



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS  
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

## AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

### İKİNCİ BÖLÜM

### KABUL EDİLEBİLİRLİK HAKKINDA KARAR

Başvuru No. 11947/12

KIRBAYIR / Türkiye

*Başkan,*

Robert Spano,

*Hâkimler,*

Marko Bošnjak,

Valeriu Grițco,

Egidijus Kūris,

Arnfinn Bårdsen,

Saadet Yüksel,

Peeter Roosma

ve *Bölüm Yazı İşleri Müdürü* Stanley Naismith'in katılımıyla 28 Nisan 2020 tarihinde Daire olarak toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm), 26 Ekim 2011 tarihinde sunulan yukarıda belirtilen başvuruyu, davalı Hükümet tarafından sunulan görüşleri ve başvurular tarafından cevap olarak sunulan görüşleri dikkate alarak gerçekleştirdiği kapalı oturumdaki müzakereler sonucunda aşağıdaki kararı vermiştir:

© T.C. Adalet Bakanlığı, 2020. Bu gayri resmî çeviri, Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı tarafından yapılmış olup, Mahkeme açısından bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu çeviri, davanın adının tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ile Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığına atıfta bulunmak suretiyle ticari olmayan amaçlarla alıntılanabilir.

## OLAY VE OLGULAR

1. Başvuranlar, Berfo Kırbayır (“birinci başvuran”) ve Mikail Kırbayır (“ikinci başvuran”) Türk vatandaşları olup, sırasıyla 1921 ve 1950 doğumludurlar ve İstanbul’da ikamet etmektedirler. Başvuranlar, Mahkeme önünde, İstanbul Barosuna bağlı Avukat E. Keskin tarafından temsil edilmişlerdir. Birinci başvuran, 21 Şubat 2013 tarihinde hayatını kaybetmiştir.

2. Türk Hükümeti (“Hükümet”) kendi görevlisi tarafından temsil edilmiştir.

### A. Davanın Koşulları

3. Davanın kendine özgü koşulları, taraflarca ifade edildiği şekliyle, aşağıdaki gibi özetlenebilir.

#### *1. Davanın Bağlamı*

4. Türkiye’de, 12 Eylül 1980 tarihinde, askeri müdahalenin (bundan sonra “askeri darbe” olarak anılacaktır) ardından sıkıyönetim ilan edilmiştir. Yasama ve yürütme yetkileri, darbenin ardından oluşturulan, Milli Güvenlik Konseyine verilmiştir. 1982 Anayasası uyarınca, bu Konsey tarafından kurulan hükümetlerin ve Kurucu Meclisin üyeleri, 12 Eylül 1980 tarihi ile darbenin ardından birinci genel seçimlerin yapıldığı 6 Kasım 1983 tarihi arasında verilen kararlara ilişkin olarak, cezai, mali ve hukuki bir dokunulmazlıktan yararlanmışlardır.

#### *2. Cemil Kırbayır’ın Kaybolması*

5. Birinci başvuranın oğlu ve ikinci başvuranın erkek kardeşi olan Cemil Kırbayır, 13 Eylül 1980 tarihinde, Kars Jandarma Komutanlığı binasında

gözaltına alınmıştır. Bir hafta sonra, Cemil Kırbayır, Artvin Sıkıyönetim Komutanlığına sevk edilmiştir.

6. Cemil Kırbayır, 7 Ekim 1980 tarihinde, sorgulanmak üzere, Dede Korkut Eğitim Enstitüsüne (Kars) sevk edilmiştir.

7. Polis memurları, 7 Ekim 1980 tarihinde, gece yarısı Cemil Kırbayır'ın babasının (I.K.) evinde bir arama yaptıkları sırada, I.K.'ya, Cemil Kırbayır'ın kaçtığını ve o zamandan beri bir daha görülmediğini bildirmişlerdir.

### *3. İdari Polis Soruşturması*

8. Polis, Cemil Kırbayır'ın kaybolması hakkında idari soruşturma başlatmıştır.

9. Polis memuru S.K.nın ifadesi alınmıştır. Polis memurları R.Ç. ve S.E. tarafından 8 Ekim 1980 tarihinde Cemil Kırbayır hakkında düzenlenen ifade tutanağından, ilgilinin 7 Ekim tarihinde saat 08.30 ile 11.30 arasında kaçtığı anlaşılmaktadır.

10. Polis memurları, M.A., E.T. ve M.A.A., aynı zamanda, 8 Ekim tarihinde, Cemil Kırbayır'ın kaçtığı iddiası hakkında dinlenmişlerdir.

11. Cemil Kırbayır'ın babası, 30 Temmuz 1981 tarihinde, oğlunun kaybolması konusunda Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı'na başvuruda bulunmuştur. Cemil Kırbayır'ın babası, başvurusu çerçevesinde, bir gardiyanın, polisler M.A., S.K. ve M.A.A. ile T. isimli bir kişi tarafından uygulanan işkencenin ardından ilgilinin hayatını kaybettiğini ve söz konusu kişilerin daha sonra cesedi yaktıklarını belirttiğini iddia etmiştir.

12. M.Z., 18 Ocak tarihli Valilik kararı üzerine, 20 Ocak 1982 tarihinde, Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü uyarınca, Cemil Kırbayır'ın kaçtığı iddiası hakkında idari bir soruşturma yürütmek üzere görevlendirilmiştir.

13. M.Z., 7 Haziran 1984 tarihinde, Cemil Kırbayır'ın babasının ve Cemil Kırbayır'ın gözaltına alındığı farklı yerlerde görevde bulunan on memurun ifadesini alınmasının ardından raporunu sunmuştur. M.Z., bu

raporunda, Cemil Kırbayır'ın babasının iddialarını doğrulayabilecek doğrudan görgü tanıklarının ya da Cemil Kırbayır'ın cesedinin yakıldığı yönündeki iddiayı doğrulayabilecek tanıkların bulunmadığını belirtmiştir. M.Z., 13 Ekim 1980 tarihinde, polis memurları M.A.A., E.T. ve M.A.nın Cemil Kırbayır'ın iddia edilen kaçıışı konusundaki sorumlulukları nedeniyle kınama cezası aldıklarını kaydederek, aynı olaylar nedeniyle söz konusu polis memurlarına ikinci bir disiplin cezasının verilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmıştır.

*4. 2002 Yılına Kadar Yürütülen Adli Soruşturma*

14. Erzurum Askeri Cumhuriyet Savcısı, 23 Kasım 1985 tarihinde, Cemil Kırbayır'ın kaybolması hakkında soruşturma yapmasının ardından, Elazığ Askeri Cumhuriyet Savcısı lehine yetkisizlik kararı vermiştir.

15. Elazığ Askeri Cumhuriyet Savcısı, 17 Nisan 1986 tarihinde, iddia edilen olayların askeri mahkemelerin yetkisi kapsamına girmediği gerekçesiyle, Kars Cumhuriyet Savcısı lehine görevsizlik kararı vermiştir.

16. Türkiye, 28 Ocak 1987 tarihinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ("Sözleşme") organları önünde bireysel başvuru hakkını tanımıştır.

17. Kars Cumhuriyet Savcısı, 3 Ekim 2002 tarihinde, olayların zamanaşımına uğraması nedeniyle kamu davasının sona erdiği gerekçesiyle, kovuşturmayla yer olmadığına karar vermiştir (No. 1986/1279).

18. Dosyada, Cemil Kırbayır'ın babasına bu farklı kararlara ilişkin tebligatın yapıp yapılmadığı veya ilgilinin bu kararlara itiraz edip edemediği hususunda herhangi bir bilgi bulunmamaktadır. Başvuran taraf, bunu belirtmemiştir.

*5. 2002 Yılıının Ardından Yürütülen Adli Soruşturma*

19. 1980 Anayasası'nın geçici 15. maddesi, askeri darbenin ardından oluşturulan Milli Güvenlik Konseyine, yasama ve yürütme yetkilerini vermiştir. Bu madde uyarınca, söz konusu Konsey tarafından oluşturulan

hükümetlerin ve Kurucu Meclisin üyeleri, 12 Eylül 1980 ile genel seçimlerin yapıldığı 6 Kasım 1983 tarihleri arasında verilen kararlara ilişkin olarak cezai, mali ve hukuki dokunulmazlıktan yararlanmışlardır: Bu kararlar nedeniyle, herhangi bir yargılama makamı önünde kendileri hakkında herhangi bir dava açılmamaktaydı. 12 Eylül 2010 tarihinde düzenlenen referandumun sonunda, bu madde yürürlükten kaldırılmıştır.

20. 2011 yılında, aydınlatılmayan koşullarda kayıp kişilerin neler yaşadığını tespit etmek amacıyla Millet Meclisi tarafından kurulan Komisyona (“Kayıp Kişileri Araştırma Komisyonu”) başvurulması üzerine, Kars Cumhuriyet Savcısı, Cemil Kırbayır’ın kaybolması hakkında ceza soruşturması (No. 2011/899) başlatmıştır.

21. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili değişiklik, 23 Eylül 2012 tarihinde, Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru yolunu düzenlemiştir: Bu tarihten itibaren kesinleşen bütün kararlara, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından korunan temel hak ve özgürlükleri ileri süren yargılanabilir kişiler tarafından Anayasa Mahkemesi önünde itiraz edilebilmekteydi.

22. 3 Ekim 2002 tarihli kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar, 11 Ekim 2013 tarihinde, Kars Cumhuriyet Savcısı tarafından yürütülen 2011/899 No.lu soruşturma dosyasına eklenmiştir. Bu karar, 10 Ocak 2014 tarihinde başvuranlara tebliğ edilmiştir.

23. İkinci başvuran, 13 Ocak 2014 tarihinde, bu karara karşı itirazda bulunmuştur (No. 1986/1279).

24. Ardahan Asliye Ceza Mahkemesi, 20 Mart 2014 tarihinde, birinci olarak, Anayasa’nın geçici 15. maddesinin yürürlükten kaldırılmasını, ikinci olarak, Kayıp Kişileri Araştırma Komisyonu tarafından yürütülen soruşturmayı ve üçüncü olarak, Kars Cumhuriyet Savcısı’nın aynı olaylar hakkında bir başka soruşturma (No. 2011/899) yürütmekte olduğunu dikkate alarak, kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararı iptal etmiştir.

Ardahan Asliye Ceza Mahkemesi, bu davanın (No. 1986/1279) devam eden soruşturmayla (No. 2011/899) birleştirilmesini talep ederek, bu davayı Kars Cumhuriyet Savcılığına göndermiştir.

25. Kars Cumhuriyet Savcısı, dolayısıyla, Cemil Kırbayır'ın kaybolması hakkında 2011/899 No.lu dava kapsamında yeni bir ceza soruşturması başlatmıştır. Kars Cumhuriyet Savcısı, aşağıdaki araştırmaları yürütmüştür:

- Cemil Kırbayır'ın gözaltına alındığı binaların belirlenmesi;
- Olayların meydana geldiği tarihte ilgili yerlerde görevde bulunan memurların (jandarmalar, polisler, gizli servislerin üyeleri) tespit edilmesi;
- Tanıkların dinlenmesi (B.K., S.S., M.A., Ç.A. ve M.Ö.) ;
- Olayların meydana geldiği dönemde görevde bulunan gizli servislerin üyeleri (Z.T. ve E.Y.) hakkında Başbakan'dan soruşturma izninin alınması.

26. Cumhuriyet Savcısı aynı zamanda, gizli servislerden, kendisine 11 Şubat 2015 tarihinde iletilen, Cemil Kırbayır'ın kaybolması hakkında 17 Temmuz 1981 tarihli bir not almıştır.

27. Taraflarca sunulan bilgilerden ve dava dosyasına eklenen belgelerden, Kars Cumhuriyet Savcılığı tarafından yürütülen soruşturmanın halen devam ettiği anlaşılmaktadır. Başvuran taraf, Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuruda bulunmamıştır.

#### *6. Kayıp Kişileri Araştırma Komisyonunun Raporu*

28. Kayıp Kişileri Araştırma Komisyonu, istihbarat servislerinin memurlarını ve Cemil Kırbayır'ın kaybolduğu dönemde Kars'ta görevde bulunan polis memurlarını dinlemesinin ardından, 26 Mayıs 2011 tarihinde raporunu sunmuştur. Söz konusu Komisyon, bu raporda, diğerlerinin yanı sıra, aşağıdaki tespitlerde bulunmuştur:

“(…) Araştırma Komisyonu, olayların meydana geldiği dönemde C. Kırbayır ile aynı yerde gözaltında tutulan kişilerin tanık ifadelerinin güvenilir olduğu kanısına varmaktadır. Araştırma Komisyonu, [olayların meydana gelmesinden itibaren] geçen yıllara rağmen, tanıkların açık ve tutarlı bir şekilde ifade verdikleri kanaatine

## KIRBAYIR / TÜRKİYE KARARI

varmaktadır. Araştırma Komisyonu, C. Kırbayır'ın, gözaltında bulunduğu sırada, ölümüne yol açan işkence eylemlerine maruz kaldığını tespit etmektedir. İlgilinin ölümüne neden olan kamu görevlileri, ilgilinin cesedini ortadan kaldırmışlardır.

Olayların meydana geldiği dönemde, Kars yargılama makamları, işkence eylemlerine, cinayetlere veya insanlık dışı muamelelere karışan kişilerin cezasız kaldıkları yönünde, toplumda yaygın olan görüşü besleyen cinayet ve işkence iddiaları hakkında resmi bir soruşturma açmamışlardır.

Eylemlerin tekrarıyla, olayların meydana geldiği dönemde genel bir duruma karşılık gelen, işkence ya da kötü muamele eylemlerinin işlendiği anlaşılmalıdır. Resmi tolerans ile, yasaya aykırı olmasına rağmen, işkence eylemlerinin veya kötü muamelelerin tolere edildiği anlaşılmalıdır: Bu eylemlerden doğrudan sorumlu olan kişilerin amirleri, söz konusu eylemlerden haberdar olmaktadırlar, ancak bu eylemlerin faillerini cezalandırmak veya bunların tekrar etmesini önlemek için herhangi bir şey yapmamaktadırlar.

12 Eylül 1980 tarihli darbenin ardından ve 1990 yıllarının ortasına kadar, yargısız infazlar, aydınlatılmayan siyasi cinayetler, işkence eylemleri ve bütün ülkede yapılan kötü muameleler kamuoyunda ciddi endişelere yol açmıştır.

Mevcut davanın incelenmesi kapsamında, olayların meydana geldiği dönemde görevde bulunan askeri personelin tespit edilmesi ve dinlenmesi taleplerine Savunma Bakanlığı tarafından herhangi bir cevap verilmemesi, ciddi işkence eylemlerine ve yaşam hakkının ihlaline yol açabilecek tolerans şeklindeki, ilgili personele karşı resmi bir toleransın varlığı hakkında Komisyonun şüphelerini güçlendirmiştir (...)"

### *7. Askeri Darbenin Faillerinden İki Hakkında Açılan Ceza Davası*

29. Anayasa'nın geçici 15. maddesinin yürürlükten kaldırılmasının ardından, 3 Ocak 2012 tarihinde, Ankara Cumhuriyet Savcısı, 12 Eylül 1980 tarihli askeri darbenin faili olan generaller arasında yer alan, Kenan Evren ve Tahsin Şahinkaya hakkında ceza davası açmıştır.

30. Başvuranlar, 6 Nisan 2012 tarihinde, bu davaya müdahil taraf olarak katılmışlardır.

31. Ankara Ağır Ceza Mahkemesi, 18 Haziran 2014 tarihinde, söz konusu iki generali müebbet hapis cezasına mahkûm etmiştir. Ankara Ağır

Ceza Mahkemesi, anayasal düzene zarar verme teşebbüsüne ilişkin olarak, özellikle zamanaşımı süresinin sona ermesinin Anayasa'nın geçici 15. maddesinin yürürlüğe girmesiyle 9 Kasım 1982 tarihinde askıya alındığı ve söz konusu sürenin, bu maddenin referandumun sonuçlarına uygun olarak yürürlükten kaldırıldığı 12 Eylül 2010 tarihinde yeniden başladığı kanısına varmıştır.

32. Yargılama sırasında, iki general hayatını kaybetmiştir.

33. Yargıtay, 21 Haziran 2016 tarihli kararla, generallerin ölümü nedeniyle Ankara Ağır Ceza Mahkemesinin kararını bozmuştur.

34. Dosyada, bu yargılamaya ilişkin daha sonra yaşanan bir gelişmeyle ilgili herhangi bir bilgi bulunmamaktadır.

## ŞİKÂyetLER

35. Başvuranlar, Sözleşme'nin 2. maddesine dayanarak, yaşam hakkının ihlal edilmesinden şikâyet etmektedirler. Başvuranlar, yakınlarının Devlet memurları tarafından öldürüldüğünü iddia etmek için Kayıp Kişileri Araştırma Komisyonunun raporuna dayanmışlardır.

36. Başvuranlar, Sözleşme'nin 6. maddesine dayanarak, ceza yargılamasının adil olmadığını ve aşırı uzun sürdüğünü ileri sürmektedirler. Başvuranlar aynı zamanda, ulusal mahkemelerin tarafsızlık ve bağımsızlıktan yoksun olduklarını iddia etmektedirler.

37. Başvuranlar, Sözleşme'nin 13. maddesine atıfta bulunarak, Sözleşme kapsamında dile getirdikleri şikâyetleri ileri sürmek için herhangi bir iç hukuk yoluna sahip olmamalarından şikâyet etmektedirler.

## HUKUKİ DEĞERLENDİRME

38. Başvuranlar, yakınlarının Devlet görevlileri tarafından öldürüldüğünü ve davayı inceleyen ulusal mahkemelerin ilgili hukuk yolunu



etkisiz kılacak şekilde özen göstermediklerini iddia etmektedirler. Başvuranlar, Sözleşme'nin 2, 6. ve 13. maddelerini ileri sürmektedirler.

39. Mahkeme, başvuranların şikâyetlerinin dile getirilme şeklini ve davaya ilişkin olay ve olguların seyirini dikkate alarak, mevcut davada ortaya konulan başlıca hukuki sorunun yalnızca Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamında yer aldığı kanısına varmaktadır. Söz konusu maddenin somut olaya ilişkin kısmı aşağıdaki gibidir:

“1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur (...)”

## I. İLK DEĞERLENDİRME

40. Hükümet, 26 Ekim 2011 tarihinde başvurusunu sunan birinci başvuranın 21 Şubat 2013 tarihinde hayatını kaybettiğini belirtmektedir. Hükümet, ölüm tarihini belirten nüfus kayıt örneğini sunmakta ve mirasçılarının yargılamayı takip etmek istediklerini belirtmediklerini ifade etmektedir. Sonuç olarak, Hükümet, Mahkemedен, başvurunun ilgili tarafından sunulan şikâyetlere ilişkin kısmını kayıttan düşürmesini talep etmektedir.

41. Başvuran tarafın avukatı, Hükümetin bu itirazı hakkında herhangi bir görüş belirtmemiştir.

42. Mahkeme, bir başvuranın yargılama sırasında hayatını kaybetmesi ve herhangi bir mirasçının veya yakın akrabasının davayı takip etmek istememesi halinde, uygulama gereği başvuruları kayıttan düşürdüğünü hatırlatmaktadır (bk., özellikle, *Hirsi Jamaa ve diğerleri/İtalya* [BD], No. 27765/09, § 57, AİHM 2012).

43. Davanın koşulları ışığında, Mahkeme, birinci başvuranla ilgili olarak, başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir nedenin bulunmadığı kanısına varmaktadır (Sözleşme'nin 37. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi). Öte yandan, Mahkeme, birinci başvuranın ileri sürdüğü şikâyetlerin ikinci başvuranın ileri sürdüğü ve aşağıda incelenen şikâyetlerle

aynı olduğunu gözlemlemektedir. Bu koşullarda, Mahkeme, birinci başvuranın başvurusunun incelenmesinin devamını gerektirebilecek, Sözleşme ve Protokolleri tarafından güvence altına alınan insan haklarına saygı ilkesine ilişkin herhangi bir gerekçe tespit etmemektedir (Sözleşme'nin 37. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesi (*in fine*) - özellikle bk., *Lütfiye Zengin ve diğerleri/Türkiye*, No. 36443/06, § 34, 14 Nisan 2015, ve *Adıgüzel ve diğerleri/Türkiye*, No. 65126/09, § 18, 13 Şubat 2018).

44. Dolayısıyla, Mahkeme, başvurunun birinci başvuranla ilgili kısmının kayıttan düşürülmesine ve başvurunun geri kalan kısmının incelenmesinin sürdürülmesine karar vermektedir.

## II. İLK İTİRAZLAR

### A. Tarafların İddiaları

45. Hükümet, başvurunun aşağıdaki gerekçelerle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

- Sözleşme hükümleriyle zaman bakımından (*ratione temporis*) bağdaşmazlık söz konusu olmuştur, zira başvuran tarafın iddiaları, Mahkemenin yetkisinin Türkiye tarafından tanınmasından önce meydana gelen olaylarla ilgilidir.

- Başvuran taraf, altı ay süre kuralına riayet etmemiştir. Başvuran taraf, şikâyetlerini ulusal mahkemeler önüne özenle taşımak yerine, çok uzun bir süre boyunca tepkisiz kalmıştır.

- Başvuran taraf, iç hukuk yollarını tüketmemiştir. Başvuran taraf, davanın halen Kars Cumhuriyet Savcısı'nın önünde olduğu sırada, 26 Ekim 2011 tarihinde Mahkemeye başvurusunu sunmuştur. Dahası, Hükümet, başvuran tarafın Mahkemeye başvurmadan önce, 23 Eylül 2012 tarihinde oluşturulan, Anayasa Mahkemesi önündeki bireysel başvuru yolunu kullanması gerektiği kanısına varmaktadır.

46. Hükümet, iddiasını desteklemek amacıyla, askeri darbenin ardından işlenen eylemlere ilişkin olarak bir bireysel başvuruyla ilgili Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu tarafından verilen bir kararın nüshasını sunmaktadır (*Zeycan Yedigöl*, No. 2013/1566, 10 Aralık 2015). Hükümet, Anayasa Mahkemesinin, bu kararda, Anayasa'nın geçici 15. maddesinin - yasama ve yürütme yetkilerini kullanan - bu Konsey tarafından kurulan hükümetlerin ve Kurucu Meclisin üyelerinin 12 Eylül 1980 ve 6 Kasım 1983 tarihleri arasında verilen kararlara ilişkin olarak cezai, mali ve hukuki bir dokunulmazlıktan yararlanmaları nedeniyle, askeri darbenin ardından kurulan Milli Güvenlik Konseyi üyelerine yönelik bir koruma sunduğu, ancak buna karşın, söz konusu maddenin, görevlerini yerine getirdikleri sırada bireysel suçlar işleyen memurlara yönelik bir koruma sunmadığı kanaatine vardığını ileri sürmektedir.

47. Başvuran taraf, 2011 yılının Ekim ayında Mahkemeye başvurusunu sunduğu ve Anayasa Mahkemesi önündeki bireysel başvuru yolunun yalnızca 23 Eylül 2012 tarihinde düzenlendiği yönünde cevap vermektedir. Dolayısıyla başvuran taraf, iç hukuk yollarının tüketilmesi amacıyla bu hukuk yolunu kullanmasının gerekmediğini belirtmektedir.

## **B. Mahkemenin Değerlendirmesi**

### *1. Genel İlkeler*

48. Mahkeme, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının, Sözleşmeciler Devletlere, kendilerinin yaptığı iddia edilen ihlalleri, bu iddiaların Mahkemeye sunulmasından önce önleme veya telafi etme fırsatını sunmayı amaçladığını hatırlatmaktadır (*Selmouni/Fransa* [BD], No. 25803/94, § 74, AİHM 1999-V). Bu kural, iç hukuk düzeninin, iddia edilen ihlalle ilgili olarak etkin bir hukuk yolu sunduğu varsayımına dayanmaktadır ve bu varsayım, Sözleşme'nin 13. maddesine konu edilmekte ve bu maddeyle sıkı bir bağlantısı bulunmaktadır. Böylelikle bu kural, Sözleşme tarafından

oluşturulan koruma mekanizmasının, insan haklarını güvence altına alan ulusal sistemlere nazaran ikincil bir nitelik taşımasını öngören ilkenin önemli bir yönünü teşkil etmektedir (*Vučković ve diğerleri/Sırbistan* (ilk itiraz) [BD], No. 17153/11 ve diğer 29 başvuru, §§ 69-70, 25 Mart 2014).

49. Mahkeme daha önce, Sözleşme'nin 2. maddesinin (*Öztünç/Türkiye*, No. 14777/08, §§ 50-60, 9 Şubat 2016) ve 3. maddesinin (*Şükrü Yıldız/Türkiye*, No. 4100/10, §§ 42-45, 17 Mart 2015) ihlaline ilişkin iddialarla ilgili davalar kapsamında, Hükümet tarafından somut olayda ileri sürülen itiraza benzer itirazları incelemiş ve bu itirazları reddetmiştir. Mahkeme, bu davalarda, iç hukuk yollarının tüketilmesi hususunun başvuruların yapıldığı tarihte değerlendirilmesi gerektiği ve sonuç olarak, başvuranların Anayasa Mahkemesine başvurmalarının gerekli olmadığı sonucuna varmak için, başvuruların başlangıçtaki olaydan birkaç yıl sonra yapıldığını dikkate almıştır (*Şükrü Yıldız* davasında yaklaşık dokuz yıl ve *Öztünç* davasında yirmi dört yıldan fazla bir süre). Ayrıca, Mahkeme, *Sıdıka İmren/Türkiye* (No. 47384/11, §§ 49-51, 13 Eylül 2016), *Mızrak ve Atay/Türkiye* (No. 65146/12, § 46, 18 Ekim 2016) ve *Müftüoğlu ve diğerleri/Türkiye* (No. 34520/10 ve diğer 2 başvuru, § 54, 28 Şubat 2017) davalarında bu yönde karar vermiştir. Bu davalarda, makamların tepkisinin Sözleşme'nin 2 ve 3. maddelerinin gereklilikleriyle uyumlu olup olmadığının belirlenmesi söz konusu olmuştur: Soruşturma ve yargılamaların Mahkemeye başvurulduğu tarihte uzun yıllardan beri derdest olması nedeniyle, söz konusu durum, bu tarihte, soruşturma yükümlülüğünün içerdiği ivedilik ve özen gerekliliğinin yerine getirilmemesini teşkil edecek niteliktedir (aksi yönde bir karar için (*a contrario*) bk., *Şefika Ak/Türkiye* (k.k.), No. 38628/10, §§ 37 ve 38, 27 Kasım 2010, bu davada başvuru, iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle reddedilmiştir, zira başvuru başlangıçtaki olayın ardından iki yıldan daha kısa bir süre sonra yapılmış ve ardından iç hukuk gelişme göstermiştir).

50. İç hukuk yollarının tüketilmesi hususu, genel olarak, başvurunun sunulduğu tarihte değerlendirilmektedir. Bununla birlikte, Mahkemenin birçok defa belirttiği gibi, bu kural, her davanın kendine özgü koşullarıyla haklı gösterilebilecek istisnaları kabul etmektedir (*Müdür Turgut ve diğerleri/Türkiye* (k.k.), No. 4860/09, § 45, 26 Mart 2013). Böylelikle Mahkeme, başvurunun bu bireysel başvuru yolunun düzenlenmesinden önce kendisine sunulmasına (yukarıda belirtilen *Şefika Ak* kararı, §§ 43 ve 44) veya iç hukuktaki yargılamanın bu hukuk yolunun düzenlendiği tarihte yetkili ulusal mahkemeler önünde derdest olmasına (*Uzun/Türkiye* (k.k.), No. 10755/13, §§ 52, 68 ve 69, 30 Nisan 2013) rağmen, Türkiye hakkında yapılan başvuruları Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru yolunun düzenlenmesinin ardından incelediği sırada bu kuraldan uzaklaşmıştır.

51. Somut olayda, Mahkeme, 2014 yılının Mart ayında, Kars Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen, 1986/1279 sayılı kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın Ardahan Asliye Ceza Mahkemesi tarafından iptal edildiğini ve söz konusu mahkemenin dosyanın 2011/899 sayılı dosyayla birleştirilmesini talep ederek, dosyayı Kars Cumhuriyet Savcılığı'na gönderdiğini ve Cemil Kırbayır'ın kaybolmasından sorumlu olduğu iddia edilen kişiler hakkında açılan ceza soruşturmasının halen derdest olduğunu gözlemlemektedir. Sonuç olarak, Mahkeme, yalnızca Hükümetin başvuran tarafın, davanın kendisi önüne taşınmasından önce, Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru yolunu kullanması gerektiğini ileri sürmesi nedeniyle iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle, kabul edilemezlik itirazını inceleyecektir.

## 2. Genel İlkelerin Mevcut Davaya Uygulanması

52. Mahkeme daha önce, 23 Eylül 2012 tarihinden beri açık olan Anayasa Mahkemesi önündeki bireysel başvuru yolunun Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından korunan temel hak ve özgürlüklerin ihlalinden dolayı mağdur oldukları kanısına varan kişilerin iç

hukuk yollarının tüketilmesi amacıyla kullanmaları gereken bir hukuk yolu olduğunu dile getirme fırsatını bulmuştur (yukarıda belirtilen *Uzun* kararı, § 69).

53. Hükümet, başvuran tarafın Mahkemeye sunduğu iddialar konusunda Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunmadığını ileri sürmektedir. Bu itiraz hakkında karar vermek için, Mahkeme, taraflarca dosyaya eklenen unsurları ve başvurunun yapılmasının ardından iç hukukta meydana gelen, mevzuatla, yasalarla ve usulle ilgili yeni olayları inceleyecektir.

54. Başvuran taraf, 26 Ekim 2011 tarihinde başvurusunu yapmıştır. Başvuran taraf, başvurusunda, Devletin Sözleşme'nin 2. maddesinden doğan usuli yükümlülüğünü yerine getirmediğini ileri sürmektedir. Başvuran tarafın Mahkemeye başvurduğu tarihte, Cemil Kırbayır'ın kaybolması hakkında Kars Cumhuriyet Savcısı tarafından yürütülen soruşturma halen derdesttir. 12 Eylül 2010 tarihli referandumdan sonra Anayasa'nın geçici 15. maddesinin yürürlükten kaldırılmasının ardından, olayların zamanaşımına uğraması nedeniyle verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar, Kars Asliye Ceza Mahkemesinin Başkanı tarafından iptal edilmiştir. Öte yandan, Kayıp Kişileri Araştırma Komisyonu, Cemil Kırbayır'ın kaybolması konusunda Kars Cumhuriyet Savcısı'na başvurmuştur. Ardahan Asliye Ceza Mahkemesinin Başkanı, Kars Cumhuriyet Savcılığı tarafından başlangıçta yürütülen soruşturmanın Cemil Kırbayır'ın kaybolduğu koşulların tespit edilmesi amacıyla, Komisyona başvurulması üzerine açılan soruşturma ile birleştirilmesine karar vermiştir. Son olarak, 2015 yılında, Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, bir karar vermiş ve bu kararda, Anayasa'nın geçici 15. maddesinin - yasama ve yürütme yetkilerini kullanan - Milli Güvenlik Konseyi tarafından kurulan hükümetlerin üyeleri ve Kurucu Meclisin üyelerinin 12 Eylül 1980 ve 6 Kasım 1983 tarihleri arasında verilen kararlara ilişkin olarak cezai, mali ve hukuki bir dokunulmazlıktan yararlanmaları nedeniyle, askeri darbenin ardından kurulan Milli Güvenlik Konseyi üyelerine yönelik bir koruma

sunduğu, ancak buna karşın, söz konusu maddenin, görevlerini yerine getirdikleri sırada bireysel suçlar işleyen memurlara yönelik bir koruma sunmadığı kanaatine varmıştır.

55. Mahkeme, taraflarca dosyaya eklenen unsurları dikkate alarak, Cemil Kırbayır'ın kaybolmasının ardından ceza soruşturmasının açıldığını, ancak Türkiye'nin Mahkeme organlarının yetkisini tanıdığı 28 Ocak 1987 tarihi ile Kars Cumhuriyet Savcısı'nın zamanaşımı nedeniyle kamu davasının sona erdiği gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verdiği 3 Ekim 2002 tarihi arasında, başvuran tarafın görüşüne göre ceza soruşturmasını yeniden başlatmak için herhangi bir girişimde bulunmadığını tespit etmektedir. Başvuran taraf, görüşlerinde, bu tespitin aksini söyleyebilecek nitelikte herhangi bir unsur ileri sürmemektedir. 2002 yılından 2011 yılına kadar, dokuz yıl boyunca, başvuran tarafın herhangi bir eylemde bulunmadığı anlaşılmaktadır - en azından, dosyada bu süre boyunca ulusal makamlar tarafından yürütülen soruşturmanın usuli yönüne ilişkin herhangi bir unsur bulunmamaktadır ve dosya, başvuran tarafın ceza soruşturmasını yeniden başlatmaya çalışıp çalışmadığının belirlenmesine imkân vermemektedir. Buna karşın, 2011 yılından itibaren, soruşturmanın yeniden başlatılmasına imkân veren yeni olaylar ortaya çıkmıştır.

56. Mahkemenin değerlendirmesine sunulan unsurlardan, Kayıp Kişileri Araştırma Komisyonu'nun 2011 yılında kurulmasının, soruşturmanın usuli yönünü yeniden başlatacak nitelikte yeni bir olay teşkil ettiği anlaşılmaktadır. Ayrıca, bu tarihten itibaren, başvuran taraf, yetkili ulusal makamlar tarafından yürütülen farklı araştırmalarla yakından ilişkili olmuştur. Dolayısıyla, 2011 yılından itibaren söz konusu durumla ilgili gelişmenin başvuran tarafın yakınının kaybolması hakkında soruşturma yapma yönündeki usuli yükümlülüğü yeniden başlatacak nitelikte olduğu sonucuna varmak gerekmektedir. Bir diğer önemli unsur, Mahkemeye başvurmadan önce ulusal düzeyde kullanılması gereken son hukuk yolu

olan, Anayasa Mahkemesi önündeki bireysel başvuru yolunun 23 Eylül 2012 tarihinde düzenlenmesidir.

57. Mahkeme, *Zeycan Yedigöl* (yukarıda belirtilen karar) kararında, Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın geçici 15. maddesinin, askeri darbenin faillerine belirli bir süre boyunca alınan tedbirlere ilişkin olarak cezai, mali ve hukuki bir dokunulmazlık sunduğu, ancak görevlerini yerine getirdikleri sırada bireysel suçlar işleyen memurlara yönelik herhangi bir koruma sunmadığı kanaatine vardığını kaydetmektedir. Mahkeme, Kars Asliye Ceza Mahkemesi'nin Anayasa'nın geçici 15. maddesinin yürürlükten kaldırılmasını dikkate alarak kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararı iptal etmek için dayandığı gerekçenin bu karara uygun olmadığını gözlemlemektedir. Mahkeme aynı zamanda, taraflarca iletilen bilgilerden, Kars Cumhuriyet Savcısı'nın olayların zamanaşımına uğraması nedeniyle kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verdiğinin ve Asliye Ceza Mahkemesinin, Anayasa'nın geçici 15. maddesinin yürürlükten kaldırılmasının askeri darbenin ardından işlenen suçlar için zamanaşımı sürelerinin akışını durdurduğu gerekçesiyle, bu kararı iptal ettiğinin anlaşıldığını tespit etmektedir. Anayasa Mahkemesinden daha alt düzeydeki bir mahkeme tarafından ileri sürülen bu gerekçe, Anayasa Mahkemesi'nin denetimine ve takdirine sunulmamıştır.

58. Böylelikle, ilk derece mahkemesi olan Asliye Ceza Mahkemesi tarafından somut olayda ileri sürülen gerekçeler ve yürürlükte olan ulusal Kanun'u yorumlamak için son kararı vermeye yetkili mahkeme olan Anayasa Mahkemesi tarafından *Zeycan Yedigöl* (yukarıda belirtilen karar) kararında ileri sürülen gerekçeler taban tabana zıttır. Mahkeme, görevinin insan haklarını güvence altına alan ulusal sistemlerin görevine nazaran ikincil bir nitelik taşıdığını ve yargılamanın bu aşamasında, Mahkemenin iç hukuka saygı gösterilip gösterilmediğini denetleme yetkisinin sınırlı olduğunu hatırlatmaktadır (*Radomilja ve diğerleri/Hırvatistan* [BD], No.37685/10 ve 22768/12, § 149, 20 Mart 2018). Ulusal hukuku



yorumlama ve uygulama görevi, Avrupa Mahkemesine ait değildir ve bu görev öncelikle, ulusal makamlara aittir. Özellikle, insan haklarını güvence altına alan ulusal sisteme ilişkin yüksek mahkeme olarak, alt mahkemelerin içtihatlarını denetleme görevi Anayasa Mahkemesi'ne aittir.

59. Sonuç olarak, Mahkeme, başvurunun yapılmasının ardından iç hukukta meydana gelen mevzuatla, yasalarla ve usulle ilgili yeni olayları göz önünde bulundurarak, başvuran tarafın kendisine başvurmadan önce Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuruda bulunmakla yükümlü olduğu kanaatine varmaktadır. Bu hukuk yolunun, başvuran tarafın Sözleşme'nin 2. maddesinden doğan yükümlülüklerin Devlet tarafından yerine getirilmemesi iddiası bağlamında belirttiği şikâyete ilişkin olarak, başvuran tarafa uygun bir telafi elde etme imkânı vermediğinin belirtilmesini sağlayacak herhangi bir unsur bulunmamaktadır (yukarıda belirtilen *Şefika Ak* kararı, § 40).

60. Bu bağlamda, kendisine bireysel başvuru sunulan Anayasa Mahkemesi yaşam hakkının usuli yönünün ihlal edildiği sonucuna vardığında, Anayasa Mahkemesi'nin aynı zamanda ihlale son verecek nitelikte bir telafiyi belirttiğini kaydetmek gerekmektedir: Anayasa Mahkemesi, örnek olarak, tespit ettiği ihlallere çözüm getirilmesi için soruşturmanın yeniden açılması talimatını vererek, davayı Cumhuriyet Savcısı'na geri gönderebilmektedir. Mahkemenin kanaatine göre, bu husus, bilhassa başvuruda bulunan kişinin Sözleşme'nin 2 veya 3. maddelerini ileri sürmesi halinde, Türkiye'de 23 Eylül 2012 tarihinde düzenlenen bireysel başvuru yolunun temelidir (yukarıda belirtilen *Şefika Ak*, § 43, ve *Mehmet Kaya/Türkiye*, No. 9342/16, §§ 39-43, 20 Mart 2018 kararları).

61. Dahası Mahkeme, daha önce, 23 Eylül 2012 tarihinde düzenlenen Anayasa Mahkemesi önündeki bireysel başvuru yolunun, Sözleşme'yle, bilhassa Sözleşme'nin 2. maddesiyle korunan hak ve özgürlüklere ilişkin ihlallere karşı etkin bir hukuk yolu teşkil ettiği ve yeterli tazmin olanakları sunduğu kanısına varmıştır. Mahkeme böylelikle, kendisi önüne taşınan

şikâyetlerin, alt düzeydeki mahkemeler veya Anayasa Mahkemesi önünde derdest olan bir davaya konu edilen olaylarla ilgili olduğu gerekçesiyle, iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle birçok başvuruyu reddetmiştir. Başvuranların Anayasa Mahkemesi önündeki bireysel başvuru yolunun etkinliği hakkında şüphe duymaları halinde, yalnızca bir başvuru yolunun etkinliğine ilişkin şüphelerin duyulmasının yargılanabilir kişiyi bu başvuru yolunu kullanmaktan muaf tutmadığını hatırlatarak ve öte yandan, mevcut davada başvuranları Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru yolunu kullanma yükümlülüğünden muaf tutacak nitelikte özel bir koşulun bulunmadığını tespit ederek, bu iddiayı reddetmiştir (*Ahmet Tunç ve diğerleri/Türkiye* (k.k.), No. 4133/16 ve 31542/16, §§ 109, 110, 129 ve 130, 29 Ocak 2019). Yalnızca olumsuz olarak sonuçlanacağı açık olmayan belirli bir başvuru yolunun başarıya ulaşip ulaşamayacağına dair şüphe duyulması olgusu, söz konusu hukuk yolunun kullanılmamasını haklı gösterecek nitelikte bir sebep teşkil etmemektedir (yukarıda belirtilen *Vučković ve diğerleri* kararı, § 74, *Mocanu ve diğerleri/Romanya* [BD], No. 10865/09 ve diğer 2 başvuru, § 223, AİHM 2014 (özetler) ve *Gherghina/Romanya* (kk.), No. 42219/07, § 86, 9 Temmuz 2015). Ayrıca, mevcut durumda, başvuran taraf Anayasa Mahkemesi önündeki bireysel başvuru yolunun etkin olmadığını iddia etmemiştir.

62. Ulusal makamların iddia edilen Sözleşme ihlallerini düzeltmek için gereken tedbirleri almak amacıyla en iyi konumda bulunmaları nedeniyle, davaların incelenmesinin ve davalarda ileri sürülen sorunların çözülmesinin mümkün olduğunca ulusal düzeyde gerçekleştirilmesi, Sözleşme mekanizmasının etkinliği gibi başvuran tarafın menfaati bağlamında da - ve ikincilik ilkesine uygun olarak - tercih edilebilmektedir (bk., bu davaya uygulanabildiği ölçüde, (*mutatis mutandis*), *El-Masri /Eski Makedonya Yugoslav Cumhuriyeti* [BD], No. 39630/09, § 141, AİHM 2012). Bu bağlamda, Mahkeme, Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel başvuru hakkında verilen kararın başvuran tarafın endişelerini gidermemesi halinde,

KIRBAYIR / TÜRKİYE KARARI

başvuran tarafın Mahkemeye yeni bir başvuru sunmasının mümkün olabileceğini hatırlatmaktadır (bk., diğer kararlar arasında, *Karen Harrison ve diğerleri/Birleşik Krallık* (k.k.), No. 44301/13, § 59, 25 Mart 2010, *Kadriye Ceylan/Türkiye* (k.k.), No. 22261/10, § 176, 6 Ocak 2015, *Şehap Korkmaz/Türkiye* (k.k.), No. 64200/13, § 31, 25 Mart 2014, ve *Altuğ Müştak Berker ve diğerleri/Türkiye* (k.k.), No. 54769/13, § 14, 20 Ekim 2015). Mahkeme, her halükarda, son olarak, Anayasa Mahkemesinin içtihadının kendi içtihadıyla uyumlu olup olmadığını denetleme imkânını saklı tutmaktadır (yukarıda belirtilen *Uzun* kararı, § 71).

63. Sonuç olarak, başvuru, Sözleşme'nin 35. maddesinin 1 ve 4. fıkraları uyarınca, iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle reddedilmelidir.

Bu gerekçelerle, Mahkeme, oy birliğiyle,

Başvurunun Berfo Kırbayır ile ilgili kısmının kayıttan düşürülmesine;

Başvurunun geri kalan kısmının kabul edilemez olduğuna

*karar vermiştir.*

İşbu karar, Fransızca dilinde tanzim edilmiş olup, 28 Mayıs 2020 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

Stanley Naismith  
Yazı İşleri Müdürü

Robert Spano  
Başkan