (a) devlet güvenlik güçleri nezaretinde oğlunu en son görmesinden itibaren geçen süre;
- (b) hem oğlunun hem de kendisinin maruz kaldığı taciz geçmişi;
- (c) oğlunun alıkonulduğuna ilişkin belgeye dayalı bir delilin mevcut olmaması;
- (d) devlet tarafından tatminkar ve makul bir açıklamanın veya bir soruşturmanın yapılmaması; ve
- (e) Aygan tarafından yapılan iddiaları ayrıntılarıyla anlatan gazete makalesinde yer alan söylentiye dayanan deliller.

Başvuran ayrıca savunmacı Hükümetin, AİHM tarafından yapılan bilgi açıklaması talebini yerine getirmediğini ileri sürmüştür. Kendilerine davanın bildirildiği zamana ait söz konusu talebe göre, Hükümet'ten, AİHM'ye, tüm soruşturma dosyasının ve gözaltı kayıtlarının bir örneğini sunması istenmiş; ancak, Hükümet bu talebi yerine getirmemiştir. Başvuran, AİHM'den, Hükümet'in, AİHS'nin 38/1. maddesinin a bendi uyarınca olayların saptanması için AİHM'ye yardımcı olma yükümlülüğünü ihlal ettiği kararına varmasını talep etmiştir.

Son olarak, başvuran, eksik belgelerin kendisi tarafından yapılan iddiaları doğrulamasının veya çürütmesinin kuvvetle muhtemel olması nedeniyle, AİHM'nin, iddiaların haklılığına dair kendi başına sonuç çıkarmak durumunda olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda, *Akkum vd. – Türkiye* (no. 21894/93) ve *Çelikkilek – Türkiye* (no. 27693/95) davalarındaki kararlara atıfta bulunan başvuran, sözkonusu belgelerin iddialarını neden doğrulamayacağını kesin olarak açıklamanın Hükümetin görevi olduğunu iddia etmiştir.

## 2. Hükümet

Hükümet, AİHM'nin, makul şüphenin ötesinde, başvuranın oğlunun bir devlet görevlisi veya devlet adına hareket eden bir kimse tarafından kaçırıldığı ve öldürüldüğü kararını vermesini sağlayacak bir delilin dava dosyasında mevcut olmadığını ileri sürmüştür.

### **B. 38/1. maddenin (a) bendi ve buna bağlı olarak AİHM tarafından çıkarılan sonuçlar**

AİHM, delil değerlendirmesine geçmeden önce, AİHS'nin 34. maddesi uyarınca tesis edilen kişisel başvuru sisteminin etkili bir şekilde işlemesi için, taraf devletlerin, başvuruların düzgün ve etkili biçimde incelenmesini mümkün kılmak için gerekli tüm kolaylıkları sağlamasının azami önem taşıdığını yinelemiştir (bkz. *Tanrıkulu – Türkiye* [BD], no. 23763/94)., bireysel başvurularda başvuranın, devlet görevlilerini, AİHS kapsamındaki

haklarını ihlal etmekle suçladığı nitelikteki davalarda bazı durumlarda iddiaları doğrulayabilecek veya çürütebilecek bilgilere ancak savunmacı Hükümetin erişiminin mümkün olması bu tür davaların bir parçasıdır. Hükümetin, tatminkar bir açıklama yapmadan, elinde tuttuğu söz konusu bilgiyi sunmaması, başvuranın iddialarının haklılığı yönünde sonuçların çıkarılmasına yol açmakla kalmaz; aynı zamanda savunmacı Hükümet'in AİHS'nin 38/1. maddesinin a bendi uyarınca olan yükümlülükleriyle uyum düzeyine negatif bir şekilde yansiyabilir (bkz. *Timurtaş – Türkiye*, no. 23531/94).

Ayrıca, tekelinde olan çok önemli belgelerin Hükümet tarafından açıklanmamasının AİHM'nin olayları saptamasını engellediği davalarda, söz konusu belgelerin başvuranın iddialarını neden doğrulamayacağını ikna edici biçimde savunmak veya dava konusu olayların nasıl gerçekleştiğine dair tatminkar ve inandırıcı bir açıklama sunmak Hükümet'e düşmektedir (bkz., yukarıda anılan *Akkum ve Diğerleri*; yukarıda anılan *Çelikkilek*).

AİHM, bu davaya ilişkin olarak davayı Hükümet'e bildirdiğinde, Hükümet'ten soruşturma dosyalarının ve gözaltı kayıtlarının örneklerini sunmasını talep ettiğini kaydetmiştir. Hükümet, gözaltı kayıtlarının örneklerini veya başvuranın polis tarafından alınan bir ifadesinin haricinde herhangi bir belge sunmadan, davanın kabuledilebilirliğine ve esasına ilişkin görüşlerinde, ilgili gözaltı kayıtlarının Cumhuriyet Savcısı tarafından incelendiğini ve böylece Cumhuriyet Savcısı'nın, başvuranın oğlunun gözaltına alınmadığı kararını verdiğini ifade etmiştir. Buna dayanılarak, bir soruşturma başlatılması gereksiz görülmüştür.

AİHM, başvurunun kabuledilebilir olduğuna karar verdikten sonra, Hükümet'ten yine, tüm yerel soruşturma dosyasının örneklerini sunmasını talep etmiştir. Hükümet, Diyarbakır Emniyet Müdürlüğü'nün gözaltı kayıtları olduğunu iddia ettiği belgelerin örneklerini sunmuştur. Gözaltı kayıtlarının ilgili bölümlerinde başvuranın oğlunun ismi geçmemektedir.

AİHM, AİHS'nin 38. maddesi uyarınca başvuruya ilişkin soruşturmasında AİHM'ye yardımcı olmaya dair yukarıda belirtilen yükümlülüğün, ancak davanın kabuledilebilir olduğuna karar verilmesinden sonra geçerli olduğunu belirtir. Başvurunun kabuledilebilir bulunmasından sonra Hükümet tarafından gözaltı kayıtları örneklerinin sunulduğunu kaydeden AİHM, Hükümet'in, AİHS'nin 38/1. maddesinin (a) bendi uyarınca olan yükümlülüğünü yerine getirdiği kararını vermiştir.

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

Mahkeme, kanıtları değerlendirirken genellikle “makul şüphenin ötesinde” standardını uygulamaktadır (bkz., *İrlanda – İngiltere*, A Serisi no. 25). Ancak, başlangıçta vurgulanmalıdır ki, söz konusu delil ölçütü AİHM davalarında bağımsız bir anlama sahiptir (bkz., *Mathew – Hollanda*, no. 24919/03); AİHM, hiçbir zaman, “makul şüphenin ötesinde” standardını uygulayan ulusal hukuk sistemlerinin yaklaşımını örnek almayı tercih etmemiştir (bkz., *Nachova ve Diğerleri – Bulgaristan* [BD], no. 43577/98 ve no. 43579/98). Dolayısıyla, AİHM'nin yerleşik içtihadına göre, doğrudan delillerin mevcut olmadığı durumda, böyle bir kanıt yeterince güçlü, açık ve anlamlı çıkarımların veya çürütülemeyen benzer karinelerin varlığı ile ortaya konabilir. Belirli bir karara varmak için gerekli olan ikna düzeyi ve bu bağlamda ispat yükümlülüğünün bölüştürülmesi, özleri itibarıyla, olayların özgüllüğü, yapılan iddianın niteliği ve dava konusu olan AİHS hakkı ile bağlantılıdır.

Başvuran, bu davanın olaylarına ilişkin olarak, kendisinin görgü tanığı olarak anlattığı olayların Aygan'ın iddialarıyla bir araya geldiğinde, oğlunun savunmacı sözleşmeci devlet görevlileri tarafından kaçırıldığı yönündeki iddiası lehinde yeterli delil oluşturduğunu belirtmiştir.

AİHM, başvuranın görgü tanığı olarak anlattığı olaylar hususunda, başvuranın, hem ulusal makamlara başvurduğunda hem Strazburg'da yer alan AİHM'de görülen davada, oğlunun dükkandan götürülmesine varan olayları anlatışında tutarlı davrandığını gözlemlemiştir. İki adamın eşkalini tarif etmiş ve ulusal mercilere, komşu dükkan sahibinin iki adamın oğlunu götürüşüne tanıklık ettiğini bildirmiştir. Buna rağmen, ifadesinin alınması ve gözaltı kayıtlarının kontrol edilmesi dışında, yerel merciler tarafından iddialarına yönelik bir soruşturma yürütülmemiştir.

Bu bağlamda, başvuranın oğlunun isminin gözaltı kayıtlarında geçmemesi, tek başına, belirleyici bir faktör değildir. İlgili dönemde Türkiye'nin söz konusu bölgesine ilişkin gözaltı kayıtlarının güvenilir ve doğru olmayışı, bazı benzer davalarda AİHM tarafından vurgulanmıştır (bkz., diğer kararların yanı sıra, *Kurt – Türkiye*, 25 Mayıs 1998 tarihli karar; yukarıda anılan *Timurtaş*; *Çakıcı – Türkiye* [BD], no. 23657/94; *Çiçek – Türkiye*, no. 25704/94, 27 Şubat 2001; *Orhan – Türkiye*, no. 25656/94, 18 Haziran 2002).

Yukarıda belirtilenler ışığında, AİHM, başvuranın oğlunun, iddia edildiği gibi kendilerini polis memuru olarak tanıtan iki kişi tarafından götürüldüğü konusunda şüphe duymak için bir gerekçe görmemiştir.

AİHM, Aygan tarafından öne sürülen iddialar hususunda, *Nesibe Haran – Türkiye* davasında, başvuranın eşinin öldürülmesine ilişkin olarak Aygan tarafından yapılan benzer iddiaların söz konusu dava bağlamında Mahkeme tarafından incelendiğini ve bu iddiaların belirleyici bir önem taşımadıklarını, zira “bu iddiaların denenmemiş ve en fazla ikinci derecede kanıt teşkil etmekte olduğunu” gözlemlemiştir (bkz., *Nesibe Haran – Türkiye*, no. 28299/95, 6 Ekim 2005).

Bu bağlamda ve başvuranın, Aygan tarafından sunulan bilgilerin doğruluğunun saptanması amacıyla AİHM'den delil tespit işlemleri yürütmesini talep etmesi hususunda, AİHM, bu tip bir soruşturmanın yerel merciler tarafından yürütülmesi gerektiği görüşündedir. AİHM, ayrıca, başvuran tarafından sunulan bilgilere göre, Atilla'yı götüren iki kişi tarafından ziyaret edilen komşu dükkan sahibinin o olaydan sonra bölgeden taşındığını ve başvuranın onun adresini bilmediğini belirtmiştir. Başvuran, aynı zamanda, AİHM'ye, ne kendisinin ne de avukatlarının Aygan'ın yerini bulabildiğini bildirmiştir. Bu davanın koşulları karşısında, AİHM, kendisi tarafından Türkiye'de yürütülecek bir delil tespit soruşturmasının davanın koşullarını açığa çıkaracağı konusunda ikna olmamıştır.

AİHM, Hükümet'ten, başvuranın oğlunun kaçırılmasına ve öldürülmesine ilişkin olarak Aygan tarafından öne sürülen iddialara yönelik bir soruşturma açılıp açılmadığı hususunu açıklığa kavuşturmasını özellikle talep ettiğini gözlemlemiştir. Hükümet, AİHM'ye, “soyut ve asılsız” olmaları nedeniyle Aygan'ın iddialarına yönelik bir soruşturma başlatılmadığını bildirmiştir. Aygan'ın başvuranın oğlunun sözde katilinin ismini verdiğini ve sözde cinayete ve cesedin defnedildiği yere ilişkin ayrıntılar sunduğunu dikkate alan AİHM, iddiaların belirsiz olduğunu söyleyen Hükümetle aynı fikirde değildir. Bununla birlikte, ulusal mercilerin Aygan'ın iddialarına yönelik soruşturma yürütmemiş olması nedeniyle, söz konusu iddialar denenmemiş olarak kalmaya devam etmekte ve ikinci derecede kanıt oluşturmaktan



öteye geçmemektedir. Yetkililerin, Aygan'ın iddialarına yönelik bir soruşturma yürütmemiş olması, Hükümet'in AİHS'nin 2. maddesi uyarınca etkili bir soruşturma yürütme pozitif yükümlülüğü açısından incelenecektir.

Yukarıda belirtilenler ışığında, AİHM, hem ulusal merciler önünde hem de AİHM'de görülen davada, başvuranın, iddialarını desteklemek için kendisinden makul olarak beklenebilecek her şeyi yaptığı görüşündedir. Bununla birlikte, her ne kadar AİHM, başvuranın oğlunun kendilerini polis memuru olarak tanıtan iki kişi tarafından götürüldüğünü kabul etmeye hazırsa da, dosyadaki delillere dayanarak iki adamın aslında polis memuru olup olmadıklarını tespit etmek mümkün değildir. Bu imkansızlık, doğrudan, savunmacı Hükümetin başvuranın iddialarına yönelik bir soruşturma yürütmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. AİHM, başvuranın, Hükümetin, oğlunun yaşama hakkını koruyamadığı iddiasına ilişkin şikayetini incelerken, Hükümetin soruşturma yürütmemiş olmasının sonuçlarını ele almayı daha uygun bulmaktadır.

Son olarak, başvuran, Hükümet'in olayların saptanmasında AİHM ile işbirliği yapmaması nedeniyle, AİHM'nin, ispat yükümlülüğünü Hükümet'e yüklemesi gerektiğini ve Hükümet'in, alıkoyduğu belgelerin başvuranın iddialarını doğrulamadığını kanıtlaması gerektiğini ileri sürmüştür. AİHM, başvuranın bu iddiaya destek olarak atıfta bulunduğu davalarda (*Akkum ve Diğerleri; Çelikbilek*) Hükümet'in bazı çok önemli belgeleri sunmaması nedeniyle olayları saptayamadığını belirtmiştir. Ancak bu davada, başvuranın iddialarının doğruluğunun saptanamaması yerel soruşturmanın yürütülmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Yerel soruşturmanın yürütülmemiş olması, bu davanın koşullarında, yukarıda da belirtildiği gibi, başvuranın oğlunun yaşama hakkını koruma yükümlülüğü açısından incelenmelidir.

#### **D. Atilla Osmanoglu'nun ölmüş sayılıp sayılmayacağı**

Yukarıda belirtilen *Timurtaş* davasında AİHM şu kararı vermiştir:

“82. ...Cesedi bulunamayan tutulunun akıbetine ilişkin olarak yetkililerin makul bir açıklama sunmamasının ... AİHS'nin 2. maddesi uyarınca konular ortaya çıkarıp çıkarmayacağı, davanın tüm koşullarına ve özellikle de somut unsurlara dayalı uygun ikinci derecede kanıtların varlığına bağlı olacaktır. Bunların sonucunda, gerekli ispat standardına uygun olarak, başvuranın gözaltı esnasında ölmüş olduğunun varsayılması kararına varılabilir.

83. Bu hususta, her ne kadar tek başına belirleyici olmasa da, kişinin alıkonulmasından itibaren geçen süre, dikkate alınması gereken ilgili bir faktördür. Alıkonulan kişiden haber alınmadan geçen süre uzadıkça o kişinin ölmüş olması ihtimali de o derece yükselir. Dolayısıyla, ilgili kişinin öldüğünün varsayılması kararına varmadan önce, zamanın geçişi, ikinci derecede kanıtlara verilmesi gereken önemi belirli bir ölçüde etkileyebilir. Bu açıdan, AİHM, söz konusu durumun, 5. madde uyarınca usule aykırı olarak alıkoymanın ötesine geçen konular ortaya koyduğu kanısındadır. Bu durum, AİHS'nin en temel hükümlerinden birisi olan 2. maddenin öngördüğü yaşama hakkının etkili bir şekilde korunması ile ilgilidir ...”

Mevcut davada AİHM, başvuranın oğlunun güvenlik güçleri tarafından götürüldüğünün tespit edildiği kanısında değildir. Ancak, başvuranın iddia ettiği koşullarda, 25 Mart 1996 tarihinde, iki kişi tarafından kaçırıldığı sonucuna varmıştır.

Bununla beraber, AİHM, bir devletin bir kimsenin ortadan kaybolması eylemine karıştığı sonucuna varılmasının, o kimsenin ölü olarak farz edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi için *olmazsa olmaz* bir koşul olmadığı kanısındadır; bir kimsenin ortadan kaybolması belirli koşullarda başlı başına hayatı tehdit edici olarak değerlendirilebilir. Bu

bağlamda AİHM, bazı davalarda, olayın meydana geldiği tarihlerde Türkiye'nin güneydoğusunda bir kimsenin ortadan kaybolmasının hayatı tehdit edici olarak değerlendirilebileceğini gözlemler (ölüm karinesi için diğer hususlar meyanında bkz. *Akdeniz – Türkiye*, 25165/94; ortadan kaybolma iddialarına ilişkin olarak olayı çevreleyen koşulların belirlenmesi ve sorumluların tespit edilmesi amacıyla etkili soruşturma yürütülmesine ilişkin örnekler için diğer hususlar meyanında bkz. *Toğcu – Türkiye*, 27601/95 ve burada sözü edilen davalar).

Bu davaların pek çoğunda, mağdurların PKK ile bağlantıları olduğu iddialarının AİHM'nin göz önünde bulundurduğu bir etmen olmasına karşın, bu mağdurların ortadan kaybolmalarının, sözkonusu tarihlerde Türkiye'nin güneydoğusundaki durum ışığında hayatı tehdit edici olduğu düşünüldüğünde, başvuranın oğlunun PKK'nın eylemlerine karıştığını gösteren hiçbir emare olmaması, onun ortadan kaybolmasını hayatı daha az tehdit edici hale getirmemektedir. Bu bağlamda, AİHM, kaçırılma biçiminin, AİHM'nin incelediği sözkonusu dönemde Türkiye'nin güneydoğusunda öldürülen insanların öldürülmeden önce ortadan kaybolmalarıyla pek çok benzerlik gösterdiğini gözlemler (özellikle bkz. *Avşar – Türkiye*, 25657/94; *Nuray Şen – Türkiye* (No. 2), 25354/94 ve *Çelikkilek*).

Yukarıda belirtilen nedenler ile Atilla Osmanoğlu'nun 11 yıldan fazla süredir nerede olduğuna dair hiçbir bilginin gün ışığına çıkmadığı –Hükümet'in itiraz etmediği bir gerçek - göz önünde bulundurulduğunda, AİHM bu kişinin ölmüş olduğunun varsayılabilirliğini kabul eder.

AİHM şimdi başvuranın AİHS'nin çeşitli maddeleri kapsamındaki şikayetlerini incelemeye geçecektir.

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

AİHS'nin 2. maddesine göre:

“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 başvuranın 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. Atilla Osmanoğlu'nun devlet görevlileri tarafından kaçırılıp öldürüldüğü iddiaları**

Başvuran, AİHS'nin 2. maddesi ihlal edilerek, oğlunun güvenlik güçleri tarafından kaçırıldığını ve şu an ölmüş olduğunun varsayıldığını iddia etmiştir.

Hükümet devlet görevlilerinin başvuranın oğlunun kaçırılmasına karıştıklarını kabul etmemiştir.

AİHM zaten Atilla Osmanoğlu'nun ortadan kaybolmasından kimin sorumlu olabileceğini belirleyemeyeceği kanısına varmıştır. Bu nedenle AİHS'nin 2. maddesinin ihlal edilmediği anlaşılmaktadır.

## **B. Atilla Osmanoğlu'nun yaşama hakkının korunmadığı iddiası**

### *1. Başvuran*

Başvuran, oğlunun ortadan kaybolması sonucu hayatının ciddi tehlike altında olması ve yerinin acilen belirlenmesi ihtiyacı karşısında, yetkili makamların oğlunun kaybolmasına ilişkin ivedi ve etkili bir soruşturma başlatılmamasının oğlunun hayatını doğrudan tehlikeye soktuğunu ve bu durumun AİHS'nin 2. maddesine uygun olarak devletin yaşamı koruma yönündeki pozitif yükümlülüğüne aykırı olduğunu belirtmiştir.

Başvuran, oğlunun nerede olduğunun veyahut kaçırılmasının kritik olan ilk günlerinde sağ olup olmadığının soruşturulmasına ilişkin hiçbir faaliyette bulunulmadığına işaret etmiştir. Oğlunun kaybolduğu tarihten bir gün sonra, 26 Mart 1996 tarihinde, Valiliğe dilekçe vermiş olmasına karşın, yetkili makamlardan 1 Nisan 1996 tarihine dek bir yanıt alamamıştır. Her koşulda, 1 Nisan 1996 tarihinde harekete geçilip, Cumhuriyet Savcısı'nın gözaltı kayıtlarını incelemesi, büyük ölçüde yetersiz kalmış ve devletin AİHS çerçevesindeki yükümlülüklerini yerine getirmemesine neden olmuştur.

Ayrıca yetkili makamlar, başvuranın, delillere ilişkin verdiği, özellikle de yetkili makamlara 20 Mayıs 1996 tarihinde verdiği ifadesinde iki faili tanımlaması gibi, belirli ipuçlarını takip etmemişlerdir. Bu ifadeye başvuran açıkça, iki kişiyi yeniden gördüğü takdirde teşhis edebileceğini belirtmiştir. Bununla beraber, 20 Mayıs 1996 tarihinde bulunduğu iddialara karşılık olarak gerçekleştirilen tek faaliyet, oğlunun adının kayıp şahıs olarak kaydedilmesidir. Kaldı ki, bu bile, kaçırılma olayı ve bunu izleyen en az yedi dilekçenin verilmesinin ardından yaklaşık iki ay geçtikten sonra yapılmıştır.

### *2. Hükümet*

Hükümet, Cumhuriyet Savcısı'nın gözaltı kayıtlarını incelediğine ve Atilla Osmanoğlu'nun polis memurlarınca gözaltına alınmadığına işaret eder. Cumhuriyet Savcısı, başvuranın oğlunun gözaltına alındığına ilişkin bir kayıt bulunmadığı ve kaçırıldığına veya yasalara aykırı bir eylemin mağduru olduğuna işaret eden başka bir kanıt bulunmadığı için soruşturma başlatmamıştır.

20 Mayıs 1996 tarihinde, karakoldaki cinayet masasında başvuranın ifadesi alınmış, Atilla Osmanoğlu kayıp şahıs olarak kaydedilmiş ve Osmanoğlu'nu bulmak için ülke çapında soruşturma başlatılmıştır.

### *3. AİHM'nin değerlendirmesi*

AİHM başlangıçta, bir kimsenin kaçırılması ve ardından ortadan kaybolmasının Türk yasalarına göre kanuna aykırı bir fiil olduğuna işaret eder (bkz. *İpek*). Yukarıda belirtildiği üzere Mahkemenin, başvuranın oğlunun başvuranın iddia ettiği gibi kaçırıldığına hükmetmiş olması ışığında, başvuranın oğlunun kanuna aykırı bir fiilin kurbanı olduğu sonucuna varılmalıdır.

AİHM, devlet görevlilerinin başvuranın oğlunun ortadan kaybolmasından sorumlu olduklarının tespit edilmediği kanısına varmıştır. Ancak bu durum Hükümeti AİHS'nin 2. maddesi çerçevesindeki yükümlülüklerinden kurtarmamaktadır. AİHM'nin yerleşik içtihadına göre, 2/1. maddenin ilk cümlesi, devleti, yalnız kasıtlı ve yasalara aykırı olarak öldürmekten alıkoymakla kalmayıp, aynı zamanda yargı yetkisi içinde bulunan kimselerin hayatlarını güvence altına almak için uygun tedbirler almaya da mecbur etmektedir (bkz. *L.C.B. – İngiltere, Raporlar 1998-III*).

Bu koşul, kişilere karşı suç işlenmesini önlemek amacıyla, böyle maddelerin ihlalini engellemek, bunlarla mücadele etmek ve gerçekleştiği takdirde ceza vermek için icra mekanizmasıyla desteklenmiş etkili ceza hukuku maddeleri koyarak, yaşam hakkını güvence altına almak gibi, devletin başlıca görevini içermektedir. Ayrıca bu durum, uygun koşullarda, yetkili makamların, yaşamı tehdit altında olan bir kimseyi, başka bir kimsenin suç fiilinden korumak için önleyici fiili tedbirler almak yönündeki pozitif yükümlülüklerini de kapsamaktadır (bkz. *Osman – İngiltere, Raporlar 1998-VIII*).

Bu bağlamda AİHM, çağdaş toplumlarda güvenliğin sağlanmasında yaşanan güçlükler, insan davranışlarının kestirilemezliği ve öncelik ve kaynaklar bakımından yapılması gereken faaliyet seçimleri ışığında, pozitif yükümlülüğün kapsamının, yetkililere imkansız ya da ölçüsüz bir yük getirmeyecek şekilde yorumlanması gerektiğini yineler. Bu çerçevede, Sözleşme, her hayati tehlike iddiası tehlikenin gerçekleşmesini önlemek için fiili tedbir alma yükümlülüğü getirmemektedir (bkz. *Akkoç – Türkiye, 22947/93*).

Pozitif bir yükümlülüğün ortaya çıkması için, yetkili makamların, kimliği tespit edilmiş kişi veya kimselerin yaşamlarına yönelik üçüncü bir taraftan gelen suç fiiline ilişkin gerçek ve mevcut zamanda var olan bir tehdidin varlığından önceden veya olayın meydana geldiği zaman haberdar olmalarının ve yetki alanları içinde, makul biçimde değerlendirildiğinde, bu tehdidin önünü kesebileceği beklenen önlemleri almadıklarının tespit edilmesi gerekmektedir (bkz. *Osman*, yukarıda anılan).

Atilla Osmanoğlu'nun yaşamını gerçekten ve acilen tehdit eden bir unsurun olup olmadığı konusunda, AİHM, bir kimsenin ortadan kaybolmasının, buradaki gibi başvuranın oğlunun ortadan kaybolduğu koşullarda, hayatı tehdit edici olarak değerlendirilebileceğini tespit etmiştir. Ayrıca AİHM, daha önce, bir kimsenin hayatı tehdit edici koşullar içerisinde ortadan kaybolmasının, devletin, AİHS'nin 2. maddesinin özünde var olan pozitif yükümlülükle uyumlu olarak, kayıp kişinin yaşam hakkını korumak için fiili tedbirler almasını gerektirdiğine karar vermiştir (bkz. *Koku- Türkiye, 27305/95*). Ayrıca bu bağlamda, hem *Koku* davasındaki kayıp kimsenin hem bu davadaki başvuranın oğlunun, daha önce tehditler aldığına işaret edilmelidir. Ek olarak, hem *Koku* davasında hem mevcut davada, yetkili makamlar yaşanan kaçırılma olayı konusunda ertesi gün bilgilendirilmişlerdir.

AİHM bu nedenle, ortadan kaybolma olayının ardından, başvuranın oğlunun hayatının, sözkonusu tarihlerde, diğerlerinden daha gerçek ve ivedi tehdit altında olduğu kanısına varmıştır. Yetkili makamlardan gerçekleştirmeleri beklenen eylemin, zaten gerçekleşmiş olan, başvuranın oğlunun ortadan kaybolmasını önlemeleri değil, diğer kimselerin suç fiilleri sonucu tehdit altında olan hayatını korumak için fiili tedbirler almaları olduğu anlaşılmaktadır.

Bu bağlamda AİHM, yetkili makamların başvuranın oğlunun kaçırılmasından 26 Mart 1996 gibi erken bir tarihte haberdar edildikleri gözlemler. Buna göre, bu tarihten itibaren,

yetkili makamlar, yaşam hakkını korumak için acil adımlar atma yükümlülüğü altında idiler. Bu noktada, kişilerin güç kullanımı sonucu öldürülmeleri durumunda bulunan etkili soruşturma yükümlülüğünde olduğu gibi, yaşama hakkını korumak için önlem alınmasının bir sonuç alma yükümlülüğü değil, sonuca ulaşmaya çalışma yükümlülüğü olduğu vurgulanmalıdır (bkz. *üzerinde gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra, McKerr – İngiltere*, 28883/95). Bir başvuranın, yetkili makamların bilgisi dahilindeki gerçek ve acil bir yaşam tehdidini engellemek için kendilerinden makul biçimde beklenenleri yerine getirmediklerini göstermesi yeterlidir (bkz. *Osman*, yukarıda anılan).

Bununla beraber, Hükümet'in kabul ettiği üzere, "Atilla Osmanoğlu'nun ortadan kaybolmasına ilişkin soruşturma başlatılmamıştır". Bu bağlamda AİHM, yalnız gözaltı kayıtlarının incelenmesinin, başvuranın oğlunun yaşam hakkını korumak için başlı başına yeterli olmadığı kanısındadır. Hükümet'in Atilla Osmanoğlu'nun kayıp olarak kaydedildiği ve 'bulunması için ülke çapında' soruşturma yürütüldüğü iddiasına ilişkin olarak, AİHM, Hükümet'in iddia edilen soruşturmaya ilişkin hiçbir ayrıntı veya belge sunmadığını gözlemler. Dolayısıyla başvuranın oğlunun "ülke çapında" arandığı iddiası önem taşımamaktadır.

AİHM'ye göre, soruşturmayı yürüten makamlar, başvuranın oğlunun bulunması için sonuca götürme yolunda makul olasılıklar sunabilecek birkaç temel önlem alabilirlerdi. Bu amaçla, Cumhuriyet Savcısı için başlangıç noktası, başvurandan daha çok bilgi toplamak ve başvuranın iddiasına göre oğlunun iki kişi tarafından götürülmesine tanık olan çevredeki esnafa sorular sormak olmalıydı.

Cumhuriyet Savcısı, başvuranın verdiği eşkaller ışığında, başvuranın oğlunu götüren iki kişinin polis olup olmadıklarını doğrulamaya çalışabilirdi. Ayrıca, AİHM, sözkonusu tarihlerde, bölgedeki yollarda çok sayıda polis ve jandarma denetim noktası bulunduğunu ve bu denetim noktalarının başvuranın oğlunun bu noktalardan geçirilerek götürülmesi ihtimaline karşı uyarılabileceklerini resen dikkate almaktadır.

Ek olarak, başvuranın görüşlerinde vurguladığı ve AİHM'nin de katıldığı izleyen noktalar, soruşturma makamları tarafından Atilla Osmanoğlu'nu bulmak için yerine getirilebilirdi:

(a) başvuranın oğlunun kaçırıldıktan sonra getirilebileceği ilgili jandarma, polis merkezi ve diğer binaların incelenmesi;

(b) başvuranın oğlunun gözaltına alınıp alınmadığını belirlemek amacıyla, ortadan kaybolduğu tarihlerde ilgili jandarma ve polis merkezlerinde gözaltında tutulanların soruşturulup ifadelerinin alınması;

(c) ilgili tarihlerde görevlerinin başında olan memurların soruşturulup ifadelerinin alınması;

(d) olayla ilgili muhtemel görgü tanıklarının bulunmaya çalışılması.

Yukarıda belirtildiği üzere, Türk yasalarına göre, bir kimseyi yasalara aykırı olarak özgürlüğünden mahrum etmek suçtur. Cumhuriyet Savcıları, kendilerine bildirilen suçları soruşturmakla görevlidirler. Buna karşın, Cumhuriyet Savcısı, bu davada, Türkiye'nin bu bölgesinde o dönemde pek çok insan öldürülürken, tamamen ve anlaşılabilir bir biçimde pasif

kalmıştır (bkz. *Koku*). Cumhuriyet Savcısı ve genel olarak Türk makamları hiçbir adım atmayarak, yetkileri dahilinde başvuranın oğlunun kaçırılmasından sonra bu kişinin yaşama hakkını korumak için hiçbir şey yapmamışlardır (bkz. *üzerinde gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra*, aynı karar).

Yukarıda belirtilenler ışığında AİHM, ceza hukuku hükümlerinin yürürlükte olmasına karşın, acil önlemler alınmamasının, bu hükümlerin sağladığı korumanın etkililiğini bozduğu ve dolayısıyla Atilla Osmanoğlu'nun kanunen alması gereken korumayı ortadan kaldırdığı kanısına varır.

AİHM, yetkili makamların, Atilla Osmanoğlu'nun hayatına yönelik gerçek ve acil tehdidi önlemek için kullanabilecekleri makul tedbirleri almadıkları sonucuna varır. Buna göre AİHS'nin 2. maddesi esastan ihlal edilmiştir.

### C. Soruşturmanın yetersiz olduğu iddiası

Başvuran, AİHS'nin 2. maddesi kapsamındaki yaşama hakkını koruma yükümlülüğünün, devletlerin 1. madde çerçevesindeki yetkili alanı içindeki herkese AİHS'de açıklanan hak ve özgürlükleri tanıma görevi ile beraber değerlendirildiğinde, devletlere ortadan kaybolma şikayetlerini etkili olarak soruşturmaları ve kaybolma olaylarının faillerine karşı etkili yaptırımlar uygulamaları için pozitif yükümlülük yüklediğini belirtmiştir.

Hükümet, soyut ve dayanaksız oldukları için, başvuranın iddialarına ilişkin soruşturma yürütülmediğini belirtmiştir.

Mahkeme içtihadına göre AİHS'nin 2. maddesindeki yaşam hakkının koruma altına alınması zorunluluğunun 1. maddedeki Devletin "... kendi yetki alanı içinde bulunan herkese Sözleşme'de tanımlanan hak ve özgürlükleri tanıma" genel yükümlülüğü ile birlikte değerlendirildiğinde şahısların güç kullanımı sonucu öldürüldüğü durumlarda bir şekilde etkili resmi soruşturmanın yapılmasını zımnen gerektirdiğini hatırlatır (bkz. *McCann ve Diğerleri – İngiltere ve Kaya - Türkiye*). Bu bağlamda, AİHM, bu yükümlülüğün, cinayetin devlet görevlileri tarafından işlendiğinin belli olduğu davalarla sınırlanmadığına işaret eder (bkz. *Salman – Türkiye* [BD], 21986/93).

Soruşturma, sorumluların tespit edilip cezalandırılmalarını sağlayabilmesi bakımından da etkili olmalıdır (bkz. *Oğur – Türkiye* [BD], 21954/93). Soruşturma yapma yükümlülüğü, sonuç alma yükümlülüğü değil, sonuca ulaşmaya çalışma yükümlülüğüdür. Yetkili makamlar, diğer hususlar meyanında, tanık ifadesi de dahil olmak üzere, olaya ilişkin delilleri güvence altına almak için ellerinden gelen makul tedbirleri almalıdırlar (bkz. *Tanrıkulu*). Soruşturmanın ölüm nedenini ya da sorumlu kişiyi belirlemesini engelleyecek herhangi bir noksanlık, bu standarda uymama riskini taşıyacaktır.

Bu bağlamda aynı zamanda zımni olarak ivedilik ve makul süre zorunluluğu bulunmaktadır (bkz. *Yaşa – Türkiye; Çakıcı ve Tanrıkulu*).

Yukarıda belirtilen yükümlülükler, hayatı tehdit edici olarak değerlendirilebilecek koşullarda kişilerin ortadan kaybolduğu davalarda da aynı şekilde uygulanır. Bu bakımdan, AİHM, başvuranın oğlunun ortadan kaybolmasının hayatı tehdit edici olarak değerlendirilebileceğine karar vermiştir.

Bununla beraber, Hükümetin de kabul ettiği üzere, başvuranın oğlunun ortadan kaybolmasına ilişkin soruşturma yürütülmemiştir. Bu bağlamda, AİHM, Aygan'ın iddialarının Hükümet'i harekete geçmeye teşvik etmemesinden üzüntü duyar. AİHM, Aygan'ın iddialarının soyut ve dayanaksız olduğu konusunda Hükümete katılmamakta ve konuya ilişkin belirli iddiaların ulusal makamlar için üzerinde düşünmeye değer oldukları kanaatinde. Bu bağlamda, AİHM, bu iddialara ilişkin “dayanaksız” oldukları gerekçesiyle soruşturma açılmaması kararının mantık dışı bir karar alma sürecini ortaya koyduğuna, önce soruşturulmadıkları sürece iddiaların dayanaksız olduklarının tespit edilemeyeceğine işaret eder.

Soruşturma açılmaması (zaten AİHS'nin 2. maddesi'nin esastan ihlaline yol açmıştır) ışığında AİHM, AİHS'nin 2. maddesinin usul yönünden de ihlal edildiğine karar vermiştir.

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

Başvuran, oğlunun ortadan kaybolmasının ardından devletin kendisine yaptığı muamelenin AİHS'nin 3. maddesini ihlal ettiğini ve insanlık dışı ve onur kırıcı muameleyle eşdeğer olduğunu iddia etmiştir.

“Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz.”

Başvurana göre, aşağıda belirtilen özel noktalar, AİHS'nin 3. maddesine aykırı bir muamelenin mağduru olduğu iddialarını desteklemektedir:

(a) ebeveyn-çocuk bağı;

(b) oğlunun kaçırılmasına tanık olması ve buna müdahale edememesi sebebiyle büyük manevi acı çekmesi;

(c) oğlunun ortadan kaybolması ile ilgili, kaçırılma olayının ertesi günü başlayan, bilgi toplamak için gösterdiği yinelenen ve kararlı çabaları ve bu işin yükünü taşımak zorunda kalması ve

(d) savunmacı Hükümetin yetkili makamlarından her aşamada etkisiz ve yetersiz yanıtlarla karşılaşması.

Hükümet, hiçbir devlet görevlisi başvuranın oğlunun ortadan kaybolmasına karışmadığı için, AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edilmediği kanısındadır.

AİHM, “ortadan kaybolan bir kimsenin” aile üyesinin 3. maddeye aykırı bir muamelenin mağduru olup olamayacağı sorusunun, başvuranın çektiği sıkıntıya, ciddi bir insan hakları ihlali mağdurunun yakınları için kaçınılmaz olarak doğan duygusal baskıdan ayrı bir boyut ve nitelik kazandıran belirli etmenlerin varlığına bağlı olduğunu yineler. İlgili unsurlar, aile bağlarının yakınlığını – bu bağlamda, ebeveyn-çocuk bağının belirli bir ağırlığı olacaktır-, ilişkinin özel koşullarını, aile üyesinin sözkonusu olaya ne derecede tanıklık ettiğini, aile üyesinin kayıp kişiyle ilgili bilgi alma çabalarına ne derece katıldığını ve makamların bu soruları yanıtlayış biçimini kapsayacaktır (bkz. *İpek*). AİHM ayrıca, böyle bir ihlalin esasının, aile üyesinin “ortadan kaybolmasında” yatmadığını, ihlali daha ziyade yetkili makamların durum dikkatlerine sunulduğunda gösterdikleri tepki ve davranışın oluşturduğunu

vergular. Bir yakının yetkili makamların tutumlarının doğrudan mağduru olduklarını iddia edebilmeleri, özellikle, yetkili makamları ilgilendirmektedir (bkz. *Çakıcı*).

Mevcut davada, AİHM, başvuranın Atilla Osmanoğlu'nun babası olduğunu kaydeder. Başvuran, on bir yıldan fazla süre önce, oğlunun, polis olduklarını söyleyen iki kişi tarafından götürülmesine tanık olmuş ve o günden bu yana oğlundan haber alamamıştır. Başvuranın, kaçırılma olayını ve oğlunun ortadan kaybolduğunu bildirmek ve kaçırılma olayına ilişkin sahip olduğu bilgiyi paylaşmak için yerel makamlara ulaşmasına karşın, makamlar başvurana oğlunun adının gözaltı kayıtlarında olmadığını bildirmekten başka bir şey yapmamışlardır.

Yukarıdakiler ışığında, AİHM, başvuranın, oğlunun ortadan kaybolmasının ve ona ne olduğunu ortaya çıkaramamasının sonucu olarak sıkıntı çektiği ve çekmeye devam ettiği, buna ek olarak halen endişe ve acı yaşadığı kanaatine varır. Makamların başvuranın şikayetleriyle ilgilenme biçimleri, 3. maddeye aykırı insanlık dışı muamele teşkil ettiği biçiminde değerlendirilmelidir.

AİHM, bu nedenle başvuran bakımından 3. maddenin ihlal edildiği sonucuna varır.

#### V. AİHS'İNİN 5. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

Başvuran, AİHS'nin 5. maddesine dayanarak, oğlunun, keyfi olarak ve onayı alınmadan devlet görevlileri tarafından götürülmesi ve/veya şikayetlerine ilişkin Hükümet'in hızlı ve etkili bir soruşturma yürütememesi ve/veya yürütmeyi reddetmesi nedeniyle bu maddenin ihlalinin mağduru olduğunu iddia etmiştir.

Hükümet, bir devlet görevlisinin veya devlet makamları adına hareket eden bir kimsenin, kaçırıldığı veya tutulduğu iddia edilen başvuranın oğlunun ortadan kaybolmasına karıştığının, makul şüphelerden uzak olarak tespit edilmediğini savunmuştur.

Başvuranın, oğlunun devlet makamları tarafından tutulduğu iddialarına ilişkin olarak, AİHM, başvuranın oğlunun ortadan kaybolmasından sorumlu olabilecek kişilerin tespit edilemediğini yineler. Dolayısıyla başvuranın iddialarını kanıtlayacak somut bir temel bulunmamaktadır.

Başvuranın soruşturma yapılmamasına ilişkin aynı madde altındaki şikayetleriyle ilgili olarak, AİHM, yukarıda yaptığı soruşturma yapılmamasından kaynaklanan ihlal tespitlerini göz önünde bulundurarak, aynı durumun AİHS'nin 5. maddesinin ihlaline neden olup olmadığının ayrı olarak incelenmesinin gerekli olmadığına karar vermiştir.

Sonuç olarak, AİHM, AİHS'nin 5. maddesinin ihlal edilmediği kanaatindedir.

#### VI. AİHS'İNİN 8. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

Başvuran, son on bir yıldır oğlunun ortadan kaybolmasının neden olduğu uzun süren sıkıntı ve acının, AİHS'nin 8. maddesi çerçevesinde aile yaşantısına saygı hakkını ihlal ettiğini belirtmiştir. Başvurana göre, bu ihlal, AİHS'nin 2. ve 5. maddeleriyle uyumlu olarak, savunmacı Hükümet'in oğlunun yaşama, özgürlük ve güvenlik hakkını koruyamamasının doğrudan sonucudur.



Hükümet, başvuranın iddialarının somut temelini reddetmenin ötesinde, 8. maddeye konu hiçbir unsurdan özellikle söz etmemiştir.

Yukarıda belirtilen 2. ve 3. madde çerçevesindeki tespitleri ışığında, AİHM, mevcut davanın koşulları içerisinde, AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesinin gerekli olmadığı sonucuna varmıştır.

#### VII. AİHS'NİN 13. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

Başvuran AİHS'nin 13. maddesine dayanarak Sözleşme mağduriyetlerine ilişkin olarak etkili bir hukuk yolundan faydalanmadığını ifade etmiştir. Sorumlu Hükümetin tutumundaki ciddi kusurların Mahkemenin oğlunun kaybolmasına ilişkin etkili bir hukuk yolundan mahrum bırakıldığı ve bu yüzden tazminat talebi dahil olmak üzere kendi tasarrufundaki mevcut diğer yollara başvurmamasının engellendiğine karar vermesi için yeterli olduğunu savunmuştur.

Hükümet başvuranın bu maddeye dayanan şikâyetlerine ilişkin görüş sunmamıştır.

AİHS'nin 2. maddesinin usule ilişkin olarak ihlal edildiğini dikkate alan Mahkeme, aynı olayları 13. madde kapsamında incelemeye gerek görmemektedir.

#### VIII. 2 VE 5. MADDELERLE BAĞLANTILI OLARAK AİHS'NİN 14. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

Başvuran oğlunun kaybolması, hakkında gaiplik kararı verilmesi, yetkililerin etkili bir soruşturma yürütmemesi ve iç hukuk yolu sağlamamalarının kendisinin ve oğlunun Kürt kökenli olmasından kaynaklandığını savunmuştur. Başvurana göre Türkiye'nin güneydoğu bölgesinde polis ve diğer güvenlik güçlerinin uyguladığı, Kürt kökenli vatandaşları zorla ve istekleri dışında ortadan kaybetmek ve gözaltında katletmek için seçen ayrımcı bir uygulama mevcuttu.

Başvuran ayrıca zorla ortadan kaybetme şeklindeki ayrımcı uygulamadan ayrı olarak, Türkiye'nin güneydoğusundaki Kürt kökenlilerin bu tür kaybolmaların soruşturulmasında da ayrımcılığa tâbi tutulduklarını savunmuştur. Bu savını desteklemek için özellikle Kürt nüfusa mensup kişilerle ilgili davalarda yetkililerin etkili soruşturma yürütmemeleri nedeniyle AİHS'nin 2 ve/veya 13. maddelerinin ihlalinin tespit edildiği AİHM kararlarına atıfta bulunmuştur.

Hükümet bu şikâyetlerle ilişkili herhangi bir görüş sunmamıştır.

Başvuranın, oğlunun kaybolması ve gaipliğine karar verilmesinin Kürt kökenli olması nedeniyle olduğu iddiasına ilişkin olarak Mahkeme, kaçırılma olayında devlet görevlilerinin yer aldığı tespit edilmediğini belirtir. Başvuranın bu bağlamdaki iddiasını desteklemek için somut temel bulunmamaktadır.

Başvuranın bu maddeye dayanan ikinci iddiası olan “oğlunun kaçırılma olayının soruşturulmamasının altında yatan sebebin etnik kökeni olduğu”na ilişkin olarak Mahkeme, AİHM'nin yukarıda belirtilen ihlallerinin iç hukuk aşamasında hiç soruşturma yapılmamış olmasına dayandığını belirtir. Soruşturma yapılmamış olması nedeniyle Mahkemenin başvuranın soruşturma makamları tarafından ayrımcılığa tâbi tutuldukları iddiasının dayanağı

olup olmadığını inceleyebilmesi için bilgi toplayabileceği belge ya da başka delil bulunmamaktadır.

Bu nedenle 2 ve 5. maddelerle bağlantılı olarak ele alındığında AİHS'nin 14. maddesi ihlal edilmemiştir.

## IX. AİHS'İNİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

AİHS'nin 41. maddesine göre:

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

### A. Maddi tazminat

Başvuran, 1968 doğumlu olan oğlunun kaçırıldığı tarihte 28 yaşında olduğunu ifade etmiştir. Atilla'nın aynı zamanda imam nikahlı bir eşi bulunmaktaydı ve başvuran ve başvuranın eşi ile aynı evde kalmaktaydılar. Başvuranın diğer beş çocuğu ve iki torunu da aynı evde yaşamaktaydı. Başvuran düzenli çalışmak için çok yaşlı olduğundan, dükkanı Atilla düzenli olarak işletiyordu. Tüm ailenin temel geçimi dükkandan sağlanmaktaydı. Atilla'nın kaybolmasından sonra başvuran dükkanı kapatmak zorunda kalmış ve sonuç olarak aile geçim kaynağını kaybetmiştir.

Atilla'nın öldüğü tarihte dükkanın aylık cirosu yaklaşık 2,000 Yeni Türk Lirası idi. Başvuran, oğlunun kaybolmasından bu yana geçen her ay için bu miktarın ödenmesine hükmedilmesini, dolayısıyla toplamda 276,000 YTL (yaklaşık 160,000 Euro) tazminatı Mahkemeden talep etmiştir.

Hükümet başvuran tarafından talep edilen miktara itiraz etmiş ve maddi zararı kanıtlayan delil sunmadığını savunmuştur. Hükümet aynı zamanda muhtemel gelir taleplerine de itiraz etmiş ve delil bulunmadığından bunların kabul edilmemesi ve hayali hesaplamalara itibar edilmemesini Mahkemeden talep etmiştir. Hükümete göre başvurana gerektiğinde, tazminat prosedürünün delil ve belgelerle desteklenmeyen abartılı talepler getirilerek istismar edilmesine izin verilmeden, hakkaniyete uygun miktarda maddi tazminat ödenebilecektir. Aksi takdirde böyle bir miktar hayali olacak ve haksız kazançta yol açacaktır.

Mahkeme içtihadı, başvuran tarafından talep edilen maddi tazminat ile AİHS ihlali arasında açık bir illiyet bağı olması gerektiği ve bunun uygun davalarda gelir kaybına binaen tazminat içerebileceğini belirlemiştir (bkz. diğer içtihatlar arasında *Barberà, Messegué ve Jabardo – İspanya* (50. madde), A Serisi no. 285-C ve *Çakıcı*, yukarıda anılan).

Mahkeme, başvuranın oğlunun kaybolmasından kaynaklanan gelir kaybını ayrıntılı olarak belirten taleplerini liste halinde sunmamış olduğunu gözlemler. Ancak Atilla Osmanoğlu'nun ailenin geçimini sağladığı tartışmasız bir gerçektir. Atilla Osmanoğlu'nun ailevi durumu, yaşı ve eşi ve ailesinin geçimini sağlayan mesleki faaliyetlerini göz önüne alan Mahkeme, yetkililerin Atilla Osmanoğlu'nun yaşam hakkını koruyamamaları ve onun ailesine sunduğu maddi desteğin kaybı arasında doğrudan illiyet bağı olduğunu tespit etmiştir.

Yukarıda belirtilenler ışığında Mahkeme, hakkaniyete uygun olarak başvuranın Türkiye'deki banka hesabına yatırılmak ve onun tarafından tutulmak üzere Atilla Osmanoğlu'nun eşi ve mirasçıları için 60,000 Euro maddi tazminat ödenmesine karar vermiştir (bkz. *Koku*, yukarıda anılan).

### **B. Manevi tazminat**

Başvuran, Atilla Osmanoğlu'nun kaybolması, yetkililerin bu konuda yeterli soruşturma yürütmemesi ve kendisi ve ailesinin Atilla'nın yeri ve sağ olup olmadığı hakkında halen bilgi sahibi olmamaları nedeniyle kendisi ve ailesinin ciddi travma ve sıkıntı yaşadığını ifade etmiştir. Manevi tazminat miktarını Mahkemenin takdirine bırakmış ve Mahkemeden davanın tüm olaylarını dikkate almasını istemiştir.

Hükümet, başvuranın iddialarını destekleyecek delil bulunmaması nedeniyle ancak sembolik bir manevi tazminat ödenmesinin hakkaniyete uygun olduğu görüşündedir.

Mahkeme, tespit etmiş olduğu AİHS'nin 2 ve 3. maddelerinin ihlallerini dikkate alır. Sonuç olarak benzer davalarda hükmettiği tazminat miktarlarını dikkate alarak Mahkeme başvuranın Türkiye'deki banka hesabına yatırılmak ve onun tarafından tutulmak üzere Atilla Osmanoğlu'nun eşi ve mirasçıları için 20,000 Euro manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir. Mahkeme aynı zamanda başvurana, AİHS'nin 3. maddesi bağlamında şahsi olarak uğradığı manevi zararlar için 10,000 Euro ödenmesine karar vermiştir.

### **C. Yargılama masraf ve giderleri**

Başvuran davanın açılmasında yapılan masraflara karşılık olarak toplamda 19,471.24 İngiliz Sterlini ve 11,262 Euro talep etmiştir. Talebi şunlardan oluşmaktadır:

- (a) İngiltere'de, Kürt İnsan Hakları Projesi'nde (KHRP) çalışan avukatları için 19,031.24 İngiliz Sterlini;
- (b) Türkiye'deki avukatları için 5,325 Euro;
- (c) İngiltere'deki avukatların ödediği telefon, faks, posta, fotokopi ve kırtasiye gibi idari masraflar için 440 İngiliz Sterlini;
- (d) Türkiye'deki avukatların ödediği telefon, faks, posta, fotokopi ve kırtasiye gibi idari ve tercüme masrafları için 5,937 Euro.

Başvuran, avukatlık ücretlerine ilişkin olarak ayrıntılı bir masraf çizelgesi sunmuştur.

Hükümet, başvuranın temsilcileri tarafından talep edilen ve aşırı olarak değerlendirdikleri miktarlara itiraz etmiştir. Sadece gerçekten harcanan masrafların geri ödenebileceğini, yargılama masraf ve giderlerinin tamamının başvuranlar ya da temsilcileri tarafından belgelenmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Ayrıca kabataslak hesap ve listelerin davayla ilişkili ve iddia edilen harcamaya kanıt olarak değerlendirilmemesi, harcamaların makul bir miktarı aşmaması ve gerçekten gerektiği için yapılması, tüm masraf ödenmesi taleplerinin faturalara dayanması ve tüm kalemlerin belgelenmiş olması gerektiğini belirtmişlerdir.

Mevcut bilgilere dayanarak kendi değerlendirmesini yapan ve benzer davalarda hükmedilen tazminat miktarlarını dikkate alan Mahkeme (bkz. diğerleri yanında *Koku*, yukarıda anılan), tüm katma değer vergilerinden muaf olmak üzere net olarak, İngiliz

Sterlini'ne çevrilmek ve başvuranın temsilcisinin İngiltere'deki banka hesabına yatırılmak üzere başvurana 15,000 Euro yargılama masraf ve giderleri ödenmesine karar vermiştir.

#### **D. Gecikme faizi**

AİHM, gecikme faizi olarak Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi faizlerine uyguladığı orana üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranın uygun olduğuna karar vermiştir.

#### **BU GEREKÇELERE DAYANARAK AİHM,**

1. Oybirliğiyle, başvuranın oğlunun devlet görevlileri tarafından kaçırıldığı iddiası ve müteakiben gaipliğine karar verilmesine ilişkin olarak AİHS'nin 2. maddesinin ihlal edilmediğine;
2. 3'e karşı 4 oyla, Sorumlu Devletin AİHS'nin 2. maddesine aykırı olarak başvuranın oğlunun hayatını koruyamadığına;
3. Oybirliğiyle, Sorumlu Devlet yetkililerinin başvuranın oğlunun kaybolduğu koşullar ve müteakip gaiplik kararı hakkında etkili bir soruşturma yürütememiş olması nedeniyle AİHS'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine;
4. 3'e karşı 4 oyla, başvuran açısından AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine;
5. Oybirliğiyle, AİHS'nin 5. maddesinin ihlal edilmediğine;
6. Oybirliğiyle, başvuranın AİHS'nin 8. maddesine dayanan şikâyetinin ayrı olarak incelenmesine gerek bulunmadığına;
7. Oybirliğiyle, AİHS'nin 13. maddesine dayanan şikâyetin ayrı olarak incelenmesine gerek bulunmadığına;
8. Oybirliğiyle, 2 ve 5. madde ile bağlantılı olarak AİHS'nin 14. maddesinin ihlal edilmediğine;
9. 1'e karşı 6 oyla,
  - (a) Sorumlu Devlet'in başvurana, AİHS'nin 44/2. maddesi uyarınca kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde:
    - (i) Ödeme tarihinde geçerli olan kur üzerinden Yeni Türk Lirası'na çevrilerek başvuranın banka hesabına yatırılmak ve oğlu Atilla Osmanoğlu'nun eşi ve mirasçıları için onda tutulmak üzere 60,000 Euro (altmış bin Euro) maddi tazminat;
    - (ii) Ödeme tarihinde geçerli olan kur üzerinden Yeni Türk Lirası'na çevrilerek başvuranın banka hesabına yatırılmak ve oğlu Atilla Osmanoğlu'nun eşi ve mirasçıları için onda tutulmak üzere 20,000 Euro (yirmi bin Euro) manevi tazminat;
    - (iii) Ödeme tarihinde geçerli olan kur üzerinden Yeni Türk Lirası'na çevrilerek

başvuranın banka hesabına yatırılmak üzere 10,000 Euro (on bin Euro) manevi tazminat;

(iv) Ödeme tarihinde geçerli olan kur üzerinden İngiliz Sterlini'ne çevrilerek başvuranın İngiltere'deki temsilcilerinin banka hesabına yatırılmak üzere 15,000 Euro (on beş bin Euro) yargılama masraf ve giderleri;

(v) Bu miktarlar üzerine uygulanabilecek her tür vergiyi ödemesine;

(b) Söz konusu sürenin bittiği tarihten itibaren ödemenin yapılmasına kadar, Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem marjinal kredi kolaylıklarına uyguladığı faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda faiz uygulanmasına;

10. Oybirliğiyle, adil tatmine ilişkin diğer taleplerin reddine

***KARAR VERMİŞTİR.***

İşbu karar İngilizce olarak hazırlanmış ve AİHM İç Tüzüğü'nün 77. maddesinin 2 ve 3. paragrafları uyarınca 24 Ocak 2008 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Søren NIELSEN  
Kâtip

Christos ROZAKIS  
Başkan

AİHS'nin 45/2. maddesi ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 74/2. maddesi uyarınca Yargıç Türmen, Vajić ve Steiner'in aşağıdaki ortak kısmi muhalefet şerhi işbu karara eklenmiştir.

C.L.R.  
S.N.

## YARGIÇ TÜRMEN, VAJIĆ VE STEINER’İN ORTAK KISMİ MUHALEFET ŞERHİ

2. maddenin usule ilişkin olarak ihlal edildiği konusunda çoğunlukla hemfikiriz. Ancak şu sebeplerden dolayı çoğunluğun 2. maddenin esasa ilişkin olarak ihlal edildiği tespitine katılmıyoruz:

Gözetiminde kaybolma olaylarında şahıstan oldukça uzun bir süre haber alınmaması durumunda şahsın gözetiminde öldüğü kabul edilir ve inandırıcı bir açıklama olmaması halinde davalı Hükümetin ölümden sorumluluğu bulunur.

Böyle bir sonuca varabilmek için Mahkeme şunları tespit etmeye çalışır: (1) şahsın yaşamı tehdit eden koşullarda özgürlüğünden mahrum bırakılması; (2) bu mahrum bırakmanın devlet görevlileri tarafından uygulandığı; (3) Özgürlükten mahrum bırakmanın kabul edilmemesi veya bu konuda bilgiye sahip olunmaması (örneğin bkz. *Timurtaş – Türkiye*, no. 23531/94; *Ertak – Türkiye*, no. 20764/92; *Taniş vd. – Türkiye*, no. 65899/01 ve *Akdeniz vd. – Türkiye*, no. 23954/94).

Mahkemenin emsal oluşturan *Timurtaş* kararını, 2. maddenin ihlal edilmediğine hükmettiği *Kurt – Türkiye (Karar Raporları 1998-III)* kararından iki gerekçeyle dikkatli bir şekilde ayırmış olması dikkate değer bir husustur: (a) *Kurt* davasında “başvuranın ölümünün gözetiminde meydana geldiğine dair yeterli ikna edici emare bulunmadığı”, *Timurtaş* davasında ise “Abdulvahap Timurtaş’ın bir yere hapsedildiğinin tespit edildiği”; ve (b) “*Kurt* dava dosyasında yetkililerin Üzeyir Kurt’u şüpheli olarak gördüklerine işaret eden az unsur bulunmasına karşın *Timurtaş* davası olaylarının Abdulvahap Timurtaş’ın PKK faaliyetlerinde yer aldığı iddiasıyla yetkililer tarafından arandığına dair şüpheye yer bırakmadığı” belirtilmiştir (bkz *Timurtaş*, yukarıda anılan).

Somut davada başvuranın oğlu Atilla Osmanoğlu’nun kaybolmasından güvenlik güçlerinin sorumlu olduğunun tespit edilmediği oybirliğiyle kabul edilmiştir.

Ayrıca Atilla Osmanoğlu’nun PKK ile bağı bulunmadığı ifade edilmiştir.

Bu hususlar ve AİHM içtihadına uygun olarak mevcut koşullarda davalı devletin sorumluluğunun bulunduğu sonucuna varılamaz.

Çoğunluk tarafından sunulan “bir devletin bir kimsenin ortadan kaybolması eylemine karıştığı sonucuna varılmasının, o kimsenin ölü olarak farz edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi için *olmazsa olmaz* bir koşul olmadığı kanısındadır; bir kimsenin ortadan kaybolması belirli koşullarda başlı başına hayatı tehdit edici olarak değerlendirilebilir” görüşüne katılmamaktayız.

Belli koşullarda bir kişinin kaybolması hayati tehlike taşıyabilir. Ancak somut davada soru, kaybolma olayının kurban yetkililerin nezaretinde meydana gelmemiş olması ve devletin bu olayda payı olmamasının tespit edilmiş olması halinde davalı devletin yaşamı tehdit eden bu tür bir durumdan sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. Mahkeme içtihadı bu soruya açıkça olumsuz bir yanıt vermektedir. Çoğunluk tarafından atıfta bulunulan *Akdeniz* kararı bu görüşü teyit etmektedir. Söz konusu kararda Mahkeme şuna hükmetmiştir: “11 kişinin güvenlik güçleri tarafından gözetim altına alındıktan sonra öldükleri kabul edilmelidir.

Sonuç olarak davalı devletin onların ölümünden sorumluluğu bulunmaktadır” (bkz. *Akdeniz*, yukarıda anılan).

Bu bağlamda başvuranın oğlunun kaçırılması ile sözkonusu kararın 58. paragrafında çoğunluğun değindiği şahısların kaçırılması arasında bulunduğu iddia edilen benzerlikler, Atilla Osmanoğlu'nun kaybolmasının yaşamı tehdit eder nitelikte olduğu sonucuna varmak için yeterli değildir. Bu tür benzerlikler ancak Mahkeme kaçırma ve öldürme şeklinde bir idari uygulamanın varlığını kabul etseydi muteber olabilirdi. Halbuki hem Mahkeme hem eski Komisyon böyle bir sonuca varmayı her defasında reddetmiştir.

Bir şahsın kaybolmasıyla ilgili olarak sorumlu bulunmadığı davalarda davalı devletten beklenen hareket tarzı somut davada açık değildir. Çoğunluğun “davalı devletin kaybolma iddialarıyla ilgili etkili soruşturma yürütmeye yükümlü olduğu”na işaret ettiği görülmektedir.

Bu görüşe tamamen katılıyoruz. Ancak bu, 2. maddenin esasa değil usule ilişkin yönüne göre incelenmesi gereken bir meseledir. Somut davada etkili bir soruşturma yapılmamış olması 2. maddenin esastan ihlal edildiği tespitinin temelini oluşturmaktadır. Ayrıca aynı sorun 2. maddenin usulden ihlal edildiğinin tespiti için de gerekçedir. Aynı olaylara bağlı aynı gerekçe ile iki ihlalin tespit edilmesi Mahkemenin içtihadında pek alışılmış bir durum değildir.

Devletin kendi yetkisi altındaki kişilerin yaşamını koruması pozitif yükümlülüğü ve kaybolma olaylarında etkili bir soruşturma yürütme yükümlülüğü iki ayrı kavramdır ve öyle muamele edilmelidir.

Devletin bir bireyi diğerlerinin cürümlerinden korumak için önlem alma pozitif yükümlülüğü koruyucu niteliktedir. Bu yükümlülük böyle olayların meydana gelmesinden önceki aşamayla ilgilidir.

Mahkeme devletin bu yükümlülüğünü her zaman dar bir kapsamda yorumlamıştır. Ancak yetkililerin bir bireyin yaşamına gerçek ve acil tehdidin varlığını bilmesi ya da bilmesi gerektiği durumlarda 2. madde ihlal edilmiş olacaktır. Bu yükümlülük “yetkililere imkansız ya da ölçüsüz bir yük getirmeyecek şekilde yorumlanmalıdır. Buna göre Sözleşme, her hayati tehlike iddiası karşısında tehlikenin gerçekleşmesini önlemek için fiili tedbir alma yükümlülüğü getiremez” (bkz. *Osman – İngiltere, Raporlar 1998-VIII*). Ancak bu pozitif yükümlülük devletin ölümcül saldırıların faillerinin bulunması ve yargılanmasında başarıya ulaşması şeklinde bir şart getirmemektedir (bkz. *Tekdağ – Türkiye*, no. 27699/95).

Somut davada yetkililer kaçırılma olayından önce başvuranın hayatının tehlikede olduğu konusunda bilgi sahibi olmamıştır, şahıs koruma da talep etmemiştir. Ayrıca kaçırılma olayında yetkililerin payı olmadığı ve Osmanoğlu'nun güvenlik güçlerinin kontrolü altında olmadığı tartışmasızdır. Osmanoğlu'nun yeri yetkililer tarafından bilinmemekteydi. Ölü olup olmadığı bile kesin değildi. Bu nedenle yetkililerden makul olarak beklenebilecek tek işlem kayb olduğu koşullara ilişkin bir soruşturma yürüterek ölüp ölmediğini tespit etmek ve ölmemişse nerede olduğunu belirlemek idi.

Gerçekte, başvuranın oğlunun kaybolmasından sonra gerçek ve acil bir hayati tehlikeyi önlemek için çoğunluğun gerekli gördüğü, istihbarat edinme, ifade alma, görgü tanıklarına başvurma gibi “önleyici fiili tedbirler”in tamamı sadece 2. maddenin usule ilişkin yönüne göre incelenen soruşturmayla ilgilidir.

Son olarak somut dava çoğunluk tarafından atıfta bulunulan ve Mahkemenin davalı devletin başvuranın hayatını koruyamadığı kadarıyla aşağıdaki gerekçelerle 2. maddeye aykırı bulunduğu *Koku – Türkiye* (no. 27305/95) davasından ayrı tutulmalıdır: Hüseyin Koku tanınmış bir siyasetçi idi. HADEP üyesiydi ve PKK faaliyetlerinde yer aldığı iddia ediliyordu. Kaçırılmadan önce polis, Vali ve Belediye Başkanı'ndan tehditler alıyordu. Farklı olarak somut davada Osmanoğlu siyasi bir şahsiyet değildi ve PKK ile ilgili bir faaliyette yer almamıştı. Tehdit altında değildi ve dükkana gelen iki şahısla kendi isteği ile gitmişti.

İkinci fark Koku'nun cesedinin kaybolmasından altı ay sonra bulunması, Osmanoğlu'nun cesedinin ise hiçbir zaman bulunamamasıdır.

Üçüncü olarak *Koku* davasında davalı devlet Mahkemeye soruşturma dosyasındaki birtakım belgeleri göndermemiştir. Bu eksiklik Mahkemeyi Hükümetin AİHS'nin 38/1 (a) maddesinde belirtilmiş yükümlülüklerini yerine getirmediğini tespit etmeye yöneltmiş ve sonuç olarak Mahkeme Hükümetin bu kusurundan çıkarımlarda bulunmuştur. Ancak somut davada Hükümet olayların tespitinde Mahkeme ile işbirliği içinde olmuştur.

İşte bu yukarıdaki mülahazaları akılda bulundurarak 2. maddenin esastan ihlal edilmediği sonucuna varıyoruz.

Bütün bu mülahazalarımız ve *Koku* kararının somut karardan yukarıda özetlenen farkları ışığında davalı devletin “önleyici fiili tedbirler” almaması nedeniyle 2. maddenin esastan ihlal edildiği tespitinin Mahkeme içtihadında köklü bir değişimi gösterdiğine inanmaktayız. Böyle bir değişimin, gelecekteki davalara potansiyel etkileriyle Büyük Daire'nin karar vermesi gereken bir mesele olduğu kanaatindeyiz.