

## Adil yargılanma hakkı bağlamında hukuka aykırı delil

*Unlawful evidence in the context of the right to a fair trial*

RENGÜL EKİZCELEROĞLU<sup>1</sup> , BÜŞRAHAN ALTUN<sup>2</sup> 

### ÖZ

Adil yargılanma hakkı hem Türkiye’de hem de dünyada ülkelerin yargı erkinin en çok eleştiriye maruz bırakıldığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 6. maddesinde güvence altına alınmış oldukça kapsamlı bir haktır. Bu hak, soruşturma aşamasından başlayarak olağan ve olağanüstü kanun yolları dâhil kovuşturma aşamasının sonuna kadar tüm yargılama sürecini kapsamaktadır. Adil yargılanma hakkı sadece ceza hukukuna özgü değildir. Bu hak, hukuk yargılaması ve idari soruşturmalar ile disiplin organları tarafından yapılan işlemleri de güvence altına alır. Hukuka aykırı delillerin adil yargılanma hakkı yönünden değerlendirilmesini amaçlayan bu çalışmada, hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılması konusu insan hakları hukuku yanında ceza hukuku yönünden de incelenmektedir. Çalışmada adil yargılanma hakkı ve “hukuka aykırı delil” konusu ulusal mevzuat ve AİHS hükümleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları yönünden incelenmektedir. Ayrıca hukuka aykırı delil kullanımı bakımından AİHM’nin oldukça tartışılan Gäfgen - Almanya kararı değerlendirilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Adil Yargılanma Hakkı, Hukuka Aykırı Delil, Gäfgen - Almanya.

**Jel Sınıflaması:** K38, K14.

### ABSTRACT

The right to a fair trial for which the judiciary is mostly criticized both in Türkiye and in the world countries is a very comprehensive right guaranteed in Article 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR). This right covers the entire trial process, starting from the investigation stage till the end of the prosecution stage, including ordinary and extraordinary legal remedies. The right to a fair trial is not unique to criminal law. This right also guarantees legal proceedings and administrative investigations and actions carried out by disciplinary bodies. In this study, which aims to evaluate unlawful evidence in terms of the right to a fair trial, the issue of using unlawful evidence in the trial is examined in terms of criminal law as well as human rights law. In the study, the right to a fair trial and “unlawful evidence” are examined in terms of national legislation, ECHR provisions and the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR). In addition, the highly controversial Gäfgen v. Germany decision of the ECtHR is evaluated in terms of the use of unlawful evidence.

**Keywords:** Right to a Fair Trial, Unlawful Evidence, Gäfgen - Germany.

**Jel Classification:** K38, K14.



DOI: 10.47934/tife.12.02.01

1. Dr. Öğr. Üyesi, Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Edirne.
2. Yüksek Lisans Öğrencisi, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Edirne.

**CORRESPONDING AUTHOR / SORUMLU YAZAR**  
Rengül Ekizceleroğlu, Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Edirne.  
**E-mail:** rengulekizceleroğlu@trakya.edu.tr

**Submitted / Başvuru:** 12.01.2023

**Accepted / Kabul:** 28.04.2023

**Citation / Atf:** Ekizceleroğlu, R. ve Altun, B. (2023). Adil yargılanma hakkı bağlamında hukuka aykırı delil. *Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi e-Dergi*, 12(2), 149-167, <https://doi.org/10.47934/tife.12.02.01>



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

## 1. Giriş

Devletler kamu yararı güden örgütler olarak toplum güvenliğini sağlamak ve bunu sürdürmekle yükümlüdür. Kamu düzenini sağlamak için suçla mücadele etmek ve yeri geldiğinde suçluları etkin şekilde cezalandırmak devletlerin bu yükümlülüğünden doğar. Ancak suçluların cezalandırılması elbette hukuk kuralları çerçevesinde olmak zorundadır. Devletlerin maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla gerçekleştirdikleri ceza muhakemesinde sanık da dahil olmak üzere muhakemeye katılan tüm tarafların hakları korunmalıdır. Hukuk devletinin gereklerinden biri de devletin suçla mücadelesini insan haklarını ihlal etmeden yürütmesi ve yargılamanın adil şekilde gerçekleştirilmesidir.

Yargılamada kullanılan delillerin hukuka uygun olması yargılamanın adil şekilde gerçekleşmesi için şüphesiz büyük önem taşımaktadır. Hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılıp kullanılmayacağı hususu doktrinde ve AİHM kararlarında tartışmalı bir konudur. Prensip olarak hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılması doğru bulunmamakla birlikte, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının her şeyden daha önemli olduğu görüşü tartışmaya eklendiğinde bu prensipten uzaklaşılabilirliği görülmektedir. Bu hususta uluslararası bir standart bulunmadığı gibi AİHM de etkin bir içtihat oluşturabilmiş değildir. Bu çalışmada adil yargılanma hakkı hukuka aykırı delil bağlamında Türk mevzuatı ve AİHS hükümleri ile AİHM içtihatları kapsamında incelenmektedir. Ayrıca bu iki husus konusunda AİHM'nin görüşünü ortaya koyan tartışmalı Gäfgen/Almanya kararı AİHS'nin 3. ve 6. maddeleri yönüyle değerlendirilmektedir.

## 2. Adil Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma hakkı, yargılamanın başından sonuna kadar tüm süreçlerinde kullanılan delillerin hukuka uygunluğu, mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı, yargılamanın makul sürede tamamlanması gibi çeşitli ilkeleri bünyesinde barındırır. Bu nedenle de adil yargılanma hakkının tüm unsurlarını içeren bir tanımını yapmak oldukça güçtür.

Adil yargılanma hakkının fiilen bulunmadığı bir devletin hukuk devleti olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Nitekim bu önemine binaen devletler adil yargılanma hakkına ilişkin kanuni düzenlemeler yapmanın yanında, bu hakka çoğunlukla anayasalarında da yer vermektedir. Kaldı ki bu hak mevzuatta açıkça düzenlenmemiş olsaydı bile, hukuk devleti olmanın gereği olarak hak kapsamındakilerin korunuyor olması gerekir.

Sencer (2013: 112) adil yargılanma hakkını devletin yasama, yürütme ve yargı erklerini de bağlayan temel bir hukuk kuralı olarak ifade etmektedir. Zira devlet, adil yargılanma hakkını sağlayabilmek için ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku ilkeleri ile hukukun temel ilkelerine uygun normlar oluşturmak ve bu normlar doğrultusunda yargılama yapmak ve icrai faaliyetlerini de yine bu normlara uygun şekilde gerçekleştirmek zorundadır.

Adil yargılanma hakkı, AİHS kapsamında güvence altına alınmış birçok hakla bağlantılı olduğu gibi adil yargılanma hakkının sağlanmadığı bir durumda diğer korumaların kişilere sağlanması pek mümkün gözükmemektedir. Örneğin, AİHS'nin 5. maddesinin güvence altına aldığı *özgürlük ve güvenlik hakkının* gerçekleştirilmesi ancak adil yargılanma hakkının mevcut olması ile mümkündür. Adil yargılanma hakkının güvence altına alınmadığı bir devlette Sözleşme'nin teminat altına aldığı birçok hak görünürde korunan soyut bir güvenceden ibaret olacaktır. Ayrıca, yargılama sürecinde çeşitli hak ihlallerinin mevcudiyeti ve yargılamanın adil şekilde gerçekleşmemesi halinde sonuç ne kadar adil olursa olsun toplumda hukuk devletine olan güven duygusu zedelenecektir. Ancak gerek AİHM'nin adil yargılanma hakkına ilişkin bazı hususlarda içtihat oluşturamamış olması

gerekse de ülkeler arası mevzuat ve uygulama farklılıkları nedeniyle bu hakkın ihlal edildiği durumlar ortaya çıkabilmektedir.

## 2.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma hakkının temellerinin İngiltere'de 1215 yılında kabul edilen ve *Büyük Özgürlükler Sözleşmesi* olarak bilinen *Magna Carta Libertatum*'a kadar dayandığı kabul edilmektedir (Başçı, 2020: 233). Gerçekten de Magna Carta'nın 39. maddesi incelendiğinde adil yargılanma hakkına dair düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir. Buna göre: "Hiçbir özgür insan ülkenin kanunları kapsamında yargılanmadan tutuklanamaz, hapsedilemez, mülkiyet hakkından yoksun bırakılamaz, yasadışı ilan edilemez ya da sürgüne gönderilemez..." (British Library, 2014). Bu hükümler adil yargılanma hakkına ilişkin olarak günümüzdeki kadar gelişmiş ve ayrıntılı olmasa da dönemin koşullarına göre oldukça ileri seviyede olup, adil yargılanma hakkının hukuksal olarak tanınmaya başlanması anlamında büyük önem taşımaktadır.

20. yüzyılda yaşanan iki büyük Dünya Savaşının getirdiği yıkım hem bireyler hem de devletlerce insan haklarının öneminin anlaşılması ve bu hususta birtakım arayışlara girilmesine vesile olmuştur. Nitekim Birleşmiş Milletler'in (BM) kurulmasının sebeplerinden biri de bu arayış olmuştur. BM'nin insan haklarının evrenselleşmesi yolundaki ilk önemli girişimi 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin ilanıdır (Sencer, 2013: 110-111). Bildirge'nin 10. maddesinde açıkça 'adil yargılanma hakkı' kelimesi kullanılsa da herkesin hak ve ödevleriyle, kendisine yöneltilen suçlamaların saptanmasına yönelik davalarda bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde, açık ve adil şekilde yargılanma hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır (United Nations - OHCHR, 1948).

Benzer şekilde AİHS de 6/1. maddesinde "Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir" denilerek, hukuk ve ceza yargılaması ayırt edilmeksizin genel olarak adil yargılanma hakkının ilkelerinden bahsedilmiştir. Maddenin devamında ise toplum içinde ahlak, ulusal güvenlik, kamu düzeni, küçüklerin çıkarları, özel hayatın gizliliği gibi hususların varlığı halinde kapalı yargılama yapılabileceği öngörülmektedir. Özetle, adil yargılanma hakkının en önemli hukuksal dayanaklarından biri olan bu maddede hiçbir ayrıma gidilmeksizin yargılama sürecine ilişkin mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, aleni yargılama ve istisnai durumlarda kapalı yargılama, makul sürede yargılanma ve tabii hâkim ilkeleri sayılmıştır (ECHR, 2023).

Adil yargılanma sadece AİHS'nin 6. maddesinde açıkça zikredilenlerden ibaret değildir. Bu hak zımni olarak birçok hakkı daha bünyesinde barındırmaktadır. Yukarıda belirtilen açık düzenlemenin dışında, silahların eşitliği ilkesi, mahkemeye ulaşma hakkı, duruşmada hazır bulunma hakkı, susma hakkı, kendi aleyhine delil sunmaya zorlanmama hakkı ve gerekçeli karar hakkı gibi haklar da adil yargılanma hakkı kapsamındadır (Turan, 2009: 216). Belirtilen bu ilke ve haklar AİHS gibi diğer pek çok kişi hak ve hürriyetleri ile ilgili uluslararası sözleşmede de açıkça yer almamaktadır. Örneğin BM'nin Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nin 9. ve 14. maddeleri (United Nations – OHCHR, 1966) ile Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın (EU, 2000) 47. maddeleri doğrudan ya da dolaylı olarak adil yargılanma hakkı ile ilgili olsa da adı geçen ilkeler bu metinlerde de tek tek sayılmamaktadır. Bu hak ve ilkeler adil yargılanma hakkının mahkemelerce yorumlanması ile ortaya konmaktadır.

AİHS'nin 6. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları ise ceza hukukuna ilişkin esasları belirlemiştir. İkinci fıkra masumiyet karinesini düzenlemişken; üçüncü fıkra ise suçlama hakkında bilgilendirilme hakkı, bizzat savunma veya müdafinin yardımından yararlanma hakkı, tanık dinletmede hak eşitliği, tanığı sorgulama hakkı ve ücretsiz tercüman hakkı gibi haklara yer verilmiştir. Ancak 6. maddede sayılanlar hakkın kapsamını tam ve eksiksiz olarak yansıtmamaktadır. Zira adil yargılanma hakkına ilişkin esasları tek tek saymak hakkın niteliği gereği mümkün değildir. Nitekim hem hukuk hem de ceza yargılamasında somut olayın özelliklerine göre Mahkeme içtihatlarıyla adil yargılanma hakkının kapsamının genişletilmesi mümkündür.

Adil yargılanma hakkının kapsamının mahkeme içtihatlarıyla genişletilmesine dair bir örnek olarak AİHM'nin *Sadak ve Diğerleri - Türkiye davası* (2001: 6-8) gösterilebilir. AİHM bu davada, Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nde (DGM) asker kökenli hakimlerin bulunması ve bu mahkeme hakimlerinin sicil, terfi ve atamalarında yürütmenin ve ordunun yetkileri nedeniyle tarafsız ve bağımsız olmadıkları tespitini yinelemiş, bu durumun adil yargılanma hakkını ihlal ettiği yönünde önceki görüşünü tekrar etmiştir. Mahkeme ayrıca başvuru sahiplerinin mahkeme sürecinde suçlamaların niteliğinin değişmesi ve yeni suçlamaya karşı savunma yapabilmek için ek süre istemlerinin DGM'ce kabul edilmemesini, AİHS'nin adil yargılanmaya ilişkin 6. maddesinin ihlali olarak kabul etmiştir. AİHM bu kararında davacı tarafların suçlama ile ilgili yeterince bilgilendirilmedikleri yönündeki itirazlarını haklı bularak, suçlama hakkında bilgilendirmenin kapsamını genişletmiş; davacılara sadece suçlamanın ne olduğunun bildirilmesinin yeterli olmadığını, suçlamanın temeli olan fiillerin hukuki nitelemesinin ne olarak yapıldığının da bildirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

AİHM'nin resmi internet sitesinde yapılan araştırmada Mahkeme'nin karar sayıları karşılaştırıldığında en fazla ihlal kararı verilen Sözleşme maddesinin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. madde olduğu görülmektedir (AİHM, 2021: 11). Bu durumun nedenlerinden biri de maddenin hem özel hem de ceza hukukuna ilişkin konuları güvence altına almasıdır. Öyle ki Mahkeme, kamu hukuku karakterli olan bazı uyuşmazlıkları dahi medeni hak ve yükümlülük olarak değerlendirerek güvence altına almakta ve 6. maddenin uygulama alanını genişletebilmektedir (Inceoğlu, 2018: 4-7).

AİHM adil yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvurulara ilişkin kararlarında genel olarak yargılama sonucu verilen kararı değil, yargılama sürecini incelemektedir. Zira Mahkeme birçok kararında başvuruya konu kararın doğru olup olmadığını inceleme yetkisi olmadığını, bunun Sözleşmeciler devletinin iç hukuk mevzuatı ile ilgili olduğunu belirtmektedir (Schenk - İsviçre, 1988, § 45-46; Gäfgen - Almanya, 2010, § 162-163; Khan - Birleşik Krallık, 2000, § 34). Ancak bu AİHM'nin ulusal mahkeme kararlarının içeriğinin tamamen inceleme dışı bıraktığı anlamına gelmez. Şöyle ki, AİHM'ye göre ulusal mahkemeler tarafların sunduğu delil ve savunmaları dikkate alarak incelemekle yükümlüdür. Hukuka aykırı şekilde kayda alınan telefon görüşmesinin delil olarak kullanılmasının konu edildiği *Schenk- İsviçre davasında* da (1988, § 45-46) dikkat çektiği üzere AİHM, ulusal mahkemeler tarafından başvurucuya aleyhine olan delilleri çürütememe imkânı verilip verilmeyeceğini ve yine bu deliller aleyhine yargısal yollara başvurma imkânı tanınıp tanınmadığını dikkatle incelemektedir. Bu imkânın tanınmamış olması halinde yargılamanın adil olmadığı sonucuna hükmedebilen AİHM, hangi eylemin suç olup olmadığını belirleme ve delillerin takdiri yönünde kendisini yetkili görmese de ulusal mahkeme kararlarının içeriğini dolaylı olarak inceleyebilmektedir.

## 2.2. Türk Mevzuatında Adil Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma hakkı 1982 Anayasa'sının "hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesine 2001 yılında yapılan bir değişiklikle eklenmiştir (4709 Sayılı Kanun, R.G. 17.10.2001). Adil yargılanma

hakkı, en az hak arama özgürlüğü kadar önemli bir hukuk devleti ilkesidir. Zira hak arama özgürlüğü kapsamında bir hak ihlali ile karşılaşıldığını ileri sürerek, bu ihlal dolayısıyla ortaya çıkan olumsuzluğun giderilmesi talebinin karşılanması ancak adil bir yargılanma süreci ile mümkün olabilecektir. Tek başına hak arama özgürlüğünün var olması, hak ihlallerinin olumsuz etkilerinin giderilmesi için yeterli değildir.

2001 yılı Anayasa değişikliğinden önce 'adil yargılanma hakkı' adı altında belirtilmemiş olsa da bu hak gerek Anayasa'da gerek 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) çeşitli düzenlemelerde kendine yer bulmuştur. Değişiklik sonrasında Anayasa'nın 36. maddesinin 1. fıkrası hükmünde "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" denilerek "adil yargılanma hakkı" açıkça anayasal koruma altına alınmıştır. Ancak anlaşıldığı üzere adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvenceler bu Anayasa hükmünde açıkça belirtilmemiştir. Adil yargılanma hakkına ilişkin esaslar Anayasa'nın 36. madde ve devamı hükümlerinde saklıdır. Bunlardan biri 37. maddedeki tabi hakim ilkesidir. Anayasa'nın 38. maddesi ise adil yargılama hakkı ile ilgili pek çok hüküm barındırmaktadır. Bunlar; suç ve cezada kanunilik ilkesi, masumiyet karinesi, kendisini ve yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanmama, kanuna aykırı elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilememesi ilkesi, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi, genel müsadere yasağı, idarenin kişi özgürlüğünün kısıtlanmasına neden olan bir yaptırım uygulayamaması, vatandaşın suç nedeniyle başka bir ülkeye geri verilmesi yasağı olarak özetlenebilir. Ayrıca, mahkemelerin bağımsızlığını düzenleyen Anayasa'nın 138. madde hükmü ile hakimlik ve savcılık teminatı ve mesleğine ilişkin 139. ve 140. maddeler, duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması esasları (m. 141) ve mahkemelerin kuruluşunu düzenleyen 142. madde hükmü de adil yargılanma hakkı ile ilişkilidir.

AİHS ve AİHM içtihatları Türk mevzuatında düzenlenmiş diğer hak ve özgürlüklerde olduğu gibi adil yargılanma hakkına ilişkin düzenlemelerde de yol gösterici niteliktedir. 2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesine eklenen hüküm gereği AİHS kanun hükmünde olup iç hukukumuzun bir parçasıdır. Üstelik AİHS temel hak ve özgürlüklerle ilgili bir uluslararası antlaşma olduğu için, Türk kanunları ile AİHS hükümleri çatırırsa AİHS hükümleri esas alınacaktır. Ayrıca, CMK'nin 311. maddesine göre AİHM tarafından verilen ihlal kararlarının yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilmesi de adil yargılanma hakkına ek bir koruma sağlamaktadır.

2017, 2018 ve 2019 yılı Adalet Bakanlığı Faaliyet Raporlarına göre Türkiye aleyhine AİHM'e yapılan başvurular en çok Sözleşme'nin adil yargılanma hakkının ihlali iddiası ile yapılmış ve Türkiye en çok 6. madde ihlali ile mahkûm edilmiştir. 2017 yılında verilen toplam 99 ihlal kararından 46'sında, 2018 yılında verilen toplam 140 ihlal kararından 53'ünde, 2019 yılındaki 97 ihlal kararından 17'sinde adil yargılanma hakkının ihlaline hükmedilmiştir. 2020 yılındaki toplam 85 ihlal kararından 6 tanesi kötü muamele yasağının ihlali ile ilgilidir (Adalet Bakanlığı, 2021: 58; 2020: 53; 2018: 84). Bu sayı 2018 ve 2019 yıllarında 16'dır. Ayrıca Sözleşme'nin adil yargılanma hakkı ile ilgili 6. maddesinin ihlali ile ilgili de bilhassa uzun yargılama süresi yönüyle (2. fıkra) 2018 ve 2019 yıllarında 4 karar verilmişken, 2020 yılında 1 ihlal kararı verilmiştir. Bu bakımdan 2020 yılı hem toplam ihlal kararları hem de 3. ve 6. maddenin ihlali ile ilgili verilen kararlar bakımından önceki yıllara göre görece olarak olumludur. 2021 yılında Türkiye'nin toplam ihlal kararı oranı önceki yıla göre %10.58 azalmıştır. Kötü muamele yasağı ihlali hakkında 4 kez, makul sürede yargılanma hakkı ihlali ile ilgili 1 kez karar verilmiştir. 6. madde kapsamında yargı kararlarının uygulanmamasına ilişkin ise ihlal kararı verilmemiştir (Adalet Bakanlığı, 2022: 58-59). Genel olarak son 5 yılın verileri incelendiğinde adil yargılanma hakkının ihlaline yönelik verilen kararların sayısında bir azalma görülmektedir.



### 3. Hukuka Aykırı Delil

Adil yargılanma hakkı ile doğrudan ilgili hususlardan biri de yargılamanın konusunu oluşturan suçun oluştuğunu ispatlamak için kullanılan delillerin hukuka uygun olup olmadığıdır. “Kanunsuz suç olmaz” ilkesi gereği suçun varlığından söz edebilmek için hukuka aykırı bir eylem mutlak olarak bulunmalıdır. Suçun oluşumuna sebebiyet veren hukuka aykırılığın tespiti ise her ülkenin kendi mevzuatına göre ortaya konacak bir husustur.

Hukuka aykırı delil kavramını kanuna aykırı delil olarak anlamamak gerekir. Zira hukuka aykırılık sadece kanunlara aykırılıkla sınırlı olmayıp; tüm yazılı ve yazısız normlar ile mahkeme içtihatlarını da kapsar. Bu nedenle hukuka aykırılık kavramını bir bütün olarak düşünmek gerekir (Soyaslan, 2003: 15).

Hukuka aykırı delilin değerlendirilmesi açısından doktrinde farklı iki görüş bulunmaktadır. Gerek ulusal mahkeme kararları gerekse de AİHM kararları, hukuka aykırı delilin değerlendirilmesi ve AİHS'nin 6. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin takdiri ile ilgili bu iki görüş etrafında şekillenmektedir. Bu iki farklı görüş aşağıdaki gibi özetlenebilir:

**Mutlak Delil Değerlendirme Yasağı Görüşü:** Bu görüş, hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin hükme esas alınamayacağını, yargılama safhasında kesinlikle değerlendirilemeyeceğini ileri sürmektedir. Elde edilen delil, suçun ortaya çıkmasına hizmet eden tek delil olsa veya bu delil diğer delillerin de ortaya çıkmasını sağlamış olsa bile hukuka aykırı delil niteliğinde olduğundan hükme esas alınmaz. “Zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir” değerlendirmesi mutlak delil yasağı görüşü için uygun bir tespittir. Bu görüş, sanığın, suç işlenmeden önce belirlenmiş hukuk kurallarına ve delillerin takdirinde kabul edilen esaslara göre yargılanması gerektiğini savunur. Mutlak delil yasağı görüşü, Anglo-Amerikan sisteminde görece olarak daha yaygın şekilde benimsenmiştir (Gödekli, 2016: 1913, 1914).

**Nispi Delil Değerlendirme Yasağı Görüşü:** Bu görüş delillerin değerlendirilmesine ilişkin, mutlak görüşte olduğu gibi kesin çizgilere sahip değildir. Nispi görüş, delillerin değerlendirilmesinin her somut olaya göre yapılması gerektiğini savunur. Kıta Avrupası hukuk sisteminde görece olarak daha yaygın şekilde benimsenmiştir (Çınar, 2004: 44). Bu görüşte, sanığın temel hakları açıkça ihlal edilmediği sürece hukuka aykırı elde edilmiş de olsa suçun ortaya çıkmasına hizmet eden delillerin yargılama sürecinde kullanılabilmesi kabul edilmektedir. Ancak bu görüş her şeye rağmen elde edilen deliller kullanılır görüşünü de benimsemiş değildir. Zira sanığa işkence yapılarak elde edilen ikrarın veya elde edilen diğer delillerin kullanılması bu görüşe göre de mümkün değildir. Aksi durumun kabulü zaten hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz (Gödekli, 2016: 1914).

#### 3.1. Türk Hukukunda Hukuka Aykırı Delil

Ceza yargılamasında temel amaç hukuk yargılamasından farklı olarak maddi gerçeği elde edebilmek ve ortaya çıkarabilmektir. Amaç maddi gerçeğe ulaşmak olduğundan deliller sınırlı bir biçimde belirtilmemekte, akla gelebilecek ve suçun ortaya çıkarılmasına hizmet edebilecek her şey delil olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle vicdani delil sistemi ve delil serbestisi ceza yargılamasına hâkim ilkelerdir. Bu durum Anayasa'nın 138/1. hükmünde “Hâkimler... vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler” ve CMK'nin 217/1. maddesinde “...deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir” şeklindeki düzenleme ile ifade edilmiştir. Anayasa ve Kanun hükmünde suçun ispatının belli delil veya delillerle sınırlandırılmadığı, delillerinin takdirinin hâkime bırakıldığı belirtilmektedir. Kısacası vicdani delil sistemi kavramının ikili bir yönü vardır: delillerin hâkim tarafından serbestçe değerlendirilerek takdiri ve her şeyin delil olarak kabul edilebilmesi (Gedik, 2019: 916). Bunun tek sınırı ise hukuka aykırı elde edilen delildir. Zira ceza hukukunda

amaç maddi gerçeğe ulaşmak olsa da gerçeğe ulaşmak için ne pahasına olursa olsun delil elde edilebileceği anlayışı kabul görmemektedir (Çınar, 2004: 63).

“Hukuka aykırı delil” en basit şekilde, hukuk kurallarına aykırı biçimde elde edilmiş delil olarak tanımlanabilir (Akyürek, 2012: 62). Hukuka aykırı delil konusunda Türk mevzuatında CMK ve diğer Kanun hükümleri bulunduğu gibi, Anayasa’nın 38. maddesinde de 2001 yılında yapılan değişikle eklenen 6. fıkrada “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez” ifadesiyle hukuka aykırı elde edilen delillerin kanıt olarak değerlendirilemeyeceği açıkça belirtilmiştir. Zaten hukuka aykırı delillerin kullanılması ve hükme esas alınması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacaktır. Ancak yine de 6. fıkra ile hukuka aykırı delillerin kullanılmayacağı net olarak Anayasa tarafından güvence altına alınmış olması doktrindeki tartışmaları sona erdirmek yönünden önemlidir. CMK’nin 206/2-a maddesinde de “kanuna aykırı elde edilmiş delillerin reddolunacağı” belirtilmiştir. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) 189/2. maddesi de benzer bir düzenleme getirmektedir. Bu durumu Yargıtay (E. 2009/7-160, K. 2009/264) da Anglo- Amerikan hukuk literatüründeki “zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir” ifadelerine atıfla vurgulamış ve hukuka aykırı delilleri ‘delil yasakları’ kapsamında belirtmiştir.

Hukuka aykırı kabul edilen bazı deliller açıkça kanunda belirtilmiş olabilir. Örneğin CMK’nin 148. maddesinde ifade alma ve sorguda yasak usuller başlığı altında hukuka aykırı deliller belirtilmiştir. Buna göre:

*“(1) Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilâç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz. (2) Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez. (3) Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez. (4) Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz. (5) Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlem ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilir” (CMK md. 148).*

Ayrıca ceza yargılamasında hukuka aykırı bir delil olduğunun kabulü için yalnızca ceza hukukuna göre yapılacak bir değerlendirme eksik olduğundan, elde edilen delillerin hukuk yargılamasında da hukuka uygun olması gerektiği benimsenmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 29.11.2005 tarihli kararı (E. 2005/7-144, K. 2005/150) hukuka aykırı delillere ilişkin genel ilkeleri ortaya koyar niteliktedir. Zira bu kararda Türk hukukunun, tüm medeni ülkelerde uygulanan hukukun genel ilkelerini de hukuk kuralı olarak benimsediği ve hukuka aykırı delilin tespitinde hukukun genel ilkelerinin de değerlendirildiği belirtilmiştir. Yine aynı kararda hukuka aykırı elde edilen deliller aracılığıyla ulaşılan delillerin de yargılamada kullanılmayacağı, bu delillerin de hukuka aykırı delil niteliğinde olduğu ifade edilmektedir. Bunların yanında toplumsal kurallara ve ahlaki sınırlara aykırı olarak elde edilmiş deliller de somut olaya göre hukuka aykırı delil olarak kabul edilebilir.

Anayasa Mahkemesi (AYM) 2012 yılında Yüce Divan sıfatıyla yargılama yaptığı bir kararında hukuka aykırı delil hususunu da değerlendirmiştir. AYM, “maddi gerçeğin araştırılmasındaki kamu yararının ağırlığının dikkate alınmaksızın, elde edilen hukuka aykırı delillerin hükme esas alınmaması” ilkesini benimseyen mutlak delil değerlendirme yasağı görüşünün Türk ceza hukukunda da benimsendiğini belirtmektedir. Ancak AYM hem doktrinde hem de Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarında belirtildiği üzere “delillerin toplanması için yapılan işlemlerin geçerliliğini etkilemeyen şekilde ilişkin basit usul hatalarının bu kapsamda değerlendirilmemesi gerekir” (AYM, T. 19.12.2012, E.2011/1, K. 2012/1, s.156) diyerek basit usul hatalarının elde edilen delilleri

tamamıyla geçersiz kılmasının sakıncalı olabileceğini ifade etmektedir. Maden (2015: 210) de basit usul hataları nedeniyle elde edilen delillerin tamamen dışlanması durumunda hukuk devletinin amaçlarının zarar görebileceğine dikkat çekmektedir.

### 3.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına Göre Hukuka Aykırı Delil

AİHS'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılmasını özel olarak yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. AİHM çeşitli kararlarında delillerin takdiri, kabul edilebilir olup olmadığı gibi hususların ulusal mahkemelerin yetki ve görev alanında olduğu yönünde görüş belirtmiştir.

*"... Bir ulusal mahkeme tarafından yapıldığı iddia edilen maddi veya hukuki hatalar, Sözleşme'nin koruduğu hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olmadıkça, bu hataları incelemek Mahkeme'nin işi değildir. Sözleşme'nin 6. maddesi adil muhakeme hakkını güvence altına almakla birlikte, delillerin kabuledilebilirliği konusunda bir hüküm getirmemiştir; bu mesele öncelikle ulusal hukuktaki düzenlemelerin konusudur [...] Dolayısıyla, kural olarak bir delil türünün, örneğin hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin iç hukuk açısından kabuledilebilir olup olmadığına karar vermek Mahkeme'nin işi değildir. Cevap verilmesi gereken soru, delillerin elde edilme yolu dahil, yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığı sorusudur. Bu, söz konusu hukuka aykırılığın ve eğer Sözleşme'deki bir hakkın ihlali söz konusu ise tespit edilen ihlalin niteliklerinin incelenmesini de içerir (Gäfgen-Almanya, § 162-163).*

AİHM, delillerin takdiri hususunda kendini yetkili görmese de Sözleşme kapsamında güvence altına alınan hakların tümünü göz önünde tutarak ve en önemlisi de somut olayın özelliklerine göre inceleme yapmaktadır. Mahkeme'nin yargılamada kullanılan bir delilin adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediğini değerlendirirken tek ve kesin bir yargı veya kurala göre ya da sadece 6. maddenin sağladığı korumadan hareket etmediği *Halford- Birleşik Krallık davasında* (1997, § 41-46) verdiği kararında da görülmektedir. AİHM adı geçen kararda, Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan özel ve aile hayatına saygı hükmünü de değerlendirerek çok yönlü bir inceleme yapmıştır. Bu kararda Mahkeme, başvuruçunun ofisinden yaptığı telefon görüşmelerinin dinlenmesinin özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlali niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Zira Mahkeme'ye göre devletin Sözleşme'nin 8. maddesine müdahalesi söz konusu olacaksa, bu müdahaleye ilişkin (örneğin dinlemeye ilişkin) kuralların çok ayrıntılı bir biçimde mevzuatta yer alması gerekir. Açık ve ayrıntılı olmayan bir mevzuat veya kamu otoriteleri ile emniyet güçlerinin tek başına takdiri yeterli değildir (Çınar, 2004: 48). Bu kapsamda AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesi bağlamında telefon görüşmelerinden elde edilen kanıtların hukuka aykırı delil olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yapmamış ise de bu delilleri hukuka uygun bulmadığını söylemek mümkündür.

Hukuka aykırı deliller bakımından işkence ya da insanlık dışı muamele yoluyla elde edilmiş deliller AİHM'ye göre adil yargılanma hakkına aykırı kabul edilmektedir. *Harutyunyan - Ermenistan davasında* (2007, § 59-66) AİHM sanık ve tanıkların işkence altında alınan ifadelerinin davada kullanılmış olmasını tek başına 6. maddenin ihlali olarak kabul etmiştir. AİHM bu davada ayrıca kötü muamele ya da işkence altında suçu kabul etme yönünde ifade veren kişilerin bu ifadeleri daha sonra başka yetkililer önünde de tekrarlamış olmasının otomatik olarak bu yeni ifadelerin ilk ifadelerden farklı olarak kötü muamele ya da işkence ile alınmış olmadığı sonucuna götürmeyeceğine işaret etmiştir. Zira bu davada olay sırasında hepsi asker olan sanık ve tanıkların sürekli olarak yeniden işkenceye maruz kalma tehdidi altında tutulduklarına dair deliller



mevcuttur. AİHM tanıkların beyanlarının askerlik hizmetleri bittikten sonra önemli ölçüde değişmesinin de bunun bir göstergesi olduğunu ifade etmiştir. Mahkemeye göre genel olarak Sözleşme'nin 3. maddesi mutlak bir hak olup savaş durumları dahil hiçbir istisna kabul etmemektedir. Ancak AİHM'nin bu husustaki yaklaşımı incelenen davanın özel koşullarına göre değişiklik gösterebilmektedir. Aşağıda incelenmekte olan Gäfgen – Almanya kararı bu konuda çarpıcı bir örnek oluşturmaktadır.

#### 4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gäfgen - Almanya Kararının İncelemesi

AİHM'nin 2010 yılında vermiş olduğu Gäfgen - Almanya kararı, Mahkeme'nin adil yargılanma hakkı ve hukuka aykırı deliller konusundaki yaklaşımına ilişkin esasları ortaya koymasının yanı sıra oldukça da eleştirilen bir karardır. Aşağıda incelenmekte olan bu kararda AİHM Sözleşme'nin 3. maddesinde korumaya alınan işkence ve kötü muamelenin hiçbir koşulda kabul edilemez olduğuna ilişkin yasaklayıcı yaklaşımından ayrılarak, somut olayda başvuru hakkının adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

##### 4.1. Başvuru Konusu Olay

Başvuru Magnus Gäfgen, Alman vatandaşı olup olay tarihinde hukuk fakültesi öğrencisidir. Gäfgen, 11 yaşındaki Jakob von Metzler'in (J.) ablasının arkadaşıdır. Gäfgen, J.'yi ablasının ceketinin kendisinde kaldığı bahanesiyle kendi dairesine getirmiş, boğarak öldürmüş ve cesedini bir gölete götürerek iskelenin altına gizlemiştir. Ardından J.'nin civarda tanınmış bir bankacı olan ailesinin evine fidye isteğini, fidyenin tramvay istasyonuna bırakılmasını, fidyeyi alarak ülkeden ayrıldıktan sonra J.'yi görebileceklerini belirten daktilo ile yazılmış bir not bırakmıştır. Durumu polise bildiren aile, polis kontrolünde fidyeyi tramvay istasyonuna bırakmış; Gäfgen'i takibe alan polis Frankfurt Havaalanında yurtdışına kaçmak üzereyken yakalamıştır (Gäfgen – Almanya, 2010: § 10-13).

Polis ve aile bu aşamada henüz J.'nin öldüğünü bilmemektedir. Çocuğun acilen bulunmasının sağlanması için soruşturmada görevli komiser Daschner (D.), polis memuru Ennigkeit'e (E.), çocuğun yerinin bulunabilmesi için Gäfgen'e fiziksel acı verileceğinin söylenmesini ve hatta gerekirse fiziksel acı verilebileceği talimatını vermiştir. Aldığı talimat üzerine Polis E., çocuğun nerede olduğunu söylemezse kendisine özel olarak helikopterle gelecek bir kişi tarafından vücudunda iz kalmayacak şekilde ağır acı verecek biçimde muamele yapılacağı, ardından cinsel saldırıda bulunulacağı konusunda tehditte bulunmuş, hatta inandırıcı kılabilmek için Gäfgen'e helikopter sesi dinletilmiştir. Polis memuru E., Gäfgen'i tartaklamış, başını duvara çarpmıştır. Ancak hükümet fiziksel şiddet uygulandığı iddiaları ile cinsel saldırı tehdidi iddialarını reddetmiştir. Başvuru Gäfgen, 1 Ekim 2002'de, tehditlerin gerçekleşeceği korkusuyla 10 dakika sonra J.'nin yerini söylemiş, ancak polis E.'ye cesedin yerini göstermek istememiş, başka bir polis memurlarıyla cesedin bulunduğu yere giderek kamera kaydı eşliğinde cesedin yerini göstermiştir. Cesedin bulunduğu alanda Gäfgen'e ait aracın lastik izleri tespit edilmiştir. Gäfgen ayrıca aileye gönderdiği notu yazmakta kullandığı daktiloyu, J.'nin sırt çantasının ve kitaplarının bulunduğu yeri de göstermiştir. İkrarda bulunan ve yer gösteren Gäfgen'in daha önce görüşmesine izin verilmeyen avukatı ile görüşmesine izin verilmiştir (Gäfgen – Almanya, § 15-19).

Frankfurt Emniyet Müdür Yardımcısı komiser D., polis memuru E.'ye, Gäfgen'e gerçeği söyletme serumu verilmesi emri verdiğini kabul etmiştir. Havanın soğukluğu ve eğer çocuk hala hayatta ise yiyeceğinin bulunmaması nedeniyle hayatının tehlikede olduğu, bu nedenle acilen J.'nin hayatının kurtarılması için başvurucuya iz bırakmayacak şekilde ağır fiziksel şiddet uygulanacağı tehdidinde bulunması için polis E.'ye Komiser D. tarafından verilen talimat notu da soruşturma dosyasında yer almıştır. 4 Ekim 2002 ve 7 Ekim 2002 tarihlerinde polis hekimi

tarafından başvuruçunun vücudunda kan oturmasını gösteren izler, bereler ve kabuk bağlamış bazı yaralar olduğu ve bu hafif izlerin sebebinin tam olarak belirlenemediği ancak muayeneden birkaç gün önce oluştuğuna dair izlenimini içeren raporlar verilmiştir (Gäfgen – Almanya, § 20-21).

Başvuruçucu Gäfgen polise verdiği 4 Ekim 2002, savcılıkta verdiği 4, 14 ve 17 Ekim 2002 tarihli ifadeler ile 30 Ocak 2003'te hakim huzurunda yapılan sorgusunda 1 Ekim tarihli ifadesini aynen tekrar etmiştir. Frankfurt Bölge Mahkemesi'nde yapılan yargılamada Gäfgen, kendisinin tehdit edildiğini ileri sürerek, bunun Alman mevzuatına ve AİHS'nin 3. maddesine aykırı olduğunu; bu yolla elde edilen delillerin ise "zehirli ağacın meyvesi zehirli olur" ilkesi uyarınca hukuka aykırı olduğu ve kullanılmasının mümkün olmadığı itirazında bulunmuş, Mahkeme'nin bu yönde karar vermesi ile yargılamaya son verilmesini talep etmiştir. Mahkeme, başvuruçunun tehdit edilmesinin iç hukuk mevzuatı ile AİHS'nin 3. maddesinin ihlali mahiyetinde olduğunu kabul etmiştir. Federal Mahkeme, yargılamaya konu eylemin ağırlığı nedeniyle ve savunma hakkı kısıtlanmadığından bahisle ceza davasına devam edilmesine karar vermiştir. Ayrıca, başvuruçunun tüm ikrar ve ifadelerinin yasak sorgu yöntemleriyle elde edilmesi nedeniyle bunların ceza davasında delil olarak kullanılmasının mümkün olmadığını tespit etmiştir. Ancak Federal Mahkeme, suçun ağırlığı değerlendirildiğinde menfaatlerin dengelenmesi gerektiği savıyla delillerin kullanılmamasına karar verecek kadar geniş bir yetkiyi kendisinde bulmamıştır. Federal Mahkeme'deki yargılamada da Gäfgen suçu kabul etmiş, ömür boyu hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Ceza Mahkemesi, gerekçeli kararında, başvuruçunun duruşmadan önceki ifadelerinin delil olarak kullanılmayacağını, başvuruçunun J.'yi öldürdüğünü ikrar ettiğini, kararda tek başına ikrarın esas alınmadığını, başvuruçunun fidye notu, dairesinde bulunan bir not, lastik izleri, aldığı fidyenin bir kısmının banka hesabında, bir kısmının evinde yapılan aramada bulunduğu delilleriyle desteklendiği belirtilmiştir (Gäfgen – Almanya, § 27-38).

Başvuruçucu karara karşı Federal Adalet Mahkemesi'ne temyiz başvurusunda bulunmuş, başvurusu temelsiz bulunarak reddedilmiştir. Bu kez Federal Adalet Mahkemesi'nin kararına karşı Federal Anayasa Mahkemesi'ne başvuran başvuruçunun itirazı reddedilmiştir. Sonuç olarak, yargılama sürecinde Alman Mahkemeleri, Gäfgen'in maruz kaldığı işkence tehdidinin hukuka aykırı olduğunu, tehditle alınan ikrarların delil olarak kullanılamayacağını; cesedin, lastik izlerinin ve Gäfgen'in Mahkeme huzurunda verdiği ikrarın ise delil olarak kullanılabileceğini kabul etmiştir (Gäfgen – Almanya, § 41).

Gäfgen, polisler aleyhine de şikayetçi olmuş, polisler aleyhine açılan ceza davasında D.'nin polis tutanağında belirtildiği tarzda işkenceyle tehdit ve gerekirse işkence uygulanması talimatını polis E.'ye verdiği, bu muamelenin o an öldüğü bilinmeyen J.'nin hayati tehlikesinin önüne geçmek amacıyla yapıldığı Ceza Mahkemesince tespit edilmiştir. Ceza Mahkemesi, yapılan muamelenin insan onuruna ve Alman Anayasası'na aykırı olduğunu belirterek, yapılan tehdidin gerekliliği yönündeki savunmayı reddetmiştir. Polis E. 60 gün (günlüğü 60 Euro), komiser D. 120 gün (günlüğü 90 Euro) para cezası ile cezalandırılmış; bu cezalar ertelenmiştir. Ceza Mahkemesi olayda bazı hafifletici nedenler olduğunu da tespit etmiştir. Buna göre; sanıkların J.'nin hayatını kurtarma sorumluluğu ile kamuoyuna karşı sorumluluklarının ağır olduğu ve o sırada çok gerilmiş ve yorgun durumda oldukları değerlendirilmiştir. Davanın meydanın ilgisini çekmesinin sanıklar üzerinde yarattığı baskıya da değinilmiş, ayrıca sanıkların mesleki kariyerlerinin ve itibarlarının zarar gördüğü ve buldukları görevden alındıkları da dile getirilmiştir. Bölge Mahkemesi bu olayda kamu düzeninin korunması gereği para cezalarının infaz edilmesinin gerekmediğini ifade etmiştir. Bu sırada görevden alınan D., daha sonra terfi ettirilmiştir (Gäfgen – Almanya, §47-50, 111).

#### 4.2. Kararın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi Yönünden Değerlendirmesi

Gäfgen davası işkence ve insanlık dışı muameleyle ilişkin AİHS'nin 3. maddesi yönünden de öne çıkmaktadır. Zira başvuruçunun itirazlarından biri de "zehirli ağacın meyvesi zehirli olur" ilkesi gereği işkence tehdidiyle elde edilen delillerin hukuka aykırı olup kullanılmayacağına yönelik olmuştur. Bu nedenle AİHM, *Gäfgen - Almanya* kararında öncelikle yapılan muamelenin AİHS'nin 3. maddesine aykırı olup olmadığını tespit etmiştir.

AİHS'nin 3. maddesinde "Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz" denilerek işkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı davranışla cezalandırma yasaklanmıştır. Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin hiçbir istisna kabul etmediğini, olağanüstü hallerde dahi askıya alınamayacağını belirtmektedir. Mahkeme'ye göre bir kimsenin işkence ile tehdit edilmesi bile insanlık dışı muamele oluşturacaktır. Mahkeme Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalinin kabul edilebilmesi için kişiye yönelik muamelenin asgari bir ağırlık düzeyinde olmasını aramaktadır. Bu ağırlık düzeyi ise her somut olayda muamelenin süresi, mağdur üzerindeki fiziksel ve/veya ruhsal etkileri, eğer varsa mağdurun özel durumları gibi olaya özgü tüm koşullara bağlıdır (Gäfgen – Almanya, § 87- 91).

AİHM, işkence ile insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele kavramları arasında ayrıma da gitmektedir. Mahkemeye göre *insanlık dışı muamele* "önceden tasarlanmış, uzun bir dönem içinde saatlerce uygulanmış ve fiilen yaralamaya veya yoğun maddi veya manevi ıstıraba sebep olmuş muamele"dir. Mahkeme "mağdurları küçük düşürebilecek ve utandırabilecek şekilde kendilerinde korku, elem ve aşağılanma duygusu uyandıran veya mağduru kendi iradesine ve vicdanına aykırı bir şekilde hareket etmeye sürükleyen muamele"yi ise *aşağılayıcı muamele* olarak tanımlamıştır (Gäfgen – Almanya, § 89).

Mahkeme, işkenceye ilişkin delilleri değerlendirirken "makul şüphe kalmayacak biçimde" ispatlanmasını aramaktadır. Kişinin, devletin sorumluluğu altındayken başına gelebilecek her şeyi açıklama yükümlülüğü devlete aittir. Devletin bunu kuşku kalmayacak biçimde, yeterince güçlü ve açık biçimde ispatlayamaması halinde 3. maddenin ihlal edildiği sonucuna varılabilecektir (AİHM, Gäfgen – Almanya, § 92).

Gäfgen kararında Mahkeme, başvuruçunun acı vermekle tehdit edildiğini, gerekirse acı verileceğini ve gerçeği söyleten serum ile tehdidin gerçekleştiği noktalarının Hükümet tarafından kabul edildiğini, dolayısıyla tartışmalı olmadığını kabul eder. Mahkeme gözaltında iken polis E. tarafından göğsüne uygulanan bereler konusunda da başvuruçunun tıbbi rapor sunduğu ve bunun hükümet tarafından çürütülemediğini, aksi bir durumun ispatlanamadığını belirlemiştir. Mahkeme, başvuruçunun dayanılmaz bir acıya maruz bırakılmakla tehdit edildiği iddiasının kanıtlandığı kanaatine varmış ve başvuruçuya yapılan şiddet tehdidini insanlık dışı bir muamele olarak nitelendirmiştir (Gäfgen – Almanya, § 79).

AİHM, olayın 3. madde kapsamında olup olmadığını, muamelenin süresi, mağdur üzerindeki etkilerini, kast unsurunu değerlendirerek incelemiştir. Başvuruçuya yapılan kötü muamele ve tehdidin yaklaşık 10 dakika sürdüğü, bu sürenin sonunda başvuruçunun tüm ayrıntıları açıkladığı, yer gösterdiği, dolayısıyla başvuruçunun üzerinde ciddi bir korku, elem, ıstırap yarattığı tespiti yapılmıştır. Bunun polis memurları tarafından anlık değil, planlanmış, kasıtlı eylemler biçiminde yapıldığı, başvuruçunun üzerinde psikolojik etkiler yarattığı sonucuna da ulaşılmıştır (Gäfgen – Almanya, § 102-104).

Polislerin amacı henüz öldüğünü bilmedikleri J.'nin hayatını kurtarmak olsa da insanlık dışı veya kötü muamele yapılamaz. En kritik zamanlarda bile Sözleşme'nin 3. maddesi askıya alınamaz.

Sonuç olarak Mahkeme, başvurucunun maruz kaldığı muamelelerin işkence düzeyine ulaşmadığı, ancak eylemlerin ağırlığının insanlık dışı muamele oluşturduğu, dolayısıyla 3. maddenin ihlal edildiği kararına varmıştır (Gäfgen – Almanya, § 107).

Alman Bölge Mahkemesi kararının en tartışılan kısmı Gäfgen’in işkence tehdidi altında alınan ifadeleri üzerinden ulaşılan ceset ve lastik izi gibi maddi bulguların Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 10. maddesi hükmü gereği yargılama dışı bırakılmamış olmasıdır (Palabıyık, 2016: 177). AİHM, Gäfgen kararında da önceki kararlarında olduğu gibi işkence sonucu olarak elde edilen ikrar ve ifadelerin ve/veya işkence neticesinde elde edilen maddi delillerin bir ceza davasında delil olarak kullanılmasını doğrudan doğruya yargılamayı adil olmayan bir duruma soktuğunu kabul etmektedir. Ancak Mahkeme insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele sonucu olarak elde edilen maddi delilin yargılamada kullanılmasının her zaman yargılamayı adil olmayan bir duruma getirip getirmediği konusunu çözmediğini de kabul etmektedir (Gäfgen – Almanya, § 166-167). Bu ifadeden çıkan sonuca göre 3. maddedeki işkence ile kötü muamele ve bunlar sonucunda elde edilen deliller arasında Mahkeme bir farklılık görmektedir. AİHM’ye göre işkence ile elde edilen deliller kesin olarak yargılamayı adil olmayan bir duruma getirirken, 3. maddedeki diğer hükümlere aykırı şekilde elde edilen delillerle yapılan yargılama olayın özel şartlarına göre Sözleşme’nin 6. maddesindeki adil yargılama hakkını ihlal etmeyebilir.

#### **4.3. Kararın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi Yönünden Değerlendirmesi**

Başvurucu Gäfgen, Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlal edilmek suretiyle kendisinden alınan ikrar ve elde edilen diğer delillerin kullanılmasının Sözleşme’nin 6. maddesi uyarınca hukuka aykırı delil olup, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunmuştur. Mahkeme, “zehirli ağacın meyvesi zehirli olur” ilkesi gereği, işkence olarak nitelendirilmeyip insanlık dışı muamele olarak nitelendirilen Sözleşme’nin 3. maddesine aykırı biçimde elde edilen ikrar ve ikrarın devamındaki delillerin kullanılmasının adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olacağına ilişkin geçmiş içtihatlarında kesin ve net bir kural ortaya koymamıştır. Mahkeme kararında, Sözleşme’nin 3. maddesine aykırı davranılması yoluyla (Mahkeme burada işkence, insanlık dışı muamele, aşağılayıcı muamele ayırımı yapmamaktadır) elde edilen “ifade”lerin kullanılmasının yargılama sürecini adil olmayan bir duruma soktuğunu kabul etmektedir. Mahkeme kararının eleştirildiği noktalardan biri de bu kısımdır. Mahkeme, 3. maddeye aykırı elde edilen ifadelerin 6. maddeye aykırılık oluşturacağını kabul ettiğine göre “ifade dışındaki delillerin” 6. maddeyi ihlal oluşturamayabileceğini ifade etmeye çalışmaktadır. Mahkeme’nin işkence, insanlık dışı muamele, aşağılayıcı muameleyle maruz kalan mağdurlardan elde edilen ifade delilini diğer delillerden ayırarak, ifade deliline ayrı bir sonuç bağladığı görülmektedir.

Mahkeme kararında, menfaatlerin dengelenmesi konusunu da önemsemiştir. Delilin dışlanması suçun kovuşturulmasına engel olacağını, suçun ortaya çıkması ve cezalandırılmasının toplumun menfaatini de etkilediği hususlarını değerlendirilmiştir. Mahkeme’ye göre Sözleşme’nin 3. maddesi hiçbir istisna kabul etmeksizin uygulanır. Ancak Sözleşmenin 6. maddesi, 3. madde gibi mutlak bir hak içermemektedir. Mahkeme, Hükümetin Sözleşme’nin 2. maddesindeki çekirdek ve mutlak bir hak niteliğinde olan yaşama hakkının korunduğu savunmasını dikkate almıştır. Mahkeme, bu noktada ulusal mahkemelerin sanığa sağladığı hakları önemsemekte, ancak adil yargılanma hakkının tehlikeye düşürüldüğü de vurgulamaktadır (Doğru ve Nalbant, 2012: 776-777).

Mahkeme, başvurucunun cezalandırılmasına ilişkin kararın 3. maddenin ihlal edilerek alınan ilk ikrara değil, Mahkeme’de avukatı ile hazır bulunduğu duruşmada verdiği yeni ikrara dayandığını, suçun planlanmasına ilişkin delillerin de bu yeni ikrara dayanılarak elde edildiğini vurgulamıştır. Ulusal mahkeme Gäfgen’in aracına ait lastik izi, çocuğun cesedi, daktilo gibi delilleri de ek delil

olarak nitelendirerek, bunların başvuruçunun yeni ikrarının doğruluğunun test edilmesini sağladığı, suçluluğun belirlenmesi için kullanılmadığını ifade etmiştir. Ulusal mahkeme tarafından başvuruçunun fidyeye isteyen şantaj mektubundan sonra fidyeyi almasından itibaren izlenmesini, evinin aranarak fidyenin bir kısmının bulunmasını, bir kısım paranın banka hesabında tespit edilmesini ve J.'nin ablasının ifadesini "kirlenmemiş deliller" olarak kabul edildiğini belirtmiştir (Gäfgen – Almanya, § 179). Sonuçta, Mahkeme, ulusal mahkemenin kararını Gäfgen'in gönüllü olarak verdiği ikrarına dayandırdığı, ilk ikrarının sonucu elde edilen ek delillerin bu ikrarının doğruluğunun teyit edilmesinde kullanıldığı, ancak mahkûmiyet kararına etkili olmadığı, dolayısıyla nedensellik zincirinin kırıldığını belirtmiştir (Dülger, 2014: 386).

Mahkeme, başvuruçunun yeni ikrarının, soruşturmanın 3. maddeye aykırı şekilde yürütülmesinin bir sonucu olup olmadığını da tartışmıştır. Zira başvuruçunun, delillerin hukuka aykırı olduğundan dışlanması yönündeki taleplerinin reddedilmesi nedeniyle ikrarda bulunması dışında başka bir savunma yolunun kalmadığını düşündüğünü iddia etmektedir. Bu noktada Mahkeme duruşmanın ikinci gününde başvuruçuya ikrarda bulunmadan önce susma hakkının hatırlatıldığı ve suçlamalarla ilgili olarak daha önce vermiş olduğu ifadelerin aleyhinde delil olarak kullanılmayacağını bildirildiğini kaydetmektedir. Mahkeme bu sebeple başvuruçunun durumunun Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmeden önceki haline döndüğüne ikna olmuştur. Mahkeme ayrıca başvuruçunun yargılama esnasında bir müdafî yardımını aldığı ve müdafîsinin de bulunduğu duruşmada yeni ikrarı gerçekleştirdiğini belirtmektedir (Gäfgen – Almanya, § 182-183).

#### 4.4. Kararın Genel Değerlendirmesi

AIHM'nin Gäfgen- Almanya kararı oy çokluğu ile alınmış, birçok eleştiriyle de karşılaşmıştır. Karar sonrasında uluslararası insan hakları hukuku literatüründe işkence, zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağının mutlak olup olmadığı konusunda yeni tartışmalar ortaya çıkmıştır. Bu tartışmaların temelinde zorunlu durumlarda polislerin şiddet, insanlık dışı muamele vb. uygulamasının mazur görülüp görülemeyeceği hususu da yer almıştır. Dava konusu olayda ve Mahkeme'nin konuya yaklaşımında bir tarafta mağdurun hak ve çıkarları, bir tarafta onu kaçıran kişinin polis tarafından kötü muamele edilmesi suretiyle ihlal edilen haklarından hangisinin korunacağı konusunda bir dilemmanın oluştuğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Greer'e göre, mağdur ile sanığın hakları arasında çatışmalar nadiren de olsa yaşanabilir. Yazara göre söz konusu olaydaki gibi durumların yaşanması halinde mağdurun hayatını kurtarmak amacıyla çocuğu kaçıran kişi "işkence ve insanlık dışı muamele" yasağına bir istisna teşkil etmelidir. Yazar, bu argümanını Gäfgen'in çocuğu kaçırdığı konusunda şüphe bulunmadığı, çocuğun öldüğünün bilinmediği ve bu nedenle hayatını kurtarma ihtimalinin bulunduğu, çocuğu kurtarmak için olası tüm seçeneklerin denendiği ancak başarılı olunamadığı ile oluşturmaktadır. Son çare olarak baskı ve tehdit uygulanması yoluyla çocuğun yerini söyleyeceği inancı varken, polislerin Gäfgen'e kötü muamelede bulunmasını yazar "iki kötüden iyi olanı seçmek" (*lesser of the two evils*) gerekçesiyle kabul edilebilir bulmaktadır (Greer, 2015: 5-6).

Dava konusu olayların Almanya'daki etkilerini de değerlendirdiği çalışmasında Schroeder, üst düzey yargıçlardan, siyasetçilerden, çeşitli insan hakları gruplarına kadar çok sayıda kişi ve grubun ve halkın büyük bir kısmının polis memuruna tehditte bulunma emri veren komiserin tahliyesini memnuniyetle karşıladığını tespit etmiştir (Schroeder, 2006: 189-195). Bu tespit Greer'in görüşleriyle de uyumaktadır.



Mavronicola, Greer'in sunduğu bu argümanlara karşı çıkmakta ve bu gerekçelerin uluslararası insan hakları hukukundaki işkence ve zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağının mutlaklığını değiştiremediğini dile getirmektedir (Mavronicola 2017: 498). Graffin de polis sorgulaması için kişileri tehdit etmenin ahlaka aykırı olduğunu vurgulayarak, Gäfgen davasındaki gibi sıra dışı durumlarda devlet görevlilerine tehdit ve kötü muamelede bulunma izni verilmesinin, diğer durumlarda da kötü muamelede bulunmaya göz yummakla sonuçlanabileceğine işaret etmektedir. Polislerin görevleri yasaya aykırı davranmak değil, onu korumaktır diyen yazar, bu gibi davranışların mutlaka yasaların gerektirdiği şekilde cezalandırılması gerektiğini dile getirmekte, aksi halde vatandaşların adalet sistemine, ceza hukukuna ve polisliğe olan güveninin baltalanacağına dikkat çekmektedir (Graffin, 2017: 684, 699).

Gäfgen – Almanya kararı AİHM'nin kesin ve açık tespitlerde bulunmaktan çekindiği bir karar olmasıyla dikkat çekmektedir (Palabıyık, 2016: 190, Dülger, 2014: 395). Mahkeme, başvuru sürecinde ve yargılama esnasında haklarını kullandığı, polislerden şikayetçi olduğu, polislerin cezalandırıldığı ve kariyerlerinin zarar gördüğünü belirterek başvuru sürecinin giderildiğini düşünmektedir (Gäfgen – Almanya, § 123-124). Oysa polis memurlarının Gäfgen'e muameleleri karşılığında aldıkları cezaların yaptıkları hak ihlali ile orantılı olduğu söylenemeyeceği gibi, cezaların tam olarak uygulanmamış olması da dikkat çekmektedir (Ohlin, 2018: 2). Kaldı ki polis memurlarının etkili şekilde cezalandırılırsa bile kısmen karşı görüşte olan yargıçlar polislerin cezalandırılmasının mağduriyeti gidermeyeceğini, mağduriyetin giderilmesinin ancak delillerin dışlanması suretiyle olabileceğini, cezalandırma yoluna gidilmesinin ancak değerlerin korunmasında başka bir yol bulunmaması halinde mümkün olabileceğini belirtmektedir (Yargıçlar Tulkens, Ziemele ve Bianku'nun Birleşik Kısmen Farklı Görüşleri, § 7). Oysa bu davada Mahkeme neredeyse tamamen devletin cezalandırma görevine odaklanmış görünmektedir (Ohlin, 2018: 2).

Mahkeme kararının asıl olarak eleştirildiği nokta, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmesi suretiyle elde edilen maddi delilin yargılamada kullanılması ve bu şekilde adil yargılanma hakkının ihlal edildiği noktasındadır. AİHM'nin önceki içtihadına göre Sözleşme'nin 3. maddesinin olağanüstü hallerde bile ihlal edilemeyeceği ve 3. maddenin ihlali suretiyle elde edilmiş delillerin işkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele fark etmeksizin kabul edilemeyeceği şeklinde olmuştur (Selmouni – Fransa, §95, Assenov ve Diğerleri – Bulgaristan kararı §93). Ancak Mahkeme Gäfgen – Almanya kararında insanlık dışı muamele ya da aşağılayıcı muamele ile elde edilen ifade delilinin yargılamanın adilliğini etkilemeyebileceği şeklinde bildirdiği görüşüyle önceki içtihadından uzaklaşmıştır. Oysa Sözleşme'nin mutlak bir hükmünün ihlali ile elde edilmiş bir delile dayanan bir ceza yargılaması adil olamaz.

Diğer bir tartışmalı konu da Mahkeme'nin, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olarak elde edilen yalnızca "ifade" delilini hukuka aykırı bulması, diğer delillerin ise yargılamanın adilliğini etkilemediği noktasındadır. Mahkeme bu karar ile insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele neticesinde elde edilen ifadeler ile yine aynı yolla elde edilen diğer deliller arasında da bir ayırım başlatmıştır. Ceza yargılamasında kuşkusuz bazı deliller hüküm verileceği safhada daha değerli olup hükme esas alınır ise de AİHM'nin Gäfgen kararında "ifade" delilini üstün tutması gelecekte bir içtihat ayrılığı sorununu meydana getirebilecektir. Delillerin değeri ulusal mahkemeler açısından önemlidir; fakat bir hak ihlali olup olmadığı noktasında bir delilin diğer delile üstün tutulmaması gereklidir. Mahkeme ifade delilini diğer delillerden üstün tutarken buna ilişkin bir hukuki niteleme ve gerekçe de belirtmemiştir.

Davada çoğunluk başvuru Gafgen aleyhindeki delillerin polisin 3. maddeyi ihlal etmesi yoluyla elde edildiğini kabul etmesine rağmen yine de başvuru mahkûm edilmesine götüren “nedensellik zincirinin kırıldığı” sonucuna vararak, adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. Oysa karşı görüşteki yargıçların da belirttiği üzere (Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve Power’in Birleşik Kısmen Muhalif Görüşleri, § 4-6) nedensellik zinciri kırılmış değildir. Zira başvuru suçlandırıcı delillerin dışlanması taleplerinin reddedilmesi ve bütün delillerin duruşmada ayrıntılı şekilde sunulmasından sonra; yani her şey kanıtlandıktan sonra mahkeme önünde ikrarda bulunmuştur. Mahkûmiyetin dayanağı aslında tamamen insanlık dışı muamele sonucu elde edilen ikrar ve yine çıplak ayakla yürütülmek suretiyle devam eden muamelenin sonucu olarak başvurucudan elde edilen hukuka aykırı delillerdir. Başvurucuya yapılan Sözleşme’nin 3. maddesine aykırı muameleler 10 dakikalık bir zaman dilimi ile sınırlandırılmaz. Başvurucudan, hukuka aykırı elde edilen ilk ikrarının devamı olarak mahkemenin diğer deliller olarak adlandırdığı delillerin elde edilmesi sağlanmıştır. Aslında elde edilen tüm deliller ve yine ikinci yeni ikrarda bulunulması dahi bu ilk hukuka aykırı elde edilen delillere bağlıdır. Hukuka aykırı olarak elde edilen ilk ikrar delili mahkûmiyet hükmünde belirleyici olmuştur. Bu nedenle de elde edilen deliller silsilesindeki zincirleme bağ devam etmiş olup nedensellik bağı kanaatimizce mevcuttur. Kaldı ki başvuru mahkemesi ile görüşmesine de cesedin yerini göstermesinden önce izin verilmemiş, başvuru ancak yer gösterme işleminden sonra mahkemesi ile görüşebilmiştir. Dolayısıyla başvuru hukuki yardım alması gereken dönemde hukuki yardımdan faydalanamamıştır. Sırf bu nedenle dahi adil yargılanma hakkının ihlal edildiği kabul edilmelidir.

## 5. Sonuç

Hukuk devleti olmanın gereklerinden biri olan “adil yargılanma hakkı” gerek ulusal mevzuatta gerekse de AİHS hükümleri ve AİHM içtihatlarında önemli bir yer tutmaktadır. Bünyesinde pek çok hakkı barındıran adil yargılanma hakkının sağlanabilmesinin önemli bir şartı yargılamada kullanılan delillerin hukuka uygun olmasıdır. AİHS’yi imzalayıp AİHM’nin yargılama yetkisini kabul etmiş devletler şüphesiz Sözleşme’nin hükümleriyle olduğu kadar Mahkeme’nin içtihatlarıyla da bağlıdır. Bu nedenle AİHM’nin adil yargılanma hakkı ve hukuka aykırı deliller konusundaki yaklaşımı Sözleşmeciler için yol gösterici olmaktadır.

AİHM, Sözleşme’nin 3. maddesinin mutlak bir hak olup istisnasız uygulandığını belirtmektedir. Bu durumda 3. maddenin yarattığı etkilerin de ihlal olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Mahkeme her hak ve Sözleşme’nin güvenceye aldığı madde karşısında eşit davranmakla yükümlüdür. Aksi halde “az hukuka aykırı” veya “çok hukuka aykırı” gibi kavramların oluşması riski doğacaktır. Hukuka aykırı delil kavramının “zehirli ağacın meyvesi zehirli olur” ilkesi gözetilerek dikkatle değerlendirilmesi, “az” veya “çok” hukuka aykırı şeklinde bir ayrıma gidilmeyerek, hukuka aykırı delillerin tümüyle dışlanması yoluyla yargılama sürecinin yürütülmesi adil yargılanmanın sağlanması bakımından önem arz etmektedir. Adil yargılanma kişiler için bir hak iken, devletler için bir yükümlülüktür. Adil yargılanma hakkının öncelikle devletlerce tam anlamıyla sağlanması; bu hakkın devletlerce ihlal edildiği durumlarda ise en azından Sözleşmeciler devletlerin vatandaşları açısından AİHM’ce korunması gerekir.

Gafgen’in Alman mahkemelerinde görülen davalarında tartışma konusu delillerin dışlanması ve iddia makamının elinde bulunan bu kirlenmiş deliller dışındaki delillere (hukuka uygun şekilde elde edilen fidye notu, suç planları, banka hesabına aktarılan para gibi) dayanarak yargılamaya devam etmesi çok daha makul bir çözüm olabilirmiş gibi görünmektedir. Şüphesiz ki hukuka aykırı elde edilmiş delillerin mutlak dışlanması kuralı bazı durumlarda sanığın alması gerekenden farklı ya da daha hafif bir ceza almasıyla sonuçlanabilir. Böyle bir durum suçtan mağdur olanlar kadar toplumda da hoşnutsuzluk yaratabilir. Öte yandan “işkence, kötü muamele

ya da aşğılayıcı muamele”nin hiçbir koşulda kabul edilemeyeceği gibi bir mutlak hakkın korunması da devletlerin esas amacı olan kamu yararının gerçekleştirilmesi bakımından hayati öneme sahiptir. Bu gibi mutlak haklara istisnalar getirmek bu hakların korunmasını zayıflatma riski taşır.

AİHM bir delilin hukuka aykırı olup olmadığını tespit etme yetkisini kendinde görmemekte, ancak bu hususu Sözleşme’nin 6. maddesinde korunan adil yargılanma hakkının ihlalini incelediği davalarda dolaylı olarak değerlendirmektedir. Dolayısıyla AİHM’nin hukuka aykırı delil kavramına ilişkin görüşlerinin içtihatlarıyla ortaya konması mümkün olmalıdır. Ancak Mahkeme bu konuda belirgin bir içtihat ortaya koymadığı gibi bu çalışmada ayrıntılı olarak incelenen Gäfgen - Almanya kararı ile daha önceki içtihadından uzaklaştığı da görölmektedir. Gäfgen - Almanya kararı, hukuk devleti olmanın olmazsa olmaz koşullarından sayılan bazı hak ihlalleri karşısında AİHM’nin somut olayın koşullarına göre daha esnek davranabileceği inancı oluşmasına neden olmuştur. Bu nedenle kararın AİHM içtihatları ve dolayısıyla Avrupa insan hakları hukuku yönünden bir gelişme olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Gäfgen - Almanya kararında, hukuka aykırı elde edilen delillerin kullanılmasının AİHM’ce adil yargılanma hakkının ihlali olarak görölmemesi, Sözleşmeciler devletlerin iç hukuklarında da olumsuz bir etki yaratabilme potansiyeli taşımaktadır. Zira Sözleşmeciler devletler hukuka aykırı delil kullanımının mutlak olarak yasaklanması ile ilgili mevzuatlarına, suçun büyüklüğü ve/veya niteliğine göre hukuka aykırı delillerin değerlendirilebileceği yönünde istisnai hükümler ekleme yoluna gidebilecektir. Bu sakınca nedeniyle, AİHM’nin konuyu ulusal yargı mercilerinin takdir alanına bırakmak yerine, hukuka aykırı delillerin, bilhassa da işkence ve insanlık dışı muamele sonucu elde edilen delillerin yargılama sürecinin hiçbir aşamasında kabul edilemeyeceği yönünde açık ve kesin bir içtihat oluşturması büyük önem taşımaktadır.

*Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.*

*Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.*

*Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.*

*Katkı Beyanı: Ekizceleroğlu, R. araştırmanın dizaynı, kavramsallaştırılması, verilerin elde edilmesi, yazının yazılması, Altun, B. araştırmanın kavramsallaştırılması, verilerin elde edilmesi, yazının yazılması hususlarında katkı sağlamıştır.*

## Kaynakça

- Adalet Bakanlığı. (2022). 2021 yılı Bakanlık faaliyet raporu, <https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/9052022144505Adalet%20Bakanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1%202021%20Faaliyet%20Raporu.pdf>, (10.10.2022).
- Adalet Bakanlığı. (2021). 2020 yılı Bakanlık faaliyet raporu, <https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/942021140107Adalet%20Bakanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1%202020%20Y%C4%B1%C4%B1%20Faaliyet%20Raporu%2009.04.2021.pdf>, (10.10.2022).
- Adalet Bakanlığı. (2020). 2019 yılı Bakanlık faaliyet raporu, <https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/16720201409152019%20Y%C4%B1%C4%B1%20Bakanl%C4%B1k%20Faaliyet%20Raporu.pdf>, (25.12.2022).
- Adalet Bakanlığı. (2019). 2018 yılı Bakanlık faaliyet raporu, <https://rayp.adalet.gov.tr/Resimler/1/dosya/rapor2018.pdf>, (25.12.2022).
- AİHM. (2021). 50 soruda AİHM, [https://www.echr.coe.int/Documents/50Questions\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/50Questions_TUR.pdf), (01.10.2022).

- AİHM. (2001). Sadak ve Diğerleri - Türkiye, Başvuru No: 29900/96, 29901/96, 29902/96 ve 29903/96, Çev. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-141267%22%5D%7D>, (2.12.2022).
- AİHM. (2020). Gäfgen – Almanya, 01.06.2010 Başvuru no: 22978/05 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22gafgen%22%5D%2C%22languageisocode%22:%5B%22TUR%22%5D%2C%22appno%22:%5B%2222978/05%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-111106%22%5D%7D>, (10.05.2022).
- AİHM. (1988). Schenk - İsviçre, 12.07. 1988, Başvuru no: 10862/84, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22SCHENK%20%2E%20%93Switzerland%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-57572%22%5D%7D>, ( 14.03.2022).
- AİHM. (2010). Khan - Birleşik Krallık, 04.10.2000, Başvuru no. 35394/97, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22khan%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-58841%22%5D%7D>, ( 10.04.2022).
- AİHM. (1999). Selmouni – Fransa, 28.07.1999, Başvuru no: 25803/94, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-58287>, (10.08.2022).
- AİHM. (1998). Assenov ve Diğerleri – Bulgaristan, 28.10.1998, Başvuru no: 90/1997/874/1086, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22fulltext%22:%5B%2224760/94%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-58261%22%5D%7D>, (10.08.2022).
- AİHM. (1997). Halford- Birleşik Krallık, 25.06.1997, Başvuru no. 20605/92, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58039%22%5D%7D>, (12.12.2022).
- AİHM. (2007). Harutyunyan – Ermenistan, 28.09.2007, Başvuru no. 36549/03, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-81352%22%5D%7D>, (12.12.2022).
- Akyürek, G. (2012). Ceza yargılamasında hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi sorunu, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 101, 61-82.
- Anayasa Mahkemesi Kararı, E.2011/1, K. 2012/1, T. 19.12.2012, [https://anayasa.gov.tr/media/6368/yuce\\_divan\\_2011.pdf](https://anayasa.gov.tr/media/6368/yuce_divan_2011.pdf) (10.10.2022)
- Başçı. G. (2020). 1808 Sened-i İttifak ve 1839 Tanzimat Fermanının 1215 Magna Carta ile anayasacılık ve insan hakları açısından karşılaştırılması, *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 46, 227-241.
- British Library. (2014), English translation of Magna Carta, <https://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation>, (14.11.2022).
- Çınar, R. (2004). Hukuka aykırı kanıtlar, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 55, 31-64.
- Doğru O. ve Nalbant A. (2012). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, açıklama ve önemli kararlar, Ankara: T.C. Yargıtay Başkanlığı Yayınları.
- Dülger, M. V. (2014). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gäfgen kararı bağlamında ceza muhakemesinde işkence tehdidi ile elde edilen delillerin kullanımı sorunu, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 26, 325-410.

- ECHR. (2023). European convention on human rights, [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf), (10.03.2023).
- EU. (2000). Charter of fundamental rights of the European Union, [https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_en.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf), (11.12.2022).
- Gedik, D. (2019). "Ceza muhakemesinde hakimin delilleri değerlendirme serbestliği (CMK M.217)", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı 21, 913-963.
- Graffin, N. (2017). Gäfgen v Germany, the use of threats and the punishment of those who ill-treat during police questioning: A reply to Steven Greer. *Human Rights Law Review*, 17(4), 681-699.
- Greer, S. (2015). Is the prohibition against torture, cruel, inhuman and degrading treatment really 'absolute' in international human rights law?, *Human Rights Law Review*, 0 (1), 1-37.
- Gödekli, M. (2016). Türk ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşmanın ön koşulu olarak hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi yasağı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (4), 1815-1924.
- İnceoğlu, S. (2018). Adil yargılanma hakkı, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru kitapları el serisi- 4, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, [https://www.anayasa.gov.tr/media/3547/04\\_adil\\_yargilanma\\_hakki\\_son.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/3547/04_adil_yargilanma_hakki_son.pdf), (10.04.2022).
- Maden, M. (2015). Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru bakımından adil yargılanma hakkı çerçevesinde delil yasakları, *Anayasa Yargısı*, 32, 207-234.
- Mavronicola, N. (2017). Is the prohibition against torture and cruel, inhuman and degrading treatment absolute in international human rights law? A reply to Steven Greer, *Human Rights Law Review*, 17 (23), 479-498.
- Ohlin, D. J. (2018). The right to punishment for international crimes, *Cornell Legal Studies Research Paper No. 18-31*, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3134092](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3134092), (12.01.2023).
- Palabıyık, P. (2016). İşkence tehdidi ile ulaşılan maddi bulguların delil olarak değerlendirilmesine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi karar tahlili (Gäfgen v. Almanya), *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (2), 173-197
- Sencer, R. F. (2013). Adil yargılanma hakkı, *İzmir Barosu Dergisi*, 78(2), 108-173
- Schroeder, D. (2006). A Child's life or a "little bit of torture"? State-sanctioned violence and dignity, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 15(2), 188-201
- Soyaslan, D. (2003). Hukuka aykırı deliller, *AÜEHFD*, VIII (3-4), 9-26.
- Turan, H. (2009). Adil yargılanma hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki yeri ve önemi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 84, 213-230.
- United Nations – OHCHR. (1948). Universal declaration of human rights, <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/english>, (10.03.2023).



- United Nations – OHCHR. (1966). International covenant on civil and political rights, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>, (11.12.2022).
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı. (2009). E. 2009/7-160, K. 2009/264, T. 17.11.2009, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=32334>, (26.04.2022).
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı. (2005). E. 2005/7-144, K. 2005/150, T. 29.11.2005, <http://www.kazanci.com.tr/gunluk/cgk-2005-7-144.htm>, (20.04.2022).
- 4709 Sayılı Kanun. (2001). Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, R.G. Tarih: 17.10.2001, Sayı: 24556 (Mükerrer), <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/10/20011017m1.htm>, (8.01.2023).