

Roboski AİHM Başvurusu Metni

Bu Başvuru Metni Kerem Altıparmak & Yaman Akdeniz tarafından hazırlanmıştır

Olaylar

28. 12.2011 tarihinde gerçekleşen bombalama eylemleri

1. xxx doğum tarihli başvuru xxx, Türk Silahlı Kuvvetleri tarafından 28.12.2011 tarihinde Irak sınırları içinde düzenlenen hava hareketinin otuz dört kişinin ölümü, dört kişinin yaralanması ile sonuçlanan olayda öldürülen xxx doğum tarihli xxx Encu'nun ablasıdır. Ayrıca, aynı bombalama sonucu öldürülen xxx, xxx, xx, xxx ve xxx'in teyze çocuğudur.
2. Başvuru, başvuru dosyasında detaylandırılacak hukuki süreçte Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuş ve başvurusu Mahkeme'nin Mehmet Encu ve diğerleri (EK1- Başvuru No: 2014/11864, 24.02.2016) kararı ile başvuru şekil şartlarını sağlamadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Bu kararlar da iç hukuk yolları tüketilmiştir.
3. Başvuru, diğer başvuru ile beraber, 1990lı yıllarda sınırda bulunan köylerin güvenlik güçleri tarafından boşaltılması sonrasında göçmek zorunda kalan köylülerin kurduğu Gülyazı ve Ortasu Köylerinde yaşamaktadır. Zorunlu olarak yerleşilen köylerin çevresi tarım için uygun değildir. Ticaret için de çok uygun olmayan köyler için sınır ticareti en önemli geçim kaynağıdır. Bu nedenle, köylüler sıklıkla Irak sınırından ucuza aldıkları malları Türkiye'de satarak elde ettikleri cüzi miktardaki kar için "kaçığa" gitmektedirler.
4. Dolayısıyla, başvuru, diğer başvuru ve yakınları, Irak'tan Türkiye'ye geçişi de sağlayan olayın meydana geldiği güzergahı düzenli olarak kullanmaktadır. Nitekim, başvuru konusu olaylarla ilgili 23. Jandarma Sınır Tümen Komutanlığı yazışmalarında da bu konuya değinilmiş ve şu ifadeler kullanılmıştır:

"Vatandaşların saat 16.00 sıralarında Irak tarafına geçtiği iddia edilen bölge, normalde de köylülerin günlük yaşantısında kullandığı bir bölgedir.

Dolayısıyla bu güzergâh, aynı zamanda yaprak toplama, odun toplama, avlanma ve bunun gibi sebeplerle vatandaş hareketlerinin çokça yaşandığı bir bölgedir."

Bu konuda Şırnak İl Emniyet Müdürlüğü'nün verdiği bilgi de şöyledir:

"Elimizdeki verilere göre olayın olduğu yer BTÖ mensuplarının geçişi açısından yoğun bir bölge değildir. Genelde kaçakçılık faaliyetleri açısından yoğun olan bir bölgedir."

5. Ayrıca, Gülyazı köyünün hemen üstünde bulunan Tugay Komutanlığı nedeniyle, köylülerin faaliyetleri çok iyi bilinmektedir. Köylülerin belirttiği

gibi bu kadar büyük bir birliğin köyün üstünde konuşlanmasının doğal sonucu olarak ve köy bir korucu köyü olduğu için kolluk güçleriyle köylüler arasında devamlı bir irtibat mevcuttur. Nitekim 28.12.2011 tarihinde ölenlerin 27'sinin ailesi köy korucusudur. Dosya içeriğinden anlaşılacağı gibi bölgeye ilişkin her konuda koruculardan bilgi alan yerel askeri birimlerin olay günü 4 saat boyunca aileyle hiç irtibata geçmemiş olması dikkat çekicidir.

6. Bombalamanın yapıldığı bölgenin İsrail yapımı ve TSK'nin envanterinde bulunan Heron insansız hava aracıyla (İHA) gözlemlendiği bildirilmiştir. Her ne kadar daha ileri teknoloji kullanan ve ABD envanterinde bulunan Predatör görüntülerinin de izlendiği iddiaları varsa da bu husus netleşmemiştir. **Tanık ifadeleri ve İHA görüntülerine göre olaylar şu şekilde gelişmiştir.**
7. Olay günü (28.12.2011), 38 kişi, Gülyazı ve Ortasu köylerinden 15.00-16.00 sularında hareket ederek farklı gruplar halinde yol almıştır. Grupta yer alan 38 kişinin 3'ü 13 yaşında ve toplam 17'si 18 yaşın altındadır. 4 kişi olaydan kendi çabaları ile kurtulmuştur. **Grupta yer alan, başvurucunun kardeşi xxx Encu ise hayatını kaybetmiştir.** Görüntülerden bölgede 17.10 sularında Irak tarafından gelen araçların varlığı tespit edilmiş, 18.14'te bu araçların sayısı 7'ye yükselmiştir. 18.23'ten itibaren de Türkiye'den bölgeye giden insan ve hayvan topluluğu net olarak görülmüştür. 18.28'de Türkiye'den giden tüm gruplar araçların olduğu yere varmıştır. Zaho'dan gelen araçlardan **mazot, şeker, pirinç ve çay** alan kafilenin 19.17 sularında Türkiye'ye geri dönmeye başladığı görülmüştür. İki grup halinde ilerleyen kabile arasında 300 ila 1100 metre arası bir mesafe olduğu da görülmüştür. Dönüş yolunda askerin yolu kapatıp kapatmadığını öğrenmek için köylerini arayan kabile, yolun kapatıldığı yönünde bilgi alınca sınıra varmadan önce durup bekleme kararı almıştır. 21.06'da ilk grup Türkiye sınırına 50 ila 80 metre uzakta durmuş ve beklemeye başlamıştır. İkinci grup da 1100 metre kadar geride beklemeye başlamıştır (EK2- TBMM Komisyon Raporu, s. 8-9). Grubun, bekleme sırasında mevzilenme yapmadıkları ve oldukça rahat bir durumda açıkta bekledikleri görülmüştür (TBMM Komisyon Raporu, s. 70).
8. Olay ve köylülere ilişkin Heron görüntüleri 4 saati aşkın bir süreye ilişkindir. Her ne kadar, görüntülerden silahların ayırt edilemediği iddia edilmekteyse de **4 saatlik görüntü içerisinde köylülerin silah taşıdığını düşündürecek veya herhangi bir terör örgütüne ait bir grup olduklarına dair hiçbir veri yoktur.** Bu koşullar altında, **askeri yetkililerin soyut iddialar dışında neye dayanarak katırların ağır silahlar taşıdığı izlenimini edindiğini anlamak mümkün olmamıştır.** Meclis İnsan Hakları Komisyonu Raporu'na muhalefet şerhi yazan CHP'li Levent Gök de **"insan ve/veya katırların silah taşıdığına dair hiçbir emare olmadığını"** açıkça belirtmiştir (EK3-: TBMM Komisyon Raporu, Muhalefet Şerhi).
9. İHA görüntüleri Tugay, Tümen, 2. Ordu ve Genelkurmaydan izlenmiştir. Yurtdışına yapılacak bombalamanın ancak Genelkurmay tarafından karara bağlanacağı ancak yurtiçinde yapılacak top atışlarının Tümen Komutanlığı emriyle yapılabileceği dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Buna göre, saat 19.28 ile 20.21 arasında söz konusu grubun 5-6 kilometre önüne 5 aydınlatma ve 7 tahrip mermisi atılmıştır. Köylüler ne bu atışlardan, ne de İHA'nın uçuşundan şüphelenmediklerini, İHA'ları arı vızıltısı gibi seslerinden

tanıdıklarını söylemişlerdir. **Köylülerin farklı düşünmesini gerektiren ne daha önceden gerçekleşmiş bir saldırı, ne de bir ihbar mevcuttur.**

10. Daha önce de uzaktan bu tür silah atışları duyan köylüler, atışların kendilerine yönelik olmadığını düşündüğü için yola devam etmiş, ancak cep telefonu ile aradıkları köylülerin askerin yolu kapadığını belirtmesi üzerine Türkiye sınırında 21.03'te sınıra yakın bir noktada toplanıp beklemeye başlamıştır. Diyarbakır'dan kalkan Türk Silahlı Kuvvetlerine ait 2 F-16 uçağı, 21.40 ve 21.43'te iki bombayı ilk grubun bulunduğu noktaya, üçüncü bombayı 22.02'de ilk gruptan ayrılıp kuzeye doğru ilerleyenlerin üzerine ve son bombayı da 22.24'te ikinci gruba atmıştır.
11. **Olay sonucunda 38 kişilik kafilde başvurucunun kardeşi xxx Encu dahil 34 kişi ölmüş, 4 kişi yaralanmıştır.** Aşağıda açıklanacağı üzere, her ne kadar saldırı öncesinde grubun terör örgütü mensubu olduğuna dair bir değerlendirme yapıldığı iddia edilse de, **ölen 34 kişinin tamamının sivil olduğu tüm incelemelerde teyit edilmiştir.** Grupla birlikte kaçak malı taşıyan 63 katır da olay yerinde can vermiştir.
12. Telefon kayıtlarını gösterir teknik rapora göre, son bombanın atıldığı zamandan yani saat 22.24'den 70 saniye önce Gülyazı Jandarma Komutanı Astsubay Vehbi Göçmen, Ubeydullah Encu tarafından aranarak uçak saldırısına uğrayanların köylüler olduğu konusunda haberdar edilmiştir. İHA görüntülerini izleyen askeri birimler de saat 23.02'de 6 kişinin ilk bombanın olduğu yere vardığını görmüşlerdir. 00.27'de de ikinci grubun vurulduğu noktaya ulaşıldığı tespit edilmiştir. Tüm bu süreci kaydeden İHA, 00.50'de bölgeden ayrılmıştır. Toplam kayıt süresi 7 saat 40 dakikadır.
13. **Kaç kişinin bombalama sırasında, kaç kişinin ise olay yerinde can çekişerek öldüğü tam olarak bilinmemektedir.** Ancak muhtar vekilinin Meclis Komisyonuna verdiği bilgiye göre olay yerinde 8 yaralı tespit edilmiş, ancak 112 aranmasına rağmen ambulansların yol ağzında bekletildiği ve 7 kişinin yakınlarının sırtında taşınırken yolda öldüğü belirtilmiştir (TBMM Komisyon Raporu, s. 11). Olay yerine varan köylüler, çocuklarının kafalarının, bacaklarının, kollarının koptuğunu görmüştür. Olay yerine varan ve ölen kişilerin yakınları, çoğu çocuk yakınlarının parçalanmış bedenlerini, kaya ve toprakların altından elleriyle çıkarmak zorunda kalmıştır. Köylüler, ölü ve yaralıları tamamen kendi imkanları ile kendi sırtlarında, katır sırtında ve traktörlerle taşımak zorunda kalmıştır. Bazı cesetlerin çıkarılması için sabaha kadar uğraşmıştır.
14. Bombalama sonrasında, Tümen Komutanlığı'nda İHA görüntüleri izlenmeye devam edilmesine ve olay son bombanın atılmasından 70 saniye öncesinden itibaren yetkililere bildirilmiş olmasına rağmen, sınıra 100m ila 1km uzaklıkta olan **olay yerlerine hiçbir kurtarma birimi gönderilmemiştir.** Olay sonrasında yürütülen hiçbir soruşturma olay yerine gidip inceleme yapmadığı için bu husustaki saptamalar sınırlıdır.
15. Gerek İnsan Hakları Komisyonuna verilen ifadelerde, gerekse mülki idare soruşturmasında askeri yetkililer olay yerine gitmemelerini; olay nedeniyle infial gösterecek köylülerin saldırmasından çekinmeleri ve bölgede teröristlerin aktif olması olarak açıklamışlardır. **Ancak bu kararın kim tarafından hangi istişare süreci sonrası alındığına dair de hiçbir bilgi yoktur.**

16. Saldırının örgütlenmesi ve sonrasında sivil makamların dahlinin hemen hemen hiç olmadığı farklı beyanlardan anlaşılabilir. Askeri yetkililerin açıklamaları ise olayın gerçekleştiği gün ve somut olaya ilişkin olmaktan ziyade PKK örgütüne, bölgenin coğrafyasına veya diğer ilgisiz konulara ilişkindir. **28.12.2011 tarihine ilişkin doğrudan hiçbir somut bilgi sunulmadığı çok açıktır.**
17. Bununla birlikte şu hususlar yine ifadelerden görülebilir. 23. Jandarma Sınır Tümen Komutanlığı olay günü "Yıldız 2011 Pusu Dinleme Operasyonu" düzenlemiştir. Bu operasyonun amacı, ülkeye girebilecek örgüt elemanlarını tespit etmektir. Uçar birlik hareketıyla desteklenmesi planlanan bu operasyon için 2 tim görevlendirilmiştir. Geldiği iddia edilen onlarca kişilik terörist grup için çok yetersiz bir önlem olmakla birlikte (**EK4- Mülkiye Müfettiş Raporu, s.142**), bu askerlerin daha sonra geri çağrıldığı görülmüştür. Ancak saat 21.00'de **Genelkurmay tarafından, Diyarbakır'dan uçakların havalandığı ve hava sahasının kapatıldığı tüm askeri birliklere duyurulmuştur.** Bunun üzerine, timlerin çekilme emri 21.55'te verilmiş, timler 22.45'te kışlaya dönmüştür (TBMM Komisyonu, s. 30). Bu koşullar altında, **2 tim askerin köylülerin geçişini gözlediği ve kaçığa gittiğini görmemiş olmaları veya kışlaya dönüş emrinden (21:55) ve kışlaya dönmelerinden (22:45) önce yapılan bombalamaları** (1. Bombalama: 21.40, 21.43 ve 22:02'de; 2. Bombalama: 22.24'te) **duymamış veya görmemiş olmaları mümkün gözükmemektedir.** Ayrıca, bu operasyonun saat 21.55'e kadar sürdüğü düşünülecek olursa, bombalamayı yapan uçaklarla Tümen Komutanlığı arasında bir iletişim olmamasına da anlam vermek imkansızdır. Bu bilgi, İHA görüntülerinin hem Genelkurmay'da hem de Tümen'de (görüntüler toplamda 8 ayrı komutanlıkta izlenebilmektedir) izlenebildiği düşünüldüğünde daha da büyük önem kazanmaktadır.
18. Tümen komutanına Meclis İnsan Hakları Komisyonu'na verdiği ifadede İHA görüntülerine ilişkin yorumlarını yukarıdaki kademelerle paylaşp paylaşmadığı sorulmuş, olumsuz cevap alınmıştır. Aynı şekilde Tümen Komutanına Gülyazı köyünden sivillerin sınır ötesine geçip geçmediğinin araştırılıp araştırılmadığı sorulmuştur. Tümen Komutanı "*Sormadım. Bütün komutanlıklar o kadar terörist olduğuna şartlanmıştı ki*" demiştir. Komutan zaten "*Kaçakta adamınız var mı deseler de suçlanmamak için asla diyeceklerini*" belirtmiştir. Tugay Komutanlığının hemen altındaki bir köyün sakinleri için bu iddia ikna edici olmaktan çok uzaktır. **Köylülerin her zaman kaçığa gittiğinin, Tugay düzeyinde bilindiğine şüphe yoktur** (TBMM Komisyon Raporu, s. 28).

Olayın Soruşturulması

19. Olaya ilişkin olarak; idari bir araştırma ve adli soruşturmalar yanında bir de TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu incelemesi yapılmıştır. Ayrıntılı bir şekilde açıklanacağı üzere **bu soruşturmalar sonunda, hiçbir resmi görevli açığa alınmadığı gibi herhangi bir kişi hakkında yaptırım da uygulanmamıştır.** Tüm bu sürecin sonunda, **34 kişinin ölüm emrini veren kişinin kim olduğu dahi bilinmemektedir.** Gerek adli soruşturma, gerekse Meclis incelemesi tamamen Genel Kurmay Başkanlığı'nın sunumunun bir özeti niteliğindedir. Soruşturma dosyasında mevcut bir çok husus değerlendirilmediği gibi ne adli soruşturmada ne de Meclis

incelemesinde **hakikatin ortaya çıkarılması için gerekli adımlar atılmıştır.**

20. Genel Kurmay Başkanlığı'nın olayın hemen ardından, 29.12.2011 sabahı 11.45'te yaptığı açıklama, daha sonra genişletilerek tüm soruşturmalarda tekrarlanmış ve ceza soruşturmasının da kapanmasına yol açmıştır. Bu açıklamaya göre, Başvurucu ve diğer başvurucuların Irak toprağında ticari alış veriş yaptığı bölgede bir süredir olağandışı bir gelişme vardır ve bu gelişmenin bir terörist saldırıya hazırlık olduğu değerlendirilmiştir. **Ancak bu değerlendirmenin hiçbir somut veriye dayanmadığı, dosya içeriğinden görülebilecektir.** Sayfalar dolusu belge içerisinde ne doğrudan bir saldırı planı, ne bir talimat, ne bir itiraf mevcuttur. Dahası, **olayın geçtiği tarihte açılım süreci olduğu için Türkiye içerisinde gerçekleşen herhangi bir terörist saldırı yoktur.** Halbuki Genel Kurmay'ın iddiası, bu çatışmasızlık ortamında onlarca kişilik bir terörist grubun sınırı geçerek büyük bir saldırı yapacağı gibi **hayali bir senaryoya dayanmaktadır.** Oysa daha önceki saldırılardan bilindiği üzere, PKK nakil sırasında bir kaç hayvandan daha fazlasını kullanmadığı gibi saldırı bölgesine gelinceye kadar 8-9 kişiden daha fazla insanı bir arada tutmamaktadır. Bunun nedenini tahmin etmek güç değildir. Onlarca hayvan ve insandan oluşan böyle büyük bir grubun açık alanda hareket etmesinin onu hedef haline getireceğine şüphe yoktur. Bunu olsa olsa, böyle kaygısı olmayan bir grup yapabilir.
21. **Yetkililerin kaçakçılıkla ilgili verdikleri bilgiler de Genel Kurmayın tezini desteklemekten çok çürütmektedir.** Sadece Tümen Komutanlığının görev alanı içerisinde, 2010 yılında 2132 olayda 3586 kişi ve 286 araç yakalanmıştır. Bunun çok daha üstündeki kişi ve aracın ise kayda girmediği herkesin malumudur. Bu kadar çok kişinin bulaştığı bir faaliyetin, üstüne üstlük yurtiçinde terörist bir çatışmanın da çok az olduğu 2011 yılı içinde askeri bir operasyon hazırlanırken hiç dikkate alınmamasının makul hiçbir açıklaması yoktur. Ayrıca açıklandığı gibi iki köyün sakinlerinin de başka bir geçim kaynağı bulunmamaktadır. Nitekim, askeri savcının yazısı üzerine verilen cevapta ölen kişilerin veya 1. derecede yakınlarının 12'si hakkında kaçakçılıktan kayıt bulunmaktadır (**EK5-ASYŞ: 0410-3191-12 Nolu Yazı**). **Bu sivil halkın, sınır ticaretine gündelik hayatta başvurmak zorunda olduğunun açık göstergesidir ve yetkililerce bunun bilinmesine rağmen bombalama kararı verilirken bu bilgi göz ardı edilmiş, hatta hiç bilinmiyormuş gibi hareket edilmiştir.**

İdari Soruşturma ve Meclis Komisyonu İnceleme Raporu

22. 3.1.2012 tarihinde, İçişleri Bakanlığı Mülkiye Müfettişliği tarafından konunun araştırılması için iki mülkiye müfettişi ve bir Jandarma Özel Müfettişi atanmış, Müfettişler ayrıntılı bir araştırma raporunu 28.2.2012 tarihinde sunmuştur. Raporunda, birçok konuda ciddi eksik ve hatalı hususlar saptandığı için soruşturma açılması gerektiği saptanmış olmakla birlikte, sorumlular hakkında idari bir soruşturma açılmamıştır (**EK4**).
23. TBMM Meclis Komisyonu, raporu (**EK2**) ise 27.3.2013 tarihinde kabul edilmiştir. Raporun içinde aksi yönde düşünülmesine vesile olacak çok sayıda bilgi olmasına rağmen, Komisyon *"bu olayla ilgili yapılan araştırma ve incelemelerde olayın kasten yapıldığına yönelik olarak herhangi bir delil elde edilemediği"* sonucuna ulaşmıştır. Rapordaki yöntem ve içeriğe ilişkin eksik

ve hatalar Komisyon üyesi muhalefet partisi milletvekilleri Ertuğrul Kürkçü (BDP) ve Levent Gök'ün (CHP) muhalefet şerhlerinde ayrıntılı bir şekilde ortaya konmuştur.

Adli Soruşturma

24. Olayın gerçekleşmesinden sonra 34 kişinin ölümüyle ilgili ihmal bulunduğu gerekçesiyle, Diyarbakır 2. Hava Kuvveti Komutanlığı Askeri Savcılığı, 2. Ordu Komutanlığı Askeri Savcılığı ve Diyarbakır Cumhuriyet Savcılığı tarafından soruşturma açılmıştır. Askeri Savcılıklar yetkisizlik, Diyarbakır Cumhuriyet Savcılığı da görevsizlik kararı vererek dosyayı Genelkurmay Başkanlığı Askeri Savcılığına göndermiştir.
25. Genelkurmay Başkanlığı Askeri Savcılığı tarafından 6 Ocak 2014 tarih ve 2013/404 E ve 2014/1 K sayılı kovuşturmayaya yer olmadığı kararında (**EK6**) 5 şüpheli gözükmemektedir: İlhan Bölük (23. Jandarma Sınır Tümen Komutanı), Yıldırım Güvenç (Jandarma Asayiş Kolordu Komutanı), Aygün Eker (2. Ordu Komutanlığı İstihbarat Başkanı), Halil Erker (2. Ordu Harekat Kurmay Başkanı), Ali Rıza Kuğu (2. İstihbarat analiz ve Değerlendirme Daire Başkanı). **Bu isimlerin hiçbiri, doğrudan hava harekatı yapılmasına karar veren isimler değildir.** Neden bu kişilerin şüpheli sıfatıyla seçildiği de belirsizdir. Soruşturmanın ilk anından itibaren **herhangi bir nedenle suçun kasıtlı olarak işlenebileceği ihtimali üzerinde durulmamış, sadece bazı askerlerin ihmalinin olup olmadığı ihtimali üzerinde durulmuştur.** Bu kadar açık ve net delillerin olduğu bir vakada sadece bu yolun izlenmesinin tek açıklaması, soruşturmanın derinleştirilmesi halinde Savcının bağlı bulunduğu Genelkurmay içinde üst düzey sorumluların ortaya çıkma ihtimalinin bulunmasıdır. Bunun için Savcılık makamı yukarıda özetlenen Genelkurmay Senaryosunu doğru kabul edip, tüm kurguyu bunun üzerine yapmıştır.
26. Kağıt üzerinde bir ceza soruşturması yapılmıştır ama tüm soruşturma boyunca bombalama kararının kim tarafından verildiği dahi soruşturulmamıştır. **Şüpheli olarak ifadesi alınan subayların hiçbiri kararı alan nihai mercii değildir.** Kovuşturmayaya yer olmadığı kararı okunduğunda, şüphelilerin ifadesi dahi görülememektedir. Bu karar toplam 16 sayfadır. İlk 4,5 sayfa taraflar ve vekillerinin isimlerini saymakta, ilerleyen 3 sayfa hangi kaynağa dayandığı açıklamaksızın olayların kronolojisini sıralamaktadır. 8. sayfadan 15. sayfanın başına kadar ise somut olayla hiçbir ilişkisi olmayan Genelkurmay tarafından sağlanan çeşitli istihbarat bilgileri sıralanmaktadır. Son iki sayfada, 5 adet tanığın sadece Genelkurmay'ın sunduğu senaryoyla uyumlu değerlendirilebilecek ifadesine yer verdikten sonra Türk Ceza Kanunu'nun "Hata" başlıklı 30. maddesi uyarınca, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlere ait koşulların gerçekleşmesi hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişinin, bu hatasından yararlanacağı ve cezalandırılmayacağı sonucuna ulaşılmıştır. **Karar o kadar yüzeysel ve mesnetsizdir ki, hata varsa bile hatayı yapanın veya yapanların kim olduğunun anlaşılması dahi mümkün değildir.** Çünkü ne şüphelilerin ifadesine ne de olası başka şüphelilerin ifadesine başvurulmuştur.
27. Ayrıca, soruşturma safhasında dosyaya gizlilik kararı koyulduğu için **mağdurlar ve avukatları, dosyadaki eksikleri görme ve müdahale etme imkanına da sahip olamamıştır.**

28. Soruşturma sırasında Savcılık makamı bir çok hususu hiç araştırmadığı gibi bir ceza davasında sorulması gereken şu temel soruların hiç sorulmadığı görülebilmektedir: a. İnsansız hava aracının görüntülerini kim değerlendirmiştir, raporu nerededir? b. Hedeftekilerin terör örgütü mensubu olduğuna nihai kararı kim vermiştir? Bunun somut verileri nelerdir? c. Harekatı genel olarak kim düzenlemiştir? d. Vur emrini kim vermiştir? e. Olay yerine neden kurtarma ekibi gönderilmemiştir?
29. Savcılık makamı olay yerini incelememiş, şüpheli ifadelerini kararda incelememiş, tanık ifadelerinden yararlanmamış, yerel askeri birimlerle karar alınan Genelkurmay arasında bilgi alışverişinde bulunulmamasını sorgulamamış, şüphelilerin veya başka yetkililerin saldırıdan sivillerin zarar görmemesi için hangi önlemleri aldığına dair hiçbir inceleme yapmamış, aşağıda açıklanan ve Mülkiye Müfettişinin raporunda tespit edilen ve bu nedenle sıralı komutanlar hakkında soruşturma açılmasının gerektiğini belirten onlarca çelişkinin hiçbirine değinmemiş, tartışmamış, şüpheli ve diğer ilgililere buna ilişkin hiçbir soru sormamıştır.

Hava Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesi Kararı

30. Bu karara karşı süresinde yapılan itiraz Hava Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesi tarafından değerlendirilmiştir. As. Mah. 2014/221 İd., K. 2014/131 Müt. numarasıyla 11 Haziran 2014 tarihinde verilen kararda (EK7) savcılık kararındaki hiçbir eksiklik giderilmemiştir. Belirtilen tüm eksikliklere karşın, “eksik soruşturma yapıldığı” itirazı tamamen genel ifadelerle **“ayrıntılı ve etkin soruşturma” yapıldığı gerekçesiyle ve oyçokluğuyla reddedilmiştir.** Dosyanın bütününden anlaşılabilir olmasına rağmen, **savcılığın tarafsız ve bağımsız olmadığı iddiası da reddedilmiştir.** Aynı şekilde Mahkeme, mağdur avukatlarının dosyadaki **gizlilik kararına ilişkin itirazını da reddetmiştir.** Oyçokluğu ile verilen karara muhalif kalan üye Oğuz Pürtaş, toplanan delillerin kamu davasını açmayı gerektirecek nitelik ve yeterlilikte olduğunu değerlendirerek Türk Ceza Muhakemesi sistemindeki “mecburilik” ilkesi uyarınca davanın açılması gerektiğini belirtmiştir. Muhalif üyeye göre, hataya ilişkin 30. maddenin olaya uygulanıp uygulanamayacağına karar vermesi gereken makam ise savcılık değil mahkeme olmalıdır. Gerçekten de, eğer dava açılmış olsaydı şüphelilerin açık bir şekilde ifade vermesi, çapraz sorguya tabii tutulması ve olayın aydınlatılması mümkün olabilecekti.
31. Sonuç olarak 2 yıl 7 ay süren soruşturma sonucunda hiç kimse yargı önünde hesap vermemiş, idari soruşturmalar yoluyla da kimse hakkında hiçbir ceza uygulanmamıştır.
32. Gerek savcılık kararında gerekse bu karara yönelik itiraz sonrası verilen Mahkeme kararında **hiç tartışılmayan hususlar aşağıda belirtilmektedir.**
33. Genelkurmay’ın ısrarla tekrarlanan savunmasında, Irak’tan Türkiye’ye gelen terörist grup ihtimalinden bahsedilmektedir. Ne var ki, görüntülerin açıkça gösterdiği gibi olay günü 18.23’te Türkiye’den Irak’a geçen bir insan ve hayvan grubu Irak’ta bir noktada karşı taraftan gelen araçlarla buluşmuş, ardından da geri dönmüştür. Türkiye tarafında böyle büyük bir terörist grubun Irak’a geçip, geri döndüğüne dair hiçbir bilgi mevcut değildir. Kaldı ki, Genelkurmay’ın iddiası başından itibaren Irak’tan Türkiye’ye yönecek bir terörist gruba ilişkindir. **Oysa grubun Türkiye’den Irak’a giden ve geri**

dönerler olduğu çok açıktır. Savcılık makamı bu kadar açık bir tutarsızlığa ilişkin hiçbir sorgulama yapmamıştır.

34. Genelkurmay Başkanlığı'nın iddiası 4 saati aşkın bir süreyle izlenen grubun sivil mi terörist mi olduğunun anlaşamadığı üzerine kuruludur. Tamamen açık alanda hareket eden bir grubu, 4 saat izledikten sonra bile bu ayırım yapılamıyorsa, tüm bu teknolojiye neden ihtiyaç duyulduğu, bu alanda çalışan profesyonel askerlerin ne işe yaradığı sorulabilir. Kaldı ki, bu belirsizliğin giderilmesi için de herhangi bir girişimde bulunulmamıştır. **Aynı şekilde bu kadar büyük bir kafilenin bir gözcü olmadan, dağınık bir şekilde ilerlediği kayıtlardan anlaşılabilir.**
35. Gruba atılan top atışları sonrasında grubun dönmemesi anlaşılabilir bir şekilde, Genelkurmay ve Savcılık tarafından grubun terörist olduğuna kanaat getirilmesine neden olmuştur. Oysa tam tersine, grup top atışlarından etkilenmeden yürümeye devam etmiştir, çünkü kendisinin hedef alındığını düşünmemiştir. Zaten, dosyada da aksini ispat edecek hiçbir delil yoktur. **Genelkurmay'ın bu iddiası, gerekçesiz bir şekilde Savcılık makamı tarafından da aynen kabul edilmiştir.** Her ne kadar Tümen Komutanı şüpheli İlhan Bölük, top atışına tepki verilmemesini grubun terör örgütü olmasına delalet saymışsa da, Tümen Ateş Destek Koordinatörü Topçu Binbaşı Mehmet Ölçensoy "*Hedef kitlenin topçu mermilerine tepki göstermemesi benim kafamda bir soru işaretidir. Bu sebeple bir kuşku olduğu için BTÖ mensupları yok edildi diye bir coşku olmadı*" yorumunu yaparak bu durumu sorgulamıştır (EK8- Ertuğrul Kürkçü muhalefet şerhi, Mülkiye Müfettiş Raporu, s. 145-146).
36. Dahası, mağdur avukatları tarafından belirtilmemiş olsa bile Mülkiye Müfettişlerinin Araştırma Raporu çok önemli bazı hususlara dikkat çekmektedir. Bu hususlar, sonrasında verilen adli kararlar sırasında mevcut olmasına rağmen, cevaplanmak bir yana, ne savcılık kararında ne de Mahkeme kararında hakkında tek kelime edilmemiştir. **Müfettiş raporu sıralı komutanlar hakkında soruşturma açılmasını isterken saldırıya ilişkin şu hususlardaki hata ve eksiklere dikkat çekmiştir:**
- Telsiz kestirimlerinin diğer istihbarat kaynaklarıyla desteklenmediği müddetçe yalnız başına operasyon için yeterli olamayacağı değerlendirilmiştir.
 - Saldırının yapıldığı nokta ile en yakın askeri üs arasında 5 km mesafe vardır. Zorlu kış şartlarında bu mesafenin kat edilmesi için en az 1 saat gereklidir, saldırı bu nedenle aciliyet gerektirmemektedir.
 - Atış komutu öncesinde yerel askeri ve sivil birimlerle hiçbir irtibat kurulmamış, bilgi alınmamıştır. Halbuki bu yapılsa, konvoyun sivil köylüler olduğu kolayca öğrenilebilecektir. Bu nedenle Müfettiş raporu gerekli önlemleri almayan Sınır Tümen Komutanı ve diğer yetkililer hakkında soruşturma açılmasını istemiştir (Mülkiye Müfettiş Raporu, s. 151).
 - Olay günü, teröristlere ait olduğu ileri sürülen telsiz kestirmelerinde daha önceki günlere nazaran bir artış söz konusu değildir.
 - Heron görüntüleri köylüler hakkında toplamda ilk bomba atılıncaya kadar 4 saat 19 dakika görüntü aktarmıştır, bu süre sınıra hareket eden grubun kim olduğunu araştırmak için yeterli bir süre vermektedir.

- Top atışından ürkmemeleri, grubun terörist olmadığını gösteren önemli bir ayrıntıdır.
 - Katır sayısının insan sayısının iki katı olduğu görüntülerden tespit edilebilmektedir. Bunun da daha önceden bir örneği yoktur ve grubun sivil olduğunu göstermektedir.
37. Genelkurmay yapılan operasyonun “*Türk Silahlı Kuvvetlerinin sınır ötesi harekâtı TBMM tarafından 17 Ekim 2007 tarihinde kendisine verilen ve birer yıllık sürelerle yenilenen yetki gereği sürdürülmekte*” olduğunu açıklamıştır. Bu kadar büyük bir operasyonun sivil mercilerin ve hükümetin bilgisi dışında salt askeri insiyatifle alınmış olması mümkün değildir. Çünkü hiçbir soruşturmada, sivil siyasi makamların görüşü alınmamıştır.
38. Olayın bütünü dikkate alındığında şu sonuca ulaşmak mümkündür: **Eğer olayda açık bir kasıt yoksa; Irak tarafına geçen kafilenin sivil vatandaşlar olup olmadığına dair hiçbir ön incelemenin yapılmadığı, kafilenin nasıl bir tehlike oluşturduğuna dair somut hiçbir delilin olmadığı, yine kafilenin canlı olarak ele geçirilmesi için hiçbir çabanın harcanmadığı açıktır.** Kafile öldürme amacıyla açık bir kasıtle ve gerekli incelemeler yapılmadan vurulmuştur.

Anayasa Mahkemesi Başvurusu

39. Başvurucu dahil olmak üzere 40 başvurunun vekilleri, Hava Kuvvetleri Komutanlığı Mahkemesi'nin kararı üzerine, 18.7.2014 tarihinde ve süresinde Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuş ve başvurucuların yakınlarının yaşam hakkının “mutlaka gerekli” bir güç kullanılmamak suretiyle ve yaralananları kurtarmak için bir çaba gösterilmemesi suretiyle devletin yaşam hakkını korumak yönündeki pozitif ödevini yerine getirmemesiyle yaşam hakkının ihlal edildiğini; astın üstü soruşturması, gerekli delillerin toplanmaması, soruşturmanın makul sürede tamamlanmaması nedeniyle etkili soruşturma ödevinin ihlal edildiğini; yakınlarının parçalanarak ölümüne şahit olan ve yetkililer gelmediği için yakınlarını taşımak zorunda kalmaları ve sonrasında Cumhurbaşkanı ve siyasi yetkililerin aldığı tutumun insan onuruyla bağdaşmayan muamele olduğunu ileri sürmüşlerdir.
40. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 71. maddesi gereğince Adalet Bakanlığı dosyaya görüş sunmuştur. Normalde tarafsız bir değerlendirme olması gereken bu görüşün de Genelkurmay Başkanlığı'nın görüşlerini aynen tekrar eden bir metin olması dikkati çekmektedir. Öyle ki, Bakanlık 68 kişinin tanık olduğunu belirtmekte ama kovuşturmaya yer olmadığına dair karar ve bu karara karşı itirazı reddeden Askeri Mahkeme kararında bu ifadelerin bir tekine bile yer verilmemesine ilişkin hiçbir şey dememektedir.
41. Anayasa Mahkemesi, başvuru formunda tebligatların yapılacağı adres olarak gösterilen başvuru vekili Av. Nuşirevan ELÇİ'ye 4.8.2014 tarihinde eksiklerin tamamlanması için tebligat göndermiştir. Bu tebligatta şu eksikliklerin tespit edildiği bildirilmiştir:
- “TESPİT EDİLEN EKSİKLİKLER**
1. Başvuru formunun I/A Bölümünün usulüne uygun olarak doldurulmadığı, gerçek kişi başvuru/avukat kimlik bilgilerinin/T.C. kimlik numarasının/yazışma adresinin her bir başvuru için ayrı ayrı olarak ve uygun biçimde doldurulmadığı,

2. 06/01/2014 tarih ve E.2013/404, K.2014/1 sayı ile Genelkurmay Başkanlığı Askeri Başsavcılığınca verilen "Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararın" aslı veya onaylı suretinin eklenmediği,
 3. Hava Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesinin 11/06/2014 tarih ve K.2014/131 Müt. numaralı kararının ve bu kararın tebliğine ilişkin tebliğ alındısının asıl veya onaylı suretlerinin eklenmediği,
 4. Başvuru konusu ile ilgili olarak kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmesi sonucu verilen nihai kararın ve bu kararın tebliğine ilişkin tebliğ alındısının asıl veya onaylı suretlerinin eklenmediği, nihai kararın öğrenme tarihine ilişkin ilgili belgenin eklenmediği,
 5. Başvuruculardan Cemal ENCÜ, Selahattin ENCÜ, Halime ENCÜ, Übeydullah ENCÜ, Bahar ENCÜ, Mehmet KAPLAN, Haşan ÜREK, Fatma ENCÜ, Servet ENCÜ, Davut ENCÜ ve Hacı ENCÜ isimli şahısların başvuru formunda isimlerinin yazılı oldukları; ancak isimleri sayılan bu başvurucular ile vekili arasında vekil - müvekkil ilişkisini gösteren ve noter tarafından onaylı, baro pulu yapılandırılmış ve harçlandırılmış bir vekaletnamenin eklenmediği,
 6. İhlal iddiasına ve Maddi tazminat talebine dayanak teşkil eden belgelerin aslı ya da onaylı örneklerinin eklenmediği tespit edilmiştir."
42. Görülebileceği gibi belgeler hiç sunulmamış değildir "**aslı ya da onaylı örnekleri**" sunulmamıştır. **Oysa kararların orijinallerinin Anayasa Mahkemesi'nin de parçası olduğu UYAP sisteminde olduğu herkes tarafından bilinmektedir.** Buna rağmen, bu eksiklerin tamamlanması için başvurucular vekiline 15 gün süre verilmiştir. Bu süre 19.8.2014 günü dolmuştur. Başvurucular vekili ilgili belgeleri 21.8.2014 tarihinde tamamlayarak AYM'ye sunmuştur. Bundan bir ay sonra da başvurucular vekili anılan dilekçesine ek olarak sunduğu 18.8.2014 tarihli Cizre 3 Nolu Aile Sağlığı Merkezi Sağlık Raporunda başvurucular vekilinin yapılan muayenesinde "akut nazofaranjit+miyalji" tanısı yapılmış olup beş gün istirahati uygun görüldüğü belirtilmiştir.
43. Buna rağmen tamamen keyfi ve indi nedenlerle AYM "*Somut olayda başvurucular vekili hakkında düzenlenen raporda, "akut nazofaranjit+miyalji" rahatsızlığı tanısı konulduğu ve beş günlük istirahatın uygun görüldüğü belirtilmiş olmakla birlikte hastalığın eksiklik bildirimine cevap vermeye engel teşkil edecek nitelikte ağır olduğu anlaşılamamaktadır*" sonucuna ulaşarak **başvuruyu Mehmet Encu ve diğerleri (Başvuru No: 2014/11864, 24.02.2016) kararında oyçokluğu ile reddetmiştir (EK1).** Muhalif üye Osman Alifeyyaz Paksüt, kararın **bu kadar şekilci bir gerekçe ile ülke tarihinin en vahim olaylarından birinin aydınlatılmasına engel olmasına katılmamıştır.** Bu karar 23.3.2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
44. Böylece, Anayasa Mahkemesi'nin kararı ile iç hukuk yolları tükenmiş ve 34 kişinin katledildiği bir olay 4,5 yıl sonra faili ve sorumluları bilinmeden ulusal merciler tarafından kapatılmıştır. Herhangi bir kişiye yönelik uygulanmış cezai ve/veya idari bir yaptırım söz konusu olmadığı gibi olayın hangi koşullarda ve kimlerin dahilyle gerçekleştiğine dair de çok ağır bir karartma vardır.

Hukuki Açıklamalar

İç hukuk yollarının tüketilmesi hakkında

1. Genelkurmay Başkanlığı Askeri Savcılığı 6 Ocak 2014 tarih ve 2013/404 E ve 2014/1 K sayılı kararında **5 şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir**. Bu karara karşı süresinde yapılan itiraz Hava Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesinin As. Mah. 2014/221 İd., K. 2014/131 Müt. kararıyla 11 Haziran 2014 tarihinde **reddedilmiştir**. 40 başvurunun vekilleri, Hava Kuvvetleri Komutanlığı Mahkemesi'nin kararı üzerine, **18.7.2014 tarihinde ve süresinde Anayasa Mahkemesi'ne ("AYM") başvurmuş** ancak olaylar başvurularında olaylar bölümünde açıklanan eksiklerin süresinde tamamlanmadığı gerekçesiyle AYM, **başvuruyu 24.02.2016 tarihindeki oturumunda reddetmiş, karar 23.3.2016 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmıştır**.
2. Sözleşmenin 35. maddesi uyarınca, AİHM'e başvurmadan önce başvurunun iç hukuk yollarını, iç hukuktaki usul kurallarına uygun bir şekilde kullanması gerekmektedir. Bununla birlikte, Sözleşmenin 35. maddesinin 1. fıkrası uyarınca **öngörülen iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekliliği kuralının belli bir esneklik ve aşırı formalizmden uzak bir şekilde uygulanması gerekir** (Cardot/Fransa, 19.3.1991, Series A no. 200, para. 34). Bu kuralın da tıpkı, diğer Sözleşme hükümleri gibi Sözleşme'nin konu ve amacına uygun yorumlanması gerekir (Airey/İrlanda, 9.10. 1979, Series A no. 32, para. 24; Worm/Avusturya, 29.8. 1997, Reports 1997-V, para. 33). Devletlerin yükümlülüklerinin sadece teorik ve kağıt üzerinde olmayıp, **pratik ve etkili olması gerektiği ve hükümlerin, Sözleşmedeki güvenceleri pratik ve etkili kılacak şekilde yorumlanması gerektiği** de AİHM'in en yerleşik ilkelerinden biridir. (Yaşa/Türkiye, 2.9 1998, Reports 1998-VI, para. 64).
3. O halde iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralında, formalizmden uzak olma konusunu bu yorum ilkeleri akılda tutularak AİHM içtihadından çıkarmak mümkündür. İç hukuk yollarının tüketilmesi ilkesinin amacı, ulusal makamlara, Sözleşme makamlarının dikkatine sunulmadan önce AİHS'e uygunluk denetimi yapma imkanının verilmesidir. Bu yerindelik (subsidiarite) ilkesinin de bir gereğidir. Öyleyse bakılması gereken husus, **başvurucuların Sözleşme uyarınca korunan haklarının iç hukukta korunması için gerekli imkanı ulusal makamlara verip vermediğidir** (Azinas/Kıbrıs, no. 56679/00, 28.4.2004, para. 38).
4. Sözleşmeyi bir bütün olarak okumak gerektiği için süresi içerisinde iç hukuk yollarının tüketilmesi zorunluluğuna ilişkin olarak "mahkemeye ulaşma hakkına" ilişkin içtihadı da bakmak gerekir. AİHM, **mahkemelerin usul kurallarını çok katı bir şekilde uygulamak yoluyla, hak arama özgürlüğünü kısıtlamasının 6. maddeyi ihlal ettiğine karar vermektedir** (Örn. Miragall Escolano ve Diğerleri/İspanya, no. 38366/97, 25.1.2000, para. 38). Buna göre, Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrası, başvuru haklarının medeni haklarını ileri sürebilecekleri etkili yargısal giderim sağlayacak şekilde yorumlanmalıdır (*Běleš ve Diğerleri/Çek Cumhuriyeti*, no. 47273/99, para. 49). Bu konuda devletlerin geniş bir takdir marjına sahip oldukları kabul edilmekle beraber (see *García Manibardo/İspanya*, no. 38695/97, para. 36; *Mortier/Fransa*, no. 42195/98, 31.7.2001, para. 33), **getirilen sınırlamanın**

hakkın özüne dokunmaması gerektiği kabul edilmektedir. Ayrıca böyle bir sınırlamanın 6. maddeyle uyumlu olması için meşru bir amacının ve bu meşru amaçla kullanılan araç arasında makul bir ilişki bulunması gerekir (*Guérin/Fransa*, 29.7.1998, *Reports* 1998-V, para. 37; *Zvolsky ve Zvolska/Çek Cumhuriyeti*, no. para. 46-47). AİHM , mahkemeye başvuru için getirilen zaman sürelerinin davacıların mevcut giderim aracını kullanmasını engelleyecek nitelikte olmaması gerektiğini de belirtmektedir (*Zvolsky ve Zvolska/Çek Cumhuriyeti*, no. 46129/99, 12.11.2001, para. 51).

5. Bu gerekçeyle, Türk idari yargı sistemindeki tam yargı davası açmak için 5 yıllık sürenin, 13 sene sonra çıkan bir sağlık sorununa ilişkin ret sebebi olması AİHM tarafından 6. maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir (*Eşim/Türkiye*, no. 59601/09, 17.9.2013, para. 21-26).
6. Mahkemeye ulaşma hakkının yasal koşullara bağlanması makulde de, mahkemeler bu kuralları uygularken usulün adil bir şekilde sonuçlanmasını engelleyecek **aşırı formalizmden de yasalarda belirtilen usul gerekliliklerini anlamsız kılacak aşırı esneklikten de kaçınmalıdır** (*Walchli/Fransa*, no. 35787/03, 26.7.2007, para. 29, 26 July 2007). Kurallar, yasal kesinliği sağlayacak ve adaletin tam olarak sağlamaya hizmet etmek yerine başvurucunun davasının esasının yetkili mahkeme tarafından incelenmesine yönelik bir engele dönüşüyorsa mahkemeye ulaşma hakkı zarar görüyor demektir (*Efstathiou ve Diğerleri/Yunanistan*, no. 36998/02, 27.7.2006, para. 24; *Reisner/Türkiye*, no. 46815/09, 21.7.2015, para. 58; *Ute Saur Vallnet/Andorra*, no. 16047/10, 29.5.2012, para. 44.).
7. Başvurucuya tanınan esnekliğin ve aşırı formalizm yasağının sınırlarını da yine AİHM içtihadında bulmak mümkündür. Ulusal makamlara başvurular, en azından şikayetin esasını anlatacak şekilde ve ulusal usul kurallarına uygun bir şekilde yapılmalıdır. Bu anlamda kabul edilemez bulunan vakalarda; ya ilgili talebi mahkemeler önünde ileri sürmemiş (*Mork/Almanya*, no. 31047/04, 9.6.2011, para. 38-39, *Ugilt Hansen/Danimarka*, no. 11968/04, 26.6.2006), kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar aleyhine 6 yıl başvuru yapmamış (*Kemerov/Bulgaristan*, no. 16077/05, 22.6.2010), ya da hiç yapmamış (*Ciubotaru/Romanya*, no. 33242/05, 10.1.2012, para. 59-61) veya yaptığı bireysel başvuruda şikayetini dile getirmeden sadece ilk derece mahkemesinin kararının ilk sayfasını yollamıştır (*Agbovi/Almanya*, no. 71759/01, 15.8.2000).
8. Yukarıda açıklanan bilgiler ışığında değerlendirildiğinde; AYM'nin **olaya ilişkin başvuruda verdiği kabul edilemezlik kararı tam da AİHM içtihadında belirtilen, kişinin davasının aslının mahkeme önünde görülmesini engelleyen bir engel niteliğine bürünmüştür.** Bunun gerekçeleri aşağıdaki gibi sıralanabilir.
9. Birincisi, *Zvolsky ve Zvolska* kararında belirtildiği gibi (para. 46), **usuli süreleri düzenleyen kuralların yasallık ilkesiyle uyumlu bir şekilde uygulanması gerekir.** Oysa AYM'nin keyfi yorumu başvuruların süresinde yapılmasıyla, mahkemeye başvuru hakkının arasındaki dengelyi gözetmediği gibi yasallık ilkesine de aykırıdır. **Anayasa Mahkemesi İctüzüğün 64. maddesinin 2. fıkrası mücbir sebep veya ağır hastalık durumunun 15 günlük başvuru süresini, mazeretin bitiminden itibaren 15 gün süreyle uzatacağını belirtmektedir.** Maddedeki ağır hastalık tabiri belirsizdir. Bu konuda AYM'nin takip edilebilir bir içtihadı da henüz oluşmamıştır.

Başvurucular vekili "akut nazofaranjit+miyalji" tanısıyla 5 günlük istirahat süreli rapor almıştır. **Bu rapor, AYM'nin başvurululara tanıdığı 15 günlük sürenin son gününü de kapsamaktadır.** Bu hastalığın, AYM için neden mücbir sebep veya ağır hastalık sayılmadığı anlaşılammıştır. Burada ölçü, kişinin o gün iş görememesidir. Rapor da 5 gün istirahat verdiği göre bunun için yeterlidir. AYM de raporun geçersiz olduğunu ileri sürmemekte, ileri sürülen mazeretin geçerli olup olmadığını her başvuruda, söz konusu hastalığın özelliklerini dikkate alarak değerlendirdiğini belirtmekte, Raporda başvurulular vekilinin hastane veya sağlık kuruluşunda yatarak tedavi edilmesi gerekliliğine ilişkin bir belirleme yapılmadığı için ağır hastalığın oluşmadığına karar vermektedir. "Ağır hastalık" kavramından tıbbi bir rapor saptamasının değil hastanede yatmanın anlaşılması gerektiğini başvuru vekilinin ilgili kurala bakarak anlaşılması mümkün değildir. Kaldı ki, bu mantığa göre 39 derece ateşle evde yatan bir kişi hastaneye kaldırılmadığı için gidip AYM'ye başvurmak zorundadır. **Bunun ne kadar keyfi bir yaklaşım olduğu açıktır.**

10. Yasallık bakımından ikinci olarak, **AYM'nin bizzat kendi kurallarına aykırı bir şekilde karar verdiği de görülebilmektedir.** İctüzüğün 66. maddesinin 2. fıkrasına göre "tespit edilen eksikliklerin verilen kesin sürelerde tamamlanmadığı hâllerde Komisyonlar Başraportörü tarafından reddine karar verilir ve başvurucuya tebliğ edilir. Bu karara tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde Komisyona itiraz edilebilir." Başvuru 28.7.2014 tarihinde AYM'ye yapılmıştır. **Başvuru ilk aşamada belge eksikliği nedeniyle kabul edilemez bulursa, Bölüm'e sevk edilmemesi gerekir. Oysa belgeler eksik görülmediği için başvuru Bölüm'e havale edilmiş, Bölüm yetkisi olmadığı halde Komisyon gibi karar vermiştir.** Böylece, Komisyon kararının aksine, karar kesinleştiği için başvuruluların itiraz imkanı da kalmamıştır.
11. Karar, AİHM içtihadında belirtildiği üzere ulaşılmak istenen amaçla, kullanılan araç arasında makul bir ölçü gözetmediği için de mahkemeye ulaşma hakkını ihlal eder niteliktedir. Başvurunun tam yapılması, mahkemelerin şikayeti usulüne uygun bir şekilde inceleyebilmesi için bir zorunluluktur. Bu nedenle, başvurularda belirli belgelerin sunulması zorunludur. **Ne var ki, mevcut başvuruda eksik sunulmuş belge yoktur.** AYM kararına karşı yazan üye Osman Alifeyyaz Paksüt'ün de belirttiği gibi **eksik olduğu iddia edilen belgelerin hiçbiri başvurunun incelenmesine engel olacak nitelikte değildir, tamamına AYM tarafından kolayca ulaşılabilir.** Zaten eksikler de 2 günlük gecikmeyle tamamlanmıştır. Bazı başvurulular açısından vekalet, bazı başvurulular açısından ise kimlik numarası eksik bulunmakla birlikte, **tüm başvurulular açısından eksik olduğu söylenen belgeler Genelkurmay Başkanlığı Askeri Savcılığının KYOK kararı ve Hava Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesinin itirazın reddine ilişkin kararının aslı veya onaylı örnekleridir.** Bu kararların örneklerinden alınacak numarayla, AYM'nin de parçası olduğu Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi'nden ("UYAP") tamamına ulaşmak mümkündür. Anayasa Mahkemesi kararlarında sıklıkla görüleceği üzere Mahkeme kararlarında aşağıdaki açıklamayı kullanmaktadır:

“Başvuru formları ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde ilgili olaylar özetle şöyledir.”

12. Dolayısıyla, Mahkeme'nin dosyada kopyası bulunan savcılık ve mahkeme kararlarının aslına UYAP sistemi üzerinden ulaşamayacağı söylenemez. **Görüldüğü gibi bu gibi usul eksikliklerini tamamlamak yönünde çok sınırlı bir hukuki çıkar vardır. Öte yandan bu nedenle, soruşturulması imkansız hale gelen ihlal çok ağır bir insan hakları ihlalidir.** Ortada 34 kişinin öldüğü, devletin kolluk güçlerinin çok ciddi bir cezasızlık politikasından yararlandığı bir vaka vardır. **Mahkemeye ulaşma hakkı açısından da yaşam hakkıyla mülkiyet hakkı aynı şekilde değerlendirilemez.** Örneğin Goginashvili/Gürcistan davasında, ihlalden sonra yapılan bir düzenlemeyle gelen yeni iç hukuk yolunun tüketilmesi konusunu incelerken AIHM, **mülkiyetle ilgili verdiği pilot kararlardan farklı olarak yaşam hakkı ve işkence yasağında böyle bir kararın insancıl düşüncelerle uyumlu olmayacağını saptamıştır** (Goginashvili/Gürcistan, no. 47729/08, 8.3.2012, para. 59-61). **34 kişinin öldürüldüğü bir yaşam hakkı davasında da insancıl düşüncelerin, önemsiz bir usul eksikliğine ağır basması gerektiği açıktır.** Selmouni/Fransa kararında belirtildiği gibi **sorun yetkililerin işkence/kötü muamele işlediği iddia edilen kişileri ortaya çıkarmak için bir iradelerinin olup olmadığının saptanmasıdır.** 2. ve 3. madde ihlaline ilişkin bir iddia olduğunda, etkili hukuk yolu sorumluları ortaya çıkarıp, cezalandıracak etkili bir soruşturmanın varlığını gerektirir (Selmouni/Fransa, no. 25803/94, 28.7.1999, para. 79). **AYM aşaması dahil başvuru konusu olayda bu hiçbir zaman mevcut olmamıştır.**
13. **Aksinin kabulü, ağır insan hakları ihlalinin soruşturma ödevinin devam eden niteliğine de aykırı olacaktır** (Varnava ve Diğerleri/Türkiye, no. 16064/90, 18.9.2009, para. 159; Mocanu ve Diğerleri/Romanya, no. 10865/09, 17.9.2014, para. 261). Devam eden durumlarda, süre her gün yeniden başlamaktadır. Çünkü ihlal, soruşturmanın yapılmadığı her gün yenilenmektedir. **34 kişinin devlet tarafından öldürüldüğü bir olayda, tüm hukuksal yollar takip edilmişken, avukatın hastalığı nedeniyle daha önce sunulmuş belgelerin orijinallerinin sadece 2 gün gecikerek sunulmasının Devleti tüm soruşturma ödevinden kurtaracağını kabul etmek Sözleşmenin ruhuna ve AIHM'in yerleşik içtihadına açıkça aykırı olacaktır.** Kaldı ki, AIHM, bir davada başvuranların beyanlarını sunmak için "telaşa" düşmüş olduklarını vurgulayarak, cevap vermeleri için kendilerine çok kısa bir süre tanınmış olmasını da dikkate almış ve esastan inceleme yapıp ihlal kararı vermiştir (*Financial Times Ltd ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, §§ 43-44).
14. Sözleşme'nin tüm hükümlerinin Sözleşme'nin konu ve amacına uygun yorumlanması gerektiği yukarıda belirtilmişti. Yaşam hakkının, Sözleşme açısından önemi de AIHM tarafından defalarca vurgulanmıştır. Bu bağlamda değerlendirildiğinde; **başvurucular, avukatları aracılığıyla ceza soruşturmasına müdahil olmuş, her aşamasında soruşturmayı takip etmiştir.** Mülkiye müfettişine, TBMM İnsan Hakları Komisyonu'na ve savcılıklara ifade vermişlerdir. Daha sonra vekalet vererek avukatlarının AYM'ye gitmesini de talep etmişlerdir. **Bir başka deyişle, başvurulardan**

beklenebilecek tüm çaba gösterilmiştir. Bu başvuru sonrasında, mahkemenin ulaşabileceği bazı belgelerin aslının sunulmadığı gerekçesiyle başvuruları reddedilmiştir. 34 kişinin hayatını kaybettiği ve Devletin açık ve ağır sorumluluğunun olduğu, bu sorumluluktan dolayı hiç kimsenin adli veya idari hesap vermediği bir vakada, üstüne üstlük mağdurların ısrarlı bir şekilde hukuksal yolları takip ettiği dikkate alındığında, **Sözleşmenin ihlali ısrarlı bir şekilde örtmeye çalışan ulusal makamların bu iyi niyetle açıklanamayacak davranışlarını korumaması gerektiği Sözleşmenin 17. ve Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 31. maddeleri uyarınca da açıktır.**

Esas Hakkında

Yaşam Hakkı (Esas)

1. Olay hakkında verdiğimiz bilgilerden görülebileceği üzere, başvuru sahiplerinin yakınlarının Türk Silahlı Kuvvetlerine bağlı uçaklarca kasıtlı olarak hedef alınmış ihtimali yüksektir. Nitekim, Türkiye’de 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleşen darbe girişimi sonrasında önce Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı sonra da Tarım ve Köyişleri Bakanı, Roboski saldırısının asker içinde yer alan FETÖ/PDY elemanları tarafından örgütlendiğini düşündüklerini söylemişlerdir. Olayın gerçekleştiği sırada resmi devlet görevlisi olarak görev yapan bu kişilerin davranışları devlete atfedileceğine göre, bu ihtimalde devlet içinde yapılanmış bu kişilerin eylemlerinden de Türkiye Cumhuriyeti sorumludur.
2. Bu ihtimalin kabul edilmemesi halinde dahi Devletin Sözleşme’nin 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkını esas bakımından ihlal ettiğine şüphe bulunmamaktadır.
3. 2. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen güç kullanılabilen 3 durumda güç kullanmak, ulaşılmak istenen amaç açısından “mutlak bir zorunluluk” olmalıdır. Bu maddede düzenlenen “mutlak zorunluluk” ölçütü, diğer maddelerdeki “demokratik bir toplumda zorunluluk” ölçütünden daha sıkı değerlendirilir (Isayeva ve Diğerleri/Rusya, no. 57947/00, 24.2.2005, para. 169).
4. Bu nedenle, yetkililerin yaptıkları operasyonu planlarken ve uygularken öldürücü güç kullanmaktan mümkün olduğu ölçüde kaçınarak mı yaptıkları incelenmelidir. Bu konuda yapılan seçimde ihmal olup olmadığı da değerlendirilmelidir (*McCann ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, 27.9.1995, Series A no. 324, para. 194, *Andronicou ve Constantinou/Kıbrıs*, 9.10. 1997, *Reports* 1997-VI, para. 171, 181, 186,192 ve 193 and *Hugh Jordan/Birleşik Krallık*, no. 24746/95, para. 102-104).
5. Başvuru konusu olaya benzer Isayeva ve Diğerleri davasında AİHM, hükümetin 2. maddenin 2 (a) hükmüne göre hareket ettiğini varsayarak, **kullanılan gücün “mutlak zorunluluk” olup olmadığını incelemiş ve hava saldırısının öncesinde ve saldırı sırasında sivillerin zarar görmemesi için gerekli önlemlerin alınmadığını tespit ederek 2. maddenin esas bakımından ihlal edildiğine karar vermiştir.**
6. Bununla birlikte, belirtmek gerekir ki Rusya davalarında bombalanan bölgeler, isyancıların yoğun olduğu ve kontrolü ele geçirdiği bölgelerdir. Khamzayev ve Diğerleri/Rusya davasından farklı olarak, **işbu başvuruda**

başvurucuların yakınlarının vurulduğu yer ağır silahlarla donanmış isyancılar tarafından işgal edilmiş, yolları hendeklerle tuzaklanmış bir şehir değildir (Bkz., no. 1503/02, 03.5.2011, para. 179-180; aynı nitelikte Kerimova ve Diğerleri/Rusya, no. 17170/04, 3.5.2011). Olaylar bölümünde de açıklandığı üzere, en yakın askeri birliğe 5 km uzaklıkta tamamen açıkta olan bir insan topluluğu vardır. Her ne kadar uygulamada sorun görmüşse de de Khamzayev ve Diğerleri vakasında AİHM, devletin hava saldırısı yapmasının anlaşılabilirliğini belirtmiştir. **Halbuki şikayet konusu olayda, bu koşullar da mevcut değildir.** Bombalamanın olduğu tarihte olay yerine yakın bir noktada gerçekleşmiş bir çatışma bile bulunmamaktadır. Bu nedenle en baştan, başvurucuların yakınlarına yönelik hava saldırısını meşru kılacak hiçbir koşul yoktur.

7. Aynı davada AİHM, Rus uçaklarının kullandığı silahların da ağırlığına dikkat çekmiştir. Olağanüstü halin ilan edilmediği bir ortamda, olağan dönem kurallarının uygulanması gerektiğini hatırlatan AİHM, Devletin asli görevinin insanları yasa dışı şiddete karşı korumak olduğunu, alınacak önlemin de bununla uyumlu olması gerektiğini saptamıştır (Khamzayev, para. 185). Benzer/Türkiye davasında da, **köylülerin ayırım gözetilmeksizin bombalanmasının demokratik bir toplumda meşru olamayacağı gibi ne Sözleşmenin 2. maddesinin 2. fıkrasında sayılan gerekçelerle ne de uluslararası silahlı çatışma hukuku kurallarıyla uyumlu olamayacağını belirtmiştir** (Benzer ve Diğerleri/Türkiye, no. 23502/06, 12.11.2013, para. 184).
8. Özetlenen AİHM içtihadı ışığında değerlendirildiğinde, başvuru konusu olayda ölümcül güç kullanmayı ve hele ki uçakla sivil insanları bombalamayı gerektirecek "mutlak zorunluluk" bulunmadığı çok açıktır.
9. Bir kere, 3 farklı incelemenin ortaya koyduğu üzere, **Genelkurmayın sunduğu bombalamayı meşru kılacak hiçbir somut delil yoktur.** Sunulan belgeler, bazı telsiz kesişmeleri ile bölgedeki hareketlilikten ibarettir. Köylüler, hemen tugayın altından hareket edip sınırı geçmelerine ve bu süre içerisinde iki komanda timi bölgeyi gözetlemesine rağmen, bu hareketlilik üst birimlere hiçbir şekilde bildirilmemiştir. Dahası, Genelkurmay'ın tüm kurgusu Irak'tan Türkiye'ye sızması olası teröristlerdir. Oysa İHA'nın 7 saat kayıta olduğu, Türkiye'den Irak'a kalabalık bir grubun geçtiği çok açıktır. Yani hareketlilik Türkiye'den Irak'a gerçekleşmiştir ve bu grubun kim olduğu saatlerce incelenmemiştir. Yine aynı zaman dilimi içinde, sivil yetkililerle hiç irtibat kurulmadığı, askeri birimlerin ise birbiriyle irtibatlanmadığı ortadadır. Bir korucu köyü olan ve onlarca korucunun bulunduğu Gülyazı halkıyla, köyün kaçakçılıkla geçindiği bilinmesine rağmen hiçbir şekilde iletişime geçilmemiştir. Anlaşılmaz bir şekilde tüm olay akışı içerisinde, ortada çok sayıda delil bulunmasına rağmen vurulan grupların kaçığa giden siviller olabileceği hiç değerlendirilmemiş, hiçbir şekilde sorgulanmamıştır. Grup vurulduğu sırada da kimseye ciddi bir tehdit oluşturmamaktadır, çünkü sınır dışında ve askeri birliklere kilometrelerce uzaklıktadır. **Öte yandan, tüm bu olayların örgütlenmesi sırasında asıl bombalama emrinin kim tarafından hangi bilgiler ışığında verildiği halen bilinmemektedir.**
10. Yaşam hakkının esas bakımından ihlalinin ikinci ayağını, bombalama sonrasında yetkililerin tutumu oluşturmaktadır. **Halen, kaç kişinin bombanın patlaması anında, kaç kişinin ise olay sonrasında öldüğü**

bilinmemektedir. Ancak muhtar vekilinin aktarımına göre, en az 8 kişi saldırıdan yaralı kurtarılmasına rağmen sağlık hizmetinin sağlanmaması nedeniyle olay yerinde veya aileler tarafından taşınırken hayatını kaybetmiştir. Bu süreç boyunca, hem saldırıya uğrayanlar hem de onları kurtarmaya giden köylüler İHA'lar aracılığıyla seyredilmiştir. **Başvurucular, yakınlarını sırtlarında can çekişerek köye taşırken yaralıların kurtarılması için hiçbir girişimde bulunulmamıştır.** Bu yönüyle de Davalı Devletin Sözleşme'nin 2. maddesini esas bakımından ihlal ettiği açıktır.

Yaşam Hakkı (Usul Bakımından)

1. AİHM, birçok kararında Devlet ajanları tarafından hukuka aykırı güç kullanımı davalarında sadece tazminat alınmasını sağlayacak giderim araçlarının yeterli olmadığını, sorumluların tespitini ve cezalandırılmasını mümkün kılacak etkili bir soruşturmanın yürütülmesinin gerekli olduğunu belirtmiştir (Mocanu/Romanya, no. 10865/09, 17.9.2014, para. 227; Isayeva ve Diğerleri, para. 149).
2. Soruşturma, Türkiye'ye ilişkin bir çok vakada olduğu gibi ağırdan alınmış ve gönülsüz bir şekilde yürütülmüştür (Avşar/Türkiye, no. 25657/94, 10.7.2001, para. 405; Ağdaş/Türkiye, no. 34592/97, 27.7.2004, para. 103).
3. Soruşturmayı yürüten makamın, soruşturulanlardan bağımsız olması gerekliliği soruşturmanın etkili bir şekilde yürütülmesinin en temel şartıdır (Güleç/Türkiye, 27.7.1998, Reports 1998-IV, para. 81-82, ve Oğur/Türkiye [BD], no. 21594/93, para. 91-92, ECHR 1999-III). **Başvuru konusu olayda, son soruşturmayı askeri savcılık yürütmüştür.** Soruşturmayı yürüten makam, rütbe olarak soruşturulan generallerin astıdır. **Dahası asıl bombalama kararını alan makam hiçbir şekilde soruşturma konusu edilmemiştir ve muhtemelen daha da üst rütbeli olacaktır.** Adalet Bakanlığı AYM'e sunduğu görüşünde bunun önemli olmadığını, çünkü yargıçların bağımsızlık güvencesine sahip olduğunu belirtmiştir. Bir an için bu argüman kabul edilse bile, soruşturma makamının sadece kurumsal ve hiyerarşik değil ve fakat aynı zamanda pratik olarak da bağımsız olması gerektiği gerçeği hatırlatılmalıdır (Ağdaş/Türkiye, para. 98). AİHM, **daha önceki örneklerde de savcıların kolluk tarafından sunulan senaryoyu tartışmaksızın kabul etmesini şaşkıncı bulmuştur** (Bkz. örn. Ergi/Türkiye, 28.7.1998, Reports 1998-IV, para. 83-84).
4. Soruşturmanın en başından, **AYM'de Adalet Bakanlığının cevabına kadar bütün kurgu Genelkurmay Başkanlığı'nın yaptığı açıklama üzerine kurulmuş, başka hiçbir olasılık dikkate alınmamıştır** (Perk ve Diğerleri/Türkiye, no. 50739/99, 28.3.2006). Soruşturmaya yer olmadığına dair karara bakıldığında görüleceği gibi olayın tanıklarının ifadesine ilişkin hiçbir değerlendirme yapılmamıştır (Önen/Türkiye, no. 22876/93, 14.5.2002; Orhan/Türkiye, no. 25656/94, 18.6.2002; Tahsin Acar/Türkiye, no. 26307/95, 8.4.2004). **Hiçbir savcı olay yerine gitmemiş, oradan delil toplamamış, bu bilgilere dayanarak Genelkurmay'ın iddialarını sorgulamamıştır** (Demiray/Türkiye, no. 27308/95, 21.11.2000; İpek/Türkiye, no. 25760/94, 17.2.2004). **Kullanılan silahın gerekli ve zorunlu olup olmadığına ilişkin hiçbir inceleme yapılmamıştır.** Öyle ki, tüm kurgu Irak'tan Türkiye'ye terörist geçişini engellemek üzerine kurulmuş olmasına rağmen, Türkiye'den Irak'a geçen büyük insan ve hayvan grubunun

ne anlama geldiği hiçbir yetkiliye sorulmamıştır. Genelkurmayın alt askeri birimlerle, alt askeri birimlerin Genelkurmayla, askeri birimlerin sivil birimlerle neden irtibata geçmediği yetkililere sorulmamış, ya da konuya ilişkin çok yetersiz bilgi alınmıştır (Önen/Türkiye; Anguelova/Bulgaristan, no. 38361/97, 13.6.2002; Ahmet Özkan ve Diğerleri/Türkiye, no. 21689/93, 6.4.2004). **Dahası kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara bakıldığında bombalama kararını alan kişinin kim olduğu anlaşılamamaktadır.** Bu nedenle, olayın asıl failinin hangi ölçütlere göre böyle bir karar aldığı da sorgulanmamıştır. Nihayet olaylar bölümünde ayrıntılı açıklandığı üzere Mülkiye Müfettiş Raporunda saptanan çok sayıda tutarsızlık savcılık makamının hiçbir şekilde ilgisini çekmemiştir.

5. **Soruşturma aşamasında alınan gizlilik kararı nedeniyle, mağdurlar dosya içeriğine ve gerçek sorumlulara ilişkin bilgiye ulaşamamıştır** (Kırş. Oğur/Türkiye, no. 21594/93, 20.5.1999, para. 92). **Görüldüğü gibi soruşturma etkili bir soruşturmanın hiçbir unsurunu tamamlamamış olmasına rağmen, ulusal başvuru yollarının tüketilmesi 4 yıl 3 ay gibi uzun bir zaman almıştır.** Etkili bir soruşturmanın aynı zamanda hızlı olması gerekliliği ile bu durumun uyuşmadığı açıktır.
6. Bu gerekçelerle, başvurucu açısından Sözleşmenin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesinin usul bakımından da ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Sözleşmenin 3. Maddesi Bakımından (Kötü Muamele)

1. Bir kişinin yakının devlet ajanları tarafından öldürülmesi vakalarında, kayıp vakalarından farklı olarak çekilen ızdırap, 3. maddenin eşiğini geçmemekte ve bu nedenle AİHM tarafından da incelenmemektedir (Tanlı/Türkiye, no. 26129/95, para. 159, ECHR 2001-III; Akhmadov ve Diğerleri/Rusya, no. 21586/02, 14.11.2008, para. 125). **Bununla birlikte, Benzer/Türkiye vakasında olduğu gibi buradaki ihlal iddiası da sadece başvuranın yakınlarının devlet tarafından öldürülmesi iddiasına dayanmamaktadır.**
2. Benzer davasında, **yine bir hava bombardımanı sonrasında köylüler yakınlarının bedenlerini toplamak ve gömmek zorunda kalmıştır.** AİHM, bu durumu oğlunun vücudu parçalanmış bir şekilde teslim edilen Akkum/Türkiye davasındaki başvurusunun durumuna benzetmiştir (Akkum/Türkiye, no. 21894/93, ECHR 2005-II). AİHMe göre olay sonrasındaki yetkililerin kayıtsızlığıyla birlikte düşünüldüğünde, bu muamele 3. maddede düzenlenen insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele düzeyine gelmiştir (Benzer, para. 209-212).
3. Başvuru konusu olayda yaratılan mağduriyet, Benzer ve Akkum davalarından çok daha ağırdır. **TSK'ya ait uçaklar dört ayrı bombayla onlarca kişinin ölümüne neden olmuştur ve ölenlerin yarısı çocuk yaşta bireylerdir.** Anne ve babalar çok küçük çocuklarını paramparça veya can çekişirken görmüştür. Ancak vurulan kişilerin bir kısmı, olay yerinde anında ölmüş, bir kısmı yardım gelmediği için olay yerinde ölmüş, bir kısmı ise aileleri tarafından sırtta, katır üstünde veya traktörlerle taşınırken hayatını kaybetmiştir. **Dondurucu kış şartlarında gerçekleşen saldırı sonrasında, saatlerce başvuruçuların çabası izlenmesine rağmen hiçbir destek gönderilmemiştir.** Başvuruçular, birinci derece yakınları olan maktulleri

taşların, kayaların altından çıkarmış, onlar can çekişirken sırtlarında saatlerce taşımıştır.

4. Tüm bu korkunç duruma rağmen, ailelerin tüm çabalarına rağmen asli sorumluların kim olduğu bile halen belirsizdir. Bu koşullar altında, başvuruçunun Sözleşmenin 3. maddesinde korunan insanlık dışı ve onur kırıcı muamele görmeme hakkının ihlal edildiğine de şüphe yoktur.

46. Maddenin Uygulanması

1. AİHM, kararlarının esas itibarıyla tespit edici nitelikte olduğunu ve genelde, AİHS'nin 46. maddesi kapsamındaki yükümlülüğünü ifa etmek için iç hukukunda kullanacağı araçları seçmenin, Bakanlar Komitesi'nin denetimine tabi olmak koşuluyla, öncelikle ilgili Devlet'e ait olduğunu belirtmektedir.
2. Ancak, istisnai olarak, savunmacı Devlet'in 46. madde çerçevesindeki yükümlülüklerini yerine getirmesine yardımcı olmak amacıyla, **AİHM, varlığını tespit ettiği sistemik bir duruma son vermek için alınabilecek tedbir türünü belirtmeye çalışmaktadır.** Mahkeme, böyle durumlarda, çeşitli seçenekler önerebilir ve tedbirin seçimini ve uygulanmasını ilgili Devlet'in takdirine bırakır (bkz. Broniowski / Polonya [BD], no. 31443/96, § 194, AİHM 2004-V).
3. Diğer bazı istisnai durumlarda, tespit edilen ihlal, ihlali gidermek için alınması gereken tedbirlerle ilgili olarak seçenek bırakmayacak özellik sergileyebilir ve AİHM, sadece bir tedbir belirtmeye karar verebilir (Assanidze/Gürcistan [BD], no. 71503/01, ECHR 2004-II para. 202).
4. İşbu dava, ihlalin tespit edilmesi yanında ihlali gidermek için **tek bir yolun mevcut olduğu tipe girmektedir.** Bu kapsamda olmak üzere, AİHM taraf devletle Benzer ve Nihayet Arıcı davasında olduğu gibi **etkili bir soruşturma başlatması ve yürütmesini ve fakat buna ek olarak başvuruçulara verdiği zararlardan dolayı açık ve kamusal bir özür bildiriminde bulunmasını Bakanlar Komitesinin gözetiminde yerine getirilmek üzere önermelidir.**