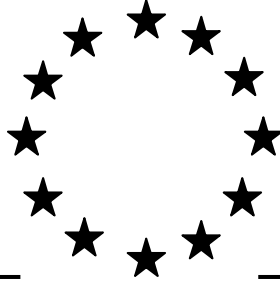


**CONSEIL DE
L'EUROPE**



**AVRUPA
KONSEYİ**

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ DAİRE

TOĞCU - TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru no: 27601/95)

KARAR

STRAZBURG

31 Mayıs 2005

Bu karar, AİHS'nin 44 § 2 Maddesi'nde belirtilen şartlarla kesinlik kazanacaktır, ancak şekle ilişkin değişiklik yapılabilir.

Toğcu -Türkiye Davasında,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi,
Sn. J. P. COSTA, *Başkan*,
Sn. A. B. BAKA,
Sn. K. JUNKWIERT,
Sn. M. UGREKHELIDZE,
Sn. A. MULARONI,
Sn. E. FURA-SANDSTRÖM, *yargıçlar*,
Sn. F. GÖLCÜKLÜ, *ad hoc yargıç*,

ile *Bölüm Sekreteri* Sn. S. DOLLÉ'in katılımı ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Heyeti olarak toplanmış, 10 Mayıs 2005 tarihinde yapılan özel görüşmeler sonucunda, bu tarihte benimsenmiş olan aşağıdaki karara varmıştır:

© T.C. Dışişleri Bakanlığı, 2005. Bu gayriresmi özet çeviri Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı tarafından yapılmış olup, Mahkeme'yi bağlamamaktadır. Bu çeviri, davanın adının tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ile Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı'na atıfta bulunmak suretiyle ticari olmayan amaçlarla alıntılanabilir.

USULİ İŞLEMLER

1. Davanın nedeni, Türk vatandaşı olan Hüseyin Toğcu'nun ("başvuran"), İnsan Haklarını ve Temel Hakları Korumaya Dair Sözleşme'nin ("Sözleşme") eski 25. Maddesi uyarınca, 25 Mayıs 1995 tarihinde, Türkiye Cumhuriyeti aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yaptığı başvurdur (başvuru no: 27601/95).

2. Kendisine adli yardım sağlanmış olan başvuran, Londra'da görev yapmakta olan avukat Dr. Anke Stock tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti ("Hükümet"), AİHS işlemleri için ajan tayin etmemiştir.

3. Başvuran, oğlu Ender Toğcu'nun 29 Kasım 1994 tarihinde, Diyarbakır'daki güvenlik güçleri tarafından gözaltına alındığını ve o tarihten beri kendisinden haber alınmadığını iddia etmiştir. Başvuran, AİHS'nin 2, 3, 5, 13, 14 ve 18. maddelerine atıfta bulunmuştur.

4. Başvuru, AİHS'nin 11 No.lu Protokolünün yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Kasım 1998'de AİHM'ye gönderilmiştir (11 No.lu Protokolün 5 § 2 maddesi).

5. Başvuru, AİHM'nin İkinci Dairesine verilmiştir (İçtüzüğün 52 § 1 maddesi). Bu Daire içerisinde, davaya bakacak olan Heyet (AİHS'nin 27 § 1 maddesi), İçtüzüğün 26 § 1 maddesine göre oluşturulmuştur. Türkiye adına seçilmiş olan yargıç Rıza Türmen, davadan çekilmiştir (İçtüzüğün 28. maddesi). Bunun üzerine Hükümet, Profesör Feyyaz Gölcüklü'yü *ad hoc* yargıç olarak atamıştır (AİHS'nin 27 § 2 maddesi ile İçtüzüğün 29 § 1 maddesi).

6. 14 Eylül 1999 tarihinde vermiş olduğu kararla, AİHM davayı kabuledilebilir bulmuştur.

7. Başvuran ve Hükümet, esaslarla ilgili görüşlerini bildirmişlerdir (İçtüzüğün 59 § 1 maddesi). Taraflara danıştıktan sonra Heyet'in esaslarla ilgili bir duruşmanın gerekmediğine karar vermesinin ardından (İçtüzüğün 59 § 3 maddesi *in fine*), taraflar son yazılı görüşlerini sunmaya davet edilmişlerdir (başvuran bu imkandan yararlanmıştı). Taraflar, dostane çözüm olasılığını göz önünde bulundurmuş, ancak bir çözüme ulaşılmamıştır.

8. 9 Ekim 2001 tarihli bir mektupla, Hükümet AİHM'den davayı listesinden çıkartmasını istemiş ve metni başvuranın bahsettiği sorunları çözme görüşüne dayanan bir açıklamayla bitirmiştir. Başvuran, Hükümet'in isteğiyle ilgili yazılı görüşlerini 17 Aralık 2001'de bildirmiş ve AİHM'den bu isteği reddetmesini istemiştir.

9. 12 Mart 2002'de Heyet, başvuranın Heyet'ten Büyük Daire lehinde yargı yetkisini bırakma isteğini reddetmiştir (İçtüzüğün 72 § 1 maddesi).

10. 9 Nisan 2002'de AİHM, Hükümet'in yapmış olduğu açıklamanın ışığında, başvurunun incelenmesine devam etmenin artık haklı olmadığını göz önüne almış ve AİHS'nin 37 § 1 (c) maddesine uygun olarak, başvuruyu listesinden çıkartmaya karar vermiştir (bkz *Toğcu / Türkiye* (mahkeme emriyle çıkarma), no. 27601/95, 9 Nisan 2002).

11. 8 Temmuz 2002'de, başvuran AİHM'den başvuruyu dava listesine yeniden eklemesini ya da, alternatif olarak, davayı Büyük Daire'ye göndermesini istemiştir.

12. 21 Mayıs 2003'te Büyük Daire Heyeti ("heyet"), *Tahsin Acar / Türkiye* davasında ((ilk itiraz) [GC], no. 26307/95, ECHR 2003-VI) Büyük Daire'nin vermiş olduğu karar ışığında ve AİHS'nin 37 § 2 maddesi uyarınca, başvurunun AİHM'nin dava listesine yeniden eklenip eklenmeyeceği konusunda karar vermesi için, davayı İkinci Daire'ye geri göndermeye karar vermiştir.

13. 1 Kasım 2004'te, AİHM dairelerinin içeriğini değiştirmiştir (İçtüzüğün 25 § 1 maddesi). Bu dava, yeni oluşturulan İkinci Daire'ye verilmiştir (İçtüzüğün 52 § 1 maddesi).

14. 1 Mart 2005'te, AİHM'nin İkinci Dairesi, AİHS'nin 37 § 2 maddesi uyarınca, AİHM'nin dava listesini eski haline getirmeye karar vermiştir.

OLAYLAR

I. DAVA OLAYLARI

15. Kürt kökenli bir Türk vatandaşı olan başvuran, 1944 doğumlu olup Türkiye'nin güneydoğusunda, Diyarbakır ilinin idari kaza bölgesi içinde bulunan Silvan'da yaşamaktadır.

A. Giriş

16. Özellikle 21 Nisan 1992 ve 30 Haziran 1992 tarihlerinde ya da bu civarlarda gerçekleşen olaylarla ilgili olan dava olayları, taraflar arasında tartışılmıştır.

17. Başvuranın anlattığı şekliyle olaylar, aşağıdaki B Bölümünde yer almaktadır (18-32. paragraflar). Hükümet'in olaylarla ilgili ifadeleri aşağıdaki C Bölümünde özetlenmiştir (33-36. paragraflar). Hükümet ve başvuran tarafından sunulan yazılı deliller, sırasıyla D (37-61. paragraflar) ve E (62-67. paragraflar) Bölümlerinde özetlenmiştir.

B. Başvuranın olaylarla ilgili ifadeleri

18. Başvuranın oğlu Ender Toğcu¹, Diyarbakır'daki Sento Otel'in ve Arzu Club'ın yöneticisiydi. Kürdistan İşçi Partisi (PKK) ya da diğer benzer örgütlerle hiçbir ilişkisi yoktu.

19. Belirsiz bir tarihte, Ender'in anne tarafından kuzeni Mehmet Kartal, cezai bir dava nedeniyle gözaltına alınmış ve Ender'in fotoğrafı üzerinde bulununca, Mehmet Kartal iddia olunan suçtu beraber işledikleri yönünde bir açıklama yapmıştır. Daha sonra kuzeni, ceza almadan serbest bırakılmıştır.

20. Başvuran, Komisyon'a sunduğu başvuru formunda, 29 Kasım 1994'te Ender Toğcu'nun eşi Güler'in doğum yapmak için Diyarbakır Hastanesi'nde olduğunu belirtmiştir. Başvuranın eşi onunla birlikteydi. Saat 15:00 civarında, Ender Toğcu hastaneye gitmek için ağabeyi Ali Toğcu'dan ayrılmıştır. Ancak, Ender hastaneye gitmemiş ve o günden beri bir daha görülmemiştir.

¹ Yerel makamların hazırladığı bazı belgelerde ve tarafların görüşlerinde, "Ender Toğcu" zaman zaman "Önder Toğcu" olarak yer almıştır. Tutarlılık için, bu karar boyunca "Ender Toğcu" ismi kullanılacaktır.

21. AİHM'nin doğum tarihini gösteren hastane kayıtlarının detayları ile ilgili sorusuna cevap olarak başvuran, Ender'in kaybolduğu gün hastanede doğum yapan kadının Ender'in eşi değil, ağabeyi Ali'nin eşi olduğu düzeltilmesini yaparak 31 Ocak 2000'de cevap yazmıştır. O gün, Ender Ali'nin eşini ziyaret etmek için hastaneye gitmek üzere evden ayrılmadan önce, Ender ile Ali evlerinin yanındaki restoranda birlikte akşam yemeği yemiştirlerdir. Başvuran, hastane kayıtlarına ulaşır onları AİHM'ye göndereceğini söylediği halde göndermemiştir.

22. Başvuran, 16 Ekim 2001 tarihli dilekçesinde, kaybolduğu gün oğlu Ender'in, hamile olan ve rahatsız olduğu için hastanenin doğumhanesine alınan eşi Güler'le birlikte olduğunu ifade etmiştir. Ender bir daha hastaneden geri görmemiştir. Başvuran ayrıca, Ender'in 12 Mart 1993 doğumlu bir çocuğunun olduğunu AİHM'ye bildirmiştir.

23. 29 Kasım 1994'te saat 22:30 civarlarında, yedi ya da sekiz sivil polis başvuranın Diyarbakır'daki evine gelmiş ve başvuranla küçük oğlunu dövmüşlerdir. Polisler Ender'in nerede olduğunu sormuşlardır. Başvuran, bunun doğru olmadığını bildiği halde, Ender'in üç gün önce Kayseri'ye gitmek için ayrıldığını söylemiştir. Daha sonra polisler, oğlunun polisin elinde olduğunu ve üç gün içinde cesedini teslim edeceklerini söylemişlerdir.

24. Polisler Ali Toğcu'nun evine doğru yola çıkmışlar ve geceyarısı gibi oraya varmışlardır. Burada arama yapmışlar, ancak birşey bulamamışlardır. Ali, polis memurlarına kardeşi Ender'i o gün saat 15:00'ten beri görmediğini söylemiştir. Polisler Ali'yi başvuranın evine götürmüş ve orada başvurana evinde ateşli bir silah olduğunu söylemişler ve onu teslim etmesini emretmişlerdir. Hem başvuran hem de Ali silah olduğunu inkar etmişlerdir. Telsizle bir görüşme yaptıktan sonra, polisler başvuranla Ali'ye, silahın başvuranın evinin odunluğunda olduğunu söylemişlerdir. Polisler, başvuranın eşine, Ender'in silahı nereye sakladığını kendilerine söylediğini anlatmışlardır. Daha sonra polisler odunluktaki silahı bulmuşlar ve oradan ayrılmışlardır.

25. 30 Kasım 1994'te Ali, Diyarbakır'daki bir kahvehanede polisler tarafından yakalanmış ve Emniyet Müdürlüğü'ne götürülmüştür. Ali daha sonra Suçüstü Bürosunun² resmi gözaltı merkezine götürülmüştür. Burada dört gün kalmış ve kaldığı süre içinde sorgulanmış ve işkence görmüştür. Ender'in nerede olduğu konusunda sorgulanmıştır. Kardeşinin nerede olduğunu bilmediğini polislere söylediği zaman, kendisine Ender'in yakalandığı ve üzerinde telsiz telefon ve batarya fiyatlarının bir listesinin bulunduğu söylenmiştir. Ayrıca, Ali'ye Ender'in tüfeğinin nerede olduğu sorulmuştur. Polislerin Ali'ye kardeşi Ender'in "dağa gittiğini" söylemiş olmalarına rağmen, Ali bu sorgulama sırasında Ender'in çığlıklarını duyabiliyordu. Dört beş saat boyunca sorgulayıp işkence ettikten sonra, polisler Ali'nin öldüğünü sanarak Ali'yi Diyarbakır'a yaklaşık 50 kilometre uzaklıkta olan Ergani'deki bir çöplüğe bırakmışlardır.

26. Serbest bırakıldıktan sonra Ali Toğcu, Çarşı Polis Karakolu'nda Ender hakkında soruşturma yapmış ve burada kendisine, kardeşinin polisin elinde olduğu ve sorgulamadan sonra serbest bırakılacağı söylenmiştir.

27. Belirsiz bir tarihte, Ali Toğcu yanında kardeşinin bir fotoğrafını, kardeşinin kimliğinin bir fotokopisini ve başvuranın ev telefon numarasını götürerek, Cinayet Şubesi başkomiserine daha ayrıntılı sorular sormuştur. Bu araştırmalar dan hiçbir sonuç çıkmamıştır.

² Bu gözaltı tesisi, başvuranın görüşlerinde "Jail Forces" olarak geçmektedir, aslında bunlar, Çevik Kuvvet'in gözaltı tesisleridir.

28. Belirsiz bir tarihte, başvuran ve Ali Toğcu yakalanmış ve altı gün boyunca alıkonmuşlardır. Polis, başvuranı ve Ali Toğcu'yu, dağda olduğunu iddia ettikleri Ender'e yardım etmekle ve onunla görüşmekle suçluyorlardı. Başvuranla Ali Toğcu, altı gün sonra, mahkeme önüne çıkarılmadan serbest bırakılmışlardır.

29. Başka bir zaman, polis memurları Ali Toğcu'ya yaklaşmışlar ve Ender'in öldürülmemesi karşılığında kendisinden para istemişlerdir. Polislerden biri, Ali'den üçüncü bir kişiye bir milyar Türk Lirası vermesini istemiştir. Bunun karşılığında, Ender serbest bırakılacaktı.

30. Başvuran ve ailesi, Olağanüstü Hal Valisi'ne, il valisine ve diğer makamlara birçok dilekçe vermişlerdir. Bu dilekçelerin hiçbiri kabul edilmemiştir. 6 Nisan 1995'te, başvuranın eşi, Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi (bundan sonra "Diyarbakır Mahkemesi") Cumhuriyet Savcılığı'na bir dilekçe yazmıştır. 7 Nisan 1995'te makamlar, başvuranın eşine kayıtlarında Ender Toğcu'nun isminin olmadığını bildirmişlerdir.

31. Savcı, ilk kez 19 Temmuz 1996'da başvuranı dinlemiştir. 6 Kasım 1996'da, Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı, kaybolmayla ilgili olarak kimseyi kovuşturamama kararı almıştır (*Takipsizlik Kararı*).

32. Soruşturma, 1999 Ekiminde tekrar açılmıştır. Başvuran, Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı'na ikinci bir ifade vermiş ve ilk kez başvuranla Ender'in eşlerinin ifadeleri alınmıştır. Başvuranla eşi hiç Türkçe konuşmadıkları için, ifadeleri alınırken torunları Mehmet de yanlarındaydı. Mehmet'e göre, mahkemenin resmi çevirmeni, başvuranla eşinin verdiği ifadeleri çarpıtmıştır. Örneğin, başvuran eve gelen polisleri tanıyabileceğini söylediği halde, çevirmen bunu "Oğlumu götüren kişileri tanımıyorum" diye çevirmiştir. Buna itiraz edince, Mehmet Savcılıktan çıkartılmış ve yazılan ifadeleri okumasına izin verilmemiştir.

C. Hükümet'in olaylarla ilgili ifadeleri

33. 29 Kasım 1994'te Diyarbakır Jandarma Komutanı'nın Diyarbakır Emniyet Müdürlüğü'nden talep etmesinin üzerine, 30 Kasım 1994'te 00:30 civarında, başvuranla oğlu Ali Toğcu'nun evleri aranmıştır. Aramanın amacı, PKK ile ilişkisi olduğundan şüphelenilen Ender Toğcu'yu bulmaktır. Aramayı yapan polisler, Ender Toğcu'yu bulamamışlardır. Ancak, başvuranın evinde ateşli bir silahla, mermilerle birlikte bir şarjör bulunmuştur. Başvuran, bunun yeğeni Mehmet Kartal'a ait olduğunu söyleyince, polisler silahı almış ve kimseyi alıkoymadan başvuranın evinden ayrılmışlardır.

34. Ne Ali ne de Ender Toğcu, 29 ya da 30 Kasım 1994'te gözaltına alınmamıştır. Ancak, başvuranla Ali bir terör örgütüyle ilişkileri olduğu şüphesiyle 4 Temmuz 1995'te alıkonmuş ve yetersiz delil nedeniyle 8 Temmuz 1995'te serbest bırakılmışlardır. Ali Toğcu, 7 Ağustos 1997'de polis tarafından yeniden tutuklanmış ve ifade verdikten sonra, 8 Ağustos 1997'de serbest bırakılmıştır.

35. Başvuranın eşi, Diyarbakır Mahkemesi Savcılığı'na bir dilekçe vermiştir. Başka hiçbir Savcıya dilekçe verilmemiştir. Ender Toğcu'nun kaybolmasıyla ilgili olarak Diyarbakır Savcısı tarafından bir soruşturma başlatılmıştır. Diyarbakır Savcısı, soruşturma sırasında Diyarbakır ve ilçelerindeki gözaltı tesislerinin gözaltı kayıtlarını kontrol etmiştir. Ender

Toğcu'nun kaybolmasına bir Devlet ajanın karışmış olabileceğini gösteren hiçbir kanıt olmadığı için, Savcı 6 Kasım 1996'da kimseyi kovuşturamama kararı almıştır.

36. Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı, daha sonra ikinci bir soruşturma başlatmıştır. Bu soruşturma sırasında, başvuranın, eşinin ve aynı zamanda Ender'in eşinin ifadeleri alınmıştır. Savcı ayrıca, 29 Kasım 1994'te başvuranın evini arayan polis memurlarının da ifadelerini almak istemiştir. Bu ikinci soruşturma devam etmekteydi.

D. Hükümet'in sunduğu yazılı deliller

37. Aşağıdaki bilgiler, Hükümet'in sunduğu belgelerden alınmıştır.

38. 29 Kasım'da, Diyarbakır Jandarma Komutanlığı'nın (bundan sonra "Jandarma Komutanlığı") komutan yardımcısı, Diyarbakır Emniyet Amirliği'nden Jandarma Komutanlığı'ndaki personele "Diyarbakır'da PKK'ya yardım ve yataklık eden kişileri" yakalaması için yardım etmesini istemiştir.

39. Bir "ev araması ve el koyma" raporuna göre, yukarıda bahsedilen istekle hareket eden bir grup polis ve jandarma, 30 Kasım 1994'ün erken saatlerinde başvuranın Diyarbakır'daki evine gitmişlerdir. Başvuranın tutuklamak istedikleri oğlu Ender Toğcu'yu aramaktaydılar. Ancak, Ender evde değildi. Evde yapılan arama sırasında, tavan arasında mermileriyle birlikte 7.45 milimetre çapında bir tabanca bulunmuş ve polis memurları bu tabancaya el koymuştur. Başvuran, polisler tabancanın yeğeni Mehmet Kartal'a ait olduğunu söylemiştir.

40. Aynı polis memurlarının hazırladığı ve imzaladığı bir başka rapordan, başvuranın evini aradıktan sonra polislerin Sabahat Toğcu'nun evine gittikleri ve Ender'i orada da bulamadıkları anlaşılmaktadır.

41. Hükümet'e göre Diyarbakır Çarşı Karakolu'ndan ve Diyarbakır Emniyet Amirliği'nin Terörle Mücadele Şubesi'nden alınan gözaltı kayıtları, ne Ender'in, ne Ali'nin ne de Hüseyin'in (başvuran) 28, 29 ya da 30 Kasım 1994 tarihlerinde gözaltına alınmadıklarını göstermiştir.

42. Diyarbakır ve civarındaki bazı polis ve jandarma karakollarından alınan gözaltı kayıtlarının kopyalarına göre, Kasım 1994'te Toğcu ailesinin hiçbir üyesi yakalanıp gözaltına alınmamıştır.

43. Silvan Merkez Jandarma Karakolu'nun gözaltı kayıtlarından, başvuranın yeğeni Mehmet Kartal'ın 22 Kasım 1994'te tutuklandığı ve ertesi gün serbest bırakıldığı anlaşılmaktadır (bkz. 19. paragraf). Mehmet Kartal, 8 Aralık 1994'te yeniden tutuklanmış ve 21 Aralık 1994'te Diyarbakır Mahkemesi tarafından gözaltına geri gönderilmesi için bir emir çıkartılmıştır.

44. 4 Temmuz 1995'te başvuran ve oğlu Ali Toğcu, bir grup polis memuru tarafından evlerinde tutuklanmışlardır. Yasadışı bir örgütle aralarında bağlantı bulamadıkları için, Savcı'nın 8 Temmuz 1995'te verdiği emirlerle serbest bırakılmışlardır.

45. 1 Şubat 1996'da Diyarbakır Emniyet Amirliği Terörle Mücadele Şubesi'nin müdürü Ramazan Sürücü, Diyarbakır Emniyet Amirliği'nden 30 Ocak 1996'da kendisine

gönderilen mektuba cevap yollamıştır. Sürücü mektubunda, şubesi tarafından 24 Ocak 1996'da gönderilen bir başka mektuba atıfta bulunmuştur. Ender Toğcu'nun 29 Ekim 1994'te Terörle Mücadele Şubesi'nde alıkonmadığını Emniyet Amirliği'ne bildirmiştir. Hüseyin Toğcu ile Ali Toğcu 4 Temmuz 1995'te alıkonmuş ve 8 Temmuz 1995'te serbest bırakılmışlardır.

46. 8 Şubat 1996'da Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün (bundan sonra "Müdürlük") 22 Ocak 1996'da kendisine yolladığı mektubu yanıtlamış ve Müdürlüğe Hüseyin ile Ali Toğcu'nun 4 Temmuz 1995'te alıkonduklarını ve 8 Temmuz 1995'te serbest bırakıldıklarını bildirmiştir.

47. 25 Haziran 1996'da Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı, Diyarbakır Mahkemesi Savcısına başvuranın Ender Toğcu ile ilgili iddialarına ilişkin bir soruşturmanın yapılmakta olup olmadığını sormuştur.

48. 27 Haziran 1996'da Diyarbakır Mahkemesi Savcısı, Diyarbakır Cumhuriyet Savcısına Ender Toğcu'nun adının Diyarbakır Mahkemesi kayıtlarında olmadığı cevabını vermiştir.

49. 19 Temmuz 1996'da Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı, başvuranın ifadesini almıştır. Başvuran, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurduğunu kabul etmiş ve İnsan Hakları Derneği'nde vermiş olduğu ifadenin doğruluğunu onaylamıştır (bkz. 63. paragraf). Başvuran, 29 Kasım 1994'te kendisi ve oğulları Ender ile Ali'nin, Emniyet Amirliği Terörle Mücadele Şubesi'nden sivil polisler tarafından evinin dışında yakalandıklarını yinelemiştir. Yakalanmadan önce, Ender eşinin doğum yapmakta olduğu hastaneden yeni dönmüştür. Ender, PKK ile ilişkisi olduğu şüphesiyle yakalanmıştır. Ender'i yakalayan polis memurları, başvurana üç gün içinde gidip Ender'in cesedini Fiskaya'dan almasını söylemişlerdir.

50. Başvuran ayrıca, serbest bırakılmadan önce bir hafta boyunca gözaltında tutulduğunu söylemiştir. Ali iki kez alıkonmuştur; ilkinde bir hafta, ikincisinde ise üç gün alıkonmuştur. Silah, evini aramaya gelen polis memurlarına teslim edilmiştir. 29 Kasım 1994'te alıkonmasından beri Ender'den hiçbir haber alınamamıştır. Başvuranın Diyarbakır Mahkemesi Savcılığı ve Polis'in Terörle Mücadele Şubesi'nde oğluna ne olduğuyla ilgili bilgi almak için araştırma yapması bir sonuç vermemiştir. Başvuran, Savcıya Polis'in Terörle Mücadele Şubesi üyeleri aleyhinde suç duyurusunda bulunmak istediğini söylemiştir.

51. 2 Eylül 1996 tarihinde bir Cumhuriyet Savcısı (no. 34973), 26 Ağustos 1996 tarihinde Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı tarafından gönderilen bir mektuba cevap yollamıştır. Gönderdiği mektuba, 1996/4211 no.lu soruşturma dosyasında bulunan dokümanların nüshalarını da eklemiştir.

52. 6 Kasım 1996 tarihinde Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı, başvuranın oğlunun gözaltına alınmasına ilişkin iddiaları ile ilgili olarak kimse hakkında cezai takibat başlatmamaya karar vermiştir. Cumhuriyet Savcısı sözkonusu kararında, kendisine 16 Ekim 1996 tarihinde Terörle Mücadele Şubesi tarafından gönderilen ve içerisinde, sözkonusu karara göre, Şube'nin Ender Toğcu'yu gözaltına almayı reddettiğinden bahsedilen bir mektupla ilgili karara dayanmaktadır.

53. Ali Toğcu, bir kez daha 7 Ağustos 1997 tarihinde evinde yakalanmıştır.

54. 14 Ekim 1999 tarihinde Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı, Diyarbakır Polis Karakolu'na ve Jandarma Komutanlığı'na, Savcılığa 29 Kasım 1994 tarihli gözaltı kayıtlarını göndermelerini istediği mektuplar göndermiştir. Ayrıca, Ender'i aramaları hususunda talimat vermiştir.

55. 20 Ekim 1999 tarihinde Jandarma Komutanlığı, Savcı'ya Ender'in kendileri tarafından gözaltına alınmamış olduğunu bildirmiştir. İçerisinde Ender'in isminin geçmediği gözaltı kayıtlarının nüshaları, sözkonusu mektupla birlikte Cumhuriyet Savcısı'na gönderilmiştir.

56. 1 Kasım 1999 tarihinde Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı, başvuranın ifadesini almıştır. Başvuran, oğlu Ender'in kaybolmadan önce kendisi ile yaşamakta olduğunu belirtmiştir. 29 Kasım 1994 akşamı, yedi ya da sekiz sivil polis başvuranın evine gelmiş ve ellerinde bulunan Ender'in, evde ateşli silah olduğunu belirttiğini söylemişlerdir. Başvuran, ateşli silahla ilgili hiçbir şey bilmediği yönünde cevap vermiştir. Bunun üzerine polisler, evin tavan arasında silahı bulmuşlar ve evi terketmişlerdir. Başvuran, o günden sonra Ender'den haber alamamıştır. Diğer oğlu Ali yakalanmış, Ender'in ortadan kaybolması ardından 3 ila 4 gün gözaltında tutulmuş ve gözaltında tutulduğu sırada kötü muameleye maruz bırakılmıştır. Ali başvurana, gözaltında tutulduğu sırada bir kişinin çığlıklarını duymuş olduğunu belirtmiştir. Bu çığlıkların, kardeşi Ender'in çığlıkları olduğunu düşünmüştür. Ender'in ortadan kaybolmasından iki ay sonra, başvuran ve Ali bir kez daha yakalanmışlar ve gözaltına alınmışlardır. Bu seferki gözaltı altı gün sürmüştür ve sözkonusu altı gün süresince, polis memurları hakkında şikayette buldukları dilekçelerine dair sorgulanmışlardır.

57. Başvuran ayrıca, oğlu Ender'in PKK ile hiçbir ilgisi olmadığını belirtmiştir. Hiç kimse kendisine, oğlunun cesedini gidip Fiskaya'da bulmasını söylememiştir (bkz. yukarıda kaydedilmiş olan paragraf 49). Son olarak başvuran, Cumhuriyet Savcısı'ndan oğlunu bulmasını istemiştir.

58. Ayrıca 1 Kasım 1998 tarihinde Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı, Ender Toğcu'nun eşi Güler Toğcu'nun ifadesini almıştır. Güler Toğcu, hamile olduğu sırada 29 Kasım 1994 tarihinde kötüleştiğini ve eşi Ender'in kendisini hastaneye götürdüğünü belirtmiştir. Bunun üzerine öğleden sonra eve dönmüşler ve Ender'in 15.00 civarında kahvehaneye gitmiştir. Ender normal olarak eve 23.00'da veya gece yarısı dönmektedir. 29 Kasım 1994 tarihinde geceyarısı, yedi veya sekiz sivil polis, evlerine gelmiş ve kendisine, kayınbabasına ve başvurana evde ateşli silah olup olmadığını sormuşlardır. Güler, eşinin bir silahı olduğunu bilmektedir, fakat nerde sakladığını bilmemektedir. Polis memurları, silahı tavan arasında bulmuşlardır. Güler, silahın orda olduğunu bilmemektedir ve Ender kendilerine silahın nerde saklı olduğunu söylememiş olsa, polis memurlarının silahı bulması mümkün olmayacaktır. O tarihten sonra Güler, Ender'den haber alamamıştır.

59. Son olarak, 1 Kasım 1999 tarihinde Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı, başvuranın eşi Soliye Toğcu'yu sorgulamıştır. Soliye, 29 Kasım 1994 tarihinde gelini Güler ile hastaneye gitmiş olduklarını belirtmiştir. Oğlu Ender de bir süre hastanede kalmıştır fakat kendisi eve döndüğünde Ender'in de evde olduğunu görmüştür. Ender, işletmekte olduğu kahvehaneye gitmek için evi 15.00'da terketmiştir ve geri dönmemiştir. Aynı gün geceyarısı, yedi veya sekiz sivil polis, evlerine gelmiş ve evde ateşli silah olup olmadığını sormuşlardır. Polisler, silahı bulmuş ve evi terketmişlerdir. Bunun üzerine Soliye, Cumhuriyet Savcısı'na oğlunun ortadan kaybolmasına ilişkin bir dilekçe sunmuş fakat oğlu hakkında bir haber alamamıştır.

60. 30 Kasım 1999 tarihinde Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı, Diyarbakır Polis Karakolu'na ve Jandarma Komutanlığı'na 14 Ekim 1999 tarihli isteğini hatırlatmış (bkz. yukarıda kaydedilmiş olan paragraf 54) ve Savcılığa, gözaltı kayıtlarının nüshalarını sunmaları ve Ender'i aramaları hususunda talimat vermiştir.

61. Ayrıca 30 Kasım 1999 tarihinde Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı, Terörle Mücadele Şubesi'ne bir mektup göndermiş ve 30 Kasım 1994 tarihinde başvuranın evine giden polis memurlarını (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 39) Savcılığa çağırmıştır. Ayrıca, başvuranın evinde bulunmuş olan ateşli silahla ilgili herhangi bir işlem yapılıp yapılmadığını da sormuştur. Cumhuriyet Savcısı son olarak, Ender, Ali ve başvuranın 30 Kasım 1994 tarihinde gözaltına alınıp alınmadıklarını sormuştur. Gözaltı kayıtlarının nüshalarının, Savcılığa gönderilmesini istemiştir.

E. Başvuran tarafından sunulan yazılı ifade

62. 6 Nisan 1995 tarihinde başvuranın eşi, Diyarbakır Mahkemesi Cumhuriyet Savcılığı'na bir dilekçe sunmuştur (bkz. yukarıda kaydedilen paragraflar 30 ve 35). Cumhuriyet Savcısı'na oğlu Ender Toğcu'nun 29 Kasım 1994 tarihinde Diyarbakır'daki güvenlik güçleri mensuplarınca gözaltına alınmış olduğunu belirtmiştir. 29 Kasım 1994 akşamı evini basan sivil polisler kendisine, oğlunun ellerinde olduğunu söylemişlerdir. O tarihten sonra oğlundan haber alamamıştır. Cumhuriyet Savcısı'ndan kendisine oğlu ile ilgili bilgi vermesini istemiştir. Sözkonusu dilekçede bulunan el yazısı bir notta "oğlunun ismine, kayıtların incelenmesi sırasında rastlanmadığı" belirtilmiştir.

63. 10 Nisan 1995 tarihinde başvuran, "İnsan Hakları Projesi" ne hitaben yazılı ifade vermiştir. 29 Kasım 1994 tarihinde 15.00 sularında oğlu Ender'in erkek kardeşi Ali'den, Ender'in eşinin doğum yapmakta olduğu hastaneye gitmek üzere ayrılmış olduğunu belirtmiştir. Başvuranın, gelinine bakmak için hastanede kalan eşi, başvurana oğulları Ender'in hastaneye hiç gelmediğini söylemiştir. Ertesi gün Ali, Çarşı Polis Karakolu'ndan gelen polis memurları tarafından yakalanmıştır ve üç gün boyunca sorguya çekilmiştir. Üçüncü gün, Ergani Yolu'nda serbest bırakılmıştır.

64. 31 Ocak 2000 tarihinde AİHM'ye gönderilen bir mektupta, başvuranın oğlu Ali Toğcu 30 Kasım 1994 tarihinde polis memurları tarafından yakalandığını ve Emniyet Müdürlüğü'ne, orada da Çevik Kuvvet'e götürüldüğünü belirtmiştir. Çevik Kuvvet'teyken Ali, kardeşi Ender hakkında sorguya çekilmiş ve polis memurları kendisine, Ender'in PKK'ya katılmak üzere dağlara gittiğini söylemiştir. Gözaltında bulunduğu sırada Ali, kardeşi Ender'in çığlıklarını duymuştur. Ali şiddetli bir işkenceye maruz bırakılmış ve öldüğüne inanılarak polis memurları tarafından Ergani yakınlarındaki bir çöplüğe bırakılmıştır. Sözkonusu olayı takiben, toplam beş kez gözaltına alınmış ve her birinde, polis memurlarının PKK'ya katıldığını iddia ettikleri kardeşi Ender'le buluşmakla suçlanmıştır.

65. Başvuran AİHM'ye 14 Eylül 2001 tarihinde dikte ettirmiş olduğu bir mektup göndermiştir. Bu mektupta, oğlu Ender'in kaçırılmasına şahit olan kimsenin bulunmadığını belirtmiştir. Ender'in çalıştığı yerde bulunan hiçkimse, yakalandığına şahit olmamıştır. Kendisi de şahit olmamıştır. Bir yaz günü oğlu Ali ile birlikte yakalanmış ve altı gün boyunca gözaltında tutulmuştur. Kendisine neden polis memurlarından şikayetçi olduğu sorulmuş ve oğlunun polis memurları tarafından gözaltına alındığı ve be nedenle, Cumhuriyet Savcısı'na ve İnsan Hakları Derneği'ne başvurduğu cevabını vermiştir. Daha sonra polis memurları başvurana oğlunun ellerinde olmadığını, dağlara gittiğini söylemiştir.

66. 18 Eylül 2001 tarihinde Ali Toğcu'nun oğlu Mehmet Toğcu tarafından yazılan bir mektupta Mehmet Toğcu, Savcılığa gitmek üzere büyük babasına, büyük annesine (başvuran ve eşi) ve amcası Ender'in eşine (bkz. yukarıda kaydedilmiş olan paragraf 32) eşlik ettiğini ve Türkçe konuşmayı bilmeyen büyük babası ve büyük annesine tercümanlık ettiğini belirtmiştir. Yengesi Güler – Ender'in eşi – Türkçe bilmektedir. Büyük babasının söylediklerini kelimesi kelimesine tercüme ettiği sırada, Cumhuriyet Savcısı sözünü kesmiş ve Adliye Sarayı'nda çalışmakta olan başka bir kimseden tercümeyi devralmasını istemiştir. Ancak sözkonusu kimse, büyük babasının söylediklerini yanlış iletmiştir ve Mehmet, duruma itiraz ettiğinde Savcılık'tan uzaklaştırılmıştır. Daha sonra büyük babasından alınan ifadeyi görmek istemiştir fakat isteği, Cumhuriyet Savcısı tarafından reddedilmiştir.

67. 13 Ekim 2001 tarihli bir mektupta Sabahat Toğcu (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 40), olay günü kayın biraderinin eşinin doğum yaptığı hastaneye gitmiş olduğunu belirtmiştir. Daha sonra kayın biraderi Ali Toğcu'nun evine gitmiştir. Ertesi gün sabaha karşı 3.00'da bir grup polis memuru eve gelmişler ve orada olan insanlara, Ender'in Yavuz isimli bir kişinin evinde silah saklamakta olduğunu söylemişlerdir. Bunun üzerine Sabahat ve Ali, eve kadar polis memurlarına eşlik etmişlerdir. Sabahat, anahtarları unutmuş olduğu için polisler kapıyı kırmış, içeri girmiş ve evi aramışlardır. Hiçbir şey bulunamamıştır.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMASI

68. İlgili iç hukuk ve uygulaması, *Tahsin Acar/Türkiye* davasındaki kararda beyan edilmiştir ([BD], no. 26307/95, § 186-197, ECHR 2004).

HUKUK

I. HÜKÜMET'İN İLK İTİRAZI

69. Hükümet, kabuledilebilirlik sonrası kararında, Ender Toğcu'nun ortadan kaybolmasına ilişkin soruşturmanın, halen devam etmekte olduğunu belirtmiş ve AIHM'den, AIHS'nin 35 §§ 1, 3 ve 4. maddeleri uyarınca başvuruyu reddetmesini istemiştir.

70. AIHM, Mahkeme'nin sözkonusu davanın kabuledilebilirliği hususundaki kararı öncesinde Hükümet'in, iç hukuk yollarının tüketilmemiş olduğunu ileri sürmediğini belirtmiştir (bkz. 14 Eylül 1999 tarihli kabuledilebilirlik kararı). Dolayısıyla şu an, başvurunun kabuledilebilirliğine itiraz etmekten men edilmişlerdir (bkz. *Hasan İlhan/Türkiye*, no. 22494/93, § 103, 9 Kasım 2004).

71. Bu nedenle AIHM, Hükümet'in ilk itirazını reddetmiştir.

II. AIHM'İN DELİLLERİ DEĞERLENDİRMESİ VE OLAYLARI TESPİTİ

A. Tarafların İddiaları

1. Başvuran

72. Başvuran, aşağıda kaydedilmiş olan delillerin bütününe AIHM'nin, makul şüphenin ötesinde oğlu Ender'in Devlet ajanları veya Devlet'in bilgisi dahilinde hareket eden kişiler tarafından kaçırılmış olduğunu tespit etmek için yeterli olduğunu belirtmiştir:

(a) yetkili makamlar Ender'i, 29 Kasım 1994 tarihinde gözaltına almaya karar vermişlerdir,

(b) polis memurları, Ender'in annesine oğlunun kendilerine sahip olduğu ateşli silah hakkında bilgi vermiş olduğunu söylemiştir,

(c) Ender'in erkek kardeşi Ali, ertesi gün gözaltına alınmış olduğu sırada kardeşinin çığlıklarını duymuştur, ve son olarak,

(d) yetkili makamlar, Ender'in kaçırılması ve ortadan kaybolmasına ilişkin etkin bir soruşturma yürütmemişlerdir, başvuran ve ailesi tarafından kendilerine sağlanan bilgiye cevap olarak harekete geçmemişlerdir.

73. Başvuran, oğlunun iddia etmiş olduğu polis memurları tarafından kaçırılmış olduğunu ve oğlunun, endişe ettiği gibi gözaltında tutulduğu sırada öldürülmüş olduğunu ispat etmek için gerekli delilleri elde etmek için, kendisi ve ailesinin, yetkili makamların oğlunun ortadan kaybolmasına ilişkin etkin bir soruşturma yürütmesine güvenmiş olduklarını vurgulamıştır.

74. Son olarak başvuran, sunmuş olduğu deliller ışığında, kişilerin gözaltında tutuldukları süre içerisinde kontrolleri altında olduğu gibi olayların da tüm olarak veya büyük ölçüde yetkili makamların bilgisi dahilinde olduğu gözönüne alındığında, sorumlu Devlet'in, ajanlarının iddia edildiği gibi Ender'in ortadan kaybolması ile ilgileri olmadığını kanıtlamakla yükümlü olduğunu ileri sürmüştür.

2. Hükümet

75. Hükümet, başvuranın iddialarının asılsız olduğunu, Ender Toğcu ya da Ali'nin 29 ya da 30 Kasım 1994 tarihinde yakalanmamış olduklarını ileri sürmüştür. Gözaltına alındıkları doğru olsaydı, Ali Toğcu'nun 4 Temmuz 1995 tarihli gözaltı kaydının bulunması gibi onların gözaltı kayıtları da bulunurdu.

76. Hükümet'e göre, güneydoğuda ortadan kayboldukları iddia edilen insanlarla ilgili davalarda, daha sonra sözkonusu kişilerin PKK'ya katılmış oldukları ortaya çıkmıştır.

B. 38 § 1. (a) madde ve AİHM tarafından varılan müteakip sonuçlar

77. Delilleri değerlendirmeden önce AİHM, daha önce de yapmış olduğu gibi, AİHS'nin 34. maddesi uyarınca bireysel dilekçe sisteminin, etkin olarak işlemesi için Devletler'in, başvuruların uygun ve etkin şekilde incelenmesi için tüm gerekli imkanları sağlamasının önemli olduğunu vurgulamıştır (bkz. *Tanrıkulu/Türkiye* [BD], no. 23763/94, § 70, ECHR 1999-IV). Kişinin, Devlet ajanlarını AİHS uyarınca sahip olduğu hakları ihlal etmekle suçladığı bu nitelikteki davalara ilişkin işlemlerde, belli durumlarda yalnızca sorumlu Hükümet'in, sözkonusu iddiaları doğrulayacak ya da çürütecek bilgilere erişimi mümkündür. Hükümet'in, tatmin edici bir açıklamada bulunmadan, ellerinde bulunan bu tür bir bilgiyi sunmaması, yalnızca başvuranın iddialarının geçerliliğine ilişkin sonuçlara varılmasına neden olmaz, aynı zamanda sorumlu Devlet'in, AİHS'nin 38 § 1. (a) maddesinde öngörülen yükümlülükleri yerine getirmesi hususunda negatif sonuçlara varılmasına da neden olur (bkz. *Timurtaş/Türkiye*, no. 23531/94, §§ 66 ve 70, ECHR 2000-VI).

78. Başvuran, Hükümet'in AİHM'ye, oğlu Ali'nin gözaltına alındığı ve kardeşi Ender'in çığlıklarını duyduğu Çevik Kuvvet hususundaki gözaltı kayıtlarını sunmamış olduğunu iddia etmiştir.

79. AİHM, 25 Haziran 1999 tarihinde Hükümet'ten, Diyarbakır Emniyet Müdürlüğü'ndeki gözaltı merkezinin gözaltı kayıtlarının nüshalarını sunmasını istediğini belirtmiştir. 12 Temmuz 1999 tarihli cevaplarında Hükümet, AİHM'ye Çarşı Polis Karakolu ve Diyarbakır Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şubesi'nin (bkz. yukarıda kaydedilmiş olan paragraf 41) gözaltı kayıtlarının nüshaları olduğunu iddia ettikleri nüshaları göndermiştir.

80. Ayrıca 21 Eylül 1999 tarihinde AİHM, Hükümet'ten Diyarbakır ve civarındaki gözaltı tesislerinin sayısını bildirmesini istemiştir. Buna ek olarak Hükümet'ten Ender ve Ali Toğcu'nun 29 Kasım 1994 ve 3 Aralık 1994 tarihleri arasında gözaltında tutulup tutulmadıklarını ve eğer tutulmuşlarsa kimler tarafından ve hangi tarihlerde tutulduklarını tespit etmek için tüm bu gözaltı tesislerinin gözaltı kayıtlarının kontrol edildiğini teyit etmesi istenmiştir. Son olarak Hükümet'ten, 6 Kasım 1996 ileri bir tarihte hazırlanan soruşturma dosyasındaki dokümanların bir nüshası ile birlikte Diyarbakır'daki tüm gözaltı tesislerinin gözaltı kayıtlarının nüshalarını AİHM'ye sunması istenmiştir.

81. 12 Ocak 2000 tarihinde Hükümet AİHM'ye, Diyarbakır'daki Diyarbakır Emniyet Müdürlüğü'nün 12 ve diğer bölgelerde de 12 gözaltı tesisi olduğunu bildirmiştir. Ayrıca, Diyarbakır içinde ve civarında Jandarma'nın 45 gözaltı tesisi bulunmaktadır. Gözaltı kayıtları, soruşturmadan sorumlu Cumhuriyet Savcıları tarafından tahkik edilmiştir. Hükümet, AİHM'ye ayrıca "ele geçirilen gözaltı kayıtlarının" nüshalarını sunmuştur (bkz. yukarıda kayıtlı olan paragraf 42).

82. AİHM ilk olarak, 12 Temmuz 1999 tarihinde Hükümet tarafından sunulan gözaltı kayıtlarının, hazırlanmış oldukları gözaltı tesislerine ilişkin hiçbir bilgi sağlamadığını gözlemlemiştir. Söz konusu kayıtlarda adları geçen kişilerin yakalanmalarına etki eden polis memurlarının isimleri ya da rütbeleri belirtilmemiştir. Aslında, söz konusu kayıtların Jandarma ya da Polis gözaltı tesisleri ile ilgili olup olmadığı açık değildir.

83. Ayrıca, Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı tarafından 14 Ekim 1999 tarihinde Diyarbakır Polis Karakolu'na gönderilen (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 54) ve içerisinde Savcı'nın, 29 Kasım 1994 tarihinde gözaltına alınan kişilerin isimlerini gösteren gözaltı kayıtlarının ve 30 Kasım 1999 tarihinde göndermiş olduğu hatırlatma mektubunun (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 60) birer nüshalarını istediğini belirttiği mektuba göre, Hükümet tarafından sunulan kayıtlar, Diyarbakır Polis Karakolu'nun tüm gözaltı tesislerini kapsamamaktadır. Başvuran, oğlu Ali'nin, gözaltı kayıtlarının sunulmuş olduğu Terörle Mücadele Şubesi'nde değil, kardeşi Ender'in çığıklarını duymuş olduğu Çevik Kuvvet'te gözaltına alınmış olduğunu iddia ettiği halde (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 25), Hükümet gözaltı kayıtlarının hangilerinin, Çevik Kuvvet'le ilgisi olduğunu belirtmemiştir.

84. Hükümet tarafından 12 Ocak 2000 tarihinde sunulmuş olan gözaltı kayıtlarının nüshaları hususunda (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 81), AİHM gözaltı kayıtlarının bazılarında, Diyarbakır ve çevresindeki (Lice, Kulp, Hazro ve Silvan gibi) Jandarma Karakollarında hazırlanmış oldukları anlaşılırken, diğerlerinden nerde hazırlanmış oldukları anlaşılmamaktadır. Başvuran, Türkiye'deki yasal temsilcilerinin yardımı ile, Hükümet tarafından sunulmuş olan gözaltı kayıtlarının, 18 farklı gözaltı tesisinde hazırlanmış olduğunu tespit ettiğini ileri sürmüştür. Ancak, Çevik Kuvvet'te hazırlanmış olan gözaltı kayıtları, bunların arasında yer almamaktadır. Hükümet, bu duruma itiraz etmemiştir (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 7).

85. AİHM ayrıca, Hükümet'in Ender Toğcu'nun ortadan kaybolmasına ilişkin soruşturma ile ilgili dokümanları sunmamış olduğunu belirtmiştir. 11 Ekim 1996 tarihinde Komisyon'a sunulmuş olan bir mektupta Hükümet'in, "Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı'nın soruşturma dosyasına ilişkin dokümanları" göndermiş olduklarını iddia ettikleri doğrudur. Aynı şekilde, AİHM'nin soruşturma dosyası ile ilgili bilgi isteğine verdikleri 12 Ocak 2000 tarihli cevaplarında (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 81), bir kez daha, "Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı'nın soruşturma dosyasının bir nüshası" olduğunu iddia ettikleri nüshayı sunmuşlardır.

86. Ancak AİHM, Hükümet tarafından sunulan dokümanların, sunulması istenilen tüm soruşturma dosyalarını içermediğini gözlemlemiştir. Bu bağlamda AİHM, sunulmuş olan dokümanların, AİHM'ye sunulmamış olan bir takım önemli dokümanlara göndermede bulunduğunu belirtmiştir. Söz konusu dokümanlar, aşağıda kaydedilenleri içermektedir:

(a) 30 Ocak 1996 tarihinde Diyarbakır Polis Karakolu tarafından Terörle Mücadele Şubesi'ne gönderilen mektup (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 45),

(b) 24 Ocak 1996 tarihinde Terörle Mücadele Şubesi tarafından gönderilen mektup (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 45),

(c) Müdürlüğün, 22 Ocak 1996 tarihinde Diyarbakır Cumhuriyet Savcılığı'na gönderdiği mektup (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 46),

(d) Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı'nın gönderdiği 26 Ağustos 1996 tarihli mektup, ve bu mektupta değinilen dokümanlar (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 51), ve son olarak,

(e) Terörle Mücadele Şubesi'nin, yetkisizlik kararında değinilen 16 Ekim 1996 tarihli mektubu (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 52).

87. Hükümet'in, söz konusu dokümanları sunmamalarına ilişkin hiçbir açıklamada bulunmadığını gözlemleyen AİHM, bu hususta Hükümet'in tutumundan sonuçlar çıkarabileceği kararına varmıştır. Ayrıca AİHM, Sözleşme işlemlerinde sorumlu Hükümet'in, işbirliğinin (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 77) önemine değinerek, olayları tespit etme görevinde Hükümet'in, AİHS'nin 38 § 1. (a) maddesi uyarınca Komisyon'a ve AİHM'ye tüm gerekli olanakları sağlama yükümlülüğünü yerine getiremediği kararını vermiştir.

C. AİHM'nin olayları değerlendirmesi

88. Başvuran, oğlunun 29 Kasım 1994 tarihinde güvenlik güçleri tarafından gözaltına alınmış olduğunu ileri sürmüştür. Hükümet, Devlet ajanlarının Ender Toğcu'nun ortadan kaybolması ile ilgileri olduğunu reddetmiştir ve güneydoğudaki birçok ortadan kaybolma olayının, PKK terör örgütüne katılan kişilere ilişkin olduğunu belirtmiştir.

89. AİHM, ilk olarak Hükümet'in AİHM'ye, başlangıçta ortadan kayboldukları düşünüldüğü halde daha sonra PKK'ya katıldıklarının ortaya çıktığı kişilere ilişkin örnekler sunmamış olduğunu vurgulamıştır.

90. Başvuran, oğlunun güvenlik kuvvetleri tarafından götürüldüğü iddialarını desteklemek için, özellikle, oğlu Ali'nin Çevik Kuvvet'in gözetimi altındayken (bkz. yukarıdaki 25. paragraf) kardeşinin çığlıklarını duyduğunu iddia etmiştir. Aynı zamanda 29 Kasım 1994 tarihinde evine gelen polis memurlarının, karısına, silah hakkında Ender'den bilgi aldıklarını söylediklerini belirtmiştir (bkz. yukarıdaki 24. paragraf).

91. Başvuranın daha sonra anılan iddialarına ilişkin olarak AİHM, başvuranın, polis memurlarına silahın yeğeni Mehmet Kartal'a ait olduğunu söylediği konusunda itiraz

etmediğini not eder (bkz. yukarıdaki 39. paragraf). Aynı zamanda Mehmet Kartal'ın daha önce, 22 Kasım 1994'te Silvan Jandarma Komutanlığı tarafından tutuklandığını ve 23 Kasım 1994'te serbest bırakıldığını (bkz. yukarıdaki 43. paragraf) da not eder. Dolayısıyla AİHM Mehmet Kartal'ın Jandarmaya silahı sakladığı yeri şahsen bildirmiş olması ihtimalini gözardı edemez.

92. Başvuranın Ender'in tutuklanmasına ilişkin iddialarına ilişkin olarak AİHM, başvuran ile ailesinin Komisyon'a ve AİHM'ye Ender Toğcu'nun kaybolmasına ilişkin birbiriyle çelişen ifadeler verdiğini gözlemler. Bu bağlamda, AİHM özellikle aşağıdaki noktaları vurgular:

a) İnsan Hakları Projesi'ne verdiği 10 Nisan 1995 tarihli ifadesinde başvuran, 29 Kasım 1994'te Ender'in, karısının doğum yapmakta olduğu hastaneye gitmek üzere kardeşi Ali'nin yanından ayrıldığını belirtmiştir. Anca başvuranın, gelinine bakmak için hastanede kalmakta olan karısı daha sonra başvurana Ender'in hastaneye hiç gelmediğini söylemiştir. Ali ertesi gün Çarşı Polis Karakolu'na mensup polis memurları tarafından yakalanmış ve üç gün boyunca sorgulanmıştır. Üçüncü gün Ergani yolu üzerinde serbest bırakılmıştır (bkz. yukarıdaki 63. paragraf).

(b) Başvuran, başvuru formunda, 29 Kasım 1994'te Ender'in karısının doğum yapmakta olduğu hastaneye gitmek için kardeşi Ali'nin yanından ayrıldığını belirtmiştir (bkz. yukarıdaki 20. paragraf).

(c) AİHM'ye yazdığı 31 Ocak 2000 tarihli yazısında, başvuran daha önceki ifadesini düzelterek Ender'in kaybolduğu gün hastanede doğum yapanın Ender'in kardeşinin karısı olduğunu belirtmiştir (bkz. yukarıdaki 21. paragraf).

(d) Başvuran, 19 Temmuz 1996 tarihli ifadesinde, Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı'na 29 Kasım 2004 günü kendisinin de oğluyla birlikte tutuklandığını söylemiştir. Yaklaşık bir hafta sonra kendisi serbest bırakılmıştır, ancak serbest bırakılmayan Ender o günden beri kayıptır (bkz. yukarıdaki 49-50. paragraflar).

(e) AİHM'ye gönderilen 14 Eylül 2001 tarihli yazısında, başvuran, oğlu Ender'in kaçırıldığını gören herhangi bir tanık olmadığını belirtmiştir. Kendisi de bu olaya tanıklık etmemiştir (bkz. yukarıdaki 65. paragraf).

(f) Başvuran, 16 Ekim 2001 tarihinde mahkemeye sunduğu dilekçesinde, kaybolduğu gün oğlu Ender'in, hamile olan ve kendisini iyi hissetmediği için hastanenin doğum koğuşuna alınan karısı Güler ile birlikte olduğunu belirtmiştir. Ender hastaneden geri dönmemiştir (bkz. yukarıdaki 22. paragraf).

(g) Güler Tuncer tarafından verilen ifadeye göre kocası Ender kendisini hastaneye götürmüştür; Güler Tuncer, Ender ile birlikte geri dönmüş ve daha sonra Ender kahvehanesine gitmek için ayrılmıştır (bkz. yukarıdaki 58. paragraf).

(h) Ancak başvuranın karısı, 29 Kasım 1994 tarihli ifadesinde gelini Güler ile birlikte hastaneye gittiğini belirtmiştir. Oğlu Ender de onlarla birlikte hastaneye gelmiştir, ancak kendisi geri döndüğünde Ender'i evde bulmuştur. Ender, saat 15:00'de çalıştığı kahvehaneye gitmek için evden çıkmış ve geri dönmemiştir (bkz. yukarıdaki 59. paragraf).

(i) Son olarak, 16 Ekim 2001’de mahkemeye sunduğu dilekçesinde başvuran oğlu Ali’nin 30 Kasım günü dört ila beş saat tutuklu kaldığını iddia etmiştir.

93. AİHM, – bu işlemler için yasal olarak temsil edilmekte olan – başvuranın bu ciddi tutarsızlıklara dair herhangi bir açıklamada bulunmadığını not eder. AİHM, sözkonusu tutarsızlıkların, başvuranın ifadesini, AİHM’nin başvuranın iddialarına dayanarak 29 Kasım 1994 tarihinde meydana gelen olaylara dair net bir tablo oluşturmasını engelleyecek kadar inandırıcılıktan uzak hale getirdiği ve dolayısıyla Ender’in güvenlik kuvvetleri tarafından gözetim altına alındığını kesin olarak saptayamayacağı hükmüne varmıştır.

94. Bu nedenle AİHM 29 ve 30 Kasım 1994 tarihlerinde olanları belirleyemediği bir durum ile karşı karşıyadır ve bu yetersizlik bir yanda başvuran tarafından sunulan çelişkili bilgilerden, diğer yanda da Hükümet tarafından sunulan kusurlu soruşturma dosyasından kaynaklanmaktadır.

95. AİHM, Hükümet’in ilgili belgeleri sunmadığı durumlarda, bir başvuranın sorumlu Devlet’in elinde bulunan, iddialarını destekleyecek gerekli kanıtlara ulaşmasının zorluğunu daha önce not etmiştir. Daha önce AİHM, Hükümet’in inhisari mülkiyeti altındaki önemli belgeleri sunmamasının AİHM’nin olayları tepitini engellemesi halinde, sözkonusu belgelerin neden başvuranın iddialarını desteklemeyeceği ya da sözkonusu olayların meydana geliş biçimi hakkında neden tatmin edici ve inandırıcı bir açıklama getirmeyeceği hakkında AİHM’yi ikna etmenin Hükümet’in sorumluluğunda olduğuna karar vermiştir. Hükümet’in bunu yapmaması halinde AİHS’nin 2. ve/veya 3. maddesi uyarınca bir ihlal oluşacaktır (bkz. *Akkum ve diğerleri/Türkiye*, no. 21894/93, § 211, 24 Mart 2005). Ancak bu gibi şartlar altında ispat külfetini Hükümet’e yıkmak, başvuranın ilk bakışta haklı görünen bir dava hazırlamış olmasını gerektirmektedir.

96. Sözkonusu davada olayların başvuran tarafından çelişkili biçimlerde sunulduğunu dikkate alan AİHM, başvuranın davasını, Hükümet’in elindeki gözetim kayıtlarının Ender hakkında yararlı bir bilgi içermediğini kanıtlama külfetini Hükümet’e yükleyecek ölçüde ortaya koyamadığı kanısına varmıştır.

97. Bu şartlar altında AİHM’nin, Ender Toğcu’nun kaybolmasından kimin sorumlu olduğu hakkında bir hükme varması mümkün değildir.

98. AİHM, başvuranın AİHS’nin çeşitli Maddeleri’ne dayanarak bulunduğu şikayetlerin incelenmesine geçecektir.

III. AİHS’NİN 2. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİALARI

99. AİHS’nin 2. Maddesi şöyledir:

“1. Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez.

2. Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurmanın kesin zorunluluk haline gelmesi sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmaz:

a) Bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için;

b) Usulüne uygun olarak yakalamak için veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için;

c) Ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması için.”

A. Ender Toğcu'nun Devlet görevlilerinin gözetimi altındayken kaybolduğu iddiası

100. Başvuran, oğlunun güvenlik kuvvetleri tarafından, AİHS'nin 2. maddesine aykırı bir şekilde kaçırılarak tutuklandığını ve halihazırda ölü kabul edildiğini öne sürmüştür.

101. Hükümet'e göre, başvuranın oğlunun kaybolmasında Devlet görevlilerinin parmağı yoktur.

102. AİHM, daha önce, Ender Toğcu'nun kaybolmasından kimin sorumlu olduğuna ilişkin bir sonuca varamayacağı kararını vermiştir (bkz. yukarıdaki 97. paragraf). Dolayısıyla bu hususta AİHS'nin 2. maddesi ihlal edilmemiştir.

B. Ender Toğcu'nun yaşama hakkının korunmadığı iddiası

103. Başvuran, yetkili makamların, kaçırıldığı kendilerine bildirilmesine rağmen oğlu Ender Toğcu hakkında soruşturma açmaya ya da onu korumaya yönelik gerekli girişimlerde bulunmamasının, AİHS'nin 2. maddesi uyarınca Hükümet'in sahip olduğu yaşama hakkını korumak için pozitif adımlar atmaya kapsayan pozitif yükümlülüğüne uymadığı anlamına geldiğini iddia etmiştir.

104. Hükümet, başvuranın iddialarının olgusal temeli olmadığını belirtmek dışında bu şikayeti özel olarak ele almamıştır.

105. AİHM, tarafların görüşleri ve kanıtlar üzerinde yaptığı inceleme (bkz. yukarıdaki 88-97) temelinde, başvuranın savunduğu sonuca varmasının mümkün olmadığına karar vermiştir. Dava şartları çerçevesinde Hükümet'in Ender Toğcu'nun kayboluşunu soruşturmadığı iddiasının, Hükümet'in etkili soruşturma yürütme yükümlülüğü bağlamında incelenmesinin daha uygun olacağı hükmüne varmıştır (bkz. aşağıdaki 106-122. paragraflar).

C. Yetersiz soruşturma yapıldığı iddiaları

106. Başvuran, Devlet'in oğlunun kaybolmasına yönelik yeterli ve etkili bir soruşturma yürütmemesi nedeniyle AİHS'nin 2. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmektedir.

107. Başvuran, bu iddiasına desteklemek için soruşturmadaki şu kusurları vurgulamıştır:

(a) yetkili makamların, kendisi ve aile üyeleri tarafından sözlü ve yazılı olarak sunulan dilekçeler karşısında istekli ve/veya hızlı bir şekilde harekete geçmemesi;

(b) yetkili makamların kendisi ve aile üyeleri tarafından verilen çeşitli dilekçelere kapsamlı yanıt vermemesi ya da bunları tamamen yanıtsız bırakması;

- (c) yetkili makamların komşular ve diğer köylüler de dahil tüm olası görgü tanıklarından ifade almaması;
- (d) Ender'i ya da başvuranın ve başvuranın oğlu Ali'nin evini arayan polis memurlarının hepsinden ifade alınmaması;
- (e) Cumhuriyet Savcılarının, oğlunun Kasım 1994'ten günümüze dek tutuklu bulunabileceği jandarma ve polis binalarındaki tüm tutukevlerini şahsen kontrol etmemesi; ve son olarak,
- (f) Cumhuriyet Savcılarının subayları ve/veya gözetim memurlarını sorgulamaması ya da tüm tutukevlerinin ilgili gözetim kayıtlarını denetlememesi.

108. Hükümet, 12 Ocak 2000 tarihli görüşünde, başvuranın karısının Diyarbakır Cumhuriyet Savcılığı'na sunduğu bir dilekçenin ardından başvuranın iddialarına yönelik açılan bir soruşturmanın, 6 Kasım 1996 tarihinde, Cumhuriyet Savcısı'nın verdiği takipsizlik kararı ile sonuçlandığını belirtmiştir. Yine de Diyarbakır Cumhuriyet Savcılığı 1999'da yeni bir soruşturma açmış, bu soruşturma sırasında başvuranın, karısının ve gelininin ifadeleri alınmıştır. Savcılık'tan alınan bilgiye göre arama raporlarını imzalayan polis memurlarının da ifadeleri alınmış olmalıdır (bkz. yukarıdaki 36. paragraf). Hükümet, sunduğu görüşlerde bu ifadelerin mümkün olan en kısa sürede AİHM'ye iletileceğini belirtmiş, ancak bunu yapmamıştır.

109. AİHM, AİHS'nin 2. maddesi uyarınca yaşam hakkını koruma yükümlülüğünün, Devlet'in AİHS'nin 1. maddesi uyarınca taşıdığı "kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanımaya" yönelik genel görevi ile birlikte düşünüldüğünde, bireylerin güç kullanımı sonucu ölmeleri halinde bir tür etkili soruşturma yürütülmesini gerektirdiğini yineler (bkz. *McCann ve Diğerleri/İngiltere*, 27 Eylül 1995 tarihli karar, Seri A no. 324, s. 49, § 161 ve *Kaya/Türkiye*, 19 Şubat 1998 tarihli karar, *Reports of Judgments and Decisions*, 1998-I, s. 329, § 105). Bu bağlamda, AİHM, bu yükümlülüğün, cinayetin bir Devlet görevlisi tarafından işlendiğinin kesin olduğu davalarla sınırlı olmadığına dikkat çeker (bkz. *Salman/Türkiye* [BD], no. 21986/93, § 105, AİHM 2000-VII).

110. Soruşturma, sorumlu kişilerin tespiti ve cezalandırılmasını sağlama bakımından da etkili olmalıdır (bkz. *Oğur/Türkiye* [BD], sayı 21954/93, § 88, AİHM 1999-III). Bu sonuca ilişkin değil, araçlara ilişkin bir yükümlülüktür. Yetkili makamların olaya ilişkin, *inter alia* görgü tanıklarının ifadelerini de kapsayan tüm kanıtları toplamak için mümkün olan makul önlemlerin tamamını almaları gereklidir (yukarıda anılan *Tanrıkulu*, § 109). Soruşturmadaki ölüm nedenini ya da sorumlu kişinin tespitini engelleyen herhangi bir kusur, bu standarda uymama tehlikesi yaratacaktır.

111. Bu bağlamda bir hızlilik ve makul acele şartı da bulunmaktadır (bkz. *Yaşa/Türkiye*, 2 Eylül 1998 tarihli karar, *Reports* 1998-IV, §§ 102-104; *Çakıcı/Türkiye* [BD], no. 23657/94, § 80, 87, 106, AİHM 1999-IV; yukarıda anılan *Tanrıkulu*, § 109).

112. AİHM, Ender Toğcu'nun ölmüş olduğuna dair bir kanıt olmadığını not eder. Ancak AİHM yukarıda anılan yükümlülüklerin, kişinin, hayatını tehdit edici olarak görülebilecek şartlar altında kayborduğu davalar için de geçerli olduğu kanısındadır. Bu açıdan, daha önce AİHM, yetkili makamların PKK ile ilişki içerisinde olduğundan şüphelendiği kişilerin kaybolması ve kayıt dışı bir şekilde tutuklanmasının, 1993 yılında Türkiye'nin güneydoğusundaki şartlar bağlamında hayatı tehdit edici olarak görülebileceği hükmüne varmıştır (bkz. yukarıda anılan *Timurtaş*, § 85). İncelemesi istenen ve 1994 yılında

meydana gelen kaybolma olaylarına ilişkin olarak AİHM, genel şartların 1994 yılında da etkisini sürdürdüğü sonucuna varmıştır (örneğin bkz. *Çiçek/Türkiye*, no. 25704/94, 27 Şubat 2001; *İrfan Bilgin/Türkiye*, no. 25659/94, AİHM 2001-VIII; *Orhan/Türkiye*, no. 25656/94, 18 Haziran 2002; *İpek/Türkiye*, no. 25760/94, AİHM 2004 (alıntılar)). Ayrıca yetkili makamların gerçekten Ender Toğcu'nun PKK ile ilişkisi olduğundan kuşkulandıkları anlaşılmaktadır (bkz. yukarıdaki 38-39. paragraflar). Bu şartlar altında AİHM Ender Toğcu'nun kaybolmasının yaşamı tehdit edici olduğunu kabul etmektedir.

113. AİHM, ilk olarak, – Hükümet tarafından da kabul edildiği gibi – yetkili makamların, Ender'in kaybolmasından, 6 Nisan 1995'te başvuranın karısı tarafından Diyarbakır Mahkemesi Cumhuriyet Savcısı'na verilen dilekçe sayesinde haberdar olmalarına rağmen, Terörle Mücadele Şubesi Müdürü Ramazan Sürücü 1 Şubat 1996 tarihli bir yazı ile Ender Toğcu'nun 29 Ekim 1994'te Terörle Mücadele Şubesi'nde tutuklu bulunmadığını bildirmesine kadar aylar boyunca bu konuda bir şey yapılmamış olduğunu not eder (bkz. yukarıdaki 45. paragraf).

114. Dilekçede Ender'in kaybolduğu tarih açıkça bir ay sonrası, 29 Kasım 1994 olarak belirtilmesine karşın, hiçbir soruşturma yetkilisinin Ramazan Sürücü tarafından sunulan bu bilgiyi kontrol etmediği anlaşılmaktadır.

115. AİHM, 1 Şubat 1996 ile Cumhuriyet Savcısı'nın takipsizlik kararı verdiği (bkz. yukarıdaki 52. paragraf) 6 Kasım 1996 arasında yapılan tek anlamlı eylemin, Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı'nın, kaybolma olayının kendisine bildirilmesinden bir yıl sonra, 19 Temmuz 1996 tarihinde başvurunu sorgulaması olduğu hükmüne varmıştır.

116. Takipsizlik kararının metninden, Terörle Mücadele Şubesi tarafından 16 Ekim 1996 tarihinde Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı'na gönderildiği iddia edilen ve Ender Toğcu'nun bu şube tarafından tutuklanmış olduğunu reddeden (bkz. yukarıdaki 52. paragraf) yazının bu kararın tek temelini oluşturduğu anlaşılmaktadır.

117. Başvuranın da vurguladığı gibi, AİHM'ye Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı'nın bu karara varmadan önce gözaltı kayıtlarını kontrol ettiğini ya da güvenlik kuvvetlerine mensup kişileri sorguladığını gösteren herhangi bir bilgi de verilmemiştir.

118. AİHM, ayrıca, 6 Kasım 1996 ile 14 Ekim 1999 arasında yerel düzeyde herhangi bir girişimde bulunulmadığını da not eder. Bu son anılan tarihte Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı Jandarma ile Polis'e ilgili gözaltı rapolarının Savcılığa gönderilmesi ve Ender'in aranması talimatını vermiştir (bkz. yukarıdaki 54. paragraf). Polis'in yanıt vermemesi ve tahminen, Jandarma'nın tüm gözaltı kayıtlarını sunmaması (bkz. yukarıdaki 60. paragraf) üzerine 30 Kasım 1999 tarihinde hem Jandarma'ya hem de Polis'e yeniden talimat vermek zorunda kalmıştır.

119. Hükümet'in 30 Kasım 1999'dan sonra hazırlanmış herhangi bir belge – özellikle de Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı'nın 30 Kasım 1994'te başvuranın evini arayan polis memurlarından alması gereken ifadeleri (bkz. yukarıdaki 61. paragraf) – sunmaması nedeniyle AİHM, soruşturmada atılmış olabilecek daha sonraki adımların etkinliğini değerlendirememektedir.

120. Yukarıda anlatılanlar göz önüne alındığında, AİHM, yetkili makamların, başvuranın oğlunun kaybolmasına ilişkin AİHS'nin 2. maddesi ile öngörülen etkili bir soruşturma yürütme yükümlülüğünü yerine getiremedikleri sonucuna varır.

121. Dolayısıyla AİHM AİHS'nin 2. maddesinin usuli kolu bağlamında ihlal edildiği hükmüne varır.

IV. AİHS'NİN 3. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİALARI

122. Başvuran, aşağıdaki nedenlerle, AİHS'nin 3. maddesinin ayrıca ihlal edildiğini ileri sürmüştür:

(a) Oğlunun kaçırılması ve kaybolması, Devlet'in yeterli ve etkili bir soruşturma yürütememesi ile birlikte ele alındığında, AİHS'nin 3. maddesinde yer alan işkenceye ve insanlık dışı ya da küçük düşürücü muameleye karşı koruma hükmünü zayıflatmakta ve bu hükmü ihlal etmektedir.

(b) Başvuran, yetkili makamların, oğlunun kaybolmasına kayıtsız kalması nedeniyle endişe ve üzüntü yaşamıştır.

123. AİHS'nin 3. maddesi şöyledir:

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

124. Hükümet, bu şikayete ayrıca yanıt vermemiştir.

125. AİHM, Ender Toğcu'nun kayboluşundan kimin sorumlu olduğu hususunda bir hükme varamadığını yineler (bkz. yukarıdaki 97. paragraf).

126. AİHM, yetkili makamların başvuranın oğlunun kayboluşu hakkında etkili bir soruşturma yürütmemesinin, başvurana ilişkin olarak ayrıca AİHS'nin 3. maddesine aykırı bir muamele oluşturup oluşturmadığı sorusunun, 3. madde bağlamındaki kötü muameleye değil AİHS'nin 2. maddesinde yer alan usuli şartlara dayanan diğer şikayetten farklı olduğu kanısındadır (bkz. yukarıda anılan *Tahsin Acar*, § 237).

127. AİHM, bir aile üyesinin mağdur olup olmadığı hususunun, bu kişinin yaşadığı acıya ciddi insan hakları ihlalleri mağdurlarının akrabalarının kaçınılmaz olarak yaşadığı duygusal sıkıntıdan farklı bir boyut ve özellik veren özel etkenlerin mevcudiyetine bağlı olacağını vurgular. İlgili öğeler aile bağlarının yakınlığını, aralarındaki ilişkiye özel şartları, aile bireyinin sözkonusu olayların ne kadarına tanık olduğunu, aile bireyinin kayıp kişi hakkında bilgi edinme çabalarına ne ölçüde katıldığını ve yetkili makamların bu sorulara yanıt verme biçimlerini de kapsayacaktır. Bu tür bir ihlalin temelinde aile bireyinin “kaybolmuş” olması değil, yetkili makamların, dikkatlerine sunulan durum karşısındaki tepkileri ve tutumları bulunmaktadır. Bir akraba, özellikle bu son anılan öğe nedeniyle yetkili makamların davranışları nedeniyle doğrudan mağdur olduğunu iddia edebilir (*ibid*, § 238).

128. Oğlunun kaybolmasına ilişkin soruşturmanın yetersizliği başvuranın acı ve ruhsal sıkıntı çekmesine neden olmuş olabilir, ancak AİHM, başvuranın bu iddiaya dair getirdiği kanıtlar çerçevesinde, AİHS'nin 3. maddesinin başvuranın kendisine ilişkin olarak ihlal

edildiği hükmüne varmayı gerektirecek özel etkenlerin mevcudiyetinin saptandığı kanısında değildir (*ibid*, § 239 ve orada anılan davalar).

129. Dolayısıyla AİHM, AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

V. AİHS'NİN 5. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

130. AİHS'nin 5. maddesine atıfta bulunan başvuran, oğlunun tutuklanmasının, bu hükmün bir ila beşinci fıkralarında yer alan ve özgürlük ve güvenlik haklarını güvence altına alan teminatları tamamen gözardı ederek gerçekleştirildiğini iddia etmiştir.

131. Hükümet, başvuranın oğlunun polis tarafından tutuklu bulundurulduğunu reddetmekten başka, bu şikayeti özel olarak ele almamıştır.

132. AİHM, başvuranın oğlunun kaybolmasından kimin sorumlu olabileceğine dair bir tespitte bulunamamıştır (bkz. yukarıdaki 97. paragraf). Dolayısıyla başvuranın iddiasını kanıtlayacak hiçbir somut temel yoktur.

133. Sonuç olarak, AİHM, AİHS'nin 5. maddesinin ihlal edilmediğini tespit etmiştir.

VI. AİHS'NİN 13. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

134. Başvuran, kendisinin ve ailesinin, oğlunun tutukluluğunun ulusal yetkililerce gerektiği gibi ve kapsamlı bir şekilde araştırılmasını sağlamak için her türlü makul adımı attığını ifade etmiştir. Ancak, yetkililerin, şikayetlerine ve dilekçelerine verdiği yanıt son derece yetersiz kalmıştır. Gerekli hukuk yolları ya bulunmamış ya da uygulamada yararsız kalmıştır.

AİHS'nin 13. maddesi şöyledir:

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

135. Hükümet, başvuranın oğlunun kaybolmasının yeterli derecede soruşturulduğunu öne sürmüştür.

136. AİHM, AİHS'nin 13. maddesinin, yerel hukuki düzende her ne şekilde korunursa korunsun, AİHS hak ve özgürlüklerinin özünün hayata geçirilmesi için ulusal düzeyde bir hukuk yolunun bulunmasını teminat altına aldığını tekrarlar. Dolayısıyla, Sözleşmeci Devletlere, sözkonusu madde kapsamındaki AİHS yükümlülüklerine uymak hususunda belirli bir takdir yetkisi verilmiş olmasına rağmen, 13. maddenin maksadı, AİHS kapsamında “savunulabilir bir şikayet”in konusuyla ilgilenecek bir iç hukuk yolunun temin edilmesini gerekli kılmak ve uygun tazminat vermektir. 13. madde bağlamındaki yükümlülüğün kapsamı, başvuranın AİHS kapsamında yaptığı şikayetin niteliğine göre değişir. Yine de, 13. maddenin gerektirdiği hukuk yolunun, gerek uygulamada gerek hukukta “etkili” olması gereklidir. Dolayısıyla, uygulanması, sorumlu Devlet’in yetkililerinin davranışları ve ihmalleri ile engellenmemelidir (bkz. *Aksoy – Türkiye*, 18 Aralık 1996 kararı, *Reports* 1996-VI, s. 2286, § 95; yukarıda anılan *Kaya*, § 106).

137. Yaşam hakkının temel önemi ışığında, 13. madde, uygun hallerde tazminat ödenmesine ek olarak, ölümden sorumlu olanların belirlenmesi ve cezalandırılmasını müktedir kapsamlı ve etkili bir soruşturma yapılmasını ve müştekinin soruşturma sürecine etkili erişiminin olmasını gerekli kılar (bkz. yukarıda anılan *Kaya*, § 107). AİHM, bunun hayatı tehdit eden koşullarda kaybolma vakaları için de geçerli olduğu kanısındadır (bkz. yukarıdaki 112. paragraf).

138. Bu davada sunulan kanıtlar temelinde, AİHM, Devlet yetkililerinin başvuranın oğlunun kaybolmasına karıştığına kanıtlandığını tespit etmemiştir. Ancak, daha önceki davalarda da hüküm getirdiği gibi, bu, AİHS'nin 2. maddesi bağlamında yapılan şikayeti, 13. maddenin maksatları bağlamında "savunulabilir" bir şikayet olmaktan çıkarmaz (bkz. *Akkoç – Türkiye*, no. 22947/93 ve 22948/93, AİHM 2000-X ve orada anılan davalar). Bu bağlamda, AİHM, halihazırda, başvuranın oğlunun bir kaybolma vakasının kurbanı olduğunu (bkz. yukarıdaki 89. paragraf) ve dolayısıyla başvuranın "savunulabilir bir iddiası"nın olduğunu kabul edilebileceğini gözlemler.

139. Dolayısıyla, yetkililerin kaybolma olayının koşullarına yönelik etkili bir soruşturma yapma yükümlülüğü bulunmaktaydı. Yukarıda ortaya konulmuş olan gerekçelerden ötürü (bkz. yukarıdaki 106.-121. paragraflar), 13. madde kapsamında herhangi bir etkili cezai soruşturmanın yapıldığı düşünülemez; ki bunun gerektirdikleri, 2. madde ile şart koşulan soruşturma yükümlülüğünden daha geniş kapsamlı olabilir (bkz. yukarıda anılan *Kaya*, § 107). Dolayısıyla, başvurana, oğlunun kaybolmasına ilişkin olarak etkili bir hukuk yolu tanınmadığını ve bir tazminat talebi de dahil olmak üzere, faydalanmasına açık olan diğer hukuk yollarına erişimine de olanak tanınmadığını tespit etmiştir.

140. Dolayısıyla, AİHS'nin 13. maddesi ihlal edilmiştir.

VII. 2., 3., 5., 13. VE 18. MADDELER BAĞLAMINDA AİHS'NİN 14. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

141. Başvuran, bu davanın koşullarının, 2., 3., 5., 13. ve 18. maddeler bağlamında AİHS'nin 14. maddesinin ihlal edildiğini ortaya koyduğunu öne sürmüştür. Türkiye'nin güneydoğusundaki Kürtlerin sistematik olarak hukuka aykırı muamele gördüğünün belirlenmesi için yeterli kanıt olduğunu ifade etmiştir. Oğluna aynı zamanda ırk ayrımcılığı da yapılmıştır. Son olarak, yukarıda anılan maddelerle birlikte ele alındığında, 14. madde ihlallerinin uygulandığını ortaya koyan yeterli kanıt bulunduğunu belirtmiştir.

AİHS'nin 14. maddesi şöyledir:

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

142. Hükümet, bu şikayeti özel olarak ele almamıştır.

143. AİHM, AİHS'nin 2. ve 13. maddelerinin ihlallerine dair tespitlerini gözlemler ve başvuranın AİHS'nin 14. maddesi kapsamında yaptığı şikayetlerini ayrıca incelemenin gerekli olmadığı kanısındadır.

VIII. AİHS'NİN 18. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

144. Başvuran, özellikle 5. maddeye ilişkin olmak üzere, AİHS ile tanınan hak ve özgürlüklere Türkiye tarafından getirilen ve/veya uygulanan kısıtlamaların, AİHS'nin müsaade etmediği maksatlar için uygulandığını iddia etmiştir. AİHS'nin 18. maddesine atıfta bulunmuştur; sözkonusu madde şöyledir:

“Bu Sözleşmenin hükümleri gereğince, sözü edilen hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar ancak öngörülen amaçlar için uygulanabilir.”

145. Yukarıdaki tespitlerini dikkate alarak AİHM, bu şikayeti ayrıca incelemenin gerekli olmadığı kanısındadır.

IX. AİHS'NİN 34. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

146. Başvuran, birkaç defa, AİHM'ye başvurusuna ilişkin olarak ulusal yetkililerce sorguya çekildiğini belirtmiştir. Bu, en son, diğerlerinin yanı sıra, “Türkiye aleyhine işlemler başlattın. Bunu neden yaptın?” sorusunun sorulduğu Temmuz veya Ağustos 2001'de olmuştur. Başvurana göre, bu sorgulama, başvuru sürecini daha da zorlaştıran bir engel düzeyine varmıştır.

AİHS'nin 34. maddesi şöyledir:

“İşbu Sözleşme ve Protokollarında tanınan hakların Yüksek Sözleşmeci Taraflardan biri tarafından ihlalden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek kişi, hükümet dışı her kuruluş veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilir. Yüksek Sözleşmeci Taraflar bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasına hiçbir suretle engel olmamayı taahhüt ederler.”

147. Hükümet, bu şikayetle ilgili görüş bildirmemiştir.

148. AİHM, başvurana yöneltildiği iddia edilen sorunun, AİHS'nin 34. maddesi kapsamında bir engel olarak yorumlanabileceğine mutabakat etmemiştir. Bu bağlamda, başvuranın Komisyon'a başvuru yapabildiğini ve Komisyon ile AİHM'ye birkaç görüş sunabildiğini gözlemler. Aynı zamanda, herhangi bir engelle karşılaşmadan AİHS kurumlarıyla irtibatını sürdürmüştür.

149. Yukarıda anlatılanlar temelinde, AİHM, başvuranın kişisel başvuru hakkını kullanmasının engellendiğinin belirlenmiş olduğunu tespit etmemiştir. Dolayısıyla 34. madde ihlal edilmemiştir.

X. AİHS'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

150. AİHS'nin 41. maddesi şöyledir:

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

A.Maddi tazminat

151. Başvuran oğlunun 1968 doğumlu olduğunu ve kaybolduğu tarihte 26 yaşında olduğunu belirtmiştir. Evliydi ve – 16 Ekim 2001 tarihli dilekçesinde başvuranın iddia ettiğinin aksine (bkz. yukarıdaki 22. paragraf) – iki çocuğu vardı.

152. Ölmeden önce (*sic.*), ortağıyla beraber Diyarbakır'daki Sento Otel ile Arzu Club'ın işletmeciliğini yaparak geçimini sağlamaktaydı. Senede 22.626,90 Sterlin kazanmaktaydı. O tarihte Türkiye'deki ortalama ömrü dikkate alarak ve aktüeryal tablo temelinde, başvuran, Ender Toğcu'nun kazançlarının tahmini kaybı için 540.556,64 Sterlin talep etmiştir.

153. Hükümet başvuranın iddiasına ilişkin görüş belirtmemiştir.

154. AİHM'nin içtihadı, başvuranın iddia ettiği zararlar AİHS ihlali arasında açık bir bağ olması gerektiğini ve bunun, uygun vakalarda, kazanç kaybının tazminini de kapsayabileceğini belirlemiştir (bkz. diğerlerinin yanı sıra, *Barbéra Messegué ve Jabardo – İspanya* (50. madde), 13 Haziran 1994, Seri A no. 285-C, ss 57-58, §§ 16-20, ve yukarıda anılan *Çakıcı*, § 127).

155. Ancak, AİHM, AİHS ihlali teşkil edecek unsurlarla – etkili soruşturma ve etkili hukuk yolunun bulunmaması ile - başvuran tarafından talep edilen maddi tazminat arasında hiçbir sebep sonuç bağı tespit etmemiştir. Sonuç olarak, başvuranın bu başlık altındaki talebini reddeder.

B.Manevi tazminat

156. Başvuran, Ender Toğcu'nun eşi, annesi, iki çocuğu, üç kız kardeşi ve iki erkek kardeşi ile birlikte kendisi ve eşi için 50.000 Sterlin talep etmiştir. Ayrıca kendisi için 15.000 Sterlin talep etmiştir. AİHM'den, tazminatları Sterlin olarak belirlemesini talep etmiştir.

157. Hükümet başvuranın taleplerine ilişkin olarak herhangi bir görüş belirtmemiştir.

158. AİHM, yetkililerin, başvuranın oğlunun kaybolmasının koşullarına yönelik etkili soruşturma yapmadığını, bunun AİHS'nin 2. maddesindeki usuli yükümlülüğe aykırı olduğunu tekrarlar. Ayrıca, başvuranın etkili bir hukuk yolunun bulunmadığını, bunun da AİHS'nin 13. maddesine aykırı olduğunu tespit etmiştir. Sonuç olarak, benzer davalarda ödenmesine karar verdiği tazminatları da dikkate alarak, eşitlik temelinde, başvurana, Ender Toğcu'nun eşi ve çocukları için 10.000 Euro manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir. Ayrıca, uğradığı manevi zarar için başvuranın kendisine 3.500 Euro ödenmesine karar vermiştir.

C.Mahkeme masrafları

159. Başvuran, başvurunun yapılırken ortaya çıkan ücretler ve masraflar için 21.192,34 sterlin talep etmiştir. Bu talep şunları kapsamaktadır:

(a)İngiltere'de Kürt İnsan Hakları Projesi için çalışan avukatlarının ücretleri için 11.729,99 Sterlin;

(b)Türkiye'deki avukatlarının ücretleri için 4.903,40 Sterlin;

(c)İngiltere'deki avukatlarının telefon, posta, fotokopi ve kırtasiye gibi idari masrafları için 2.268 Sterlin ve son olarak,

(d)Türkiye'deki avukatlarının telefon, posta, fotokopi ve kırtasiye gibi idari masrafları için 2.290,95 Sterlin.

160. Avukatlarının ücretlerine ilişkin taleplerini desteklemek için başvuran detaylı bir masraf tablosu sunmuştur.

161. Hükümet bu taleplere ilişkin herhangi bir görüş belirtmemiştir.

162. AİHM, başvuranın, AİHS kapsamındaki şikayetlerini yalnızca kısmen ortaya koyabildiğini ve sadece gerektiği ve gerçekten yapıldığı için tahakkuk eden adli masrafların ve harcamaların AİHS'nin 41. maddesi kapsamında tazmin edilebileceğini not eder. Elindeki bilgi temelinde değerlendirme yaparak AİHM, başvurana mahkeme masrafları için – uygulanabilecek herhangi bir katma değer vergisi hariç – Avrupa Konseyi'nden adli yardım olarak alınan 758 Euro çıkarılmak ve başvuranın İngiltere'deki temsilcilerinin başvuranca belirlenen hesabına Sterlin cinsinden yatırılmak üzere 10.000 Euro ödenmesine karar vermiştir.

D.Gecikme faizi

163. AİHM, gecikme faizi olarak Avrupa Merkez Bankası'nın uyguladığı faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranın benimsenmesinin uygun olduğu kanısındadır.

BU SEBEPLERDEN DOLAYI AİHM,

1.Hükümet'in ön itirazının reddine oybirliğiyle;

2.Sorumlu Devlet'in AİHS'nin 38. maddesinde ortaya konulmuş olan, olayları belirlemede AİHM'ye bütün gerekli olanakları sağlamak yükümlülüğünü yerine getirmedigine oybirliğiyle;

3.başvuranın kaybolmasından ötürü AİHS'nin 2. maddesinin ihlal edilmediğine oybirliğiyle,

4.Hükümet'in başvuranın oğlunun hayatını korumadığı iddiasına ilişkin olarak AİHS'nin 2. maddesinin ihlal edilmediğine oybirliğiyle;

5.Sorumlu Devlet'in yetkililerinin başvuranın oğlunun kaybolmasının koşullarına yönelik etkili soruşturma yapmamasıyla ilgili olarak AİHS'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine oybirliğiyle;

6.AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine oybirliğiyle;

7. AİHS'nin 5. maddesinin ihlal edilmediğine oybirliğiyle;

8. AİHS'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine oybirliğiyle;

9. Başvuranın AİHS'nin 14. maddesi kapsamındaki şikayetinin ayrıca incelenmesinin gerekli olmadığına bire karşı altı oyla;

10. Başvuranın AİHS'nin 18. maddesi kapsamındaki şikayetinin ayrıca incelenmesinin gerekli olmadığına oybirliğiyle;

11. AİHS'nin 34. maddesinin ihlal edilmediğine oybirliğiyle;

12. (a) sorumlu Devlet'in başvurana, oğlu Ender Toğcu'nun eşi ve iki çocuğu için, AİHS'nin 44 § 2. maddesi uyarınca kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde, ödeme tarihindeki kur üzerinden Yeni Türk Lirası'na çevrilmek ve başvuranın banka hesabına yatırılmak üzere 10.000 Euro (on bin Euro) manevi tazminat ve bu miktara uygulanabilecek her türlü vergiyi ödemesine;

(b) sorumlu Devlet'in başvurana, aynı üç aylık süre içinde, ödeme tarihindeki kur üzerinden Yeni Türk Lirası'na çevrilmek ve başvuranın banka hesabına yatırılmak üzere 3.500 Euro (üç bin beş yüz Euro) manevi tazminat ve bu miktara uygulanabilecek her türlü vergiyi ödemesine;

(c) sorumlu Devlet'in, başvurana, aynı üç aylık süre içinde, her türlü katma değer vergisi dahil olmak, Avrupa Konseyi'nden adli yardım olarak alınan 758 Euro (yedi yüz elli sekiz Euro) çıkarılmak ve ödeme tarihinde geçerli olan kur üzerinden Sterlin'e çevrilmek üzere İngiltere'deki temsilcilerinin, başvuran tarafından belirlenecek banka hesabına, mahkeme masrafları için 10.000 Euro (on bin Euro) yatırmasına;

(d) üç aylık sürenin aşılmasından ödeme gününe kadar geçen süre için Avrupa Merkez Bankası'nın uyguladığı faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranın gecikme faizi olarak uygulanmasına oybirliğiyle;

13. başvuranın adil tazmine ilişkin talebinin kalan kısmının reddine oybirliğiyle

KARAR VERMİŞTİR.

İngilizce hazırlanmış ve 31 Mayıs 2005 tarihinde Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77 §§ 2. ve 3. maddesi uyarınca yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

S. DOLLÉ
Sekreter

J.-P. COSTA
Başkan

AİHS'nin 45 § 2. maddesi ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 74 § 2. maddesi uyarınca, Yargıç Mularoni'nin kısmi muhalefet şerhi bu karara eklenmiştir..

J.-P. COSTA
S.D.

YARGIÇ MULARONI'NİN KISMİ MUHALEFET ŞERHİ

Çoğunluğun aksine, AİHM'nin, başvuranın AİHS'nin 14. maddesi kapsamında yaptığı şikayetini ayrıca incelemesi gerektiğine inanıyorum.

İstisnasız hepsi Kürt kökenli olan Türk vatandaşlarınca yapılan onlarca benzer başvuruyu inceledikten sonra ve sıklıkla AİHS'nin 2. ve 3. maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederek, AİHM'nin kanımca, AİHS'nin 14. maddesi kapsamında da ciddi bir sorun olabileceğini en azından mütalaa etmesi gereklidir.

Tabi ki bu, AİHM'nin nihayetinde daima bir 14. madde ihlali tespit edeceği anlamına gelmemektedir. Ancak, kanımca bu tip davalarda ayrımcılık yasağının önemli bir konu olmadığına eşit düşen çoğunluk kararına katılmıyorum.