

# ***İşkence Tehdidi ile Ulaşılan Maddi Bulguların Delil Olarak Değerlendirilmesine İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karar Tahlili (Gäfgen v. Almanya)***

**Analysis of the European Court of Human Rights Case Law (Gäfgen v. Germany) on the Issue of Admissibility of Evidence Obtained Under Threat of Torture**

***Pınar PALABIYIK\****

## **Giriş**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) Büyük Dairesi tarafından hükme bağlanan *Gäfgen v. Almanya*<sup>1</sup> davası, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) kötü muamele yasağını düzenleyen 3. Maddesi ve adil yargılanma hakkını güvence altına alan 6. madde ihlallerine ilişkin bir dönüm noktası olarak kabul edilmektedir. Dava, şüpheliden kötü muamele yoluyla alınan ikrar üzerinden ulaşılan delillerin, ceza yargılamasında ikrarı teyit amaçlı kullanımı ve adil yargılanma hakkı arasındaki ilişkiyi inceler. İşkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele yasağının kodifiye edildiği 3. madde kapsamında yasaklanan fiillere maruz bırakma tehdidinin tek başına Madde 3 ihlali teşkil edip etmeyeceği sorusunun da cevaplandığı *Gäfgen v. Almanya*, Mahkeme'nin 3. ve 6. maddelerinin koruma kapsamına ilişkin yorumunu dönüştüren bir emsal niteliğindedir. İşkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele yoluyla ulaşılan delillere dayanarak hüküm kurma yasağı, yalnız 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda değil, Kanun'un büyük ölçüde temel alındığı Alman düzenlemelerinde de mevcuttur. 3. madde ile korunan kötü muameleye maruz kalmama hakkı bireye mutlak bir güvence sağlar.<sup>2</sup> Mutlak güvence, kötü muamele yasağının savaş zamanı veya olağanüstü hallerde dahi askıya alınamayacağını teyit ederek, yasağın koşul ve istisnalara bağışık

\* Uluslararası Kamu Hukuku Anabilim Dalı

<sup>1</sup> *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>

<sup>2</sup> Bakınız, *Addo ve Grief*, 9 EJIL 510 (1998); a.e. 23 ELR 17B (1998); *McBride*, 25 ELR 31 (2000).

niteliğini somutlaştırır. Hakkın sağladığı koşulsuz koruma ise, devletin Madde 3 nezdinde taşıdığı negatif ve pozitif yükümlülüğü tekil durumların vahametinden bağımsız olarak baki kılar.

AİHM Büyük Dairesi *Gäfgen v. Almanya* kararında, yukarıda kısaca değinilen tutumunu korumuş, 3. kişinin yaşam hakkına yönelik ağır bir tehdidin varlığı anında dahi kötü muamele yasağına bir istisna alanı yaratılamayacağına altını çizmiştir. Mahkeme esasa ilişkin değerlendirmesinde ilk olarak kişiye yöneltilen işkence tehdidini Madde 3 ile yasaklanan insanlık dışı muamele olarak nitelemiş, muamelenin bir çocuğun yaşam hakkına yönelen tehdide rağmen haklı bulunamayacağına hükmetmiştir. Mahkeme 6. maddenin ihlal edildiğine yönelik iddiayı ise, işkence tehdidi altında alınan ikrara bağlı olarak ulaşılan delillerin, cezai bir hükmün tesisine dayanak oluşturup oluşturmayacağı düzleminde ele almıştır.

*Gäfgen v. Almanya* kararı çerçevesinde değerlendirilen hükümler; “hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da aşağılayıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz”<sup>3</sup> şeklinde düzenlenen Madde 3 ve “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...”<sup>4</sup> düzenlemesini getiren Madde 6’dır.

Bu kısa tahlil, kötü muamele ve delil yasaklarına ilişkin genel bir çerçeve çizmek yerine; *Gäfgen v. Almanya* kararı ile AİHM içtihadının bir parçası haline gelen yeniliklere odaklanacaktır. Bu doğrultuda ilk olarak olgular ve ulusal yargı mercilerinin görüşleri sunulacak, ikinci olarak ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin argümanları incelenecektir. Son bölümde ise karara ilişkin kendi görüşlerim ve AİHM’in gelecekte izlemesi gerektiğini düşündüğüm yola kısaca değinilecektir.

## **Olaylar**

Başvurucu Magnus Gäfgen (MG) genç bir hukuk fakültesi öğrencisidir. 27.9.2002 tarihinde Frankfurt’da ikamet eden varlıklı bir ailenin oğlu olan on bir yaşındaki Jakob von Metzler’i (JM) kaçırarak öldürmüş,

<sup>3</sup> ECHR Article 3 [Türkçe Metin] [http://www.echr.coe.int/documents/convention\\_tur.pdf](http://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf)

<sup>4</sup> ECHR Article 6 [Türkçe Metin] [http://www.echr.coe.int/documents/convention\\_tur.pdf](http://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf)

cesedini ise Frankfurt'tan yaklaşık bir saat uzaklıkta bulunan bir özel mülk içerisindeki iskelenin altına gizlemiştir.<sup>5</sup> Olayın bir kaçırma olarak görülmesini isteyen MG'nin hazırladığı fidye notunda, çocuğu kaçırılanların talep ettikleri parayı alıp, ülke sınırlarından çıktıklarında ailenin çocuğu yeniden görebileceği yazılmıştır. Polisin gerekli tedbirleri alarak izlediği fidye-rehine değişimi sonucu polis gözetimi altına alınan MG, Frankfurt havaalanında yakalanmıştır.<sup>6</sup> Polis başvurusunun dairesinde hukuka uygun olarak yaptığı arama sonucu, MG'nin fidye olarak aldığı paranın bir kısmı ile suç planına ilişkin notlar bulmuş ve bunlara el koymuştur. Bu sırada MG, polisler kendisine yardım eden kişiler olduğu ve JM'yi göl kenarında bir kulübede tuttuklarını söylemiştir. MG'nin açıklaması üzerine soruşturmada görevli polis memurları, çocuğun yerini söylemekten kaçınması halinde başvuru MG'nin bedensel iz bırakmayan, acılı bir fiziksel müdahaleye maruz kalacağı tehdidinde bulunmuşlardır. Başvurucunun iddiasına göre aynı memurlar, MG'yi cinsel saldırı ile de tehdit etmiş, göğsüne vurmuş ve başını duvara çarpmıştır. Hükümet ise başvurusunun fiziksel saldırıya maruz kaldığı ve cinsel saldırı ile tehdit edildiği iddialarını reddetmiştir. MG, kendisine yöneltilen tehditler sonucunda JM'yi öldürdüğünü ve cesedini sakladığı yeri açıklamıştır. Başvurucunun beyanı üzerine polislerle beraber cesedin bulunduğu iskeleye götürülen MG, cesedin tam yerini de polislerin emri ve fiziksel müdahaleleri sonucunda açıkladığını iddia etmiş, hükümet ise bu iddiaları reddetmiştir.<sup>7</sup>

Polisin yaptığı inceleme sonucunda, cesedin bulunduğu iskelenin etrafında MG'nin arabasına ait lastik izleri bulunmuştur. MG, aleyhinde toplanan deliller üzerine JM'yi kaçırap öldürdüğünü ikrar etmiş, 4 Ekim 2002'de polise; 4, 14 ve 17 Ekim 2002 tarihlerinde savcıya verdiği ifadelerde ve 30 Ocak 2003 tarihinde bir yargıç tarafından yapılan sorgusunda, 1 Ekim 2002 tarihli ikrarını teyit etmiştir.<sup>8</sup>

### **Ulusal Yargılama Mercilerinin Görüşleri**

Frankfurt Bölge Mahkemesi'nde (FBM) 2003 tarihinde yapılan yargılamanın ilk duruşmasında MG, davanın görülmesine devam edilmemesi için ilk

<sup>5</sup> 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>

<sup>6</sup> Gäfgen v. Almanya, §10-13

<sup>7</sup> Gäfgen v. Almanya, §14-17.

<sup>8</sup> Gäfgen v. Almanya, §22.

<sup>9</sup> "to discontinue the criminal proceedings"

başvurusunu yapmış, bu talebini muhakemede kullanılan ikrarın kendisine yöneltilen fiziksel acı ve cinsel saldırı tehditleri sonucu alındığı iddiasına dayandırmıştır. MG maruz kaldığı muamelenin, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CCP) 136a maddesi<sup>10</sup> ve AİHS'nin 3. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle, ulusal ve uluslararası hukuk metinlerine aykırı yöntemlerle elde edilen delillere dayanan iddianamenin iadesini talep etmiştir. MG ayrıca maruz kaldığı kötü muamelenin etkileri sürerken (Fortwirkung) soruşturma makamlarına verdiği ifadelerin de ceza yargılamasında kullanılmayacağını iddia etmiştir. CCP 136a maddesine aykırı elde edilen ifadesi yoluyla erişilen bulguların ise, "hukuka aykırı delilin uzak etkisi ve dışlama kuralı" (Fernwirkung) gereği, kullanılması yasak deliller arasında sayılarak, değerlendirme dışı bırakılmasını talep etmiştir.<sup>11</sup>

FBM yargılama sonucunda MG'nin ağır fiziksel acı tehdidinde maruz kaldığına karar vermiş; ancak başvurusunun cinsel saldırıyla tehdit edildiği ve fiziksel şiddete maruz kaldığı iddialarını kabul etmemiştir. FBM işkence tehdidinde ilişkin hukuki değerlendirmesini CCP m.136a, Alman Anayasası m.115 ve m.104/1<sup>12</sup> ile AİHS m.3 üzerinden yapmış, başvurusunun maruz kaldığı muamelenin anayasal bir güvence olan kötü muamele yasağını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Bu tespite rağmen FBM, ihlalin ceza kovuşturmasının yapılmasına engel teşkil etmeyeceğini savunmuş ve iddianamenin iadesi talebini reddetmiştir.<sup>13</sup>

FBM ifade ve sorgu yasaklarının ihlal edildiğini hükme bağlamış olmasına rağmen, yargılama sürecinde sanığın savunma hakkının, adil yargılanma güvencesi ve hukukun üstünlüğü ilkesini zedeleyecek derecede sınırlandırılmadığı tespitinde bulunmuştur. Bu tespit üzerinden, Alman Bölge Mahkemesi'nin somut olay bazında tehlike altında olan yaşam

<sup>10</sup> "(1) Şüpheli veya sanığın karar verme ve iradesini açığa vurma özgürlüğü işkence, kötü muamele, fiziksel müdahale, yorma, ilaç verme, aldatma ve hipnozla engellenemez. Zor kullanma ancak kanunun izin verdiği hallerde mümkündür.

Şüpheli veya sanığın ceza muhakemesi kanununun izin vermediği eylemlerle tehdit 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 alınan ifadeler, şüpheli veya sanık bunların kullanılmasına rıza gösterse dahi, [delil olarak] kullanılamaz.

<sup>11</sup> Gäfgen v. Almanya, §24, 25

<sup>12</sup> "Tutulmuş kişiler, maddi veya manevi kötü muameleye tabi tutulamaz."

<sup>13</sup> Frankfurt LG – Bölge Mahkemesi, 23 Strafverteidiger 327, 2003.

hakkına ilişkin menfaati, adil yargılanma hakkının koruduğu hukuksal değere üstün tutan bir tutum içerisinde olduğu söylenebilir.

FBM, başvuruçunun işkence tehdidi altında verdiği ifade ve bu ifade yoluyla elde edilen maddi bulguların değerlendirme dışı bırakılması gerektiğine ilişkin iddiasını ise CCP 136/a(3) çerçevesinde ele almıştır. MG'nin kolluk görevlileri, savcılık ve sorgu yargıcı önünde verdiği beyanların ifade ve sorgu yasaklarını ihlal ettiğine kanaat getiren Bölge Mahkemesi, bu delillerin ceza yargılaması dışında bırakılmaları gerektiğine hükmetmiştir. FBM'nin hükmü çerçevesinde dışlanan deliller<sup>14</sup>yalnız kötü muamele tehdidi altında polis memurlarına verilen ifadeyi değil, CCP 136a ihlalinin devam eden etkisi altında soruşturma mercileri ve sorgu hâkimine verilen tüm beyanları kapsamına almaktadır.<sup>15</sup>

Alman Bölge Mahkemesi'nin kararı ile ilgili en tartışmalı kısım; sanığın ifade ve ilişkili tüm beyanlarının CCP 136a/3 gereği muhakeme dışı bırakılmasına rağmen, MG'nin ifadeleri üzerinden ulaşılan ceset ve iskele kıyısındaki lastik izleri gibi maddi bulguların “zehirli ağacın meyvesi zehirli olur” ilkesi gereği yargılama dışı bırakılmamış olmasıdır.<sup>16</sup>FBM bu sonuca, kötü muamele yasağının ihlali sonucunda ortaya çıkan hukuka aykırılığın, şüpheliden alınan ikinci ifadede kişiye önceki beyanlarının aleyhine delil teşkil etmeyeceği konusunda bilgi verilmesi yoluyla giderildiği görüşü üzerinden varmıştır. FBM'nin tutumu aksine olayda MG'ye yalnızca sessiz kalma hakkı hatırlatıldığından soruşturma mercilerine verdiği beyanların hiçbiri “nitelikli bilgilendirme”<sup>17</sup>testini geçememiştir.

Mahkeme'nin somut olaya ilişkin değerlendirmesi; CCP 136a ihlali yoluyla alınan ifade üzerinden erişilen maddi bulguların, muhakemeden tamamen dışlanmasını gerektirecek bir hukuka aykırılık teşkil etmediği yönündedir.<sup>18</sup>FBM delil yasaklarına ilişkin katı bir değerlendirme yapmak yerine, delil dışlama hususunu olayın kendine has koşulları çerçevesinde menfaat dengesi kurarak çözüme ulaştırmıştır. Sanığa yöneltilen müdahalenin

<sup>14</sup> Beweisverwertungsverbot – Exclusionary Rule

<sup>15</sup> Gäfgen v. Almanya, §28, 29.

<sup>16</sup> LG Frankfurt, 23 Strafverteidiger 325, 2003.

<sup>17</sup> Murat Volkan Dülger, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi ile Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu”, İstanbul: TBB Dergisi (111), 2014, s.331. “qualifizierte Belehrung”

<sup>18</sup> Dülger, s.333.

vahameti ile yaşam hakkı ihlal edilen bir çocuğa ilişkin soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin devamı arasında Mahkeme tarafından yapılan menfaat değerlendirmesi, MG'nin ifadesi yoluyla ulaşılan ceset ve takip eden otopsi bulgularının kullanımını hukuka uygun hale getirmiştir.

FBM'nin hukuka aykırı delillere ilişkin değerlendirmesi üzerinden, Anglo-Amerikan sistemlerinde katı şekilde uygulanan "hukuka aykırı delillerin uzak etkisi/ mutlak dışlama kuralından" ayrılan bir tutum içerisinde olduğunu söylemek mümkündür. FBM'nin çıkarımı yasadışı yöntemlerle elde edilen bulguların delil olarak kabul edilmesi hususunda menfaat incelemesi yapılması ve mağdurun ihlal edilen hakları ile sanığın savunma hakkına yönelik ihlal arasında ağır basan hukuksal değer ön plana çıkarılması yönündedir. Bu bağlamda, FBM'nin nihai hükmü; MG'nin JM'yi öldürdüğüne ilişkin mahkeme önündeki ikrarı da dikkate alınarak tesis edilmiş, başvuru 28.7.2003 tarihinde zorla kaçırma ve kasten öldürme fiillerinden suçlu bulunarak, ömür boyu hapis cezasına mahkûm edilmiştir.<sup>19</sup> Kararı değerlendiren Alman yazarlardan bazıları kötü muamele yasağının ihlali sonucunda ulaşılan bulguların, başvuru mahkeme önünde özgür iradesiyle verdiği ikrarı ile önemsiz hale geldiğini savunmuş, işkence tehdidi altında verilen beyanın FBM hükmünün tesisine etki etmediğini öne sürmüşlerdir.<sup>20</sup> Sonuç kısmında ele alacağım bu görüşe bu kısım içerisinde yalnız katılmadığımı belirtmekle yetineceğim.

FBM hükmün gerekçesinde, kovuşturma işlemlerinin sanığın nitelikli bilgilendirilmesi yapılarak yürütüldüğüne dikkat çekmiştir. MG'nin soruşturma sırasında verdiği beyanların aleyhine delil teşkil etmeyeceği bilgisine sahip olmasına rağmen duruşma sırasında önceki beyanlarını teyit etmiş olması ise hükme esaslı bir dayanak teşkil etmektedir. Bu çerçevede FBM hükmü; mağdurun ablasının ifadeleri ve MG'nin dairesinden hukuka uygun olarak elde edilen fidyeye notu ve suça ilişkin planların yanı sıra, başvuru mahkeme önündeki ikrarı ve hukuka aykırı sorgu yöntemleri ile ulaşılan ceset, otopsi raporu ve sanığın aracına ait lastik izleri ile banka hesabına aktarılan para üzerinden tesis edilmiştir.<sup>21</sup> Alman Bölge Mahkemesi yargılama sırasında polis memurlarının yasak sorgu yöntemlerine başvurduğunu kabul etse de, müdür yardımcısı ve

<sup>19</sup> LG Frankfurt, 5-22 E. 2/03 3490 K. 230118/02, <http://juris.de>.

<sup>20</sup> Ast, s.1393.

<sup>21</sup> Gäfgen v. Almanya, §34.

sanığı tehdit eden polis memurunun suçluluğu veya haklarında yürütülen soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin sanık hakkında kurulan hükme etki etmeyeceğinin de altını çizmiştir. FBM, kolluk görevlilerinin hukuka aykırı işlemleri ve bunlara bağlı cezai sorumluluklarının, maddi olguların mahkeme önünde değerlendirilmesinin önüne geçemeyeceğini de ayrıca hükmüne dâhil etmiştir.<sup>22</sup>

Alman Bölge Mahkemesi'nin hükmüne karşı Federal Adalet Mahkemesi'ne (BGH) başvuran MG, ilk olarak FBM tarafından reddedilen iddianamenin iadesi talebine ilişkin şikâyette bulunmuş, Mahkeme'nin hükmünü yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler yoluyla erişilen maddi bulgulara dayandırmasını da şikâyetine eklemiştir. Federal Savcı'nın konuya ilişkin mütalaası ise şikâyeti temelsiz bularak, FBM'nin hükmünde yalnız nitelikli bilgilendirme sonucu sanıktan alınan beyanlara dayandığına işaret etmiştir. Federal Savcı'nın mütalaası sonucu MG'nin başvurusu, 21.5.2004 tarihinde gerekçe gösterilmeksizin BGH tarafından reddedilmiştir.<sup>23</sup>

Başvurusu BGH tarafından reddedilen MG, 23.6. 2004 tarihinde Alman mercileri nezdinde başvurabileceği en üst makam olan Federal Anayasa Mahkemesi'ne giderek, 1 Ekim 2002 tarihli ifadesinin alındığı koşulların haksızlığının incelenmesini talep etmiştir. İşkence tehdidi altında alınan ifadesinin Alman Anayasası'nın 1/1. ve 104/1. maddeleri ile korunan haklarını ihlal ettiğini öne süren MG'nin başvurusu, 14.6.2004 tarihli karar ile reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi karar gerekçesinde kovuşturma dışında ihlal edilen anayasal hakların, ceza yargılaması çerçevesinde varılan hükmü doğrudan anayasaya aykırı kılmayacağını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi FBM'nin kötü muamele sonucu elde edilen ifadeleri yargılama dışı bırakmasını haklı bularak, soruşturma mercilerinin yasadışı işlemlerinin davanın görülmesine bir engel teşkil etmediği sonucuna varmıştır. Federal Anayasa Mahkemesi polis memurlarının yasadışı işlemleri sonucu oluşan hukuka aykırılığın, FBM'nin nitelikli bilgilendirmesi sonucu mahkeme huzurunda değerlendirdiği deliller üzerinden onarıldığı tespitinde bulunmuştur.

MG'nin yasak yöntemlerle elde edilen delillere dayanan iddianamenin reddedilmemesi hususunda Anayasa Mahkemesi'ne sunduğu şikâyet,

<sup>22</sup> Gäfgen v. Almanya, §36.

<sup>23</sup> Gäfgen v. Almanya, §37-39.

Anayasa Mahkemesi'nin Ceza Muhakemesi Kanunu'na yaptığı gönderme sonucu reddedilmiştir. Mahkeme, Kanun'un yasak yöntemlerle elde edilen delilleri muhakeme dışı bırakan bir düzenleme içermesine rağmen, bu aykırılığın yargılamanın yapılmasının önüne geçeceğine ilişkin bir maddesi bulunmadığının altını çizmiştir. Başvurucunun yasak yöntemlerle alınan ifadesi üzerinden ulaşılan bulguların muhakemeye dâhil edilmesine ilişkin şikâyeti ise, MG'nin bu talebini Federal Adalet Mahkemesi önünde ileri sürmemiş olduğu gerekçesiyle dinlenmemiştir.

Federal Anayasa Mahkemesi hükmüyle iç hukuk yolları tüketilen davada, ulusal yargı mercileri işkence tehdidini Alman Anayasası ve Ceza Muhakemesi Kanunu'na aykırı bularak, yasak yöntemler sonucu MG'den alınan ifadeleri ceza yargılamasının dışında bırakmışlardır. Başvurucunun ikrarı yoluyla ulaşılan maddi bulgular ise MG'nin önceki ifadelerini mahkeme önünde teyit ettiği gerekçesiyle hükme dayanak olarak alınmışlardır.<sup>24</sup>MG, hakkında tesis edilen mahkûmiyet hükmünün ardından kendisine işkence tehdidi yönelten memurlar hakkında suç duyurusunda bulunmuş ve dava FBM'de görülmeye başlanmıştır. FBM, davada polis memurlarının yasak yöntemlere başvurdukları kararını vererek, muamelenin Alman Anayasası'nın 1. maddesinde yer alan insan onuruna saygı ilkesini ihlal ettiğine hükmetmiştir. FBM hükmün gerekçesinde, polis memurlarının fiillerini yakın ve önlenemez bir gereklilik sebebiyle icra ettikleri iddialarını reddetmiş, Alman Anayasası'nın 1., AİHS'in ise 3. maddesiyle güvence altına alınan kötü muamele yasağının hiçbir hal veya gereklilik üzerinden meşru bir sınırlama alanı yaratımına izin vermeyeceğini teyit etmiştir.<sup>25</sup>Polislere karşı adli para cezasına hükmeden FBM, memurların soruşturma harici departmanlara atanması kararını da almıştır. Alman sisteminde mevcut iç hukuk yollarını tüketen Başvurucu, 15.6.2005 tarihinde davayı AİHM'e taşımıştır. 30.8.2008 tarihinde Mahkeme'nin 5. Dairesi tarafından sonuçlandırılan davada Alman hükümetinin Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiği fakat MG'nin ihlale ilişkin mağdur sıfatını kaybettiğine hükmedilmiş, Sözleşme'nin 6. maddesi bakımından ise ihlal bulunmadığı sonucuna varılmıştır.<sup>26</sup>Başvurucunun talebi üzerine Büyük Daire'ye sevk edilen davada Daire, Sözleşme'nin 3.

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> Gäfgen v. Almanya, §48, 49.

<sup>26</sup> 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.



maddesi bakımından mağduriyetin devam ettiği; ancak 6. Maddenin 1. ve 3. fıkralarına ilişkin ihlal bulunmadığı sonucuna varmıştır.

### **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Değerlendirmesi Madde 3'e İlişkin Tespitler**

AİHS'in 3. maddesi işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve cezaları koşulsuz olarak yasaklamaktadır. Bu hüküm çerçevesinde ele alınan *Gäfgen v. Almanya* davasında başvuruçunun maruz kaldığı muamelenin Madde 3'ün koruma kapsamında ihlal teşkil edip etmediği incelenmiş, polis memurlarının fiilleri 3. madde ile yasaklanan kötü muamele türleri düzleminde tasnif edilmiştir. Alman yargılama mercileri tarafından kötü muamele yoluyla elde edildiği saptanan ifadelerle dayanan bulguların ceza davasında delil olarak değerlendirilmesi hususu ise ayrı bir değerlendirmeden geçmiştir. Bulguların muhakemede kullanımının 6. Madde ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine ilişkin başvuruçunun iddialarının incelenmesi için, öncelikle AİHM'in 3. madde kapsamındaki tespitleri sunulacaktır.

Bireyin maruz kaldığı kötü muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali olarak değerlendirilebilmesi için belirli bir asgari şiddet seviyesine ulaşması gereklidir<sup>27</sup>. Asgari seviyeye erişilip erişilmediğine ilişkin değerlendirme Mahkeme içtihatları doğrultusunda; muamelenin niteliği, bağlamı, yöntemi, süresi, birey üzerindeki fiziksel ve ruhsal etkileri ve mağdurun şahsi nitelikleri dikkate alınarak yapılır<sup>28</sup>. Bu etkenlerin değerlendirilmesi bireyin maruz kaldığı müdahalenin işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele olarak tanımlanabilmesinin yanı sıra, işkence ve diğer kötü muamele türleri arasında ayırım yapılabilmesini de sağlar. Mahkeme kişilerin maruz kaldığı kötü muameleyi niteleme aşamasında, 3. madde altında yasaklanan insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ile işkence arasında kesin bir ayırım yapma yolunu tercih etmiştir.<sup>29</sup> İnsanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ile işkence arasında nitelik bazında bir derecelendirme yapılmış olsa da, Sözleşme muamele biçimlerin tümüne karşı mutlak güvence sağlamakta, pozitif veya negatif yükümlülüklerin ihlal edildiği her durumda hükümetleri sorumlu tutmaktadır.

<sup>27</sup> Kudla v Polonya 2000-IX; 35 EHRR 198 para 91 BD.

<sup>28</sup> İrlanda v Birleşik Krallık A 25 (1978); 2 EHRR 25 para 162 PC.

<sup>29</sup> Murat Önok, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s.176.

Karara konu vakiada emniyet müdür yardımcısı D'nin MG'yi işkence ile tehdit etme emrinden önce hiyerarşik altlarına kuvvet kullanma talimatını vermiş olması, ihlalin tasarlanmış olduğu yönünde bir çıkarım yapılmasını kolaylaştırmıştır. AİHM'in bu yönde dikkat çektiği bir diğer olgu ise başvuruçunun tutulduğu alanda kelepçeli olarak bekletilmesidir. AİHM, Alman mahkemelerinin hükümleri ve kendi içtihatları doğrultusunda, polis memurlarının JM'nin yaşamının kurtarılabilceği inancıyla yasak sorgulama yollarına başvurdukları sonucuna varmış<sup>30</sup>, bu sonuç adil yargılanma hakkına ilişkin ihlal iddialarının ele alındığı 6. Madde incelemesinde de etki göstermiştir.

AİHM'de görülen davaya katılan Redress Trust, işkence tehdidinin ciddiyeti ve Madde 3 ile bağlantılı olarak değerlendirilebilmesi için başvuruçunun MG yararına görüş bildirmiştir.<sup>31</sup> Kurum, işkence veya kötü muamele kapsamına giren diğer yasaklardan birine yönelik ihlallerin, muhakkak fiziksel şiddet içermesine gerek olmadığı yönündeki görüşünü, Mahkeme'nin karara bağladığı *Yunanistan (Greek Case)*<sup>32</sup> ile *Akkoç v. Türkiye*<sup>33</sup> davalarına atıfta bulunarak desteklemiştir. Psikolojik elem ve acıya maruz kalmama hakkının da Madde 3 kapsamında korunduğuna değinen Redress Trust, bireylerin Sözleşme tarafından koşulsuz ve istisnasız olarak yasaklanan fiiller ile tehdit edilmelerinin de insan onuru ve maddi gerçeği zedeleyeceğini belirtmiş, benzer uygulamaların adaletin sağlanacağına ilişkin inancı ortadan kaldıracığını vurgulamıştır.<sup>34</sup>

Mahkeme *Gäfgen v. Almanya* kapsamında yaptığı değerlendirme sonucu, başvuruçunun maruz kaldığı muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesine ihlal teşkil edecek asgari mental şiddet seviyesine ulaştığını tespit etmiş; ancak tehdidin işkence olarak nitelenebilmesi için gerekli eşiği aşmadığına hükmetmiştir.<sup>35</sup> Redress Trust, yasağın mutlak koruma sağlayan doğasını ise *Labita v. İtalya*<sup>36</sup> davasına yaptığı atıf ile savunmuş, mağdurun tutumu veya somut olayın kendine has özelliklerinin kötü muameleyi meşrulaştırarak

<sup>30</sup> Gäfgen v. Almanya, §95, 105, 106.

<sup>31</sup> Buyse, s. 1597, 1598.

<sup>32</sup> 12 YB (the Greek Case) 1 at 504 (1969) Com Rep; CM Res DH (70) 1.

<sup>33</sup> 1996-VI; 23 EHRR 553.

<sup>34</sup> Başvuru No. 22947/93 ve 22948/93, ECHR 2000-X, §25 ve 116, 117.

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

<sup>35</sup> Gäfgen v. Almanya, §101-108

<sup>36</sup> Başvuru No. 26772/95, ECHR 2000-IV, §119.

bir istisna alanı yaratmasının mümkün olmadığını vurgulamıştır.<sup>37</sup> Alman mercilerinin hükümleri, AIHM içtihatları ve Kurum'un tutarlı görüşü; fiziksel temas bulunmayan durumlarda dahi işkence tehdidinin Madde 3 ihlali oluşturacağı yönündedir. Mahkeme, bireylerin Madde 3 ihlali teşkil edecek fiilleri gerçekleştirebilecek merciler tarafından yakın, ağır ve gerçek tehditlere maruz bırakılmasını en azından insanlık dışı muamele olarak değerlendireceğini kararına yansıtmıştır.<sup>38</sup>

Mahkeme'nin 3. Madde üzerinden yaptığı nihai değerlendirme; başvuruçunun JM'nin bulunduğu yerin öğrenilebilmesi amacıyla 1 Ekim 2002 tarihinde ağır fiziksel müdahale tehdidi altında bırakıldığı yönündedir. <sup>39</sup>MG'nin polis memurları tarafından JM'nin cesedinin bulunduğu iskeleye götürülmesi ve yer gösterme işlemi esnasında fiziksel şiddete maruz bırakıldığı iddiaları ise kanıtlanamadığından Madde 3 ihlali olarak kabul edilmemiştir.

AIHM'in 34. maddesi ve yerleşik içtihatları, Sözleşme ihlalleri neticesinde oluşan "mağdur statüsü"nü, yerel merciler zarar gören kişinin adil tazminini sağlamadıkları müddetçe varlığını koruyacağı yönündedir. Bu sebeple, Madde 3 ihlali teşkil eden fiiller çerçevesinde taraf devletlerden beklenen; derhal etkili soruşturma başlatılması ve kişinin adil tazmininin sağlanmasıdır.<sup>40</sup>Bunlara ek olarak Mahkeme, Madde 3'ü ihlal eden kişilerin cezasız bırakılmaması, cezaların ihlalin ağırlığıyla orantılı ve caydırıcı olmasının yanında, haklarında soruşturma yürütülen kişilerin geçici de olsa görevlerinden alınmaları ve mahkûm edilen kişilerin kolaylıkla suistimal edebilecekleri pozisyonlardan alınmaları gibi adımlar atılmasını aramaktadır. <sup>41</sup> Büyük Daire davayı ilk olarak karara bağlayan 5. Daire'nin aksine, ulusal mercilerin Madde 3 ihlalinin tanıyıp tanımadıkları, sorumlu memurların cezasız bırakılması veya haklarında sembolik bir cezaya hükmedilmesi, yasak yöntemlerle elde edilen delillerin hükme dayanak olarak kullanımı gibi farklı göstergeler üzerinden inceleme yaparak, hükümet tarafından alınan tedbirlerin Sözleşme ve içtihatlar ile belirlenen adil tazmin eşliğini sağlamadığına hükmetmiştir. Bu nedenle, başvuruçunun Sözleşme'nin 34. maddesi kapsamında 3. maddenin ihlaline

<sup>37</sup> Gäfgen v. Almanya, §86, 103.

<sup>38</sup> Campbell ve Cosans v. Birleşik Krallık, §26; Gäfgen v. Almanya, §91, 108.

<sup>39</sup> Gäfgen v. Almanya, §100

<sup>40</sup> Gäfgen v. Almanya, §117, 119, 123.

<sup>41</sup> Gäfgen v. Almanya, §125.

ilişkin mağdur sıfatını koruduğuna karar verilmiştir.<sup>42</sup> Mahkeme Madde 3 ve mağduriyet sıfatının devamına ilişkin değerlendirmesini, polis memurlarının işledikleri suçlar sebebiyle hafif ve infazı ertelenen cezalara çarptırılmaları üzerinden yapmıştır. Geçmiş kararlarına atıfla şahsi ceza sorumluluğu hakkında hüküm verecek olan merciinin ulusal mahkemeler olduğunu vurgulayan Büyük Daire,<sup>43</sup> Sözleşme'nin 19. maddesi gereği taraf devletlerin Sözleşme kapsamında korunan hakları yalnız teorik veya sembolik olarak değil, etkili ve tutarlı uygulamalar yoluyla taahhüt etmeleri gerektiğini belirtmiştir.<sup>44</sup> Bu tespit üzerinden Daire, kolluk görevlilerinin yasak usullere başvurmaları halinde kendilerine uygulanacak yaptırımın yerel mahkemelerce belirleneceğini kabul etmiş; fakat Sözleşme'ye taraf devletlerin yaptırımın derecesi ve infazı üzerindeki gözetim ve denetim yükümlülüğünün bu aşamada sona ermediğine dikkat çekmiştir. Bunun yanında Daire, taraf devletlerin suç ile yaptırım arasında kabul edilmez bir orantısızlık görüldüğü hallerde müdahaleden kaçınmasının Sözleşme ihlalini ve mağdur sıfatını devam ettireceğini vurgulamıştır. AİHM somut olay bazında içtihatlarına atıf yaparak, detaylı bir inceleme ortaya koymuş olmasına karşın, kötü muamele sonucu ulaşılan bulguların delil olarak kabul edilmesine ilişkin tespitte bulunmaya gerek olmadığını belirtmiştir. Daire'nin bu konuda hukuki inceleme yapmaktan kaçınması, Madde 6 ihlaline ilişkin değerlendirmesinde de gözlenmektedir.

### **Madde 6'ya İlişkin Tespitler**

Başvurucu MG, yukarıda ele alınan Madde 3 ihlaline ilişkin iddiasına ek olarak, yasak yöntemlerle alınan ifadesi üzerinden ulaşılan bulguların yargılamada kullanımının Madde 6 ile korunan adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir. AİHM kararının en tartışmalı kısmı olan inceleme; Alman mahkemeleri tarafından yapılan yargılamanın adil olup olmadığı ve yasak yöntemlerle alınan ifade sonucu erişilen bulguların delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı değerlendirmesidir.

JM'nin cesedine başvuruçunun kötü muamele sonucu verdiği ifade üzerinden ulaşılmış olması, kamu görevlilerinin yasak yöntemlerin kullanımı sonucu eriştikleri bulguların soruşturma ve kovuşturma aşamalarındaki geçerliliği hususunu AİHM önüne taşımıştır. AİHM'in

<sup>42</sup> Gäfgen v. Almanya, §129, 130.

<sup>43</sup> Öneriyıldız v. Türkiye, Başvuru No. 48939/99, §116; Nachova ve diğerleri v. Bulgaristan, Başvuru No. 43577/98 ve 43579/98, ECHR 2005-VII, §147.

<sup>44</sup> Nikolova ve Velichkova v. Bulgaristan, §61, 62; Ali ve Ayşe Duran v. Türkiye, §66.

güncel içtihadı, delillerin mahkeme önünde kabul edilebilirliğinin ulusal mercilerin yetkisi kapsamında olduğu yönündedir. Bu sebeple, ulusal yargı mercilerinin delil incelemesi hususunda belirledikleri kriterler, AİHM yetkisi dışındadır.<sup>45</sup>

Anglo-Amerikan sistemlerinde “zehirli ağacın meyvesi zehirli olur” anlayışı ile mutlak bir dışlama kuralı tesis eden öğreti, ceza muhakemesi açısından hem sessiz kalma hem de kendi aleyhine beyanda bulunmaya zorlanmama hakkı olarak korunan *nemo tenetur* ilkesiyle ilişkilidir.<sup>46</sup> Mahkeme, incelemesi kapsamında bu kuralın mutlak bir koruma sağladığına ilişkin uluslararası konsensüsün sağlanamadığı görüşü ile hareket etmiştir.

Davaya MG yanında katılan Redress Trust, Madde 3 ihlali sonucu ulaşılan delillerin hükme esas teşkil etmeyeceği yasağını getiren dışlama kuralını; bu yöntemler ile erişilen verilerin güvenilir olmadığı, işkence ve benzeri muamelelerin medeni toplumların dayandığı ahlaki ve hukuksal değerleri yok sayması, işkencenin meşrulaştırılmasına karşı savaşın dünyanın her yerinde kolektif bir çaba gerektirmesi ve yargılama sürecinin bölünmezliği<sup>47</sup> gibi ilke ve değerlerler üzerinden savunmuştur. Kurum ayrıca İşkencenin Önlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin 15. maddesi ile korunan hukuki değerlerin yalnız kötü muamele etkisi ile verilen beyanları değil, beyana bağlı türev delilleri de kapsadığını öne sürmüştür. Mahkeme’nin de daha önce bu görüşle tutarlı olarak tesis ettiği hükümlerinin bulunduğu değinmiştir.<sup>48</sup>

AİHM, incelemesi kapsamında öncelikle ulusal mahkemelerin maddi veya hukuki hatalarının, Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklere müdahale etmediği müddetçe Mahkeme’nin yargı yetkisi kapsamına alınmayacağını belirtmiştir.<sup>49</sup> Mahkeme Sözleşme’nin 6. maddesi ile korunan adil yargılanma hakkının, hukuka aykırı delillere ilişkin özel bir düzenleme getirmediği ve delillerin kabul edilebilirliği konusunun milli hukuk içerisinde düzenlenmesi gerektiğini öne sürmüştür.<sup>50</sup> Mahkeme bu

<sup>45</sup> Sibel Inceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul, Beta, 2002, s.274.

<sup>46</sup> Dülger, s.361.

<sup>47</sup> Gafgen v. Almanya, §160

<sup>48</sup> Jalloh v. Almanya, §99, 104 – 107; Harutyunyan v. Ermenistan, Başvuru No. 36549/03, §63.

<sup>49</sup> Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, s.256.

<sup>50</sup> 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.

bağlamda delil yasaklarına ilişkin iddiaların ulusal yargılama mercileri tarafından çözülmesi gerektiği ve uluslararası bir insan hakları mahkemesi olan AİHM'in bu merciler yerine geçerek, hüküm vermesinin yetki sınırlarını aştığı görülmüştür.<sup>51</sup>

Bu tespitler üzerinden Mahkeme, ulusal yargılama mercilerinin delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin takdir alanını genel bir inceleme altına almamıştır. *Gäfgen v. Almanya* kararına göre, Mahkeme ulusal yargılama mercilerinin takdir alanına ancak maddi bulguların reddi veya tamamen keyfi ve temelsiz bir hükmün tesisi halinde müdahale edebilecektir. Kararda ayrıca, Mahkeme'nin değerlendirdiği esas problemin delillere erişimde kullanılan yöntem de dâhil olmak üzere muhakemenin bir bütün olarak adaleti olduğu belirtilmiştir.<sup>52</sup> Mahkeme'nin bu karar çerçevesinde ifade ettiği görüşlere göre, 6. maddenin ihlali, ancak yasak yöntemlerle elde edilen delillerin yargılama sürecinin tamamını adaletsiz kıldığı takdirde gündeme gelecektir.<sup>53</sup>

Mahkeme *Gäfgen v. Almanya* kararında, tek bir usuli hukuka aykırılığın dahi tüm yargılamayı adaletsiz kılabileceği; ancak pek çok hukuka aykırılığın var olduğu bazı hallerde ise Madde 6'nın ihlalinden söz etmenin mümkün olmayacağını belirtmiştir.<sup>54</sup> Mahkeme'ye göre, Madde 6 ya uygunluk, yargılamadaki zorunluluk veya illiyet faktörleri ile değil, sürecin bütüncül bir yaklaşımla incelenmesi sonucunda değerlendirilebilir. Bu bağlamda Mahkeme, usuli kuralların ihlal edildiği bazı hallerde de adaletli bir hüküm tesis etmenin mümkün olduğunu savunmakta, bu tür aykırılıkların Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında hukuki sonuç doğurmayacağını öne sürmektedir.

Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı fiiller sonucu doğrudan erişilen beyanların yargılamaya dâhil edilmesi konusunda Mahkeme'nin içtihadı, bu delillerin kuvveti ne kadar ağır olursa olsun şiddete maruz kalan bireylerin suçluluğunun tespitine araç olamayacağı yönündedir. Bunun aksine bir görüşün Sözleşme'nin 3. maddesiyle korunan hukuki değeri

<sup>51</sup> 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.

<sup>52</sup> *Gäfgen v. Almanya*, §162, 163.

<sup>53</sup> Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s.256; İnceoğlu, s.274. Ayrıca bkz: *Chalkey v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 63831/00.

<sup>54</sup> *Gäfgen v. Almanya*, §163-165; White/Ovey, s.243.

anlamsız hale getireceği ve uluslararası sözleşmeler ile yasaklanan filleri meşru kılacağını ifade eden Mahkeme'nin, benzer bir hukuki problemi ele aldığı *Jalloh v. Almanya* kararında da değindiği gibi, bu tutum “vahşiliğin üzerine hukuk perdesi çekecektir.”<sup>55</sup>

Mahkeme *Gäfgen v. Almanya* kararında Madde 6 ile bağlantılı olarak sessiz kalma hakkı ve nemo tenetur ilkesi üzerine yaptığı değerlendirmede ise, bu hakların medeni devletlerin hukuk sistemlerinde yer alan ve adil yargılanma hakkının temelini oluşturan uygulamalar olduğunu belirtmiş; bu güvencelerin esas fonksiyonunun bireyleri kamusal makamların adaletsiz zorlamalarına karşı güçlü kılmak olduğunu vurgulamıştır.<sup>56</sup>

Mahkeme'nin konuya ilişkin ilke ve içtihatları doğrultusunda yaptığı çıkarımlar, genel olarak Alman mahkemeleriyle tutarlıdır. Bu bağlamda başvurunun soruşturma ve kovuşturma mercilerine verdiği ifade ve ikrarların FBM tarafından muhakemeden dışlanması, AİHM'e göre Madde 6 ile örtüşen bir tutumdur. FBM'nin iddianamenin iadesi talebini reddetmesi ve hukuka aykırı yollarla edinilen ifadeler üzerinden ulaşılan maddi bulguları hükmüne dayanak olarak alması ise, BGH kararı ile paralel hukuki gerekçeler üzerinden Madde 6 ihlali olarak değerlendirilmemiştir.<sup>57</sup> Yukarıda adı geçen *Jalloh v. Almanya* davasında, başvurunun vücudunda sakladığı uyuşturucumaddeninkusturmayoluyla elde edilerek, muhakemede delil olarak kullanılması hususu incelenmiş, Mahkeme bu yolla yürütülen iç beden muayenesini 3. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir. İlaç verme ve kusturma uygulamaları Alman hukukuna göre yasal tedbirler olmalarına karşın, Mahkeme bu eylemleri insanlık dışı muamele olarak nitelemiş ve vücuttan bu yöntemle alınan uyuşturucu maddenin delil olarak kullanılmasını adil yargılanma ilkesine aykırı bulmuştur. Mahkeme somut olaya ilişkin kararında, bireye uygulanan tedbirin işkence eşliğini aştığı hallerde, bu yolla elde edilen delillerin, beyan veya maddi bulgu niteliklerinden bağımsız olarak dışlanacağını ifade etmiş, delillerin ispat gücünün ise bu değerlendirme bakımından önem taşımayacağını belirtmiştir. <sup>58</sup>Bahsi geçen kararlar muamelenin işkence eşliğini aşmadığı durumlarda da elde edilen delillerin kullanımının adil yargılanma hakkını ihlal edebileceği sonucuna varan Mahkeme, *Jalloh v. Almanya* çerçevesinde

<sup>55</sup> *Jalloh v. Almanya*, §105.

<sup>56</sup> Dülger, s.371.

<sup>57</sup> *Gäfgen v. Almanya*, §172.

<sup>58</sup> *Jalloh v. Almanya*, §105.

kurduğu hükmü yasak yollarla erişilen delillerin mahkûmiyet hükmü için vazgeçilmez ve kritik deliller olmasına bağlamıştır. Bu hükmü takip eden benzer davalarla, işkence eşiğine ulaşmayan kötü muamele yasağı ihlalleri sonucu elde edilen delillerin, cezai yargılamayı bütünden adaletsiz kılıp kılmadığı problemi tartışmaya açılmıştır. Mahkeme, kötü muamele sonucu elde edilen bulguların, mahkûmiyet hükmüne esas olan tek delil olarak işlem gördüğü hallerde, ulusal mahkemelerce dışlanması gerektiği, aksi halde hükmün 6. maddenin ihlaline yol açacağını belirtmiştir.<sup>59</sup>

Mahkeme'nin yukarıda değinilen karardan farklı yönde bir değerlendirme yaptığı *Gäfgen v. Almanya*'da ise, Madde 3'e aykırı yöntemlerle ulaşılan ikrar harici türev delillerin hükme dayanak oluşturması, Mahkeme tarafından 6. maddenin ihlali olarak kabul edilmemiştir. Mahkeme bu kararını, hukuka aykırı delillerin uzak etkisi konusunda Sözleşme'ye taraf devletler veya insan hakları örgütleri arasında fikir birliği bulunmamasına dayandırmıştır. Mahkeme, yasak yollarla elde edilen deliller konusunda ceza yargılamasının devamına ilişkin kamu menfaati ile sanığın adil yargılanma hakkına ilişkin hukuksal menfaatinin dengelenmesi gerektiğini de öne sürmüştür. Daire, Madde 6 düzleminde yaptığı değerlendirmede bahsi geçen menfaatleri ele almış, ancak bu tür bir dengelemenin kötü muamele yasağının mutlak koruma sağlayan doğası gereği, Madde 3 ihlalleri kapsamında yapılamayacağını altını çizmiştir.<sup>60</sup> Mahkeme bu bağlamda, Madde 3 ihlallerine ilişkin herhangi bir istisna alanı yaratılmasının, insan onurunun üstünlüğünü zedeleyeceği ve mutlak yasakları ihlal edenlerin cezasız bırakıldığı bir uygulamayı teşvik edeceğini savunmuştur.<sup>61</sup> Mahkeme kötü muamele yasağı ihlal edilerek ulaşılan delillerin hükme esas olarak alındığı her durumda yargılamanın kategorik olarak adaletsiz hale gelebileceği riskini tanımamasına karşın, Madde 6 ihlalinin gündeme gelebilmesini yine de hukuka aykırı elde edilen delillerin hükmün tesisi bakımından etkili olmasına bağlamıştır.

Daire somut vakıda, FBM'nin suçun işleniş şekline ilişkin çıkarımlarının başvuruçunun özgür iradesiyle mahkeme önünde verdiği ikrara dayandığı, kaçırma ve kasten öldürme suçları üzerinden kurulan mahkûmiyet hükmünün tüm maddi bulguların yeni ikrara bağlanması yoluyla tesis

<sup>59</sup> 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.

<sup>60</sup> Saadi v. İtalya, §138-139.

<sup>61</sup> Gäfgen v. Almanya, §176.



edildiğini öne sürmüştür. Ulusal makamların yasak yöntemlerle elde edilen ceset, otopsi raporu ve lastik izleri gibi bulguların yargılamada suçluluğun kanıtlanması için değil, MG'nin mahkeme önündeki ikrarının teyit edilebilmesi için kullanıldığı iddiası ise, Mahkeme tarafından kabul görmüştür. Mahkeme mahkûmiyet hükmünün yalnız MG'nin ikrarı ve hukuka aykırı yollar ile erişilen ek deliller ile değil, Alman polisi tarafından gözetim altına alınan MG'nin dairesinden hukuka uygun olarak elde edilen fidye notu, suç planları ve başvuruçunun banka hesabına aktarılan para gibi doğrulayıcı deliller üzerinden tesis edildiğine de dikkat çekmiştir.<sup>62</sup>

Mahkeme, somut olay düzleminde cevaplanması gereken asıl sorunun; yargılamaya kadar olan kısım da dâhil olmak üzere sürecin kendisi ve hükmün genel olarak adaletli olup olmadığı problemi olduğunu belirtmektedir. Daire bu olayda, başvuruçunun mahkûmiyetine esas teşkil eden asıl unsurun kötü muamele tehdidi etkisiyle alınan ifade değil, hukuka uygun deliller olduğunu savunmuştur. İfade sonucu ulaşılan maddi bulguların suçluluğu kanıtlamaya yönelik ana deliller olarak kabul edilmediğine dikkat çeken Mahkeme, bu verilerin yalnız ulusal makamlar önündeki ikrarı teyit amacı taşıyan yan deliller olarak kullanıldığına vurgu yapmıştır. Bu tespit Mahkeme'nin nihai hükmü bakımından da kritik öneme sahiptir. Tespitine yönelik değerlendirmesini kararın 178 No'lu paragrafında ayrıntılı olarak açıklayan Daire, başvuruçunun ulusal mahkemeler önünde özgür iradesiyle verdiği ifadenin, Madde 3 ihlali ile ortaya çıkan hukuka aykırılık ile ihlal sonucu değerlendirmeye alınan deliller arasındaki illiyet bağıni kestğini savunmuştur.<sup>63</sup>

Mahkeme ulusal yargılama mercileri önündeki ikrarın sıhhatini değerlendirebilmek amacıyla, başvuruçunun maruz kaldığı kötü muamele ile hâkim önünde verilen ikrar beyanı arasında bir bağ olup olmadığını da incelemeye almıştır. MG, AIHM'e sunduğu başvuruda, ikrarının doğrudan maruz kaldığı kötü muamelenin bir sonucu olduğunu öne sürmüş olmasına karşın, başvuruçunun, FBM'de yürütülen duruşmanın başında ve sonunda verdiği ifadeler bu iddiasıyla çelişmektedir. Maruz kaldığı işkence tehdidine rağmen MG, mahkeme önündeki ikrarının pişmanlık ve sorumluluk alma düşüncesine dayandığını açıklamıştır. Bu nedenle Mahkeme, başvuruçunun ikrarını kötü muamele tesiri altında

<sup>62</sup> Gäfgen v. Almanya, §179.

<sup>63</sup> Gäfgen v. Almanya, §180.

verdiği iddiasını temelsiz görerek reddetmiştir. *Gäfgen v. Almanya* kararı çerçevesinde işkence eşiğine ulaşmamış kötü muamele yöntemleriyle elde edilen bulguların delil olarak değerlendirmeye alınması hususu detaylı olarak incelenmiştir. Mahkeme, yasak yöntemlerle elde edilen maddi bulguların muhakemeye dâhil edilmesinin, başvuru hakkında verilen mahkûmiyet hükmü üzerinde kayda değer bir tesiri bulunmadığına kanaat getirmiştir. MG'nin adil yargılanma hakkı çerçevesinde korunan usuli güvenceleri layıkıyla kullanabilmiş olduğunu öne süren Büyük Daire, Alman hükümetinin Sözleşme'nin 6/1 ve 6/3. maddeleri bakımından ihlali bulunmadığına hükmetmiştir.<sup>64</sup>

### **Değerlendirme ve Sonuç**

*Gäfgen v. Almanya* kararı, AİHM'in özellikle Madde 6 düzleminde en sık eleştirilen hükümlerinden biridir. Mahkeme'nin kesin ve açık tespitlerde bulunmaktan çekindiği karar, *Jalloh v. Almanya* ile başlayıp, işkence ve kötü muamele fiillerine karşı giderek daha sert bir tavır alan AİHM'in gelişen içtihadı bakımından önemli bir geri adım olarak nitelendirilebilir. <sup>65</sup>Değerlendirme kapsamında ilk olarak, Mahkeme kararının oyçokluğuyla verildiği ve azınlık görüşünün de karar metnine dâhil edildiği belirtilmelidir. Karşı oy görüşü incelememiz bakımından büyük önem taşıdığı ve çoğunluğun hükmünü nitelikli argümanlarla eleştirdiğinden bu kısımda dikkate alınacaktır. Mahkeme'nin eleştiriye konu ilk tespiti, kabul edilebilirlik düzleminde yaptığı mağdur sıfatı değerlendirmesidir. Mahkeme bu incelemeyi temelde yasak yöntemlere başvuran polisler verilen cezanın hafifliği ve adaletsizliği boyutuyla ele almıştır. Kanaatimce, karara konu vakıda mağduriyetin bertaraf edilmesinin doğal yolu; faillerin cezalarının ağırlaştırılması değil, yasak usullerle elde edilen delillerin ceza yargılamasından tamamen çıkarılmasıdır. Bu görüşler Yargıçlar Bianku ve Tulkens tarafından savunulmuş olsa da, çoğunluk tarafından benimsenmemiştir. Temel hak ve özgürlüklerin etkili korunması ve bu değerlere yönelik ihlallerin onarımı hususunda son çare (*ultima ratio*) olması gereken yaptırım ve cezalar, karar çerçevesinde Mahkeme'nin incelediği tek husus olarak karşımıza çıkmaktadır; oysa MG'nin mağduriyeti, hukuka aykırı delillerin muhakemeden çıkarılmasıyla giderilebilecek durumdadır. Kötü muamele yasağını ihlal eden memurların cezai sorumluluğu ise, Sözleşme'ye taraf

<sup>64</sup> Gäfgen v. Almanya, §187, 188.

<sup>65</sup> Dülger, s.406.

devletlerin Madde 3 istisnalarına taviz vermeyeceği anlayışının yerleşmesi bakımından önem taşır. Azınlık görüşünde de ifade edildiği gibi, kötü muamele yasağı ihlali bakımından en uygun tazmin, Sözleşme'ye aykırı yöntemlerle erişilen delillerin yargılama dışı kalmasıdır.<sup>66</sup>

Kararda esas olarak eleştirilmesi gereken kısım; Madde 6'nın 1. ve 3.fıkralarına ilişkin ihlal olmadığı yönündeki çoğunluk görüşüdür. FBM'de görülen davada kötü muamele yasağının dolaysız bir neticesi olarak ortaya çıkan maddi bulgular, MG aleyhine delil olarak kullanılmıştır. Delillere temel bir ceza muhakemesi ilkesi olan *nemo tenetur* prensibine aykırı yöntemlerle ulaşılmış olması ise, bu ihlali kabul edilemez kılmaktadır. Yargıçlar Tulkens, Ziemele, Power ve Rozakis'in bu hususu detaylı olarak irdeledikleri karşı oy yazısı, -bireyin maruz kaldığı muamelenin derecesinden bağımsız olarak- Madde 3 ihlali sayılabilecek yöntemlerle elde edilen tüm delillerin, ceza muhakemesi içerisinde yeri olmadığına vurgu yapmaktadır.

Mahkeme, yukarıda atıf yapılan *Jalloh v. Almanya* kararı çerçevesinde de paralel bir problemi ele almış, bu dava kapsamında da dışlama yasağına ilişkin net bir yanıt vermektan bilinçli olarak kaçınmıştır. Bahsi geçen kararda Mahkeme, kötü muamele yasağına aykırı olarak erişilen delillerin yargılamaya katılmasını ilke olarak reddetmemiş, bunun yerine somut olay nezdinde inceleme yapma yolunu tercih etmiştir. Bu tutum Mahkeme'nin incelemeye konu kararında da görülmekte, hukuka aykırı yollarla alınan beyan ve bu beyanlar aracılığıyla erişilen maddi deliller arasında ayırım yapma yoluna gidilmektedir.<sup>67</sup> Mahkeme'nin bu ayırma gidişinin sebepleri net olmadığı gibi, kanaatimce sağlam bir hukuki temele de dayanmamaktadır. Mahkeme'nin kesin olmayan tavrı, bu konuda uzlaşının sağlanmasını engellemekte ve Madde 3 ile koşulsuz koruma altına alınan hakların kullanımını tehlikeye atmaktadır.<sup>68</sup>

AİHM kararında, uluslararası bir mahkemenin prensipte ulusal mahkemelerin yargılama usulüne ilişkin konuları ele almaya yetkisi olmadığını ifade etmiştir. Bu görevin yerel yargılama mercilerine ait

<sup>66</sup> Gäfgen v. Almanya, Yargıçlar Tulkens, Ziemele ve Bianku'nun birleşik kısmen farklı görüşleri, §5-7.

<sup>67</sup> Gäfgen v. Almanya, Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve Power'in birleşik kısmen muhalif görüşleri, §3.

<sup>68</sup> Gäfgen v. Almanya, Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve Power'in birleşik kısmen muhalif görüşleri, §4.

olduğunu ifade eden Mahkeme, kanaatimce “güvenilir ve insan onuruna uygun yöntemlerle elde edilmiş delil” tanımını yapabilecek pozisyonudadır. Aynı yönde belirli kıstaslar öngören geçmiş Mahkeme kararları bulunduğu gibi, AİHM’in bu doğrultuda alacağı inisiyatifin özellikle demokrasi ve hukukun üstünlüğü ilkelerine adaptasyon sürecinde olan ülkeler için oldukça faydalı olacağı açıktır. Bu yönde gelişecek içtihatı duyulan ihtiyaca rağmen, AİHM, hukuka aykırı delillerin muhakemeye etkisine ilişkin kesin ve açık ölçütler belirlemekten kaçınmakta, bu durum ise Mahkeme’nin içtihadı doğrultusunda sağlanabilecek uzlaşının önüne geçmektedir. Mahkeme’nin aktif çabaları ile yaratılması gereken konsensüs; yargılama kapsamında değerlendirilemeyecek delilleri tanımlamalı, yasak delillerin kullanımının hükme etkisini açıklayarak delil toplamada yasak usullere başvuran kişilerin cezai sorumluluğuna ilişkin tespitlerde bulunmalıdır. Bu uzlaşının sağlanabileceği incelemeye konu karar gibi önemli imkânlar doğmuş olmasına karşın, Mahkeme’nin meseleyi tamamen ulusal yargı mercilerinin takdir alanı içerisinde kabul etmesi; AİHM’in Sözleşme’nin koruduğu haklara ilişkin genel olarak sağlamaya çalıştığı yeknesaklık düzleminde de anlaşılabilir değildir.<sup>69</sup> Mahkeme’nin, incelemeye konu kararlar eline geçen imkânı tereddüte mahal vermeyecek bir şekilde açıklığa kavuşturamaması, içtihat için büyük bir kayıp olarak görülmelidir. AİHM’den beklenen; kötü muamele gören şüpheli ve sanıkların fiilleri ne kadar vahşi ve haksız olursa olsun, Madde 6 nezdinde ‘adalet’in hukukun üstünlüğü ilkesine olan bağlılık ile sağlanabileceği görüşü üzerinden, Madde 3’e aykırı yollarla erişilen delillerin hâkim önüne taşınmasının, yargılamayı bütünüyle adaletsiz hale getireceğine ilişkin bir ilke kararı vermesidir. Mahkeme’nin bu yönde bir karar almaktan sürekli olarak kaçınmasının sebebi ise, hukuka aykırı deliller ve mutlak dışlama yasağına ilişkin henüz bir Avrupa konsensüsünün oluşmamış olması ve Madde 6 kapsamında yasak yöntemlerle elde edilen delillere ilişkin bir düzenleme bulunmamasıdır.<sup>70</sup>

Yasak usullerle elde edilen maddi delillerin yargılamaya dâhil edilmesine ilişkin takdir yetkisini ulusal mercilere özgüleyen AİHM, hukuka aykırı delillerin dışlanması hususunda Avrupa ülkeleri arasında dahi uzlaşının sağlanamadığını belirtmiştir. Bununla birlikte, Sözleşme kapsamına giren konular hakkında taraf devletler veya uluslararası platformda fikir birliği

<sup>69</sup> Dülger, s.394.

<sup>70</sup> Inceoğlu, s.278.

olmayışı; AİHM gibi bir mercii, kanaat oluşturma ve görüş bildirmekten alıkoymamalıdır.

Mahkeme'nin kötü muamele yasağına ilişkin kesin ve taviz vermez tutumu, özellikle *Gäfgen v. Almanya* kararında incelenen hususlar gibi tartışmalı hukuki problemler ele alındığında önem kazanmaktadır. Mahkeme'nin esas görevi, Sözleşme'nin koruduğu değerlere ilişkin prensip ve kurallar tesis etmek ve Sözleşme'ye taraf devletlere Mahkeme içtihadı düzleminde yol göstermektir. Yasak usullerle elde edilen delillerin ulusal mahkemeler önünde iradi olarak verilen ikrarın ardından dikkate alınması ise, Mahkeme'nin görüşünün aksine yargılamayı adil kılmamalıdır. Bahsi geçen deliller, mutlak bir koruma sağlayan kötü muamele yasağı ihlali ile elde edilmiş ve hükmün kurulmasına katkıda bulunmuşlardır. Kanaatimce, yalnız bu veri üzerinden de yargılamanın adaletinin zedelendiği çıkarımı yapılabilir.

Somut olayda polis, Alman hukuku ve Sözleşme'nin ihlali yoluyla ulaşılan ikrarın neticesinde JM'nin cesedinin bulunduğu iskeleye varmış, başvuru ise polis memurlarının emri ve zorlamaları sonucu yer gösterme işlemine katılmak mecburiyetinde kalarak, aleyhinde delil teşkil edecek kritik bulgulardan birinin ortaya çıkarılmasını sağlamıştır. FBM'nin hükmünde bu delillere dayanması, MG'nin iradi ikrarını yerel mahkemeler önünde vermesi ile meşrulaştırılmıştır. Mahkeme kararında, ulusal merciler önünde verilen ikrar beyanının Madde 3 ihlali sonucu oluşan hukuka aykırılık ile ihlal sonucu elde edilen deliller arasındaki “nedensellik bağıını kestiği” tespitinde bulunmuştur. Karşıt görüşte olan hâkimlerin de ifade ettiği gibi, bu tespiti kabul etmek mümkün değildir.<sup>71</sup> Bilindiği üzere ihbar ile başlayıp cezanın tesisi ve kişiselleştirilmesine kadar devam eden ceza muhakemesi süreci, alınan her karar ve uygulanan her usuli işlem ile organik bir bütündür. Bu sebeple, şüpheli veya sanığın soruşturma sırasında maruz kaldığı insanlık dışı muamele ve bu ihlalin kişi aleyhine ortaya çıkardığı tüm sonuçlar, yargılama sürecinden dışlanmalı ve sanık hakkında kurulan hükme bir katkıda bulunmamalıdır. AİHM'in *Salduz v. Türkiye* kararında da belirttiği gibi, yargılamanın bütünlüğü ve bölünmezliği ilkesi gereği, yalnız soruşturma aşamasında kısıtlanan usuli güvencelere erişim hakkı da, adil yargılanma hakkına ihlal teşkil etmektedir.<sup>72</sup>

<sup>71</sup> *Gäfgen v. Almanya*, Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve Power'ın birleşik kısmen muhalif görüşleri, §4.

<sup>72</sup> *Salduz v. Turkey*, Başvuru No. 36391/02, ECHR 2008 §58.

Mahkeme'nin Madde 6'ya ilişkin vardığı tartışmalı sonuçlardan bir diğeri ise, yasak usullerle elde edilen deliller ve bu delillerin uzak etkisi hususunda bir menfaat dengelemesi yoluna gitmiş olmasıdır. Mahkeme yasak yöntemlerle erişilen delillerin varlığı halinde, somut olay bazında bir değerlendirme yaparak, bu delillerin dışlandığı durumda zarar gören mağdur ve kamu menfaatini gözeteceğine ilişkin bir çıkarım yapmaktadır. Bu bağlamda, Mahkeme'nin hukuka aykırı delilleri ikinci bir niteleme aşamasından geçirdiği ve kendi kanaati çerçevesinde kabul edilmez bulduğu hukuka aykırılıkları farklı bir muameleye tabi tuttuğu söylenebilir. Hukuka aykırı yöntemlerle erişilen delillerin yargılamada kullanılması, Mahkeme'ye göre her durumda Madde 6 ile korunan adil yargılanma hakkına bir ihlal teşkil etmeyecektir. Mahkeme'nin tespitine "hukuka aykırılığın vahameti" gibi somutlaştırılması mümkün olmayan ve kendi içtihatlarının yanında, hukukun üstünlüğü ilkesiyle de çelişen bir dayanak kullanması sebebiyle katılabilmek mümkün değildir.

AİHM'in Madde 3 ihlaline ilişkin değerlendirmesini, kurulduğu andan bugüne dek geliştirip muhafaza ettiği içtihat ve birikimleri doğrultusunda yapmış olmasına karşın, Madde 6 çerçevesinde bu birikimi koruyup ilerletmekten çekindiği gözlenmektedir. Mahkeme, hukuka aykırı delillerin uzak etkisi konusunda karar vermek durumunda kaldığı *Gäfgen v. Almanya* hükmünde de bir kez daha kesin bir yasak tesis etmekten kaçınmıştır. Daire, içinde bulunduğu durumdan *Jalloh v. Almanya* kararına atıfta bulunarak çıkmaya çalışmış, yasak usullerle elde edilen delillerin hükmün tesisi için vazgeçilmez, kilit deliller olmadığını savunmuştur. Kanaatim, hükmün tesisindeki rolü ne olursa olsun, Madde 3 ihlali olarak nitelenen fiiller sonucunda elde edilen delillerin, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanımının reddedilmesi ve bu tutumun Madde 6 ihlali olarak ele alınması yönündedir. Aksi halde Mahkeme, hukuka aykırı delilleri mahkeme önüne taşıyan, savcı ve yargıçların fikir ve vicdanlarını yasak usullerle ulaşılan bu delillere ifşa eden bir ulusal yargılama sürecini adil bulmuş olacaktır.

AİHM'in *Gäfgen v. Almanya* kararı, yerel ceza muhakemesi ilkelerine ilişkin mühim bir saptamada bulunmuş, bu alanda sağlanan ilerlemeyi tehlikeye atmıştır. Ceza muhakemesi alanında günümüzde gelinen noktada, yasak usullerle elde edilen delillerin uzak etkisi öğretisini kabul etmeyen Mahkeme, bu tür delillerin kullanımı konusunda somut olaya ilişkin

menfaat dengelemesi yapılabileceğini savunmuştur. Maddi gerçeklere ulaşmada insan onurunu küçültmeyen, yargılama mercilerine duyulan güveni sarsmayan ve kamu vicdanını tatmin edecek bir yol izlenebilmesi amacıyla; suçun ağırlığı veya hukuka aykırılığın derecesinden bağımsız olarak, yasak usullerle ulaşılan veya bu yollarla elde edilen türev delillerin muhakemenin her kademesinden dışlanması gereklidir. Mutlak delil değerlendirme yasağı bağlamında yaratılan her tür istisna alanı, yargılamanın kategorik adaletine gölge düşürecek, tesis edilen hükme duyulan güveni sarsacaktır.

Mahkeme'nin *Jalloh v. Almanya* kararında değindiği, işkence seviyesine ulaşmış fiiller neticesinde elde edilen delillerin -beyan veya maddi bulgu niteliklerinden bağımsız olarak- muhakeme dışı bırakılmasına ilişkin içtihadı ise tartışmaya açıktır. AİHM'in aynı hukuki menfaati korumaya yönelik yasaklara başvurulması sonucu elde edilen delillerin, mahkeme önündeki değeri konusunda bu denli keskin bir ayrıma gitmesi anlaşılabilir gözükmemektedir. Madde 3'e ilişkin ihlaller mağdurun tazmini ve vasıflandırma bakımından farklılıklar gösterse de, fiillerin mağdur üzerindeki tesiri ve ihlal ettiği hukuki menfaat arasında fark yoktur. İnsan onuru ve irade serbestisi gibi temel değerleri koruyan kötü muamele yasağına tolerans ile yaklaşmak, insan onuruna saygılı hukuk devletlerince kaçınılması gereken bir tutum olmalıdır. İşkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye karşı mücadele, ancak bu muamele sonucu elde edilen her tür kazanımın ulusal mahkemeler tarafından reddedilmesiyle mümkündür.

*Gäfgenv. Almanya* kararı, AİHM'in genel perspektifi ve inceleme metodunun da eleştirilmesi sonucunu doğurmuştur. Somut olayda işkence tehdidini yönelten polis memurlarının zaman baskısı altında ve kendini savunma yetisi düşük bir çocuğun yaşam hakkını koruma amacıyla yasak usullere başvurduğu açıktır. Bununla birlikte, durumun vahameti ve çaresizliği kötü muamele yasağının ihlali suretiyle maddi bulgulara ulaşıldığı, bu bulguların ulusal mahkemelerce delil olarak değerlendirildiği ve hükmün tesisinde de bu delillere dayanıldığı gerçeğini değiştirmemektedir. Mutlak bir güvence sağlayan Madde 3 kapsamındaki yasakların özellikle bu denli kritik vakılarda korunması gereklidir.<sup>73</sup>

<sup>73</sup> Dülger, s.392.

*Gäfgen v. Almanya* hükmü, Madde 6'ya ilişkin değerlendirme bakımından yargıçları on bire karşı altı oy ile ikiye ayırmıştır. Karşıt görüş belirten hâkimler, AİHM'in kesin ve bütüncül bir yaklaşımla hukuka aykırı delillerin uzak etkisi öğretisini ilke haline getirmesi taraftarıdır. AİHM nezdinde henüz çözülmemiş olan bu problemin Mahkeme önüne tekrar getirileceği ise muhakkaktır.<sup>74</sup>Sözleşme'ye taraf tüm devletler, kamu vicdanını derinden sarsan veya önüne geçmek için her yolun denenebileceğini düşündüğü olaylarla mutlaka karşılaşacaktır. Bu anlarda dahi, işkence tehdidi veya fiillerine başvurma, bu fiillerin önüne geçmeme veya bu muamelenin getirilerini meşru bulma hukuk devletinin kendisi ve varlık sebebini riske atmadan savunulamaz. AİHM'in *Gäfgen v. Almanya* hükmü, bu sebeplerden ötürü işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye karşı mücadele ve bu ihlallere bağlı adil yargılanma hakkı düzleminde kayda değer ve onarımı güç bir geri adım olarak değerlendirilmektedir.

## KAYNAKÇA

- [1] 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.
- [2] 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.
- [3] Dülger Murat Volkan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi ile Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu", *İstanbul: TBB Dergisi* (111), 2014.
- [4] 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.
- [5] European Court of Human Rights Case Law [Online] [http://hudoc.echr.coe.int/g#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER"}](http://hudoc.echr.coe.int/g#{) (Erişim tarihi: 01.11.2016)
- [6] 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.

<sup>74</sup> Buyse, s.1600.



- [7] İnceoğlu Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul, Beta, 2002.
- [8] Önok Murat, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.