



AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İKİNCİ BÖLÜM

BİŞAR AYHAN VE DİĞERLERİ / TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru no. 42329/11 ve 47319 /11)

KARAR

2. madde (usul yönünden) • Yasak askeri bölge üzerinden yasa dışı yollarla sınırı geçmeye çalışan kişilere İran sınırı yakınındaki askerler tarafından havan atışı yapılması sonucunda birinci başvuranın yaralanmasına ve geri kalan başvuranların yakınının ölümüne ilişkin yetersiz soruşturma yapılması
2. madde (esas yönünden) • Ne “mutlaka gerekli” ne de kati surette orantılı güç kullanımı

STRAZBURG

18 Mayıs 2021

Kesinleşme Tarihi

18 Ağustos 2021

İşbu karar, Sözleşme'nin 44 § 2 maddesinde öngörülen koşullar çerçevesinde kesinleşmiştir. Bazı şekli değişikliklere tabi tutulabilir.

© T.C. Adalet Bakanlığı, 2021. Bu gayriresmî çeviri, Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı tarafından yapılmış olup, Mahkeme açısından bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu çeviri, davanın adının tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ile Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığına atıfta bulunmak suretiyle ticari olmayan amaçlarla alıntılanabilir.

Bişar Ayhan ve Diğerleri/Türkiye davasında,

Başkan,

Jon Fridrik Kjølbro,

Hâkimler

Marko Bošnjak,

Aleš Pejchal,

Valeriu Grițco,

Carlo Ranzoni,

Pauliine Koskelo,

Saadet Yüksel,

ve *Bölüm Yazı İşleri Müdürü* Stanley Naismith'in katılımıyla Daire olarak toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm),

Bişar Ayhan, Nürgül Yılmaz, Elmas Yılmaz, Leyla Yılmaz, Özgür Yılmaz, Yeşim Yılmaz, Ömer Yılmaz, Gümüş Yılmaz, Şadiye Yılmaz ve İsa Yılmaz ("başvuranlar") isimli on başvuran tarafından, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca, 23 Mayıs 2011 tarihinde, Türkiye Cumhuriyeti Devleti aleyhine Mahkemeye yapılmış olan başvuruları (no. 42329/11 ve 47319/11)

Sözleşme'nin 2. maddesine ilişkin şikâyetin Türk Hükümetine ("Hükümet") bildirilmesi kararını ve 42329/11 no.lu başvurunun geri kalanının kabul edilemez olduğunu beyan etme kararını;

47319/11 no.lu başvurunun Hükümete bildirilmesi kararını;

Tarafların beyanlarını dikkate alarak,

13 Nisan 2021 tarihinde yapılan kapalı müzakerelerin ardından,

Aynı tarihte kabul edilen aşağıdaki kararı vermiştir:

GİRİŞ

1. Dava, aynı olaylardan kaynaklanan iki başvuruya ilişkindir. Özellikle Sözleşme'nin 2. maddesine dayanarak başvuranlar, yetkili makamların, aşırı

güç kullandığına ve ilk başvuranın yaralanmasına (başvuru no. 42329/11) geri kalan başvuranların yakınlarının ölümüne (başvuru no. 47319/11) ilişkin etkili bir soruşturma yürütemediklerine ilişkin şikâyetle bulunmuşlardır.

OLAYLAR

2. Bilgileri ekte belirtilen başvuranlar Türk vatandaşlarıdır. Başvuranlar, Mersin Barosuna bağlı Avukat M. Çakır tarafından temsil edilmişlerdir.

3. Hükümet, kendi görevlisi tarafından temsil edilmiştir.

4. Dava konusu olaylar, taraflarca ileri sürüldüğü şekliyle, aşağıdaki gibi özetlenebilir:

I. ARKA PLAN

5. 2009 yılının başında, yetkili makamlar, İran sınırının yakınında bulunan kamplardaki terörist gruplarının, saldırı gerçekleştirmek üzere yasa dışı bir şekilde Türkiye'ye gireceğine ilişkin istihbarat raporları almışlardır. Alınan istihbarata göre, teröristler, sınırı yasa dışı bir şekilde geçmek için kaçakçıların arasında ve kaçakçı kılığında saklanacaklardır. İstihbaratta, teröristlerin yollara mayın döşeme teşebbüsünde bulunacakları, yol güvenliğini sağlayan ve mayın arayan askerlere saldıracakları, terör örgütü için ateşli silah ve diğer lojistik malzemelerin tedariğine dâhil olacakları ve 29 Mart 2009 tarihinde gerçekleşecek olan yerel seçimlerden önce bölgede terör saldırıları organize edecekleri yer almıştır.

6. Dolayısıyla, Şubat 2009 tarihinde, Van ilinin Başkale ilçesindeki bazı sınır bölgeleri, birinci derece askeri yasak bölge ilan edilmiştir ve civar köyler, güvenlik sebebiyle sivillerin belirlenen alanlara girişine izin verilmeyeceği hususunda usule uygun bir şekilde bilgilendirilmiştir. Söz konusu bildiri ayrıca, teröristler, kaçakçılar veya sivillerin yasaklı bölgelere girmeye teşebbüs etmeleri hâlinde, yetkili makamların, iç hukuk uyarınca,

ateşli silah kullanma yetkisine sahip olduklarını belirten bir uyarı da yapılmıştır.

II. OLAY

7. 11 Mart 2009 tarihinde saat 19.00 sularında, İran sınırı yakınındaki iki askeri tabur (Koru ve Koçdağı) tarafından gece görüşlü termal kameralar vasıtasıyla, at sırtında büyük bir grubun yasak askeri bölgeden yasa dışı bir şekilde sınırı geçtiği gözlemlenmiştir. Kayalıklı bölgede, mayın alan yer almaktadır ve iki askeri tabur da gruptan yaklaşık altı kilometre uzaklıkta konuşlandırılmıştır. Her iki taburdan açılan ateş sonucunda, birinci başvuran Bişar Ayhan ağır şekilde yaralanırken geri kalan başvuranların yakını olan Murat Yılmaz (bundan böyle M.Y. olarak anılacaktır) hayatını kaybetmiştir. Dava dosyasındaki bilgilere göre, birinci başvuran, gruptaki diğer kişilerin yardımıyla yaklaşık 25 km uzaklıktaki Başkale Hastanesine götürülmüştür.

8. İki tabur tarafından hazırlanan olay raporunda, grubun olduğu yöne doğru, taburlardan birinin saat 19.30 sularında 120 mm'lik havan ile iki atış yaptığı ve diğer taburun ise saat 19.40 sularında 120 mm'lik havan ile üç atış yaptığı belirtilmiştir.

III. SORUŞTURMA

A. Resmi tutanaklar

9. 12 Mart 2009 tarihli soruşturma raporuna göre, bir hastane, 11 Mart 2009 tarihinde saat 22.30 sularında biri ölü biri yaralı olmak üzere top ateşinden etkilenen iki kişinin hastaneye getirildiği hususunda Başkale Jandarmasını bilgilendirmiştir. Saat 23.00 sularında Başkale Hastanesine giden askerler, birinci başvuran ve M.Y.'ye ait kıyafetlerin kaldırılıp delil olarak mühürlendiğini bildirmişlerdir. İlâveten, maktulün yüzü ve ellerinden kan ve swap örnekleri alınmıştır. Olayın yaşandığı bölgenin, mayınlar ve

coğrafi sebeplerden dolayı karadan incelenmeye uygun olmadığı belirtilmiştir.

10. 12 Mart 2009 tarihinde, mahalli keşif bir helikopterle gerçekleştirilmiştir. Söz konusu bölge kayalık ve karla kaplı olduğundan dolayı, olayın tam olarak gerçekleştiği yeri belirlemek mümkün olmamıştır. Fakat, karın üzerinde havan topu ve birçok ayak izi gözlemlenmiştir. Kan izi veya herhangi bir ceset veya yaralı insana rastlanmamıştır.

11. Aynı gün, Van Askeri Savcısı mahalli keşif raporu hazırlamış ve 11 Mart 2009 tarihinde Van Başkale Hudut Taburunun, gece görüşü termal kameralarından, büyük bir grup insanın yasak askeri bölgedeki sınırı yasa dışı bir şekilde geçmeye çalıştıklarını gözlemlediğini belirtmiştir. Teröristlerden oluşan bir grup olduğunu farz ederek, ve gruba yakın tabur arasındaki uzak mesafeden dolayı, söz konusu tabur, uçaksavar makineli tüfeklerle uyarı ateşi açmıştır. Grup, yürümeye devam ettiğinden dolayı havan atışları yapılmıştır. Olay esnasında, bir kişi hayatını kaybederken diğer bir kişi ise yaralanmıştır.

12. Aynı gün sabah 06.30 sularında, M.Y.'nin cansız bedeni üzerinde otopsi yapılmıştır. Raporda, ölümün, akciğerlerdeki ağır hasardan kaynaklı kan kaybı ve solunum problemlerinden dolayı gerçekleştiği belirtilmektedir. Mermilerin, vücudun ön kısmına girdiği ve ön kısımdan arka kısma, soldan sağa ve vücudun üst kısmından alt kısmına ilerlediği belirtilmiştir. Ölüm, otopsiden yaklaşık 10-12 saat önce gerçekleşmiştir. Ayrıca, havan atışlarının hangi mesafeden yapıldığını belirlemek amacıyla maktulün kıyafetlerinin balistik incelemeye gönderilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

13. Birinci başvuran ve M.Y.'nin elleri ve yüzünden swap örneklerinin alındığı ve kıyafetlerinin, atış mesafesini belirlemek amacıyla barut kalıntısı ve patlayıcı yönünden incelendiği bilirkişi raporu 1 Eylül 2009 tarihinde Jandarma Komutanlığı tarafından düzenlenmiştir. Bilirkişiler, her iki başvurucudan alınan el swapları üzerinde “*antimuan*” bulunmasının atış artığı olarak kabul edilebileceğini not etmişlerdir. İlâveten, bilirkişiler,

kıyafetlerde gözlemlenen deliklere dayanarak atışın uzak mesafeden yapıldığı sonucuna varmışlardır. Patlayıcı madde izinden bahsedilmemiştir.

B. Soruşturma esnasında alınan ifadeler

14. Soruşturma esnasında, birçok tanığın ifadesi alınmıştır.

1. Birinci başvuranın ifadesi

15. 13 Mart 2009 tarihinde, polis memurları birinci başvuranın ifadesini hastanede almışlardır. Birinci başvuran, yakıt kaçakçılığı yapmak amacıyla 11 Mart 2009 tarihinde, on- on iki kişilik bir grup ve yetmiş at ile birlikte İran sınırını geçtiklerini açıklamıştır. Daha sonra, Kuru ve Koçdağı taburlarından havan atışları yapıldığını belirtmiştir. Birinci başvuranın hatırladığına göre, havan toplarından biri kendisi ve M.Y. arasına düşmüştür. Atlarının öldüğünü ve her ikisinin de yere düştüğünü belirtmiştir. Karanlık olmasına rağmen ay ışığı olduğunu ifade etmiştir. Olayın ardından, arkadaşları kendisini atın sırtında köye götürmüşlerdir. Birinci başvuran ayrıca, yakıt kaçakçılığı yaptıklarından askerlerin haberdar olduğunu, ve yolları üzerinde herhangi bir terörist görmediklerini belirtmiştir.

16. Daha sonra, 2 Nisan 2009 tarihinde birinci başvuran polise yeniden ifade vermiştir. Başvuran, olay gününde, on-on iki kişilik bir grup ve yaklaşık yetmiş atla beraber, İran'dan Türkiye'ye yakıt kaçakçılığı yaptıklarını açıklamıştır. Birinci başvuranın hatırladığına göre, grubun önündeki Kuru Karakolu ve arkalarındaki Koçdağı Karakolu yakınındaki bir tepeden uyarı atışları yapılmıştır. Grup, askerlerin kendilerini sadece korkutmaya çalıştığını düşünerek yürümeye devam etmiştir. Yaklaşık iki dakika sonra, grubun durmayacağını anlamaları üzerine askerler, gruba ateş etmeye başlamışlardır. M.Y. ve birinci başvuran vurulmuş ve diğerleri ise kaçmıştır. Birinci başvuran, M.Y.'nin yere düştükten sonra hareket etmediğini belirtmiştir. Yaklaşık on dakika sonra, gruptaki insanlar, başvuran ve M.Y.'yi civardaki

bir köye götürmek için geri gelmişlerdir. Başvuran ayrıca, olaydan sorumlu olan kişilere karşı da şikâyetle bulunmak istediğini belirtmiştir.

2. Askerlerin ifadeleri

17. 12 Mart 2009 tarihinde Koçdağı Karakolu'na bağlı askerler, aynı karakoldan iki askerin ifadesini almışlardır. Bu askerlerden biri piyade komutanı olan F.D'dir.

18. Çavuş Z.U. ifadesinde, olayların yaşandığı esnada Koçdağı Karakolu komutanı olarak görev yaptığını belirtmiştir. 11 Mart 2009 tarihinde saat 19.00 sularında Arık Tepe bölgesinde at sırtında bir grup insanın termal kamera vasıtasıyla görüldüğünü belirtmiştir. Grubun, Türkiye sınırına girmekte olduğunu ve piyade komutanı, Yüzbaşı F.D.'nin sınır ihlali yapıldığı hususunda bilgilendirildiğini belirtmiştir. Çavuş Z.U., söz konusu zamanda Yüzbaşı F.D. ile beraber olduğunu belirtmiştir. Ardından, Yüzbaşı F.D., Alay Komutanı'ndan yetki almış ve daha sonra yetkiyi Koçdağı ve Kuru karakollarına ileterek ateş etme emri vermiştir. Sonuç olarak, grubun ilerlediği yöne doğru, uçaksavar makineli tüfeklerle uyarı atışları yapılmıştır. İlgili bölge, gözetim altına alınmıştır. Sınır bölgesindeki ihlal durmadığından dolayı, topçu birliğine ateş etme emri verilmiştir. Ardından, 120 mmlik 3 havan atışı yapılmıştır ve bu atışların akabinde grup geri çekilmiştir.

19. Aynı gün, çavuşlar H.Ş., O.G., İ.U., Ö.B., T.D., ve F.Ö.'nün de ifadeleri alınmıştır ve Çavuş Z.U. ile aynı doğrultuda ifadeler vermişlerdir. Söz konusu çavuşlar, üstlerinden emir almaları üzerine, ilk olarak, uçaksavar makineli tüfeklerle her biri üçlü seriler hâlinde toplam dokuz atış olmak üzere uyarı atışları yaptıklarını belirtmişlerdir. Ardından, grubun yürümeye devam etmesi üzere üç havan atışı yapıldığını beyan etmişlerdir.

20. Aynı gün, Kuru Karakolu'na bağlı askerler (Çavuşlar A.Y., M.Y., G.A., H.Ç., M.A., S.K. ve M.Ç.), birlik komutanlarına olay hakkında ifade vermişlerdir. Söz konusu askerler, 10-12 kişilik bir grup ve birçok atın termal kameradan görüldüğünü ve akabinde, her biri sekiz-onlu seriler hâlinde

toplam beş atış olmak üzere uçaksavar makineli tüfeklerle uyarı atışları yapıldığını belirtmişlerdir. Grubun durmadığı hususunda piyade komutanı bilgilendirilmiştir ve Koçdağı Karakolu'ndan yapılan havan atışlarının ardından söz konusu askerler, iki havan atışı yapmak üzere emir almışlardır. Askerler emri yerine getirmişlerdir ve diğer karakoldan üç havan atışı yapılmasının hemen ardından iki havan atışı yapmışlardır. Havan toplarından biri atların tam önüne düşmüş ve grup dağılmıştır.

21. 25 Mart 2009 tarihinde askeri savcı, olay gününde Koçdağı Karakolu'ndaki havan atışlarından sorumlu asker olan Çavuş O.G.'nin ifadesini almıştır. O.G., sınırı yasa dışı yollardan geçen büyük bir grup olduğunun kendisine söylendiğini ve uçaksavar makineli tüfekle yapılan atışın ardından üç el havan atışı yapılmasına ilişkin emir aldığını belirtmiştir. O.G., kendisine verilen emri yerine getirmiştir ve havan toplarının düşmesi gereken koordinatları hesaplayıp üç el havan atışı yapmıştır. O.G., daha sonra Kuru Karakolundan da havan atışları yapıldığını belirtmiştir.

22. Ayrıca 25 Mart 2009 tarihinde, askeri savcı, olay günü Kuru Karakolu'ndan yapılan havan atışlarından sorumlu olan Çavuş M.Ç.'nin ifadesini almıştır. M.Ç., komutanın kendisine, belirtilen noktalara doğru iki el havan atışı yapması hususunda emir verdiğini belirtmiştir.

23. 2 Nisan 2009 tarihinde askeri savcı, İran'dan hareket eden yaklaşık 200 atı termal kamera kullanarak tespit eden, Koçdağı Karakolundan Çavuş H.Ş.'nin ifadesini almıştır. H.Ş., grubun hareketine göre Mahmutabat köyüne (Türkiye) doğru gittiğini farz ettiğini beyan etmiştir. H.Ş., piyade komutanı olan Yüzbaşı F.D.'yi bilgilendirmiştir ve buna karşılık F.D. de tabur komutanını bilgilendirmiştir. Ardından, Alay komutanından emirler alınmış ve Kuru Karakolu'nun yanı sıra Koçdağı Karakolu'ndan uçaksavar makineli tüfeklerle uyarı atışları yapılmıştır. Fakat, grup durmamış ve Çavuş H.Ş., yasa dışı sınır geçişinin devam ettiği hususunda Yüzbaşı F.D.'yi bilgilendirmiştir. Havan atışları yapmak üzere emirler alınmış ve bu doğrultuda, Koçdağı Karakolu'ndan 120 mm'lik iki veya üç el havan atışı yapılmıştır. Akabinde,

grup dağılmıştır; grubun bir kısmı İran'a doğru yönelirken grubun çoğu Türkiye'ye doğru yönelmiştir.

24. Aynı gün Çavuş İ.U., komutanı Yüzbaşı F.D.'nin emri üzerine uçaksavar makineli tüfekle üçlü darbeler hâlinde dokuz atış yaptığını askeri cumhuriyet savcısı nezdinde alınan ifadesinde belirtmiştir. Çavuş İ.U. ayrıca, grubun durmaması üzerine havan atışlarının yapıldığını beyan etmiştir.

25. 28 Nisan 2010 tarihinde askeri savcı, Alay Komutanı Albay M.H.'nin ifadesini almıştır. M.H., olay günü, teröristlerin sınırı geçmeye çalıştıkları ve İran'daki grupların bu geçiş noktasını kullanacaklarına ilişkin bilgi aldıklarını belirtmiştir. Ayrıca söz konusu bilgide, teröristlerin bu bölgeye anti-personel mayınlar yerleştirdikleri hususunda yer aldığını belirtmiştir. M.H., askerlerin daha önceden aynı bölgede yaralandıklarını hatırlamıştır. Sert kış koşulları ve bölgenin karla kaplı olmasından dolayı, söz konusu grubun teröristlerden oluşan bir grup olabileceğinin düşünüldüğü belirtmiştir. Dolayısıyla, M.H., uyarı atışları yapılması için emir vermiş; grup ilerlemeye devam ettikçe, Koçdağı ve Kuru Karakollarına ek uyarı mahiyetinde havan atışları yapılması için emir vermiş ve söz konusu atışların doğrudan insanlardan oluşan söz konusu gruba değil, yola doğru yapılması gerektiği hususunda uyarıda bulunmuştur. Havan atışlarının yapılmasının ardından, insanlardan oluşan grup dağılmıştır. Ertesi gün, M.H., bir kişinin hayatını kaybettiğini öğrenmiştir. M.H., amacın sınır geçişini durdurmak olduğunu belirtmiştir. M.H. ayrıca, söz konusu kişinin İran'dan yapılan atışla ya da havan atışlarıyla mı hayatını kaybettiği konusunda bilgisi olmadığını belirtmiştir. M.H., Türk karakollarından yapılan atıştan önce İran tarafından da atışların yapıldığını ileri sürmüştür.

26. 27 Mayıs 2009 tarihinde askeri savcı, piyade komutanı Yüzbaşı F.D.'nin ifadesini almıştır. F.D., Mart ayı boyunca özellikle teröristler ülkeye sık sık girdiğinden dolayı teröristler ve kaçakçıları ayırt etmenin oldukça zor olduğunu belirtmiştir. Bazı zamanlarda, sınırı geçmek için kaçakçılardan yararlanan teröristlerin kaçakçıların arasına dâhil olduğunu ifade etmiştir.

F.D., olay günü, Çavuş H.Ş.'nin bir grup insanın atlarla birlikte sınırı yasa dışı yollarla geçtikleri hususunda kendisini bilgilendirdiğini ifade etmiştir. Akabinde F.D., tabur komutanını bilgilendirmiş ve bunun karşılığında tabur komutanı, Alay komutanından emir talep etmiştir. Havan atışı yapmak üzere emir almışlardır. Daha sonra Alay Komutanı, Koçdağı ve Kuru Karakollarına 120 mm'lik havan toplarını kullanma konusunda emir vermiştir. Havan topları atılmadan önce, uçaksavar makineli tüfeklerle uyarı atışları yapılmıştır. Koçdağı Karakolu'ndan üç, Kuru Karakolu'ndan ise iki el havan atışı yapılmıştır.

27. 11 Haziran 2009 tarihinde askeri savcı, olay günü Alay Harekât Merkezinde görevli olan binbaşı M.B.'nin ifadesini almıştır. M.B., Alay komutanının emrini tabur komutanına ileten kişi olduğunu ve akabinde, Koçdağı ve Kuru Karakolları'ndan atışların yapıldığını belirtmiştir.

3. Sivillerin ifadeleri

28. Sırasıyla 3 Eylül ve 13 Kasım 2009 tarihlerinde, Başkale cumhuriyet savcısı, olaya tanık olan K.Y.'nin ifadesini almıştır. K.Y., olay günü, İran'dan yakıt kaçakçılığı yaptıklarını ifade etmiştir. K.Y.'nin hatırladığına göre, Koçdağı Karakolu'ndan üç el havan atışı yapılmış fakat kimse yaralanmamıştır. Akabinde, Kuru Karakolu'ndan, birinci başvuranın yere düşmesine sebep olan iki havan atışı daha yapılmıştır. Tanık, daha sonra uzun namlulu tabancalarla top ateşinin başladığını ve M.Y.'nin vurulduğunu ve hayatını kaybettiğini ifade etmiştir. Tanık ayrıca, grupta yaklaşık olarak yirmi kişi olduklarını belirtmiştir ve savcıya bu kişilerin isimlerini vermiştir.

29. 14 Mayıs 2010 tarihinde Başkale Cumhuriyet Savcısı, olay gününde yakıt kaçakçılığı yapan grup arasında bulunan İ.Y. ve Z.A.'nın ifadelerini almıştır. İ.Y. ve Z.A., Koçdağı Karakolu ve daha sonra Kuru Karakolu'ndan, herhangi bir ön uyarı olmaksızın, ilk atışların yapıldığını belirtmişlerdir. Atış bittiğinde, birinci başvuran ve M.Y.'nin vurulduğunu ve M.Y.'nin olay yerinde hayatını kaybettiğini görmüşlerdir.

30. İlâveten, 23 Haziran 2010 tarihinde savcı, Koru Karakolu'ndan havan atışı yapıldığı esnada kaçakçı grubunun arasında olduğunu belirten F.S.'nin de ifadesini almıştır. F.S., atışlar sonucunda, M.Y.'nin olay yerinde hayatını kaybettiğini ve birinci başvuranın yaralandığını belirtmiştir.

C. Soruşturmanın Devamındaki Adımlar

31. 13 Ağustos 2009 tarihinde Başkale Cumhuriyet Savcısı, yetkisizlik kararı vererek dosyayı Van Askeri Savcısına göndermiştir.

32. 11 Mart 2010 tarihinde Van Askeri Savcısı, dava dosyasının, askeri operasyonlara dâhil olan güvenlik görevlilerine ilişkin kişisel detaylar hakkında gizli bilgiler içerdiği gerekçesiyle soruşturma dosyasına erişimin kısıtlanmasını talep etmiştir. Akabinde, 17 Mart 2010 tarihinde Van Askeri Mahkemesi söz konusu talebi kabul etmiştir.

33. 10 Ağustos 2010 tarihinde Van Askeri Savcısı, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermiştir. Kararında, savcı ilk olarak, dava konusu olayları detaylı bir şekilde anlatmıştır. Daha sonra savcı, askeriye tarafından ateşli silahların kullanımına ilişkin yerel mevzuata atıfta bulunmuştur. Bu bağlamda, savcı esas olarak, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 22. maddesine, Kara Kuvvetleri Komutanlığını kara sınırlarını korumakla ve sınır güvenliğini sağlamakla görevlendiren 3497 sayılı Kanun'a ve ateşli silah kullanımına ilişkin yetki veren 3713 sayılı Kanun'un ek 2. maddesine dayanmıştır.

34. Askeri Cumhuriyet Savcısı, somut davada, kritik noktanın, ateş etme emrinin orantılı ve gerekli bir tedbir olup olmadığı hususu olduğunu vurgulamıştır. Askeri Cumhuriyet Savcısı, dosyadaki belgelerde, diğer bir deyişle istihbarat değerlendirmesinde, faaliyet raporlarında, ihbarlarda ve bölgede hâlihazırda gözlemlenen terör eylemlerinde, sınırı yasa dışı yollarla geçecek olan teröristler tarafından askeri karakollara saldırılar düzenleneceğini hususunun açık olduğu sonucuna varmıştır. İlâveten, olayın

ardından, PKK (Kürdistan İşçi Partisi) terör örgütü mensuplarının telsizle bilgi alışverişinde bulunduklarını teyit eden ve askeri ve adli merciler tarafından gerçekleştirilebilecek olası bir mahalli keşif için olay yeri civarına anti-personel mayın döşendiğini ileri süren bir istihbarat alındığını belirtmiştir. Dolayısıyla savcı, terör örgütü PKK ile mücadele bağlamında resmi görevlilere birlikleri içerisinde silah kullanma yetkisi verildiğini ifade etmiş ve silah kullanma yetkisinin terörle mücadele bağlamında daha geniş kapsamlı olduğunu belirtmiştir. Askeri Cumhuriyet Savcısı ayrıca, askerlerin, bir grubun teröristlerden mi yoksa sivillerden mi oluştuğu konusunda tereddüt bulunduğu durumlarda, bu tür tereddütlerin askerlerin ölümüyle sonuçlandığına dair geçmişte yaşanan olaylar olduğunu açıklamıştır. Bölgedeki durum göz önünde bulundurulduğunda, kolluk kuvvetlerinin eylem açısından daha nesnel kriterleri bulunmamakla birlikte öznel kriterlere dayanması gerektiğini belirtmiştir.

35. Savcı, olası bir terör saldırısıyla karşılaşan sanık askerlerin uçaksavar makineli tüfeklerle ateş ettiklerini kaydetmiştir. Buna ek olarak savcı görüşünde, grubun bu uyarıya riayet etmeyip yürümeye devam etmesi üzerine, grubu durdurmanın parabolik ateşli silahlarla müdahale yoluyla mümkün olduğunu belirtmiştir. Sanıkların askeri personel olması ve silahlarını kullanmalarından dolayı, Türk Ceza Kanunu'nun 27 § 1 maddesi uyarınca, meşru müdafaa sınırlarını aşan eylemden doğan taksirle adam öldürme suçunu işlemişlerdir. Fakat, savcının kanaatine göre, sanık askerler kendilerine kanunla tanınan yetki alanı kapsamında silahlarını kullanmışlar ve yasal kullanım koşullarına riayet etmişlerdir. Bu doğrultuda, savcı, kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar vermiştir.

36. 1 Eylül 2010 tarihinde başvuranlar, söz konusu karara karşı Ağrı Askeri Mahkemesi nezdinde itirazda bulunmuşlardır. Başvuranlar, Başkale Cumhuriyet Savcısının 13 Ağustos 2009 tarihli kararına dair bilgilendirilmediklerini ileri sürmüşler ve soruşturma dosyasına erişimlerine kısıtlama getiren karara itiraz etmişlerdir. Başvuranlar, olay yerinde mahalli

keşif incelemesi yapılmadığını ve delil toplama işleminin tamamlanmadığını belirtmişlerdir.

37. 28 Eylül 2010 tarihinde Ağrı Askeri Mahkemesi, Van Askeri Cumhuriyet Savcısının daha geniş kapsamlı bir soruşturma yürütmesine karar vermiştir. Bu bağlamda, mahkeme, bir davayı belirlemek için teknik uzmanlık gerektiğinde bilirkişi raporu edinilmesi gerektiğini hatırlatmıştır. Mahkemenin kanaatine göre, somut dava konusu olaylar, söz konusu zamandaki arazi şartlarının bütünüyle analiz edilmesini gerektirmektedir. Dolayısıyla mahkeme, ilk olarak, havan atışlarının ölçülü ve orantılı bir şekilde yapılıp yapılmadığı ve ikinci olarak, askerlere verilen emrin iç hukukta belirlenen sınırlar dâhilinde yerine getirilip getirilmediğinin tespiti açısından üç askeri bilirkişi görevlendirilmesi gerektiğini değerlendirmiştir. Askeri Mahkeme ayrıca, kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararda, askerler aşırı güç kullanmış olmalarına rağmen yine de taksirle suçlanabilirlermiş gibi bir çelişki bulunduğunu kaydetmiştir. Dolayısıyla, bilirkişilerden bu hususu da açığa kavuşturmaları talep edilmiştir.

38. Askeri görevlilerden oluşan üç kişilik bilirkişi heyeti tarafından hazırlanan 10 Aralık 2010 tarihli bilirkişi raporunda, birlik komutanının verdiği emir üzerine Koçdağı ve Kuru kontrol noktalarında askeri personel tarafından silah kullanılmasının, askeri personele kanunla verilen yetkilere uygun olduğu sonucuna varılmıştır. Bölgenin coğrafi durumu, yapısı, mayınların varlığı ve mesafe göz önünde bulundurulduğunda, olası terörist grubu ateşli silah kullanmaksızın yakalamanın mümkün olmadığı belirtilmiştir. Sonuç olarak askeri personel, yetkileri dâhilinde hareket etmiştir. Bilirkişiler kararlarında, askeriye tarafından hazırlanan olay raporlarına dayanmışlar ve sivillerin ifadelerini göz önünde bulundurmamışlardır.

39. 27 Ocak 2011 tarihinde, Ağrı Askeri Mahkemesi, 10 Ağustos 2010 tarihinde Van Askeri Savcısı tarafından verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararı onamıştır.

İLGİLİ YASAL ÇERÇEVE VE UYGULAMA

40. 3497 sayılı Kara Sınırlarının Korunması ve Güvenliği Hakkında Kanun'un 2. maddesi aşağıdaki gibidir:

“Kara sınırlarını koruma ve güvenliğini sağlama görevi Kara Kuvvetleri Komutanlığına ait olup bu görev sınır birliklerince;

1. Kendi sorumluluğunda olan bölgede sınırı korumak ve güvenliğini sağlamak
2. Gümrük hattındaki giriş ve çıkış kaçakçılığı ile kara sınırları boyunca tesis edilen birinci derece askeri yasak bölge içerisinde suç teşkil eden eylemleri önlemek, suçluları yakalamak,....,

....

Sınır birlikleri mensupları kendilerine bu Kanun ile verilen görevlerin yerine getirilmesinde; silah kullanma yetkisi dâhil olmak üzere, diğer kanunların güvenlik kuvvetlerine tanıdığı bütün hak ve yetkilere sahiptirler.

...”

41. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'na ilişkin iç hukuk açıklaması *Halis Akın/Türkiye* (no. 30304/02, § 17 ve § 30, 13 Ocak 2009) kararında bulunabilir.

42. İlâveten, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun ek maddesi, terör örgütlerine yönelik operasyonlar bağlamında, teslim olma uyarısına rağmen bir itaatsizlik olması veya ateşli silah kullanma teşebbüsünde bulunulması hâlinde polis veya askerlerin, bu tür bir direnişin üstesinden gelmek amacıyla ve bununla orantılı olarak doğrudan ve tereddütsüz silah kullanmakla yetkilendirileceklerini öngörmektedir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. BAŞVURULARIN BİRLEŞTİRİLMESİ

43. Mahkeme, başvuruların konuları bakımından benzer olduklarını göz önünde bulundurarak, bu başvuruları tek bir kararda müştereken incelemeyi uygun görmektedir.

II. SÖZLEŞME’NİN 2. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

44. Başvuranlar, birinci başvuranın yaralanmasının ve geri kalan başvuranların yakını olan M.Y.’nin hayatını kaybetmesinin Sözleşme’nin 2. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. 47319/11 no.lu başvuruda başvuranlar ayrıca, M.Y.’nin vurulmasının hemen ardından hayatını kaybetmediğini ve ivedi bir şekilde hastaneye sevk edilmediğinden dolayı yetkili makamların ihmalkârlığı ile hayatını kaybettiğini iddia etmişlerdir.

45. Mahkeme ilk olarak, somut davada, birinci başvurana karşı kullanılan gücün, en nihayetinde, öldürücü olmadığını kaydetmektedir. Fakat bu durum, başvuranın şikâyetlerinin, yalnızca kasten öldürmeyi değil aynı zamanda istenmeyen bir sonuç olarak yaşamdan yoksun bırakma ile sonuçlanabilecek olan güç kullanımına izin verildiği durumları da kapsayan, bir bütün olarak değerlendirilen Sözleşme’nin 2. maddesi kapsamında incelenmesini ilke olarak, kapsam dışı bırakmamaktadır (bk. *İlhan/Türkiye* [BD], no. 22277/93, § 75, AİHM 2000-VII, ve *Makaratzis/Yunanistan* [BD], no. 50385/99, § 49, AİHM 2004-XI). Nitekim Mahkeme, mağdur olduğunu iddia eden kişinin ihtilaf konusu davranış sonucunda hayatını kaybetmediği durumlarda da şikâyetleri bu hüküm kapsamında incelemiştir (bk. *Atıman/Türkiye*, no. 62279/09, § 27, 23 Eylül 2014). Mahkeme, başvuranların Sözleşme’nin 2, 3, 5 (başvuru no. 47319/11) ve 13. maddeleri kapsamındaki şikâyetlerinin

sadece, aşağıdaki hükümleri içeren, Sözleşme'nin 2. maddesi yönünden incelenmesi gerektiği kanaatindedir:

“1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.

2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz:

(a) bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması;

(b) bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme;

(c) bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması.”

A. Kabul Edilebilirlik Bakımından Değerlendirme

46. 47319/11 no.lu başvuruda, M.Y.'ye tıbbi yardımın ivedi bir şekilde sağlanmadığı iddiasına ilişkin olarak, Mahkeme, söz konusu iddianın yerel makamlar nezdinde ileri sürülmediğini kaydetmektedir. İlâveten, tanık ifadelerine göre, M.Y. olay yerinde hayatını kaybetmiştir ve bu husus, ölümün, otopsi saat sabah 06.30 sularında başlamadan on-on iki saat önce, diğer bir deyişle olayın yaşandığı 11 Mart 2009 tarihinde saat 19.00 sularında gerçekleştiğini belirten otopsi raporuyla doğrulanmıştır. Dolayısıyla, başvurunun bu kısmının, Sözleşme'nin 35 §§ 3 ve 4 maddeleri uyarınca, açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğunun beyan edilmesi gerekmektedir.

47. Mahkeme, şikâyetlerin geri kalanının açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve Sözleşme'nin 35. maddesinde belirtilen başka herhangi bir kabul edilemezlik gerekçesiyle de bağdaşmadığını kaydetmektedir. Dolayısıyla, şikâyetlerin kabul edilebilir olduğu beyan edilmelidir.

B. Esas Hakkında

1. Genel ilkeler

48. Yaşam hakkını güvence altına alan 2. madde, Sözleşme'nin en temel hükümlerinden biri olarak sayılmakta ve Avrupa Konseyini oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden birini içermektedir. Mahkeme, söz konusu hükmün ihlaline ilişkin iddiaları çok dikkatli bir incelemeye tabi tutmalıdır. Devlet görevlileri tarafından güç kullanılmasına ilişkin davalarda, sadece gücü fiilen uygulayan Devlet görevlilerinin eylemleri değil aynı zamanda ilgili mevcut yasal veya düzenleyici çerçeve ve incelemeye tabi tutulan eylemlerin planlaması ve kontrolü gibi hususlar dâhil olmak üzere somut davaya ilişkin tüm şartların da göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Sözleşme'nin 2 § 2 maddesinin metninin ortaya koyduğu üzere, polis memurları tarafından ölümcül güç kullanılması belirli şartlar altında gerekçelendirilebilir. Fakat, herhangi bir güç kullanımı, “mutlaka gerekli” olmanın ötesine geçmemeli; diğer bir deyişle, davanın koşullarıyla sıkı bir şekilde orantılı olmalıdır. Yaşam hakkının temel mahiyeti göz önünde bulundurulduğunda, yaşamdan yoksun bırakmanın gerekçelendirilebileceği durumlar sıkı bir şekilde yorumlanmalıdır (bk. *Nachova ve Diğerleri/Bulgaristan* [BD], no. 43577/98 ve 43579/98, §§ 93-94, AİHM 2005-VII; ayrıca bk. yukarıda anılan *Makaratzis*, §§ 56-59).

49. Yaşamdan mahrum bırakmanın gerekçelendirilebileceği koşulları ortaya koymanın yanı sıra ilgili uluslararası standartlar ışığında, 2. madde, kolluk kuvvetlerinin güç ve ateşli silah kullanabileceği kısıtlı koşulları tanımlayan uygun yasal ve idari bir çerçeve tesis ederek yaşam hakkını güvence altına alma hususunda Devletlere temel bir görev yüklemektedir (bk. yukarıda anılan *Makaratzis*, §§ 57-59).

50. İlâveten, Sözleşme'nin 1. maddesi kapsamında Devletin “kendi yetki alanları dâhilindeki herkesin, Sözleşme’de tanımlanan hak ve özgürlüklerini koruma” genel yükümlülüğü ile birlikte değerlendirilen Sözleşme'nin 2

maddesi kapsamındaki yaşam hakkını koruma yükümlülüğü, güç kullanımı sonucunda hayatını kaybeden şahıslara ilişkin olarak etkili bir resmi soruşturma açılmasını dolaylı olarak gerektirmektedir (bk. *Tahsin Acar/Türkiye* [BD], no. 26307/95, § 220, AİHM 2004-III). Bu tür bir soruşturmanın esas amacı, yaşam hakkını güvence altına alan iç hukukun etkili bir şekilde yürütülmesini sağlamak ve Devlet yetkililerini veya organlarını içeren davalarda, kendi sorumlulukları altında gerçekleşen ölümler için hesap verebilirliklerini sağlamaktır. Bu soruşturma, bağımsız olmalı, mağdurun ailesinin erişimine açık olmalı, makul bir ivedilik ve hızlilikla yürütülmeli, bu tür durumlarda kullanılan gücün gerekçelendirilip gerekçelendirilmediğinin ve yasadışı olup olmadığının tespiti için yol açabilecek nitelikte etkin olmalıdır ve soruşturmanın veya sonuçlarının kamuoyuna açık bir şekilde incelenmesi için de yeterli bir unsur bulundurulması gerekmektedir (bk. *Hugh Jordan/Birleşik Krallık*, no. 24746/94, §§ 105-109, 4 Mayıs 2001, ve yukarıda anılan *Tahsin Acar*, §§ 222-224).

2. Bu ilkelerin somut davaya uygulanması

51. Mahkeme, iki tarafın da, davalı Devletin askerlerinin öldürücü güç kullanması sonucunda birinci başvuranın yaralandığı ve geri kalan başvuranların yakınının hayatını kaybettiği hususunda mutabık olduklarını not etmektedir. Dolayısıyla, Mahkeme, Hükümetin söz konusu iki adama karşı ölümcül güç kullanılmasını gerekçelendirme yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini inceleyecektir. Böylece, Mahkeme, özellikle yerel düzeyde yürütülen soruşturmayı dikkate alacaktır. Zira, somut davaya benzeyen ve davalı Devletin öldürmeyi gerekçelendirme yükümlülüğü taşıdığı davalarda, bir soruşturmada atılan adımların incelenmesi, sadece soruşturmanın usuli yükümlülük gerekliliklerine uygun olup olmadığını değerlendirme amacına hizmet etmekle kalmayıp aynı zamanda kullanılan gücün söz konusu koşullarda haklı kılınıp kılınmadığının ve Hükümetin, böylece, öldürmeyi

gerekçelendirme yükümlülüğünü tatmin edici bir şekilde yerine getirip getirmediğinin tespitine yol açabilecek niteliğe sahip olup olmadığına karar verme amacına da hizmet etmektedir (bk. *Cangöz ve Diğerleri/Türkiye*, no. 7469/06, § 115, 26 Nisan 2016; *Karataş ve Diğerleri/Türkiye*, no. 46820/09, § 69, 12 Eylül 2017).

(a) 2. maddenin usul yönü

52. Yerel soruşturmanın etkili olmadığı iddia ederek başvurular, mahalli soruşturma yapılmadığı hususunda şikâyetle bulunmuşlardır. Başvuranlar ayrıca, soruşturma dosyasında getirilen kısıtlamanın kendilerine aşırı bir külfet yüklediğini ve cezai soruşturmaya katılımlarını etkilediğini iddia etmişlerdir. Başvuranlar ayrıca, soruşturmada atılan adımların olayla ilgili gerçekleri ortaya koymakta yetersiz kaldığını ileri sürmüşler ve soruşturmanın bağımsız ve tarafsız bir yetkili makam tarafından yürütülmediğini belirtmişlerdir.

53. Hükümet, somut davadaki soruşturmanın Sözleşme'nin 2. maddesinin gerekliliklerine uygun olduğunu belirtmiştir. Hükümet, soruşturma süresince tüm tanıkların ifadelerinin alındığını, ilgili balistik raporlarının hazırlandığını, bilirkişi görüşlerinin alındığını ve diğer gerekli tüm adımların izlendiğini belirtmiştir.

54. Hükümet ilk olarak, başvuruların, 11 Mart 2009 tarihinde gerçekleşen olayın ardından mahalli keşif yapılmaması hususunda şikâyetle bulunduklarını kaydetmektedir. Hükümet, sert kış koşullarından ve bölgede mayın bulunduğundan dolayı, mahalli arazi incelemesi gerçekleştirilemediğini gözlemlemektedir. Dolayısıyla Hükümet, güvenlik endişelerinden dolayı, mahalli arazi incelemesi yapılmamasının soruşturmanın yürütülmesinde bir eksiklik olarak kabul edilemeyeceği kanaatine varmaktadır. İlâveten, ertesi sabah, Van Askeri Savcısı huzurunda helikopterle mahalli keşif gerçekleştirilmiştir ve birçok ayak izinin yanı sıra havan toplarının düştüğü yerler not edilmiştir.

55. İlâveten, başvuranların soruşturma dosyasına erişimlerinin kısıtlanmasına ilişkin şikâyetleri hususunda Mahkeme, başvuranların iddialarında doğruluk payının az olduğu kanaatine varmaktadır. Mahkeme, dava dosyası, operasyonda yer alan askeri personele ilişkin kişisel hassas bilgiler içerdiğinden dolayı, olaydan yaklaşık bir yıl sonra 11 Mart 2010 tarihinde Van Askeri Mahkemesi tarafından soruşturmaya gizlilik derecesi verildiğini gözlemlemektedir. İlâveten Mahkeme, başvuranların söz konusu güne kadar dosyadaki belgelere ilişkin olarak bilgi edinebildiklerini ve kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar aleyhinde itiraz başvurusunda bulunabildiklerini not etmektedir. Dolayısıyla, başvuranların haklarını etkin bir şekilde kullanamadıkları yönünde herhangi bir kanaate varılamaz.

56. Bununla birlikte, soruşturmada bazı önemli eksiklikler bulunmaktadır.

57. İlk olarak, soruşturmanın bağımsızlığı hakkındaki şikâyeteye ilişkin olarak Mahkeme, bir soruşturmanın etkili olabilmesi için, soruşturmayı yürütmekten sorumlu kişilerin olaylara karışanlardan bağımsız olmasının, genel itibarıyla, gerekli görülebileceğini yeniden hatırlatmaktadır (bk. yukarıda anılan *Hugh Jordan*, § 106). Bu bağlamda, somut davada, olaylara yakından dâhil olan ordu mensuplarının soruşturmanın ilk ve kritik aşamalarında aktif rol aldıkları kaydedilmelidir. Özellikle, Koçdağı Karakolu'ndaki askerlerin ifadeleri, hiyerarşik üstleri, diğer bir deyişle operasyonun planlaması ve kontrolünde bizzat yer alan ve askerlere silah kullanma emrini ileten piyade komutanı F.D. tarafından alınmıştır. Mahkeme, yürütülen soruşturmada aynı birimden askerlerin soruşturmada bu derece aktif rol almasına izin verilmesinin, hem yargılama sürecinin bütününe bağımsızlığına gölge düşürdüğü hem de askerlere ilişkin önemli delillerin yok edilmesi ya da göz ardı edilmesi riskini de taşıdığı görüşündedir (bk. yukarıda anılan *Atiman*, § 41). Mahkeme, bu bağlamda, Hükümetin, bölgedeki durum ve koşullardan dolayı soruşturmanın ilk ve en önemli kısmını olaydan sorumlu askeri birimlerden bağımsız bir yetkiliye veya

görevlilere devretmenin, uygulamada, mümkün olmadığını gösterebilecek herhangi bir bilgi sunmadığını kaydetmektedir (karşıt durum için bk. *Hanan/Almanya* [BD], no. 4871/16, § 181, 16 Şubat 2021).

58. İkinci olarak, başvuruların, mevcut davada soruşturmanın, kullanılan gücün gerekçelendirilip gerekçelendirilmediğinin belirlenmesine yol açabilecek mahiyette olmadığına ilişkin iddiaları hususunda Mahkeme, soruşturmanın, delillerdeki çeşitli tutarsızlıkları ele almadığı kanaatine varmaktadır. Bu bağlamda, Mahkeme, iç hukuk yargılamaları boyunca, havan atışlarının ölçülü ve orantılı bir şekilde yapılıp yapılmadığına ilişkin sorunun ve askerlere verilen emrin iç hukuk tarafından konulan sınırlamalar dâhilinde ve söz konusu emrin koşulları doğrultusunda yerine getirilip getirilmediğine ilişkin sorunun yanıtsız kaldığını not etmektedir. Bu bakımdan Mahkeme, tanıklardan birinin top atışının, havan atışının başlamasından ardından başladığını ve M.Y.’nin vurulduğunu belirtmesine rağmen, yetkili makamların bu hususu aydınlatmak adına herhangi bir girişimde bulunmadığının görüldüğünü not etmektedir (bk. yukarıda 28. paragraf). İlâveten, Askeri Cumhuriyet Savcısının kendisini askerlerin ifadeleri ve raporlarıyla ve grubun terör grubu olduğu varsayımıyla sınırlı tuttuğunu ve grup üyelerinden en azından bazılarının terörist olmadığı veya silahsız olabilecekleri olasılığını dikkate almadığı görülmektedir. Özellikle, tanıklardan biri olan K.Y., 3 Eylül 2009 tarihli ifadesinde gruptaki yirmi kişinin adını vermesine rağmen, söz konusu kişileri sorgulamak üzere herhangi bir adım atılmadığı ve bu ifadenin, grubun terörist içermediğini ortaya koyan bir gösterge olarak kabul edilmediği görülmektedir (bk. yukarıda 28. paragraf). İlâveten, 1 Eylül 2009 tarihli bilirkişi raporu, her iki kurbandan alınan el svaplarındaki “*antimuan*” varlığını ortaya koymasına rağmen ve bunun, atış artığı olarak kabul edilebileceğini belirtmesine rağmen, yetkili makamlar, grubun silahlı olup olmadığına ilişkin soruşturma yürütmek üzere bu hususu ele almamışlardır. Nitekim, olay esnasında grup tarafından herhangi bir atış yapıldığını gösteren bir delil bulunmamaktadır.

59. Üçüncü olarak, Ağrı Askeri Mahkemesinin emri üzerine hazırlanan bilirkişi raporuna ilişkin olarak Mahkeme, raporun dava konusu olayları aydınlatamadığını kabul etmektedir. Rapor sadece, bölgenin coğrafi durumu, yapısı, mayınların varlığı ve mesafe göz önünde bulundurulduğunda, olası terörist grubunu ateşli silah kullanmaksızın yakalamanın mümkün olamayacağını ve askeri personelin, ateşli silah kullanma yetkisi dâhilinde hareket ettiğini belirtmiştir.

60. Sonuç olarak Mahkeme, yukarıda belirtilen hususların, ulusal düzeyde yürütülen soruşturmanın yetersiz olduğu ve birçok açık soruyu olaya ilişkin gerçekleri ortaya koyamayacak ve söz konusu soruşturmada varılan sonuca istinad edilemeyecek ölçüde yanıtız bıraktığı kanaatine varmak için yeterli olduğuna karar vermiştir (bk. *Beker/Türkiye*, no. 27866/03, § 53, 24 Mart 2009; *Özcan ve Diğerleri/Türkiye* no. 18893/05, § 73, 20 Nisan 2010; ve *Gülbahar Özer ve Diğerleri/Türkiye*, no. 44125/06, §§ 74-75, 2 Temmuz 2013).

61. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 2. maddesi usul yönünden ihlal edilmiştir.

(b) 2. maddenin esas yönü

62. Başvuranlar, birinci başvuranın yaralandığı ve M.Y.'nin hayatını kaybettiği koşulların, ateş edenlerin söz konusu kişileri öldürme amacı güttüğünü ortaya koyduğunu iddia etmişlerdir. Başvuranların kanaatine göre, eğer söz konusu koşullarda herhangi bir güç kullanımı kati surette gerekli olsaydı, bu eylemler, 2 § 2 maddesi kapsamında gerekçelendirilebilecek hususların ötesine geçirdi.

63. Hükümet, somut davada, askerlerin başvuranlara karşı güç kullanımına başvurmasının kati surette gerekli olduğunu, zira başvuranların, sınırı yasa dışı yollarla geçen teröristler olduklarının düşünüldüğünü ileri sürmüştür. Hükümet ayrıca, sert kış koşulları, kayalık bölge ve mayınların varlığından dolayı başka bir müdahale yolu olmadığı göz önünde bulundurulduğunda kullanılan gücün orantılı olduğunu değerlendirmiştir.

İlaveten Hükümet, sınırı kaçakçı kılığında yasa dışı yollarla geçecek kişiler tarafından bir terör saldırısı gerçekleştirilebileceğine ilişkin olarak aldıkları istihbarat raporlarının kopyalarını sunmuştur.

64. Mahkeme ilk olarak, başvuranların, söz konusu bölgeye döşendiği iddia edilen mayınların varlığına ilişkin herhangi bir şikâyetle bulunmadıklarını gözlemlemektedir ve dolayısıyla, bu hususu incelemeye davet edilmemektedir.

65. Mahkeme, somut davaya konu olayın, birinci başvuranın ve geri kalan başvuranların yakını olan maktulün İran sınırını geçerek yasak askeri bölgeden yasa dışı yollarla Türkiye'ye girdikleri esnada gerçekleştiğini not etmektedir. Bu bağlamda Mahkeme, yerleşik uluslararası hukuk kapsamında ve Sözleşme'den kaynaklananlar dâhil olmak üzere anlaşmadan doğan yükümlülöklere tabi olarak, Sözleşmecî Devletlerin, diğerlerinin yanı sıra, bireylerin kendi topraklarına girişini kontrol etme hakları bulunduğunu hatırlatmaktadır (bk. *N.D. ve N.T./İspanya* [BD], no. 8675/15 ve 8697/15, § 167, 13 Şubat 2020). Mahkeme ayrıca, sınır yönetme ve korumanın önemini ve bu bağlamda Devletin oynadığı rolü vurgulamaktadır (bk. a.g.e., § 168). Bu bağlamda Mahkeme, Sözleşmecî Devletlerin ilke olarak, topraklarına izinsiz geçişi önlemek amacıyla sınırlarında düzenlemeler yapabilecekleri ve sınıra yasa dışı geçişi önlemek amacıyla güç kullanabilecekleri kanaatine varmaktadır. Bununla birlikte, sınır kontrol gerekliliği, Sözleşme veya Protokolleri ile bağdaşmayan uygulamalara başvurmayı gerekçelendirememektedir (bk. *bu davaya uygulanabildiği ölçüde*, a.g.e. § 170). Dolayısıyla, Sözleşmecî Devletlerin özellikle öldürücü güç olmak üzere fiziksel güce başvurmalarının gerekli görülmesi hâlinde, davanın kendine özgü koşullarında değerlendirildiğinde bu tür bir gücün kullanımı “mutlak surette gerekli” ve “sıkı bir şekilde orantılı” olmalıdır (bk. yukarıda § 48).

66. Mahkeme, somut davada, Hükümetin, askerler tarafından kullanılan gücün mutlaka gerekli olmanın ötesine geçmediğini ve Sözleşme'nin 2 § 2

maddesinin bentlerinde düzenlenen amaçların gerçekleştirilmesiyle sıkı bir şekilde orantılı olduğunu ispat etme külfetinin bulunduğunu hatırlatmaktadır. Hükümetin bu külfetini yerine getirip getirmediğini incelerken Mahkeme, askerler tarafından öldürücü güce başvurulmasının mutlaka gerekli olmanın ötesine geçip geçmediğini ve Sözleşme'nin 2 § 2 maddesinin bentlerinde düzenlenen amaçların gerçekleştirilmesiyle sıkı bir şekilde orantılı olup olmadığını incelemekle kalmayıp aynı zamanda operasyonun, yaşam kaybına ilişkin riskleri mümkün olduğunca en asgari düzeye indirecek şekilde düzenlenip düzenlenmediğini de inceleyecektir (bk. yukarıda anılan *Makaratzis*, § 60).

67. Dolayısıyla, söz konusu operasyonun planlaması ve yürütülmesini ayrıntılı bir şekilde açıklayan belgeler Mahkemeye sunulmuştur. Fakat, aşağıda açıklanacağı üzere, bu belgeler birçok tutarsızlık içermektedir. Dolayısıyla Mahkeme, mevcut bilgi ve belgelere dayanarak kendi değerlendirmesini yapacaktır.

68. Kolluk kuvvetlerinin güç ve ateşli silah kullanabileceği koşulları tanımlayan yasal çerçeve hususunda Mahkeme ilk olarak, Askeri Savcının, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararının 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 22. maddesine dayanarak verildiğini kaydetmektedir. Bu noktada Mahkeme, sınırdaki kaçakçılara karşı güç kullanımına ilişkin davaları hâlihazırda incelediğini hatırlatmaktadır (bk. *Halis Akın/Türkiye*, no. 30304/02, 13 Ocak 2009; *Beyazgül/Türkiye*, no. 27849/03, 22 Eylül 2009; *Ölmez ve Diğerleri/Türkiye*, no. 22746/03, 9 Kasım 2010; ve yukarıda anılan *Atıman*). Ancak, söz konusu davalarda, güç kullanımı, Sözleşme standartları ile bağdaşmadığı kanaatine varılan eski mevzuat, diğer bir deyişle 1918 sayılı Kanun'a dayanmıştır. Fakat, 2007 yılında, 1918 sayılı Kanun, 5607 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir. Yeni Kanun, kolluk kuvvetlerinin, kaçakçılarla ilgilenirken ateşli silahları ne zaman ve nasıl kullanabileceklerini ayrıntılı bir şekilde açıklamaktadır. 5607 sayılı Kanun uyarınca, ateşli silahlar, yalnızca kendini savunurken veya bir şüpheli, ateşli silah kullanırken kullanılabilir.

İlâveten, ilgili koşulların değerlendirmesine bağlı olarak da ateşli silahlardan faydalanılabilir. Dolayısıyla Mahkeme, söz konusu tarihte yürürlükte olduğu şekliyle 5607 sayılı Kanun'un temel olarak kusurlu kabul edilemeyeceği kanaatine varmaktadır (bk. yukarıda anılan *Halis Akın*, § 30).

69. Sözleşme'nin 2. maddesi açısından askeri operasyonun planlaması ve kontrol aşamasına ilişkin olarak Mahkeme, olayın meydana geldiği bağlamın yanı sıra olayın nasıl geliştiğine de özel önem göstermelidir.

70. Bu bağlamda Mahkeme, Hükümetin, İran sınırı yakınında bulunan kamplardaki teröristlerin, saldırı gerçekleştirmek amacıyla yasa dışı yollardan Türkiye'ye gireceklerini belirten istihbarat raporlarının örneklerini sunduğunu gözlemlemektedir (bk. yukarıda 5. paragraf). Dava dosyası, söz konusu bölgenin birinci derece yasak askeri bölge ilan edildiğini ve civar köylerin, güvenlik sebebiyle sivillerin belirlenen alanlara girişine izin verilmeyeceği hususunda usule uygun bir şekilde bilgilendirildiğini belirten belgeleri de içermektedir. Bildiri ayrıca, yasaklı bölgelere girme teşebbüsünde bulunulması hâlinde, yetkili makamların, ateşli silah kullanma hakkına sahip olduklarını belirten bir uyarı da içermekteydi (bk. yukarıda 6. paragraf). Mahkeme ayrıca, dosyadaki belgelerden, terör saldırılarının bölgede yaygın olduğuna ve sert kış koşulları, kayalık bölgeler ve özellikle söz konusu arazinin mayınlarla döşeli olmasından dolayı arazi koşullarının zorlu olduğuna ilişkin notlar almıştır.

71. İlâveten Mahkeme, Van Askeri Cumhuriyet Savcısının, 12 Mart 2009 tarihli soruşturma raporunda, söz konusu kişilerin bir grup terörist olduklarını farz ederek ve grup ve en yakın tabur arasındaki mesafenin fazla olmasından dolayı askerlerin uçaksavar makineli tüfeklerle uyarı atışı yaptıklarını belirttiğini gözlemlemektedir (bk. yukarıda 11. paragraf). Ayrıca, 28 Nisan 2010 tarihli ifadesinde Alay Komutanı, teröristlerin sınırı geçmeyi planladıklarına dair istihbarat aldıklarını belirtmiştir (bk. yukarıda 25. paragraf). Fakat, Mahkemeye sunulan bilgi askerlerin veya birlik komutanlarının, söz konusu grubun teröristleri kapsayıp kapsamadığını veya

grubun herhangi bir üyesinin silahlı olup olmadığı veya bir tehdit teşkil edip etmediği hususlarını aydınlatmak amacıyla herhangi bir somut girişimde bulunduklarını göstermemektedir. Bu bağlamda Mahkeme, yasa dışı yollardan sınırı geçen grubun ateşli silah kullandığına ilişkin herhangi bir gösterge olmadığını da kaydetmektedir. İlâveten, olaya ilişkin olarak daha sonra yürütülen soruşturmada, askerler veya birlik komutanlarının, grubun gerçekten terörist içerip içermediğini veya grubun silahlı olup olmadığını değerlendirmek üzere herhangi bir somut girişimde bulundukları sonucunu destekleyecek hiçbir dayanak bulunmamaktadır. Özellikle, dava dosyası, askerlere verilen emrin infazının iç hukukta belirlenen sınırlar dâhilinde yerine getirilip getirilmediğini belirlemek üzere herhangi detaylı ve kesin bilgi içermemektedir. Dolayısıyla, grubu istihbarat raporlarında bahsedilen terör eylemleri ile bağlantılı kılan herhangi bir somut delil veya bilgi bulunduğu görülmemektedir.

72. Askeriyenin, grupta sınırı yasa dışı yollarla geçme teşebbüsünde bulunan teröristlerin de bulunduğunu varsaymak için yeterli dayanağı olduğu farz edilse bile Mahkeme, Hükümetin, özellikle havan topu kullanımı dâhil olmak üzere güç kullanımının davanın kendine özgü koşullarında “kesinlikle ve kati surette orantılı” olduğunu yeterince kanıtladığına ikna olmamıştır.

73. Her halükârda, Mahkeme, ilk uyarı atışlarının amacının grubu geri çekilmeye mecbur bırakmak olduğunu ve alay komutanının, ifadesinde belirttiği üzere, havan atışı yapılması için verdiği emrin yine uyarı mahiyetinde olduğunu ve grubun olduğu tarafa atış yapılmaması hususunda özellikle talimat verdiğini kaydetmektedir. Bu bağlamda, Koçdağı Karakolu’ndan havan atışları yapılmasından sorumlu olan asker, hedefin koordinatlarını hesapladığını ileri sürmüştür. Fakat, karakollardan birinden atılan havan mermisi grubun yakınında patlamıştır ve birinci başvuranın yaralanmasına M.Y.’nin ise hayatını kaybetmesine sebep olmuştur. Bu koşullar altında, bunun emirlere itaatsizlikten mi yoksa ihmalden mi kaynaklandığı konusunda spekülasyonda bulunamamakla birlikte Mahkeme,

güç kullanımının “mutlaka gerekli” ve kati surette orantılı olarak kabul edilemeyeceği kanaatine varmaktadır.

74. Yukarıda belirtilen hususlar ışığında ve yerel soruşturmadaki eksiklikleri göz önünde bulundurarak (bk. yukarıda 56-61. paragraflar) Mahkeme, Hükümetin, birinci başvuranın yaralanmasının ve geri kalan başvuranların yakınının hayatını kaybetmesinin mutlaka gerekli olanın ötesine geçmeyen bir güç kullanımı teşkil ettiğini veya kendisi tarafından ileri sürülen amaçların gerçekleştirilmesiyle orantılı bir yöntem olduğunu ispat etme külfetini yerine getiremediği kanaatine varmaktadır.

75. Dolayısıyla, Sözleşme’nin 2. maddesi usul yönünden ihlal edilmiştir.

III. 47319/11 NO.LU BAŞVURU BAKIMINDAN SÖZLEŞME’NİN 14. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

76. 47319/11 no.lu başvuruda, başvuranlar, Sözleşme’nin 14. maddesine dayanarak, yakınlarının Kürt kökenli olduğundan dolayı öldürüldüklerini iddia etmişlerdir.

77. Elinde bulunan belgeleri göz önünde bulundurarak Mahkeme, başvurunun bu kısmının Sözleşme hükümlerinin ihlaline işaret etmediği sonucuna varmaktadır. Başvurunun bu kısmı açıkça dayanaktan yoksundur ve Sözleşme’nin 35 §§ 3 (a) ve 4 maddeleri uyarınca reddedilmelidir.

IV. SÖZLEŞME’NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

78. Sözleşme’nin 41. maddesi aşağıdaki gibidir:

“Eğer Mahkeme bu Sözleşme veya Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırıabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

A. Tazminat

79. 42329/11 no.lu başvuruda, birinci başvuran, maddi tazminat olarak 150.000 avro ve manevi tazminat olarak 150.000 avro talep etmiştir. 47319/11 no.lu başvuruda başvuranlar, maddi tazminat olarak toplam 800.000 avro ve manevi tazminat olarak 800.000 avro talep etmişlerdir.

80. Hükümet bu taleplere itiraz etmiştir.

81. Mahkeme, her iki başvuruda da başvuranların maddi tazminat taleplerinin dayanaksız olduğunu kaydetmektedir. Dolayısıyla Mahkeme, söz konusu talebi reddetmiştir. Fakat, Mahkeme, birinci başvuranın yaralanmasından ve M.Y.'nin hayatını kaybetmesinden yetkili makamların sorumlu oldukları sonucuna vardığını hatırlatmaktadır. Dolayısıyla Mahkeme, başvuranların manevi zarara uğradıklarını kabul etmiş ve manevi tazminat bakımından, birinci başvurana (başvuru no. 42329/11) 65.000 avro ve geri kalan başvuranlara (başvuru no. 47319/11), müştereken, 65.000 avro ödenmesine hükmetmiştir.

B. Masraf ve giderler

82. 42329/11 no.lu başvuruda, başvuranın avukatı, vekâlet ücreti sözleşmesine atıfta bulunarak, başvuranın, Mahkeme tarafından ödenmesine hükmedilen tazminatın toplam tutarının %25'ini kendisine ödemesi gerektiğini kaydetmiştir. Söz konusu sözleşmenin bir nüshası Mahkemeye ibraz edilmemiştir. Başvuranın avukatı ayrıca, masraf ve giderler karşılığında 4.500 avro talep etmiştir. Bu bağlamda, başvuranın avukatı Van Barosu'nun maliyet çizelgesine atıfta bulunmuş ve dava dosyasını hazırlamaya 16 saat harcadığını belirtmiştir. Başvuranın avukatı ayrıca, tercüme masrafları açısından 1.091,54 Türk lirasına (yaklaşık 250 avro) denk gelen, 29 Aralık 2017 tarihli bir fatura da ibraz etmiştir.

83. 47319/11 no.lu başvuruda, başvuranların avukatı, vekâlet ücreti sözleşmesine atıfta bulunmuştur ve başvuranların, Mahkeme tarafından

ödenmesine hükmedilen tazminatın toplam tutarının %25'ini kendisine ödemeleri gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu sözleşmenin bir nüshası Mahkemeye ibraz edilmemiştir.

84. Hükümet bu taleplere itiraz etmiştir.

85. Mahkemenin içtihadına göre, bir başvuran, ancak masraf ve giderlerin gerçekten ve zorunlu olarak yapıldığını ve miktar olarak makul olduğunu gösterebiliyorsa, bunların geri ödenmesi hakkına sahiptir.

86. Mahkeme, her iki başvuruda da, avukatlık harcamaları açısından bulunulan talebin, başvuruların Mahkeme tarafından hükmedilen tazminatın toplam tutarının %25'ini avukatlarına ödemelerini zorunlu kılan vekâlet ücreti sözleşmesine yapılan atfa dayandığını kaydetmektedir. Mahkeme, bu mahiyetteki sözleşmelerin -yalnızca avukat ve müvekkili arasındaki yükümlülöklere dayanak oluşturan- Mahkeme açısından bağlayıcı olmadığını hatırlatmaktadır. Dolayısıyla Mahkeme, değerlendirmesine dayanak olarak, taleplerini desteklemek üzere başvurular tarafından sunulan diğer bilgileri incelemelidir (bk. *Strand Lobben ve Diğerleri/Norveç* [BD], no. 37283/13, § 234, 10 Eylül 2019).

87. Elinde bulunan belgeleri ve yukarıdaki kriterleri göz önünde bulunduran Mahkeme, 42329/11 no.lu başvuruda, masraf ve giderler için 1.000 avro ödenmesinin makul olduğuna kanaat getirmektedir. 47319/11 no.lu başvuruya ilişkin olarak Mahkeme, başvuruların masraf ve giderlere ilişkin taleplerine dair bir dayanak sunmadıklarını belirtmektedir. Bu doğrultuda, Mahkeme bu başlık altında herhangi bir tazminata hükmetmemiştir.

C. Gecikme Faizi

88. Mahkeme, gecikme faizinin Avrupa Merkez Bankasının söz konusu dönem için geçerli olan marjinal faiz oranına üç puan eklenmek suretiyle elde edilecek oran üzerinden hesaplanmasını uygun görmektedir.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME, OYBİRLİĞİYLE,

1. Başvuruların birleştirilmesine;
2. 47319/11 numaralı başvuruda, Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamında, yetkili makamların başvuruların yakınına ivedi bir şekilde tıbbi yardım sağlayamadıklarına ilişkin şikâyetler ile Sözleşme'nin 14. maddesi kapsamındaki şikâyetlerin kabul edilemez olduğuna; 47319/11 numaralı başvuruda geri kalan şikâyetler ile 42329/11 numaralı başvurunun kabul edilebilir olduğuna;
3. Sözleşme'nin 2. maddesinin esas ve usul yönünden ihlal edildiğine;
4.
 - (a) Kararın Sözleşme'nin 44 § 2 maddesi uyarınca kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içerisinde, davalı Devlet tarafından, başvurulara, ödeme tarihindeki döviz kuru üzerinden davalı Devletin para birimine çevrilmek üzere, aşağıda belirtildiği gibi:
 - (i) Birinci başvurana (başvuru no. 42329/11), manevi tazminat olarak, miktara yansıtılabilecek her türlü vergi hariç olmak üzere, 65.000 avro (altmış beş bin avro) ödenmesine;
 - (ii) 47319/11 no.lu başvuruda, başvurulara manevi tazminat olarak, miktara yansıtılabilecek her türlü vergi hariç olmak üzere, müştereken, 65.000 avro (altmış beş bin avro) ödenmesine;
 - (iii) Birinci başvurana (başvuru no. 42329/11), masraf ve giderler karşılığında, miktara yansıtılabilecek her türlü vergi hariç olmak üzere, 1.000 avro (bin avro) ödenmesine;
 - (b) Yukarıda bahsi geçen üç aylık sürenin bittiği tarihten itibaren ödeme gününe kadar geçen sürede, yukarıda bahsedilen miktara, Avrupa Merkez Bankasının söz konusu dönem için geçerli olan marjinal faiz

BİŞAR AYHAN VE DİĞERLERİ / TÜRKİYE KARARI

oranına üç puan eklenmek suretiyle elde edilecek oran üzerinden basit faiz uygulanmasına;

5. Başvuranların adil tazmine ilişkin diğerk taleplerinin reddedilmesine *karar vermiştir*.

İşbu karar İngilizce olarak tanzim edilmiş olup; Mahkeme İçtüzüğü'nün 77 řř 2 ve 3 maddesi uyarınca 18 Mayıs 2021 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

Stanley Naismith
Yazı İşleri Müdürü

Jon Fridrik Kjlbro
Başkan

BİŞAR AYHAN VE DİĞERLERİ / TÜRKİYE KARARI

Ek

	Başvuru no.	Başvuran Doğum Yılı İkamet Adresi
1.	42329/11	Bişar AYHAN 1987 Van
2.	47319/11	Nürgül YILMAZ 1979 Van Elmas YILMAZ 2002 Van Leyla YILMAZ 2003 Van Özgür YILMAZ 2004 Van Yeşim YILMAZ 2005 Van Ömer YILMAZ 2006 Van Gümüş YILMAZ 2009 Van Şadiye YILMAZ 1956 Van İsa YILMAZ 1959 Van