

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN GÄFGEN KARARI BAĞLAMINDA CEZA MUHAKEMESİNDE İŞKENCE TEHDİDİ İLE ELDE EDİLEN DELİLLERİN KULLANIMI SORUNU

A PROBLEM ON THE USAGE OF THE EVIDENCE RECEIVED BY THREATENING WITH TORTURE IN CRIMINAL PROCEDURE LAW WITHIN THE CONTEXT OF THE GÄFGEN JUDGMENT BY EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Murat Volkan DÜLGER*

Özet: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), 2010 yılında vermiş olduğu Gäfgen v. Almanya kararı ile ceza muhakemesi alanında bitmek bilmeyen bir tartışmayı, daha da içinden çıkılmaz hale getirmiştir. On bir yaşındaki bir çocuğun hayatını kurtarmak saikiyle, şüpheli Magnus Gäfgen'den işkence tehdidi ile alınan ikrardan yola çıkılarak elde edilen delillerin, şüphelinin ikrarının doğrulanması için kullanılmasının, yargılamanın adilliğini etkileyip etkilemediği hem Alman Mahkemeleri hem de AİHM tarafından tartışılmıştır. Sonuçta hem ulusal mahkemeler hem de AİHM, şüpheliden işkence tehdidi ile alınan ikrarın hukuka aykırı olduğunun ve bunun yargılamada kullanılmayacağını, şüpheliye yargılama başlamadan önce bildirildiğini; buna rağmen şüphelinin kendi isteğiyle ikrarda bulunduğunu, hukuka aykırı olarak alınan ikrardan yola çıkılarak elde edilen maddi delillerin yalnızca şüphelinin hukuka uygun olarak verdiği ikrarlarının doğruluğunun denetlenmesinde kullanıldığını ve bunun yargılamayı adil olmayan bir hale getirmedikçe belirtmişlerdir. Bu kararın hukuka uygun olduğu yönünde görüşler olmakla birlikte; bunun karşısında her durumda hukuka aykırı delil kullanılmasının yargılamayı adil olmayan hale getirdiğini savunan görüşler de bulunmaktadır. Makalemizde kararın detaylı bir analizi yapılmak suretiyle, esas olarak bu iki karşıt görüş inceleme konusu yapılmakta ve sonuç olarak kendi görüşümüz belirtilmektedir.

Anahtar Sözcükler: Hukuka aykırı delil, hukuka aykırı delilin uzak etkisi, zehirli ağacın meyvesi, dışlama kuralı, işkence tehdidi, insanlık dışı ve kötü muamele,

Abstract: The Gäfgen v. Germany judgment that was delivered by European Court of Human Rights (ECHR) on 2010, so that a storm was brewing in the criminal procedure law. There was a serious discussion in the courts of Germany and ECHR, if the issue on receiving evidence from suspect Magnus Gäfgen's acknowledge by threate-

* Yrd. Doç. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

ning with torture and using them for correction of the suspect's acknowledge with the inducement of rescuing an eleven year old kid's life, was effected fair trial or not. In conclusion both national courts and ECHR, indicated that the suspect was informed before the proceeding get started, receiving the acknowledge by threatening with torture is contrary to law and can not be used in the proceeding, however the suspect acknowledged by his own will, the evidence received by the illegal acknowledge can be used only for checking the truth on the legal acknowledges, also this doesn't make a proceeding unfair. There are some remarks in the doctrine in accordance with this judgment, however some further remarks as using any illegal evidence makes the proceeding unfair in any case. In this article these two contrary point of views are being examined basically by analysing the judgment in detail and our own opinion is being determined at the end.

Keywords: Unlawfull obtained evidence, distant action of unlawfull obtained evidence, fruits of poisonous tree, exclusionary rule, thread of torture, inhuman or degrading treatment.

GİRİŞ

İşkence yasağının ve işkenceyle elde edilen delillerin ceza muhakemesinde bir ispat aracı yani delil olarak kullanılamayacağını istisnaları olup olamayacağı yalnızca ülkemizde ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun büyük ölçüde temel alındığı Almanya'da değil; tüm dünyada tartışmalı bir konudur. Nitekim hukuka aykırı delil ve bunların uzak etkisi kurallarının ortaya çıktığı ve çok katı bir şekilde uygulandığı Anglo Sakson hukuk sisteminde de bu konu üzerinde bir uzlaşma sağlanabilmiş değildir. Bu konuyla ilgili olarak Amerika Birleşik Devletleri Anayasasına 4. Ek (The Fourth Amendment) yapılmış, bu konuyla ilgili olarak "dışlama kuralı" (exclusionary rule) getirilmiş ve çok sayıda mahkeme kararında konu açıklanmaya çalışılmıştır. Bu örnek, tüm dünya hukuk sistemleri açısından tartışmalı olan bu konunun önemini göstermektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), bu sorunu Gäfgen v. Almanya (Başvuru No. 22978/05) kararı¹ ışığında kendine göre bir çözüme ulaştırmaya çalışmış, daha doğrusu sosyal, etik ve felsefi açıdan zor bir olayı bize göre çözümsüz bırakarak, sorunu daha da karmaşık

¹ Gäfgen v. Almanya, Başvuru 22978/05, 1.6.2010, Kararın İngilizce (orijinal) metni için bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99015> Kararın Türkçe metni için bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-111106>, 19.2.2013.

hale getirmiş, işkence ve insanlık dışı aşağılayıcı muamele karşısında bugüne kadar sağlanan kazanımları da riske atmıştır.

AIHM Büyük Kurulu, 1 Haziran 2010 tarihinde verdiği kararda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AIHS) 3. maddesi uyarınca, bir kişinin hayatının risk altında olması hali de dahil olmak üzere, işkence yasağının hiçbir istisnaya yer vermediğini belirtmiştir. Nitekim AIHM Dairesi tarafından verilen kararın gerekçesinde de Büyük Dairenin bu kararı aynen yer almaktadır. İşkencenin tamamen yasak olduğu ve bir sorgu yöntemi olarak kabul edilemeyeceği konusunda -en azından modern hukuk devleti olduğunu iddia eden- tüm ülkelerde bir uzlaşma bulunmaktadır.

Ancak işkencenin yasak olmasına ilişkin bu uzlaşmanın varlığına rağmen, özellikle ceza davalarında işkencenin faili ve mağduru ile ilgili olarak AIHS'in 3. maddesinin ihlalinin ne gibi yasal sonuçları olacağı hala tartışma konusudur. Nitekim AIHM de önüne gelen bu başvuruda, işkence yasağı konusundaki ilkeyi ve temel hakların AIHS kapsamında korunmasının etkinliğinin gerekliliğini bir kez daha vurguladıktan sonra, söz konusu kararda bu tartışmaya girmiştir. Sonuç olarak kararda bir yandan soruşturmanın ayrıntılı yapılması ve faile verilecek cezanın caydırıcı olması tartışılırken diğer yandan yargılama sürecinde işkence veya aşağılayıcı kötü muamele mağduru olan kişiden, bu eylemler yoluyla, elde edilen delillerin değerlendirme dışı bırakılması konusu kapsamlı olarak tartışılmıştır².

Başvurucu, 1 Ekim 2002 tarihinde, on bir yaşında bir çocuğun kaçırılması ve nerede olduğuna ilişkin polis tarafından sorgulandığı sırada tabi tutulduğu muamelenin, Sözleşmenin 3. maddesiyle yasaklanmış bir muamele olan işkence olduğunu iddia etmiştir. Başvurucu ayrıca, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilmiş ifadesinin ceza davasında delil olarak kullanılmış olması nedeniyle, bir kimsenin kendini etkili bir şekilde savunma hakkını ve kendini suçlamama hakkını içeren Sözleşmenin 6. maddesinde güvence altına alınmış olan adil yargılanma hakkının da ihlal edildiğini iddia etmiştir³.

² Stephan Ast, "The Gäfgen Judgment of the European Court of Human Rights: On the Consequences of the Threat of Torture for Criminal Proceedings", German Law Journal, Vol.11, No.12, 2010, s.1393.

³ Gäfgen v. Almanya, §2.

AIHM, davanın yasal değerlendirmesinde, öncelikle işkence tehdidinin AIHS'in 3. maddesi kapsamında insanlık dışı davranış oluşturduğunu ve bu şekildeki bir davranışın, birinin hayatı tehlikede olsa dahi haklı görülemeyeceğini belirtmiştir. Böyle bir tutumun kurbanı olan kişiye verilecek haklı tazminatın aynı zamanda dikkat çekici bir ceza olması gerektiği belirtilmektedir. Buna bağlı olarak AIHM, işkence tehdidi altında itiraf edilmek suretiyle elde edilen delillerin ceza yargılamasında kabul edilebilir olup olmadığına karar vermek zorunda kalmıştır. Bu bağlamda AIHM, AIHS'in 6. maddesi bakımından aşağıda ayrıntılarına değinilecek olan çeşitli ayırım ve ayrıntılara girecek bir bütün olarak yargılamanın adillığının etkilenmediği yönünde bir karar vermiştir.

Başvuruda ihlal edildiği ileri sürülen hükümler, AIHS'in 3. ve 6. maddelerinde düzenlenmiştir. AIHS'in 3. maddesinde *"Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da aşağılayıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz."*, AIHS'in 6. maddesinde ise *"Herkes ... cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir..."* düzenlemeleri yer almaktadır.

AIHS, Alman iç hukukunda usulüne uygun şekilde yürürlüğe konulduğu için sözleşme hükümleri ve AIHM kararları Almanya'da yazılı hukuk ile aynı konumdadır⁴. Dolayısıyla Alman Federal Mahkemesi de dahil olmak üzere Alman Mahkemeleri AIHS hükümlerini uygulamak zorundadırlar⁵. Aynı durum ülkemiz açısından da geçerlidir ve AIHS iç hukukumuzun bir parçasıdır. Ayrıca CMK'nın 311. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinde⁶ AIHM'in bir ceza hükmü hakkında vermiş olduğu ihlal kararı yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu açıdan Alman Hukuku ile Türk Hukuku arasında bir fark bulunmamaktadır.

⁴ Christoph Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage, München, Verlag C.H.Beck, 2009, pr. 3, 6.

⁵ Ast, s.1393.

⁶ CMK m.311 "(1) Kesinleşen bir hükümle sonuçlanmış bir dava, aşağıda yazılı hallerde hükümlü lehine olarak yargılamanın yenilenmesi yoluyla tekrar görülür: ... (f) Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması..."

Çalışmamızda işkence yasağı bağlamında hukuka aykırı delil ve delil yasaklarının genel teorisinin incelenmesinden ziyade; söz konusu karar ve sonuçları inceleme konusu yapılarak kararın yapısının takip edilmesine özen gösterilmiştir. Bu bağlamda öncelikle davanın olguları sunulmakta; sonrasında ise AİHM kararı, konuya bakış açısı ve etkileri değerlendirilmektedir. Böylelikle çalışmamızda AİHM'in argümanları analiz edilmekte ve konuya yaklaşımı değerlendirilmek suretiyle genel bir bakış açısı getirilmeye çalışılmaktadır. Son olarak konuyla ilgili kendi görüşlerimiz ve bize göre olması gereken hukuk belirtilmektedir.

I. Başvuru Konusu Olay ile Almanya'da ve AİHM Önünde Görülen Yargılama Süreci

Frankfurt'ta yaşayan hukuk fakültesi öğrencisi Magnus Gäfgen (MG), 27.9.2002 tarihinde Frankfurt'da bir bankacının oğlu olan on bir yaşındaki Jakob von Metzler'i (JM), ablasının arkadaşı olmasından faydalanarak, ablasının ceketini kendisinin evinde unuttuğunu söyleyerek kandırarak, apartman dairesine getirmiş, boğarak öldürmüş ve cesedini gizlemiştir. MG, olayın devamında JM'nin ailesinin evine fidye isteyen bir not bırakmış, bu notta JM'nin kaçırıldığını ve kaçırılanlar tarafından bir milyon Euro istendiğini belirtmiştir. Bu notta ayrıca, çocuğu kaçırılanların fidyeyi aldıktan ve ülkeden ayrıldıktan sonra, ailenin çocuğu yeniden görebileceği yazılmıştır. Başvurucu daha sonra JM'nin cesedini arabayla Frankfurt'tan yaklaşık bir saat uzaklıktaki Birstein yakınlarında bulunan ve özel mülk olan bir gölete götürmüş, burada iskelenin altına gizlemiştir. Aile, durumu polise haber vermiş ve polisin yönlendirmesiyle fidyeyi 30 Eylül 2002 gecesi saat 01:00 sularında tramvay istasyonunda ödemiştir. Önceden gerekli tedbirler alınarak MG fidyeyi aldığı andan itibaren polis gözetimi altına alınmış ve aynı günün öğleden sonrasında Frankfurt havaalanında yakalanmıştır⁷.

Polis, MG'nin dairesinde yaptığı arama esnasında fidye için aldığı paranın bir kısmını ve cinayet planına ilişkin notu bulmuş ve bunlara el koymuştur. Bu sırada MG, kendisine yardım eden iki kişi daha olduğunu ve JM'yi göl kenarında bir kulübede tuttuklarını belirtmiştir. *Soruşturmada görevli emniyet müdür yardımcısı Daschner (D)*,

⁷ Gäfgen v. Almanya, §10-13.

polis memuru Ennigkeit'e (E), çocuğun bulunduğu yeri ortaya çıkarmak için MG'nin fiziksel acı verileceği tehdidi ile korkutulmasını ve hatta gerekirse böyle bir acıya maruz bırakılmasını emretmiştir. Bunun üzerine polis E., başvurucuya eğer çocuğun nerede olduğunu söylemezse, özel olarak eğitilmiş bir kişi tarafından kendisine iz bırakmadan, dayanılamayacak kadar ağır acı verecek bir muamelede bulunulacağını söylemiştir. Başvurucunun ifadesine göre aynı memur, daha sonra kendisini dev gibi iki siyah adam ile aynı hücreye kapatarak, kendisine cinsel saldırıda bulunmalarını sağlamakla tehdit etmiştir. Bu memur ayrıca defalarca elleriyle başvurucunun göğsüne vurmuş ve bir keresinde de başını duvara çarpmıştır. Hükümet ise başvurucuya sorgulama sırasında fiziksel saldırıda bulunulduğu ve cinsel saldırıya tabi tutma tehdidinde bulunulduğu iddialarını reddetmiştir. E'nin bu tehdidi dolayısıyla (ancak fiziksel olarak uygulama yapılmadan) MG, JM'yi aslında öldürdüğünü ve cesedinin nerede olduğunu on dakika kadar sonra açıklamıştır. Daha sonra başvuru, polis M ve birkaç polisle birlikte bir arabayla Birstein'e götürülmüş ve orada video kaydı yapılırken cesedin bulunduğu yeri tam olarak göstermiştir. Polis, JM'nin cesedini, başvurucunun dediği gibi Birstein yakınında bulunan bir göletteki iskelenin altında bulmuştur. Başvuru, cesedi bıraktığı yere ağaç parçacıkları üzerinde çıplak ayakla yürümeye zorlandığını ve polisin talimatları üzerine cesedin tam yerini göstermek zorunda kaldığını iddia etmiştir. Hükümet ise başvurucunun ayakkabısız yürümek zorunda kaldığı iddiasını reddetmiş, böyle bir durumun bulunmadığını belirtmiştir⁸.

Polis, yaptığı kriminal inceleme sonucunda, cesedin bulunduğu Birstein yakınlarındaki göletin kenarında MG'nin arabasına ait lastik izlerini tespit etmiştir. MG elde edilen bu deliller neticesinde, Birstein'de yapılan işlemde dönüşte JM'yi kaçırıp öldürdüğünü ikrar etmiştir. Daha sonra polis, başvurucunun götürdüğü yerlerde JM'nin okul kitaplarını, sırt çantasını, giysilerini ve MG'nin fidye mektubu yazmak için kullandığı daktilonun içinde bulunduğu konteynırı bulmuştur. 2 Ekim 2002'de JM'nin cesedinde yapılan otopsi, JM'nin boğularak öldürüldüğünü teyit etmiştir⁹.

⁸ Gäfgen v. Almanya, §14-17.

⁹ Gäfgen v. Almanya, §18.

1 Ekim 2002 tarihinde polis tarafından düzenlenen bir notta, Frankfurt Emniyet Müdür yardımcısı D'nin, o sabah JM eğer hayatta ise yiyeceği bulunmadığı ve hava soğuk olduğu için yaşamının tehli- kede olduğuna inandığını söylediği tespit edilmiştir. Emniyet Müdür Yardımcısı D, çocuğu kurtarmak amacıyla, iz bırakılmayacak şekilde başvurucuya ağır acı verileceği tehdidinde bulunması için polis E'ye talimat vermiştir. Bu uygulamanın tıbbi gözetim altında yapılması gerektiği belirtilmiştir. Müdür yardımcısı D, ayrıca, bir başka polise başvurucuya verilmek üzere "gerçeği söyletme serumu" bulması için talimat verdiğini kabul etmiştir. Bu nota göre, başvurucuya yönelik tehditte bulunmanın amacı, kaçırma olayıyla ilgili ceza soruşturma- sının derinleştirilmesi değil, sadece çocuğun yaşamını korumaktır. Aslında acı vermekle tehdit edilen başvurucunun daha sonra JM'nin cesedinin bulunduğu yeri söylemesi üzerine başkaca bir işlem yapıl- mamıştır¹⁰.

MG, 4 Ekim 2002'de polise; 4, 14 ve 17 Ekim 2002 tarihlerinde sav- cıya verdiği ifadelerde ve 30 Ocak 2003 tarihinde bir yargıç tarafından yapılan sorgusunda, 1 Ekim 2002 tarihli ikrarını teyit etmiştir¹¹.

Frankfurt Bölge Mahkemesi'nde (FBM) 9 Nisan 2003 tarihinde yapılan yargılamanın ilk duruşmasında MG, muhakemeye devam edilmemesi (iddianamenin iadesi)¹² için ilk başvuruda bulunmuştur. MG bu talebini, ikrarda bulunmadan önce, polis E tarafından kendi- sine ağır acı vermekle ve cinsel saldırıda bulunmakla tehdit edilmiş olmasına dayandırmıştır. MG bu muamelenin, Alman Ceza Muhake- mesi Kanunu (CCP) 136a maddesine¹³ ve AİHS'nin 3. maddesine ay-

¹⁰ Gäfgen v. Almanya, §20.

¹¹ Gäfgen v. Almanya, §22.

¹² "to discontinue the criminal proceedings"

¹³ (1) Şüpheli veya sanığın karar verme ve iradesini açığa vurma özgürlüğü işken- ce, kötü muamele, fiziksel müdahale, yorma, ilaç verme, aldatma ve hipnozla engellenemez. Zor kullanma ancak kanunun izin verdiği hallerde mümkündür. Şüpheli veya sanığı ceza muhakemesi kanununun izin vermediği eylemlerle teh- dit etmek veya yasayla öngörülmemiş bir menfaat vaadinde bulunmak yasaktır. (2) Şüpheli veya sanığın belleğini veya belirli bir durumu anlama ve kabul etme (Einsichtsfähigkeit) yeteneğini zayıflatan eylemler yasaktır. (3) Bu maddenin (1) ve (2). fıkralarındaki yasaklar, şüpheli veya sanık [yapılması düşünülen eyleme] rıza göstermiş olsa dahi uygulanır. Bu yasağa aykırı olarak alı- nan ifadeler, şüpheli veya sanık bunların kullanılmasına rıza gösterse dahi, [delil olarak] kullanılamaz.

kırı olduğunu belirtmiş ve aleyhindeki iddianamenin iade edilmesini istemiştir. MG alternatif olarak, 1 Ekim 2002 tarihinde kendisine uygulanan şiddet tehdidinin etkileri sürdüğü sırada (Fortwirkung) soruşturma makamlarına verdiği ifadelere bu ceza davasında dayanılmayacağına dair bir beyanda bulunulmasını istemiştir. MG ayrıca, CCP 136a maddesi ihlal edilmek suretiyle ikrarı alındıktan sonra soruşturma makamları tarafından çocuğun cesedi gibi bulgulara ulaşıldığı için, “zehirli ağacın meyvesi zehirli olur” (Fernwirkung) ilkesi gereği, bu bulguların delil olarak kullanılmasının yasak olduğunu belirten bir beyanda bulunulmasını istemiştir¹⁴.

FBM, MG'nin mağdurun nerede olduğunu söylemeyecek olursa ağır acı verilmekle tehdit edildiğini kabul etmiştir. Ancak MG'nin cinsel saldırıyla tehdit edildiğinin veya başka bir şeyden etkilendiğinin kanıtlanmadığı sonucuna varmıştır. Dolayısıyla FBM öncelikle, polis tarafından yapılan bu tehdidin, CCP m.136a'nın, Alman Anayasası m.1¹⁵ ve m.104/1'in¹⁶ ve AİHS m.3'ün ihlali anlamına geldiğine karar vermiştir. Bu tespite rağmen yani MG'nin anayasal haklarının ihlal edilmiş olmasına rağmen, FBM, bunun ceza kovuşturmasının yapılmasına engel olmadığı sonucuna varmış ve başvuruyu reddetmiştir¹⁷.

Bu aşamada MG, Bölge Mahkemesine iki başvuruda bulunmuştur: *Muhakemenin durdurulması (iddianamenin iadesi) ve kendisinden elde edilen (ikrara dayalı) delillerin kullanılmaması*. Bu taleplerden ilkiyle ilgili olarak Bölge Mahkemesi, MG'nin anayasal haklarına aykırılık bulunmasına rağmen, bu durumun ceza davasının görülmesini engellemediğini ve dolayısıyla davaya devam edilebileceğini söylemiştir. Bölge Mahkemesine göre, söz konusu sorgulama yönteminin kullanılması, kanunen yasaklanmış olmasına rağmen savunma haklarını ceza davasının görülmesini engelleyecek kadar kısıtlamamıştır. Sanığa isnat edilen suçların ağırlığı göz önünde tutulduğunda, ceza davasına devam edilmesini engelleyecek kadar, hukukun üstünlüğüne istisnai ve hoş görülemeyecek bir aykırılık bulunmamaktadır¹⁸. Taleplerin ikincisiyle

¹⁴ Gäfgen v. Almanya, §24, 25.

¹⁵ “İnsan onuru dokunulmazdır. İnsan onuruna saygı göstermek ve korumak, bütün devlet kuruluşlarının görevidir.”

¹⁶ “Tutulan kişiler, maddi veya manevi kötü muameleye tabi tutulamaz.”

¹⁷ Frankfurt LG – Bölge Mahkemesi, 23 Strafverteidiger 327, 2003.

¹⁸ Görüldüğü üzere Alman Mahkemesi somut olay açısından hukuksal menfaatlerin

ilgili olarak ise FBM, CCP m.136/a(3) gereğince, MG'nin poliste, savcılıkta ve sorgu yargıcı önünde verdiği ifadelerin ve ikrarların yasaklanmış sorgu yöntemleriyle elde edildiklerinden dolayı ceza davasında delil olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Bu nedenle MG'nin bu yasak sorgu faaliyetlerinin bir sonucu olarak verdiği her ifade, hukuka aykırı bir delildir ve muhakemede kullanılamaz. Bu delil dışlama (Beweisverwertungsverbot – Exclusionary Rule) işlemi, sadece yasadışı tehditten hemen sonra verilen ifadeleri değil; ayrıca CCP 136a maddesinin ihlalinin sonuçları devam ettiği sürece, o günden itibaren soruşturma makamlarına verilen bütün diğer ifadeleri de kapsamaktadır¹⁹.

FBM, MG'nin itiraflarının ve bildirimlerinin CCP m.136a/3 doğrultusunda delil olarak kabul edilemez olduğunu belirtirken, MG'nin ifadeleri sonucunda elde edilen delilleri (çocuğun cesedi, tekerlek izleri vs.) bundan hariç tutmuş ve bunların yargılamada kullanılabileceğine karar vermiştir²⁰. Diğer bir deyişle, bunların hukuka uygun delil niteliğini taşıdığını ve kullanılabilir olduğunu ifade etmiştir. Bölge Mahkemesi bu sonuca, hem değerlendirme dışı bırakılacak deliller hem de değerlendirilebilecek deliller açısından ilginç bir ayırım yaparak ulaşmıştır. Buna göre yasak yöntemlerin kullanılması suretiyle sebep olunan usulsüzlük ancak, sanığın sonraki ifadesi sırasında, acıya tabi tutma tehdidinin bir sonucu olarak verdiği önceki ifadelerinin kendisine, aleyhine delil olarak kullanılamayacağına ilişkin bir bilgilendirme yapılması halinde giderilebilirdi. Buna karşın gerçekte başvurucuya sadece ifade vermeme hakkı bulunduğu söylenmiş, kendisine hukuka aykırı elde edilen delillerin kabul edilebilir olmadığına dair bir bilgi verilmemiştir. Dolayısıyla başvurucunun sonraki ifadelerini vermeden önce yapılan bilgilendirme, bir “nitelikli bilgilendirme” (qualifizierte Belehrung) değildir²¹. Görülüşü üzere burada, karşılaşılan hassas durum neticesinde, hukuka aykırılığın giderilebilmesi için adeta tıp hukukunda kullanılan “aydınlatılmış onam” benzeri bir “aydınlatılmış bilgilendirme” yapılması gerektiği, bu yapılmadığı takdirde, kötü muamele akabinde verilen ifadeden sonra verilen ifadelerin de mağ-

değerlendirilmesini yapmış ve yaşam hakkını, adil yargılanma hakkına üstün tutarak bu yönde bir karar oluşturmuştur.

¹⁹ Gäfgen v. Almanya, §28, 29.

²⁰ LG Frankfurt, 23 Strafverteidiger 325, 2003.

²¹ Gäfgen v. Almanya, §30.

duriyet devam ettiği için hukuka aykırı oldukları belirtilmiştir. FBM, delil olarak kabul edilemeyecek bulguları bu ifadelerle sınırlamıştır. Buradan hareketle yasaklanmış yöntemlerle kendisinden alınan ifadeler sonucu soruşturma makamları tarafından öğrenilen çocuğun cesedi gibi bulguların, ceza davasından dışlanacaklarına ve kullanılmayacaklarına dair bir beyanda bulunması için başvurucunun yaptığı başvuruyu reddetmiştir²². FBM'nin kararının ilgili bölümü şu şekildedir:

“Ceza Muhakemesi Kanununun 136a maddesine aykırılığın, bir ifade sonucu elde edilen bulguların delil olarak kullanılmamasını gerektirecek kadar geniş bir etkisi yoktur. Mahkememiz, müelliflerin ve mahkemelerin uzlaştırıcı (Mittelmeinung) görüşlerine katılmaktadır; buna göre, olayın içinde bulunduğu özel şartlar içinde menfaatler dengelenmelidir; bu denge bakımından özellikle temel haklara ilişkin maddeler gibi, hukuk düzeninin açıkça ihlal edilip edilmediği ve soruşturma konusu suçun ağırlığı dikkate alınmalıdır. Mevcut olayda fiziksel şiddet uygulama tehdidi şeklinde sanığın temel haklarına yöneltilen müdahalenin ağırlığı ile bir çocuğun öldürülmesi şeklinde sanığa isnat edilen ve soruşturulması gereken suçun ağırlığı tartıldığında söz konusu suç, sanığın ifadesinin bir sonucu olarak özellikle çocuğun cesedinin bulunması ve daha sonra yapılmış otopsi gibi bulguların kullanılmaması talebi karşısında ağır basmaktadır.”

Bu ise bizde FBM'nin aslında hukuka aykırı delillerin uzak etkisi kuramını dışladığını, hukuka aykırı yöntemlerde elde edilen delillere dayanılarak elde edilen delillerin belli koşullar halinde kullanılmasının mümkün olduğunun kabul edildiği düşüncesinin oluşmasına yol açmıştır. Ancak kararda da belirtildiği üzere bu bakış açısı aslında Alman ceza muhakemesi hukuku öğretisinde ve mahkeme kararlarında görülen ve korunan hukuksal yararları değerlendirmek suretiyle hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılıp kullanmayacağına karar veren görüştür.

Tüm bunlardan sonra MG, suçlamalara cevap olarak JM'yi öldürdüğünü ikrar etmiş; hatta başlangıçtan beri JM'yi öldürme amacıyla hareket ettiğini de itiraf etmiştir. Mahkeme, 28.7.2003 tarihinde MG'yi zorla kaçırma ve kasten öldürme eyleminden dolayı kendisini suçlu bulmuş ve müebbet hapse mahkum etmiştir²³. Bazı Alman yazarlar so-

²² Gäfgen v. Almanya, §31.

²³ LG Frankfurt, 5-22 E. 2/03 3490 K. 230118/02, <http://juris.de>.

ruşturma ve kovuşturma sürecinden öğrenilen olguların ve bulunan delillerin, MG'nin duruşmadaki ikrarlarına ve elde edilen diğer delillere dayandığını belirterek, MG'nin işkence tehdidiyle vermiş olduğu ifadelerin bu kararın oluşumunda etkili olmadığını ima etmektedirler²⁴. İleride ayrıntılı olarak ifade edeceğimiz üzere biz bu görüşe katılmıyoruz.

FBM, duruşma esnasında başvurucunun susma hakkı ve önceki ifadelerinin delil olarak kullanılamayacağı konusunda yeniden bilgilendirilerek gerekli olan nitelikli bilgilendirmenin yapıldığını belirtmiştir. Başvurucu, nitelikli bilgilendirmenin ardından, JM'yi kaçırıp öldürdüğünü ikrar etmiştir. Başvurucunun duruşma sırasında suçun planlanmasıyla ilgili beyanları, mahkemenin olayları tespitinde tek temel değilse bile esaslı bir temel oluşturmuştur. JM'nin ablasının ifadesi, fideye mektubu ve başvurucunun evinde bulunan suçun planlanmasıyla ilgili bir not, başvurucunun bu beyanlarını doğrulamıştır. Suçun işlenişyle ilgili maddi olayların tespitinin, münhasıran başvurucunun yargılama sırasındaki ikrarına dayandırıldığı belirtilmiş; diğer bulguların ise başvurucunun doğru söylediğini gösterdiğini ve bu amaçla kullanıldığı ifade edilmiştir. Bu bulgular arasında çocuğun ölüm sebebi hakkındaki otopsi raporu, çocuğun cesedinin bulunduğu göletin kenarındaki başvurucunun arabasının lastik izleri ve fidyeden elde edilip evde bulunan ve banka hesabına yatırılan paraların yer aldığı belirtilmiştir²⁵.

Bölge Mahkemesi ayrıca, başvurucunun CCP 136a maddesinde yasaklanmış sorgulama yöntemleriyle sorgulanmış olduğunu tespit etmiştir. Bölge Mahkemesine göre, Müdür Yardımcısı D ile polis E'nin bu tehditler nedeniyle suçlu olup olmadıkları veya ne ölçüde suçlu oldukları, kendileri aleyhinde devam eden soruşturmanın sonucunda belli olacaktır. Ancak bu görevlilerin iddia konusu yasadışı eylemleri, başvurucunun işlediği suçta hafifletmemiştir. Yürütme organına mensup polislerin yanlış hareketleri, yargı organının maddi olayları hukuka göre değerlendirmesini engellememektedir ve engellenmemelidir²⁶.

²⁴ Ast, s.1393.

²⁵ Gäfgen v. Almanya, §34.

²⁶ Gäfgen v. Almanya, §36.

Mahkumiyet kararından sonra MG, Federal Adalet Mahkemesi'ne (BGH) başvuruda bulunmuş ve Bölge Mahkemesi'nin yapmış olduğu ön başvuruyu reddetmesini şikayet konusu yapmıştır. Bunun yanı sıra Bölge Mahkemesinin yasaklanmış yöntemlerle alınan ifadeler sonucu soruşturma makamları tarafından öğrenilen çocuğun cesedi gibi bulguların, ceza davasında kullanılamayacaklarına dair bir beyanda bulunmayı reddetmesi de söz konusu şikayette belirtilmiştir. Federal Savcı ise vermiş olduğu mütalaada diğer argümanların yanı sıra her halükarda böyle bir şikayetin temelini olmadığını; çünkü Bölge Mahkemesinin başvurucunun önceki ifadelerinin delil olarak kabul edilmeyeceğine dair bilgilendirmede bulunduktan sonra başvurucunun yalnızca duruşmada verdiği ikrarı kullandığını belirtmiştir. BGH, MG'nin başvurusunu hiçbir gerekçe göstermeksizin 21 Mayıs 2004 tarihli kararı ile reddetmiştir²⁷.

Bunun üzerine MG, 23 Haziran 2004'te Federal Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur. Başvurucu 1 Ekim 2002 sabahı polis tarafından sorgulanma biçimiyle ilgili olarak Anayasanın 1/1. fıkrasının ve 104/1. fıkrasının 2. cümlesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Federal Anayasa Mahkemesi de MG'nin başvurusunu, 14 Aralık 2004 tarihli kararı ile reddetmiştir. Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre dava dışında temel hakların ihlal edilmiş olması, ceza mahkemesinin yargılama sırasında yaptığı tespitlere dayanarak verdiği bir kararın anayasaya aykırı olduğu sonucuna varmayı gerektirmemektedir. Dava konusu olayda ceza mahkemeleri, polis tarafından kullanılan soruşturma yöntemlerinin yasak olduğunu tespit etmişler, fakat bu tespitten çıkarılacak hukuki sonuçlar konusunda başvurucudan farklı düşünmüşlerdir. Ceza mahkemeleri söz konusu davranışların bir sonucu olarak elde edilen ifadelerin kullanılamayacağı, fakat ceza davasının devam etmesine karşı özel bir engel bulunmadığı görüşünü kabul etmişlerdir. Federal Anayasa Mahkemesine göre, yasak sorgu yöntemlerinin kullanılmasıyla oluşan usule ilişkin kusurun, ceza mahkemeleri tarafından telafi edildiği söylenebilir; çünkü ceza mahkemeleri bu şekilde elde edilen ifadelerin kabulünü yasaklamışlardır. Bu

²⁷ Gäfgen v. Almanya, §37-39.

yasak, ilgili kişinin haklarına aykırılıkları telafi etmek için, CCP'nin 136a/3 fıkrasında öngörülmüş, ancak ceza davasının görülmesine engel oluşturabilecek önemli usule ayrılık koşulları yasada yer almamıştır. Örneğin, başvurucunun iddiasında yer aldığı üzere, mahkemelerin yasak yöntemlerle elde edilen delillerin dışlanması yasada belirtilmiş iken bunun muhakemenin yapılmasını engellemesi yasada belirtilmemiştir. Bu durumda başvuru, söz konusu soruşturma yöntemlerinin neden sadece bu suretle elde edilmiş ifadelerin kullanılmasını yasaklamakla kalmaması, fakat ayrıca aleyhindeki ceza davasının görülmesine karşı bir engel oluşturması gerektiğini açıklayamamıştır. Federal Anayasa Mahkemesi ikinci olarak, başvurucunun Bölge Mahkemesi'nin tehdit altında alınan ikrarın bir sonucu olarak elde edilen bulguların davadan dışlanması talebini reddetmesiyle ilgili olarak başvurucunun yaptığı anayasa şikayetini de temelsiz bulmuş, başvurucunun bu meseleyi Federal Adalet Mahkemesi önünde ileri sürmemiş olduğunu belirtmiştir.

Bu yargılama sürecinin sonucunda Alman Mahkemeleri, MG'ye uygulanan işkence tehdidinin hukuka aykırı olduğunu ve bu tehdit neticesinde elde edilen ikrarın yargılama esnasında ispat aracı olarak kullanılamayacağını; buna karşın, MG'nin ikrarının neticesinde elde edilen çocuğun cesedi, tekerlek izleri ve diğer delillerin MG'nin mahkeme önünde kendi isteğiyle verdiği ikrarın tevsik edilmesinde kullanılabileceğini kabul etmişlerdir²⁸.

Bu esnada başvurucunun, polis memurları D ve E hakkında, kendisine işkence yaptıkları iddiası ile Frankfurt Bölge Mahkemesinde suç duyurusunda bulunması sonucunda bu kişiler hakkında ceza davası açılmıştır. Bölge Mahkemesi vermiş olduğu kararda, başvurucuya uygulanan sorgu yönteminin hukuka uygun olmadığını belirtmiş, Anayasanın 1. maddesindeki insan onurunu ihlal eden bu yöntemin kullanılmasının gerekliliği savunmasına itibar etmemiştir. FBM'ye göre insan onuruna saygı, Anayasanın 104/1. maddesinin 2. cümlesinde ve AİHS'in 3. maddesinin merkezinde yer almaktadır. İnsan onurunun

²⁸ Antoine Buyse, "Introductory Note to European Court of Human Rights (Grand Chamber): Gäfgen v. Germany", International Legal Materials, American Society of International Law, Washington D.C., Vol.49, No.6, 2010, s.1597.

korunması mutlak olup, hiçbir istisnaya veya menfaatlerin dengelenmesine izin vermemektedir. Sonuç olarak FBM polisleri para cezasına mahkum etmiş ve cezalarını ertelemiştir. Ayrıca söz konusu polisler suç soruşturmasıyla ilgili olmayan başka bölümlere atanarak kariyerleri açısından da kayba uğramışlardır²⁹.

Nihayetinde, Alman hukuk sisteminde öngörülen tüm iç hukuk yollarını tüketen MG, 15.6.2005 tarihinde, AİHM'e başvuruda bulunmuştur³⁰. 30.6.2008 tarihinde AİHM'in 5. Dairesi, AİHS'in 3. maddesinin ihlali olduğunu fakat MG'nin söz konusu ihlalden mağduriyetinin devam ettiğini iddia edemeyeceğine, bunun yanında AİHS'in 6. maddesinin ihlali olmadığına karar vermiştir³¹. AİHM Büyük Dairesi, AİHS'in 34. maddesi gereğince 11'e karşı 6 oyla MG'nin AİHS'in 3. maddesinin ihlaliinden kaynaklanan mağduriyetinin devam ettiğini öne sürebileceğine; ancak yine 11'e karşı 6 oyla AİHS'in 6. maddesinin 1. ve 3. fıkralarının ihlali olmadığına karar vermiştir. AİHM'in kararının gerekçeleri ve bu sonuca ulaşan akıl yürütmesi aşağıda ayrıntılı şekilde açıklanmaktadır.

²⁹ Gäfgen v. Almanya, §48, 49.

³⁰ MG'nin kendi isteğiyle ikrarda bulunmasına rağmen yargılandığı davayı bu aşamalara kadar getirmesinin ardında yatan amaç kısaca şu şekilde özetlenebilir: Alman Ceza Kanunu'nun 211. maddesine göre, bir kimsenin öldürülmesinde açgözlülük, ihanet veya başka bir suç gizlemek gibi cezayı artırıcı nitelikli unsurların bulunması halinde, bu eylem nitelikli öldürme olarak kabul edilmektedir. Nitelikli öldürmenin cezası ömür boyu haptir. Ceza mahkemesinin sanığın suçunun özel bir ağırlığa sahip olduğunu söylemesi, başka şeylerin yanında, sanık hakkında daha sonra verilebilecek koşullu salıverme kararı üzerinde etkili olabilmektedir. Alman Ceza Kanunu'nun 57a maddesine göre, hükümlü hapis cezasının on beş yılını çekmiş ise, kamu güvenliği bakımından sakınca bulunmaması ve sanığın suçunun cezanın infazına devam edilmesinin gerekmemesi halinde, ömür boyu hapis cezasının kalan kısmının askıya alınabilmektedir. İşte MG, aslında bu şartlı tahliyeden yararlanmak için bir savunma stratejisi olarak kendi isteğiyle ikrarda bulunmuştur. Ancak bu ikrarına rağmen, mahkemenin kasten öldürme suçunun özel bir ağırlığa sahip olduğunu kabul etmesi ve şartla tahliye hakkı vermemesi neticesinde, bu kez de hukuka aykırı delillerin uzak etkisi kuramından hareketle tüm yargılamanın hukuka aykırı olduğu iddiasıyla söz konusu başvuruları yapmıştır. Buradaki nihai amaç bize göre erken şartlı tahliyeden yararlanabilmektir; bu amaç gerçekleşmeyince ulusal mahkemeler önünde, mam özellikle Frankfurt Bölge Mahkemesi'nde, bu kadar hararetle öne sürülen yasak delil ve zehirli ağacın meyvesi kuramı, özellikle AİHM önünde başvurunun temel dayanağı haline getirilmiştir.

³¹ Gäfgen v. Almanya, Başvuru 22978/05, 30.6.2008, Kararın İngilizce metni için bkz: (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99015>, 18.2.2013.

II. AİHS'in 3. Maddesinin (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı) İhlali Açısından Kararın Değerlendirilmesi

AİHS'in 3. maddesi ile işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı davranışta bulunma ve cezalandırma yasaklanmıştır³². Buradan hareketle AİHM, dava sırasında “şiddetli acı tehdidinin, *insanlık dışı davranış olarak mı işkence olarak mı nitelendirileceği*” ve “*buna genel geçer bir kurala göre mi yoksa somut olaya göre mi karar verileceği*” şeklinde iki soruya yanıt aramak zorunda kalmış ve kararını bu sorulara verdiği yanıt çerçevesinde oluşturmuştur. Mahkemenin bu olayda çözmesi gereken esas sorun olan 6. maddenin ihlalinin olup olmadığının tespit edilmesi için öncelikle bu sorulara yanıt vermesi gerekmiştir. Dolayısıyla kararda öncelikle 3. madde açısından inceleme yapılmıştır.

1. Mağdura Uygulanan Tehdidin Derecesi ve İşkence Tehdidinin İhlal Olarak Kabulü

İnsanlık dışı ve kötü davranışın ne olduğuna ilişkin AİHS’de herhangi bir tanım bulunmamaktadır. Bu nedenle AİHM zaman içerisinde insanlık dışı davranışın tanımıyla ilgili bir içtihat oluşturmuştur³³. Tanıma göre insanlık dışı davranışın etkileri göz önüne alındığında, ya gerçek bedensel zarara ya da büyük ölçüde fiziksel/ruhsal acıya sebep olunması gerekmektedir³⁴. Yalnızca bu tarz etkilerin üzerinde gerçekleştiği kişi için söz konusu davranışın “mağduru” denilebilmektedir. Ayrıca davranış, “*minimum düzeyde ciddiyete*” (*must attain a minimum level of severity*)³⁵ ulaşmış olmalıdır³⁶. Söz konusu minimum düzeyin

³² Çeşitli kaynaklarda “aşağılayıcı davranış” kavramı yerine, “onur kırıcı davranış” terimi kullanılmaktadır. Bizkararının Türkçe çevirisine sadık kalmak amacıyla kavramı tercih ediyoruz. Ayrıca “insanlık dışı ve aşağılayıcı davranış” ifadesinin yerine geçmek üzere kısaca “kötü davranış/muamele” ifadesi de kullanılmaktadır.

³³ Gäfgen v. Almanya, §88-91.

³⁴ Kudla v. Polonya (GC), 2000-XI Eur. Ct. H. R. 510, §91-92.

³⁵ İrlanda v. Birleşik Krallık, 2 Eur. H.R. Rep. 25, §162; Labita v. İtalya, 2000-IV Eur. Ct. H.R., §120; Selmouni v. Fransa, 25803/94, 29 EHRR 403, ECHR 1999 – V, §101; Gäfgen v. Almanya, §88-89.

³⁶ Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz: Robin C. A. White/Clare Ovey, Jacobs, White & Ovey The European Convention on Human Rights, 5. Bası, New York, Oxford University Press, 2010, s.170; David Harris/Michael O’Boyle/Ed Bates/Carla Buckley, Harris, O’Boyle & Warbrick Law of the European Convention on Human Rights, 2. Bası, New York, Oxford University Press, 2009, s.74.

değerlendirilmesi, somut olaya göre değişmektedir: *Acı çektirme niyeti, davranışın amaçları, davranışın süresi ve içeriği, davranışa maruz kalan kişinin durumu* gibi unsurlar bunun tespitinde dikkate alınmaktadır³⁷. Ancak bu konudaki nihai değerlendirmede mutlaka Avrupa kamu düzeninin ortak standartları göz önünde bulundurulmalıdır³⁸. Buna göre insanlık dışı ve aşağılayıcı muamelenin “*asgari ağırlık düzeyine ulaştığı halde, işkence olarak nitelendirilmek için gerekli unsurlardan*”³⁹ en az birini taşımayan bir muamele” olarak tanımlanması mümkündür⁴⁰.

Mahkemeye göre, herhangi bir muamelenin Sözleşmenin 3. maddesinin kapsamına girebilmesi için asgari bir ağırlık düzeyine ulaşması gerekmektedir. Bu ağırlık düzeyinin değerlendirilmesi, muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ve bazı hallerde mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi, olayın içinde bulunduğu bütün koşullara bağlı olarak değerlendirilmektedir⁴¹. Muamelenin amacı ve kastı ile ardındaki saik⁴², ayrıca heyecanın ve duyguların yükseldiği bağlamda meydana gelip gelmediği⁴³, dikkate alınması gereken diğer faktörlerdir⁴⁴. Mahkeme, önceden tasarlanmış, uzun bir dönem içinde saatlerce uygulanmış ve fiilen yaralamaya veya yoğun maddi veya manevi ıstıraba sebep olmuş bir muameleyi “*insanlık dışı*” muamele olarak nitelendirmekte⁴⁵; mağdurları küçük düşürebilecek ve utandırabilecek

³⁷ White/Ovey, s.170; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s.74, 75; Ast, s.1396.

³⁸ Murat Önok, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s.176.

³⁹ Mahkemeye göre işkencenin unsurları şunlardır: I. Maddi Unsur: Eylem, fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı ve ıstırap vermelidir. Bir eylemin bu nitelikte olup olmadığı, eylemin yoğunluğuna, uygulama süresine ve koşullarına, mağdur üzerinde yarattığı fiziksel ve ruhsal etkilere, mağdurun cinsiyeti, yaşı, sağlığı gibi etkenler dikkate alınarak değerlendirilir. II. Manevi Unsur: Eylem kasten gerçekleştirilmelidir. Eylemin ikrar veya bilgi elde etmek, cezalandırmak, gözdağı vermek veya zorlamak veya ayrımcılık gibi bir özel kastla gerçekleştirilmesi gerekir. III. Fail: Eylem, resmi sıfatla hareket eden kişiler tarafından veya bu kişilerin bilgisi veya onayı çerçevesinde üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olmalıdır.

⁴⁰ Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006, s.19.

⁴¹ İrlanda v. Birleşik Krallık, Seri A no. 25, 18 Ocak 1987, §162; Jalloh v. Almanya, Başvuru No.54810/00, ECHR 2006-IX, §67.

⁴² Aksoy v. Türkiye, Reports 1996-VI, 18 Aralık 1996, §64; Egmez v. Kıbrıs, Başvuru No. 30873/96, ECHR 2000XII, §78; Krastanov v. Bulgaristan, Başvuru No. 50222/99, 30 Eylül 2004, §53.

⁴³ Selmouni v. Fransa, §104; Egmez v. Kıbrıs, §53.

⁴⁴ Gäfgen v. Almanya, §88.

⁴⁵ Labita v. İtalya, §120; Ramirez Sanchez v. Fransa, Başvuru No. 59450/00, ECHR

şekilde kendilerinde korku, elem ve aşağılanma duygusu uyandıran veya mağduru kendi iradesine ve vicdanına aykırı bir şekilde hareket etmeye sürükleyen bir muameleyi ise “aşağılayıcı” muamele⁴⁶ olarak kabul etmektedir⁴⁷. Mahkeme, belirli bir kötü muamele biçiminin işkence olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğine karar verirken, Sözleşmenin 3. maddesinde yer alan işkence kavramı ile insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele kavramları arasında ayırım yapılmış olmasına dikkat etmektedir⁴⁸. Mahkemenin vermiş olduğu daha önceki kararlarında da kaydedildiği gibi, Sözleşmenin böyle bir ayırım yapmaktaki amacın, çok ağır acılara neden olan kasıtlı insanlık dışı muamelelere özel bir vurgu yapmak olduğu görülmektedir⁴⁹. İnsanlık dışı ve aşağılayıcı davranışlar ile işkence arasında niteliksel bir ayırım yapılmasına karşın biri diğerine göre hafif ya da ağır olarak nitelendirilmemektedir.

Eğer ortada kastla gerçekleştirilen bir eylem ve sert baskı ile yoğun fiziksel acı veya ruhsal acı gibi ağırlaştırıcı sebepler varsa, insanlık dışı davranışın, işkence halini aldığı kabul edilmektir⁵⁰. Bunun yanında işkence olarak tanımlanan bir davranışın amacı, genellikle birinden bilgi elde etmek, birine ceza uygulamak veya birinin gözünü korkutmaktır⁵¹. Ancak bu tanımın AIHM tarafından ve sözleşmenin yorumlanması çerçevesinde yapıldığı unutulmamalıdır⁵².

Mahkeme kararında, başvuru konusu olayda emniyet müdür yardımcısı D’nin, son olarak başvuruçuyu işkence ile tehdit etme emri vermeden önce, kendisine bağlı birim amirlerine başvuruçuya gerekirse güç kullanılması şeklinde birkaç kez emir verdiğinden, kendisinin emri anlık bir kararla verdiğinin kabul edilemeyeceğini, bu eylemde

2006-IX, §118.

⁴⁶ Keenan v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 27229/95, ECHR 2001-III, §110, Jalloh v. Almanya, §68.

⁴⁷ Gäfgen v. Almanya, §89.

⁴⁸ Önok, s.170, 171.

⁴⁹ Gäfgen v. Almanya, §90. Ayrıca bkz: İrlanda v. Birleşik Krallık, §167; Aksoy v. Türkiye, §63; Selmouni v. Fransa, §96.

⁵⁰ İrlanda v. Birleşik Krallık, §167; Gäfgen v. Almanya, §90.

⁵¹ Akkoç v. Türkiye, 2000-X Eur. Ct. H.R., §115; Gäfgen v. Almanya, §90. İşkence ve Diğer İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Davranış ve Cezaların Önlenmesine Dair BM Sözleşmesi m. 1/1’de yer alan tanım ile karşılaştırınız. Ayrıca bkz: Eric Hilgendorf, “Folter im Rechtsstaat?”, JuristenZeitung, 59. Jahrg., Nr.7, 2 April 2004, s.331, 334.

⁵² TCK’nın 94. maddesinde yer alan işkence suçu hakkında ayrıntılı açıklama için bkz: Önok, s.273 vd.

açıkça kastla (önceden tasarlanarak) hareket edildiğini belirtmektedir. Kararda ayrıca belirtilen bir diğer husus da başvurucunun sorgu odasında gözaltında bulunduğu sırada kelepçeli olduğu ve dolayısıyla korunmasız ve kısıtlı bir durumda bulunduğunun anlaşıldığıdır. Buna göre Mahkeme kararında, Alman ulusal mahkemelerinin yaptığı tespitler ve kendi önündeki verileri göz önünde tutarak, JM'nin yaşamının kurtarılabilceğine inanan polislerin bu sorgulama yöntemine ikna olduklarını belirtmektedir⁵³. İleride 6. madde açısından yapılan değerlendirmede görüleceği üzere, bu nitelendirme Mahkemenin kararında etkili olmuştur.

AİHM önünde yapılan yargılamalarda sivil toplum örgütlerinin ve hükümet tarafının danışmanlarının davaya katılması ve görüş bildirmesi sıkça karşılaşılan bir durum olmaya başlamıştır. Öte yandan başvuru tarafından mağdur edilen kişilerin davaya katılması ise ancak istisnai durumlarda uygulanan bir yöntemdir. Bu davanın önemi ve etkileri nedeniyle söz konusu istisnai durum uygulanmıştır. Bu kapsamda hem JM'nin anne ve babası hem de bir sivil toplum kuruluşu olan Redress Trust mahkemede dinlenmiş ve görüşlerini sunmuşlardır. Nitekim Mahkeme kararında, katılan her iki tarafın da görüşlerine yer vermiştir. JM'nin anne ve babası Hükümetin görüşlerini desteklerken, Redress Trust ise işkence tehdidi mağduriyeti açısından MG'nin yanında yer almıştır⁵⁴. Bu bağlamda Redress Trust, özellikle Yunanistan davası⁵⁵ ile Akkoç v. Türkiye⁵⁶ davasında Sözleşme organlarının yaptıkları tespitlere dayanarak belirli bir eylemin işkence oluşturabilmesi için, fiziksel yaralamaya sebebiyet verilmiş olmasının gerekmediğini vurgulamıştır. Zihinsel tahribatın kendisi de yaygın bir işkence biçimidir; dahası Mahkeme, Sözleşmenin 3. maddesinin yasaklandığı bir eylemle sırf tehdit etmenin bile, bu maddeyi ihlal edebileceğini teyit etmektedir⁵⁷.

Somut olayda AİHM, işkence tehdidinin önemli derecede korkuya, ıstıraba ve ruhsal acıya yol açtığını belirtmiştir. Zira MG, cesedi nereye sakladığını itiraf etmesi için, önemli ölçüde tehdit edilmiştir ve bu teh-

⁵³ Gäfgen v. Almanya, §95, 105, 106.

⁵⁴ Buyse, s. 1597, 1598.

⁵⁵ 12 Yearbook 170, 1969, s.461.

⁵⁶ Başvuru No. 22947/93 ve 22948/93, ECHR 2000-X, §25 ve 116, 117.

⁵⁷ Campbell ve Cosans v. Birleşik Krallık, seri A no.48, 25.2.1982, §26.

dit söz konusu etkilerin elde edilmesi amacıyla polis memurları tarafından gerçekleştirilmiştir. Somut olayın koşullarına ilişkin olarak AİHM, sanık aleyhine olan davranışların Sözleşmenin 3. maddesi kapsamında minimum düzeyde ciddiyete eriştiğine karar vermiştir. Bununla birlikte AİHM, uygulanan eylemler içindeki şiddet düzeyinin işkence eşiğine ulaşmadığını belirtmiştir⁵⁸. Ayrıca Redress Trust, Labita v. İtalya davasına⁵⁹ atıfta bulunarak, işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağının mutlak olduğunu ve mağdurun tutumu veya olayın şartlarını dikkate alan herhangi bir sınırlama ve haklı gösterilebilecek bir hal bulunmadığını vurgulamıştır⁶⁰.

Bu bağlamda herhangi birini fiziksel bir temas olmaksızın dahi işkence ile tehdit etmek yasaktır; zira bu eylem en azından insanlık dışı davranış olarak kabul edilmektedir. Nitekim bu husus kararda Mahkeme tarafından açıkça belirtilmiştir. Buna göre, Sözleşmenin 3. maddesiyle yasaklanmış bir eylem tehdidinde bulunulması, yeterince yakın ve gerçek olması koşuluyla, 3. maddenin ihlalini oluşturacaktır. Dolayısıyla bir kimseyi işkence ile tehdit etmek, en azından insanlık dışı muamele oluşturmaktadır⁶¹.

2. İşkence, İşkence Tehdidi ve İnsanlık Dışı Muamelenin Hiçbir Koşulda Meşru Kabul Edilemeyeceği Kuralı

AİHM bir olayın koşullarını değerlendirirken, sanık aleyhine öne sürülen davranışın gerekçelendirilip gerekçelendirilmediği sorusuna cevap aramaktadır. Çünkü ilk bakışta insanlık dışı davranış tanımının; kolluk tarafından uygulanan meşru kuvvet, şüphelinin/failin hakim kararıyla hapsedilmesi ya da savaş sırasında dövüşmek gibi yasaklanmayan davranışları da kapsadığı görülmektedir. Eğer bu gibi davranışlar haklı bir şekilde gerekçelendirilirler ise artık insanlık dışı davranış olarak nitelendirilemezler. Buna göre bazı eylemler ilk bakışta kötü muamele olarak görülseler de gerekçelendirilmek kaydıyla bunların hukuka ve dolayısıyla Sözleşmenin 3. maddesine uygunlukları söz konusu olabilmektedir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus

⁵⁸ Gäfgen v. Almanya, §101-108.

⁵⁹ Başvuru No. 26772/95, ECHR 2000-IV, §119.

⁶⁰ Gäfgen v. Almanya, §86, 103.

⁶¹ Campbell ve Cosans v. Birleşik Krallık, §26; Gäfgen v. Almanya, §91, 108.

bunların sözleşmenin kapsamı dışında değerlendirilmeleridir. Dolayısıyla bu tür eylemler 3. maddenin istisnasını oluşturmayıp, bu maddenin dışında yer aldıklarından bu madde kapsamında değerlendirilmemektedirler. AİHM'e göre işkence, işkence tehdidi ve insanlık dışı davranışlar hiçbir zaman ve koşulda meşru olarak kabul edilemezler ve meşru bir zemine dayandırılmazlar⁶². Bunun en ileri noktasını ise devlet otoritesi tarafından gerçekleştirilen işkence tehdidinin, bir çocuğun hayatını kurtarmak da dahil olmak üzere, düşünülebilen her koşulda insanlık dışı davranış olarak kabul edilmesidir.

Nitekim Mahkeme bu hususu kararında da açıkça ifade etmektedir. Mahkemeye göre, Sözleşmenin 3. maddesi demokratik toplumların en temel değerlerinden birisini içermektedir. Sözleşmenin diğer maddelerinden farklı olarak, bu madde için herhangi bir istisna hükmüne yer verilmesi ve bu maddenin ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü hallerde bile Sözleşmenin 15/2. maddesine göre askıya alınması mümkün değildir⁶³. Mahkeme, terör veya organize suçlar gibi en zor koşullarda bile, ilgili kişinin eylemi ne olursa olsun, Sözleşmenin işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayı mutlak bir şekilde yasakladığını teyit etmektedir⁶⁴. Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşmenin 3. maddesi bakımından başvurucunun işlediği iddia edilen suçun niteliğinin bir öneminin bulunmadığını belirtmektedir⁶⁵.

AİHM bu noktada korunan hukuksal değerleri değerlendirmeyi kabul etmemektedir⁶⁶. Sözleşmenin 3. maddesinde yer alan işkence yasağının hiçbir istisnaya yer vermediği açık ve kesindir⁶⁷. Aynı kural işkence tehdidi yasağı için de geçerlidir⁶⁸. İşkencenin katı şekilde

⁶² Gäfgen v. Almanya, §107.

⁶³ Selmouni v. Fransa, §95; Labita v. İtalya, §119.

⁶⁴ Chahal v. Birleşik Krallık, Reports of Judgments and Decisions 1996-V, 15 Kasım 1996, §79; Labita v. İtalya, §119.

⁶⁵ Gäfgen v. Almanya, §87. Ayrıca bkz: V. v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 24888/94, ECHR 1999-IX, §69; Ramirez Sanchez v. Fransa, §116; Saadi v. İtalya, Başvuru No. 37201/06, ECHR 2008 ..., §127.

⁶⁶ Gäfgen v. Almanya, §87, 176. Ayrıca bkz: İrlanda v. Birleşik Krallık, §163; Chahal v. Birleşik Krallık, 23 Eur. H. R. Rep. 413, §79-81, 1997; Saadi v. İtalya, 37201/06, §138.

⁶⁷ AİHS m. 15/2 ve İşkencenin Önlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m. 2/2'de açıkça belirtilmiştir. Ayrıca, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m.5, Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi m.7, Cenevre Sözleşmesi m.3/1a, m.3/1c.

⁶⁸ Ast, s.1397. Karşıt görüş için bkz: Rolf Dietrich Herzberg, "Folter und Menschen-

yasaklanması, tarihten öğrenilen önemli bir dersin sonucudur⁶⁹. Hatta Avrupa Konseyinin oluşması ve etkili bir koruma mekanizmasının oluşturulması (öncesinde Komisyon ve Divan, sonrasında Mahkeme) bu acı dersin sonucudur⁷⁰. Yakın tarihte Guantanamo’da yaşananlar, bu konudaki istisnaların kabul edilemezliğinin bir örneğidir⁷¹. Dolayısıyla meşru işkence ve meşru olmayan işkence ayrımı veya işkencenin kovuşturma ve güvenlik için yapılma amaçlarına göre ayırım yapmak uygun değildir. İşkenceyi gerekli gösteren durumlar, her zaman şüphenin bulunduğu durumlardır ve şüphe yanlış olabilir. Ayrıca işkence kabul edilirse, bu uygulamanın belirli bir sınırı olmayacaktır⁷². Bunlar tarihi ve uygulamadan kaynaklanan sebeplerdir. Hukuki ve etik açıdan bakıldığında ise insan onurunun garantisinden veya devletin meşruluk koşullarından yola çıkılarak işkence yasağının önemi hakkında çıkarım yapılabilir. Bu ahlak bilimine, sonuççu veya amaçsal etik teori üzerinde üstünlük sağlamaktadır⁷³.

Somut olayın gösterdiği durum karşısında Mahkemenin bu olaya kadar olan kararlarındaki tavrının sonuçlarının, Alman hukuk öğretisi ve uygulaması tarafından kabul edilmesi güç olacaktır. Hatta bu gibi durumlarda işkence ve kötü muamelenin mazur görülebileceğini ilişkin Alman öğretisinde görüşler bulunmaktadır⁷⁴. JM’nin hala hayatta olduğunun ve MG’den ikrar elde etmeye yönelik girişimlerin hiçbirinin başarılı olmadığına varsayıldığı halde MG, çocuğu nereye sakladığını ortaya çıkarmakla yasal olarak yükümlü olacaktır.

würde”, JuristenZeitung, 60. Jahrg., Nr.7, 1 April 2005, s.321, 325, 328.

⁶⁹ Tarihsel özet için bkz Edward Peters, *Torture*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1996, s.1-187, Mehmet Semih Gemalmaz, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, 2. Bası, İstanbul, Kavram, 1994, s.157-169; Önok, s.41-57.

⁷⁰ Murat Volkan Dülger, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Düzenlenen Yargısal Koruma Mekanizması ve 14 Nolu Ek Protokolle Öngörülen Değişiklikler”, C.II, Uğur Alacakaptan’a Armağan, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s.239, 240.

⁷¹ Amnesty International, USA: Shadow over Justice, <http://amnesty.org/en/library/info/AMR51/094/2010/en>, 30.3.2013.

⁷² Jan Joerden, “Über ein vermeintes Recht (des Staates) aus Menschenliebe zu foltern”, 13 Jahrbuch für Recht und Ethik, 2005, s.495, 518.

⁷³ Luis Greco, “Die Regeln hinter der Ausnahme: Gedanken zur Folter in sog. Ticking Time bomb – Konstellationen”, Goltdammer’s Archiv für Strafrecht, Vol.154 No.11, 2007, s.628; Ast, s.1397.

⁷⁴ Bu gibi davalarda işkencenin meşru görülmesine ilişkin olarak bkz: Winfred Brugger, “Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?”, JuristenZeitung, 55 Jahrg., Nr.4, 18 Februar 2000, s.165. Joerden, s. 503.

Aksi halde MG ihmal suretiyle kasten öldürmeden sorumlu olurdu. Ancak polisin, yasaya uymaması ve çocuğu nereye sakladığını söylemesi için MG'ye baskı yapması, yasa dışı olacaktı. Bu durumda hangi menfaatlerin tehlikede olduğu düşünüldüğünde, bir yanda çocuğun hayatının diğer yanda MG'nin irade özgürlüğünün bulunduğu görülmektedir. Farklı bir açıdan bakıldığında ise, Alman hukuku açısından söz konusu olayda kamu görevlileri haricindeki diğer herkesin şüpheliyi işkence tehdidinde maruz bırakmasını yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla MG'yi, meşru savunma halinde bulunan herhangi bir kişiye teslim etmek kabul edilebilir. Bu akıl yürütme, işkence yasağının nedeninin yalnızca buna maruz kalan kişi üzerindeki olumsuz etkileri olmadığını ortaya koymaktadır⁷⁵. Bunun ilk sebebi, insanları doğası gereği özünde sınır bulundurmeyen böyle bir şiddet tehlikesinden korumak için kamu gücünün sınırlandırılmasıdır. Nitekim devletin haklı bir mazeret olmaksızın acı verici cezalar vermesi, kökleri tarihe dayanan bir durumdur⁷⁶. İşkence ve işkence tehdidi belki de şiddetin gücünün en yoğun halini taşımaktadır, zira buna maruz kalan kişi tamamen devletin merhametine kalmaktadır⁷⁷. Sonuç olarak AIHM, işkence yasağının hiçbir istisnasını kabul etmemekte haklıdır⁷⁸.

Mahkeme 3. madde açısından yapmış olduğu değerlendirmede, bu maddenin ihlali açısından somut durumun özelliğini de dikkate alarak şu gerekçeye dayanmıştır:

“107. Bu bağlamda Mahkeme, polislerin eylemlerindeki saikin çocuğun yaşamını kurtarmak olduğunu kabul etmektedir. Ancak, Sözleşme'nin 3. maddesi ile Mahkeme'nin yerleşik içtihatları göz önünde tutulduğunda, mağdurun eylemi veya yetkililerin saiki ne olursa olsun, kötü muamele yasağının uygulanacağını vurgulamak gerekir (bk. yukarıda parag. 87). Bir kimsenin yaşamı risk altında olsa bile, işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele yapılamaz. Ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü halde bile, bu yasağın as-kiya alınmasına izin verilmemiştir. Muğlak olmayan terimlerle düzenlenmiş

⁷⁵ Ast, s.1398.

⁷⁶ Mark Janis/Richard Kay/Anthony Bradley, European Human Rights Law – Text and Materials, 2. Bası, New York, Oxford University Press, 2000, s.94.

⁷⁷ İşkence hali, güç açısından en yüksek meydan okumadır; zira kimse emredilmiş bu eylemi bir başkasıyla ikame edemez. Güç, tehdit ve kuvvet arasındaki ilişkiyle ilgili olarak geliştirilmiş etkileşim aracı için bkz: Niklas Luhmann, Die Politik der Gesellschaft, Frankfurt am Main, Shurkamp, 2000, s.45, 55.

⁷⁸ Ast, s.1398.

olan Sözleşme'nin 3. maddesi, en zor koşullarda bile, her insanın mutlak ve vazgeçilemez nitelikte işkenceye, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye tabi tutulmama hakkı bulunduğunu kabul etmektedir. Sözleşme'nin 3. maddesindeki hakkın mutlaklık niteliğini güçlendiren felsefi temel, söz konusu kişinin eylemi ve suçun niteliği ne olursa olsun, herhangi bir istisnaya veya haklılaştırıcı faktöre veya menfaatlerin tartılmasına izin vermemektedir.

108. Başvurucunun tabi tutulduğu muameleyi karakterize eden faktörleri göz önünde tutan Mahkeme, başvurucudan bilgi almak için kendisine yapılan gerçek ve yakın bir tehdidin, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına girecek asgari ağırlık düzeyine ulaştığına ikna olmuştur. Mahkeme'nin İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi 1. maddesindeki tanıma atıfta bulunan kararlarına ve Redress Trust'ın atıfta bulunduğu uluslararası insan hakları izleme organlarının görüşlerine göre, işkence hem fiziksel ve hem de zihinsel ıstırapı kapsadığından, bir işkence tehdidi de işkence oluşturabilir. Özellikle fiziksel işkence korkusunun kendisi, zihinsel işkence oluşturabilir. Ancak belirli bir fiziksel işkencenin psikolojik işkence veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele oluşturup oluşturmadığına dair nitelendirmenin, olayın içinde bulunduğu bütün koşullara ve özellikle uygulanan baskının ağırlığına ve verilen ıstırapın yoğunluğuna bağlı olduğu konusunda geniş bir uzlaşma bulunduğu anlaşılmakta ve Mahkeme de böyle düşünmektedir. İşkence tespit ettiği olaylar ile başvurucunun olayını karşılaştıran Mahkeme, mevcut olayda başvurucunun tabi tutulduğu sorgulama yönteminin Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanmış insanlık dışı muamele oluşturacak kadar ağır olduğu, fakat işkence eşliğine ulaşmak için gerekli zalimlik düzeyine varmadığı kanaatinde dir."

3. Mağdurun Fiziksel İşkence ve Kötü Muamele Gördüğüne İlişkin İddiaları

Yukarıda başvuru konusu olaya ilişkin açıklamalarda yer verdiğimiz üzere, başvuru işkence tehdidinin yanında kendisine gözaltındayken polisler tarafından fiziksel saldırıda bulunulduğunu ve ayrıca yer gösterme amacıyla Birstein'e götürüldüğünde de fiziksel acı duyacağı şekilde kötü muameleye tabi tutulduğunu iddia etmektedir. Başvurucunun bu iddiaları elde edilen delillerin hukuki niteliği açısından önemli olduğu için hem 3. hem de 6. maddenin ihlali ihtimali açısından değerlendirilmelidir.

Mahkeme, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edilip edilmediğine dair kararını dayandıracağı delilleri değerlendirirken, “makul kuşku kalmayacak” şeklinde bir kanıtlama standardını benimsemektedir. Ancak bu kanıtlamaya, yeterince güçlü, açık ve tutarlı çıkarsamalarından veya aynı şekilde çürütülememiş maddi karinelere de ulaşılabilir⁷⁹. Mahkeme, özellikle bir kimsenin sağlığı iyi durumdayken gözaltına alındığı halde salıverildiği zaman yaralanmış olduğunun görülmesi halinde, bu yaraların nasıl oluştuğuna dair mantıklı bir şekilde açıklama yapmanın devletin yükümlülüğü olduğunu, devletin bunu yapamamasının Sözleşmenin 3. maddesi bakımından açık bir sorun oluşturacağına karar vermiştir⁸⁰. Sözleşmenin 3. maddesi bakımından iddialarda bulunulduğu zaman, Mahkeme çok titiz bir inceleme yapmaktadır⁸¹. Ancak Mahkemenin benzer durumlarda ısrarla belirttiği üzere iç hukukta bu konuda bir dava görülmüş ise kural olarak önlerindeki delilleri değerlendirmek, ulusal mahkemelerin işi olduğundan Mahkeme'nin görevi, ulusal mahkemelerin maddi olaylara ilişkin yaptıkları değerlendirmenin yerine kendi değerlendirmesini koymak değildir⁸². Mahkeme, ulusal mahkemelerin tespitleriyle bağlı olmamakla birlikte, normal koşullarda kendisini ulusal mahkemelerin maddi olaylara ilişkin ulaştığı tespitlerden ayrılmaya götürecek sağlam unsurların bulunması gerektiğini belirtmektedir⁸³.

Konuya öncelikle başvurunun sorgulama sırasında fiziksel saldırı, yaralama ve cinsel saldırıyla tehdit edildiğini iddiaları açısından yaklaşan Mahkeme, hükümetin karşı çıktığı bu iddiaların makul kuşku kalmayacak şekilde kanıtlanmış olup olmadığını değerlendirirken, başvurunun sunduğu tıbbi belgeleri göz önünde tutmuş ve başvurunun sorgu sırasındaki saldırı iddialarının bütünüyle temelsiz olmadığını tespit etmiştir. Bu belgeler, aslında başvurunun göğsündeki bereleri tıbbi muayeneden önceki gün aldığını göstermektedir. Bununla birlikte Mahkeme, başvurunun yaralarının sebebine ilişkin

⁷⁹ Jalloh v. Almanya, §67; Ramirez Sanchez v. Fransa, §117.

⁸⁰ Tomasi v. Fransa, Seri A no. 241-A, 27 Ağustos 1992, §110; Ribitsch v. Avusturya, Seri A no. 336, 4 Aralık 1995 §34; Aksoy v. Türkiye, §61; Selmouni v. Fransa, §87.

⁸¹ Matko v. Slovenya, Başvuru No. 43393/98, 2 Kasım 2006, §100; Vladimir Romanov v. Rusya, Başvuru No. 41461/92, 24 Temmuz 2008, §59.

⁸² Klaas v. Almanya, Seri A no.269, 22 Eylül 1993, §29; Jasar v. “Eski Yugoslavya Makedonya Cumhuriyeti”, Başvuru No. 69908/01, 15 Şubat 2007, §49.

⁸³ Gäfgen v. Almanya, §92, 93.

Hükümetin açıklamaları yanında, JM'nin anne babasının bu noktadaki görüşlerine de önem vermiştir. Bu bağlamda Hükümet ile JM'nin anne ve babası, başvurucunun 2005'te yayımlanan kitabındaki⁸⁴ beyanlarına dayanarak, başvurucunun cildindeki lezyonlar dahil aldığı bütün yaraların, yakalama işlemi yapılırken yüzüstü yatırıldığı sırada meydana geldiğini iddia etmişlerdir. Ayrıca Mahkeme, ulusal mahkemelerin başvurucunun ek iddialarının kanıtlanamadığını belirttiklerini kaydetmiştir. Başvurucunun fiziksel yaralarını sorgu sırasında aldığını, en azından Mahkeme önünde iddia ettiği kadar, delilleri dinleyen ve değerlendiren ulusal mahkemeler önünde iddia etmediğinin anlaşıldığı belirtilmektedir. Ayrıca tıbbi belgelerin, yaraların muhtemel sebebine ilişkin bir açıklama getirmediği görülmektedir. Yukarıda anlatılanlar karşısında Mahkeme, başvurucunun sorgu sırasında fiziksel saldırılara ve yaralara ilişkin şikayetleri yanında cinsel istismara uğradığı iddiasının, makul kuşku kalmayacak şekilde kanıtlanmadığı sonucuna vardığını belirtmiştir⁸⁵.

Mahkeme ikinci olarak, başvurucunun Birstein'de ayakkabısız olarak odunlar üzerinde yürütüldüğü ve doğrudan cesedin bulunduğu yeri göstermeye ve diğer bulguları açıklamaya zorlandığı böylelikle Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanmış bir muameleye tabi tutulduğunu iddiasını da değerlendirmiştir. Hükümet bu iddialara da karşı çıkmıştır. Mahkeme, ulusal mahkemelerin tespitlerine göre, başvurucunun sorgudan sonra JM'nin cesedini sakladığı gölete polislerle birlikte gelmeyi kabul ettiğini kaydetmiştir. Mahkeme, başvurucunun Birstein yolunda hazır bulunan polisler tarafından JM'nin cesedinin bulunduğu yeri tam olarak göstermesi için sözlü olarak tehdit edildiğine dair bir belirtinin bulunmadığını; ancak, başvurucunun Birstein'deki delilleri göstermesinin, Emniyet Müdürlüğünde yapılan tehditlere bağlı olup olmadığı veya ne ölçüde bağlı olduğu meselesinin, Sözleşmenin 6. maddesi altında karara bağlanması gereken bir mesele olduğu belirtmiştir. Tıbbi belgelerde başvurucunun ayakaltlarında şişlikler ve su toplamaları bulunduğu belirtildiğinden, Mahkeme başvurucunun ayakkabısız olarak yürümeye zorlandığı iddiasının bütünüyle temelsiz olmadığını tespit etmiştir. Ancak önlerindeki delilleri inceleyen ulusal

⁸⁴ Magnus Gäfgen, *Allein mit Gott – der Weg zurück*, 2005, s.57-61.

⁸⁵ Gäfgen v. Almanya, §96-98.

mahkemeler, başvurucunun ulusal mahkeme önündeki davanın başlangıcında dile getirmedığı bu iddiaları kanıtlanmış görmemişlerdir. Doktorların muayeneleri bu yaraların sebebini ortaya koyamamıştır. Bu koşullarda Mahkeme, başvurucunun bu konudaki iddialarının makul kuşku kalmayacak şekilde kanıtlandığını kabul etmemiştir⁸⁶.

Sonuç olarak Mahkeme, başvurucunun işkence ve kötü muamele-ye yönelik üç iddiasından ilki olan başvurucunun JM'nin yerini söylemesini sağlamak için 1 Ekim 2002 sabahı polis tarafından, dayanılmaz bir acıya tabi tutulmakla tehdit edildiğinin kanıtlandığını kabul etmiştir⁸⁷. Mahkeme diğer iki iddia, ifade ve sorgulama sırasında ve Birstein'deki yer gösterme esnasında fiziksel kötü muamele-ye maruz kalma açısından ise açıkça kanıtlanan bir durum olmadığından ihlalin gerçekleşmediğine karar vermiştir.

4. Mağdur Statüsünün Devamlılığı Sorunu

a. İddialar ve Yanıtlar

AIHM'nin yerleşik içtihatları gereğince AIHS hükümlerinin ihlali dolayısıyla ortaya çıkan "mağdur" statüsü, ulusal makamlar zarar gören kişi için gereken tazmini sağlayıp durumu düzeltmek için çaba göstermedikçe devam etmektedir. Dolayısıyla mağduriyetin ve buna bağlı olarak ihlalin sürekliliği söz konusu olmaktadır. Tasarlanarak gerçekleştirilen kötü muamele hallerinde, yaşananlar hakkında etkili ve ayrıntılı soruşturma yapılması ve zarar gören kişiye tazminat verilmesi gerekmektedir⁸⁸. Bunun ötesinde AIHM, işkence veya kötü muameleyi uygulayan kişiler hakkında soruşturma yapılmasını ve tatmin edici bir ceza verilmesini talep etmektedir⁸⁹. Buna ek olarak, hakkında soruşturma açılan kişilerin geçici olarak görevlerinden uzaklaştırılmalarının, ciddi davalarda ise hüküm giyen kişilerin işten çıkarılmalarının gerektiğini ifade etmektedir⁹⁰.

Somut olayda Alman Mahkemeleri ve AIHM, 3. maddenin ihlali bulunduğunu saptamışlardır. İki polis memuru, Frankfurt Bölge Mah-

⁸⁶ Gäfgen v. Almanya, §99.

⁸⁷ Gäfgen v. Almanya, §100.

⁸⁸ Gäfgen v. Almanya, §116-118.

⁸⁹ Gäfgen v. Almanya, §117, 119, 123.

⁹⁰ Gäfgen v. Almanya, §125.

kemesi tarafından tehdit ve tehdide azmettirmeden suçlu bulunmuşlardır. Ancak verilen para cezaları son derece ılımlı olmuştur: Polis memuru E.'ye 3.600 Euro, polis memuru D.'ye 10.800 Euro ceza verilmiştir⁹¹. Disiplin yaptırımı olarak ikisi de kurumun, suç soruşturmalarında görev alamayacakları mevkilerine tayin edilmiştir. Ancak D daha sonra terfi etmiştir.

Daire tarafından verilen ilk kararda, ulusal mahkemelerin 3. maddenin ihlalini kabul etmeleri ve polislere ceza verilmesinin yanı sıra, özellikle soruşturmada yasak yöntemlerin kullanılmasının, başvuru- cunun duruşma öncesinde vermiş olduğu ifadelerin yargılamada delil olarak kabul edilmemesi şeklinde bir yaptırımla sonuçlanmasının, mağduriyet statüsünün devam etmediği şeklinde yorumlanması gerektiğine karar verilmiştir⁹².

Başvurucu ise diğer nedenlerin yanı sıra özellikle, ancak Sözleşme- nin 3. maddesinin ihlalinin doğrudan bir sonucu olarak elde edilmiş bütün bulguların davadan dışlanmasıyla eski hale (*status quo ante*) dönülebileceğini iddia etmiştir. Kabul edilmeleri nedeniyle yargılamanın sonucunu daha baştan belirlemiş olan bu deliller, zımnen kendisinin mahkumiyetini ve verilebilecek azami cezanın verilmesini sağlamıştır. Sadece duruşma öncesinde zorlama sonucu verdiği ifadelerin dışlanması, giderim için yeterli değildir; çünkü maddi deliller bir kez kabul edildiğinde, artık bu ifadeler iddia makamının kendisi aleyhindeki iddiaları için gerekli değildir⁹³. Dolayısıyla başvuru- cu zehirli ağacın meyvesi öğretisinden hareketle, bir şekilde kendisinden hukuka aykırı olarak elde edilen ifadelere dayanan ve/veya bağlantısı olan tüm delillerin yargılamadan dışlanmasıyla mağduriyetinin sona ereceğini iddia etmiştir.

Hükümet ise diğer iddialara karşı yanıtlarının yanı sıra özellikle bu önemli iddiaya karşı, Frankfurt Bölge Mahkemesi'nin sadece 1 Ekim 2002 tarihindeki ikrarı değil; aynı zamanda başvuru- cunun duruşma öncesinde polis, savcı ve bir yargıç önünde verdiği sonraki bütün ikrarlarını da dışladığını; ancak başvuru- cunun, önceki ikrarlarının delil olarak kullanılmayacağı konusunda bilgilendirildikten sonra, duruş-

⁹¹ LG Frankfurt, 58 Neue Juristische Wochenschrift 692, 2005.

⁹² Gäfgen v. Almanya, §109.

⁹³ Gäfgen v. Almanya, §111.

manın ikinci gününde ve henüz her hangi bir delil ortaya konulmadan önce yeni ve tam bir ikrarda bulunduğunu belirterek yanıt vermiştir⁹⁴.

b. Konuyla İlgili İlkeler

Mağduriyet statüsünün devam etmediğine ilişkin tespitin yapılabilmesi için, öncelikle 3. maddenin ihlal edildiğinin belirlenmesi, sonrasında da mağduriyetin giderilmesine ilişkin ilkelerin ortaya konulması ve ilkeler açısından tek tek inceleme yapılması gerekmektedir. Söz konusu davada bu ilkelerin ortaya konulması hem Mahkeme hem de Redress Trust örgütü tarafından yapılmıştır⁹⁵. Buna göre söz konusu ilkeler şunlardır:

İlk olarak, kötü muameleden sorumlu olanların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına yol açabilecek bir soruşturma yapılmalıdır⁹⁶. İkinci olarak devletler, işkence ve yasak olan diğer kötü muameleleri işleyenleri etkili bir şekilde cezalandıracak ve ileride yeniden suç işlemelerini önleyecek nitelikte etkili bir ceza adalet sistemine sahip olmakla yükümlüdürler⁹⁷. Üçüncü olarak, işkence ve diğer kötü muamele biçimlerinin yeterli bir şekilde giderimi için, özellikle maddi ve manevi zararların tazmin edilmesini sağlayacak etkili medeni hukuk yollarının bulunması da gerekir. Mahkeme'nin kendisi de sürekli olarak, ağır ihlal olaylarında sadece bir karar vermiş olmanın yeterli bir adil karşılık oluşturmayacağını söylemiş ve manevi tazminata hükmetmiştir⁹⁸. *Dördüncü olarak*, işkencenin devam eden sonuçlarına yönelik olarak hakların telafisi için, irade dışında verilmiş ikrarların dışlanması gerekir. *Beşinci olarak*, devlet yasak eylemin tekrarlanmamasını güvence altına alan tedbirler almalıdır⁹⁹.

Bu başvuru açısından ise dördüncü ilke diğerlerinden çok daha fazla öneme sahiptir. Doğru bir sonuca ulaşabilmek için 6. maddenin ihlalinin olup olmadığına ilişkin tespitler, dördüncü ilkenin yerine getirilip getirilmediğine bakılarak yapılabilir.

⁹⁴ Gäfgen v. Almanya, §113.

⁹⁵ Gäfgen v. Almanya, §114-119.

⁹⁶ Assenov ve diğerleri v. Bulgaristan, Reports 1998VIII, 28 Ekim 1998, §102.

⁹⁷ Nikolova ve Velichkova -Bulgaristan, §63.

⁹⁸ Selçuk ve Asker v. Türkiye, Reports 1998-II, 24 Nisan 1998, §117-118.

⁹⁹ Gäfgen v. Almanya, §114.

c. Mahkemenin Mağduriyet Statüsüne İlişkin Kararı

Mahkeme mağduriyet statüsünün devamının belirlenmesine ilişkin ilkelerden öncelikle, ulusal makamların açıkça veya özü itibariyle Sözleşmeye aykırılığı kabul etmiş olup olmadıklarını incelemiştir. Bu inceleme neticesine Mahkeme, bu sorun hakkında kendilerinden karar verilmesi istenen ulusal mahkemelerin açıkça ve hiç tartışmasız bir biçimde, başvurunun ifadesinin alınma yönteminin Sözleşmenin 3. maddesini ihlal ettiğini kabul ettiklerine ikna olduğunu açıklamıştır¹⁰⁰.

Mahkeme önündeki yargılamada başvuruyu ilk olarak inceleyen Daire, 2008 tarihli kararında, başvurunun insanlık dışı muameleyle tabi tutulduğunu, ancak mağduriyet statüsünün devam etmediğini, zira Alman Mahkemelerinin açık bir biçimde hak ihlali yapıldığını kabul ettiklerini, ayrıca bu muameleyi uygulayan kişilerin cezalandırıldığını ve bu yolla elde edilen ifadelerin yargılamanın dışında tutulduğunu belirtmiştir. Büyük Daire ise konuya bir başka açıdan yaklaşmıştır ve polisler verilen cezaların kendilerine açıkça müsamahakar davranıldığını gösterecek kadar orantısız olduğunu belirtmiştir. Azınlık görüşü veren altı yargıç ise bir başvurunun mağduriyet statüsünün devam edip etmediğinin kendisine insanlık dışı muamelede bulunan polis memurlarına verilen cezanın ağırlığına bağlı olmadığını belirtmişlerdir. Söz konusu yargıçlar, Mahkeme içtihatlarına göre bu tür sorunların -dostane çözümler dışında- ulusal makamların yetkisine bırakıldığını ifade etmişlerdir. Dolayısıyla mağduriyet statüsü, ulusal makamların işi olan ceza verme ve cezanın miktarını belirleme hususu dikkate alınmaksızın belirlenmelidir. Buna karşın, çoğunlukta yer alan yargıçlar, işkenceye karşı mücadelede Sözleşmeye taraf devletlerin caydırıcı ve etkili politikalar uygulamalarının insan haklarının ayakta tutulması çok önemli olduğuna açıkça işaret etmişlerdir. Bu en azından işkence veya insanlık dışı muamelelerle ilgisi olan devlet görevlileri için basit cezalardan daha sert cezaların verilmesini gerektirmektedir. Buna ek olarak, mağdurların zararlarına karşılık giderim elde edebilmelerine yönelik ulusal düzeyde etkin, yeterli ve erişilebilir iç hukuk yollarına erişme hakları olmalıdır¹⁰¹.

¹⁰⁰ Gäfgen v. Almanya, §120.

¹⁰¹ Buyse, s. 1599, 1599.

Mahkeme, ilke olarak Sözleşmenin herhangi bir ihlaline karşılık giderim sağlamanın, ilk önce ulusal makamların görevi olduğunu belirtmiştir. Ayrıca başvurucunun iddia edilen ihlalden ötürü mağdur olup olmadığı sorununun, Sözleşme organları önündeki yargılamanın her aşamasında gündeme gelebileceğini açıklamıştır¹⁰². Mahkeme açıkça, başvuru lehine bir karar veya tedbirin, ulusal makamlar tarafından açıkça veya özü itibarıyla Sözleşmenin ihlal edildiğini kabul etmedikçe ve ihlale karşılık bir giderim sağlamadıkça, kural olarak Sözleşme'nin 34. maddesi bakımından başvurucunun "mağdurluk" statüsünün kalkması için yeterli olmadığını ifade etmiştir¹⁰³.

AIHM, hafifletici nedenlerin varlığına rağmen polis memurlarına verilen bu cezaların söz konusu suçların ağırlığı karşısında bir orantısızlık göstergesi olduğunu belirtmektedir¹⁰⁴. AIHM, ileride karşılaşılabilecek zor durumlarda AIHS'in 3. maddesinin ihlalinin önlenmesi için gereken caydırıcı etkinin yaratılmadığını saptamıştır. AIHM bu orantısızlığa ilişkin olarak daha önce karara bağlamış olduğu Nikolova ve Velichkova v. Bulgaristan davasına atıf yapmıştır¹⁰⁵. Bu davada iki polis memuru, bir kişiyi kasti olarak ağır fiziksel yaralamaya maruz bırakmışlardır. Sonrasındaki ihmalkarlıkları kişinin ölümüyle sonuçlanmıştır. Bu polis memurları Gäfgen olayında olduğu gibi hukukun izin verdiği minimum düzeyde ceza ile cezalandırılmışlardır¹⁰⁶. Mahkeme bu durumda 2. maddeyle birlikte 3. maddenin de ihlal edildiğine (2. madde için verilen karar 3. maddeyi de kapsadığı için 3. madde açısından ayrıca bir karar vermenin gereksiz olduğuna) karar vermiştir¹⁰⁷. Bu atıf, Mahkemenin olaya bakış açısını göstermesi açısından önemli bir ipucudur.

Mahkeme, AIHS'in 1. maddesinden, Sözleşmenin insan hakları ihlallerini etkili bir şekilde önlemesi gerektiği kuralını çıkarmaktadır.

¹⁰² Siliadin v. Fransa, Başvuru No. 73316/01, ECHR 2005-VII, §61; Scordino v. İtalya (no. 1), Başvuru No. 36813/97, ECHR 2006V, §179.

¹⁰³ Eckle v. Almanya, Seri A no. 51, 15 Temmuz 1982, §66; Dalban v. Romanya, Başvuru No. 28114/95, ECHR 1999-VI, §44; Siliadin v. Fransa, §62; Scordino v. İtalya (no. 1), §180.

¹⁰⁴ Gäfgen v. Almanya, §123-125; aksi için bkz: Gäfgen v. Almanya, §6.

¹⁰⁵ Nikolova ve Velichkova v. Bulgaristan, Başvuru 7888/03, §60-64, 20.12.2007. Ayrica, Harris/O'Boyle/Bates/ Buckley, s.48-52,108-111.

¹⁰⁶ Ast, s.1399.

¹⁰⁷ Nikolova ve Velichkova v. Bulgaristan, §64.

Bir devlet, Sözleşme tarafından garanti altına alınan insan haklarının gerçekleşmesini ve uygulanmasını sağlamakla yükümlüdür. Adı geçen haklar, “*teorik ve hayali*” değil; “*pratik ve etkin*” olmalıdır¹⁰⁸. Mahkeme, bir soruşturmanın pratikte de etkili olabilmesi için, devletin Sözleşmenin 3. maddesine aykırı uygulamaları cezalandıran hükümler koymasını bir ön koşul olarak kabul etmektedir¹⁰⁹. Buna uygun olarak, bir devletin mahkemeleri kendi iç hukuklarında yer alan yasalar ile olduğu gibi AİHS ile de bağlıdırlar. Bu sebeple ceza mahkemelerinin Sözleşme tarafından korunan hakların etkililiğini göz önünde bulundurmaları gerekmektedir. Üstelik mağdurun bu yükümlülüğe karşılık olarak hiçbir zaman bir yaptırım talep etme hakkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla kişinin içinde bulunduğu “mağdurluk” durumu (mağdurluk statüsünün devam ettiğinin tespit edilmesi), sadece AİHS’in ileri-deki ihlallerini önlemek adına önem taşımaktadır¹¹⁰.

AİHM, polislerin başvurucuya karşı işlemiş oldukları suçlar nedeniyle çok az ve ertelenen cezalarla cezalandırıldıklarını belirtmektedir. Mahkeme bu bağlamda, bireysel suçluluğun derecesi hakkında karar vermenin¹¹¹ veya suçluya verilecek uygun cezayı belirlemenin kendisinin görevi olmadığını, bu konuların münhasıran ulusal mahkemelerin görev alanına girdiğini ifade etmektedir. Bununla birlikte Mahkeme, Sözleşmenin 19. maddesine göre ve Sözleşmenin hakları teorik veya görünüşte değil ama pratik ve etkili bir şekilde güvence altına almayı amaçladığı ilkesi uyarınca, devletin kendi egemenlik alanında bulunanların haklarını koruma yükümlülüğüne yeterince uymasını sağlamak zorundadır¹¹². Bundan çıkan sonuca göre Mahkeme, devlet görevlilerinin kötü muamelelerine karşılık uygun yaptırımları seçmenin, ulusal mahkemelerin işi olduğunu kabul etmekle birlikte gözetim fonksiyonunu sürdürmeli ve eylemin ağırlığı ile verilen ceza arasında açık bir orantısızlığın bulunduğu olaylara müdahale etmelidir. Aksi taktirde devletin etkili bir soruşturma yapma görevi anlamını büyük

¹⁰⁸ Artico v İtalya, 3 Eur. H. R. Rep. 1, §33, 1980.

¹⁰⁹ X ve Y v. Hollanda, 8 Eur. H. R. Rep. 235, §27, 1985; Gäfgen v. Almanya, §117. Bkz: Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, 107, 384.

¹¹⁰ Ast, s.1399.

¹¹¹ Öneriyıldız v. Türkiye, Başvuru No. 48939/99, §116; Nachova ve diğerleri v. Bulgaristan, Başvuru No. 43577/98 ve 43579/98, ECHR 2005-VII, §147.

¹¹² Nikolova ve Velichkova v. Bulgaristan, §61, 62; Ali ve Ayşe Duran v. Türkiye, §66.

ölçüde kaybedecektir¹¹³. Bu sorun suçluluğun bireysel olmasının bir yansımasıdır. Bu sorun sadece delillere ve olayla ilişkili kişilerle doğrudan temas eden ve bunun gibi benzer davalar ile sürekli karşılaşan olay yeri mahkemeleri tarafından çözülebilmektedir. Bu sebeptendir ki AİHM, yalnızca ulusal mahkemelerin faile gereken cezayı vermekten kaçındığı hallerde duruma müdahale etmektedir.

Mahkeme kararında, bu davanın keyfi ve vahşice eylemlerde bulunan devlet görevlilerinin bu eylemleri gizlemeye çalıştığı ve Mahkemenin infaz edilebilir bir hapis cezası verilmesinin daha uygun olacağını düşündüğü diğer bazı davalarla¹¹⁴ karşılaştırılabilir nitelikte olmadığını ifade etmiştir. Bununla birlikte, birine günlüğü 60 Euro'dan 60 gün, diğerine ise günlüğü 120 Euro'dan 90 gün karşılığı sembolik para cezaları verilmesi ve daha sonra bu cezaların ertelenmesi, davalı devletin cezalandırma pratiğine uygun olsa bile; bu cezaların Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali için yeterli bir karşılık olarak görülemeyeceği de vurgulanmıştır. Sözleşmenin çekirdek haklarından birinin ihlaliyle açıkça orantısız olan böyle bir cezanın, gelecekte zor durumlarda kötü muamele yasağının ihlallerini önlemek için gerekli caydırıcılığa sahip olmadığı açıkça belirtilmiştir¹¹⁵.

Mahkeme ayrıca, verilen disiplin cezalarıyla ilgili olarak, hem D ve hem de E'nin soruşturma ve yargılama sırasında, suçların soruşturulması ile doğrudan ilgili olmayan birimlere nakledildiklerini, D'nin daha sonra, Emniyet Genel Müdürlüğü Teknoloji, Lojistik ve İdare Başkanlığına atandığını tespit etmiştir. Mahkeme bu davadaki olayların, benzer diğer olaylarla aynı vahamette olmadığını kabul etmekle birlikte, yine de D'nin daha sonra bir polis biriminin başına atanmış olmasının, yetkililerin Sözleşmenin 3. maddesine aykırılığın ağırlığına yeterince karşılık verip vermedikleri konusunda ciddi kuşkular doğurduğunu tespit etmiştir¹¹⁶.

AİHM, hafif yaptırım itirazına ek olarak MG'nin tazminat iddiası ve bu iddiayı gündeme getirebilmek için yasal yardıma ulaşmasının

¹¹³ Gäfgen v. Almanya, §123.

¹¹⁴ Örneğin Nikolova ve Velichkova v. Bulgaristan, §63; Ali ve Ayşe Duran v. Türkiye, §67-72.

¹¹⁵ Gäfgen v. Almanya, §124.

¹¹⁶ Gäfgen v. Almanya, §125.

üç yıldan fazla zaman almasını eleştirmektedir¹¹⁷. Nitekim başvuru-
cu, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlalinin bir sonucu olarak uğradığı
zararlara karşılık tazminat almak üzere de talepte bulunmuştur. Mah-
keme, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlalinin ulusal düzeyde tazminat
ödenmesi suretiyle telafi edilmesi konusunda, öncelikle başvuru-
cunun tazminat davası için adli yardım başvurusunun üç yıldır devam
ettiğinin ve başvurunun Mahkeme önünde yargılanması esnasında
henüz bir duruşma yapılmadığına ve talebin esasıyla ilgili bir hüküm
verilmediğine işaret etmektedir. Bu bağlamda Mahkeme, Sözleşme-
nin 3. maddesinin ihlalinin ağırlığını dikkate alarak, manevi zararlara
karşılık Sözleşmenin 41. maddesi gereğince tazminata hükmettiğini
belirmiştir¹¹⁸. Mahkeme, bir Sözleşme ihlali için uygun ve yeterli bir
giderimin ancak, tazminat başvurusunun ulaşılabilir, yeterli ve etki-
li olması koşuluyla sağlanabileceği kanaatindedir. Özellikle tazminat
davasındaki aşırı gecikme, hukuk yolunu etkisiz kılacaktır¹¹⁹. Mahke-
me, başvuru-
cunun talebinin esası hakkında ulusal mahkemelerin üç
yıldan fazla bir süredir karar vermemiş olmalarının, mevcut olayda
tazminat davasının etkililiği konusunda ciddi kuşkular doğurduğunu
tespit ettiğini belirtmiştir¹²⁰.

Mağduriyet statüsünün devam edip etmediğinin belirlenmesi açı-
sından en önemli tespit, 6. maddenin ihlaliyle bağlantısı açısından ya-
pılmıştır. Bu bağlamda Mahkeme, Sözleşmedeki bir hakkın ihlalinin te-
lafi için hangi giderim tedbirinin uygun ve yeterli olduğu meselesinin,
olayın içinde bulunduğu koşullara bağlı olduğunu ve buna göre karar
verilmesi gerektiğini tespit etmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşme-
nin 3. maddesiyle yasaklanmış bir soruşturma yönteminin kullanılma-
sının başvuru-
cunun hakkındaki bir ceza davasında kendisinin aleyhine bir
sonuç verdiği bir olayda, bu ihlale karşılık uygun ve yeterli giderimin,
yukarıdaki şartların yanında, o yasak yöntemle soruşturmanın yar-
gılama üzerinde devam eden etkilerine yönelik giderim tedbirlerinin
alınmasını ve özellikle Sözleşmenin 3. maddesiyle elde edilen delil-
lerin dışlanmasını gerektirebileceği ihtimalini yok saymadığını açıkça

¹¹⁷ Gäfgen v. Almanya, §126, 8.

¹¹⁸ Selçuk ve Asker v. Türkiye, §117 ve 118.

¹¹⁹ Sözleşme'nin 6. maddesindeki 'makul süre' şartına uymama nedeniyle tazminat
davası bakımından bkz: Scordino v. İtalya, No. 1, §195.

¹²⁰ Gäfgen v. Almanya, §126, 127.

ifade etmiştir¹²¹. Ancak Mahkeme, başvuru konusu olayda bu mesele hakkında karar vermenin gerekli olmadığını; soruşturma sırasında yasaklanmış yöntemle yapılan sorgulamanın, başvurunun yargılanmasında devam eden bir etkiye sahip olup olmadığının ve kendisi için dezavantajlar doğurup doğurmadığının incelemesinin gereksiz olduğunu belirtmiştir¹²².

Yukarıda yaptığı tespitler ışığında Mahkeme, her halükarda ulusal makamlar tarafından alınan farklı tedbirlerin, kendisinin içtihatlarında ortaya koyulan giderim şartını tam olarak karşılamadığını, bu nedenle davalı devletin, başvurucuya Sözleşmenin 3. maddesini ihlal eden muamele için yeterli bir giderim sağlamadığını ve sonuç olarak, başvurunun hala Sözleşmenin 34. maddesi anlamında 3. maddenin ihlalinin ötürü mağdur olduğuna karar vermiştir¹²³.

d. Mahkemenin Karar Vermeye Gerek Görmemesinin Anlamı Nedir?

MG'nin Mağduriyeti, Yargılama Esnasında Kendisi İçin Bir Avantaj Oluşturur mu?

Alman ceza hukuku öğretisinde, Mahkemenin belirli bir karar vermekten kaçınan ve eleştirilmesi gereken tavrının lehinde görüşler ileri sürülmektedir. Aslında bu yaklaşımın, Alman ceza hukuku açısından baskın görüş olduğu söylenebilir. Türk ceza muhakemesinden farklı olarak Alman öğretisi, her suç, dava ve olayda uygulanması gereken temel bir kuralın/ölçütün belirlenmesinden ciddi anlamda kaçınmakta; bunun yerine her somut olayda ayrı bir değerlendirme yapılması tercih edilmektedir¹²⁴. Bu görüşe göre, söz konusu dava, başvurunun karşı işkence tehdidinde bulunan ve kendilerine bunun karşılığında orantısız yaptırım uygulanan failere verilen cezalara müdahale edilmesini gerektirir nitelikte değildir, dolayısıyla söz konusu dava bu ilkenin bir istisnasını oluşturmamaktadır. Diğer şartların yanı sıra ve yukarıda anılan Nikolova v. Bulgaristan davasının aksine, başvuru konusu olayda zarar gören kişiye, kendisi aleyhine işlenen suç hakkında

¹²¹ Gäfgen v. Almanya, §128.

¹²² Gäfgen v. Almanya, §129.

¹²³ Gäfgen v. Almanya, §129, 130.

¹²⁴ Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, C.II, Adalet Yayınevi, 7. Bası, Ankara, 2013, s. 183;

neden gösterilmiştir. MG'den, JM'yi sakladığı gerekçesiyle doğrudan şüphelenilmiş ve JM'nin hayatının büyük olasılıkla tehlikede olduğu varsayılmıştır. Bu sebeple, adaletsizlik insan hakları ihlaline ilişkin olsa da önemsiz ciddiyette olduğu kabul edilmiştir. Nitekim bir başka davada MG'nin muzdarip olduğu bu durumun meşru savunmadan kaynaklanabileceği; zira faillerin her zaman kendi haklarını mevzu bahis edecekleri belirtilmektedir. Ayrıca polis memurlarına verilecek daha ağır bir cezanın, ilerideki ihlalleri önlemesi açısından daha etkili olup olmayacağının açık ve kesin olmadığı, burada daha önemli olan hususun ceza mahkemelerinin, işkence tehdidinin her türlü durumda yasak olduğu teamülünü aydınlatmış olmaları gerçeği olduğu ifade edilmektedir¹²⁵. Görüldüğü üzere bu yaklaşımda davaya yalnızca 3. maddenin ihlali açısından yaklaşmış, ancak 3. maddenin ihlali yoluyla elde edilen delilin yargılamaya etkisi ve bunun 6. maddenin ihlali oluşturup oluşturmadığı tartışma konusu yapılmamıştır.

Bunun ötesinde Mahkeme, AİHS'in 3. maddesinin ihlalinin, ceza yargılamasının ihlal edilmesi sonucunda elde edilen delillerin dışlanmasını gerektirip gerektirmediği konusunda bir tespit bulundurmamaktadır¹²⁶. Bu tespit, adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediği sorusuyla kesişmektedir. Yukarıdaki görüşle paralel olarak, her ne kadar AİHS'in 3. maddesinin ihlali nedeniyle mağdur olduğunu söylese bile, MG'nin gerçekte nadiren ulaşılan bir avantaja sahip olduğu da belirtilmektedir¹²⁷.

Öncelikle ifade etmeliyiz ki Mahkemenin bu tavrını eleştirmemek mümkün değildir. Mahkeme 3. maddenin ihlali ve mağduriyet statüsünün devamı açısından uzun açıklamalar yaptıktan, bu konudaki ilkeleri ortaya koyduktan ve bununla ilgili (içtihat niteliğindeki) çok sayıdaki kararına atıf yaptıktan sonra, gerekçe göstermeksizin yargılayanın esas can alıcı noktasıyla ilgili karar vermenin gereksiz olduğunu belirterek bu konuda adeta karar vermekten, görüş bildirmekten kaçınmıştır. Bu durum ilerleyen sayfalarda göreceğimiz üzere, kararın can alıcı noktası olan 6. maddenin ihlali iddiası hakkında karar vermekten kaçınmanın da zeminini oluşturmuştur. Oysa ulusal mahke-

¹²⁵ Ast, s.1399, 1400.

¹²⁶ Gâfgen v. Almanya, §128,129.

¹²⁷ Ast, s.1400.

meler açısından da geçerli olduğu üzere hiçbir mahkeme önüne gelen uyuşmazlık hakkında karar vermekten kaçınmaz. Ulusal mahkemeler açısından geçerli olan bu ilke evleviyetle ulusal üstü bir mahkeme açısından da geçerlidir. Bu kuralın geçerli olmaması için mahkeme önüne götürülen uyuşmazlığın ulusal ve ulusal üstü mahkemelerin yetki sahasına girmemesi gerekir ki bu en başta kabul edilebilirlik süzgecinden geçirilirken yapılmaktadır. Bize göre kabul edilebilirlik aşamasından geçmiş bir başvurunun belli bir kısmı için karar verip belli -ve en önemli- kısmı için karar verilmesine gerek olmadığını belirtmesi, Mahkemenin söz konusu olay karşısında aciz kaldığını beyan etmesi anlamına gelmektedir.

Öte yandan, yargılamanın sonucunda bu durum MG açısından bir avantaj oluşturmasa da, bir an için bunun bir avantaj oluşturduğu kabul edildiğinde dahi, mağdurun karşılaşmış olduğu işkence tehdidi (ve birçok olayda işkence ve/veya kötü muamele) dikkate alındığında, böyle bir muameleye tabi olmanın bir avantaj gibi gösterilmesi, bize göre mantıklı ve hukuki değildir. Bu mantıkla hareket edildiğinde, hukuka aykırı delil elde etme ve kullanma yasağının sıkı bir şekilde uygulandığı hukuk sistemlerinde kendilerinden delil elde etmek için işkence ve kötü muameleye tabi tutulan suçlular bunun bir avantaja dönüşeceğini düşünerek memnun olacaklar ve hatta bunun kendilerine uygulanmasını isteyeceklerdir. Peki ayırım yapılmaksızın suç şüphesi altında olan masumlara da bu muamelenin uygulanması halinde masum kişinin duygu durumu ve avantajı ne olacaktır? Bize göre bu yanıt olmayan bir sorudur. Bir masumun suçsuz yere mahkum olmasındansa yüz suçlunun dışarıda olmasının yeğlendiği bir hukuk sisteminde, insan onurunun korunmasının önemli bir parçası olan bu alanda böyle bir avantajdan bahsetmek bize göre yerinde bir tercih değildir. Bunun MG açısından gerçekten bir avantaj olup olmadığını aşağıda yer alan bölümde ayrıca inceleyeceğiz.

II. AİHS'in 6. maddesinin İhlali Açısından Kararın Değerlendirilmesi

Başvurucu, yukarıda açıklanan 3. maddeye ilişkin ihlal iddiasının yanında bu suretle kendisinden alınan ikrarın bir sonucu olarak elde edilen delilin kabul edilmesinin ve kullanılmasının adil yargılanma

hakkını da ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Aşağıda yer alan açıklamalar bu iddiaya ilişkindir:

Ulusal mahkemeler önünde yapılan yargılamanın adil olup olmadığı, Mahkemenin kararının 3. maddenin ihlali konusundan sonra ikinci, bağımsız ve en tartışmalı konusunu oluşturmaktadır. Çocuğun cesedi, MG'nin işkence tehdidi altında vermiş olduğu ikrarın hemen sonrasında bulunmuştur. Bu, devlet görevlilerinin hukuka aykırı eylemleri neticesinde elde edilen delillerin (bilgilerin) bir suçlamanın ispatında kullanılamayacağı anlamına gelen “zehirli ağacın meyvesi öğretisi” ile doğrudan bağlantılıdır. Hemen belirtelim ki bu öğreti hem susma hakkıyla hem de kendini suçlamama hakkıyla bağlantılıdır.¹²⁸. Ayrıca Mahkeme, Sözleşmeye taraf devletler, konuyla ilgili uluslararası sözleşmeler (örneğin İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi) ve hatta ABD ve Güney Afrika Cumhuriyeti gibi Avrupa'ya dahil olmayan bazı ülkeler gibi bu öğretiyi kabul eden ülke ve sözleşmelerde bu öğretinin şartları ve uygulaması üzerinde olması gerektiği gibi bir uzlaşma olmadığını kaydetmektedir.

Mahkemenin kararı esas olarak iki ana bölümden oluşmaktadır. Öncelikle 3. maddenin ihlali iddiaları incelenerek bir sonuca varılmış ve bu sonucun verilerinden hareketle esas husus olan 6. maddenin ihlali iddiaları incelenmiş ve bunun hakkında da bir karar verilmiştir. Biz de çalışmamızda Mahkemenin bu yöntemini izleyerek, 3. madde açısından yapmış olduğumuz incelemenin sonucundan hareketle 6. maddeye ilişkin ihlal iddialarını inceleyeceğiz.

Bu başlık altında ilk olarak başvurucunun iddiaları, hükümetin yanıtları ve bu dava açısından özel bir öneme sahip olan davaya katılan üçüncü kişilerin görüşleri özetlenerek ve yorumlanarak aktarılacaktır. Devam eden bölümde Mahkemenin, muhakeme ve delil değerlendirme kurallarının ulusal hukuk makamlarınca belirlenmesinin gerektiğine ilişkin tespiti açıklanacaktır. Daha sonra adil yargılanma hakkının içeriğinin ve dava konusu olayda bu hakkının ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesinde özel kurallara ilişkin açıklamalar yapılacaktır. Ayrıca bu bölümde AİHM'in hukuka aykırı delillerin kullanılmasını hatalı bulduğunu üstü kapalı olarak kabul etmesine de yer

¹²⁸ Buyse, s. 1598.

verilecektir. Bundan sonra AİHM'in bir postulat olarak kabul ettiği ve hem AİHM'in hem de Alman Mahkemelerinin yargı çevresi açısından geçerliliğini kabul ettiği dışlama kuralı ve sınırları incelenecektir. Son olarak da AİHM'in adil yargılanma hakkının ihlalini kabul etmemesinin gerekçesi açıklanacaktır.

Özet olarak ifade etmeliyiz ki Mahkemeye göre yargılama; AİHS'in 6. maddesi kapsamında tamamen adil gerçekleşmiştir; çünkü MG'ye yargılama esnasındaki (mahkeme önündeki) itirafından yola çıkılarak mahkumiyet hükmü verilmiştir. Bu itirafın, MG'nin mağduru olduğu kötü muameleyle bir ilgisi bulunmamakta¹²⁹ ve bu bağlamda mağduriyet statüsünün devam etmesinin bir önemi kalmamaktadır.

1. İddialar ve Savunmalar

Başvurunun ilk olarak değerlendirildiği Dairede, Sözleşmenin 6. maddesinin 1 ve 3. fıkralarının ihlal edilmediğine karar verilmiştir. Daire, soruşturma sürecinde yasak yöntemlerle sorgulamanın devam eden etkisi nedeniyle, başvurunun yargılama öncesinde soruşturma makamlarına verdiği ifadelerin Bölge Mahkemesi tarafından kullanılmadığını gözlemlediğini belirtmiştir. Buna karşın ulusal mahkemenin, başvurucudan alınan ifadelerin dolaylı bir sonucu olarak elde edilen bazı bulguları kullandığı tespit edilmiştir. Daire, Sözleşmenin 3. maddesine aykırı olarak hukuka aykırı şekilde alınan bir ikrarın meyvesi olarak elde edilen delillerin kullanılmasının, tıpkı ikrarın kendisinin kullanılmasında olduğu gibi, yargılamayı bir bütün olarak adil olmaksızın çıkaracağına dair güçlü bir karine bulunduğunu ifade etmiştir. Ancak somut olayın özel şartları içinde başvurunun mahkumiyeti için asıl temel alınan olgunun yargılama sırasında verdiği yeni ikrar olduğu belirtilmiştir. Tartışma konusu maddi deliller (real evidence) de dahil olmak üzere diğer bulgular, sadece bir yan (accessory) delil niteliğinde olup, sırf ikrarın doğruluğunu kanıtlamak için kullanılmışlardır. Daire, tartışma konusu delillerin kabulü karşısında, başvurunun duruşmada ikrardan başka bir savunma seçeneğinin kalmadığını ileri sürmesine, ikna olmadığına işaret etmiştir. Daireye göre, başvuru müdafii yardımı aldığı ulusal mahkeme önündeki davada, pişmanlık

¹²⁹ Ast, s.1400.

saikiyle ikrarda bulunmayı istemiştir. Yargılama sırasında ikrarların farklılaşmış olması ise savunma stratejisinin değiştiğini göstermektedir. Başvurucu ayrıca, yargılama sırasında, tartışma konusu maddi delile itiraz etme imkanı bulmuştur. Daire, Bölge Mahkemesinin bu delili kabul etmeye karar verirken bütün menfaatleri tartma imkanı bulduğunu da kabul etmiştir. Bu unsurlar karşında Daire, tartışma konusu bulguların kullanılmasının, başvurucunun yargılanmasını bir bütün olarak adil olmayan bir duruma getirmedeği sonucuna varmıştır¹³⁰.

Başvurucu, Sözleşmenin 3. maddesine aykırı olarak elde edilen maddi delillerin kabul edilmesinin, ulusal mahkeme önündeki ceza davasını Sözleşmenin 6. maddesini ihlal eder hale getirdiğini; bu deliller bir kez kabul edilince, artık savunma hakkında bütünüyle yoksun bırakıldığını ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca kendini suçlamama ilkesiyle sağlanan korumadan da yoksun kaldığını; zira Birstein'da ve Birstein'dan dönerken bulunan delillerin, kendisini bunların nerede olduklarını göstermeye zorlayan polisin emriyle elde edildiklerini iddia etmiştir. Başvurucu, JM'nin cesedini gizlediği yere doğru ağaçlar arasında ayakkabısız olarak yürümeye zorlandığını, cesedi gizlediği yere doğru gidişi ve sonra cesedi bulması sırasında video kaydının yapılmış olmasının Birstein'deki olayların çocuğu kurtarmakla ilgili olmayıp, kendisinin mahkûmiyetini sağlamayı amaçlayan bir delil bulmakla ilgili olduğunu ifade etmiştir. Başvurucu, tartışma konusu maddi delillerin mahkûmiyet kararının verilmesinde sadece birer yan delil değil, belirleyici deliller olduklarını, kendisi hakkında başka isnatlarda bulunulabileceği halde; nitelikli kasten öldürme suçu isnadında bulunabilmek ve bu suçtan mahkûm edebilmek için ikrar sonucu elde edilen kendini suçlandırıcı delillerin mutlaka gerekli olduğunu, o sırada polisi bu delile götüren başkaca temiz (hukuka uygun) bir yolun bulunduğu varsayımının geçerli olmadığını, polisin bunları başka bir yoldan bulup bulamayacağını tamamen bir spekülasyon olduğunu iddia etmiştir. Başvurucuya göre, ilk derece mahkemesi yargılamanın hemen başında Sözleşmenin 3. maddesi ihlal edilerek elde edilen delillerin dışlanması talebini reddettiği için, bu noktadan itibaren yargılamanın sonucu önemli ölçüde belirlenmiştir. Dolayısıyla bundan sonra kendisinin susma hakkına dayanma veya JM'nin kaza ile öldüğünü

¹³⁰ Gäfgen v. Almanya, §147-149.

iddia etme veya cezanın hafifletilmesi umuduyla ilk aşamada tam bir ikrarda bulunma gibi savunma stratejileri etkisiz hale gelmiştir. Başvurucu, duruşmanın ikinci gününde sadece kısmen ikrarda bulunduğunu ve dışlanmasını istediği bulguların duruşmada sunulmasından sonra yargılamanın sonunda JM'yi kasten öldürdüğünü kabul ettiğini belirtmiştir. Nitekim ulusal mahkeme önündeki yargılamada, iddia makamı ve savcı yardımcılarının cezanın hafifletilmesi ihtimaline karşı çıkarken, kendisinin zaten kanıtlanmış olan hususları ikrar ettiğine işaret etmişlerdir. Ayrıca başvurucuya göre, sorgulama yöntemi ister işkence, isterse insanlık dışı muamele olsun, Sözleşme ve uluslararası kamu hukuku kuralları (ICCPR md. 14 ve BM İşkenceye Karşı Sözleşme md. 15 ve 16), "işkence ve insanlık dışı muamele mutlak yasağı" ihlal edilmek suretiyle elde edilen bütün delillerin dışlanmasını gerektirmektedirler. Başvurucu, ulusal mahkemelerin ve Dairenin görüşlerinin aksine, Sözleşmenin 3. maddesindeki mutlak hakkın korunması, mahkumiyete varılması gibi yararlarla dengelenemeyeceğini, dengelenmemesi gerektiğini; söz konusu delillerin dışlanmasının, kural olarak, işkence ve kötü muamele içeren bütün teşviklerin ortadan kaldırılması ve uygulamada bu tür davranışların önlenmesi için zorunlu olduğunu ifade etmiştir¹³¹.

Hükümet verdiği yanıtlarda, başvurunun Birstein'de veya dönüş sırasında ayakkabısız yürümeye zorlandığı veya başkaca tehditlere tabi tutulduğu iddiasını reddetmiş; ancak yargılamanın başında BGH'nin Birstein'de bulunan söz konusu bulguları davada delil olarak kullanmaya karar verdiğini kabul etmiştir. Hükümete göre başvuru, mahkeme önünde susabileceği veya yalan ifade verebileceği halde, suçun sorumluluğunu üzerine almak istediği için yargılama sırasında pişmanlık saikiyle ikrarda bulunmak istediğini söylemiş ve dava mahkemesinin kendisine haklarını hatırlatmasından sonra duruşmanın ikinci günü ikrarda bulunmuş, bu ikrardan da anlaşıldığına göre JM'yi kasten öldürmüştür. Başvurucunun duruşmadaki ilk ikrarı ile ikinci ikrarı arasında fark küçük olup, ilk ikrarında sadece JM'yi öldürmenin başlangıçta kendi planının bir parçası olduğu kabulüne yer vermemiştir. Hükümete göre bu ek kabul, öldürmenin kanıtlanması konusunda gerekli bir unsur değildir. Hükümet başvurunun mah-

¹³¹ Gäfgen v. Almanya, §150-153.

kumiyetinin yargılama sırasında iradi olarak verdiği ikrara dayandığını vurgulamıştır. Hükümet özellikle, JM'nin cesedi ve ceset üzerinde yapılan otopsi raporu ile başvurucunun arabasının göletin yakınındaki tekerlek izleri gibi, Birstein'e gidişten sonra elde edilen bulguların yan delil niteliğinde olup, sadece başvurucunun duruşmada verdiği ikrarın doğruluğunu test etmek için kullanıldığını belirtmiştir. Nitekim bu husus, başvurucuyu mahkum eden BGH'nin kararında açıkça belirtilmiştir. Hükümet, Sözleşmenin 6. maddesinin delillerin kabul edilebilirliği konusunda her hangi bir kural getirmediğini, bu meselelerin esas itibarıyla ulusal hukuklara ait bir düzenleme konusu olduğunu ifade etmiştir. Hükümet, Sözleşmeye göre bir katile karşı ceza yasasını uygulamakla yükümlü olduğunu; üstelik çocuk kaçıran bir katilin mahkum edilmesinde çok büyük bir kamu yararı bulunduğunu vurgulamıştır. Hükümet ayrıca, "zehirli ağacın meyvesi"nin kullanılmasının yasaklanmasında çok ileriye giden Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesinin içtihadının da çok dikkatli bir şekilde analiz edilmesi gerektiğini savunmuştur. Yüksek Mahkeme, örneğin Nix v. Williams davasında olduğu gibi, olayın şartları içerisinde, her halükarda bulunabilecek cesedin; usule aykırı bir soruşturmadan sonra, delil olarak kabul edilebileceğine karar vermiştir. Hükümet mevcut olayda da durumun böyle olduğunu, JM'nin cesedinin başvurucunun daha önce gittiği bir yerde saklanmış olduğunu ve cesedin er ya da geç bulunacağını iddia etmiştir¹³². Sonuç olarak hükümet savunmasında, hukuka aykırı yolla elde edilen delilden yola çıkılarak elde edilen delil, zaten diğer yollardan elde edilebilecek bir delil ise bunun kullanılabileceğini ve bu durumda bir hukuka aykırılık olmadığını ileri sürmüştür.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere bu davanın ilginç yönlerinden birisi hem hükümetin hem de başvurucunun yanında üçüncü kişilerin davaya katılımının kabul edilmesidir. Bunlardan JM'nin anne ve babasının hükümeti destekleyen görüşlerinde bazı ilginç hususlar tespit edilmiştir. Buna göre; başvuru, dava mahkemesinin hükmü üzerinde hafifletici bir etkisi olmayacağının farkında olduğu halde, tam ve serbestçe ikrarda bulunduğunu iddia etmiştir. Daha sonra başvuru tarafından çıkarılan "Alone with God - The Way Back" adlı kitapta,

¹³² Gäfgen v. Almanya, §154-157.

duruşmadaki ikrarına polisteki sorgusunun sebep olduğunu ima eden her hangi bir ifade bulunmamaktadır. Başvurucu bu kitapta, duruşmada yeni bir ikrarda bulunmasının saikiyle ilgili olarak, pişmanlığını ifade etmek istediğini tekrarlamıştır. Böylece başvurucu, ikrarının alacağı ceza üzerinde bir etkisinin olmama riskine rağmen bu riski üstlenmiş ve eylemlerini bütün ayrıntılarıyla anlatmıştır; ancak neticede bu risk gerçekleşmiştir ve kendisi hakkında bir ceza indirimi ya da şartla tahliye olanağı uygulanmamıştır¹³³. Bu ifadenin önemi MG'nin tüm bu hukuki girişimleri (BGH önünde yapmış olduğu ikrar dahil) daha hafif bir ceza almak ya da şartlı tahliye olanağından yararlanmak amacıyla gerçekleştirmiş olmasıdır. Ancak JM'nin anne ve babasının bu argümanları, özellikle MG'nin yazmış olduğu kitaba atıf yaparak bunu yapmış olmaları, MG'nin dayandığı zemini sorgulanır hale getirmektedir.

Davaya katılan diğer üçüncü kişi Redress Trust ise işkence veya kötü muameleyle elde edilen delillerin kabul edilmesini yasaklayan dışlama kuralının (exclusionary rule) varlık nedeninin şu noktalara dayandığını söylemiştir: (i) işkence sonucu elde edilen ifadenin güvenilir olmaması; (ii) işkencenin uygar değerlere tecavüz etmesi; (iii) dünyanın her yerinde işkenceyi teşviki ortadan kaldırma amacına sahip bir politika bulunması; (iv) temel hakların korunmasını sağlama gereği; (v) yargılama sürecinin bütünlüğünü koruma gereği¹³⁴. Redress Trust'a göre, Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşme'nin özellikle 15. maddesi biraz daraltmış olmasına rağmen dışlama kuralının sadece ikrarları değil; aynı zamanda işkence altında alınan bir ifadenin sonucu olarak bulunan türev (dolaylı) delilleri de kapsadığının savunulabileceğini, nitekim Mahkemenin de daha önce bu yönde vermiş olduğu kararlarının bulunduğunu¹³⁵ ifade etmiştir¹³⁶.

2. Mahkeme, Muhakeme Kurallarının Belirlenmesinin Ulusal Mahkemelere Ait Olduğunu Belirtmiştir

Mahkeme, konuya ilişkin ilkeleri belirlerken ilk olarak bir ulusal mahkeme tarafından yapıldığı iddia edilen maddi veya hukuki hata-

¹³³ Gäfgen v. Almanya, §159.

¹³⁴ Gäfgen v. Almanya, §160.

¹³⁵ Jalloh v. Almanya, §99, 104 - 107; Harutyunyan v. Ermenistan, Başvuru No. 36549/03, §63.

¹³⁶ Gäfgen v. Almanya, §161.

lar, Sözleşmenin koruduğu hak ve özgürlükleri ihlal etmedikçe, bu hataları incelemenin kendi görevi olmadığını ifade etmiştir¹³⁷. Mahkemeye göre, Sözleşmenin 6. maddesi adil yargılanma hakkını güvence altına almakla birlikte, delillerin kabul edilebilirliği (değerlendirilmesi) konusunda özel bir düzenleme içermemekte; dolayısıyla bunun belirlenmesi öncelikle ulusal hukuktaki düzenlemelerin konusunu oluşturmaktadır¹³⁸. Nitekim Mahkeme, delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin kuralların öncelikle ulusal mahkemelerin sorunu olduğunu, onların yerine geçip değerlendirme yapmasının uygun olmadığını¹³⁹ kabul etmektedir. Dolayısıyla Mahkeme, ulusal mahkemelerin deliller hakkındaki takdirini genel bir değerlendirmeye tabi tutmamaktadır. Bu durum yalnızca ulusal mahkemelerin kendilerine sunulan olgulara rağmen, keyfi ya da ağır bir adaletsiz karar vermeleri halinde söz konusu olmaktadır¹⁴⁰. Delillerin kabulünün ve değerlendirilmesinin ulusal mahkemelerin yetki alanında olması nedeniyle bu mahkemelerin delilleri iyi değerlendirip değerlendirmedikleri, Mahkemenin yetkisi dışındadır¹⁴¹. Buna göre kural olarak bir delil türünün, örneğin hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin, iç hukuk açısından kabul edilebilir olup olmadığına karar vermenin Mahkemenin görevi olmadığı; esas cevap verilmesi gereken sorunun, delillerin elde edilme yolu da dahil olmak üzere yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığı sorusu olduğu ifade edilmiştir¹⁴². Bu bağlamda 6. madde, ancak hukuka aykırı olarak elde edilen deliller, yargılamanın bütününe adil olmaktan çıkardığı zaman devreye girmektedir¹⁴³. Nitekim öğretiye göre önemli fırsatlar çıkmış olmasına rağmen (ki bunlar içinde en önemlisi inceleme konusu yaptığımız karardır) Mahkeme bu konuda açık ve kesin bir karar vermekten ve bir tutum takınmaktan bilinçli olarak kaçınmakta-

¹³⁷ Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s.256.

¹³⁸ Schenk v. İsviçre, Seri A no. 140, 12 Temmuz 1988, §45, 46; Teixeira de Castro v. Portekiz, Reports 1998IV, 9 Haziran 1998, §34; Heglas v. Çek Cumhuriyeti, Başvuru No. 5935/02, 1 Mart 2007, §84.

¹³⁹ Nuala Mole/Catharina Harby, A Guide to the Implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights, Human Rights Handbook No.3, 2. Bası, Council Of Europe Publishing, Strasbourg, 2003, s.46.

¹⁴⁰ Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s.258.

¹⁴¹ Sibel İnçeoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul, Beta, 2002, s.274.

¹⁴² Gäfgen v. Almanya, §162, 163.

¹⁴³ Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s.256; İnçeoğlu, s.274. Ayrıca bkz: Chalkey v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 63831/00.

dır¹⁴⁴, ancak Mahkemenin verdiği kararlar bir şekilde iç hukuk düzeni ve mahkemeler için bağlayıcı veya en azından yol gösterici iken böyle bir gerekçeye sığınmayı anlayabilmek mümkün değildir¹⁴⁵.

Buradan hareketle Mahkeme, başlangıçtan itibaren Sözleşmedeki hakları ihlal edilerek elde edilen delillerin kullanılmasına karşı çıkan başvuru aleyhindeki ceza davasının, bir bütün olarak adil olup olmadığını incelerken ilk olarak Sözleşme ihlalinin niteliğine ve bu ihlalle elde edilen tartışma konusu delilin kapsamına bakmak zorunda olduğunu belirtmiştir¹⁴⁶. Nitekim kararını verirken önce bu alana ilişkin ilkeleri belirlemiş sonrasında kendi bakış açısıyla söz konusu kuralları somut olaya uygulayarak bir sonuca ulaşmıştır.

Başvurucunun, işkence ya da insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ile elde edilmiş delillerle mahkum edildiğini iddia etmesi halinde de Mahkeme, delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi işinin ulusal mahkemelere ait olduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte Mahkeme, ulusal mahkemenin keyfi bir değerlendirme yapıp yapmadığının veya ikrar delilinin güvenilirliğinin ulusal mahkeme tarafından değerlendirilmesinde başvurucuya sağlanan güvencelerin yeterli olup olmadığını denetlemektedir¹⁴⁷.

3. Adil Yargılanma Hakkı Açısından Özel Kuralların Belirlenmesi ve Yorumu

Adil yargılanma hakkının içeriğinin ve bu hakkın inceleme konusu davada ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesinde öncelikle AİHM'in varsaydığı kuralların yapısının analiz edilmesi önem arz etmektedir; çünkü Mahkemenin delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin olarak varsaydığı özel kurallar açık değildir. Mahkeme, gerekçelerin-

¹⁴⁴ Ünver/Hakeri, s.184.

¹⁴⁵ "...İHAM'ın ulusal yargı makamlarının yerine geçmemesini gerekçe olarak göstermek anlaşılabilir bir tutum değildir. İHAM'ın verdiği kararlar, bir taraftan yargılamanın yenilenmesi kanun yolları aracılığıyla iç hukuk yargılamasını diğer taraftan kanun koyucuların kanuni düzenlemelerini ve keza açıkça kavramlara verdiği anlam itibarıyla da hukuk kurallarının uygulamasını birbir etkilemekte, yerel mahkemeler İHAM kararlarına bakarak uygulama yapmaktadırlar. Dolayısıyla İHAM'ın devlet eylemlerini yargılayan konumda olması, hukuka aykırı delili kullanabilmesi için ona bir imtiyaz tanımamaktadır." Ünver/Hakeri, s.214.

¹⁴⁶ Gäfgen v. Almanya, §170.

¹⁴⁷ Inceoğlu, s.284.

de haksız olarak değerlendirilebilecek tek bir usuli işlem ile tüm bir yargılamayı açıkça ayırmaktadır. Tek bir haksız usuli işlem tüm bir yargılamayı haksız hale getirebilir ama bu, her zaman böyle olmak zorunda değildir. Bir yargılamanın haksızlığı zorunluluk veya nedensellik meselesinden çok yargılamanın bir bütün olarak değerlendirilmesi meselesidir¹⁴⁸. Dolayısıyla iki tür kuralı sanık hakları doğrultusunda ayırt etmek mümkün olmaktadır. İlk kural, mahkemenin adil bir yargılama ve adil bir karar sağlamasına ilişkindir. Bu kural, yargılamanın sonuçlarını ilgilendirmektedir. İkinci tür kurallar, özel usuli işlemlerin yasaklanmasını emreder¹⁴⁹. Ancak bu gibi kuralların ihlali, her zaman zorunlu olarak ilk kuralın ihlal edilmesiyle sonuçlanmaz; zira bir yargılamanın adil olması, tüm yargılamanın değerlendirilmesine bağlıdır. Bu yüzden ikinci tür kuralların ihlali, bazı durumlarda AİHS'in 6. maddesi anlamında hukuki sonuçlar yaratmaz. Ancak yargılamanın bir bütün olarak adaletsizliğini yadsıması halinde AİHM'in ikinci türden bir kuralı kabul etmesi gereklidir.

Mahkeme, yargılamayı adil olmaktan çıkaracak usuli işlemleri belirlemek zorundadır. Bir yargılamanın adil olup olmaması söz konusu davada MG'nin itiraflarında olduğu gibi yalnızca tesadüfen ortaya çıkan koşullara veya diğer davalardaki gibi savunmanın diğer haklarının göz ardı edilip edilmediği hususuna bağlı olmamalıdır. Bu sebeple, AİHM delillerin kullanılması ile ilgili olarak özel kuralları ilke olarak benimsemektedir¹⁵⁰. Bunun yanında bahsedilen kuralların zayıf olduğu söylenebilir; zira ihlalleri söz konusu olduğunda "yaptırım"a başvurulmamaktadır¹⁵¹.

¹⁴⁸ Gäfgen v. Almanya, §163-165; White/Ovey, s.243.

¹⁴⁹ İki husus arasında benzer ayırım için bkz: Stephan Ast, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 2010, s.16. Etki veya nedensellik - neden ve sonuç - normlar ayırt edilebilir. Bu, yapılan değerlendirme sonucunda ortaya çıkan etkinin araştırması olan adil yargılanmanın dönüştürülmesine dair öğretinin alışılmamışlığıdır.

¹⁵⁰ Anayasa kuralları gibi usul kuralları ve işkence yasağı gibi düzenleyici kurallarla olan ilişkisi için bkz Matthias Mittag, "A Legal Theoretical Approach to Criminal Procedure Law: The Structure of Rules in the German Code of Criminal Procedure", German Law Journal, Vol.7, No.8, 2006, s.637, 643.

¹⁵¹ Karar alternatif yönden anlaşılabilir. AİHM, varsayımsal olan ikinci türde kuralları kabul eder ve yargılamanın sonuçları üzerindeki ihlallerin çarpıcı etkisini inkar eder. Bununla birlikte karara bakıldığında Mahkemenin bu kuralları sadece varsayımsal olarak kabul etmediği görülmektedir.

AIHM'in bu çerçevedeki özel kuralları ilke olarak benimseyip benimsemeyeceği ihtilaflı bir konudur¹⁵². Mahkeme şimdiye kadar, Schenk v. İsviçre kararında olduğu gibi, bu şekildeki kuralları benimsemeyi reddetmiştir¹⁵³: *"AIHS m.6, adil yargılanma hakkını koruma altına alırken delillerin kabul edilebilirliğine dair hiçbir kuralı şart koşmaz. Bu sebeple bu temel olarak ülke hukuku kapsamında yapılması gereken bir düzenlemedir. Mahkeme, prensip ve mücerret olarak şimdiki gibi yasa dışı elde edilen delillerin kabul edilebileceğini göz ardı edemez. Burada yapılması gereken tek şey, yapılan yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığını saptamaktır"* AIHS'in 6. maddesinde adil yargılanma hakkı koruma altına alınırken delillerin kabul edilebilirliğine dair hiçbir kuralı şart koşulmamaktadır¹⁵⁴. Bu görüşten hareketle Mahkeme, hukuka aykırı delillerin yargılamada kabul edilmesinin kendiliğinden bir 6. madde ihlali oluşturmayacağını belirtmektedir¹⁵⁵.

Mahkeme, Sözleşmenin 3. maddesi bakımından özellikli bir durum bulunduğunu belirtmektedir. Mahkemeye göre, Sözleşmede güvence altına alınan mutlak nitelikte çekirdek haklardan birinin ihlali sonucu elde edilen bir delilin kabulü yargılamanın adilliği üzerinde ciddi sorunlar doğuracaktır¹⁵⁶. Mahkeme, ikrarlar konusunda, işkence¹⁵⁷ veya Sözleşmenin 3. maddesine aykırı diğer kötü muameleler¹⁵⁸ sonucu elde edilmiş ifadelerin, maddi olayları kanıtlamak üzere ceza davasında delil olarak kabulünün, yargılamayı bir bütün olarak adil olmayan bir duruma getireceğini ifade etmektedir. Bu tespit, ifadelerin kanıtlayıcılık değeri bulunup bulunmadığına ve kullanılmalarının, sanığın mahkumiyeti bakımından belirleyici olup olmadığına bakılmaksızın uygulanmalıdır. Mahkeme, Sözleşmenin 3. maddesini ihlal eden

¹⁵² Detaylı analiz için bkz: Karsten Gaede, *Fairness als Teilhabe – Das Recht auf Konkrete und Wirksame Teilhabe durch Verteidigung Gemäss Art. 6 EMRK*, Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 2007, s.804, 813.

¹⁵³ Schenk v. İsviçre, §46.

¹⁵⁴ Bkz: Khan v. Birleşik Krallık, 2000-V Eur. Ct. H.R., §35; Gäfgen v. Almanya, §162-165.

¹⁵⁵ Mole/Harby, s.46.

¹⁵⁶ İçöz v. Türkiye, Başvuru No. 54919/00, 9 Ocak 2003; Jalloh v. Almanya, §99 ve 104; Göçmen v. Türkiye, Başvuru No. 72000/01, 17 Ekim 2006, §73-74; Harutyunyan v. Ermenistan, §63.

¹⁵⁷ Örs ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru No. 46213/99, §60; Harutyunyan v. Ermenistan, §63, 64, 66; Levinta v. Moldova, Başvuru No. 17332/02, §101, 104, 105.

¹⁵⁸ Söylemez v. Türkiye, Başvuru No. 46661/99, 21 Eylül 2006, §107, 122-124; Göçmen v. Türkiye, §73-74.

bir kötü muamelenin doğrudan bir sonucu olarak elde edilen maddi delilin yargılamada kullanılması konusunda ise şiddet eylemlerinin, en azından işkence olarak nitelendirilebilecek eylemlerin, bir sonucu olarak elde edilen delile, kanıtlayıcılık değeri ne olursa olsun, hiçbir zaman mağdurun suçluluğunu kanıtlamak üzere dayanılamayacağı kanaatindedir. Bunun aksine bir kabul, Sözleşmenin 3. maddesini oluşturanların yasaklamak istedikleri ahlaken kınanacak türden bir eylemi dolaylı olarak meşrulaştırmaya hizmet eder; bir başka deyişle *“vahşiliğin üzerine hukuk örtüsü örter”*¹⁵⁹,¹⁶⁰. Mahkeme, susma hakkı ve kendini suçlamama hakkı ihlal edilmek suretiyle elde edilen delilin kullanılması konusunda, bu hakların genel olarak tanınan ve Sözleşmenin 6. maddesindeki adil yargılanma kavramının kalbinde yer alan genellikle tanınmış uluslararası uygulamalar olduğunu hatırlatmaktadır. Bu hakkın esas varlık nedeni sanığı, yetkililerin haksız zorlamalarına karşı korumak ve böylece adli hatadan kaçınılmasına katkıda bulunmak ve Sözleşmenin 6. maddesinin amaçlarını yerine getirmektir. Nitekim Mahkeme, Saunders v. Birleşik Krallık davasında, bir hileli hisse senedi hareketi suçunda Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından yürütülen soruşturmada, soruşturma esnasında yemin altında ifade alan müfettişlere karşın, ifadesinin alınanın susma ve kendi aleyhine delil vermeme hakkının olmamasını ve yasada açıkça müfettişlerin sorduklara sorulara verilen yanıtların aleyhte delil olarak kullanılabileceğinin düzenlenmesini 6. maddenin ihlali olarak kabul etmiştir¹⁶¹. Özellikle kendini suçlamama hakkı, bir ceza davasında iddia makamının, sanığın iradesine aykırı baskı ve zorlama yöntemleriyle elde edilmiş delillere başvurmadan iddiasını kanıtlamak istediğini varsaymaktadır¹⁶². Zira ceza davalarında hakkaniyete uygun yargılama, sanığın kendi mahkumi-

¹⁵⁹ Jalloh v. Almanya, §105)

¹⁶⁰ Mahkeme Jalloh v. Almanya kararında, işkence kapsamına girmeyen fakat insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olarak nitelendirilebilecek bir eylemle elde edilen maddi delilin kullanılmasının her zaman, yani özellikle delile atfedilen ağırlığa, kanıtlayıcılık değerine ve sanığın delili kabulüne ve yargılamada kullanılmasına itiraz etme fırsatı bulup bulamadığına bakılmaksızın, yargılamayı adil olmayan bir duruma getirip getirmediği sorununu çözmeden bırakmıştır. Olayın içinde bulunduğu özel şartlar nedeniyle o davada Sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

¹⁶¹ Saunders v. Birleşik Krallık, Reports 1996-VI, 17 Aralık 1996.

¹⁶² Gäfgen v. Almanya, §165-168. Ayrıca bkz: Saunders v. Birleşik Krallık, Reports 1996-VI, 17 Aralık 1996, §68; Heaney ve McGuinness v. İrlanda, Başvuru No. 34720/97, ECHR 2000-XII, §40; Jalloh v. Almanya, §100.

yetine yardımcı olmama; bir başka deyişle kendi aleyhine beyan ve delil vermeye zorlanmama hakkını içermektedir. Her ne kadar Sözleşmenin 6. maddesinde açıkça yer almasa da suç isnadı içeren davalara ilişkin olarak kişinin kendi kendini suçlayıcı bir duruma düşmemesini sağlamak için susma ve kendini suçlamama hakkının¹⁶³ yer aldığı zımnen kabul edilmektedir¹⁶⁴.

AIHM'in ise açık saptamalardan kaçındığı kolaylıkla görülmektedir. Ulusal mahkemelerin aksine usul kurallarını detaylı bir şekilde belirlemek, mahkemenin görevi kapsamına girmemektedir. Oysaki hem ulusal yargı makamları hem de AIHM, ne tür kesin (güvenilir) delillerin kullanılabilceğine dair kuralı belirginleştirmelidir. Ayrıca böyle bir kuralı gerekçelendirmeleri ve yargılama sırasında bir kural ihlali olduğunda yasal bir yaptırıma bağlanıp bağlanmayacağına karar vermeleri de gerekmektedir. Bu bağlamda yapılacak tespit ise dışlama kuralının içeriğinin doldurulması ile olacaktır.

4. Dışlama Kuralının Somut Olaya Uygulanması

a. Dışlama Kuralı ve Alman Ceza Muhakemesi Hukukunun Yaklaşımı

Dışlama kuralı (exclusionary rule), mahkeme içtihatları tarafından yaratılan ve ceza soruşturmasına muhatap olan kişilerin hakları ihlal edilerek (hukuka aykırı şekilde) delil toplanmasını yasaklayan bir kuraldır. Hukuka aykırı arama ve el koyma ile ele geçirilen delilin

¹⁶³ AIHM susma hakkını şu şekilde açıklamaktadır: "Sözleşmenin 6. maddesinde açıkça belirtilmemekle beraber, susma hakkı ve kendi kendini suçlamama hakkı (the right not to incriminate oneself), 6. maddedeki adil yargılanma fikrinin temelini oluşturan uluslararası standartlarda genel kabul görmüş haklardır. Bu hakların amaçlarından biri, yetkililerin uygun olmayan zorlamalarına (improper compulsion) karşı sanığın korunmasına ve böylelikle, adli hataların önlenmesine ve 6. Maddenin amaçlarının gerçekleştirilmesine katkıda bulunmaktadır... Kendini suçlamama hakkı, bir ceza davasında iddia makamının sanığa karşı iddiasını, sanığın arzusu hilafına baskı veya eza yöntemleri ile elde edilen kanıtlara başvurmadan ispat etmesi gereğine dayanır. Bu anlamda, bu hak Sözleşmenin 6. maddesinin 2. fıkrasında yer alan masumiyet karinesi ile sıkı sıkıya bağlantılıdır. Kendini suçlamama hakkı öncelikle, sanığın susma isteğine saygı ile ilgilidir." Saunders v. Birleşik Krallık, 17.12.1996, Reports 1996-VI, No.24, §68, 69; John Murray v. Birleşik Krallık, 8.2.1996, Reports 1996-I, No.I, §45. Bkz: Billur Yaltı Soydan, "İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı III", *Vergi Sorunları Dergisi*, S.145, Ekim 2000, s.124.

¹⁶⁴ İncoğlu, s.262, 263.

bir kişinin mahkumiyetinde kullanılamayacağı ilk olarak 1914 yılında Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bir kararda belirtilmiştir¹⁶⁵. 1961 yılında verilen Mapp v. Ohio kararında¹⁶⁶ ise dışlama kuralı olmaksızın Anayasanın Dördüncü Ekinin koruma alanının, etkili bir şekilde uygulamasının mümkün olamayacağı belirtilmiştir¹⁶⁷. Dolayısıyla bu kural hukuk dünyasına ilk olarak Amerikan Mahkemeleri tarafından getirilmiştir¹⁶⁸.

Devlet görevlilerinin¹⁶⁹ hukuka aykırı eylemlerinin bir sonucu olarak öğrendikleri bilgilerin her hangi bir biçimde sanığın aleyhine kullanılması yasağı, Amerika Birleşik Devletleri hukuk geleneğine derin bir şekilde kök salmıştır¹⁷⁰. Bu yasak, zorlamalı ikrarla elde edilen bilgiler için de geçerlidir¹⁷¹. Bunun anlamı, eğer ikrar ek bir delil elde edilmesine yol açmışsa ikrarla birlikte, bu delil de mahkeme tarafından kabul edilemeyecektir (hukuka aykırı delilin uzak etkisi/zehirli ağacın meyvesi)¹⁷². Bununla birlikte delil ancak hukuka aykırılığın, delilin bulunmasında etkili bir neden olması halinde dışlanmaktadır; bir başka deyişle hukuka aykırı eylemin “olmaması” halinde, delilin bulunamayacağının gösterilmesi durumunda, delil dışlanmaktadır¹⁷³. Polisin hukuka aykırı eylemi ile delilin bulunması arasındaki bağlantı,

¹⁶⁵ Weeks v. Birleşik Devletler, 232 U.S. 383, 34 S. Ct. 341, 58 L. Ed. 652 (1914).

¹⁶⁶ Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643, 81 S. Ct. 1684, 6 L. Ed.2d 1081 (1961).

¹⁶⁷ John M. Scheb/John M. Scheb II, Criminal Law & Procedure, 7. Bası, Belmont CA, Wadsworth Cengage Learning, 2011, s.466.

¹⁶⁸ Dışlama kuralı, delil elde etme yasağı, dosyadan çıkartılma ve hükme esas alınmama ile doğrudan ilgilidir. Amerikan hukukunda en sık uygulanan muhakeme kurallarından birisi olup, her delil türü için ayrı ayrı incelenmektedir. Bkz: Wayne R. LaFave/Jerold H. Israel/Nancy J. King, Criminal Procedure, 4. Bası, St. Paul, Thomson & West, 2004, s. 496 vd.

¹⁶⁹ Devlet görevlisi kavramı burada özellikle kullanılmıştır. Zira Amerikan Hukuk Sistemi açısından belirtilen bu kavram için bizim hukukumuzda kullanılan kamu görevlisi kavramının kullanılması aynı anlamda olmayacaktır. Devlet görevlisi, idarenin ajanı olarak çalışan ve özlük hakları açısından idareye bağlı görevliler anlamında kullanılmaktadır.

¹⁷⁰ U.S. Supreme Court, no.82-1651, Nix v. Williams, 11 Haziran 1984 tarihli karar, 467 U.S. 431 (1984), s.441 vd.; U.S. Supreme Court, no.82-5298, Segura v. United States, 5 Temmuz 1984 tarihli kararı, 468 U.S. 796 (1984), s.796, 797, 815; U.S. Supreme Court, no.07-513, Herring v. United States, 14 Ocak 2009 tarihli kararı, 555 U.S. (2009), II. A. kısım ve diğer referanslar).

¹⁷¹ U.S. Supreme Court, no.50, Blackburn v. Alabama, 11 Ocak 1960 tarihli karar, 361 U.S. 199, s.205 - 207, U.S. Supreme Court, no.8, Townsend v. Sain, 18 Mart 1963 tarihli karar, 372 U.S. 293 (1963), s.293, 307 - 309).

¹⁷² Nix, s.441 ve Segura, s.804.

¹⁷³ Scheb/Scheb II, s.466.

kusuru dağıtacak kadar birbirinden uzak ise dışlama kuralı uygulanmaz. Örneğin, polisin delili bulmak için bağımsız bir kaynağa dayanması halinde¹⁷⁴ veya bir Anayasa hükmü (Amerikan Anayasası) ihlal edilmemiş olsaydı delil sonuçta ve kaçınılmaz olarak zaten bulunacak ise¹⁷⁵ delil dışlanmaz¹⁷⁶. Aksine durumda ise hukuka aykırı yöntemle elde edilen delillerin dışlanması, hükme esas alınmaması gerekir.

ABD hukukunda ve Anglo Sakson hukuk sistemine bağlı diğer ülke hukuklarında bu kuralın kapsamı ve uygulanışı hakkında, ayrıntılarında farklılıklar olmakla beraber, genel olarak bir konsensüs bulunmaktadır. Ancak AİHS'e taraf devletlerde dışlama kuralının kapsamı konusunda, benzer şekilde, açık bir konsensüs bulunmamaktadır; nitekim bu durum Mahkeme tarafından da tespit edilmiştir¹⁷⁷.

Alman hukuku açısından konuya bakıldığında ise, ilk olarak bu kuramın Alman öğretisindeki baskın görüş tarafından reddedildiği ve hukuka aykırı delil nitelemesi dolaylı yollardan elde edilen delillere de yayılmak yerine, yalnızca doğrudan doğruya hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerle sınırlı olarak kabul edilmektedir¹⁷⁸. Herhangi bir delilin, Sözleşmenin 3. maddesi ihlal edilmek suretiyle elde edilmesinin dolaylı sonucu olan, bu delillerin ceza yargılamasında kullanılmaması kuralının belirtilmesinin, söz konusu kararın en önemli sonucu olduğu; zira bunun hem Alman Hukuku hem de AİHM içtihatları¹⁷⁹ açısından yeni bir kural olduğu ifade edilmektedir¹⁸⁰. AİHM bu kuralı iki gerekçe ile haklı göstermektedir: İlki ceza yargılamasının meşrulaştırılmasına ilişkindir: *"Yargılama usulünün bütünlüğünü korumakta hayati önem taşıyan kamu yararı vardır. Bu sebeptir ki medeni toplumun değerleri hukuk kurallarına göre kurulmuştur"*¹⁸¹. İkinci argüman ise AİHS

¹⁷⁴ Nix, s.441-444 ve Segura, s.796, 797, 804, 805, 815.

¹⁷⁵ Nix, s.441-444.

¹⁷⁶ Gäfgen v. Almanya, §73.

¹⁷⁷ Gäfgen v. Almanya, §69.

¹⁷⁸ Ünver/Hakeri, 209.

¹⁷⁹ AİHM, AİHS m. 3'ün ihlal edilmesi suretiyle yapılan kötü muamele sonucunda elde edilen beyanların, şiddet eylemlerinin doğal sonucu olarak elde edilen somut delillere benzer şekilde genel olarak kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Bkz. Gäfgen v. Almanya, §166-168; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, 257. Bu konudaki en önemli karar için bkz: Jalloh v. Almanya, §105-108. AİHM'in, Gäfgen v. Almanya, §73'te atfı yaptığı ABD Yüksek Mahkemesi "zehirli ağacın meyvesi" öğretisini kabul etmektedir. Nix v. Williams, 467 U.S. 431, 441, 1984.

¹⁸⁰ Ast, s.1402.

¹⁸¹ Gäfgen v. Almanya, §175.

kapsamında korunan insan haklarının etkinliğine ilişkindir: “AİHS m.6 kapsamında AİHS m.3 tarafından kesinlikle yasaklanmış bir davranışla elde edilen delillerin kabul edilebilirliği, kanun uygulayıcı devlet görevlilerinin söz konusu açık yasağa rağmen bu gibi yöntemleri kullanmak açısından teşvik edici olabilir”¹⁸².

Bu önleyici amaç Alman öğretisinde dikkatli bir şekilde kabul edilmiştir. Zira kolluk kuvvetlerinin ihlallerinin önlenmesinin özel araçları ceza ve disiplin yaptırımları olup, bunlar ceza yargılamasının elini kolunu bağlayan ve haklı bir cezanın verilmesi için engel oluşturan bir yaptırım anlamına gelmemektedir¹⁸³. Bunun yerine Alman içtihatları, delil kullanma yasaklarını (Beweisverwertungsverbote) haklı gösteren veya reddedilmesini gerektiren amaçların karşılaştırılmasında üç prensip kabul etmiştir¹⁸⁴. Cezalandırmanın meşruluğunu korumak ilk amaçtır¹⁸⁵. Bu kural, söz konusu davada önem teşkil etmektedir; zira ceza davası, işkence eylemine veya insanlık dışı muameleye dayandığı izleniminden kaçınmak zorundadır. İkinci kural, ceza yargılamasının amacına, diğer bir deyişle gerçeği ortaya çıkarma ve adil bir ceza verme amacına karşılık gelmektedir¹⁸⁶. Bu amaç en çok, aşıkâr delillerin kullanımının yasaklanması ile çalışmaktadır. Son olarak bilgiyi kontrol etme hakkı (Informationsbeherrschungsrechte) kabul edilmektedir¹⁸⁷. Bunlar bireyin bilgiyi ne zaman ve ne şekilde sağlayacağını belirlemesine ilişkin yasal olarak kabul edilmiş haklardır. Eğer bu hak ihlal edilirse, örneğin kişi hukuka aykırı olarak bilgi vermeye zorlanırsa, o zaman bu kişi ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılmasını talep etme hakkına sahip olacaktır (Folgenbeseitigungsanspruch)¹⁸⁸.

Kamu hukukunda sübjektif hak ihlali olduğunda benzer haklar geniş bir şekilde kabul edilmiştir¹⁸⁹. Bu varsayımlar sayesinde bazı delillerin hukuka aykırı olarak elde edilmesinin yasaklanmasının ya-

¹⁸² Gäfgen v. Almanya, §176-178.

¹⁸³ Bkz: Claus Roxin/Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht, München, C. H. Beck, 26. Bası, 2009, §24, 60.

¹⁸⁴ Knut Amelung, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, Berlin, Dunc-ker & Humblot GmbH, 1990, s.14-29.

¹⁸⁵ 31 BGHSt, 304, 308.

¹⁸⁶ 27 BGHSt, 355, 357.

¹⁸⁷ Amelung, 24, 30.

¹⁸⁸ Ast, s.1403.

¹⁸⁹ Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Bası, Münih, C. H. Beck, 2009, §30.

ratacağı uzak etkilere (Fernwirkung) rağmen; kullanılması haklı gösterilmektedir. Kural olarak işkence tehdidinin sonucu olarak bulunan delillerin kabul edilmesi mümkün değildir. Bu tür deliller, söz konusu delil ancak yasal yoldan da elde edilmişse kullanılabilir. Mahkeme, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edilmesine ilişkin bir olayda bahsedilen hakkı fiilen onaylamıştır. Ancak Mahkemenin gerekçeleri, münhasıran objektif bir bakış açısına dayandırılmıştır¹⁹⁰.

Alman Hukuku delil elde etme veya kullanma yasaklarının uzak etkisini yalnızca “*dar anlamda*” kabul etmektedir¹⁹¹. Bu bağlamda Federal Mahkeme (BGH), ceza yargılamasında hukuka aykırı olarak yapılan soruşturma kapsamında elde edilen delillerin kabul edilip edilmeyece-

¹⁹⁰ Ast, s.1403.

¹⁹¹ “...böyle genel bir değerlendirme yasağının bulunmadığı Alman hukukunda her eksik elde edilen delilin(,) elde edilmiş olan bu delilin değerlendirilmezliği sonucuna yol açmayacağı kabul edilir. Buna göre delilin hukuka uygun olmayan yollardan elde edilmiş olması, elde edilmiş olan delilin değerlendirme yasağı içinde olduğunun kabulü bakımından mutlak zorunlu bir koşul değildir. Yani delil elde etmenin hukuka aykırı olması başka, elde edilmiş olan delilin değerlendirme yasağı içinde olduğunun kabulü başka bir şeydir. Alman hukukunda delil elde etme yasağının ihlalinin ne zaman bir değerlendirme yasağına yol açacağına ilişkin genel bir kural bugüne kadar geliştirilebilmiş değildir. Bununla birlikte delil değerlendirme yasağının belirlenmesine ilişkin bazı kriterlerin geliştirildiği söylenmelidir. Delil elde edilmesi usulünü düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanununda yer alan bir hükmün ihlal edilmiş olması halinde elde edilmiş olan delilin hükmün kurulması sırasında kullanılabilir olup olmadığı her münferit durum değerlendirilmek suretiyle tespit edilmelidir. Bu konuda Alman hukukunda değişik görüşler ortaya çıkmıştır: İhlal edilmiş olan, delil elde edilmesine ilişkin normun korunma alanı. Hakların korunmasında kişilerin bireysel menfaatleri karşısında ceza takibatı yapılmasında devletin menfaatlerinin tartışıldığı tartışım teorisi. Hak alanı teorisi. Bu teori Federal Alman Yargıtay'ı tarafından geliştirilmiştir. Teori Al. CMK m.55 II de yer alan öğretme yükümlülüğünün ihlaline ilişkin bir davada gerçekleştirilmiştir. Teoriye göre delilin elde edilmesi ile gerçekleşen hukuka aykırılığın sanık haklarını ne ölçüde ihlal ettiğine bakılmalıdır. Teori ihlalin hak alanına müdahalenin önemli mi, az önemli mi yoksa önemsiz mi olduğunu inceler. Sanığın hakları önemli bir şekilde ihlal edilmiş ise hukuka aykırı delil dosyadan çıkarılmaktadır. İhlal ikinci derecede kalmış ve sanık hakları bakımından önem taşımamakta ise delil hukuka aykırı olmasına rağmen kullanılmaktadır. Bu değerlendirme yapılırken ihlal edilmiş olan normun kimin yararına konmuş olduğuna bakılır. Bu çerçevede değerlendirme üç noktada yapılır: -İhlal edilen normun muhakemede koruduğu menfaat; -Normun konulmasındaki amaç; -Gerçekleşmiş bulunan ihlalin sanığın hukuki durumunda meydana getirdiği sonuçlar.” Veli Özer Özbek, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları”, Alman Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C.II, Ed: Eric Hilgendorf/Yener Ünver, İstanbul, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2010, s.919, 920.

ği problemine ilişkin kararlar vermiştir¹⁹². Bu problemi çözebilmek için BGH, sanığa atılı suçlamanın önemi ve hukuka aykırı olan unsurlar gibi davanın içinde bulunduğu koşulları göz önünde bulundurmaktadır. BGH, 34 BGHSt 362 sayılı davada, şimdiki davada olduğu gibi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CCP) 136a maddesine aykırı olarak cebir (baskı/zorlama) bulunduğunu tespit etmiştir. Sanık, polis ile işbirliği yapan bir başka sanık ile birlikte hücreye hapsedilmiştir. Sanık, gerçekleştirdiği hırsızlığı diğer sanığa açıklamıştır. Böylece bir başka iddia makamı tanığı bulunmuştur. Mahkeme bahsedilen tanık beyanının kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir. Efektif bir kovuşturma ve suçun önlenmesine ilişkin olarak BGH tek bir yasadışı davranışın, tüm yargılamayı engellememesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca tanığın başka türlü tespit edilemeyeceği sonucuna varılmasının da neredeyse mümkün olmadığı ifade edilmiştir. CCP m.136a/3; yalnızca icbar, tehdit ve hile yasağı ihlallerinden elde edilen ifadelerin delil niteliğini haiz olmadığını ortaya koymaktadır. Bu sebeple, ifadelerin dolaylı sonuçlarının genel olarak kabul edilemez olduğunun söylenmemesi gerektiği belirtilmiştir¹⁹³.

Bunlara ek olarak Alman hukuku öğretisinde bu olayda ya da patlayacak olan bombanın yerini bilen teröristin ifadesinin alınması sırasında, polis tarafından uygulanan işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelenin, üçüncü kişi yararına zaruret hali veya meşru müdafaa olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirten yazarlar bulunmaktadır¹⁹⁴. Ancak bu gibi istisnai olaylarda, işkence yasağının istisnai olarak kabul edilmemesinin Almanya'da hala tartışmalı olduğu; en azından bu gibi olaylarda işkencenin uygulanmasını kabul eden Brugger'in görüşünün bir çok Alman devletler hukuku ve ceza hukuku bilim adamı tarafından benimsenmediği ve aynı zamanda çoğunluğun bu görüşe karşı çıktığı ifade edilmektedir. Bu sorunun Almanya açısından artık hukuki bir problem olmaktan çıkıp, hukuki araçlarla çözülemeyen ahlaki bir sorun olduğu da ifade edilmektedir¹⁹⁵. Ayrıca

¹⁹² 29 BGHSt 244; 32 BGHSt 68; 34 BGHSt 362.

¹⁹³ Ast, s.1404.

¹⁹⁴ Brugger, s.167 vd.

¹⁹⁵ Walter Perron, "İşkenceye Dönüş - Özgürlükçü Hukuk Düzeni Tehlikede Mi?", Dünyada ve Türkiye'de Ceza Hukuku Reformları Kongresi (26 Mayıs - 4 Haziran 2010), C.II, Ed: Adem Sözüer, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2013, s.1626, 1627.

bu tür olaylarda hata riskinin daima mevcut olduğu; polis, çocuğun ölmüş olduğunu bilseydi işkence tehdidinin hiçbir görüşe göre meşru olamayacağı, hayat kurtarmak için işkenceye izin verilmesi halinde kurtarma şansının olup olmadığı kesin olmadığı durumlarda da uygulanmasının kabul edilmesi gerektiği; hukuka uygun yapılan işkencenin ikinci büyük sorunlu alanının, pratik uygulaması ve kontrolüyle ilgili olduğu belirtilmektedir¹⁹⁶.

b. AIHM'nın Dışlama Kuralına Yaklaşımı ve Somut Olaya Uygulanışı

Somut olay açısından konu irdelendiğinde, öncelikle tartışma konusu olan delillerin neler olduğunun ortaya konulmasının gerekli olduğu görülmektedir. Mahkeme kararında, Sözleşmenin 6. maddesine göre yapacağı değerlendirme açısından, başvurucunun Sözleşmenin 3. maddesine aykırı sorgulanması ile başvurucunun ifadelerinin bir sonucu olarak bulunan JM'nin cesedi ve sonrasında alınan otopsi raporu, başvurucunun arabasının gölet kenarında bıraktığı tekerlek izleri, JM'nin sırt çantası, elbiseleri ve başvurucunun daktilosu gibi toplanan maddi deliller arasındaki nedensellik ilişkisinin belirleyici olduğunu belirtmiştir. Bir başka deyişle Mahkeme, tartışma konusu maddi delillerin, Sözleşmenin 3. maddesini ihlal eden polis tarafından yapılan sorgunun doğrudan bir sonucu olarak toplandığını ifade etmiştir¹⁹⁷.

Öncelikle belirtilmesi gereken husus, Mahkemeye göre, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin karar aşamasında kullanılmamasının, kendiliğinden bir yargılamayı adaletsiz hale getirmeyeceğidir. Dolayısıyla Mahkeme, hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin hüküm verilirken kullanılması yasağını kabul etmemiştir¹⁹⁸. Mahkeme, Sözleşmenin 3. maddesini ihlal eden yöntemle elde edilen delilin, başvuru aleyhindeki ceza davasından dışlanmaması halinde, 6. madde bakımından bir sorun doğuracağını belirtmiştir. Mahkeme, başvurucunun soruşturma sırasında tehdit veya tehdidin süren etkisi altında verdiği ikrarlardan hiçbirinin Bölge Mahkemesi tarafından kabul edil-

¹⁹⁶ Perron, s.1628, 1629.

¹⁹⁷ Gäfgen v. Almanya, §171.

¹⁹⁸ Friedrich Christian Schroeder, "Ceza Mahkemesinde 'Fair Trial' İlkesi" Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayını, 2004, s.170, 171.

mediğini kaydetmektedir. Ancak Bölge Mahkemesi, duruşmanın başında başvuruçunun talebini reddetmekle, soruşturma makamlarının başvuruçunun Sözleşmenin 3. maddesine aykırı muamelenin süren etkisi altında verdiği ifadelerin bir sonucu olarak topladıkları bulguların kabul edilmemesi talebini de reddetmiştir¹⁹⁹.

AIHM'in Gäfgen yargılamasının BGH'nin yukarıda anılan kararı ile benzerlikler taşıdığı ve aynı doğrultuda olduğu ileri sürülmüştür. Zira reddedilen deliller, temel bir insan hakkı ihlali sonucunda bulunmuştur. Buna karşın 27 BGHSt 355 sayılı davada ise BGH hukuka aykırı delillin uzak etkisini kabul etmiştir; zira anayasal bir hak olan haberleşme özgürlüğü ihlal edilmiştir²⁰⁰. Ancak bu karar incelendiğine, sanığa yüklenen suçun önemli bir ağırlıkta olmadığı görülmektedir²⁰¹. Bu ise bize dışlama kuralının cezanın ağırlığının ve toplumdaki etkisinin önemsiz olduğu davalarda rahatlıkla uygulandığını, bunun tersi durumlarda ise bu kuralın uygulanmadığını ve temel bir insan hakkı ihlalinin olduğu durumlarda dahi hukuka aykırı yoldan elde edilen delilden yola çıkılarak elde edilen delillerin yargılamada rahatlıkla kullandığını düşündürmektedir.

Yukarıdaki paragrafta atıf yapılan Schenk ve Khan davalarına da -bu hususta belirleyici kararlar olması nedeniyle- değinmekte yarar bulunmaktadır. Schenk v. İsviçre davasında, başvuruçusu ile üçüncü kişi arasında yapılan konuşmaların İsviçre ceza yasasına ve diğer yasalara aykırı olarak kayda alınmasına rağmen bu delillerin kabul edilmesi suretiyle başvuruçusu suçlanmıştır. Çünkü bu davada şu nedenlerle tüm yargılamanın adil olmadığı kabul edilmemiştir: İlk olarak, savunma hakkı ihmal edilmemiştir. Özellikle savunmanın, hem kayıtların özgünlüğüne hem bunların delil olarak kabulüne itiraz etme ve hem de bu kayıtlarda yer alan konuşmaları teşvik eden üçüncü kişiyi ve polis memurunu sorgulama imkanı olmuştur. İkinci olarak söz konusu kayıtlar mahkumiyetin dayandığı tek deliller değildir. Schenk v. İsviçre kararı Khan v. Birleşik Krallık kararında da uygulanmış ve yine benzer şekilde 6. maddenin ihlalinin olmadığı tespit edilmiştir. Bu davada,

¹⁹⁹ Gäfgen v. Almanya, §172.

²⁰⁰ Aksine, AIHM, AIHS m.8 ihlalinin yer aldığı davalarda, elde edilen delillerin kabul edilebilir olduğunu saptamıştır. Bkz: Schenk v. İsviçre, §46-49; Khan v. Birleşik Krallık, §38-40.

²⁰¹ Ast, s.1404.

başvurucu ile X arasında, ikincinin evinde yapılan ve polis tarafından elektronik dinleme cihazları tarafından tespit edilip kaydedilen görüşmeler bulunmaktadır. Bu kayıtlar, başvurunun uyuşturucu ticareti iddiasıyla yargılandığı bir davada delil olarak kabul edilmiştir. Schenk v. İsviçre davasına karşıt olarak, bu donanım ve bunun kullanılarak görüşmelerin kaydedilmesi ulusal ceza hukukuna aykırı değildir ve bu kayıtlar başvurunun mahkumiyetinde temel alınan tek delildir. Buna karşın, bu son düşünceye Mahkeme tarafından fazla itibar edilmemiştir, zira kayıtlar hem çok sağlam bir delildir hem de şüphesiz güvenilirdir. Nitekim Schenk v. İsviçre davasında da kayıtlar gerçekten önemliydi ve ihtimalen en önemli delildi. Ayrıca Başvurucu, Schenk v. İsviçre davasında olduğu gibi, üç aşamalı ulusal mahkemelerin her aşamasında delillerin özgünlüğüne ve kabul edilebilirliğine itiraz edebilmiştir; ancak bu itirazlar delilin muhakemeyi adaletsiz hale getirmesi halinde zaten dışlanacağı gerekçesiyle reddedilmiştir²⁰².

Sözleşmenin 3. maddesinde yer alan “işkence ve insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele görmeme” hakkı ihlal edilerek elde edilen delillerin kabul edilebilirliği açısından ise durum değişmektedir. Yukarıda da değindiğimiz Jalloh v. Almanya davasında, başvuru uyuşturucu ticaretinden suçlu bulunmuş ve alt ay tecilli hapis cezasına mahkum olmuştur. Bu kişi hakkındaki en önemli delil, kendisine zorla verilen kusturucu bir ilağın etkisiyle kusması sonucu ele geçirilen uyuşturuculardır. Zorla ilaç verme eylemi Alman hukukuna göre hukuka aykırı kabul edilmezken; Mahkeme, bunu Sözleşmenin 3. maddesinin “insanlık dışı ve kötü muamele görmeme hakkının” bir ihlali olarak kabul etmiş ancak işkence olarak nitelendirmemiştir. Kusturucu verilmesi işkence boyutuna ulaşırdı, bunun delil olarak kabul edilmesi tartışmasız bir şekilde 6. maddenin ihlalini oluştururdu. Mahkeme kararına göre, “suçlayıcı deliller –ister ifade ister maddi delil olsunlar– bir şiddetin, vahşetin ya da işkence olarak nitelendirilen diğer muamelelerin sonucunda elde edildikleri takdirde, ispat değeri ne olursa olsun buna bakılmaksızın bir mağdurun suçluluğunun ispatında dayanak yapılamaz”²⁰³. Bu davanın olgularına göre, Mahkeme insanlık dışı ve kötü muamele ile delil elde edilmesinin Sözleşmenin 6. maddesini ih-

²⁰² Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, s.256, 257.

²⁰³ Jalloh v. Almanya, §105.

lal etmek suretiyle başvuru hakkındaki yargılamayı adaletsiz hale getirdiğine karar vermiştir. Çünkü kusulan uyuşturucular bu davadaki mahkumiyeti sağlayan en önemli delillerdir; ayrıca bu mahkumiyetteki kamu yararı sınırlıdır zira kendisine hafif bir ceza verilen başvuru, kısa bir zaman için sokak satıcısı olarak çalışmıştır. Mahkeme, eziyetin verdiği acının ve elemin amaçlanmamış olabileceğini ve başvurunun söz konusu delilin kullanılmasına karşı çıkabileceğini durumu hafifleten bir neden olarak dikkate almaktadır. Ancak karar, kendi olgularına özeldir. Mahkeme artık, insanlık dışı ve kötü muamele ile 3. maddenin ihlali suretiyle elde edilen delillerin bütün davaları kategorik olarak adaletsiz hale getirip getirmediği genel sorusunu tartışmaya açmıştır. Bundan sonraki davalarda da Jalloh v. Almanya kararına atıfta bulunularak, deliller mahkumiyet sonucu açısından önemli olmasalar bile, insanlık dışı ve kötü muamele ile 3. maddenin ihlali suretiyle elde edilen delillerin ulusal mahkemelere sunulması halinde bunun 6. maddenin ihlali olduğuna karar vermiştir²⁰⁴; ancak bu davalarda göz önünde bulundurulması gereken önemli faktör, bu davalarda suçlanan kişilerin gözaltında tutulurken avukat yardımına erişememiş olmalarıdır²⁰⁵.

5. Dışlama Kuralının Sınırları

Böylece AİHM, ceza mahkemesinin adil yargılanma hakkından doğan bir kuralı ihlal ettiğini varsaymaktadır. Ceza mahkemesinin, işkence tehdidi sonucunda bulunan delili kabul etmesine izin verilmiştir. Buna rağmen AİHM, Sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edilmiş olduğu iddiasını reddetmektedir. Çünkü Mahkemeye göre yargılama bir bütün olarak adildir. Zira Sözleşmenin 3. maddesinin ihlalinin, mahkumiyet ve hüküm üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır. Yargılama sürecinin başında MG, JM'yi öldürdüğünü kendiliğinden itiraf etmiştir. Bu itiraftan önce Mahkeme, MG'yi, suçlamalar karşısında daha önce vermiş olduğunu hiçbir beyanının, kendi aleyhine delil olarak kullanılamayacağı hususunda bilgilendirmiştir. Karar öncelikle söz konusu itirafa dayanmaktadır. Delilin reddedilen öğeleri yalnızca

²⁰⁴ Hacı Özen v. Türkiye, Başvuru No. 46286/99, 12.4.2007; Göçmen v. Türkiye, Başvuru No. 72000/01, 17.10.2006; Söylemez v. Türkiye, Başvuru No. 46661/99, 21.09.2006.

²⁰⁵ Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s.257.

hakikati teyit etmek için kullanılmıştır. AİHM, “böylece, yasaklanmış soruşturma metotlarından başvuruçunun mahkumiyetine ve hükümlülüğüne uzanan sebep zincirinde reddedilen gerçek deliller yönünden bir kırılma olduğu söylenebilecektir” sonucuna varmıştır²⁰⁶.

Mahkemenin altı hakimi aynı görüşte değillerdir²⁰⁷. AİHS'in 3. maddesinin ihlali ile MG'nin itirafı ve hatta mahkumiyeti arasında bir ilişki olduğunu öne sürmüşlerdir. Yargılamanın ilk gününde MG, reddedilen delillerin dışlanması için bir ön talepte bulunmuştur. Söz konusu talebin reddedilmesiyle MG, gerçekte sadece kanıtlanan hususları itiraf etmiştir. MG'nin savunma stratejisinin bu noktaya bağlı olduğu açıkça görülmektedir. Bu sebeple red, somut itirafın şartı olmuştur.

Mahkeme tarafından 6. maddenin ihlalinin olmadığı kararına giden akıl yürütme şu şekilde yapılmıştır: Bu problemi analiz etmek için Sözleşmenin 3. maddesinin ihlalinin mahkumiyet hükmü üzerindeki etkisi ile AİHM'in ilke olarak kabul ettiği dışlama kuralının etkisinin ayrımını yapmak çok önemlidir. Elbette ki MG'nin ön talebinin reddi itirafın şartıdır ve bu açıdan yargılama ve mahkumiyet ile ilgisi vardır. Ancak bu, konu ile alakalı değildir. Dışlama kuralının asıl amacı, AİHS'in 3. maddesinin ihlallerinin, mahkumiyet hükmünü etkilemesinin önlenmesidir. Bu sonuç, Mahkemenin, yargılamanın ve kararın meşruluğuna ilişkin argümanından çıkmaktadır. Mahkumiyet hükmü, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlalinden hiçbir şekilde etkilenemeyebilir. Ancak söz konusu davada, mahkumiyet ve hüküm, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edilmesiyle bulunan delillere dayanmamakta veya çok az dayanmaktadır. Bu, dışlama kuralının amacına ulaşıldığının gerekçesidir. MG'nin itirafı, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlalinin sonucu değildir. Bu, dışlama kuralının ihlalinin Mahkemece ilanının sonucudur. Ancak bir mahkemenin hatalarına tepki göstermenin en doğru yolu, her zaman bir üst mahkemeye başvurmaktır. Bu sebeple, Mahkemenin hatasının MG'nin itiraf özgürlüğünün dışlanmasında bir etkisi yoktur²⁰⁸. Dolayısıyla MG'nin itirafı, AİHM'in deyimiyle “nedensellik zincirini kırmaktadır”²⁰⁹. Bu, tabii nedensellik anlayışının bir sorunu

²⁰⁶ Gäfgen v. Almanya, §180.

²⁰⁷ Gäfgen v. Almanya, muhalif Rozakis J.

²⁰⁸ 27 BGHSt 355, 358 ile uygunluk içinde.

²⁰⁹ Gäfgen v. Almanya, §180.

değil, temelde söz konusu kuralların amaçlarına dayanmakta olan bir değerlendirmedir.

Biz söz konusu işkence tehdidi neticesinde yapılan ikrarın, bu ikrarın dışlandığının Federal Mahkeme tarafından açıklanmasının, buna rağmen MG'nin bu şekilde bir ikrarda bulunmasının ve sonuçta mahkumiyet kararına bu kadar basit bir nedensellik zincirinin kırılması gerekçesiyle açıklanamayacağını düşünüyoruz. Hukuka aykırı yöntemle elde edilen deliller bir şekilde yargılamayı ve sonuçta verilen hükmü etkilemiştir. Bunun aksinin ispatı, yargılama süjelerinin insan olmadıklarını iddia etmek anlamına gelecektir ki bu anlamsız ve gerçek dışıdır. Nitekim ulusal mahkemeler tarafından ikrardan yola çıkılarak elde edilen ve aslında hukuka aykırı olan delillerin, MG'nin yargılamasının ikinci gününde yapmış olduğu ikrarların doğrulanmasında kullanıldığı kabul edilmiştir. Bu bile tek başına tüm yargılamanın adilliğini bozmaktadır. Bu doğrulamaya neden ihtiyaç duyulmuştur? Söz konusu doğrulama olmaksızın yalnızca sanığın ikrarına dayalı olarak mahkumiyet kararı verilmesi mümkün değil midir? Eğer mümkün değilse verilen hüküm de adil olma özelliğini kaybetmemekte midir? Örneğin ülkemizde Yargıtay tek başına sanığın ikrarını başka delillerle desteklenmediği (doğrulanmadığı) takdirde mahkumiyet için yeterli kabul etmemektedir²¹⁰. Benzer durum ülkemizde olsaydı, Yargıtay'ın bu kararı karşısında AİHM'nin tavrı ne olacaktı? Delillerin değerlendirilmesi ulusal mahkemelere bırakıldığına göre AİHM benzer bir olayda Türkiye için (alışa geldiğimiz üzere) ihlal kararı vermek durumunda kalacaktı. Peki, bu çifte standart olmayacak mıydı? Türkiye'den benzer bir başvuru olduğunda Mahkemenin tavrı ne olacaktı? Bu soruları uzatmak mümkündür. Ancak yanıtları bilinen bu sorular, Mahkemenin kararının ne kadar hatalı olduğunu göstermek açısından sorulması gereken sorulardır.

6. Mahkemenin 6. Maddenin İhlali İddiası Kapsamında Verdiği Karar

Mahkemenin 6. madde kapsamında esas olarak karara bağlaması gereken husus, işkence oluşturmayan fakat Sözleşmenin 3. maddesine

²¹⁰ YCGK, E. 2009/7-160, K.2009/264, Kt. 17.11.2009; 10. CD, E. 2008/834, K. 2010/3241, Kt. 15.2.2010; Kazancı İçtihat Programı.

aykırı insanlık dışı muamele olarak nitelendirilen bir eylem sonucu elde edilen maddi delillerin kabulünün, yargılamanın adillliğini etkileyip etkilemediğidir. AİHM'in geçmişte vermiş olduğu kararlarda da görüleceği üzere, hukuka aykırı bir delilden yola çıkılarak elde edilen bir başka delilin, olayın içinde bulunduğu diğer şartlara bakılmaksızın, bir yargılamayı genel geçer bir şekilde adil olmayan bir duruma getirip getirmeyeceği hakkında Mahkeme, açık ve anlaşılır bir karar vermemiş; bir başka deyişle bu sorunu çözmemiştir. Ancak Mahkeme, hem Sözleşmenin 3. maddesine aykırı (ister işkence, isterse insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele olsun) muamele yapılmasının bir sonucu olarak elde edilen ifadelerin ceza davasında kullanılmasının hem de işkence eylemlerinin doğrudan bir sonucu olarak elde edilen maddi delillerin kullanılmasının, yargılamayı bir bütün olarak ve kaçınılmaz bir şekilde Sözleşmenin 6. maddesine aykırı adil olmayan bir duruma soktuğunu belirtmiştir²¹¹.

Bu açıklamanın tersinden çıkan sonuç Mahkemenin, 3. maddeye aykırı muamele yapılmasının bir sonucu olarak elde edilen ifade (bu ibare CMK açısından ifade ve sorguyu kapsamaktadır) dışındaki delillerin, işkence dışındaki (insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele vb. gibi) hukuka aykırı eylemlerin doğrudan bir sonucu elde edilen maddi delillerin ve bunlar yoluyla elde edilen doğrudan olmayan delillerin yargılamayı bir bütün olarak ve kaçınılmaz bir şekilde Sözleşmenin 6. maddesine aykırı adil olmayan bir duruma sokmadığını belirtmesidir. Bu gibi durumlarda somut olaya bakılacak ve durumun uygun olması ya da hukuki dille şartların gerçekleşmesi halinde (ki bu şartlar belli değildir) hukuka aykırı yoldan elde edilmiş olsalar dahi deliller kullanılabilir. Dolayısıyla Mahkeme delilleri kategorize etmekte ve kendisine göre vahim bulduğu hukuk aykırılıklar neticesinde elde edilen delillerin kullanılmayacağını belirtirken, yine kendisine göre bazı önemsiz ihlallerde somut olaydaki durumu da göz önünde bulundurarak basit hukuka aykırılıklarda bu delillerin kullanılabilirliğini belirtmektedir. Mahkemenin kararında yer vermiş olduğu ifadeden çıkan sonuç budur.

Mahkeme kararında, Sözleşmeciler Devletler ile başka devletler ve diğer insan hakları izleme organları arasında, delil dışlama kuralının uygulama alanı konusunda açık bir konsensüs bulunmadığını belirtmiştir ki bu gerçekten de doğrudur. Ayrıca, yasak sorgu yöntemlerin-

²¹¹ Gäfgen v. Almanya, §173.

den bağımsız olarak, tartışma konusu delilin daha sonraki bir aşamada bulunup bulunmaması gibi faktörlerin bu tür delilin kabul edilebilirliği üzerinde etkisi olabileceğine işaret edilmiştir²¹². Ancak Sözleşmeciler Devletler arasında böyle bir görüş ve uygulama birliğinin olmaması Mahkemeyi bu yönde bir karar alma ve açık bir görüş bildirmeden geri bırakmamalıdır. Aksine Mahkeme bu konudaki ilke ve kuralları belirleyerek, daha önce pek çok hususta olduğu gibi Sözleşmeciler Devletlere bu konuda yön verebilir. Öte yandan tartışma konusu delilinin daha sonra ve daha önce bulunmasının yargılamanın adilliğini etkileyip etkilememesi açısından olumlu bir katkısı olmamalıdır. Söz konusu deliller hukuka aykırı olarak elde edilmiş ve hangi amaçla olursa olsun yargılamada kullanılmışlardır. Böylelikle görünüşte de olsa yargılama adil olma niteliğini kaybetmiştir ki bu nedenle bu argüman bize göre de geçerliliğini yitirmiştir.

Mahkeme ayrıca, hukuka aykırı deliller ve bunların uzak etkisi konusunda birbirleriyle yarışan farklı hakların ve menfaatlerin bulunduğunu da ifade etmiştir. Mahkeme bu hususa ilişkin aynen şu ifadeye yer vermiştir:

“Bir yandan, genellikle güvenilir ve zorlayıcı maddi delilin ceza davasından dışlanması, suçun etkili bir şekilde kovuşturulmasını engelleyecektir. Hiç kuşku yok ki, suç mağdurlarının, onların ailelerinin ve ayrıca halkın, suçluların yargılanmalarında ve cezalandırılmalarında menfaatleri vardır; mevcut olayda bu menfaat çok büyük bir öneme sahiptir. Ayrıca mevcut olay şu özelliği de taşımaktadır: Tartışma konusu maddi delil, ceza soruşturmasını derinleştirme amacı taşımamaksızın, bir çocuğun yaşamını kurtarmak ve böylece Sözleşmenin 2. maddesinde güvence altına alınan başka bir çekirdek hakkı korumak için uygulanan yasak sorgu yöntemleriyle türetilmiştir. Öte yandan sanık, ceza davasında adil yargılanma hakkına sahiptir; ulusal mahkemelerin Sözleşmede güvence altına alınan mutlak nitelikte çekirdek haklardan olan 3. maddedeki insanlık dışı muamele yasağının ihlal edilmesinin bir sonucu olarak elde edilen delili kullanmaları halinde, bu hak bakımından bir sorun doğar. Aslında, yargısal usulün bütünlüğü ve böylece hukukun üstünlüğü üzerine kurulmuş uygar toplumların değerlerinin muhafaza edilmesinde de hayati bir kamu yararı vardır”²¹³.

²¹² Gäfgen v. Almanya, §174.

²¹³ Gäfgen v. Almanya, §175.

Mahkeme, Sözleşmenin 6. maddesi bağlamında yukarıda sözü edilen menfaatleri göz önünde tutmakla birlikte, Sözleşmenin 3. maddesinin mutlak bir hakkı içerdiğini; bu hak mutlak olduğundan, soruşturulmakta olan suçun ağırlığı veya etkili bir ceza kovuşturmasının yapılmasındaki kamu yararı gibi başka menfaatlerle dengelenemeyeceğini; dengelenmesi halinde, bu hakkın mutlaklığının zedeleneyeceğini belirtmiştir²¹⁴. Mahkemeye göre, Sözleşmenin 3. maddesinde yasaklanan kötü muameleye tabi tutulmama şeklindeki mutlak hakkın korunmasından ödün verilmesi halinde, insan yaşamının korunması ve sanığın cezalandırılması mümkün olmayacaktır; çünkü bu haktan ödün verilmesi, söz konusu değerleri feda edecek ve adaletin işleyişine olan güveni zedeleyecektir²¹⁵.

Mahkeme bu bağlamda Hükümetin, kasten öldürme suçunu işleyen bir kişinin cezalandırılması suretiyle yaşama hakkını koruma altına aldığına dair savunmasını da dikkate almıştır. Gerçekten de Sözleşmede, yaşama hakkının Sözleşmeci Devletler tarafından korunmasını gerektiği hususu yer almaktadır²¹⁶. Sözleşmede buna karşın devletler, mutlak nitelikteki insanlık dışı muamele yasağını (m.3) ihlal eden bir davranışla veya bütün sanıkların adil yargılanma hakkına (m.6) aykırı bir tarzda yaşama hakkını korumaya zorlanmamaktadırlar²¹⁷. Mahkeme, somut olayda polislerin, zor ve stresli bir durumda ve bir yaşamı korumaya çalışmak amacıyla hareket ettiklerini kabul etmektedir; ancak böyle bir durum dahi polislerin maddi delili, Sözleşmenin 3. maddesine aykırı olarak elde ettikleri gerçeğini değiştirmemektedir. *Daha da önemlisi, adil yargılanma hakkına saygı, tam da en ağır cezalar söz konusu olduğunda, demokratik toplumlar tarafından mümkün olan en yüksek düzeyde sağlanmalıdır*²¹⁸.

Bu noktada belirtilmesi gereken önemli bir husus, Sözleşmenin 6. maddesinin 3. maddesinden farklı olarak mutlak bir hak içermeye-

²¹⁴ Saadi v. İtalya, §138-139.

²¹⁵ Gäfgen v. Almanya, §176.

²¹⁶ Osman v. Birleşik Krallık, Reports 1998VIII, 28 Ekim 1998, §115-116.

²¹⁷ Osman v. Birleşik Krallık, §116.

²¹⁸ Gäfgen v. Almanya, §177. Krş: Salduz v. Türkiye, Başvuru No. 36391/02, ECHR 2008-..., §54.

diğidir. Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşmenin 6. maddesinde güvence altına alınan hakların etkili bir şekilde korunmasını sağlamak için, 3. maddeye aykırılığın bir sonucu olarak elde edilen deliller bakımından bir ceza davasında ne gibi tedbirlerin gerekli ve yeterli olacağını belirlemesi gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme açık bir biçimde önceki içtihatlarında da ortaya konulduğu üzere, bu tür delillerin kullanılmasının yargılamanın adilliği üzerinde ciddi sorunlar doğurduğunu kabul etmektedir. Mahkeme ayrıca, Sözleşmenin 3. maddesinde mutlak bir şekilde yasaklanmış bir eylemle elde edilen delilin kabulünün, bu yasağın mutlaklığına rağmen, yasa uygulayıcıları bu tür yöntemleri kullanmaya teşvik edebileceğini belirtmiştir. Buradan hareketle Mahkeme, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edilmesinin bir sonucu olarak elde edilen maddi delilin aynı şekilde alınan ifadede 3. maddeyi ihlal bakımından daha uzak olsa bile, Sözleşmenin 3. maddesine aykırı yöntemlerin kullanılmasına karşı kural olarak bireylerin etkili bir şekilde korunmasının, bu maddi delilin yargılamada kullanılmamasını gerektirebileceğini; aksi taktirde bir bütün olarak yargılamanın adil olmayan bir duruma gelebileceğini ifade etmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, hem Sözleşmenin 3. maddesindeki mutlak nitelikteki yasağın etkili bir şekilde korunmasının hem de ceza davasının adilliğinin, 3. madde ihlalinin ancak sanık aleyhindeki davanın sonucuyla ilgisi olması, yani sanığın mahkumiyeti ve cezası üzerinde bir etkisinin bulunması halinde tehlikeye gireceği kanaatindedir²¹⁹. Görüldüğü üzere Mahkeme ilke olarak 3. maddenin ihlali neticesinde elde edilen delillerin kullanılmasının yargılamanın adilliğinin sorgulanmasına neden olacağını, bunun yanında yasa uygulayıcıları delil elde etmede yasaklanmış yöntemlere teşvik edebileceğini belirtmiştir. Ancak bu önemli ilke ve sonuçları tespit ettikten sonra yine de davanın adilliğinin ancak yasak yöntemlerle elde edilmiş delilin sonuç üzerinde etkili olması halinde söz konusu olabileceğini belirtmiştir. Mahkeme, bir yandan bugüne kadar kurmuş ve korumuş olduğu ilkelerden vazgeçmemekte, ancak bir yandan da somut durum için bir çıkış yolu aramaktadır. İşte bu argümanla da çıkış yolunu bulduğunu düşünmekte ve kararında buna yer vermek-

²¹⁹ Gäfgen v. Almanya, §178.

tedir. Ancak mahkumiyet üzerinde etkisi olsun ya da olmasın soruşturmada bu tür bir yöntemin kullanılması, bunların mahkeme önüne getirilmesi ve iddiaya göre bu deliller olmaksızın ulaşılan sonucun sınanması amacıyla da olsa bu delillerin kullanılması, hepsinden de önemlisi savcılar ve hakimlerin zihin ve vicdanlarının hukuka aykırı olan bu delillerle kirlenmesi neticesinde söz konusu yargılamanın adil olduğunun kabulü bize göre mümkün ve hukuka uygun olmamalıdır.

Mahkeme, somut olayda Bölge Mahkemesinin başvuru tarafından işlenen suçun işleniş biçimiyle ilgili olaylara dair tespitlerini, açıkça başvuru duruşma sırasında verdiği yeni ve tam ikrara dayandığını; dolayısıyla bu tespitlerin, başvuru kaçırma ve öldürme suçlarından mahkum edilmesinde belirleyici olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca Mahkeme, Bölge Mahkemesinin başvuru mahkum edilmesinde ve cezalandırılmasında rol oynayan suçun planlanmasıyla ilgili maddi olaylara ilişkin tespitlerini de esas itibarıyla yeni ikrara dayandığını belirtmiştir. Bu bağlamda yargılama sırasında kabul edilen ek delillerin, ulusal mahkeme tarafından başvuru suçluluğunun kanıtlanması için değil, fakat sadece başvuru ikrarının doğruluğunu test etmek için kullanıldığı ifade edilmiştir. JM'nin ölüm nedenine ilişkin otopsi sonuçları ve çocuğun cesedinin bulunduğu yerde başvuru arabasının bıraktığı tekerlek izleri, ek deliller arasında yer almıştır. Ulusal mahkeme ayrıca, başvurudan tehdit altında alınan ilk ikrarından bağımsız olarak, başvuru fidyeyi almasından itibaren polis tarafından gizlice izlenmesi ve yakalanmasından hemen sonra oturduğu evin aranması suretiyle toplanan doğrulayıcı delillere de dayanmıştır. JM'nin ablasının ifadesi, şantaj mektubu, başvuru evinde bulunan suçun planlanmasıyla ilgili not ile başvuru evinde ve banka hesabında bulunan ve fideden elde edilen paralar, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaliyle kirlenmemiş olan deliller arasında yer almıştır²²⁰.

Bu açıklamalardan hareketle Mahkeme, başvuru yargılama sırasında verdiği ikinci ikrarın, tek başına veya doğrulayıcı ve lekesiz maddi delillerle birlikte, başvuru kaçırma ve öldürme suçlarından mahkum edilmesine ve cezalandırılmasına temel oluşturduğu ka-

²²⁰ Gäfgen v. Almanya, §179.

naatinde olduğunu; tartışma konusu maddi delillerin, başvurucunun suçluluğunun kanıtlanması ve cezalandırılması için gerekli olmayan ve kullanılmamış olan deliller olduğunu; bu durumda, tartışma konusu maddi deliller bakımından yasak sorgulama yöntemlerinden başvurucunun mahkum edilmesine ve cezalandırılmasına götüren nedensellik zincirinin kırıldığının söylenebileceğini ifade etmiştir²²¹.

Aslında bu olay Mahkemeye, işkence aşamasına varmayıp, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele aşamasına kalan yöntemlerle elde edilen deliller konusuna bir kez daha inceleme fırsatı yaratmıştır. Genel olarak Mahkemenin tutumu, Sözleşmenin 6. maddesinin yargılama-daki delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin uygulanacak özel bir kural olmadığı, bunun ulusal mahkemeler tarafından verilecek bir karar olduğu yönündedir²²². Bu değerlendirmeye nazaran Mahkeme, yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığı sorununu değerlendirmektedir. Gäfgen olayında ise Mahkeme, can alıcı faktörlerin olaydaki hak ihlalinin yapısı ve sonuç olarak yargılamada kullanılan delillerin elde edilmesinin kapsamı olduğuna işaret etmektedir. Mahkemeye göre, MG'nin mahkumiyetindeki sonuca etkili olan unsur, kendisinin işkence tehdidi altında vermiş olduğu ifadesi dışlandıktan sonra ulusal mahkeme önünde vermiş olduğu yeni ikrarıdır. MG'nin ilk ifadesi sonucunu elde edilen çocuğun cesedi, etkili bir delil olarak kullanılmayıp, MG'nin yeni ikrarının doğruluğunun sağlanması için kullanılmıştır. Nitekim bu durum Mahkemenin kararının 178 nolu paragrafında açıkça ifade edilmektedir. Sonuç olarak yeni ve gönüllü ikrar MG'nin mahkumiyeti ile Sözleşmenin 3. maddesi arasındaki nedensellik zincirini kırmıştır. Kesintisiz bir nedensellik bağının varlığı bu nedenle çok önemlidir²²³.

Buradan hareketle Mahkeme, soruşturma sürecinde meydana gelen Sözleşmenin 3. maddesine aykırılığın, başvurucunun yargılanması sırasındaki ikrarı üzerinde bir etkisi olup olmadığını da incelemiştir. Başvurucu Mahkemeye yaptığı başvuruda, bu durumun ikrarı üzerinde etkisi olduğunu söylemiştir. Başvurucu dilekçesinde, Bölge Mahkemesinin duruşmanın başında Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali

²²¹ Gäfgen v. Almanya, §180.

²²² Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s.256.

²²³ Buyse, s.1600.

suretiyle elde edilen maddi delillerin dışlanması talebini reddettiği zaman, yargılamada artık ikrardan başka bir savunma seçeneğinin kalmadığını belirtmiştir²²⁴. Bu iddia karşısında Mahkeme öncelikle, ulusal mahkeme önündeki duruşmanın ikinci gününde ikrarda bulunmadan önce başvuruçuya susma hakkının hatırlatıldığına ve suçlamalar hakkında daha önce verdiği ifadelerden hiçbirinin aleyhine delil olarak kullanılmayacağını söylediğine dikkat çekmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, ulusal mevzuatın ve pratiğin, kötü muamele vasıtasıyla elde edilmiş ikrarlara bir sonuç bağladığına²²⁵ ve başvuruçunun durumunun bu noktada Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edilmeden önceki duruma döndürüldüğüne ikna olmuştur²²⁶. Buna ek olarak, bir müdafii ile temsil edilen başvuruçu, duruşmanın ikinci gününde ve duruşmanın sonunda verdiği ifadelerde, 1 Ekim 2002 tarihindeki olaylara rağmen, suçunun sorumluluğunu almak üzere ve pişmanlık saikiyle serbestçe ikrarda bulunduğunu vurgulamış, tartışma konusu maddi delillerin kullanılmaması girişimi sonuçsuz kalmasına rağmen ikrarda bulunmuştur. Mahkemenin bu açıklamalar sonucunda verdiği karar aynen aşağıda yer almaktadır:

“Dolayısıyla Mahkemenin, başvuruçunun gerçeği söylemediğini, Bölge Mahkemesi yargılamanın başında tartışma konusu maddi delilleri kullanmamaya karar vermiş olsaydı başvuruçunun ikrarda bulunmayacağını ve bu nedenle ikrarın sanık haklarını ortadan kaldıran tedbirlerin bir sonucu olarak görülmesi gerektiğini kabul etmesi için bir sebep yoktur²²⁷.

Her halükarda Bölge Mahkemesinin karar gerekçesinden anlaşılmaktadır ki, başvuruçunun duruşmanın son gününde verdiği ikinci ikrar, öldürme suçundan mahkum edilmesinde hayati bir öneme sahip olup; eğer başvuruçu ikrarda bulunmamış olsaydı, bu suçtan suçlu bulunmayabilirdi. Başvuruçunun ikrarında, tartışma konusu maddi deliller tarafından kanıtlanabileceklerle alakası olmayan birçok ek unsur da yer almıştır. Maddi deliller, J.'nin boğularak öldürüldüğünü ve başvuruçunun Birstein'deki gölete gittiğini gös-

²²⁴ Gäfgen v. Almanya, §181.

²²⁵ Hulki Güneş v. Türkiye, Başvuru No. 28490/95, ECHR 2003-VII, §91; Göçmenv. Türkiye, §73.

²²⁶ Gäfgen v. Almanya, §182.

²²⁷ Gäfgen v. Almanya, §183.

terdiğinden, başvuruçunun ikrarı J.'yi öldürme kastını ve ayrıca ardındaki saiki de kanıtlamıştır. Bu unsurlar karşısında Mahkeme, yargılamanın başında söz konusu delillerin kullanılmaması talebinin reddedilmesinden sonra başvuruçunun sessiz kalamayacağına ve ikrardan başka bir savunma seçeneği bulunmadığına ikna olmamıştır. Bu nedenle Mahkeme, soruşturma sürecinde Sözleşme'nin 3. maddesine aykırılığın, başvuruçunun duruşmada ikrarda bulunması üzerinde etkisi bulunduğuna da ikna olmamıştır²²⁸.

Sanık hakları konusunda Mahkeme, başvuruçuya yargılama sırasında söz konusu maddi delillerin kabulüne itiraz etme fırsatı verildiğini ve başvuruçunun bu fırsatı kullandığını, Bölge Mahkemesinin de bu delilleri kullanıp kullanmama konusunda takdir yetkisi bulunduğunu gözlemlemektedir. Dolayısıyla başvuruçunun sanık hakları bu yönden de göz ardı edilmiş değildir²²⁹.

Mahkeme, başvuruçunun yargılama sırasında kendini suçlamama hakkının korumasından yoksun bırakıldığını iddia ettiğini kaydeder. Yukarıda söylendiği gibi, bir kimsenin kendini suçlamama hakkı, iddia makamının sanık aleyhindeki iddiasını, sanığın iradesi hilafına baskı ve zorlama metotlarıyla elde edilen delillere başvurmadan kanıtlayacağını varsayar. Mahkeme, ulusal mahkemelerin başvuruçunun mahkumiyetini, başvuruçunun suçluluğunu kanıtlamak üzere söz konusu maddi delillere başvurmadan, yargılama sırasında verdiği ikinci ikrarına dayandırdığına dair yukarıdaki tespitlerine göndermede bulunur. Dolayısıyla Mahkeme, başvuruçuyu aleyhindeki davada kendini suçlamama hakkına uygun davranıldığı sonucuna varmaktadır²³⁰.

Mahkeme, başvuruçuyla ilgili olayın özel koşulları içinde, insanlık dışı muamele vasıtasıyla ifade alınmasından sonra toplanan söz konusu maddi delillerin dışlanması talebinin reddedilmesinin, başvuruçunun mahkumiyeti ve cezası üzerinde bir etkisi bulunmadığı sonucuna varmaktadır. Başvuruçunun sanık haklarına ve kendini suçlamama hakkına da saygı gösterildiğinden, yargılamanın bir bütün olarak adil olduğu kabul edilebilir. Buna göre Sözleşme'nin 6(1) ve (3). fıkraları ihlal edilmemiştir²³¹.

²²⁸ Gäfgen v. Almanya, §184.

²²⁹ Gäfgen v. Almanya, §185.

²³⁰ Gäfgen v. Almanya, §186.

²³¹ Gäfgen v. Almanya, §187, 188.

III. Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edilmediği Kararı: Hukuk ile Hakkaniyet Arasında Kalan Terazi

MG'nin esas amacı, reddedilen delillerin dışlandığı bir ceza davasında yeniden yargılanma hakkı elde etmektir. MG bu nedenle mahkeme önünde ikrarda bulunmuş, ikrarına rağmen cezası en ağır şekilde verilince AIHM'e başvurmuştur. Sonuçta Mahkeme, Sözleşmenin 6. maddesi uyarınca Frankfurt Bölge Mahkemesi'nin MG'nin adil yargılanma hakkını ihlal etmediği sonucuna varmıştır. Böylelikle MG'nin bu çabası boşa çıkmıştır. Ancak MG'nin bu çabasını gören Mahkemenin, bunu engellemek için mi yoksa gerçekten bu şekilde olduğu için mi bu kararı verdiği bize göre tartışmaya açıktır. Bize göre gözleri kapalı hareket etmesi gereken adalet tanrıçası, bu kez "hakkaniyeti sağlamak düşüncesiyle" yanılmıştır. Bu da bize kurmuş olduğumuz adalet sistemin ulusal üstü seviyede dahi kırılabilirliğini göstermektedir.

Mahkemenin kararının oy çokluğuyla alındığı, çoğunluk görüşünün karşısında azınlık görüşünün de karşı oy görüşü olarak karara alındığı görülmektedir. Bu karşı oy görüşü, kararın analitik incelemesi açısından son derece önemlidir; zira çoğunluk görüşünün bakış açısını sağlam dayanaklarla sarsan bir görüş olarak kararda yer almaktadır.

Mahkemenin kararında eleştiri konusu yapılacak ilk husus, MG'nin mağduriyetinin devam edip etmediği noktasındadır. Mahkeme, polisler yetersiz de olsa ceza verilmesi ve kariyerlerinin etkilenmesini gözeterek, başvurucunun mağduriyetinin giderildiğine karar vermiştir. Oysa böyle bir olayda mağduriyetin gerçek anlamda giderimi faillere ceza vermek değil, hukuka aykırı yolla elde edilen delillerin dışlanması suretiyle olurdu. Nitekim bu husus Yargıçlar Tulkens, Ziemele ve Bianku'nun farklı görüşlerinde belirtilmiştir. Bu bağlamda cezanın kendisinin de temel hak ve özgürlükler için bir tehdit olduğu gerçeğin örtülmesi pahasına cezanın temel hak ve özgürlükleri koruma amacına hizmet ettiği hallerde, ceza hukukunun temel bir prensibi olan *ikincillik (subsidiarity) ilkesinin* gözden kaçırılmaması gerekir. Cezalandırma silahını kullanmanın, sadece tehlikede olan menfaatleri veya değerleri korumak için başka vasıta bulunmaması halinde, kabul edilebilir olduğu unutulmamalıdır. Somut olayda polisler aleyhinde

görülmüş olan ceza davasının, Sözleşmeyle korunan çekirdek hakların bir kısmını oluşturan 3. maddenin gelecekteki ihlallerini engellemenin tek aracı olduğunu söylemek mümkün değildir. Aslında azınlık görüşünde de belirtildiği üzere somut olayda tespit ve kabul edilen Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali için en uygun giderim biçimi, Sözleşmenin ihlali suretiyle elde edilen delilin yargılamadan dışlanması olacaktır. Bu yapılmadığı için başvurucunun mağdurluk statüsü devam etmektedir²³².

Ancak Mahkemenin kararının asıl eleştirilmesi gereken kısmı, Sözleşmenin 6. maddesinin 1. ve 3. fıkraları ihlal edilmiş olmasına rağmen, ihlal kararı verilmemiş olmasıdır. Bölge Mahkemesinde yapılan yargılamada Sözleşmenin 3. maddesinin ihlalinin doğrudan bir sonucu olarak sağlanan maddi delil, başvuru aleyhindeki ceza davasında delil olarak kullanılmıştır. Ayrıca bu delilin başvurucunun kendisini suçlayarak elde edilmiş olması, söz konusu ihlali şiddetlendirmiştir.

Nitekim Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve Power'ın muhalif görüşlerinde bu husus ayrıntılı bir biçimde belirtilmiştir. Bir ceza davasında Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilmiş bir delilin kabulü, temel ve hayati önemde bir ilke sorununun ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere Mahkemenin 3. maddenin ihlaliyle elde edilen ikrarın kabulü noktasındaki içtihadı son derece açıktır, buna göre ifadeler ister işkence isterse insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele suretiyle alınmış olsun, hiçbir zaman kabul edilemez.

Somut olayda tartışma konusu olan ve çözülmesi gereken sorun ise, işkence olmadığı halde 3. madde kapsamına giren bir muamelenin sonucu olarak elde edilmiş ifade dışındaki diğer delillerin (maddi delil) kabul edilmesinin yargılamanın adilliğini etkileyip etkilemediğidir. Bu sorunun çözümü özellikle bu bölümün ilk paragrafında bahsetmiş olduğumuz hususlar nedeniyle zor olmakla birlikte, somut olay Mahkemeye, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilen deliller bakımından dışlama kuralının kapsamını belirleme açısından önemli

²³² Gäfgen v. Almanya, Yargıçlar Tulkens, Ziemele ve Bianku'nun birleşik kısmen farklı görüşleri, §5-7.

bir fırsat sunmuştur. Mahkeme bu fırsatı değerlendirerek çok açık bir biçimde sanığın eylemi ve bu eylemin vahameti ne kadar ağır olursa olsun Sözleşmenin 6. maddesi bakımından adilliğin hukukun üstünlüğüne saygıyı varsaydığını ve 3. maddenin ihlali suretiyle elde edilen delilin dışlanması şeklinde kategorik bir ilke cevabı vermek yerine; Sözleşme maddelerini zorlayarak ve önceden belirlediği ilkeleri esnetmek suretiyle bunun aksine karar vermiştir. Nitekim Mahkemenin inceleme konusu karardan önce de bu konuda bir ilke kararı vermekten çekindiği belirtilmiştir²³³. Oysa Sözleşmenin mutlak bir hükmünün ihlalinin bir sonucu olarak elde edilmiş delili kabul eden ve bir ölçüde bu delile dayanan bir ceza yargılamasının adil bir yargılama olarak kabul edilmesi hiçbir şekilde mümkün değildir²³⁴.

Mahkeme, yerleşik içtihatlarında, niteliği ve kaynağı baskı ve zorlamayla lekelenmiş delillere dayanmanın adaletsiz olacağına karar vermiştir²³⁵. Mahkemeye göre, şiddet, vahşet veya Sözleşmenin 3. maddesine aykırı işkence veya kötü muamele olarak nitelendirilebilecek başka eylemler sonucu elde edilen ifadelerin kullanılması, bu delillerin başvuruçunun mahkumiyetini sağlamasında belirleyici olup olmadığına bakılmaksızın, her zaman yargılamayı, bir bütün olarak, adil olmayan bir duruma getirecektir. Ancak bu ilkenin diğer delil türlerine aynı şekilde uygulanıp uygulanmayacağı incelenmeli ve bu konuda bir karar verilmelidir. Nitekim somut olay açısından Mahkemenin cevaplandırması ve bu konuda bir ilke belirlemek adına fırsata dönüştürmesi beklenen “sorun” budur.

Mahkeme, Jalloh v. Almanya davasında da benzer bir sorunla karşılaşmış ancak orada da bu soruyu açıkça cevaplamaktan kaçınmıştır. Mahkeme söz konusu davada, bir uyuşturucu satıcısı hakkındaki yargılamasının adil olmadığına karar vermiştir; zira kendisinin mahkum edilmesinde başı çeken sonucu belirleyecek olan delil, bir parça kokaindi ve bu Sözleşmenin 3. maddesinin ihlaline yol açan bir muamele ile elde

²³³ Bunun gerekçesi olarak ise hem bu konuda ortak bir Avrupa yaklaşımının olmaması hem de Sözleşmenin delillere, özellikle de delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin kurallar koymaması gösterilmektedir. İnçeoğlu, s.278.

²³⁴ Gäfgen v. Almanya, Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve Power'ın birleşik kısmen muhalif görüşleri, §2.

²³⁵ Perry v Birleşik Krallık, Başvuru No. 63737/00, 26 Eylül 2002.

edilmişti. Uyuşturucunun içinde bulunduğu küçük çanta, şüpheliye zorla kusturucu bir ilacın verilmesi ve buna bağlı olarak şüphelinin kusması sonucu ele geçirilmişti. Söz konusu kararda Mahkeme, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilen delilin kullanılması kural olarak dışlamamıştır; ancak olayın özelliklerini dikkate alarak karar vermeyi tercih etmiştir. Buna karşın Mahkeme, kötü muamelenin işkence boyutuna ulaşması halinde, bu tür delillerin “ispat değeri ne olursa olsun hesaba katılmaksızın bir mağdurun suçluluğunun ispatında dayanamayacağına” işaret etmektedir²³⁶. Buna ek olarak, kötü muamelenin derecesi ne olursa olsun Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilen tanıklık, yargılamayı adil olmayan hale gerektirmektedir. Sonuç olarak Mahkeme, Gäfgen v. Almanya davasında verdiği kararda açıkça görüldüğü üzere tanıklığın kendisi ile böyle bir tanıklık neticesinde elde edilen maddi deliller arasından ayırım yapmıştır²³⁷.

Görüldüğü üzere Mahkeme, yukarıda da belirttiğimiz üzere, hukuka aykırı delil, yasak ağacın meyvesi kuramı ve delil değerlendirme yasakları konusunda net bir tavır sergilemekten kaçınmaktadır. Bu açıkça eleştirilmesi gereken bir tavidir. Nitekim bu konuda Sayın Ünver ve Sayın Hakeri’nin aşağıda alıntıladığımız görüşlerine katılmamak mümkün değildir:

“...Keskin çizgilerle hukuka aykırı delilden ne anlaşılması gerektiği ve bunu kullanıp kullanılmayacağını açıkça belirterek, taraf ülkelerin yargı makam ve kişilerini ileriye dönük olarak net göstergelerle yönlendirmek yerine, bu konuda suskun kalmak, bütün olarak yargılamanın adil olup olmadığını değerlendirmek, savunma hakkına riayet edip edilmediğini gözeterek belirsiz bir alan bırakmakta ve böylece uygulamalar sonrası vakıa önüne geldiğinde somut olaya dayalı olarak dosyadaki verilere göre bazen bazı gerekçelerle hukuka aykırı delilin kullanılabilmesine yeşil ışık yakmaktadır. Bu kabul edilebilir bir tutum ve yaklaşım değildir. Şüphesiz somut olayın içinde bulunduğu şartlara bakmak gerekliliği noktasında İHAM haklı olmakla birlikte, hukuka aykırılık kavramının kapsamı ve bunun delil ve ispat hukuka etkisi bakımından daha net ve açık kurallar önerilmesi çok gerekli ve daha yerinde bir hukuksal tutum olurdu”²³⁸.

²³⁶ Jalloh v. Almanya, §105.

²³⁷ Buyse, s. 1599, 1600.

²³⁸ Ünver/Hakeri, s.184.

Mahkeme, Gäfgen v. Almanya davasında vermiş olduğu karar ile insanlık dışı ve kötü muamele mutlak yasağının ihlali suretiyle elde edilen ifadeler ile aynı yolla elde edilen diğer deliller arasında bir ayırım başlatmıştır. Bu ayırımın gerekçesi ise belli olmadığı gibi, bize göre hukuki de değildir. Buradan hareketle Mahkemenin kararı ve bunun gerekçesi Sözleşmenin 3. maddesiyle güvence altına alınan mutlak hakların etkililiğini zayıflatma riskini de barındırmaktadır ki bu kararı verenler tarafından dahi öngörülemez büyük risktir²³⁹.

Somut davada çoğunluk, yargılamada kabul edilen başvuru aleyhindeki maddi delillerin, polis tarafından “Sözleşme’nin 3. maddesini ihlal eden sorgulamanın doğrudan bir sonucu olduğunu” kabul etmiştir. Hukuka ve Sözleşmeye aykırı olarak elde edilen ikrarın sonucunda, çocuğun cesedinin bulunduğu yere gidilmiş, polisin talimatı üzerine başvuru cesedin bulunduğu yeri göstermiş, yer gösterme işleminin görüntüsü çekilmiş ve böylece başvuru kendini suçlandırıcı delilin bulunmasına yardımcı olmuştur. Bu delilin ulusal mahkemeler önündeki yargılama sırasında mahkemeye sunulduğu, incelendiği, bu delile dayanıldığı ve Bölge Mahkemesinin kararında bu delille atıfta bulunulduğuna dair kuşku bulunmamaktadır. Bu duruma rağmen, çoğunluk yine de başvuru yargılanmasının adil olduğu, çünkü başvuru mahkum edilmesine ve cezalandırılmasına götüren “nedensellik zincirinin kırıldığı” sonucuna varmış ve bu görüş Mahkemenin kararı halini almıştır. Azınlıkta kalan Yargıçların da belirttiği üzere bu görüşe katılmak mümkün değildir²⁴⁰. Çünkü gözaltına almadan cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine kadar, ceza muhakemesi birbiriyle tamamen bağlantılı organik bir bütün oluşturmaktadır. Bir aşamada meydana gelen bir olay, bir başka aşamada ortaya çıkan bir olayı etkiler ve bazen belirler. Adaletin gerekleri ve şüphelinin mutlak nitelikteki insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye tabi tutulmama hakkı, soruşturma aşamasında oluşan bir ihlalin olumsuz sonuçlarının yargılamadan bütünüyle silinmesini, verilen kararın hiçbir şekilde bu hukuka aykırılıktan az ya da çok, uzak veya yakın etkilen-

²³⁹ Gäfgen v. Almanya, Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemeles, Bianku ve Power’ın birleşik kısmen muhalif görüşleri, §3.

²⁴⁰ Gäfgen v. Almanya, Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemeles, Bianku ve Power’ın birleşik kısmen muhalif görüşleri, §4.

memesini gerektirir. Bu yaklaşım daha önce, kural olarak ceza davasının hazırlanmasında soruşturmanın önemini incelerken, soruşturma aşamasında elde edilen delillerin yargılamada ele alınacak suçun çerçevesini belirleyeceğini söyleyen Mahkeme tarafından da teyit edilmiş ve vurgulanmıştır. Mahkeme, gözaltında bir müdafie ile görüşmenin kısıtlanmasıyla ilgili *Salduz v. Türkiye* kararında, daha sonra verilen hukuki yardımın ve sonraki yargılamanın çelişmeli olmasının, gözaltında geçen süre içinde meydana gelen kusurları düzeltmeyeceğini tespit etmiş ve Sözleşmenin 6. maddesinin ihlaline karar vermiştir²⁴¹. Eğer bir müdafie danışma hakkının ihlali ile ilgili durum böyle ise bir şüphelinin insanlık dışı muameleye tabi tutulmama hakkının ihlali ve daha sonra böyle bir ihlal sonucu elde edilen delillerin ceza davasında kabulüyle karşılaşıldığında, aynı gerekçe tabii ki daha güçlü bir şekilde uygulanmalıdır²⁴².

Çoğunluğun akıl yürütme şekli, ceza muhakemesini organik bir bütün olarak görmek yerine, ulusal mahkeme tarafından öldürme suçundan mahkumiyet ve azami ceza şeklinde belirlenen sonucun, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilen delillerin kabulünden etkilenmemesi için, muhakemeyi çeşitli bölümlere ayırmak, ayırtırmak ve analiz etmek şeklinde olmuştur. Oysa böyle bir yaklaşım yalnızca biçimci değil, aynı zamanda gerçeklikten de uzaktır; çünkü bu yaklaşım ceza muhakemesinin kendine özgü yapısı (soruşturmanın ve kovuşturmanın bir bütün ve ayrılmaz olması) ve bir muhakeme sürecinde söz konusu olan iç dinamikleri bütünüyle görmezden gelmektedir. Bize göre Mahkemenin kararında görmezlikten geldiği husus şudur: Nedensellik zincirini kırdığı belirtilen ikrar, başvuru- cunun kendisi suçlandırıci delillerin dışlanması talebinin reddedilmesinden hemen sonra yapılmış ve bütün delillerin duruşmada sunulmasından sonra ayrıntılı olarak tekrar edilmiştir. Dolayısıyla başvuru- cu, talebine rağmen, bu delillerin yargılamadan dışlanmadığını ve polislerin emri üzerine yerini gösterdiği ve suçluluğunu açıkça ortaya koyacak delillerin mahkemenin önünde olduğunu görmüştür. Buna göre başvuru- cunun ikrarının hukuki olarak bir değeri ve önemi bulunmamaktadır;

²⁴¹ *Salduz v. Turkey*, Başvuru No. 36391/02, ECHR 2008-..., §58.

²⁴² *Gäfgen v. Almanya*, Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve Power'ın birleşik kısmen muhalif görüşleri, §5.

zira başvuru dava sürecinde kanıtlanması gereken her şey zaten kanıtlandıktan sonra ikrarda bulunmuştur. Başvurucunun ikrarından önceki kanıtlama işlemi ise hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerden yola çıkılarak elde edilmiş, zehirli ağacın meyvesi kullanılmıştır. Bu davanın ve makalemizin işlediği problemin özü de buradadır²⁴³.

Mahkeme kararında, soruşturma aşamasında elde edilen delillerin dışlandığının beyan edilmesiyle yargılamanın hukuka aykırılıktan kurtulduğunu, bu delillerin yalnızca ikrarın sınanması için kullanıldığını ve yargılamaya etkisinin az olduğunu ileri sürmektedir. Oysa bunun tam tersi bir akıl yürütmenin çok daha sağlam dayanaklarla yapılması mümkündür. Buna göre, delillerin Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilmelerinin ve daha sonra yargılamada kabul edilmelerinin, davanın daha sonraki seyrinde ve sonucu üzerinde hiçbir etkisinin bulunmadığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Başvurucunun sadece soruşturma aşamasında verdiği ifadelerin dışlanması, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlalinin sebep olduğu kusurun düzeltilmesinde bir yararı olmuşsa bile bu son derece küçük bir yarardır. Söz konusu deliller bir kez kabul edildiğinde, başvurunun savunma özgürlüğü bütünüyle değilse bile önemli ölçüde kısıtlanmış olmakta ve kendisine isnat edilen suçlardan mahkumiyeti kaçınılmaz hale gelmektedir. Bu durum başvurunun kendini etkili bir şekilde savunma yeteneği üzerinde ciddi şüphe meydana getirmekte, bu da tarafların ve silahların eşitliği ilkesinden hareket edildiğinde yargılamayı bir bütün olarak adil olmaktan çıkarmaktadır²⁴⁴. Başvurucunun duruşmada ikrarda bulunması ya da bu ikrarın doğruluğunu ortaya koymak için hukuka aykırı delillere, görünüşte sınırlı bir şekilde dayanılmış olması, hukuka aykırı olarak elde edilen bulguların delil olarak kabul edilmesinin neden olduğu açık yargılama kusurunu düzeltmezler. Başvurucunun temel nitelikteki adil yargılanma hakkının etkili bir şekilde korunmasını sağlamanın tek yolu, hukuka aykırı delilleri dışlamak ve iddia makamının elinde bulunan kirlenmemiş delillere dayanarak (eğer mümkünse) bir yargılama yürütmektir²⁴⁵.

²⁴³ Gäfgen v. Almanya, Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemeles, Bianku ve Power'ın birleşik kısmen muhalif görüşleri, §6.

²⁴⁴ Gäfgen v. Almanya, Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemeles, Bianku ve Power'ın birleşik kısmen muhalif görüşleri, §7.

²⁴⁵ Gäfgen v. Almanya, Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemeles, Bianku ve

Mahkeme bu kararıyla ilk defa, en azından yargılamanın adilliği üzerindeki sonuçları bakımından, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edildiği hallerde bu maddenin yasakladığı işkence ile insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele arasında ayırım yapmış ve ikilik yaratmıştır. Aslında Mahkeme, *şüpheliye insanlık dışı muamele uygulamak suretiyle elde edilen maddi delillerin, yargılamada delil olarak kabul edilebileceği ve bu delillerin davanın sonucu üzerinde bir etkisi bulunmuyorsa, böyle bir yargılamanın yine de "adil" görülebileceği sonucuna varmıştır*. Nitekim öğretide Mahkemenin hukuka aykırı elde edilen delillerden hareketle, elde edilen delillerin bazılarının meyvelerinin adeta "öldürücü zehirli" bazılarının ise "öldürücü olmayan zehirli" (tatlılar) olarak değerlendirdiği ifade edilmektedir²⁴⁶. Ancak bu delilin yargılamada bir etkisi yoksa bu delillerin kabul edilmesinin de bir anlamı kalmamaktadır. Buradan hareketle aynı gerekçeyle işkenceyle elde edilmiş maddi delillerin de kullanılması pekala mümkün olabilecektir. Örneğin bir işkence mağdurunun yargılama sırasında ikrarda bulunmasının işkence ile mahkumiyet arasındaki nedensellik zincirini kırması halinde, yargılamanın başında bu delillerin kabul edilmesine izin verilip, nedensellik zincirinin kırılmasının beklenmesi mümkün olabilecektir. Böylelikle işkence tehdidi için geçerli olan akıl yürütmenin aynı şekilde işkence için de yapılması kolay ve olağandır. İşte bu ayrımların ve akıl yürütmelerin ulaşacağı vahim sonuçlar bizi bu şekilde düşünmekten ve somut olaya göre çözüm üretmekten alıkoymaktadır. Hukukun üstünlüğü üzerine kurulu toplumlar, doğrudan veya dolaylı ya da başka bir biçimde Sözleşmenin 3. maddesiyle mutlak bir şekilde yasaklanmış eylemlerin gerçekleştirilmesine hoşgörü göstermemeli, bunları onaylamamalıdır. Aksi takdirde üstüne bastıkları ve uygarlıklarının zemini olan temel değerlerin bir anda ayaklarının altından gittiğini görürler; nitekim tarih bunun örnekleriyle doludur. Sözleşmenin 3. madde metni ya da Sözleşmenin bir başka maddesi, işkenceye bağlanan sonuçlar ile insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye bağlanan sonuçlar arasında herhangi bir ayırım yapmamaktadır. İnsanlık dışı muameleyi sonuçları itibarıyla işkenceden farklı görmenin hukuki bir temeli yoktur. Dolayısıyla azınlık görüşünde belirtildiği üzere *ne*

²⁴⁶ Power'ın birleşik kısmen muhalif görüşleri, §8.
Ünver/Hakeri, 209, dn.629.

*'nedensellik zincirinde bir kırılma' ne de zihinsel yapılandırma, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilen delilin ceza davasında kabulü halinde meydana gelen yanlışın üstesinden gelebilir*²⁴⁷.

Mahkeme sürekli olarak, Sözleşmenin 3. maddesinin mutlak bir hak içerdiğini ve bu hakkı Sözleşme'nin 15/2. fıkrasına göre olağanüstü hallerde bile askıya almanın mümkün olmadığını söylemiştir²⁴⁸. Bu hak mutlak olduğundan, bu hakkın bütün ihlalleri de ağırdır ve yasağın mutlaklığını güvence altına almanın en etkili yolu Sözleşmenin 6. maddesi söz konusu olduğunda dışlama kuralının sert bir şekilde uygulanmasıdır. Böyle bir yaklaşım, insanlık dışı muamele yapmaya yeltenmiş devlet görevlilerinde, böylesi yasak bir eylemde bulunmanın gereksizliği konusunda bilinç oluşturacaktır. Bu yaklaşım, kamu görevlilerini, şüphelilere Sözleşmenin 3. maddesiyle bağdaşmayan bir tarzda muamele etme konusunda, potansiyel dürtü veya hevesten yoksun bırakacaktır²⁴⁹. Bu yaklaşım Amerikan hukukundaki, kolluk güçlerini disiplin altına almak için hukuka aykırı delil öğretisi ve dışlama kuralının uygulanmasını çağrıştırmaktadır ve doğrudur. Zaten bu öğretinin ve kuralın çift fonksiyonu olduğu (insan haklarını korumak ve kolluk güçlerini disiplin altına almak) tartışmasızdır. Ancak bu iki fonksiyon sürekli olarak birbirlerini desteklemektedir. Hele bizim gibi bu işte sabıkalı bir ülke açısından bu görüşün ne kadar isabetli olduğu da tartışmadan varestedir.

Ülkemiz öğretisinde bu konuda farklı görüşler bulunduğu gibi, uygulamada da farklı kararlar bulunmaktadır. Bazı yazarlar hukuka aykırı delilin uzak etkisi bağlamında işkence veya kötü muamele sonucu elde edilen delillerin ve diğer hukuka aykırı elde edilen delillerin hiçbir şekilde muhakemede kullanılmaması gerektiğini ifade ederlerken²⁵⁰; bazı yazarlar ise bu konuda hukuksal yararların değerlendiril-

²⁴⁷ Gäfgen v. Almanya, Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve Power'ın birleşik kısmen muhalif görüşleri, §9.

²⁴⁸ Chahal v. Birleşik Krallık, Reports 1996-V, 15 Kasım 1996, §79; V. v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 24888/94, ECHR 1999-IX, §69; Ramirez Sanchez v. Fransa, §116; Saadi v. İtalya, §127.

²⁴⁹ Gäfgen v. Almanya, Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve Power'ın birleşik kısmen muhalif görüşleri, §10.

²⁵⁰ Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 11. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, s.427-429; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem/Veli Özer Özbek, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1999, s.547-

mesi gerektiğini, özellikle işkence ve kötü muamele dışındaki hukuka aykırılıklarda ya da işkence ve kötü muamele ile elde edilmiş deliller dışlandığında bunlara bağlı olarak elde edilse de başka delillerin bulunması halinde bunların kullanılabileceğini belirtmektedirler²⁵¹. Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda da bize göre ilkesel bir tutum bulunmamakta, somut durumun şartlarına göre karar verilmektedir²⁵². Bu konuda yapmış olduğumuz araştırmalar neticesinde, huku-

549; Bahri Öztürk, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1995, s.128; Ünver/Hakeri, s. 194, 195, 208; Ersan Şen, Türk Ceza Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1998, s.86 vd; Özgün Öztunç, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s.195, 196; Muharrem Özen/Mustafa Özen, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları", YÜHFD, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'a Armağan, C.IX, S.2, 2012, s.324, 325; Ali Rıza Çınar, "Hukuka Aykırı Kanıtlar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.55, 2004, s.41 vd.; Timur Demirbaş, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1996, s.305 (Ancak Demirbaş bu düzenlemenin tıkanma noktasına gelen ceza adalet sisteminde büyük sorunların ortaya çıkaracağını, bunu önlemek ve yanılsadan bir an önce dönmek için CMUK m.254/2'nin kaldırılması veya sisteme uyar şekilde değiştirilmesi gerektiğini ifade etmektedir); Timur Demirbaş, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, 3. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.355-357 (Demirbaş, eserinin güncellenmiş son baskısında yukarıda yer alan ifadelere yer vermemiş ve halen yürürlükte olan CMK ve Anayasanın 38/6. maddesi gereğince böyle bir tartışmanın daha gereksiz olduğunu belirtmiştir).

251 Feridun Yenisey, "Yasak Yöntemlerle ve Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Deliller", 24.10.1994 tarihinde Yargıtay'da sunulan tebliğ, Vural Savaş/Sadık Mollamahmutoğlu,, Ceza Muhakemesi Usulü Kanununun Yorumu, C.I, Madde 1-257, Ankara 1995, s. 1238, 1239; Cumhur Şahin, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara, Yetkin Yayınları, 1994, s.232, 233; Kayıhan İçel, "Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları", Prof. Dr. Nurullah Künter'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998, s.124; Ayhan Önder/Erol Cihan, Özet Ceza Muhakemesi Hukuku'na 1992 Değişiklikleri İle İlgili Ek, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s.31; Adem Sözüer, "Türkiye'de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LV, S.3, Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan Sayısı, 1997, s. 109, 110; Seydi Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1997, s.274.

252 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2005/7-144, K. 2005/150, Kt. 29.11.2005. Bu kararda hukuka aykırı yapılan arama sonucunda ele geçirilen hint kenevirinin delil olarak kullanılamayacağı belirtilirken, sanıktan bu aramayla bağlantılı olarak elde edilen ve başka bir delille desteklenmeyen ikrarın tek başına hukuka uygun bir delil olduğuna karar verilmiş ve sanık hakkındaki mahkumiyet kararı onanmıştır (Hint keneviri kararı olarak bilinmektedir). Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2009/7-160, K. 2009/264, Kt. 17.11.2009. Bu kararda ise hukuka aykırı yapılan arama sonucu ele geçirilen sahte rakı imalatına ilişkin malzemelerin delil olarak

ka aykırı delil ve delil yasakları konusuyla ilgili özellikle Amerikan ve Alman hukuk öğretisi ile Avrupa İnsan Hakları Hukukuna ilişkin çalışmalarda yer aldığı gibi ayrıntılı açıklamaların ülkemiz öğretisinde bulunmadığını görmekteyiz. Ancak bu husus bir başka çalışmamızın konusunu oluşturduğu için burada ayrıntıya girmeyi tercih etmiyoruz. Ülkemiz açısından Alman hukukundan farklı olan en önemli hususun ise 1982 Anayasasının 38. maddesiyle kamu görevlisi olmayan üçüncü kişiler tarafından da hukuka aykırı yollarla delil elde etmenin yasaklanmış olduğunu söyleyebiliriz²⁵³. Böylelikle ülkemiz hukuk düzeninde, Alman hukukunda olduğu gibi kişi bakımından ayırım bulunmamaktadır. Hukuka aykırılığı yapan kim olursa olsun elde edilen delilin ve bunlardan yola çıkılarak elde edilen delilin kullanılmaması gerekir. Ancak bu çalışmanın konusu oluşturan kararda tartışma konusu yapılan diğer hususlar ülkemiz öğretisi ve uygulaması açısından da tartışmalıdır.

Bir insan olarak somut olayın şartlarının çok zor olduğunu, bunun hem polisler hem JM'nin ailesi ve hem de suçtan uzak duran sıradan insanlar için şok edici bir durum olduğunu kabul ediyoruz. Hele hukuk eğitimi almamış bir insanın MG gibi bir katil hakkında "*onun hiçbir korumaya hakkı yok, çocuk katiline ne ceza gerekiyorsa o verilsin*" ifadesini kullanmasını son derece olağan buluyoruz²⁵⁴. İşte tam da burada hukuk kurallarının genel geçerliği, somut olayı değil soyut

kullanılamayacağı, başkaca bir delil ya da ikrar olmadığı için suçlamaya yeterli delil olmadığı, bir an için ikrar olsa dahi hukuk aykırı elde edilen bir delile dayanılarak elde edilen bu ikrarın delil değerinin olmadığı ayrıca başka delillerle desteklenmediği için de kullanılamayacağı belirtilerek Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğnamesinin reddine karar verilmiştir (Sahte rakı kararı olarak bilinmektedir).
²⁵³ (Ek fıkra: 4709 - 3.10.2001 / m.15) Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.

²⁵⁴ Nitekim Alman hukukçu Prof. Dr. Walter Perron bu konuda kaleme aldığı makalesinde "o zamanlar bu olay hakkında konuştuğum tüm kişiler, kendiliğinden ve içtenlikle Daschner'in yerinde olsalardı, farklı davranmayacaklarını açıkladılar... Başlangıçta, bu olaydaki işkence tehdidini doğru kabul eden sesler açık bir şekilde ağır basıyordu. Hatta bir çoğu Daschner'in bir madalya alması için teklifte bulunmak istediler. En geç mahkeme yargılamada Daschner'e karşı açık ifadeler bulunduğu ve polisin tutumu sadece hukuka aykırı olarak değil, aynı zamanda ağır insan onuru ihlali olarak nitelendirildiğinde, atmosfer tersine döndü ve extrem olaylarda işkence tehdidi ve uygulamasına izin verilmesine yönelik özel düzenlemelerin getirilmesi talepleri söylenmemeye başlandı." demektedir. Bkz: Perron, s.1622.

durumları göz önünde bulundurarak düzenlenmesi, bunun da hukuk güvenliğini sağlaması hususlarını hatırlatmak istiyoruz. Nitekim paragrafın başında kurmuş olduğumuz cümlelerin hukuk eğitimi almış bir hukukçu tarafından söylenmemesi gerektiğinin altında yatan neden de budur. Buradan hareketle Sözleşmenin 3. maddesinin ihlalleri söz konusu olduğunda, dışlama kuralının sert bir şekilde uygulanmasından çıkacak sonuçların da göz ardı edilmemesi gerektiğini belirtiyoruz. Bu kuralın sert uygulanmasının sonucu olarak bazen güvenilir ve güçlü deliller de dışlanmak zorunda kalınabilecek ve bir suçun kovuşturulması üzerindeki etkisi bu suretle yumuşayabilecektir. Ayrıca bu tür delillerin dışlanması, sanığın ağır bir ceza alacakken daha hafif bir ceza almasına yol açabilecektir. Ancak böyle bir durum meydana geldiğinde, sanığın böyle bir avantaja sahip olmasının sorumluluğu, saikleri ne olursa olsun, şüpheliye insanlık dışı muamele yapılmasına izin veren/göz yuman ve böylece ceza davasından çıkacak kararı riske atan devlet yetkililerindedir²⁵⁵.

Burada dikkat edilmesi gereken en önemli hususlardan birisi, toplumun suçluların kovuşturulması ve cezalandırılmasındaki yararıyla, uygar toplumların temelini oluşturan insan onuruna saygı hakkına ilişkin yararın yarışmasıdır. Bu hak yarışında, söz konusu haklardan hangisine üstünlük tanınacağı ise davanın sonucunu belirleyecektir. Ne yazık ki Mahkeme bunlardan ilkinde üstünlük tanımıştır, bize göre üstün olması gereken her ne şart altında olursa olsun ikinci haklıdır. Nitekim azınlık görüşünde bu husus çok güzel bir şekilde dile getirilmiştir²⁵⁶:

Suç mağdurlarının, onların ailelerinin ve genel olarak halkın, suç faaliyetlerinde bulunanların kovuşturulmasında ve cezalandırılmalarında menfaatleri bulunduğunu da biliyoruz. Ancak bize göre, hukukun üstünlüğü üzerine kurulu uygar toplumların değerlerinin muhafazasında da, aynı şekilde hayati, zorlayıcı ve yarışan bir kamu yararı vardır. Bu tür toplumlarda, amacı ne olursa olsun, bireylerin insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye tabi tutulmalarına hiçbir şekilde izin verilemez. Buna ek olarak, yargısal usulün bütünlüğünün sağlanmasında ve sürdürülmesinde çok önemli bir kamu yararı vardır; mutlak nitelikteki bir insan hakkının ihlali suretiyle elde edilen

²⁵⁵ Gäfgen v. Almanya, Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve Power'ın birleşik kısmen muhalif görüşleri, §11.

²⁵⁶ Benzer görüş için bkz: Ünver/Hakeri, 209, dn.629.

delilin yargılamada kabulü, bu usulün bütünlüğünü zayıflatır ve tehlikeye sokar. Bize göre, Sözleşme'nin 3. maddesiyle güvence altına alınan insanlık dışı muameleye tabi tutulma şeklindeki mutlak hakkın zayıflatılması pahasına suç faaliyetleri soruşturulamaz ve bireyin mahkumiyeti sağlanamaz. Aksini kabul etmek, çekirdek değerleri feda etmek ve adalet dağıtmayı itibarsızlaştırmak anlamına gelir²⁵⁷.

Ayrıca burada belirtmek istediğimiz bir başka husus, Mahkeme'nin özellikle Türkiye ve Rusya gibi insan hakları ihlalleri konusunda sabıkası olan ülkelerde göstermiş olduğu ve pek çok örneği olan hassasiyeti ve titizliği bu davada göstermemiş olmasıdır. Bu ifademizin yanlış anlaşılmasını istemeyiz. Biz Türkiye ve Rusya gibi ülkeler için titiz davranılmasını değil; Almanya'dan gelen bir vakada titiz davranılmasını eleştiriyoruz. Hukuka aykırı delil toplamanın ve hele bunun işkence veya insanlık dışı kötü muamele ile yapılmasının hiçbir ayırım ve çıkarım yapılmaksızın soruşturmanın ve/veya kovuşturmanın herhangi bir aşamasında kullanılmasının o yargılamayı adil olmaktan çıkarttığı, bunun 6. maddenin bir ihlali olduğunun, ülke ve somut olayın şartları gözetilmeksizin, beyan edilmesini istiyoruz. Nitekim aynı ayırım Jalloh v. Almanya davasında da yapılmış ve Mahkeme o davada da bir karar vermek kaçınmıştır. Oysa Mahkeme önüne gelen olayda durumun zorluğunu ve hangi ülkeden geldiğini gözetmeksizin, Sözleşmenin maddeleri, Mahkemenin içtihatları ve hukukun üstün değerlerini gözeterek kararını vermelidir. Aksi takdirde karar hem içerik açısından hem de bu şekildeki yan etkileri açısından tartışma konusu olacak hepsinden de önemlisi Mahkemenin güvenilirliği üzerinde ciddi soru işaretlerinin oluşmasına neden olacaktır.

Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşmenin 3. maddesiyle yasaklanmış bir soruşturma yönteminin kullanılmasının başvuru hakkındaki bir ceza davasında kendisinin aleyhine bir sonuç verdiği bir olayda, bu ihlale karşılık uygun ve yeterli giderimin, yukarıdaki şartların yanında, o yasak yöntemle soruşturmanın yargılama üzerinde devam eden etkilerine yönelik giderim tedbirlerinin alınmasını ve özellikle Sözleş-

²⁵⁷ Gäfgen v. Almanya, Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve Power'ın birleşik kısmen muhalif görüşleri, §12.

menin 3. maddesiyle elde edilen delillerin dışlanması gerektirebileceği ihtimalini yok saymadığını açıkça ifade etmiştir. Ancak Mahkeme, başvuru konusu olayda bu mesele hakkında karar vermenin gerekli olmadığını ifade etmiştir. Mahkeme, soruşturma sırasında yasaklanmış yöntemle sorgulamanın başvuruçunun yargılanmasında devam eden bir etkiye sahip olup olmadığını ve kendisi için dezavantajlar doğurup doğurmadığını incelemesinin gereksiz olduğunu belirtmiştir.

Sonuç

Yukarıda incelemiş olduğumuz karar, hem verilmesini gerektiren olay hem de yapılan yargılama sonucunda ulaşılan sonuç açısından çarpıcı ve etkileyicidir. Olay, gerçekten de kamu vicdanında derin etkiler bırakan, bu kadar da olmaz dedirten, insanları inandıkları değerlerin dışına çıkarak değer yargısında bulunmaya zorlayan niteliktedir. Olayın soruşturulması ve kovuşturulması da aynı şekilde, işkence tehdidi ile delil elde edilmesi ve bu delillere dayanılarak hüküm kurulması nedeniyle benzer niteliktedir. Dolayısıyla ayrıntılı bir incelemeyi hak eden ve bundan ceza muhakemesi politikası açısından sonuçlar çıkartılmasını gerektiren gereken bir karardır.

Nasıl ki suç politikası hangi eylemlerin suç olmaktan çıkartılmasını ya da yeni suç tiplerini oluşturulmasını, hangi suça ne kadar ceza verileceğini, hangi eylemlerin daha önemli suçlar olduğunun belirlenmesi gibi çeşitli işlevleri yerine getirmek suretiyle yaşayan ceza hukukuna yön veriyorsa; ceza muhakemesi politikası da hangi yöntemlerle suç soruşturma yapılacağı, hangi delillerin kullanılıp, hangilerinin dışlanacağı, hangi suça neredeki ve hangi mahkemenin bakmakla görevli olacağı gibi işlevleri yerine getirmek suretiyle ceza muhakemesi hukukuna yön vermelidir. Bu yön verme bazen yasa normlarıyla, bazen ceza muhakemesi hukukunun genel ilkeleriyle, bazen de mahkeme içtihatlarıyla yapılmaktadır.

AIHM bu kararıyla, içtihat yoluyla ulusal ceza muhakemesi politikalarının oluşturulması bağlamında önemli bir görüş belirtmiştir. Ancak bize göre bu görüş ileriye atılan bir adım değil, tam tersine bu alandaki çeşitli kazanımların kaybına yol açabilecek geriye doğru atıl-

muş bir adımdır. Bugüne kadar fail ceza hukukundan fiil ceza hukukuna geçiş, yargılama yönteminin değişmesi, hukuka aykırı delillerin dışlanması gibi pek çok ilkesel ilerleme sağlamış ceza muhakemesi hukuku; bu karar ile hukuka aykırı delillerin uzak etkisi öğretisini dışlayarak, belli bazı durumlarda bu tür delillerin ispatta kullanılabileceğinin kabulü edilmesiyle önemli bir mevzi kaybetmiştir.

Bu karar, ülkelerin iç dinamikleri de hesaba katılarak değerlendirilmelidir. Gäfgen v. Almanya kararında görüldüğü üzere, Emniyet Müdür Yardımcısı D, yaptığı hukuka aykırı işlemi ve bunun nedenini bir not kağıdına yazarak soruşturma dosyasının içine yerleştirmiştir. Bu davranış, o ülke insanın kültürüne ve iç dinamiklerine has bir tutumdur. Aynı davranışı bizim ülkemizin insanından ve özellikle polisinden beklemek fazla iyi niyetli bir yaklaşım olur. En ufak bir gedğin büyütölüp büyük bir oyuğa çevrildiği, en küçük bir istisnanın ise kural haline getirildiği ülkemizde özellikle kolluk kuvvetlerinden böyle bir davranışın beklenmemesi gerekir. O halde ülkemiz açısından hukuka aykırı delil, delil yasakları ve hukuka aykırı delilin uzak etkisi öğretilerinin en ufak bir gedige izin vermeyecek şekilde düzenlenmesi ve uygulanması gerekmektedir. Oysa bu karar, ülkemiz ve ülkemiz gibi düşünen ve hareket eden toplumlara sahip diğer ülkeler açısından büyük bir oyuk açacak niteliktedir. Bu açıdan da karar, büyük bir talihsizlik olmuştur.

Ceza muhakemesi politikası açısından tamamen hukuka uygun yöntemlerle elde edilen delil kullanılmak suretiyle maddi gerçeğe ulaşmak isteniyorsa, her ne amaçla ve hangi suçta olursa olsun bir ihlal var ise bu ihlal suretiyle elde edilen delil ister doğrudan elde edilmiş isterse bu delil kullanılarak elde edilmiş dolaylı başka bir delil olsun; yargılamanın hiçbir aşamasında kullanılmamalı ve bunların dışlandığı açıkça belirtilmelidir. Aksi takdirde söz konusu yargılamanın adilliği daima tartışma konusu olacaktır. Yapılan ihlalinin işkence, insanlık dışı muamele ya da işkence tehdidi olması açısından ise hiçbir fark bulunmamaktadır. Bu tür ihlaller, nitelik açısından farklı olsalar da yarattıkları etki ve neticeleri aynıdır. Dolayısıyla hiçbir şekilde himaye ya da müzahama gösterilmemelidir. Bunun da yolu bu tür delillerin her ne pahasına olursa olsun dışlanmalarından geçmektedir.

Öte yandan bu karar Avrupa İnsan Hakları Hukuku'nun sistematikte ve bakış açısında ciddi bir çatlağa neden olmuş, bugüne kadar iyi bir itibar edinmiş Mahkemenin de bu duruşunun sorgulanmasına yol açmıştır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere benzer bir olayın Türkiye, Bulgaristan ya da Romanya gibi bir ülkede gerçekleşmesi halinde böyle bir tavizin verilip verilmeyeceği tartışmalıdır. Ancak aynı durum Almanya'da gerçekleştiğinde, önceki benzer kararlarda da görüldüğü üzere, bu taviz rahatlıkla verilmiştir. Oysa Sözleşmeye taraf ülkeler arasında ekonomik, sosyal ya da bir başka nedenle ayırım yapılmaması, kararların politik saiklere değil, hukuki gerekçelere dayanılarak verilmesi gerekir. Söz konusu karar bu açıdan da düşündürücü olmuştur.

İnceleme konusu dava özelinde devlet görevlilerinin hayli zor ve yoğun bir durumda hareket ettikleri son derece açıktır. Ancak bu durum, Sözleşmenin 3. maddesini ihlal ederek maddi delil elde edildiği, bu delillerin de daha sonra başvurucunun yargılandığı ceza davasında kullanıldığı ve kararda bu delillere dayanıldığı gerçeğini değiştirmektedir. Mevcut olayda durum çok önemli olmakla birlikte mutlak değerler, işte tam da bu kriz zamanlarında, dimdik ayakta durmalı ve uygulanmalıdır.

Yukarıda da belirtildiği üzere davanın esas tartışmalı konusunda yargıçlar on bire karşı altı oy olarak ikiye bölünmüşlerdir. Azınlıkta kalan yargıçlar, Mahkemenin çok daha açık ve kategorik bir **şekilde** ceza muhakemesinden “zehirli ağacın meyvesinin” dışlanması gerektiğine ilişkin açıkça tanımlanmış bir kural oluşturmaları gerektiğini vurgulamışlardır. Sonuç olarak bu tartışma henüz tamamen kapanmamıştır ve gelecekteki benzer davalarda yeniden bu konuyla yüz yüze kalınacaktır; zira kötü muamele yoluyla elde edilen bu gibi deliller, benzer davalarda da belirleyici rol oynayacaktır²⁵⁸.

Bu noktada Prof. Dr. Perron'un **sözlerine dikkatle kulak vermekte yarar vardır**: “...Bir çok saygıdeğer meslektaşla *extrem istisnai* olaylarda işkence tehdidi ve uygulanmasını meşru kabul etmek noktasında fikir birliği içinde olsak da, hukuk devleti bunu kendini tehlikeye düşürmeksizin uygulamaya geçiremez. Bu yüzden tartışmayı sürdürmeyi bırakmalıyız ve işkencenin

²⁵⁸ Buyse, s.1600.

son çıkış yolu olarak görüldüğü olayların neredeyse hiç gerçekleşmeyeceğini ümit etmeliyiz. Alman hukuk devleti, özellikle 1970'li yıllarda kızıl ordu fraksiyonu tarafından politikacıların ve diğer yüksek devlet ve kurum temsilcilerinin kaçırılmasında bir çok şeye katlanmıştır. Jakop von Metzler'in kaçırılması olayındaki polis başkan yardımcısı Daschner gibi, bunun için gerekli güce sahip olmayan ve diktatörlüğün terör araçlarına başvurma arzusuna yenik düşen her bir sorumlu kişiyi bireysel olarak belki bağışlamayı deneyebiliriz fakat onların fiiline tüm açıklıkla karşı koymak zorundayız ve işkencenin hukuk devletinde bir yere sahip olamayacağını açıkça söylemek zorundayız”²⁵⁹.

Dolayısıyla Mahkemenin bu kararı hem işkenceye karşı duruşta hem de buna bağlı olarak adil yargılanma hakkında önemli ve tamiri zor bir gedik açmıştır. Dileriz ki bu gedik daha da büyütülerek olağan bir uygulama haline getirilmez.

KAYNAKLAR

- Amelung Knut, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 1990.
- Amnesty International, USA: Shadow over Justice, <http://amnesty.org/en/library/info/AMR51/094/2010/en>, 30.3.2013.
- Ast Stephan, “The Gäfgen Judgment of the European Court of Human Rights: On the Consequences of the Threat of Torture for Criminal Proceedings”, German Law Journal, Vol.11, No.12, 2010, s.1393-1405.
- Ast Stephan, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 2010.
- Brugger Winfred, “Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?”, JuristenZeitung, 55 Jahrg., Nr.4, 18 Februar 2000.
- Buyse Antoine, “Introductory Note to European Court of Human Rights (Grand Chamber): Gäfgen v. Germany”, International Legal Materials, American Society of International Law, Washington D.C., Vol.49, No.6, 2010, s.1597-1639.
- Çınar Ali Rıza, “Hukuka Aykırı Kanıtlar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.55, 2004, s.31- 64.
- Demirbaş Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, 3. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Demirbaş Timur, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1996.

²⁵⁹ Perron, s.1630, 1631.

- Doğru Osman, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2006.
- Dülger Murat Volkan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Düzenlenen Yargısal Koruma Mekanizması ve 14 Nolu Ek Protokolle Öngörülen Değişiklikler", C.II, Uğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s.237-320.
- Gaede Karsten, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf Konkrete und Wirksame Teilhabe durch Verteidigung Gemäss Art. 6 EMRK, Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 2007.
- Gemalmaz Mehmet Semih, Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, 2. Bası, İstanbul, Kavram, 1994.
- Grabenwarter Christoph, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage, München, Verlag C.H.Beck, 2009.
- Greco Luis, "Die Regeln hinter der Ausnahme: Gedanken zur Folter in sog. Ticking Time bomb – Konstellationen", Goltdammer's Archiv für Strafrecht, Vol.154 No.11, 2007, s.628-643.
- Harris David/Michael O'Boyle/Ed Bates/Carla Buckley, Harris O'Boyle & Warbrick Law of the European Convention on Human Rights, 2. Bası, New York, Oxford University Press, 2009.
- Herzberg Rolf Dietrich, "Folter und Menschenwürde", JuristenZeitung, 60. Jahrg., Nr.7, 1 April 2005, s.321-328.
- Hilgendorf Eric, "Folter im Rechtsstaat?", JuristenZeitung, 59. Jahrg., Nr.7, 2 April 2004, s.331-339.
- İçel Kayıhan, "Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları", Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998, s.121-127.
- İnceoğlu Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul, Beta, 2002.
- Janis Mark/Richard Kay/Anthony Bradley, European Human Rights Law – Text and Materials, 2. Bası, New York, Oxford University Press, 2000.
- Joerden Jan, "Über ein vermeintes Recht (des Staates) aus Menschenliebe zu foltern", 13 Jahrbuch für Recht und Ethik, 2005, s.495-525.
- Kaymaz Seydi, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1997.
- LaFave Wayne R./Jerold H. Israel/Nancy J. King, Criminal Procedure, 4. Bası, St. Paul, Thomson & West, 2004.
- Luhmann Niklas, Die Politik der Gesellschaft, Frankfurt am Main, Shurkamp, 2000.
- Maurer Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Bası, Münih, C. H. Beck, 2009.
- Mittag Matthias, "A Legal Theoretical Approach to Criminal Procedure Law: The Structure of Rules in the German Code of Criminal Procedure", German Law Journal, Vol.7, No.8, 2006, s.637-645.
- Mole Nuala/Catharina Harby, A Guide to the Implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights, Human Rights Handbook No.3, 2. Bası, Council Of Europe Publishing, Strasbourg, 2003.

- Önder Ayhan/Erol Cihan, *Özet Ceza Muhakemesi Hukuku'na 1992 Değişiklikleri İle İlgili Ek*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.
- Önok Murat, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Özbek Veli Özer, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları", *Alman Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku*, C.II, Ed: Eric Hilgendorf/Yener Ünver, İstanbul, Yedi-tepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2010, s.911-928.
- Özen Muharrem/Mustafa Özen, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları", *YÜHFD*, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'a Armağan, C.IX, S.2, 2012, s.301-329.
- Öztunç Özgün, *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.
- Öztürk Bahri/Mustafa Ruhan Erdem/Veli Özer Özbek, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1999.
- Öztürk Bahri, *Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1995.
- Perron Walter, "İşkenceye Dönüş - Özgürlükçü Hukuk Düzeni Tehlikede Mi?", *Dünyada ve Türkiye'de Ceza Hukuku Reformları Kongresi* (26 Mayıs - 4 Haziran 2010), C.II, Ed: Adem Sözüer, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2013, s.1619-1631.
- Peters Edward, *Torture*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1996.
- Roxin Claus/Bernd Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, München, C. H. Beck, 26. Bası, 2009.
- Scheb John M./John M. Scheb II, *Criminal Law & Procedure*, 7. Bası, Belmont CA, Wadsworth Cengage Learning, 2011.
- Schroeder Friedrich Christian, "Ceza Mahkemesinde 'Fair Trial' İlkesi" *Adil Yargılama Hakkı*, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayını, 2004, s.145-178.
- Sözüer Adem, "Türkiye'de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.LV, S.3, Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan Sayısı, 1997, s.65-110.
- Şahin Cumhuriyet, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Ankara, Yetkin Yayınları, 1994.
- Şen Ersan, *Türk Ceza Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1998.
- Ünver Yener/Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, C.II, 7. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- White Robin C. A./Clare Ovey, Jacobs, White & Ovey *The European Convention on Human Rights*, 5. Bası, New York, Oxford University Press, 2010.
- Yenisey Feridun, "Yasak Yöntemlerle ve Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Deliller", 24.10.1994 Tarihinde Yargıtay'da Sunulan Tebliğ, Vural Savaş/Sadık Mollamahmutoğlu, *Ceza Muhakemesi Usulü Kanununun Yorumu*, C.I, Madde 1-257, Ankara 1995, s. 1214-1239
- Yurtcan Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 11. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005.