



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

BÜYÜK DAİRE

GÄFGEN – ALMANYA

(Başvuru no. 22978/05)

SONKARAR

*Bu metinde 3 Haziran 2010 tarihinde Mahkeme İçtüzüğü'nün 81. maddesine göre
düzeltme yapılmıştır.*

STRAZBURG

1 Haziran 2010

Bu sonkarar kesindir, fakat yazım düzeltmelerine tabi tutulabilir.

Gäfgen – Almanya davasında,

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Büyük Dairesi aşağıdaki yargıçlarla toplanmıştır:

Başkan: Jean-Paul Costa,

Üyeler: Christos Rozakis,

Nicolas Bratza,

Françoise Tulkens,

Josep Casadevall,

Anatoly Kovler,

Ljiljana Mijović,

Renate Jaeger,

Sverre Erik Jebens,

Danutė Jočienė,

Ján Šikuta,

Ineta Ziemele,

George Nicolaou,

Luis López Guerra,

Ledi Bianku,

Ann Power,

Nebojša Vučinić,

Yazı İşleri Müdürü: Erik Fribergh.

18 Mart 2009 ve 24 Mart 2010 tarihlerinde kapalı olarak müzakerelerde bulunan Mahkeme, 24 Mart 2010 tarihinde aşağıdaki sonkararı kabul etmiştir.

USUL

1. Bu dava, İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesine göre, bir Alman vatandaşı olan bay Magnus Gafgen ("başvurucu") tarafından 15 Haziran 2005 tarihinde Federal Almanya Cumhuriyeti'ne karşı yapılan bir başvurudan (no. 22978/05) kaynaklanmıştır.

2. Başvurucu, 1 Ekim 2002 tarihinde, bir erkek çocuk olan J.'nin nerede olduğuyla ilgili polis tarafından sorgulandığı sırada tabi tutulduğu muamelenin, Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanmış bir muamele olan işkence oluşturduğunu iddia etmiştir. Başvurucu ayrıca, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilmiş ifadesinin ceza davasında delil olarak kullanılmış olması nedeniyle, bir kimsenin kendini etkili bir şekilde savunma hakkını ve kendini suçlandırmama hakkını içeren Sözleşme'nin 6. maddesinde güvence altına alınmış bulunan adil yargılanma hakkının da ihlal edildiğini iddia etmiştir.

3. Başvuruyla ilk önce Mahkeme'nin Üçüncü Dairesi ve daha sonra Beşinci Dairesi görevlendirilmiştir (Mahkeme İçtüzüğü md. 52(1)). Başvuru 10 Nisan 2007 tarihinde, Beşinci Daire heyeti tarafından kısmen kabuledilebilir bulunmuştur. Bu heyet şu yargıçlardan oluşmuştur: *Başkan* Peer Lorenzen, *Üyeler* Snejana Botoucharova, Volodymyr Butkevych, Margarita Tsatsa-Nikolovska, Rait Maruste, Javier Borrego Borrego, Renate Jaeger, ve ayrıca *Daire Yazı İşleri Müdürü* Claudia Westerdiek.

4. 30 Haziran 2008 tarihinde kararı açıklanan Beşinci Daire heyeti ise şu yargıçlardan oluşmuştur: *Başkan* Peer Lorenzen, *Üyeler*, Rait Maruste, Volodymyr Butkevych, Renate Jaeger, Isabelle Berro-Lefèvre, Mirjana Lazarova Trajkovska, Zdravka Kalaydjieva, ve ayrıca *Yazı İşleri Müdürü* Claudia Westerdiek. Heyet oybirliğiyle, iç hukuk yollarının tüketilmediğine dair Hükümetin ilk itirazı hakkında bir karar vermenin gerekli olmadığına karar vermiştir. Bu heyet, bire karşı altı oyla, başvurucunun Sözleşme'nin 3. maddesi ihlali mağduru olduğunu iddia edemeyeceğine karar vermiştir. Bu heyet ayrıca, bire karşı altı oyla, Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

5. Başvurucu, 19 Eylül 2008 olup Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğü tarafından 26 Eylül 2008 tarihinde alınan dilekçeyle, Sözleşme'nin 3 ve 6. maddelerinin ihlal edildiği iddialarını sürdürerek, bu davanın Sözleşme'nin 43. maddesine ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 73. maddesine göre Büyük Daire önüne götürülmesini talep etmiştir. Büyük Daire içindeki Kurul, 1 Aralık 2008 tarihinde bu talebi kabul etmiştir.

6. Büyük Dairenin oluşumu, Sözleşme'nin 27(2) ve (3). fıkraları ile Mahkeme İçtüzüğü'nün 24. maddesine göre belirlenmiştir.

7. Başvurucu ve Hükümet, esas hakkında birer dilekçe (memorial) vermişler ve her biri diğerinin dilekçesini yazılı olarak cevaplamıştır. Ayrıca, Beşinci Daire Başkanı tarafından davanın yazılı aşamasına katılmalarına izin verilen J.'nin babası Frederich von Metzler ve annesi Sylvia von Metzler'in (Sözleşme md. 36(2) ve İçtüzük 44(2)) üçüncü taraf olarak görüşleri alınmıştır. Bu kişiler Frankfurt'ta avukatlık yapan E. Kempf ve H. Schilling tarafından temsil edilmişlerdir. Ayrıca, Başkanın yazılı sürece katılmasına izin verdiği Londra merkezli hükümet dışı bir uluslararası insan hakları örgütü olan Redress Trust'tan üçüncü taraf olarak görüşü alınmıştır (Sözleşme md. 36(2) ve İçtüzük 44(2) ve (3)). Bu kuruluş, Müdür C. Ferstman ve Danışman L. Oette tarafından temsil edilmiştir. Taraflar bu görüşleri cevaplamışlardır (İçtüzük md. 44(5)).

8. 18 Mart 2009 tarihinde Strazburg'taki İnsan Hakları Binasında açık bir duruşma yapılmıştır (İçtüzük md. 59(3)).

Duruşmada hazır bulunanlar:

(a) *Hükümet adına*

A. WITTLING-VOGEL, *Ministerialdirigentin*, Federal Adalet Bakanlığı,
Temsilci

J. A. FROWEIN, Max Planck Enstitüsü Karşılaştırmalı Kamu Hukuku ve
Uluslararası Hukuk Müdürü (emeritus) *Avukat*,

M. BORNMANN, Savcı, *Danışman*

J. KOCH, Bölge Mahkemesi Yargıcı, *Danışman*

(b) *Başvurucu adına*

M. HEUCHEMER, avukat, *hukukçu*,

D. SCHMITZ, avukat, *Danışman*,

B. VON BECKER, avukat, *Danışman*,

J. SCHULZ-TORNAU, avukat, *Danışman*

S. STRÖHM, *Asistan*

M. BOLSINGER, *Asistan*

Mahkeme Heuchemer ve Frowein'in açıklamalarını ve sorulan sorulara verdikleri cevapları dinlemiştir.

DAVANIN ESASI

I. DAVA KONUSU OLAYLAR

9. Başvurucu 1975 doğumlu olup, halen Almanya'nın Schwalmstadt Cezaevinde hükümlüdür.

A. J.'nin kaçırılması ve polis soruşturması

10. J., Frankfurt'ta bankacı bir ailenin en küçük erkek çocuğudur. J., bir hukuk öğrencisi olan başvurucuyu, ablasının tanıdığı bir kişi olarak biliyordu.

11. Başvurucu 27 Eylül 2002 tarihinde, o tarihte on bir yaşında olan J.'ye ablasının ceketini kendisinin evinde unuttuğunu söyleyerek kandırması ve evine götürmüştür. Başvurucu daha sonra J.'yi boğarak öldürmüştür.

12. Başvurucu daha sonra J.'nin anne babasının evine fidye isteyen bir not bırakmış, bu notta J.'nin kaçırıldığını ve kaçırılanlar tarafından bir milyon Euro istendiğini belirtmiştir. Bu notta ayrıca, çocuğu kaçırılanların bir milyon Euro'yu aldıktan ve ülkeden ayrıldıktan sonra, ailenin çocuğu yeniden görebilecekleri yazılmıştır. Başvurucu daha sonra J.'nin cesedini arabayla

Frankfurt'tan yaklaşık bir saat uzaklıktaki Birstein yakınlarında bulunan ve özel bir mülk olan bir gölete götürmüş, burada iskelenin altına bırakmıştır.

13. Başvurucu 30 Eylül 2002 gecesi 01:00 sularında fidyeyi tramvay istasyonundan almıştır. Bu andan itibaren polis başvurucuyu izlemiştir. Başvurucu paranın bir kısmını bankadaki hesabına yatırmış ve bir kısmını da evde gizlemiştir. Aynı gün öğleden sonra Frankfurt havaalanında polis tarafından yüzükoyun yere yapıştırılarak yakalanmıştır.

14. Başvurucu yaşadığı şok ve aldığı yüzeysel bereler nedeniyle havaalanındaki bir doktor tarafından muayene edildikten sonra Frankfurt Emniyet Müdürlüğü'ne götürülmüştür. Polis M. başvurucuya, çocuk kaçırma suçu işlediğinden şüphelenildiği için gözaltına alındığını söylemiş ve şüpheli olarak susma ve bir müdafii ile görüşme hakkına sahip olduğunu hatırlatmıştır. Daha sonra polis M., J.'nin yerini tespit edebilmek amacıyla başvurucuyu sorgulamıştır. Bu arada başvurucunun evinde yapılan aramada, fideden elde ettiği paranın yarısı ile suçun planlanmasına ilişkin bir not bulunmuştur. Başvurucu, çocuğun kendisini kaçıran bir başka kişi tarafından tutulduğunu dolaylı olarak söylemiştir. Başvurucunun talebi üzerine, saat 23:30'da avukat Z. ile yarım saat görüşmesine izin verilmiştir. Daha sonra başvuru, F.R. ve M.R. adlı iki kişinin çocuğu kaçırdıklarını ve göletin kenarında bir kulübede sakladıklarını söylemiştir.

15. 1 Ekim 2002 sabahı erken saatlerde, polis M. henüz göreve gelmeden önce, Frankfurt Emniyet Müdür Yardımcısı Bay Daschner (D.), bir başka polis Ennigkeit'e (E.), kaçırılan çocuğun yerini söylemesi için başvurucuyu ağır acı verecek bir muamele ile tehdit etme ve gerekiyorsa kendisine böyle bir muamelede bulunma talimatı vermiştir. D'nin başkanı olduğu birimdeki memurlar, daha önce bu tür bir muamelede bulunmayı defalarca reddetmişlerdir (bk. ayrıca aşağıda parag. 47). Bunun üzerine polis E., başvurucuya eğer çocuğun nerede olduğunu söylemezse, özel olarak eğitilmiş bir kişi tarafından kendisine iz bırakmadan, dayanılmazacak kadar ağır acı verecek bir muamelede bulunulacağını söylemiştir. Başvurucuya göre bu memur, daha sonra kendisini dev gibi iki siyah adam ile aynı hücreye kapatarak, kendisine cinsel saldırıda bulunmalarını sağlamakla tehdit etmiştir. Bu memur ayrıca elleriyle defalarca göğsüne vurmuş ve bir keresinde başını duvara çarpmıştır. Hükümet ise başvurucuya sorgulama sırasında fiziksel saldırıda bulunulduğu ve cinsel saldırıya tabi tutma tehdidinde bulunulduğu iddialarını reddetmiştir.

16. Tehdit edildiği muamelelere tabi tutulmaktan korkan başvuru, on dakika kadar sonra J.'nin cesedinin yerini söylemiştir.

17. Daha sonra başvuru, polis M. ve birkaç polisle birlikte bir arabayla Birstein'e götürülmüştür. Başvurucu, polis E. ile birlikte gitmeyi reddetmiştir. Polis olay yerine bir video kamera getirilmesi için beklemiştir. Daha sonra başvuru, amir konumundaki polisin talimatları doğrultusunda, ayrıca bu sırada videoya kaydedilirken, cesedin tam bulunduğu yeri göstermiştir. Polis J.'nin cesedini, başvurucunun dediği gibi Birstein

yakınında bulunan bir göletteki iskelenin altında bulmuştur. Başvurucu, cesedi bıraktığı yere ağaç parçacıkları üzerinde çıplak ayakla yürümeye zorlandığını ve polisin talimatları üzerine cesedin tam yerini göstermek zorunda kaldığını iddia etmiştir. Hükümet, başvurunun ayakkabısız yürümek zorunda kaldığı iddiasına karşı çıkmıştır.

18. Polis, yaptığı kriminal inceleme sonucu, Birstein yakınlarındaki göletin kenarında başvurunun arabasına ait tekerlek izleri tespit etmiştir. Başvurucu, Birstein'dan döndükten sonra dedektif polis M.'nin yaptığı sorgu sırasında, J.'yi kaçırdığını ve öldürdüğünü ikrar etmiştir. Daha sonra polis, başvurunun götürdüğü yerlerde J.'nin okul kitaplarını, sırt çantasını, J.'nin giysilerini ve fidye mektubunu yazmak için kullandığı daktilonun içinde bulunduğu konteynırı bulmuştur. 2 Ekim 2002'de J.'nin cesedinde yapılan otopsi, J.'nin boğularak öldürüldüğünü teyit etmiştir.

19. Emniyet Müdürlüğüne döndükten sonra, başvurunun annesinin tuttuğu fakat o sabah emniyete geldiğinde görüştürülmediği avukat En. ile başvurunun bu kez görüşmesine izin verilmiştir.

20. 1 Ekim 2002 tarihinde polis tarafından düzenlenen bir nota göre, Frankfurt Emniyet Müdür Yardımcısı D., o sabah J. eğer hayatta ise, yiyeceği bulunmadığı ve hava soğuk olduğu için yaşamının tehlikede olduğuna inandığını söylemiştir. Müdür Yardımcısı D., çocuğu kurtarmak amacıyla, iz bırakılmayacak şekilde başvurucuya ağır acı verileceği tehdidinde bulunması için polis E.'ye talimat vermiştir. Bu muamelenin tıbbi gözetim altında yapılacağı belirtilmiştir. D. ayrıca, bir başka polise başvurucuya verilmek üzere "gerçeği söyletme serumu" bulması için talimat verdiğini kabul etmiştir. Bu nota göre, başvurucuya yönelik tehditte bulunmanın amacı, kaçırma olayıyla ilgili ceza soruşturmasının derinleştirilmesi değil, sadece çocuğun yaşamını korumaktır. Aslında acı vermekle tehdit edilen başvurunun daha sonra J.'nin cesedinin bulunduğu yeri söylemesi üzerine, başkaca bir şey yapılmamıştır.

21. 4 Ekim 2002 tarihinde polis hekimi tarafından verilen raporda, başvurunun sol kürek kemiğinin altında 7x5 santim boyutlarında bir kan oturması, bereler ve sol kolunda ve dizinde kabuk bağlamış yaralar tespit edilmiştir. 7 Ekim 2002 tarihli raporda da, 2 Ekim 2002 tarihli muayenenin ardından başvurunun sol göğsünde 5x4 santim boyutlarında iki kan oturması ile sol kolunda, dizlerinde ve sağ bacağına lezyonlar ve kabuklu yara, ayaklarında su toplaması görülmüştür. Rapora göre bu hafif izler, bu yaralara muayeneden bir kaç gün önce sebebiyet verildiğini göstermektedir. Bu yaraların sebebi tam olarak belirlenememiştir.

22. Başvurucu, 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.

23. Başvurunun 1 Ekim 2002'de kötü muamele tehdidi nedeniyle Frankfurt Emniyet Müdür Yardımcısı D.'yi ve polis E.'yi savcılığa şikayet

etmesi üzerine, Frankfurt savcısı bu kişiler hakkında cezai soruşturma başlatmıştır.

B. Başvurucu aleyhindeki ceza davası

1. Frankfurt Bölge Mahkemesi önündeki yargılama

(a) Delillerin kabuledilebilirliği ve muhakemeye devam edilmemesiyle ilgili ilk başvurular

24. Duruşmanın ilk günü olan 9 Nisan 2003 tarihinde, müdafî ile temsil edilmekte olan başvurucu, muhakemeye devam edilmemesi* için bir ilk başvuruda bulunmuştur. Başvurucu bu talebini, ikrarda bulunmadan önce, polis E. tarafından kendisine ağır acı vermekle ve cinsel saldırıda bulunulmakla tehdit edilmiş olmasına dayandırmıştır. Başvurucu bu muamelenin, Ceza Muhakemesi Kanununun 136a maddesine (bk. aşağıda parag. 61) ve Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olduğunu belirtmiş ve aleyhindeki iddianamenin iade edilmesini istemiştir.

25. Başvurucu alternatif olarak, 1 Ekim 2002 tarihinde kendisine uygulanan şiddet tehdidinin etkileri sürdüğü sırada (*Fortwirkung*) soruşturma makamlarına verdiği ifadelere bu ceza davasında dayanılmayacağına dair bir beyanda bulunulmasını istemiştir. Başvurucu ayrıca, Ceza Muhakemesi Kanununun 136a maddesi ihlal edilmek suretiyle ikrarı alındıktan sonra soruşturma makamları tarafından çocuğun cesedi gibi bulgulara ulaşıldığı için, “zehirli ağacın meyvesi zehirli olur” (“*Fernwirkung*”) deyişi gereği, bu bulguların delil olarak kullanılmasının yasak olduğunu belirten bir beyanda bulunulmasını istemiştir.

26. İlk başvuruyla ilgili olarak, Frankfurt Bölge Mahkemesi 9 Nisan 2003 tarihinde, başvurunun muhakemeye devam edilmemesi talebini reddetmiştir. Bölge Mahkemesi, başvurunun dilekçesinde, dedektif polis E.'nin kendisini, J.'nin nerede olduğunu söylememekte direnecek olursa, iz bırakmadan daha önce hiç yaşamadığı şekilde katlanılmaz acılar verecek olan bir uzmanın helikopterle emniyete gelmekte olduğunu söyleyip tehdit ettiğini belirttiğini kaydetmiştir. Polis E, bu tehdidi güçlendirmek için helikopter pervanesinden çıktığı anlaşılan bir ses dinletmiştir. E. ayrıca başvurucuyu, kendisine anal yoldan cinsel saldırıda bulunacak olan iki tane dev gibi “Zenci” ile aynı hücreye kapatmakla ve doğduğuna pişman etmekle tehdit etmiştir. Bölge Mahkemesi, başvurunun mağdurun nerede olduğunu söylemeyecek olursa ağır acı verilmekle tehdit edildiğini kabul etmiştir. Ancak Bölge Mahkemesi, başvurunun cinsel saldırıyla tehdit edildiğinin veya başka bir şeyden etkilendiğinin kanıtlamadığı sonucuna varmıştır. Başvurucunun acıyla tehdit edilmesi, Ceza Muhakemesi

* [to discontinue the criminal proceedings: iddianamenin iadesi, Ç.N.]

Kanununun 136a maddesine ve ayrıca Anayasanın 1. maddesine ve 104(1). fıkrasına (bk. aşağıda parag. 59-60) aykırı olup, Sözleşme'nin 3. maddesini de ihlal etmiştir.

27. Ancak Bölge Mahkemesi, başvurunun anayasal haklarına aykırılık bulunmasına rağmen, bu durumun ceza davasının görülmesini engellemediğini ve dolayısıyla davaya devam edebileceğini söylemiştir. Bölge Mahkemesine göre, söz konusu sorgulama yönteminin kullanılması, kanunen yasaklanmış olmasına rağmen, ceza davasının görülmesini engelleyecek kadar savunma haklarını kısıtlamamıştır. Bir yandan başvurucuya isnat edilen suçların ağırlığı ve öte yandan soruşturmada gerçekleştirilen hukuka aykırı eylemin ağırlığı göz önünde tutulduğunda, ceza davasına devam edilmesini engelleyecek kadar hukukun üstünlüğüne istisnai ve hoş görülemeyecek bir aykırılık bulunmamaktadır.

28. Frankfurt Bölge Mahkemesi başvurunun ikinci başvurusuyla ilgili olarak, Ceza Muhakemesi Kanununun 136a(3) fıkrasına gereğince, başvurunun poliste, savcılıkta ve sorgu yargıcı önünde verdiği ifadelerin ve ikrarların ceza davasında delil olarak kabul edilemeyeceğini, çünkü bunların yasaklanmış sorgu yöntemleriyle elde edildiklerini belirtmiştir.

29. Bölge Mahkemesine göre, 1 Ekim 2002 tarihinde dedektif polis E., çocuğun nerede olduğunu söylemeyecek olursa katlanılmaz acı vermekle başvurucuyu tehdit etmek suretiyle, Kanunun 136a(1). fıkrası anlamında yasak sorgu yöntemleri kullanmıştır. Bu nedenle başvurunun bu yasak sorgu faaliyetinin bir sonucu olarak verdiği her ifade, kabuledilebilir olmayan bir delildir. Bu delil dışlama (*Beweisverwertungsverbot*) işlemi, sadece yasadışı tehditten hemen sonra verilen ifadeleri değil, ama Ceza Muhakemesi Kanununun 136a maddesinin ihlalinin sonuçları devam ettiği sürece, o günden itibaren soruşturma makamlarına verilen bütün diğer ifadeleri de kapsar.

30. Bölge Mahkemesine göre, yasak yöntemlerin kullanılması suretiyle sebep olunan usulsüzlük ancak, başvurunun sonraki ifadesi sırasında, acıya tabi tutma tehdidinin bir sonucu olarak verdiği önceki ifadelerinin aleyhine delil olarak kullanılmayacağı şeklinde kendisine bir bilgi verilmiş olması halinde giderilebilirdi. Ancak başvurucuya sadece ifade vermeme hakkı bulunduğu söylenmiş, başvurucuya hukuka aykırı elde edilen delillerin kabuledilebilir olmadığına dair bir bilgi verilmemiştir. Dolayısıyla başvurunun sonraki ifadelerini vermeden önce yapılan bilgilendirme, bir “nitelikli bilgilendirme” (*qualifizierte Belehrung*) olmamıştır.

31. Ancak Bölge Mahkemesi, delil olarak kabul edilmeyecek şeyleri söz konusu bu ifadelerle sınırlamıştır. Bölge Mahkemesi, yasaklanmış yöntemlerle kendisinden alınan ifadeler sonucu soruşturma makamları tarafından öğrenilen çocuğun cesedi gibi bulguların, ceza davasından dışlanacaklarına ve kullanılmayacaklarına dair bir beyanda bulunulması için başvurunun yaptığı başvuruyu reddetmiştir. Bölge Mahkemesi şöyle demiştir:

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

(b) Bölge Mahkemesinin hükmü

32. Yukarıda anlatılan duruşmanın ilk oturumunda başvurunun ön başvurularına ilişkin verilen kararın ardından yargılamaya devam edilmiştir. Başvurucu ertesi gün verdiği ifadede J.’yi öldürdüğünü kabul etmiş, fakat başlangıçta böyle bir şey yapmak istemediğini söylemiştir. Başvurucunun müdafii başvurunun ikrar etmekle, 1 Ekim 2002 tarihinde kullanılan sorgulama yöntemlerine rağmen, işlediği suçun sorumluluğunu üzerine almak istediğini söylemiştir. Yargılama ilerledikçe, başvurunun ilk ifadesinin bir sonucu olarak elde edilmiş olan ve dışlanmasını istemiş olduğu bulgular, duruşmada ortaya koyulmuştur. Başvurucu, 28 Temmuz 2003 tarihindeki son oturumda, çocuğu başlangıçtan itibaren öldürmek istediğini kabul etmiştir. Başvurucu ikinci ikrarını, “bu ağır suçu kabul etmiş olmasının tek yolu” ve “çocuğun öldürülmesinden dolayı mümkün olan en büyük özür” olarak tanımlamıştır.

33. Frankfurt Bölge Mahkemesi 28 Temmuz 2003 tarihinde başvurunuyu, başka şeylerin yanında, mağdurun ölümüne sebep olacak şekilde zorla kaçırma ve öldürme suçlarından mahkum etmiştir. Bölge Mahkemesi suçun azami cezayı gerektiren özel bir ağırlığa sahip olduğunu belirterek, başvurunuya ömürboyu hapis cezası vermiştir (bk. aşağıda parag. 63).

34. Bölge Mahkemesi, duruşma sırasında başvurunun susma hakkı ve önceki ifadelerinin delil olarak kullanılmayacağı konusunda yeniden bilgilendirildiğini ve böylece gerekli olan nitelikli bilgilendirmenin yapıldığını belirtmiştir. Başvurucu, nitelikli bilgilendirmenin ardından, J.’yi kaçırıp öldürdüğünü ikrar etmiştir. Başvurucunun duruşma sırasında suçun planlanmasıyla ilgili beyanları, mahkemenin olayları tespitinde tek temel değilse bile esaslı bir temel oluşturmuştur. J.’nin ablasının ifadesi, fidye mektubu ve başvurunun evinde bulunan suçun planlanmasıyla ilgili bir not, başvurunun bu beyanlarını doğrulamıştır. Suçun işlenişiyile ilgili maddi olayların tespiti, münhasıran başvurunun yargılama sırasındaki ikrarına dayandırılmıştır. Diğer bulgular, başvurunun doğru söylediğini göstermiştir. Bu bulgular arasında çocuğun ölüm sebebi hakkında otopsi

raporu, çocuğun cesedinin bulunduğu göletin kenarında başvuruçunun arabasının lastik izleri ve fidyeden elde edilip evde bulunan ve banka hesabına yatırılan paraların yer aldığı belirtilmiştir.

35. Bölge Mahkemesi suçunun ağırlığını değerlendirirken, başvuruçunun on bir yaşında bir çocuğu öldürmüş olduğunu ve kendisi için yarattığı zengin ve başarılı genç avukat imajını korumak için bir milyon Euro fidye istediğini gözlemlemiştir. Bölge Mahkemesi, başvuruçunun herşeyin kanıtlanmasından sonra ikrarda bulunduğu ve bu ikrarının “hiç değeri bulunmadığı” şeklinde savcılığın ve iddia makamı yanında davaya katılanların görüşlerine katılmamıştır. Ceza Muhakemesi Kanununun 136a(3). fıkrası uyarınca önceki ikrarları delil olarak kullanılamamış olmasına rağmen, başvuruçunun duruşmada tam bir ikrarda bulunmayı istemiş olması, hafifletici bir faktördür. Ancak başvuruçunun bu ikrarı vermemiş olsaydı bile, mağdurun ölümüne sebebiyet verecek şekilde zorla kaçırma suçundan mahkum olabilirdi. Başvuruçunun, fidyeyi aldıktan sonra polis tarafından izlenmiş, fidyeyle elde edilen paraların bir kısmı oturduğu dairede ve bir kısmı banka hesabında bulunmuştur. Dahası, J.’nin cesedinde yapılan otopsi, çocuğun boğularak öldürüldüğünü kanıtlamıştır. J.’nin cesedinin bulunduğu yerde, başvuruçunun arabasının tekerlek izleri tespit edilmiştir.

36. Bölge Mahkemesi ayrıca, başvuruçunun Ceza Muhakemesi Kanununun 136a maddesinde yasaklanmış sorgulama yöntemleriyle sorgulanmış olduğunu tespit etmiştir. Bölge Mahkemesine göre, Frankfurt dedektif polisi D. ile polis E.’nin bu tehditler nedeniyle suçlu olup olmadıkları veya ne ölçüde suçlu oldukları, kendileri aleyhinde devam eden soruşturmanın sonucunda belli olacaktır. Ancak bu görevlilerin iddia konusu yasadışı eylemleri, başvuruçunun işlediği suçu hafifletmemiştir. Yürütme organına mensup polislerin yanlış hareketleri, yargı organının maddi olayları hukuka göre değerlendirmesini engellemez.

2. Federal Adalet Mahkemesi önündeki yargılama

37. Başvuruçunun ertesi günü, mahkumiyet kararına karşı Federal Adalet Mahkemesine temyizde bulunmuştur. Başvuruçunun, Bölge Mahkemesinin 9 Nisan 2003 tarihli kararında, muhakemeye devam edilmemesine dair ön başvurusunu reddetmesi nedeniyle şikayetçi olmuştur. Bölge Mahkemesi ayrıca, yasaklanmış yöntemlerle alınan ifadeler sonucu soruşturma makamları tarafından öğrenilen çocuğun cesedi gibi bulguların, ceza davasında kullanılmayacaklarına dair bir beyanda bulunmayı da reddetmiştir. Başvuruçunun 9 Nisan 1993 tarihli temyiz talebinin gerekçeleriyle birlikte, bu başvurularının birer kopyasını da eklemiştir. Başvuruçunun ayrıca, muhakemeye devam edilmemesi ile polisin kendisine karşı işkence tehditleriyle ilgili başvurusunu reddeden 9 Nisan 2003 tarihli Bölge Mahkemesi kararını ve Federal Adalet Mahkemesinin delil dışlamanın ve muhakemenin engellenmesinin “ötesine sıçrayan” tutumuyla ilgili

gelişmekte olan içtihatlarını eklemiştir (“*dass ein derartiges Verhalten das Verwertungsverbot ‘überspringt’ und ein Verfahrenshindernis begründet*”).

38. Federal Savcı 9 Mart 2004 tarihinde verdiği mütalaada, başvurunun temyizinin açıkça temelsiz olduğunu belirterek reddedilmesini istemiştir. Savcı, yasak sorgu yöntemlerinin kullanılmış olmasının ceza davasının görülmesini engellemediğini iddia etmiştir. Ceza Muhakemesi Kanununun 136a maddesi sadece, açıkça sıralanmış olan yasak yöntemlerle elde edilen bulguların delil olarak dışlanmasını öngörmüştür. Oysa başvuru Ceza Muhakemesi Kanununun 136a(3). fıkrasına aykırılık şikayetinde bulunmamıştır. Her halükarda böyle bir şikayetin hiçbir temeli yoktur; çünkü Bölge Mahkemesi, başvurunun önceki ifadelerinin delil olarak kabul edilmeyeceğine dair bilgilendirmede bulunduktan sonra, başvurunun sadece duruşmada verdiği ikrarı kullanmıştır.

39. Federal Adalet Mahkemesi, 21 Mayıs 2004 tarihli kararıyla her hangi bir gerekçe göstermeden başvurunun temyiz talebini temelsiz bularak reddetmiştir.

3. Federal Anayasa Mahkemesi önündeki yargılama

40. Başvuru 23 Haziran 2004’te Federal Anayasa Mahkemesine şikayette bulunmuştur. Başvuru dava konusu olayları ve itiraz konusu kararları özetledikten sonra, 1 Ekim 2002 sabahı polis tarafından sorgulanma biçimiyle ilgili olarak Anayasanın 1(1). fıkrasının ve 104(1). fıkrasının ikinci cümlesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Başvuru, çocuğun nerede olduğunu söylemeyecek olursa, işkence ve cinsel saldırıyla tehdit edildiğini belirtmiştir. Bu muamele, olayın şartları içinde, Sözleşme’nin 3. maddesindeki işkenceyi oluşturur ve Anayasanın 104(1). fıkrasına aykırıdır. Bu muamele ayrıca, söz konusu maddelerin merkezinde yer alan ve Anayasanın 1. maddesindeki mutlak bir hak olan insan onuru hakkını ihlal eder. Bu haklı gösterilemeyecek insan hakları ihlalleri, öldürme suçuyla ilgili ceza davasının görülmesini ve yasak yöntemlerle ikrar alınması sonucu elde edilen delillerin kullanılmasını engellemeliydi.

41. Federal Anayasa Mahkemesi 14 Aralık 2004’te üç yargıçlı bir kurul olarak toplanmış ve başvurunun anayasa şikayetini kabuledilemez bulmuştur.

42. Anayasa Mahkemesine göre ilk olarak başvuru, ceza mahkemelerinin muhakemeye devam edilmemesiyle ilgili taleplerini reddetmiş olmalarından şikayet etmiş, ancak bu şikayetini yeterince temellendirememiştir. Anayasa Mahkemesi, Bölge Mahkemesinin polisin başvurucuya acı tehdidinde bulunmasının Ceza Muhakemesi Kanununun 136a maddesini ve Sözleşme’nin 3. maddesini ihlal ettiğini ve başvurunun Anayasanın 1(1). fıkrası ile 104(1). fıkrasının ikinci cümlesine aykırı davranıldığını söylediğini gözlemlemiştir.

43. Ancak dava dışında temel hakların ihlal edilmiş olması, ceza mahkemesinin yargılama sırasında yaptığı tespitlere dayanarak verdiği bir kararın anayasaya aykırı olduğu sonucuna varmayı gerektirmez. Mevcut olayda ceza mahkemeleri, polis tarafından kullanılan soruşturma yöntemlerinin yasak olduğunu tespit etmişler, fakat bu tespitten çıkarılacak hukuki sonuçlar konusunda başvurucudan farklı düşünmüşlerdir. Ceza mahkemeleri söz konusu davranışların bir sonucu olarak elde edilen ifadelerin kullanılamayacağı, fakat ceza davasının devam etmesine karşı özel bir engel bulunmadığı görüşünü kabul etmişlerdir.

44. Anayasa Mahkemesine göre, yasak sorgu yöntemlerinin kullanılmasıyla oluşan usule ilişkin kusurun, ceza mahkemeleri tarafından telafi edildiği söylenebilir; çünkü ceza mahkemeleri bu şekilde elde edilen ifadelerin kabulünü yasaklamışlardır. Bu yasak, ilgili kişinin haklarına aykırılıkları telafi etmek için, Ceza Muhakemesi Kanununun 136a(3). fıkrasında öngörülmüştür. Ancak ceza davasının görülmesine engel oluşturabilecek önemli usule ayrılık koşulları kanunda yer almamıştır. Bu durumda başvuru, söz konusu soruşturma yöntemlerinin niçin sadece bu suretle elde edilmiş ifadelerin kullanılmasını yasaklamakla kalmaması, fakat ayrıca aleyhindeki ceza davasının görülmesine karşı bir engel oluşturması gerektiğini açıklayamamıştır.

45. Federal Anayasa Mahkemesi ikinci olarak, başvurunun Bölge Mahkemesinin tehdit altında alınan ikrarın bir sonucu olarak elde edilen bulguların davadan dışlanması talebini reddetmesiyle ilgili olarak başvurunun yaptığı anayasa şikayetini de temelsiz bulmuştur. Anayasa Mahkemesi başvurunun bu meseleyi Federal Adalet Mahkemesi önünde ileri sürmemiş olduğunu belirtmiştir.

46. Federal Anayasa Mahkemesinin bu kararı 22 Aralık 2004'te başvurunun avukatına tebliğ edilmiştir.

C. Sonraki olaylar

1. Polisler aleyhindeki ceza davası

47. Bölge Mahkemesi 20 Aralık 2004'te, Frankfurt Emniyet Müdür Yardımcısı D. ile polis E. hakkında kararını açıklamıştır. Bölge Mahkemesi, 1 Ekim 2002 sabahı D.'nin, polis tutanağında gösterildiği şekilde, başvuruca acı vererek sorguya tabi tutulması emri verdiğini belirtmiştir (bk. yukarıda parag. 20). Böylece D., J.'nin kaçırılması olayını soruşturan kendisine bağlı birimlerin başkanlarının tavsiyelerine aykırı davranmıştır. Bu birimlerin başkanları, D.'nin daha önce 30 Eylül 2002'de ve daha sonra 1 Ekim 2002 sabahı verdiği bu yöndeki emirlerine iki kez karşı çıkmışlardır. Birim başkanları bu emirlere direnmişler, bunun yerine başvuruca bir kez daha sorgulamayı ve J.'nin ailesiyle yüzleştirmeyi önermişlerdi. Daha sonra D., başvurunun işkenceyle tehdit edilmesi ve gerekirse işkence yapılması

konusunda E.'ye talimat vermiştir. Acı verme işlemi, tıbbi gözetim altında, iz bırakmadan, emniyete helikopterle getirilecek olan başka bir eğitimli polis tarafından yapılacaktır. Polis doktoru, D.'nin emrinin yerine getirilmesi sırasında bulunmayı kabul etmiştir. Bölge Mahkemesi, bu muamelenin amacının, başvuru tarafından saklanmış olan ve D.'nin yaşamının büyük risk altında olduğuna inandığı J.'yi kurtarmak olduğunu kaydetmiştir. Bu nedenle E., D.'nin emrettiği tarzda başvurucaı tehdit etmiş ve gerçeğı söyletme serumu verileceğini bildirmiştir. Yaklaşık on dakika sonra, başvurucaı J.'yi Birstein yakınlarındaki göletteki iskelenin altına gizlediğini ikrar etmiştir.

48. Bölge Mahkemesi bu sorgu yönteminin hukuka uygun olmadığını gözlemlemiştir. Bölge Mahkemesi, Anayasanın 1. maddesindeki insan onurunu ihlal eden bu yöntemin kullanılmasının 'gerekliliğı' savunmasını reddetmiştir. İnsan onuruna saygı, Anayasanın 104(1). fıkrasının ikinci cümlesinin ve Sözleşme'nin 3. maddesinin de merkezinde yer almaktadır. İnsan onurunun korunması mutlak olup, hiçbir istisnaya veya menfaatlerin dengelenmesine izin vermez.

49. Frankfurt Bölge Mahkemesi, dedektif polis E.'yi, memurun görevi sırasında zor kullanması suçundan mahkum etmiştir. Ancak Bölge Mahkemesi, günlüğü 60 Euro'dan 60 gün karşılığı para cezası vermiş ve sanığı uyararak bu cezayı ertelemiştir. Sanık erteleme süresi içinde başka bir suç işleyecek olursa, bu para cezasını ödeyecektir. Bölge Mahkemesi ayrıca, Frankfurt Emniyet Müdür Yardımcısı D.'yi de görevi sırasında astı E.'yi zor kullanmaya teşvik ettiği için mahkum etmiş, günlüğü 90 Euro'dan 120 gün karşılığı para cezası vermiş ve cezayı ertelemiştir. Başvurucaı bu dava sırasında tanık olarak ifade vermiştir.

50. Bölge Mahkemesi sanıkların cezasını belirlerken önemli hafifletici nedenler bulunduğunu kabul etmiştir. Bölge Mahkemesi, sanıkların tek kaygılarının J.'nin yaşamını kurtarmak olduğunu ve üst makamlara ve kamuoyuna karşı sorumlulukları gereğı ağır baskı altında bulunduklarını göz önünde tutmuştur. Sanıklar o sırada çok yorulmuş olup, çok gerilimli ve heyecanlı bir durumdadırlar. Sanıkların daha önce mahkumiyetleri yoktur. Ayrıca, polis soruşturma dosyasındaki tutanağı göre Emniyet Müdür Yardımcısı D., eylemlerini açıklamak ve kabul etmek suretiyle sorumluluğı üstlenmiştir. Dava uzun bir süre devam etmiş ve yoğun bir medya ilgisiyle karşılaşmıştır. Sanıkların mesleki kariyerleri zarar görmüştür; çünkü D., Hessen İçişleri Bakanlığına nakledilmiş, E. ise suçları soruşturma görevinden alınmıştır. Ayrıca sanıkların davası gibi çelişkili bir olay, bir Alman ceza mahkemesi tarafından ilk kez değerlendirilmiştir. Öte yandan Bölge Mahkemesi, D.'nin E.'ye emir vermesinden önceki gece de güç kullanılması emri verdiği için spontane hareket etmiş olmamasını, ağırlaştırıcı bir faktör olarak dikkate almıştır. Ayrıca sanıklar, başvurucaının öldürme suçundan mahkum edilmesini risk altına sokmuşlardır. Bölge Mahkemesi son olarak, bu olayda kamu düzeninin korunması gereğinin para

cezalarının infaz edilmesini gerektirmediğini belirtmiştir. Sanıkların mahkumiyetleri vasıtasıyla, bir devlet görevlisinin bilgi edinmek için güç kullanılması emri vermesinin hukuka aykırı olduğu açıklanmıştır.

51. Bu karar, 20 Aralık 2004'te kesinleşmiştir.

52. Daha sonra D., Emniyet Genel Müdürlüğü Teknoloji, Lojistik ve İdare Başkanı olarak atanmıştır.

2. İdarenin sorumluluğuyla ilgili başvurunun açtığı dava

53. Başvurucu 28 Aralık 2005 tarihinde, Hesse *Eyaletine* karşı tazminat davası (official liability) açabilmek için adli yardım almak üzere Frankfurt Bölge Mahkemesine başvurmuştur. Başvurucu polis soruşturması sırasında uygulanan yöntemler nedeniyle travma gördüğünü, psikolojik tedavi ihtiyacı içinde olduğunu iddia etmiştir.

54. Frankfurt Emniyet Müdürlüğü 27 Mart 2006 tarihinde bu başvuruya karşı verdiği cevapta, 1 Ekim 2002 sabahı E.'nin başvurucuyu sorgularken yaptığı muamelenin hukuken zorlama olarak nitelendirilemeyeceğini ve görevi kötüye kullanma oluşturmadığını savunmuştur.

55. Frankfurt Bölge Mahkemesi 28 Ağustos 2006 tarihinde başvurunun adli yardım talebini reddetmiştir. Başvurucu bu karara karşı Üst Mahkemeye başvurmuştur.

56. Frankfurt Üst Mahkemesi, 28 Şubat 2007 tarihinde başvurunun üst başvurusunu reddetmiştir. Bölge Mahkemesi tarafından gösterilen gerekçeleri benimseyen Üst Mahkemeye göre, özellikle polisler D. ve E. başvurucuyu tehdit ederken, dokunulmaz olan insan onurunu ihlal etmişler ve böylece resmi görevlerine aykırı davranmışlardır. Ancak Üst Mahkemeye göre başvuru, işkence tehdidi ile manevi zarar arasındaki nedensellik bağına kanıtlayabilecek durumda değildir. Bu memurların yaptıkları tehdit, bir çocuğun öldürülmesinin yarattığı travma ile karşılaştırıldığında ihmal edilebilir düzeydedir. Kaldı ki, başvurunun dediği gibi polis E. kendisini tartaklamış, başını duvara çarpmasına sebep olmuş veya göğsünde bere oluşturacak şekilde bir kez vurmuş olsa bile, böylesi fiziksel bir zarar, tazminat ödemeyi gerektirmeyecek kadar hafiftir. Dahası, işkence tehdidiyle insan onurunun ihlal edilmiş olması, başvurucuya tazminat ödenmesini gerektirmez, çünkü başvurunun ifadelerinin delil olmaktan dışlanması ve polislerin mahkum edilmeleri, başvurucuyu yeterince tatmin etmiştir.

57. Başvurunun yaptığı anayasa şikayeti, Federal Anayasa Mahkemesi tarafından 19 Ocak 2008 tarihinde kabul edilmiş, Üst Mahkeme kararı bozulmuş ve dosya yeniden Üst Mahkemeye gönderilmiştir. Anayasa Mahkemesine göre Üst Mahkeme, adli yardım talebini reddetmekle, mahkemeye başvurma konusunda eşitlik ilkesini ihlal etmiştir. Anayasa Mahkemesine göre Üst Mahkeme, başvurunun işkence tehdidini kanıtlayamayacağını söylemekle spekülasyonda bulunmuştur. Ayrıca başvurunun sorgu sırasında aldığını iddia ettiği fiziksel yaraların

öneminin az olduğunu söylemek kolay değildir. Dahası, başvurucunun tatmin edilmiş olmasına rağmen insan onurunun ihlal edilmiş olması nedeniyle tazminat alma hakkı bulunup bulunmadığı zor bir hukuki sorun olup, bu konuda temyiz mahkemesinin emsal kararı bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu mesele adli yardım davasıyla karara bağlanamaz.

58. Dava, dosyanın gönderildiği Frankfurt Mahkemesi’nde halen devam etmektedir.

II. KONUYLA İLGİLİ İÇ HUKUK, ULUSLARARASI KAMU HUKUKU VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK İLE UYGULAMA

A. İç hukuk hükümleri

1. Anayasa

59. Anayasanın insan onurunun korunmasıyla ilgili 1(1). fıkrası şöyledir:

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

60. Anayasanın tutulan kişilerin haklarıyla ilgili 104(1). fıkrasının ikinci cümlesi şöyledir:

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

2. Ceza Muhakemesi Kanunu

61. Ceza Muhakemesi Kanununun yasak sorgu yöntemleri (*verbotene Vernehmungsmethoden*) ile ilgili 136a maddesi şöyledir:

“(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 sanığı 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.

3. Ceza Kanununu

62. Ceza Kanununun 211. maddesine göre, bir kimsenin öldürülmesinde açgözlülük, ihanet veya başka bir suçu gizlemek gibi ağırlaştırıcı unsurların

bulunması halinde, bu öldürme nitelikli öldürme [murder] olarak nitelendirilir. Nitelikli öldürmenin cezası ömür boyu haptir.

63. Ceza mahkemesinin sanığın suçunun özel bir ağırlığa sahip olduğunu söylemesi, başka şeylerin yanında, sanık hakkında daha sonra verilebilecek koşullu salıverme kararı üzerinde etkisi olabilir. Ceza Kanununun 57a maddesi, hükümlü hapis cezasının on beş yılını çekmiş ise, kamu güvenliği bakımından haklı görülmesi ve sanığın suçu cezasının infazının devamını gerektirmemesi halinde, ömür boyu hapis cezasının kalan kısmının askıya alınabileceğini söylemektedir.

B. Uluslararası kamu hukuku hükümleri

64. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1984 tarihinde kabul edilen (39/46 sayılı karar) ve 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe giren İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin bazı hükümleri şöyledir:

Madde 1

“1. Bu Sözleşme bakımından “işkence”, bir kimseye, kendisinden bir ikrar veya üçüncü kişiyle ilgili bilgi elde etmek, kendisinin veya üçüncü kişinin işlediği veya işlediğinden şüphelenilen bir fiil nedeniyle cezalandırmak, kendisine veya üçüncü kişiye gözdağı vermek veya zorlamak amacıyla veya ayrımcılığa dayanan her hangi bir gerekçeyle, bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir kişi tarafından veya bu kişilerin teşviki veya rızası veya muvafakatiyle üçüncü kişi tarafından, kasten işlenen ve işlendiği kimseye fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı veya ıstırap veren her hangi bir fiildir. Kanuni yaptırımlardan kaynaklanan veya yaptırımın doğasında bulunan veya bu yaptırımlarla rastlaşan acı veya ıstırap, işkence sayılmaz.”

Madde 15

“Her bir Taraf Devlet, işkence sonucu alındığı ortaya çıkan bir ifadenin, işkence yapmaktan sanık bir kimsenin aleyhine bu beyanın alındığına dair bir delil olarak kullanılması hariç, hiç bir yargılamada delil olarak ileri sürülememesini sağlar.”

Madde 16

“1. Her bir Taraf Devlet kendi egemenliği altındaki bir ülkede, birinci maddede tanımlanan işkenceye varmayan diğer zalimane, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza fiillerinin bir kamu görevlisi ve resmi sıfatla hareket eden bir diğer kimse tarafından veya bu kimsenin teşviki veya rızası veya muvafakati ile işlenmesini önlemeyi taahhüt eder. Sözleşmenin özellikle 10, 11, 12 ve 13. maddelerinde yer alan yükümlülükler, işkence sözcüğü yerine diğer zalimane, insanlıkdışı veya aşağılayıcı bir muamele veya ceza terimleri koyularak uygulanır.”

C. Diğer insan hakları izleme organlarının ve ulusal mahkemelerin pratikleri

1. İşkence tehditlerinin hukuki niteliği

65. İşkence ve diğer insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele yasağının yerine getirilmesini izleyen bir çok kuruluş, bir kimseyi fiziksel yaralamaya tabi tutma tehditleri bağlamında bu yasağın kapsamı konusunda açıklamalarda bulunmuşlardır.

66. İnsan Hakları Amerikan Mahkemesi, 27 Kasım 2003 tarihli *Maritza Urrutia – Guatemala (Esas, Onarımlar ve Giderler)* kararında (Seri C No. 103) şöyle demiştir:

“85. Mahkeme, Maritza Urrutia hukuka aykırı ve keyfi olarak tutulu bulunduğu sırada devlet görevlilerinin kendisine yaptıkları muamelelerle ilgili olarak, mağdur olduğu iddia edilen bu kişinin başına bir başlık geçirildiğinin, uyumasını engelleyen ışığı yanan ve sesi sonuna kadar açık bir radyonun bulunduğu bir odada yatağa kelepçeyle bağlandığının kanıtlandığı kanaatindedir. Maritza Urrutia ayrıca, çok uzun süren sorgulamalara tabi tutulmuş, bu sorgular sırasında kendisine işkence izleri taşıyan veya çatışmada öldürülmüş kişilerin fotoğrafları gösterilmiş ve ailesinin kendisini aynen bu halde bulacakları söylenerek tehdit edilmiştir. Devlet görevlileri ayrıca, eğer işbirliği yapmayacak olursa, kendisini işkenceyle veya aile üyelerini veya kendisini öldürmekle tehdit etmişlerdir. Bu amaçla devlet görevlileri, kendisine kendisinin ve ailesinin fotoğraflarını ve kendisinin eski kocasına yazdığı mektupları gösterilmiştir (yukarıda parag. 58.6). Son olarak Maritza Urrutia, bir video filminde yer almaya zorlanmış, daha sonra iki Guatemala televizyon kanalında yayımlanan bu filmde kendi iradesine aykırı olarak beyanlarda bulunmuş, burada söylediklerini salıverildikten sonra yapılan bir basın toplantısında onaylamaya zorlanmıştır (yukarıda parag. 58.8 ve 58.9). ...

92. Fiziksel veya psikolojik işkencenin her biçimini mutlak surette yasaklayan uluslararası hukuk düzeni gelişmiştir; psikolojik işkenceyle ilgili olarak, bir kimseyi fiziksel biçimde zarar verici muamelelerle tehdit etmenin veya bu muamelelere tabi tutmaya yönelik gerçek bir tehlikenin moral bir ıstırap verdiği belirli koşullarda, bunun ‘psikolojik işkence’ olarak görülebileceği kabul edilmiştir. ...

98. Yukarıda anlatılanlar ışığında Mahkeme, devletin Maritza Urrutia’ya karşı Amerikan Sözleşmesi’nin 1(1). fıkrasıyla bağlantılı olarak 5. maddesini ve İşkenceye karşı Amerikan Sözleşmesi’nin 1 ve 6. maddelerini ihlal ettiği sonucuna vardığını açıklar.

67. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu Özel Raportörü, işkence ve diğer zalimane, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya cezalar hakkında Genel Kurula sunulan 3 Temmuz 2001 tarihli raporunda (UN Doc. A/56/156) şöyle demektedir: “*İnsan Haklar Komitesinin Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin 7. maddesi hakkında 20 No.lu Genel Yorumunda söylendiği gibi, Özel Raportör Hükümetlere işkence yasağının sadece fiziksel acılara sebep olan eylemlerle ilgili olmadığını, ama ayrıca gözdağı ve diğer tehdit biçimleriyle mağdura*

zihinsel ıstırap veren eylemlerle de ilgili olduğunu hatırlatmak ister” (§3). Raportör, “fiziksel işkence tehdidinin kendisinin de işkence oluşturabileceğine” işaret etmiştir (§7). Raportöre göre ayrıca, “ölüm tehditleri gibi, mağdurun veya üçüncü bir kişinin fiziksel bütünlüğüne yönelik ciddi ve güvenilir tehditler, zalimane, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele ve özellikle mağdur kanun adamlarının elinde bulunduğu zaman işkence bile oluşturabilir” (§8).

68. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, *Estrella – Uruguay* davasında (şikayet No. 74/1980) kabul ettiği Görüşünde, bir piyanist olan şikayetçinin “yıkıcı faaliyetlerini kabul etmeye zorlamak için, ağır fiziksel işkenceye ve ellerinin elektrikli testere ile kesileceği tehdidi gibi psikolojik işkenceye tabi tutulduğunu tespit etmiştir (§8.3). İnsan Hakları Komitesi şikayetçinin, Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin 7. maddesini ihlal eden bir işkenceye tabi tutulduğunu kabul etmiştir (ICCPR) (§ 10).

2. İşkence veya diğer yasak kötü muameleler sonucu elde edilen delillerin kabulü: dışlama kuralı

(a) Sözleşme’ye Taraf Devletler

69. Mahkeme’nin önündeki materyaller, Sözleşme’ye Taraf Devletlerde dışlama kuralının kapsamı konusunda açık bir konsensüs bulunmadığını göstermektedir.

(b) Diğer insan hakları izleme organları

70. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, işkence veya zalimane, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza (ICCPR md. 7) hakkında 30 Mayıs 1982 tarihli 7 No.’lu Genel Yorumunda şöyle demiştir:

“1. ... Sözleşme’nin 2. maddesiyle birlikte yorumlanan 7. maddeden çıkan sonuca göre devletler, belirli bir kontrol sistemi vasıtasıyla etkili bir koruma sağlamak zorundadırlar. Kötü muamele konusundaki şikayetler yetkili makamlar tarafından etkili bir biçimde soruşturulmalıdır. Suçlu bulunanlar cezalandırılmalı; mağdur olduğunu iddia edenler, kendilerine tazminat ödenmesini sağlayacak yollar dahil, etkili hukuk yollarına sahip olmalıdırlar. Kontrolü etkili kılacak koruyuculardan bir tanesi de ... işkence veya Sözleşme’nin 7. maddesine aykırı diğer muameleler yoluyla elde edilen ikrarların veya diğer delillerin mahkemeler tarafından kabul edilmemesini sağlayan hükümlerdir. ...”

71. İşkence veya zalimane, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza hakkında 7 No.’lu Genel Yorumun yerine daha sona 10 Mart 1992 tarihli Genel Yorum geçirilmiştir. Bu Yorumda şöyle denmektedir:

“12. İşkence veya diğer yasak muamelelerle elde edilen ikrarların veya diğer ifadelerin bir davada delil olarak kabulünün kanun tarafından yasaklanması, Sözleşme’nin 7. maddesindeki ihlallerin caydırılması bakımından büyük önem taşır.”

72. Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşme'nin uygulanmasını izleyen İşkenceye Karşı Komite, 11 Mayıs 1998 tarihli Almanya hakkında Sonuçlandırıcı Gözlemlerinde (doc. no. A/53/44) şu tavsiyede bulunmuştur: “Sözleşme'nin 15. maddesinin katı bir şekilde uygulanması için özen gösterilmeli ve doğrudan veya her türlü davada dolaylı olarak işkenceyle elde edilmiş bütün delillerin karar verecek olan yargıcın önüne gelmesi kesinlikle engellenmelidir” (bk. §193).

(c) Diğer devletlerin mahkemeleri tarafından verilen kararlar

73. Zehirli ağacın meyvesi doktrini olarak anılan, devlet görevlilerinin hukuka aykırı eylemlerinin bir sonucu olarak öğrendikleri bilgilerin her hangi bir biçimde sanığın aleyhine olarak kullanılması yasağı, Amerika Birleşik Devletleri hukuk geleneğine derin bir şekilde kök salmıştır (*bk. örneğin, U.S. Supreme Court, no. 82-1651, Nix v. Williams, 11 Haziran 1984 tarihli karar, 467 U.S. 431 (1984), s. 441 vd.; U.S. Supreme Court, no. 82-5298, Segura v. United States, 5 Temmuz 1984 tarihli kararı, 468 U.S. 796 (1984), s. 796-97 ve 815; ve U.S. Supreme Court, no. 07-513, Herring v. United States, 14 Ocak 2009 tarihli kararı, 555 U.S. ... (2009), II. A. kısım ve diğer referanslar*). Bu yasak, zorlamalı ikrarlarla elde edilen bilgiler için de geçerlidir (*bk. zorlamayla ilgili olarak U.S. Supreme Court, no. 50, Blackburn v. Alabama, 11 Ocak 1960 tarihli karar, 361 U.S. 199, s. 205-207, ve U.S. Supreme Court, no. 8, Townsend v. Sain, 18 Mart 1963 tarihli karar, 372 U.S. 293 (1963), s. 293 ve 307-309*); bunun anlamı, eğer ikrar ek bir delil elde edilmesine yol açmışsa, ikrarla birlikte, bu delil de mahkeme tarafından kabuledilmez (*krş. yukarıda geçen Nix, s. 441, ve yukarıda geçen Segura, s. 804*). Bununla birlikte bir delil ancak, hukuka aykırılığın delilin bulunmasında etkili bir neden olması halinde, dışlanır. Bir başka deyişle, hukuka aykırı eylem “olmasaydı” delilin bulunamayacağı gösterilecek olursa, o delil dışlanır. Polisin hukuka aykırı eylemi ile delilin bulunması arasındaki bağlantı, kusuru dağıtacak kadar birbirinden uzak ise, dışlama kuralı uygulanmaz. Örneğin, polisin delili bulmak için bağımsız bir kaynağa dayanması halinde (*bk. yukarıda geçen Nix, s. 441-44, ve yukarıda geçen Segura, s. 796-97, 804-05 ve 815'teki diğer referanslar*) veya bir anayasa hükmü ihlal edilmemiş olsaydı delil sonuçta ve kaçınılmaz olarak zaten bulunacak idiyse (*bk. yukarıda geçen Nix, s. 441-44*), delil dışlanmaz.

74. Dışlama kuralı diğer hukuk düzenlerinde de uygulanmaktadır. Güney Afrika Yüksek Mahkemesi yakın tarihli 10 Nisan 2008'de *Mthembu v. The State* (case no. 379/2007, [2008] ZASCA 51) kararında şöyle demiştir:

“Özet: Suç ortağından işkenceyle alınan ifade (ve bu ifadeden ulaşılan maddi deliller) kabuledilemez ...

33. ... Hilux ve metal kutu, hırsızlık suçunda temyiz edene karşı iddia makamının önemli maddi delilleridir. Daha öncede söylediğim gibi, kural olarak bu delil

dışlanamaz, çünkü bir anayasal hakkın ihlalden bağımsız olarak mevcuttur. Fakat bunlar, Ramseroop’a polis tarafından işkence yapılması sonucu bulunmuşlardır. Bunların her halükarda bulunacakları ileri sürülmemiştir. Eğer ileri sürülmüş olsaydı, davanın sonucu farklı olabilirdi.

34. Ramseroop, işkencenin ardından evinde metal kutunun bulunmasından hemen sonra polise ifade vermiştir. Ramseroop’un daha sonra ifadesini iradi olarak vermiş görünmesi, Hilux ve metal kutu konusundaki ifadede yer alan bilginin işkenceyle alındığı gerçeğini değiştirmez. ... dolayısıyla, kendisine yapılan işkence ile mahkemeye sunulan delilin niteliği arasında çözülemez bir bağ vardır. İşkence, delili temizlenemez bir biçimde lekelemiştir. ...

36. Ramseroop’un Hilux ve metal kutuyla ilgili ifadesini delil olarak kabul etmek, polisin kendisinden bu konudaki bilgiyi elde etme tarzına gözlerimizi kapamamızı gerektirir. Daha da önemlisi bu, yargısal bir sürece ‘ahlaki kirlenmişliği’ karıştırmak anlamına gelir. Bu durum ‘yargısal sürecin bütünlüğünden ödün vermek olacak (ve) adalet teşkilatını itibarsızlaştıracaktır’. İşkenceyle alınmış ifadenin delil olarak kabulü, uzun dönemde ceza adalet sistemi üzerinde sadece çürütücü bir etkiye sahip olur. Bana göre kamu yararı, bu tür bir delilin yargılamanın adilliği üzerinde bir sonuç doğurup doğurmadığına bakılmaksızın, delilin dışlanmasını gerektirir.

37. Bütün bu gerekçelerle, Ramseroop’un Hilux ve metal kutuyla ilgili ifadesinin delil olarak kabuledilemez olduğu kanaatindeyim. ...”

KARAR GEREKÇESİ

I. SÖZLEŞME’NİN 3. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

75. Başvurucu 1 Ekim 2002 tarihinde polis sorgusu bağlamında Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlal edildiğinden şikayetçi olmuştur. Başvurucu halen Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlalden ötürü mağdurluk statüsü bulunduğunu iddia etmiştir. Bu madde şöyledir:

“Hiç kimse işkenceye, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.”

76. Hükümet ise bu görüşe karşı çıkmış ve başvurucunun artık Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlalden ötürü mağdur olduğunu iddia edemeyeceğini savunmuştur.

A. Başvurucunun mağdurluk statüsü

77. Sözleşme’nin 34. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Mahkeme, bu Sözleşmede ve Protokollerde beyan edilen haklarının bir Sözleşmeci Devlet tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu iddia eden bireylerin,... yaptıkları başvuruları alabilir. ...”

78. Mahkeme, başvurunun sorgulanması sırasında ne tür bir muamele gördüğünü ortaya çıkarmadan ve bu muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından ağırlığını değerlendirmeden, başvurunun başlangıçta Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından sahip olduğu mağdurluk statüsünü daha sonra kaybedip kaybetmediği sorusuna yanıt veremeyeceğini belirtmiştir. Tüm bunlardan sonra yetkili makamların cevabı incelenebilir.

1. Tartışma konusu muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olup olmadığı

(a) Daire kararı

79. Daire, başvurunun Frankfurt Emniyet Müdür Yardımcısı D.'nin talimatı üzerine polis E. tarafından J.'nin nerede olduğunu söylemesi için ağır acı verecek şekilde fiziksel şiddet kullanma tehdidinde bulunduğunu kabul etmiştir. Daire, başvurunun sorgulama sırasında yapıldığını iddia ettiği diğer tehditlerin veya fiziksel yaralamaların, makul kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde kanıtlanamadığı sonucuna varmıştır. Olayın içinde bulunduğu bütün koşulları göz önünde tutan Daire, bu şiddet tehdidini, Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanmış insanlıkdışı bir muamele olarak nitelendirmiştir.

(b) Tarafların görüşleri

(i) Başvurucu

80. Başvurucu, 1 Ekim 2002 tarihinde dedektif polis E. tarafından sorgulanırken, Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanan bir muameleye tabi tutulduğunu iddia etmiştir. Dedektif polis E., eğer J.'nin nerede olduğunu söylemeyecek olursa, "hayatı boyunca hiç çekmediği dayanılmaz bir acı" vermekle tehdit etmiştir. Dedektif polis E. bu acının, bir helikopterle emniyete gelmekte olan ve özel olarak eğitilmiş bir polis tarafından iz bırakmadan verileceğini söyleyerek tehdit etmiştir. Dedektif polis E., bu tehdidini güçlendirmek için bir helikopter pervanesinden çıktığı sanılan sesler dinletmiş ve işkence acısını grafiklerle ayrıntılı bir şekilde anlatmıştır. Başvurucu o sırada somut adımların atılmaya başlandığını, çünkü daha sonra polis doktorunun da teyit ettiği gibi, işkence sırasında bilincini kaybetmesini veya işkencenin her hangi bir iz bırakmasını önlemek için işkence sırasında hazır bulunacağını söylediğini iddia etmiştir.

81. Başvurucu ayrıca, cinsel saldırıyla tehdit edildiğini, iki tane iri yarı "Zenci" ile aynı hücreye kapatılacağını ve bunların kendisine anal yoldan saldıracaklarının söylendiğini iddia etmiştir. Sorgulama sırasında kendisine fiziksel yaralar da verilmiştir. E. bir çok kez göğsünden kendisine vurmuş, çeşitli bereler oluşturmuş ve bir keresinde kendisini itmiş ve kafasının duvara çarpmasına sebep olmuştur. Başvurucu bu iddialarını destekleyen 4

ve 7 Ekim 2002 tarihlerinde polis doktorları tarafından verilmiş iki rapor sunmuştur (bk. yukarıda parag. 21). Başvurucu bu olaydan sonra iradesine aykırı olarak Birstein'e götürüldüğünü ve cesedi bıraktığı yere doğru ağaçlıklı alanda ayakkabısız olarak yürümeye zorlandığını ve polisin emriyle cesedin yerini tam olarak gösterdiğini iddia etmiştir. Ayrıca Birstein'den dönerken diğer delillerin de yerini göstermeye zorlanmıştır. Başvurucu, J.'nin öldüğünü öğrendikleri halde polis tarafından tehdit edildiğini ve dolayısıyla sırf cezai soruşturmayı ilerletmek amacıyla kendini suçlandırmaya zorlandığını iddia etmiştir.

82. Başvurucu Birleşmiş Milletler İşkenceye karşı Sözleşme'nin özellikle 1 ve 15. maddelerine (bk. yukarıda parag. 64) atıfta bulunarak, ikrar elde edilmek üzere tabi tutulduğu muamelenin işkence olarak nitelendirilmesi gerektiğini iddia etmiştir.

(ii) *Hükümet*

83. Hükümet, Daire önünde dediği gibi, başvurunun 1 Ekim 2002 tarihinde sorgulanması sırasında Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğini kabul etmiştir. Ancak Hükümet, başvurunun sadece J.'nin nerede olduğunu söylemeyecek olursa ağır acı verilmekle tehdit edildiğini vurgulamıştır. Hükümet başvurucuya cinsel saldırıda bulunulduğunu dair diğer tehditleri reddetmiştir. Hükümet, başvurunun yaralarının söz konusu sorgulama sırasında sebebiyet verildiği ve Birstein'de ayakkabısız olarak yürümeye zorlandığı iddialarını da reddetmiştir. Başvurucunun cildindeki lezyonlar Frankfurt havaalanındaki yakalama sırasında oluşmuştur. Hükümet başvurunun şimdiye kadar E.'nin göğsüne sadece bir kez vurduğunu ve başının duvara sadece bir kez çarpıldığını iddia ettiğini vurgulamıştır. Ulusal mahkemeler başka tehditlerin ve yaraların kanıtlanmadığını tespit etmişlerdir.

84. Hükümet ayrıca polisler D. ve E.'nin, yaşamı büyük risk altında olduğunu düşündükleri J.'nin yaşamını korumak için söz konusu sorgu yöntemlerine başvurduklarına işaret etmiştir. Hükümete göre bu polisler o sırada J.'nin aslında ölmüş olduğunu bilmiyorlardı.

(iii) *Davaya katılanlar*

(a) J.'nin anne babası

85. J.'nin anne babası Hükümetin görüşlerini benimsemişlerdir. J.'nin anne babası, başvurunun köprücük kemiğinin altındaki yaralar dahil çeşitli yaralarının 1 Ekim 2002 tarihindeki sorgu sırasında meydana geldiğinin, şimdi ilk kez burada iddia edildiğine işaret etmişlerdir. Ancak başvuru daha önce bu yaraları 30 Eylül 2002 tarihinde yakalanma sırasında meydana geldiğini kabul etmiştir. Bu kabul, başka şeylerin yanında, başvuru aleyhindeki cezai soruşturma ve yargılamayı ele alan, kendisinin 2005 yılında yayımladığı kitabında yer almaktadır (*Allein mit*

Gott – der Weg zurück (“Alone with God – The Way Back”), s. 57-61). Başvurucu, 30 Eylül 2002 tarihinde yakalama sırasında kendisine verilen yaraları göstermek için, kitabın “Yakalanma” başlıklı bölümüne polis doktoru tarafından verilen 4 Ekim 2002 tarihli sağlık raporunun (bk. yukarıda parag. 21) bir kopyasını koymuştur. Şimdi kendisi aynı raporu, yaraların sorgu sırasında verildiği iddiasını desteklemek üzere kullanmaktadır. Dolayısıyla kendisinin yaraları 1 Ekim 2002 tarihli sorguyla ilgili değildir.

(β) Redress Trust

86. Red Trust adlı kuruluş, özellikle *Yunanistan* davası (1969) 12 Yearbook 170, s. 461) ile *Akkoç – Türkiye* davasında (no. 22947/93 ve 22948/93, §25 ve 116-17, ECHR 2000-X) Sözleşme organlarının yaptıkları tespitlere dayanarak, belirli bir eylemin işkence oluşturabilmesi için, fiziksel yaralamaya sebebiyet verilmiş olmasının gerekmediğini vurgulamıştır. Zihinsel tahribatın kendisi de yaygın bir işkence biçimidir. Dahası Mahkeme, Sözleşme’nin 3. maddesinin yasakladığı bir eylemle sırf tehdit etmenin bile, bu maddeyi ihlal edebileceğini teyit etmiştir (*katılan burada 25 Şubat 1982 tarihli Campbell ve Cosans – Birleşik Krallık kararına, §26, Seri A no. 48 atıf yapmaktadır*). Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi (bk. yukarıda parag. 66), BM İşkence Özel Raportörü (bk. yukarıda parag. 67) ve BM İnsan Hakları Komitesi (bk. yukarıda parag. 68) gibi değişik uluslararası organlar da, ağır fiziksel yaralama tehdidinin, olayın içinde bulunduğu şartlara ve ilgili kişi üzerinde yarattığı sonuca göre, işkence veya diğer bir kötü muamele biçimi oluşturabileceğini belirtmişlerdir. Her halükarda, Sözleşme’nin 3. maddesi bakımından işkence ve diğer kötü muameleler arasında ayırım yapmak gereksizdir; çünkü Sözleşme’nin 3. maddesi, Birleşmiş Milletler İşkenceye karşı Sözleşme’nin 1, 15 ve 16. maddelerinden (bk. yukarıda parag. 64) farklı olarak, işkenceye benzer diğer yasak kötü muamele biçimlerine farklı hukuki sonuçlar bağlamamıştır. Redress Trust, diğerleri ile birlikte *Labita – İtalya* davasına ([BD], no. 26772/95, §119, ECHR 2000-IV) atıfta bulunarak, işkence ve diğer zalimane, insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele yasağının mutlak olduğunu ve mağdurun tutumu veya olayın şartlarını dikkate alan her hangi bir sınırlama ve haklı gösterilebilecek bir hal bulunmadığını vurgulamıştır.

(c) Mahkeme’nin değerlendirmesi

(i) Konuyla ilgili ilkelerin özeti

87. Mahkeme, Sözleşme’nin 3. maddesinin demokratik toplumların en temel değerlerinden birini içerdiğini hatırlatır. Sözleşme’nin 3. maddesi, Sözleşme’nin diğer maddelerinden farklı olarak, herhangi bir istisna hükmüne ve ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü hallerde bile Sözleşme’nin 15(2). fıkrasına göre askıya alma hükmüne yer

vermemektedir (*bk. Selmouni - Fransa [BD], no. 25803/94, §95, ECHR 1999-V; ve yukarıda geçen Labita kararı, §119*). Mahkeme, terör veya organize suçlar gibi en zor koşullarda bile, ilgili kişinin eylemi ne olursa olsun, Sözleşme'nin işkence ve insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayı mutlak bir şekilde yasakladığını teyit etmiştir (*bk. 15 Kasım 1996 tarihli Chahal – Birleşik Krallık kararı, §79, Reports of Judgments and Decisions 1996-V; ve yukarıda geçen Labita kararı, §119*). Dolayısıyla Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından başvurusunun işlediği iddia edilen suçun niteliğinin bir önemi yoktur (*bk. V. – Birleşik Krallık [BD], no. 24888/94, §69, ECHR 1999-IX; Ramirez Sanchez – Fransa [BD], no. 59450/00, §116, ECHR 2006-IX; ve Saadi - İtalya [BD], no. 37201/06, §127, ECHR 2008-...*).

88. Bir muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesinin kapsamına girebilmesi için asgari bir ağırlık düzeyine ulaşması gerekir. Bu ağırlık düzeyinin değerlendirilmesi, muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ve bazı hallerde mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi, olayın içinde bulunduğu bütün koşullara bağlıdır (*bk. 18 Ocak 1987 tarihli İrlanda – Birleşik Krallık kararı, §162, Seri A no. 25; ve Jalloh – Almanya [BD], no. 54810/00, §67, ECHR 2006-IX*). Muamelenin amacı ve kastı ile ardındaki saik (*krş. inter alia, 18 Aralık 1996 tarihli Aksoy – Türkiye kararı, §64, Reports 1996-VI; Egmez - Kıbrıs, no. 30873/96, §78, ECHR 2000-XII; ve 30 Eylül 2004 tarihli Krastanov – Bulgaristan kararı, no. 50222/99, §53*), ayrıca heyecanın ve duyguların yükseldiği bağlamda meydana gelip gelmediği (*krş. örneğin yukarıda geçen Selmouni, §104; ve Egmez, §53*), dikkate alınması gereken diğer faktörlerdir.

89. Mahkeme, önceden tasarlanmış, uzun bir dönem içinde saatlerce uygulanmış ve fiilen yaralamaya veya yoğun maddi veya manevi ıstıraba sebep olmuş bir muameleyi 'insanlıkdışı' muamele olarak nitelendirmiştir (*bk. yukarıda geçen Labita, §120; ve yukarıda geçen Ramirez Sanchez, §118*). 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 bir muameleyi 'aşağılayıcı' muamele olarak kabul etmiştir (*bk. inter alia, Keenan – Birleşik Krallık, no. 27229/95, §110, ECHR 2001-III, ve yukarıda geçen Jalloh, §68*).

90. Belirli bir kötü muamele biçiminin işkence olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğine karar verirken, Sözleşme'nin 3. maddesinde yer alan işkence kavramı ile insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele kavramları arasında ayırım yapılmış olmasına dikkat edilmelidir. Daha önceki davalarda da kaydedildiği gibi, Sözleşme'nin böyle bir ayırım yapmaktaki amacının, çok ağır ve zalimane ıstıraplara sebep olan kasdi insanlıkdışı muamelelere özel bir damga vurmak olduğu görülmektedir (*bk. yukarıda geçen İrlanda – Birleşik Krallık, §167; yukarıda geçen Aksoy, §63; ve yukarıda geçen Selmouni, §96*). Muamelenin ağırlığının yanında, Birleşmiş Milletler

İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin işkenceyi bilgi elde etme, cezalandırma veya korkutma amacıyla ağır acı veya ıstırap veren ve kasden işlenen bir fiil olarak tanımlayan 1. maddesinde olduğu gibi, işkencede bir kasıt unsuru bulunur (*bk. yukarıda geçen Akkoç, §115*).

91. Mahkeme ayrıca, Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanmış bir eylem tehdidinde bulunmanın da, yeterince yakın ve gerçek olması koşuluyla, bu maddeye girebileceğini hatırlatır. Dolayısıyla bir kimseyi işkence ile tehdit etmek, en azından insanlıkdışı muamele oluşturabilir (*krş. yukarıda geçen Campbell ve Cosans, §26*).

92. Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilip edilmediğine dair kararını dayandıracağı delilleri değerlendirirken, 'makul kuşku kalmayacak' şekilde bir kanıtlama standardını benimsemektedir. Ancak bu kanıtlamaya, yeterince güçlü, açık ve tutarlı çıkarsamalardan veya aynı şekilde çürütülememiş maddi karinelerden de ulaşılabilir (*bk. yukarıda geçen Jalloh, §67; ve yukarıda geçen Ramirez Sanchez, §117*). Mahkeme, özellikle bir kimsenin sağlığı iyi durumdayken gözaltına alındığı halde salıverildiği zaman yaralanmış olduğunun görülmesi halinde, bu yaraların nasıl oluştuğuna dair aklın alabileceği şekilde açıklama yapmanın devlete düştüğüne, devletin bunu yapamamasının Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından açık bir mesele doğuracağına karar vermiştir (*krş. 27 Ağustos 1992 tarihli Tomasi – Fransa kararı, §110, Seri A no. 241-A; 4 Aralık 1995 tarihli Ribitsch – Avusturya kararı, §34, Seri A no. 336; yukarıda geçen Aksoy, §61; ve yukarıda geçen Selmouni, §87*).

93. Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından iddialarda bulunulduğu zaman, Mahkeme çok titiz bir inceleme yapmalıdır (*bk. 2 Kasım 2006 tarihli Matko – Slovenya kararı, no. 43393/98, §100; ve 24 Temmuz 2008 tarihli Vladimir Romanov kararı, no. 41461/92, §59*). Ancak iç hukukta bu konuda bir dava görülmüş ise, kural olarak önlerindeki delilleri değerlendirmek ulusal mahkemelerin işi olduğundan, Mahkeme'nin görevi, ulusal mahkemelerin maddi olaylara ilişkin yaptıkları değerlendirmenin yerine kendi değerlendirmesini koymak değildir (*bk. Klaas – Almanya, 22 Eylül 1993, §29, Seri A no. 269; ve Jasar - "Eski Yugoslavya Makedonya Cumhuriyeti", no. 69908/01, §49, 15 Şubat 2007*). Mahkeme ulusal mahkemelerin tespitleriyle bağlı olmamakla birlikte, normal koşullarda kendisini ulusal mahkemelerin maddi olaylara ilişkin ulaştığı tespitlerden ayrılmaya götürecek sağlam unsurların bulunması gerekir.

(ii) Bu ilkelerin mevcut olayda uygulanması

(α) Mahkeme'nin maddi olayları değerlendirmesi

94. Mahkeme, başvurucunun 1 Ekim 2002'de tabi tutulduğu muameleyi değerlendirirken, o sabah sorgunun yapıldığı sırada başvurucunun J.'nin nerede olduğunu söylememesi halinde, Frankfurt Emniyet Müdür

Yardımcısı D.'nin talimatları üzerine polis E. tarafından katlanılmaz acı vermekle tehdit edildiğinin taraflar arasında tartışmalı olmadığını kaydeder. Herhangi bir iz bırakmayacak olan bu muamele, bu amaç için özel olarak eğitilmiş bir polis tarafından yapılacak olup, kendisi helikopterle Emniyet Müdürlüğüne gelmek üzeredir. Bu muamele tıbbi gözetim altında yapılacaktır. Gerçekten de bunun, Frankfurt Bölge Mahkemesi tarafından başvuru aleyhindeki ceza davasında (bk. yukarıda parag. 26) ve polisler aleyhindeki ceza davasında (bk. yukarıda parag. 47) kanıtlandığı kabul edilmiştir. Polis soruşturma dosyasındaki D.'nin tuttuğu nota (bk. yukarıda parag. 47) ve D. aleyhindeki ceza davasında ulusal mahkemenin tespitlerine göre, D. bu tehdidi gerekirse 'gerçeği söyleten serum' yardımıyla gerçekleştirmeyi amaçlamış ve tehdidin gerçekleştirilmesinin yaklaştığı konusunda başvuru aleyhine uyarıda bulunulmuştur.

95. Emniyet Müdür Yardımcısı D., son olarak başvuru aleyhine işkence ile tehdit etme emri vermeden önce, kendisine bağlı birim amirlerine başvuru aleyhine gerekirse güç kullanılması şeklinde birkaç kez emir verdiğinden, kendisinin emri spontane bir eylem olarak görülemez, bu eylemde açıkça kasıt unsuru vardır (bk. yukarıda parag. 47). Ayrıca başvuru aleyhine sorgu odasında tutulu bulunduğu sırada kelepçeli olduğu (bk. yukarıda parag. 57) ve dolayısıyla korunmasız ve kısıtlı bir durumda bulunduğu anlaşılmaktadır. Ulusal mahkemelerin yaptıkları tespitleri ve önündeki materyalleri göz önünde tutan Mahkeme, J.'nin yaşamının kurtarılabileceğine inanan polislerin bu sorgulama yöntemine başvurduklarına ikna olmuştur.

96. Mahkeme, başvuru aleyhine sorgulama sırasında fiziksel saldırı ve yaralama ile cinsel saldırıyla tehdit edildiğini de iddia ettiğini gözlemlemektedir. Hükümetin karşı çıktığı bu iddiaların makul kuşku kalmayacak şekilde kanıtlanmış olup olmadığını değerlendirirken, başvuru aleyhine sunduğu tıbbi belgeleri göz önünde tutan Mahkeme, başvuru aleyhine sorgu sırasında saldırı iddialarının bütünüyle temelsiz olmadığını tespit etmektedir. Bu belgeler, aslında başvuru aleyhine göğsündeki bereleri tıbbi muayeneden önceki gün aldığını göstermektedir.

97. Bununla birlikte Mahkeme, başvuru aleyhine yaralarının sebebine ilişkin Hükümetin açıklamaları yanında, J.'nin anne babasının bu noktadaki görüşlerini de kaydeder. Hükümet ile J.'nin anne babası, başvuru aleyhine 2005'te yayımlanan kitabındaki beyanlarına dayanarak, başvuru aleyhine cildindeki lezyonlar dahil aldığı bütün yaraların, yakalama işlemi yapılırken yüzüstü yatırıldığı sırada meydana geldiğini iddia etmişlerdir (bk. yukarıda parag. 13 ve 14). Ayrıca Mahkeme, ulusal mahkemelerin başvuru aleyhine ek iddialarının kanıtlanmadığını belirttiklerini kaydeder. Başvuru aleyhine fiziksel yaralarını sorgu sırasında aldığını, en azından Mahkeme önünde iddia ettiği kadar, delilleri dinleyen ve değerlendiren ulusal mahkemeler önünde iddia etmediği anlaşılmaktadır (bk. yukarıda parag. 26). Dahası tıbbi

belgeler, yaraların muhtemel sebebine ilişkin bir açıklama getirmemektedir (bk. yukarıda parag. 21).

98. Yukarıda anlatılanlar karşısında Mahkeme, başvurunun sorgu sırasında fiziksel saldırılara ve yaralara ilişkin şikayetleri yanında cinsel istismar iddiasının, makul kuşku kalmayacak şekilde kanıtlanmadığı sonucuna varmaktadır.

99. Mahkeme ayrıca, başvurunun Birstein’de ayakkabısız olarak odunlar üzerinde yürütülmek ve doğrudan cesedin bulunduğu yeri göstermeye ve diğer bulguları açıklamaya zorlanmak suretiyle Sözleşme’nin 3. maddesiyle yasaklanmış bir muameleye tabi tutulduğunu iddia ettiğini gözlemlemektedir. Hükümet bu iddialara da karşı çıkmıştır. Mahkeme, ulusal mahkemelerin tespitlerine göre, başvurunun sorgudan sonra J.’nin cesedini sakladığı gölete polislerle birlikte gelmeyi kabul ettiğini kaydeder (bk. yukarıda parag. 17). Başvurunun Birstein yolunda hazır bulunan polisler tarafından J.’nin cesedinin bulunduğu yeri tam olarak göstermesi için sözlü olarak tehdit edildiğine dair bir belirti yoktur. Ancak, başvurunun Birstein’deki delilleri göstermesinin, Emniyet Müdürlüğünde yapılan tehditlere bağlı olup olmadığı veya ne ölçüde bağlı olduğu meselesi, Sözleşme’nin 6. maddesi altında karara bağlanması gereken bir meseledir. Tıbbi belgelerde başvurunun ayak altlarında şişlikler ve su toplamaları bulunduğu belirtildiğinden, Mahkeme başvurunun ayakkabısız olarak yürümeye zorlandığı iddiasının bütünüyle temelsiz olmadığını tespit etmektedir (bk. yukarıda parag. 21). Ancak önlerindeki delilleri inceleyen ulusal mahkemeler, başvurunun ulusal mahkeme önündeki davanın başlangıcında dile getirmediği bu iddiaları kanıtlanmış görmemişlerdir (bk. yukarıda parag. 26). Doktorların muayeneleri bu yaraların sebebini ortaya koymamıştır. Bu koşullarda Mahkeme, başvurunun bu konudaki iddialarının makul kuşku kalmayacak şekilde kanıtlandığını kabul etmemektedir.

100. Yukarıda anlatılanlar ışığında Mahkeme, başvurunun J.’nin yerini söylemesini sağlamak için 1 Ekim 2002 sabahı polis tarafından, yukarıda 94-95. paragraflarda anlatıldığı şekilde dayanılmaz bir acıya tabi tutulmakla tehdit edildiğinin kanıtlandığını kabul etmektedir.

(β) Muamelenin hukuksal niteliği

101. Mahkeme, E.’nin başvurucuya yaptığı muamelenin Sözleşme’nin 3. maddesini ihlal ettiğinin Hükümet tarafından kabul edildiğini kaydeder. Ancak Mahkeme, başvurunun işkence gördüğüne dair ciddi iddialarını ve Hükümetin başvurunun mağdurluk statüsünü kaybettiğine dair savunmalarını göz önünde tutarak, bu muamelenin Sözleşme’nin 3. maddesi kapsamına girecek kadar asgari bir ağırlığa sahip olup olmadığına ve eğer sahip ise nasıl nitelendirileceğine dair kendi değerlendirmesini yapmasının gerekli olduğunu düşünmektedir. Bu konuyla ilgili olarak kendi içtihatlarında gösterdiği faktörleri (bk. yukarıda parag. 89-91) dikkate alan

Mahkeme, başvuruçunun tabi tutulduğu muamelenin süresini, başvuruçunun üzerinde fiziksel ve zihinsel etkilerini, kasten yapıp yapılmadığını ve bu muamelenin amacını ve yapıldığı bağlamı sırasıyla inceleyecektir.

102. Mahkeme, söz konusu muamelenin süresiyle ilgili olarak, kötü muamele tehdidi altında yapılan sorgunun yaklaşık 10 dakika sürdüğünü kaydeder.

103. Bu muamelenin fiziksel ve zihinsel etkileri konusunda Mahkeme, daha önce J.'nin bulunduğu yeri söylemeyen başvuruçunun sakladığı çocuğun nerede olduğunu, tehdit altında ikrar ettiğini kaydeder. Bundan sonra başvuruçunun, soruşturma boyunca J.'nin ölümü hakkında ayrıntılı bilgi vermeyi sürdürmüştür. Bu durumda Mahkeme, başvuruçunun sorgu sırasında uğradığı kasıtlı kötü muamele tehditlerinin gerçek ve yakın bir tehlike oluşturduğunu ve başvuruçuda önemli ölçüde korku, elem ve ıstıraba sebep olmuş kabul edilebileceği kanaatindedir. Ne var ki başvuruçunun, bu muamelenin uzun süreli olumsuz psikolojik sonuçlar doğurduğunu gösteren tıbbi belgeler sunmuş değildir.

104. Mahkeme ayrıca, bu tehdidin spontane bir eylem olmadığını, fakat kasıt oluşturacak tarzda, hesaplanmış ve tasarlanmış bir eylem olduğunu gözlemlemektedir.

105. Mahkeme, bu tehdidin amacıyla ilgili olarak, J.'nin bulunduğu yer hakkında bilgi almak için başvuruçunun kasten böyle bir muameleye tabi tutulduğuna ikna olmuştur.

106. Mahkeme ayrıca, başvuruçunun kasıtlı ve yakın bir tehdide, kanun adamlarının gözetimi altındayken, anlaşılan kelepçeliyken ve tabii korunmasız bir durumdayken tabi tutulduğunu kaydeder. D. ve E.'nin devlet görevlileri olarak görevleri sırasında hareket ettikleri ve gerekirse tıbbi gözetim altında ve özel olarak eğitilmiş bir görevliyle tehdidi gerçekleştirmeyi düşündükleri açıktır. Dahası, D.'nin başvuruçunun tehdit edilmesine ilişkin emri, spontane bir karar değildir, çünkü D., daha önce de birkaç kez bu emri verdiği halde astlarının bu emirlerine uymamalarından giderek daha fazla rahatsızlık duyduktan sonra, E.'ye bu emri vermiştir. Bu tehdit, J.'nin hayatının önemli ölçüde tehlikede olduğuna inanan polislerin yoğun bir baskı altında oldukları, giderek tansiyonun ve gerilimin yükseldiği bir ortamda meydana gelmiştir.

107. Bu bağlamda Mahkeme, polislerin eylemlerindeki saikin çocuğun yaşamını kurtarmak olduğunu kabul etmektedir. Ancak, Sözleşme'nin 3. maddesi ile Mahkeme'nin yerleşik içtihatları göz önünde tutulduğunda, mağdurun eylemi veya yetkililerin saiki ne olursa olsun, kötü muamele yasağının uygulanacağını vurgulamak gerekir (bk. yukarıda parag. 87). Bir kimsenin yaşamı risk altında olsa bile, işkence, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele yapılamaz. Ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü halde bile, bu yasağın askıya alınmasına izin verilmemiştir. Muğlak olmayan terimlerle düzenlenmiş olan Sözleşme'nin 3. maddesi, en zor koşullarda bile, her insanın mutlak ve vazgeçilemez nitelikte işkenceye, insanlıkdışı veya

aşağılayıcı muameleye tabi tutulmama hakkı bulunduğunu kabul etmektedir. Sözleşme'nin 3. maddesindeki hakkın mutlaklık niteliğini güçlendiren felsefi temel, söz konusu kişinin eylemi ve suçun niteliği ne olursa olsun, herhangi bir istisnaya veya haklılaştırıcı faktöre veya menfaatlerin tartışılmasına izin vermemektedir.

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

2. Başvurucunun mağdurluk statüsünü kaybetmiş olup olmadığı

(a) Daire kararı

109. Daire, başvurucunun artık Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalinden ötürü mağdur olduğunu iddia edemeyeceğini kabul etmiştir. Daire, ulusal mahkemelerin hem başvuru aleyhindeki ceza davasında ve hem de polisler D. ve E. aleyhindeki ceza davasında, sorgulama sırasında E. tarafından başvurucuya yapılan muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğini açıkça kabul ettiklerini tespit etmiştir. Ayrıca başvuru bu ihlal nedeniyle ulusal düzeyde yeterince tatmin edilmiştir. Kendisine yapılan muameleye karışan iki polis mahkum edilip cezalandırılmışlar ve mesleki kariyerleri zarar görmüştür. Olayın içinde bulunduğu bu koşullarda, söz konusu mahkumiyetlerin, tazminat dışında bir tarzla yeterli bir giderim sağladığı düşünülmelidir. Ayrıca soruşturmada yasak yöntemlerin kullanılması, başvurucunun duruşma öncesinde verdiği ifadelerin yargılamada delil olarak kabul edilmemesi şeklinde bir yaptırımla sonuçlanmıştır.

(b) Tarafların görüşleri*(i) Başvurucu*

110. Başvurucu Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalinden ötürü mağdurluk statüsünü kaybetmediğini iddia etmiştir. Başvurucuya göre ulusal mahkemeler Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğini açıkça kabul etmemişlerdir. Ulusal mahkemeler 3. maddeye sadece başvurunun şikayetlerini ve başvurularını reddederken değinmişlerdir.

111. Başvurucu ayrıca, işkence yasağına aykırılığın yeterince giderilmediğini iddia etmiştir. D. ve E.'nin mahkum edilmelerinden kişisel bir kazancı olmamıştır; kaldı ki bu polislere çok az bir para cezası verilmiş, üstelik cezaları ertelenmiş ve kendilerine disiplin cezası bile verilmemiştir. Üstelik D. mahkumiyetten sonra terfi ettirilmiştir. Başvurucunun Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı muameleden doğan zararlarının tazmini için idareye karşı açtığı dava, mahkemeler önünde hala devam etmekte olup henüz bir tazminat almamıştır. Başvurucu ayrıca, ancak Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalinin doğrudan bir sonucu olarak elde edilmiş bütün bulguların davadan dışlanmasıyla eski hale (*status quo ante*) dönülebileceğini iddia etmiştir. Kabul edilmeleri nedeniyle yargılamanın sonucunu daha baştan belirlemiş olan bu deliller, zımnen kendisinin mahkumiyetini ve verilebilecek azami cezanın verilmesini sağlamıştır. Sadece duruşma öncesinde zorlama sonucu verdiği ifadelerin dışlanması giderim için yeterli değildir; çünkü bir kez maddi deliller kabul edildiğinde, artık bu ifadeler iddia makamının kendisi aleyhindeki iddiaları için gerekli değildir.

(ii) Hükümet

112. Hükümet Büyük Daire'den, başvurunun mağdurluk statüsü bulunmadığına dair Daire'nin tespitini onaylamasını istemiştir. Üç Alman mahkemesi, yani başvurucuya karşı ceza davasında Bölge Mahkemesi ve Federal Anayasa Mahkemesi ile polislere karşı ceza davasında Bölge Mahkemesi, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğini açıkça kabul etmişlerdir. Bu mahkemeler insan onurunun dokunulmazlığını ve bir kimsenin yaşamı tehlikede olsa bile işkencenin yasak olduğunu vurgulamışlardır.

113. Hükümete göre başvuru yeterli bir giderim elde etmiştir. İki polis ceza davasında mahkum edilmişler ve ceza almışlardır. Hükümet bir polis için zorlamada bulunma nedeniyle yargılanmanın ve mahkum edilmenin çok ciddi bir konu olduğunu vurgulamıştır. Dahası, her iki polis de görevlerinden uzaklaştırılmışlardır. Hükümet, başvurunun henüz tazminat almadığını kabul etmiştir; ancak başvuru ulusal mahkemeler önündeki tazminat davasını Mahkeme'ye başvuru yaptıktan sonra açtığından, iç hukuktaki bu davanın devam ediyor olmasının, mağdurluk statüsünün

kaybıyla ilgili olarak dikkate alınamayacağını iddia etmiştir. Kaldı ki Frankfurt Bölge Mahkemesi sadece 1 Ekim 2002 tarihindeki ikrarı değil, ama aynı zamanda başvurunun duruşma öncesinde polis, savcı ve bir yargıç önünde verdiği bütün sonraki ikrarlarını da dışlamıştır. Ancak başvuru, önceki ikrarlarının delil olarak kullanılmayacağı konusunda bilgilendirildikten sonra, duruşmanın ikinci gününde ve henüz her hangi bir delil ortaya koyulmadan önce yeni ve tam bir ikrarda bulunmuştur.

(iii) Katılanlar (Redress Trust)

114. Davaya üçüncü taraf olarak katılan Redress Trust, uluslararası içtihatlarda işkence veya diğer yasak kötü muamele olaylarında yeterli bir telafi için, hepsinin bir arada bulunması gerekmesi de, özellikle şunların arandığını söylemiştir. İlk olarak, kötü muameleden sorumlu olanların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına yol açabilecek bir soruşturma yapılmalıdır (*katılanın diğerleriyle birlikte, atıf yaptığı Assenov ve Diğerleri – Bulgaristan kararı, 28 Ekim 1998, §102, Reports 1998-VIII*). İkinci olarak devletler, işkence ve diğer yasak kötü muameleleri işleyenleri etkili bir şekilde cezalandıracak ve ileride yeniden suç işlemelerini önleyecek nitelikte etkili bir ceza adalet sistemine sahip olmakla yükümlüdürler (*katılan karşılaştırma için atıf yaptığı Nikolova ve Velichkova – Bulgaristan kararı, no. 7888/03, 20 Aralık 2007, §63*). Üçüncü olarak, işkence ve diğer kötü muamele biçimlerinin yeterli bir şekilde giderimi için, özellikle maddi ve manevi zararların tazmin edilmesini sağlayacak etkili medeni hukuk yollarının bulunması da gerekir. Mahkeme'nin kendisini de sürekli olarak, ağır ihlal olaylarında sadece bir karar vermiş olmanın yeterli bir adil karşılık oluşturmayacağını söylemiş ve manevi tazminata hükmetmiştir (*katılan atıf yaptığı örneğin Selçuk ve Asker – Türkiye kararı, 24 Nisan 1998, §117-118, Reports 1998-II*). Dördüncü olarak, işkencenin devam eden sonuçlarına yönelik olarak hakların telafisi için, gayri iradi biçimde verilmiş ikrarların dışlanması gerekir. Beşinci olarak, devlet yasak eylemin tekrarlanmamasını güvence altına alan tedbirler almalıdır.

(c) Mahkeme'nin değerlendirmesi

(i) Konuyla ilgili ilkelerin özeti

115. Mahkeme, bir Sözleşme ihlaline karşılık giderim sağlamanın, ilk önce ulusal makamların görevi olduğunu hatırlatır. Başvurucunun iddia edilen ihlalden ötürü mağdur olup olmadığı sorunu, Sözleşme organları önündeki yargılamanın her aşamasında gündeme gelebilir (*bk. diğerleri arasında, Siliadin – Fransa, no. 73316/01, §61, ECHR 2005-VII; ve Scordino – İtalya (no. 1) [BD], no. 36813/97, §179, ECHR 2006-V*). Başvuru lehine bir karar veya tedbir, kural olarak, ulusal makamlar açıkça veya özü itibarıyla Sözleşme ihlalini kabul etmedikçe ve ihlale karşılık bir giderim sağlamadıkça, Sözleşme'nin 34. maddesi bakımından

başvurucunun ‘mağdurluk’ statüsünün kalkması için yeterli değildir (*bk. diğerleri arasında, Eckle – Almanya, 15 Temmuz 1982, §66, Seri A no. 51; Dalban – Romanya [BD], no. 28114/95, §44, ECHR 1999-VI; yukarıda geçen Siliadin, § 62; ve yukarıda geçen Scordino (no. 1), §180*).

116. Mahkeme, Sözleşme’deki bir hakkın ihlalini telafi etmek için uygun ve yeterli giderimin genel olarak, özellikle Sözleşme ihlalinin niteliği göz önünde tutularak, olayın içinde bulunduğu koşullara bağlı olduğu kanaatindedir (*krş. yukarıda geçen Scordino (No. 1), §186*). Mahkeme, devlet görevlilerinin kasten Sözleşme’nin 3. maddesine aykırı bir muamelede bulunduğu olaylarda yeterli bir giderim için, iki tedbirin gerekli olduğunu sürekli olarak söylemiştir. İlk olarak, devlet yetkilileri, sorumluların belirlenmelerini ve cezalandırılmalarını sağlayabilecek tam ve etkili bir soruşturma yapmış olmalıdırlar (*bk. diğerleri arasında, yukarıda geçen Krastanov, §48; Çamdereli – Türkiye, no. 28433/02, 17 Temmuz 2008, §28-29; ve yukarıda geçen Vladimir Romanov, §79 ve 81*). İkinci olarak, gerektiği taktirde başvurucuya tazminat ödenmeli (*bk. yukarıda geçen Vladimir Romanov, §79; mutatis mutandis, yukarıda geçen Aksoy, §98; ve (hem de 13. madde bağlamında) Abdülsamet Yaman – Türkiye, no. 32446/96, 2 Kasım 2004, §53*) veya en azından başvurucunun kötü muamele sonucu uğradığı zarar için tazminat isteyebilme ve alabilme imkanı bulunmalıdır (*krş. mutatis mutandis, 2. maddeyle ilgili olarak yukarıda geçen Nikolova ve Velichkova, §56; ve Yeter – Türkiye, no. 33750/03, 13 Ocak 2009, §58*).

117. Tam ve etkili soruşturma konusunda Mahkeme, bir kimsenin, polis veya devletin başka bir görevlisi tarafından hukuka aykırı olarak ve Sözleşme’nin 3. maddesini ihlal edecek şekilde ağır bir kötü muameleye tabi tutulduğuna dair savunulabilir bir iddiasının bulunması halinde, Sözleşme’nin 3. maddesinin, Sözleşme’nin 1. maddesindeki ‘Sözleşme’de ... tanımlanan hak ve özgürlükleri kendi egemenlik alanı içinde bulunan herkes için güvence altına alır’ şeklindeki devletin genel yükümlülüğüyle birlikte yorumlandığında, etkili bir resmi soruşturma yapılmasını zımnen gerektirdiğini hatırlatır (*bk. diğerleri arasında, yukarıda geçen Assenov ve Diğerleri, §102; yukarıda geçen Labita, §131; yukarıda geçen Çamdereli, §36-37; ve yukarıda geçen Vladimir Romanov, §81*). Bir soruşturmanın pratikte de etkili olabilmesi için, devletin Sözleşme’nin 3. maddesine aykırı uygulamaları cezalandıran hükümler koyması bir ön koşuldur (*krş. mutatis mutandis, M.C. – Bulgaristan, no. 39272/98, §150, 153 ve 166, ECHR 2003-XII; yukarıda geçen Nikolova ve Velichkova, §57; ve yukarıda geçen Çamdereli, §38*).

118. Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlalinin ulusal düzeyde giderimi için tazminat şartıyla ilgili olarak Mahkeme sürekli bir biçimde, tam ve etkili bir soruşturmanın yanında devletin gerekirse başvurucuya tazminat ödenmesine hükmetmesini veya en azından başvurucunun kötü muamele sonucu uğradığı zarar için tazminat istemesine ve elde etmesine imkan vermesini

gerektirdiğini belirtmiştir (bk. atıflar için yukarıda parag. 116). Sözleşme'nin diğer maddeleri bakımından Mahkeme daha önce de, başvurucunun mağdurluk statüsünün, Mahkeme önünde şikayetçi olduğu maddi olaylar dikkate alınarak, ulusal düzeyde hükmedilen tazminat miktarına dayanabileceğini belirtme fırsatı bulunmuştur (bk. *Sözleşme'nin 6. maddesiyle ilgili bir şikayet bakımından örneğin, Normann – Danimarka [k.k.], no. 44704/98, 14 Haziran 2001; ve yukarıda geçen Scordino (no. 1), §202; Sözleşme'nin 11. maddesiyle ilgili bir şikayet bakımından Jensen ve Rasmussen, [k.k.], no. 52620/99, 20 Mart 2003*). Bu tespitler, kıyasen (*mutatis mutandis*), Sözleşme'nin 3. maddesiyle ilgili şikayetlere de uygulanır.

119. Kasten kötü muamele olaylarında Sözleşme'nin 3. maddesine aykırılık, sadece mağdura tazminat ödenmesiyle telafi edilemez. Çünkü devlet görevlilerinin kasten kötü muamelede bulunmaları halinde yetkililer, sorumluların kovuşturmalarını ve cezalandırmalarını sağlamaksızın sadece tazminat ödemekle yetinecek olurlarsa, devlet görevlilerinin bazı hallerde kontrolü altında tuttıkları kişilerin haklarını fiili bir cezasızlıkla istismar etmeleri mümkün olacak ve genel işkence ve insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele yasağı, temel bir öneme sahip olmasına rağmen, pratikte etkisiz kalacaktır (bk. *bir çok karar arasından yukarıda geçen Krastanov, §60; yukarıda geçen Çamdereli, §29; ve yukarıda geçen Vladimir Romanov, §78*).

(ii) *Bu ilkelerin mevcut olayda uygulanması*

120. Mahkeme ilk önce, ulusal makamların açıkça veya özü itibarıyla Sözleşme'ye aykırılığı kabul etmiş olup olmadıklarını incelemelidir. Mahkeme bu bağlamda, Frankfurt Bölge Mahkemesinin başvurucu aleyhindeki ceza davasında 9 Nisan 2003 tarihinde verdiği kararda açıkça, başvurucudan ifade almak için kendisine acı verme tehdidinde bulunmanın sadece Ceza Muhakemesi Kanununun 136a maddesine göre yasak sorgu yöntemlerini kullanma oluşturmadığını, ama bu tehdidin ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunun 136a maddesini destekleyen Sözleşme'nin 3. maddesini de göz ardı ettiğini söylediğini kaydeder (bk. yukarıda parag. 26). Federal Anayasa Mahkemesi de, Bölge Mahkemesinin Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline ilişkin tespitine gönderme yaparak, başvurucunun insan onurunun ve tutulan kişileri kötü muameleye tabi tutma yasağının (Anayasanın 1. maddesi ve 104(1). fıkrasının ikinci cümlesi) göz ardı edildiğini gözlemlemiştir (bk. yukarıda parag. 42). Buna ek olarak Frankfurt Bölge Mahkemesinin polisleri mahkum eden 20 Aralık 2004 tarihli kararında, bu tür soruşturma yöntemlerinin gerekli bir eylem olarak haklı görülemeyeceğini, çünkü 'gerekliliğin', Anayasanın 1. maddesinde mutlak olarak korunan insan onurunun ihlali için bir savunma oluşturamayacağını, insan onurunun Sözleşme'nin 3. maddesinin de kalbinde yer aldığını belirtmiştir (bk. yukarıda parag. 48). Bu durum karşısında, Daire'nin bu

konudaki tespitlerine katılan Büyük Daire, bu mesele hakkında kendilerinden karar verilmesi istenen ulusal mahkemelerin açıkça ve hiç tartışmasız bir biçimde, başvurucunun sorgusunun Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğini kabul ettiklerine ikna olmuştur.

121. Mahkeme, ulusal makamların Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali nedeniyle başvurucuya uygun ve yeterli bir giderim sağlayıp sağlamadıklarını değerlendirirken, ilk olarak ulusal makamların sorumlular hakkında Mahkeme'nin içtihatlarına uygun bir şekilde tam ve etkili bir soruşturma yapıp yapmadıklarını belirlemelidir. Mahkeme daha önce bu konuda birkaç kriteri göz önünde tutmuştur. İlk olarak, yetkililerin sorumluları belirleme ve kovuşturmada kararlılıklarını değerlendirme açısından, etkili soruşturmada önemli faktörler, soruşturmanın sürati (*krş. diğerleri arasında, yukarıda geçen Selmouni, §78-79; yukarıda geçen Nikolova ve Velichkova, §59; ve yukarıda geçen Vladimir Romanov, §85*) ile soruşturmanın gidişatıdır (*krş. Mikheyev - Rusya, no. 77617/01, 26 Ocak 2006, §109; ve Dedovskiy ve Diğerleri - Rusya, no. 7178/03, 15 Mayıs 2008, §89*). Ayrıca yapılan soruşturmalar ve soruşturmaları izleyen ceza davası, uygulanan yaptırımlar ve verilen disiplin cezalarıyla birlikte, çok önemli olduğu kabul edilmiştir. Yürürlükteki yargı sisteminin caydırıcı etkisi ve yargı sisteminden kötü muamele yasağı ihlallerinin önlenmesinde oynaması istenen rol, hayati bir öneme sahiptir (*krş. Ali ve Ayşe Duran – Türkiye, no. 42942/02, §62; yukarıda geçen, Çamdereli, §38; ve yukarıda geçen Nikolova ve Velichkova, §60 vd.*).

122. Mahkeme, mevcut olayda polisler D. ve E. aleyhindeki ceza soruşturmalarının, başvurucunun 1 Ekim 2002 tarihinde sorgulanmasından üç dört ay kadar sonra açıldığını ve polislerin bu tarihten iki yıl kadar sonra nihai bir kararla mahkum edildiklerini kaydeder. Mahkeme, Frankfurt Bölge Mahkemesinin diğer faktörlerin yanında davanın uzun sürmesini de göz önünde tutarak sanıkların cezalarını azaltmış olduğunu kaydetmekle birlikte (bk. yukarıda parag. 50), bu soruşturmaların ve ceza davasının Sözleşme'deki standartları karşılayacak kadar, yeterince süratli olduğunu kabule hazırdır.

123. Mahkeme ayrıca, polislerin başvurucuyu Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir şekilde sorgulamaları sırasındaki eylemleri nedeniyle, Alman Ceza Kanunu hükümleri gereğince, zorlama ve zorlamayı teşvik suçlarından suçlu bulunduklarını gözlemlemektedir. Ancak Mahkeme, polislerin bu suçlar nedeniyle sadece çok az ve tecil edilen cezalarla cezalandırıldıklarını kaydeder. Mahkeme bu bağlamda, bireysel suçluluğun derecesi hakkında karar vermenin (*bk. Öneriyıldız – Türkiye [BD], no. 48939, §116; ve Nachova ve Diğerleri – Bulgaristan [BD], no. 43577/98 ve 43579/98, §147, ECHR 2005-VII*) veya suçluya verilecek uygun cezayı belirlemenin kendisinin görevi olmadığını, bu konuların münhasıran ulusal mahkemelerin görev alanına girdiğini hatırlatır. Bununla birlikte Mahkeme, Sözleşme'nin 19. maddesine göre ve Sözleşme'nin hakları teorik veya

görünüşte değil ama pratik ve etkili bir şekilde güvence altına almayı amaçladığı ilkesi uyarınca, devletin kendi egemenlik alanında bulunanların haklarını koruma yükümlülüğüne yeterince uymasını sağlamak zorundadır (bk. yukarıda geçen *Nikolova ve Velichkova*, §61). Bundan çıkan sonuca göre Mahkeme, devlet görevlilerinin kötü muamelelerine karşılık uygun yaptırımları seçmenin ulusal mahkemelerin işi olduğunu kabul etmekle birlikte, gözetim fonksiyonunu sürdürmeli ve eylemin ağırlığı ile verilen ceza arasında açık bir orantısızlığın bulunduğu olaylara müdahale etmelidir. Aksi taktirde devletin etkili bir soruşturma yapma görevi anlamını büyük ölçüde kaybedecektir (bk. yukarıda geçen *Nikolova ve Velichkova*, §62; krş. ayrıca yukarıda geçen *Ali ve Ayşe Duran*, §66).

124. Mahkeme, Frankfurt Bölge Mahkemesinin D.'nin ve E.'nin cezalarını karara bağlarken çeşitli hafifletici sebepleri dikkate almış olmasını gözden kaçırmamaktadır (bk. yukarıda parag. 50). Mahkeme bu davanın, keyfi ve vahşice eylemlerde bulunan devlet görevlilerinin bu eylemleri gizlemeye çalıştığı ve Mahkeme'nin infaz edilebilir bir hapis cezası verilmesinin daha uygun olacağını düşündüğü diğer bazı davalarla (krş. örneğin yukarıda geçen *Nikolova ve Velichkova*, §63; ve yukarıda geçen *Ali ve Ayşe Duran*, §67-72) karşılaştırılabilir olmadığını düşünmektedir. Bununla birlikte, birine günlüğü 60 Euro'dan 60 gün ve diğerine günlüğü 120 Euro'dan 90 gün karşılığı sembolik para cezaları verilmesi ve daha sonra bu cezaların ertelenmesi, davalı devletin cezalandırma pratiğine uygun olsa bile, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali için yeterli bir karşılık olarak görülemez. Sözleşme'nin çekirdek haklarından birinin ihlaliyle açıkça orantısız olan böyle bir ceza, gelecekte zor durumlarda kötü muamele yasağının ihlallerini önlemek için gerekli caydırıcılığa sahip değildir.

125. Mahkeme, verilen disiplin cezalarıyla ilgili olarak, hem D. ve hem de E.'nin soruşturma ve yargılama sırasında, suçların soruşturulması ile doğrudan ilgili olmayan birimlere nakledildiklerini kaydeder. D. daha sonra, Emniyet Genel Müdürlüğü Teknoloji, Lojistik ve İdare Başkanlığına atanmıştır. Bu bağlamda Mahkeme, devlet görevlilerinin kötü muamele ile suçlandıkları zaman, soruşturma veya yargılama sırasında görevlerinden alınmalarının ve mahkum edilmeleri halinde meslekten çıkarılmalarının önemli olduğunu defalarca belirttiğini hatırlatır (bk. örneğin yukarıda geçen *Abdulsamet Yaman*, §55; yukarıda geçen *Nikolova ve Velichkova*, §63; ve yukarıda geçen *Ali ve Ayşe Duran*, §64). Mahkeme bu davadaki olayların, yukarıda belirtilen davalardaki olaylarla karşılaştırılabilir olmadığını kabul etmiş olsa da, yine de D.'nin daha sonra bir polis biriminin başına atanmış olmasının, yetkililerin Sözleşme'nin 3. maddesine aykırılığın ağırlığına yeterince karşılık verip vermedikleri konusunda ciddi kuşku doğurduğunu tespit eder.

126. Sözleşme'nin 3. maddesi ihlalinin ulusal düzeyde tazminat ödenmesi suretiyle telafi edilmesi konusunda ise Mahkeme, başvurunun

Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalinin bir sonucu olarak uğradığı zararlara karşılık tazminat almak üzere başvurduğunu kaydeder. Ancak başvurucunun tazminat davası için adli yardım başvurusunun üç yıldır halen devam ettiği, henüz bir duruşma yapılmadığı ve talebin esasıyla ilgili bir hüküm verilmediği anlaşılmaktadır. Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalinin ağırlığını dikkate alarak, pratikte manevi zararlara karşılık Sözleşme'nin 41. maddesine gereğince tazminata hükmettiğini belirtir (*bk. diğer kararlar arasında, yukarıda geçen Selçuk ve Asker, §117 ve 118*).

127. Her halükarda Mahkeme, bir Sözleşme ihlali için uygun ve yeterli bir giderimin ancak, tazminat başvurusunun ulaşılabilir, yeterli ve etkili olması koşuluyla sağlanabileceği kanaatindedir. Özellikle tazminat davasındaki aşırı gecikme, hukuk yolunu etkisiz kılacaktır (*krş. Sözleşme'nin 6. maddesindeki 'makul süre' şartına uymama nedeniyle tazminat davası bakımından yukarıda geçen Scordino (No. 1), §195*). Mahkeme, başvurucunun talebinin esası hakkında ulusal mahkemelerin üç yıldan fazla bir süredir karar vermemiş olmalarının, mevcut olayda tazminat davasının etkililiği konusunda ciddi kuşkular doğurduğunu tespit eder.

128. Mahkeme ayrıca başvurucunun, Sözleşme'nin 3. maddesi ihlalinin, ancak bu maddenin ihlalinin doğrudan bir sonucu olarak elde edilen bulguların yargılama sırasında dışlanmasıyla telafi edilebileceğini ileri sürdüğünü kaydeder. Mahkeme, kendi içtihatlarının mevcut halinde, bir davalı devletin görevlilerinin Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal eden kötü muamele olaylarında devletin ulusal düzeyde yeterli bir giderim sağlayabilmek için soruşturma ve tazminat şartlarına uymasının hem gerekli ama hem de yeterli olduğuna kanaat getirdiğini gözlemlemektedir (*bk. yukarıda parag. 116-119*). Ne var ki Mahkeme ayrıca, Sözleşme'deki bir hakkın ihlalini telafi için hangi giderim tedbirinin uygun ve yeterli olduğu meselesinin, olayın içinde bulunduğu koşullara bağlı olduğunu tespit etmiştir (*bk. yukarıda parag. 116*). Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanmış bir soruşturma yönteminin kullanılmasının başvuru hakkındaki bir ceza davasında kendisinin aleyhine bir sonuç verdiği bir olayda, bu ihlale karşılık uygun ve yeterli giderimin, yukarıdaki şartların yanında, o yasak yöntemle soruşturmanın yargılama üzerinde devam eden etkilerine yönelik giderim tedbirlerinin alınmasını ve özellikle Sözleşme'nin 3. maddesiyle elde edilen delillerin dışlanmasını gerektirebileceği ihtimalini yok saymamıştır.

129. Ancak mevcut olayda Mahkeme'nin bu mesele hakkında karar vermesi gerekli değildir. Mahkeme'nin bu aşamada, soruşturma sırasında yasaklanmış yöntemle sorgulamanın başvurucunun yargılanmasında devam eden bir etkiye sahip olup olmadığını ve kendisi için dezavantajlar doğurup doğurmadığını incelemesi gerekmez. Yukarıda yaptığı tespitler ışığında Mahkeme, her halükarda ulusal makamlar tarafından alınan farklı tedbirlerin, kendisinin içtihatlarında ortaya koyulan giderim şartını tam olarak karşılamadığı kanaatindedir. Bu nedenle davalı devlet, başvurucuya

Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal eden muamele için yeterli bir giderim sağlamamıştır.

130. Buradan çıkan sonucu göre, başvuru hala Sözleşme'nin 34. maddesi anlamında 3. maddenin ihlalinin ötürü mağdur olduğunu iddia edebilir.

B. Sözleşme'nin 3. maddesine uygunluk

131. Mahkeme, başvuru'nun 1 Ekim 2002 tarihinde sorgulanırken, J.'nin yerini söylemesi için işkence ile tehdit edildiğini ve bu sorgulama yönteminin Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanan insanlıkdışı muamele oluşturduğu şeklinde yukarıdaki tespitlerine (bk. §94-108) göndermede bulunur.

132. Dolayısıyla Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmiştir.

II. SÖZLEŞME'NİN 6. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

133. Başvuru ayrıca, Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmek suretiye sadece kendisinden alınan ikrarın bir sonucu olarak elde edilen delilin kabul edilmesinin ve kullanılmasının adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Sözleşme'nin 6. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“1. Herkes, ... hakkındaki bir suç isnadının karara bağlanmasında, ... adil ... olarak yargılanma hakkına sahiptir. ...

3. Hakkında suç isnadı bulunan bir kimse asgari şu haklara sahiptir: ...

(c) kendisini bizzat veya seçeceği bir avukat aracılığıyla savunma ...”

A. Büyük Daire önündeki davanın kapsamı

134. Başvuru Büyük Daire önünde ayrıca, 1 Ekim 2002 tarihinde aleyhindeki deliller toplanıncaya kadar bir müdafî ile görüşmesinin kasten engellendiğini söylemiştir. Mahkemenin içtihatlarına göre Büyük Daire önüne getirilen ‘dava’, Daire tarafından kabuledilebilir bulunmuş olan başvurudur (bk. diğerleri arasında, *K. ve T. – Finlandiya* [BD], no. 36590/97, §141, ECHR 2001-VII; *Göç – Türkiye* [BD], no. 36590/97, §36, ECHR 2004-XI; *Cumpana ve Mazere* [BD], no. 33348/96, §66, ECHR 2004-XI). Daire 10 Nisan 2007 tarihli kararında, başvuru'nun müdafî ile görüşmeyle ilgili şikayeti bakımından Sözleşme'nin 35(1). fıkrasının gerektirdiği şekilde iç hukuk yollarını tüketmediğini tespit ettiğinden, Büyük Daire'nin bu konuyu inceleme yetkisi yoktur.

B. Hükümetin ilk itirazı

135. Hükümet, başvurunun Sözleşme'nin 6. maddesi altındaki diğer şikayetleri bakımından da iç hukuk yollarını tüketmediği itirazında bulunmuştur. Hükümete göre başvuru, aleyhindeki ceza davasına devam edilmemesi ve yasak yöntemlerle soruşturma sonucu elde edilen bulguların delil olarak kullanılmaması konusundaki şikayetlerini ulusal mahkemeler önünde gereği gibi dile getirmemiştir.

1. Daire kararı

136. Daire bu itirazı Sözleşme'nin 6. maddesiyle ilgili şikayetin esasıyla birleştirerek incelediğinden ayrıca karar vermeyi gerekli görmemiş ve 6. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir (bk. Daire kararı, parag. 86).

2. Tarafların görüşleri

(a) Hükümet

137. Hükümet, Daire önündeki yargılamada ileri sürdüğü gerekçeleri Büyük Daire önünde de ileri sürerek, başvurunun iç hukuk yollarını tüketmediği itirazında bulunmuştur. Hükümet ilk olarak, başvurunun aleyhindeki ceza yargılamasının adil olmadığı, çünkü kendisine karşı yapılan tehditler nedeniyle muhakemenin devam etmemesi gerektiği iddiası konusunda, Federal Anayasa Mahkemesinin başvurunun anayasal şikayetini yeterli kanıt bulunmadığı gerekçesiyle kabuledilemez bulduğunu söylemiştir. Hükümete göre, Anayasa hukukunun niçin sadece polisin yaptığı sorgulama sırasında verdiği ifadenin dışlanması gerektirmekle kalmayıp, aynı zamanda muhakemenin devam ettirilmemesini de gerektirdiğini açıklamak başvurucuya düşer.

138. İkinci olarak başvuru, belirli bulguların kabuledilebilir bulunmaması talebinin reddedilmesi konusundaki şikayetleri bakımından da iç hukuk yollarını tüketmemiştir. Federal Anayasa Mahkemesi tarafından da teyit edildiği gibi başvuru, Federal Adalet Mahkemesi önündeki yargılamada usul kurallarının gerektirdiği şekilde, muhakemenin devam ettirilmemesi başvurusundan tamamen ayrı olarak Birstein'in de bulunan delilin kullanılmasıyla ilgili bir itirazda da bulunduğunu ayrıntılı bir şekilde ortaya koymamıştır. Federal Savcının başvurunun yaptığı temyiz kapsamını değerlendirirken, başvurunun Ceza Muhakemesi Kanununun 136a(3). fıkrasının ihlalini iddia etmediği şeklindeki 9 Mart 2004 tarihli beyanı, başvuru tarafından düzeltilmemiştir.

(b) Başvurucu

139. Başvurucu bu görüşe karşı çıkmış ve iç hukuk yollarını tükettiğini iddia etmiştir. Başvurucu Federal Adalet Mahkemesine yaptığı temyiz

başvurusunda, delillerin toplanma tarzı nedeniyle ceza muhakemesinin devam etmemesini amaçlayan çok geniş bir başvuruda bulunmuştur. Başvurucunun bu geniş başvurusu, kendisinden alınan ikrarın bir sonucu olarak elde edilen maddi delilin kabuledilebilirliğinin dar yorumlanmasını da içermektedir. Başvurucu temyiz dilekçesine, 9 Nisan 2003 tarihli ön başvurularının kopyalarını da eklemiştir. Başvurucunun temyiz başvurusu gerekçe gösterilmeden Federal Adalet Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.

140. Başvurucu ayrıca, Federal Anayasa Mahkemesine daha sonra yaptığı şikayette iddiasını bütünüyle kanıtladığını savunmuş, bu mahkemenin başlıca kararlarına atıflarla muhakemenin devam etmemesi ve söz konusu bulguların dışlanması taleplerinin reddedilmesinin nasıl olup da Anayasanın 1 ve 104. maddelerindeki haklarını ihlal ettiği konusunda ayrıntılı açıklamalarda bulunmuştur.

3. Mahkeme'nin değerlendirmesi

141. Hükümet daha önce Daire önünde başvurunun kabuledilebilirliğiyle ilgili cevap dilekçesinde aynı itirazlarda bulunduğu için (bk. Daire kararı, parag. 84), Büyük Daire de Mahkeme İçtüzüğü'nün 54 ve 55. maddelerine göre ilk itirazları inceleme yetkisine sahiptir (bk. *N.C. – İtalya [BD]*, no. 24952/94, §44, *ECHR 2002-X*; *Azinas - Kıbrıs [BD]*, no. 56679/00, §32 ve 37, *ECHR 2004-III*; ve *Sejdovic - İtalya [BD]*, no. 56581/00, §41, *ECHR 2006-II*).

142. Mahkeme, Sözleşme'nin 35. maddesinin amacının Sözleşmeciler Devletlere, kendilerine karşı iddia edilen ihlaller henüz Mahkeme önünde ileri sürülmeden önce, bu ihlalleri önleme ve düzeltme imkanı vermek olduğunu hatırlatır (bk. *diğerleri arasında, Civet – Fransa [BD]*, no. 29340/95, §41, *ECHR 1999-VI*). Sözleşme'nin 35(1). fıkrası belirli bir esneklikle ve aşırı biçimcilikten uzak bir şekilde uygulanmalıdır; ama bu fıkra başvuruların, sadece yetkili ulusal mahkemelere yapılmasını ve verilmiş olan kararlara karşı başvuru için düzenlenmiş olan etkili hukuk yollarına başvurulmuş olmasını gerektirmez. Ama ayrıca, daha sonra Mahkeme önüne getirilmesi düşünülen şikayetleri, iç hukukta belirlenen şekil şartlarına ve süre kurallarına uygun olarak, en azından özü itibarıyla bu mahkemeler önünde ileri sürülmüş olmasını gerektirir (bk. *diğer kararlar arasında, 19 Mart 1991 tarihli Cardot – Fransa kararı*, §34, *Seri A no. 200*; ve *13 Kasım 2003 tarihli Elçi ve Diğerleri – Türkiye kararı*, no. 23145/93 ve 25091/94, §604 ve 605).

143. Sonuç olarak, başvurunun yaptığı bir usul hatası nedeniyle üst başvurusunun kabul edilmemesi halinde, iç hukuk yolları tüketilmiş olmaz. Ancak, başvuru iç hukukta öngörülen şekil kurallarına uymamış olmasına rağmen yetkili makam yine de üst başvuruyu esastan incelemiş ise, artık iç hukuk yollarının tüketilmediğine karar verilemez (krş. *diğerleri arasında Mitropolia Basarabiei Si Exarhatul Plaiurilor ve Diğerleri – Moldova*

(k.k.), no. 45701/99, 7 Haziran 2001; *Skalka – Polonya* (k.k.), no. 43425/98, 3 Ekim 2002; *Jalloh – Almanya* (k.k.), no. 54810/00, 26 Ekim 2004; ve yukarıda geçen *Vladimir Romanov*, §52).

144. Mahkeme, başvurunun kendisinden alınan ikrarların doğrudan bir sonucu olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilmiş olması nedeniyle aleyhindeki ceza davasının adil olmadığından şikayet ettiğini gözlemlemektedir. Başvurucu bu meseleyi, özellikle Bölge Mahkemesine 9 Nisan 2003 tarihinde yaptığı ön başvurularında özel olarak dile getirmiş ve hukuka aykırı yöntemlerle ifade alındığı için soruşturma makamları tarafından öğrenilen bulguların ceza davasında kullanılmamasına dair bir beyanda bulunulmasını istemiştir (bk. yukarıda parag. 25). Mahkeme, başvurunun Federal Adalet Mahkemesine yaptığı temyizde, söz konusu başvuruya atıfta bulunduğunu ve mahkemenin verdiği kararın bir kopyasını sunduğunu kaydeder (bk. yukarıda parag. 37). Federal Adalet Mahkemesi başvurunun temyizini gerekçe göstermeden temelsiz bularak reddetmiştir. Bu koşullarda Mahkeme, içtihatların gereklerine uygun olarak, başvurunun Sözleşme'nin 6. maddesiyle ilgili şikayetini özü itirabarıyla Federal Adalet Mahkemesi önünde ileri sürmüş olduğuna ikna olmuştur. Ayrıca Mahkeme, Federal Savcının başvurunun temyizinin kapsamına dair muhtemelen farklı yorumunun Federal Adalet Mahkemesi tarafından benimsenmiş olup olmadığı konusunda bir spekülasyonda bulunamaz. Başvurucu, Federal Anayasa Mahkemesi önünde de, soruşturmada anayasaya aykırı yöntemler kullanılmış olmasının elde edilen bulguların yargılamada delil olarak kullanılmamasını gerektirdiğini iddia etmiş olduğundan (bk. yukarıda parag. 40), Mahkeme başvurunun Sözleşme'nin 6. maddesiyle ilgili şikayetini ulusal mahkemeler önündeki bütün bir yargılama boyunca ileri sürmüş olduğunu kabul eder.

145. Mahkeme ayrıca, başvurunun bunlara ek olarak, Bölge Mahkemesi, Federal Adalet Mahkemesi ve Federal Anayasa Mahkemesi önünde, kendisi aleyhindeki ceza davasının devam etmemesi gerektiğini, çünkü soruşturmada anayasaya aykırı yöntemler kullanıldığını iddia ettiğini gözlemlemektedir (bk. yukarıda parag. 24, 37 ve 40). Başvurunun bu talebi, yukarıda belirtilen (bk. parag. 144) başvurusuyla birlikte, soruşturma aşamasında yasak sorgu yöntemleriyle elde edilen delilin yargılama sırasında kullanılmasının hukuki sonuçlarıyla ilgilidir. Federal Anayasa Mahkemesi başvurunun şikayetini yeterince kanıtlayamadığı gerekçesiyle kabuledilemez bulmuştur. Ancak Mahkeme, Anayasa Mahkemesinin kararında, polisin soruşturma aşamasında başvurucuya acı verme tehdidinin, Anayasada yer alan insan onurunu ve başvurucuyu kötü muameleye tabi tutma yasağını ihlal ettiğinin kabul edildiğini kaydeder. Anayasa Mahkemesi ayrıca, soruşturma sırasında anayasaya aykırı yöntemler kullanılmış olması nedeniyle oluşan usul sakatlığının, tehdit altında verilen ifadelerin ceza mahkemeleri tarafından yargılamadan dışlanması suretiyle yeterince düzelttiğini ve ayrıca ceza davasına devam edilmemesini

gerektirmediğini söylemiştir (bk. yukarıda parag. 42-44). Mahkeme bu gözlemler sonucunda, başvurunun aleyhindeki ceza davasına devam edilmemesiyle ilgili anayasa şikayetinin en azından kısmen özü itibarıyla Anayasa Mahkemesi tarafından incelendiği kanaatindedir. Bu nedenle, iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazı da kabul edilemez.

146. Mahkeme, başvurunun iddia ettiği ihlalleri düzeltme fırsatının ulusal mahkemelere verildiğini tespit eder ve Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazının reddedilmesi gerektiği sonucuna varır.

C. Sözleşme'nin 6. maddesine uygunluk

1. Daire kararı

147. Daire, Sözleşme'nin 6(1) ve (3). fıkralarının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Daire, soruşturma sürecinde yasak yöntemlerle sorgulamanın devam eden etkisi nedeniyle, başvurunun yargılama öncesinde soruşturma makamlarına verdiği ifadelerin Bölge Mahkemesi tarafından kullanılmadığını gözlemlemiştir. Ancak ulusal mahkeme, başvurucudan alınan ifadelerin dolaylı bir sonucu olarak elde edilen bazı bulguları kullanmıştır. Daire, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı vasıtalarla alınan bir ikrarın meyvesi olarak elde edilen bulguların kullanılmasının, tıpkı ikrarın kendisinin kullanılmasında olduğu gibi, yargılamayı bir bütün olarak adil olmaktan çıkaracağına dair güçlü bir karine bulunduğu kanaatindedir. Ancak olayın özel şartları içinde başvurunun mahkumiyeti için asıl temel, yargılama sırasında verdiği yeni ikrar olmuştur. Tartışma konusu maddi deliller (real evidence) dahil olmak üzere diğer bulgular, sadece bir yan (accessory) delil niteliğinde olup, sırf ikrarın doğruluğunu kanıtlamak için kullanılmışlardır.

148. Daire, tartışma konusu bulguların kabulü karşısında, başvurunun duruşmada ikrardan başka bir savunma seçeneğinin kalmadığına ikna olmamıştır. Başvurucu avukat yardımı aldığı iç hukuktaki davada, pişmanlık saikiyle ikrarda bulunmayı istemiştir. Yargılama sırasında ikrarların farklılaşmış olması, savunma stratejisinin değiştiğini göstermektedir. Başvurucu ayrıca, yargılama sırasında tartışma konusu maddi delile itiraz etme imkanı bulmuştur. Daire, Bölge Mahkemesinin bu delili kabul etmeye karar verirken bütün menfaatleri tartma imkanı bulunduğunu kabul etmiştir.

149. Bu unsurlar karşısında Daire, tartışma konusu bulguların kullanılmasının, başvurunun yargılanmasını bir bütün olarak adil olmayan bir duruma getirmediği sonucuna varmıştır.

2. Tarafların görüşleri

(a) Başvurucu

150. Başvurucu, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olarak elde edilen maddi delillerin kabul edilmesinin, ceza davasını Sözleşme'nin 6. maddesini ihlal eder hale getirdiğini ileri sürmüştür. Bu deliller bir kez kabul edilince, artık savunma hakkından bütünüyle yoksun bırakılmıştır. Başvurucu ayrıca, kendini suçlandırmama ilkesiyle sağlanan korumadan da yoksun kalmıştır. Başvurucu, Birstein'da ve Birstein'dan dönerken bulunan delillerin, kendisini bunların nerede olduklarını göstermeye zorlayan polisin emriyle elde edildiklerini iddia etmiştir. J.'nin cesedini gizlediği yere doğru ağaçlar arasında ayakkabısız olarak yürümeye zorlanmıştır. Cesedi gizlediği yere doğru gidişi ve sonra cesedi bulması sırasında video kaydının yapılmış olması, Birstein'deki olayların çocuğu kurtarmakla ilgili değil, ama mahkumiyetini sağlamayı amaçlayan bir delil bulmakla ilgili olduğunu göstermektedir.

151. Başvurucu, tartışma konusu maddi delillerin mahkumiyet kararının verilmesinde sadece birer yan delil değil, ama belirleyici deliller olduklarını iddia etmiştir. Başka isnadlarda bulunulabileceği halde, nitelikli öldürme isnadında bulunabilmek ve bu suçtan mahkum edebilmek için, ikrar sonucu el edilen kendini suçlandırıcı deliller mutlaka gerekliydi. O sırada polisi bu delile götüren başkaca temiz bir yolun bulunduğu varsayımı geçerli değildir. Polisin bunları başka bir yoldan bulup bulamayacağı, tamamen bir spekülasyondur.

152. Başvurucuya göre, ilk derece mahkemesi yargılamanın hemen başında Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilerek elde edilen delillerin dışlanması talebini reddettiği için, bu noktadan itibaren yargılamanın sonucu önemli ölçüde belirlenmiştir. Artık bundan sonra susma hakkına dayanma veya J.'nin kazaen öldüğünü iddia etme veya cezanın hafifletilmesi umuduyla ilk aşamada tam bir ikrarda bulunma gibi savunma stratejileri etkisiz hale gelmiştir. Başvurucu, duruşmanın ikinci gününde sadece kısmen ikrarda bulunmuş ve dışlanmasını istediği bulguların duruşmada sunulmasından sonra yargılamanın sonunda J.'yi kasten öldürdüğünü kabul etmiştir. Gerçekten de, iddia makamı ve savcı yardımcılarının cezanın hafifletilmesi ihtimaline karşı çıkarken, kendisinin zaten kanıtlanmış olan şeyleri ikrar ettiğine işaret etmişlerdir.

153. Ayrıca başvurucuya göre, sorgulama yöntemi ister işkence isterse insanlıkdışı muamele olsun, Sözleşme (başvurucu burada özellikle Mahkeme'nin yukarıda geçen Jalloh kararına atıf yapmaktadır) ve uluslararası kamu hukuku kuralları (ICCPR md. 14 ve BM İşkenceye karşı Sözleşme md. 15 ve 16), işkence ve insanlıkdışı muamele mutlak yasağı ihlal edilmek suretiyle elde edilen bütün delillerin dışlanmasını gerektirmektedirler. Ulusal mahkemelerin ve Dairenin görüşlerinin aksine,

Sözleşme'nin 3. maddesindeki mutlak hakkın korunması, mahkumiyete varılması gibi yararlarla dengelenemez, dengelenmemelidir. Söz konusu delillerin dışlanması, kural olarak, işkence ve kötü muamele içeren bütün teşviklerin ortadan kaldırılması ve uygulamada bu tür davranışların önlenmesi için zorunludur.

(b) Hükümet

154. Hükümet ise Büyük Daire'den, Sözleşme'nin 6(1) ve (3). fıkralarının ihlal edilmediğine dair Daire kararını onaylamasını istemiştir. Hükümet, söz konusu delilin elde edilme tarzıyla ilgili olarak, başvurucunun Birstein'de veya dönüş sırasında ayakkabısız olarak yürümeye zorlandığı veya başkaca tehditlere tabi tutulduğu iddiasını reddetmiştir.

155. Hükümet, Bölge Mahkemesinin yargılamanın başlangıcında Birstein'da bulunan söz konusu bulguları davada delil olarak kullanmaya karar verdiğini kabul etmiştir. Bununla birlikte başvuru, mahkeme önünde susabileceği veya yalan ifade verebileceği halde, suçun sorumluluğunu üzerine almak istediği için yargılama sırasında pişmanlık saikiyle ikrarda bulunmak istediğini söylemiştir. Hükümete göre başvuru, dava mahkemesinin kendisine haklarını hatırlatmasından sonra duruşmanın ikinci günü ikrarda bulunmuş olup, bu ikrardan anlaşıldığına göre J.'yi kasten öldürmüştür. Duruşmadaki ilk ikrarı ile ikinci ikrarı arasında fark küçük olup, ilk ikrarında sadece J.'yi öldürmenin başlangıçta kendi planının bir parçası olduğu kabulüne yer vermemiştir. Bu ek kabul öldürmenin kanıtlanması konusunda gerekli bir unsur değildir.

156. Hükümet başvurucunun mahkumiyetinin yargılama sırasında iradi olarak verdiği ikrara dayandığını vurgulamıştır. J.'nin cesedi ve ceset üzerinde yapılan otopsi raporu ile göletin yakınındaki başvurucunun arabasının tekerlek izleri gibi, Birstein'e gidişten sonra elde edilen bulgular yan delil niteliğinde olup, sadece başvurucunun duruşmada verdiği ikrarın doğruluğunu test etmek için kullanılmışlardır. Bu, başvurucuyu mahkum eden Bölge Mahkemesi kararında açıkça söylenmiştir.

157. Hükümet, Sözleşme'nin 6. maddesinin delillerin kabuledilebilirliği konusunda her hangi bir kural getirmediğini, bu meselenin esas itibarıyla ulusal hukukların bir düzenleme konusu olduğunu kaydetmiştir. Hükümet, Sözleşme'ye göre bir katile karşı ceza kanununu uygulamakla yükümlü olduğunu vurgulamıştır. Çocuk kaçıran bir katilin mahkum edilmesinde çok büyük bir kamu yararı vardır. Hükümet ayrıca, “zehirli ağacın meyvesi”nin kullanılmasının yasaklanmasında çok ileriye giden Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesinin içtihadının da çok dikkatli bir şekilde analiz edilmesi gerektiğini savunmuştur. Yüksek Mahkeme, örneğin *Nix v Williams* (11 June 1984 (467 U.S. 431) adlı öncü kararında (bk. yukarıda parag. 73), usule aykırı bir soruşturmada sonra bulunan ceset, olayın şartları içinde her halükarda bulunacak idiyse, cesedin delil olarak kabul edilebileceğine karar vermiştir. Mevcut olayda da durum böyledir; J.'nin

cesedi başvuruçunun daha önce gittiği bir yerde saklanmış olup, ceset er ya da geç bulunacaktır.

(c) Katılanlar

(i) J.'s anne babası

158. J.'nin anne babasına göre, başvuruçunun yargılanması sırasında Sözleşme'nin 6. maddesinin gerekleri yerine getirilmiştir. Başvuruçuru duruşmada hiçbir zaman ikrara zorlandığını söylememiş, fakat mağdurun ailesine saygısı nedeniyle ve serbestçe ifade vermekte olduğunu tekrarlamıştır. J.'nin anne babası, başvuruçunun duruşmanın ikinci gününde J.'yi kaçırmadan önce öldürmeyi planlamadığını inkar etmekle birlikte, J.'yi boğarak öldürdüğünü ikrar ettiğini iddia etmişlerdir. Başvuruçuru daha sonraki ifadesinde çocuğu daha en başta öldürmeyi planladığını kabul etmiştir.

159. J.'nin anne babası ayrıca, başvuruçunun hazırlık soruşturması aşamasındaki beyanlarının dışlanmış olmasının ardından kendisine susma ile ikrarda bulunma arasında tercih imkanı verildiğini ve her şeyin olduğu gibi ortaya çıkmış olmadığını söylediğini vurgulamışlardır. Başvuruçuru, dava mahkemesinin hükmü üzerinde hafifletici bir etkisi olmayacağını farkında olduğu halde, tam ve serbestçe ikrarda bulunduğunu iddia etmiştir. Daha sonra başvuruçuru tarafından çıkarılan (*Alone with God – The Way Back*) adlı kitapta, duruşmadaki ikrarına polisteki sorgusunun sebep olduğunu ima eden her hangi bir söz yoktur. Başvuruçuru bu kitapta, duruşmada yeni bir ikrarda bulunmasının saikiyle ilgili olarak, pişmanlığını ifade etmek istediğini tekrarlamıştır. Böylece başvuruçuru, ikrarının alacağı ceza üzerinde bir etkisinin olmama riskine rağmen, bu risk gerçekleşmiştir, eylemlerini bütün ayrıntılarıyla anlatmıştır.

(ii) Redress Trust

160. Redress Trust, işkence veya kötü muameleyle elde edilen delillerin kabul edilmesini yasaklayan dışlama kuralının (exclusionary rule) varlık nedeninin şu noktalara dayandığını söylemiştir: (i) işkence sonucu elde edilen ifadenin güvenilir olmaması; (ii) işkencenin uygar değerlere tecavüz etmesi; (iii) dünyanın her yerinde işkenceyi teşviki ortadan kaldırma amacına sahip bir politika bulunması; (iv) temel hakların korunmasını sağlama gereği; (v) yargılama sürecinin bütünlüğünü koruma gereği.

161. İşkence veya insanlıkdışı muameleyle elde edilen ifadelerin bir davada delil olarak kabulü, bir çok uluslararası belge tarafından yasaklanmıştır. Redress Trusta'a göre, Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşme'nin özellikle 15. maddesi biraz daraltmış olmasına rağmen (bk. yukarıda parag. 70), dışlama kuralının sadece ikrarları değil ama aynı zamanda işkence altında alınan bir ifadenin sonucu olarak bulunan türev delilleri de kapsadığı savunulabilir. Örneğin BM İnsan Hakları Komitesi 30

Mayıs 1982 tarihli Genel Yorumunda (No. 7), işkence yasağının etkili bir şekilde kontrol edilebilmesi için, hem ikrarların ve hem de işkence veya insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele ile elde edilen diğer delillerin yargılama sırasında kabuledilemez görülmesinin büyük önemi bulunduğunu söylemiştir (bk. yukarıda parag. 70). Güney Afrika Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi'nin 10 Nisan 2008 tarihli *Mthembu v. The State* kararına göre de, işkenceden türetilen maddi deliller dahil, işkenceyle elde edilen delillerin herhangi bir şekilde kullanılması, yargılamayı adil olmayan bir duruma getirir (bk. yukarıda parag. 74). Bu, diğer kötü muamele biçimlerine de uygulanmalıdır. Mahkeme'nin *Jalloh* (§99 ve 104-107) ile *Harutyunyan* (no. 36549/03, §63) kararları da aynı yöne işaret etmektedirler.

3. Mahkeme'nin değerlendirmesi

(a) Konuyla ilgili ilkelerin özeti

162. Mahkeme, Sözleşme'nin 19. maddesi gereğince kendi görevinin, Sözleşmeciler Devletlerin Sözleşme'ye karşı üstlendikleri taahhütleri yerine getirmelerini sağlamak olduğunu hatırlatır. 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 (bk. *Schenk – İsviçre*, 12 Temmuz 1988, §45-46, *Seri A no. 140*; *Teixeira de Castro – Portekiz*, 9 Haziran 1998, §34, *Reports 1998-IV*; ve *Heglas – Çek Cumhuriyeti*, no. 5935/02, §84, 1 Mart 2007).

163. 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 (bk. *diğerleri arasında*, *Khan – Birleşik Krallık*, no. 35394/97, §34, *ECHR 2000-V*; *P.G. ve J.H. Birleşik Krallık*, no. 44787/98, §76, *ECHR 2001-IX*; ve *Allan – Birleşik Krallık*, no. 48539/99, §42, *ECHR 2002-IX*).

164. Bir yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığına karar verilirken, savunma haklarına saygı gösterilmiş olup olmadığı da göz önünde tutulmalıdır. Özellikle, başvurucuya delillerin gerçekliğine itiraz etme ve kullanılmalarına karşı çıkma fırsatı verilip verilmediği incelenmelidir. Buna ek olarak, delillerin kalitesi ile birlikte, delillerin elde edildiği koşullar ve bu koşulların delillerin gerçekliği ve güvenilirliği üzerinde kuşku doğurup doğurmadığı da dikkate alınmalıdır. Bir delilin başka materyallerle desteklenmiş olmaması halinde mutlaka adillik sorunu

doğmaz; bir delil çok kuvvetliyse ve güvenilirliği konusunda bir risk yoksa, buna karşılık destekleyici delile olan ihtiyaç azalır (*bk. diğerleri arasında, yukarıda geçen Khan, §35 ve 37; yukarıda geçen Allan, §43; ve yukarıda geçen Jalloh, §96*). Bu bağlamda Mahkeme, söz konusu delilin davanın sonucu üzerinde belirleyici olup olmadığı konusuna da önem bağlamaktadır (*krş. özellikle, yukarıda geçen Khan, §35 ve 37*).

165. Tespit edilen Sözleşme ihlalinin niteliğinin incelenmesi konusunda ise Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilerek elde edilen bilginin delil olarak kullanılmasının yargılamayı bir bütün olarak Sözleşme'nin 6. maddesine aykırı adil olmayan bir duruma getirip getirmediği meselesinin, başvurunun savunma haklarına saygı gösterilmesi ve söz konusu delilin kalitesi ve önemi gibi, olayın içinde bulunduğu şartlara bakılarak karara bağlanabileceğini hatırlatır (*krş. diğerleri arasında, yukarıda geçen Khan, § 35-40; yukarıda geçen P.G. ve J.H. – Birleşik Krallık, §77-79; ve 6. maddenin ihlali bulunmamış olan Bykov – Rusya [BD], no. 4378/02, §94-98, ECHR 2009-....*). Ancak, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilen delilin ceza davasında kullanılması konusunda farklı bir düşünce devreye girer. Sözleşme'de güvence altına alınan mutlak nitelikte çekirdek haklardan birinin ihlali sonucu elde edilen bu tür bir delilin kabulü, mahkumiyet üzerinde belirleyici olmasa bile, yargılamanın adilliği üzerinde ciddi sorunlar doğurur (*bk. İçöz – Türkiye (k.k.) no. 54919/00, 9 Ocak 2003; yukarıda geçen Jalloh, §99 ve 104; Göçmen – Türkiye, no. 72000/01, §73-74, 17 Ekim 2006; ve yukarıda geçen Harutyunyan, §63*).

166. Mahkeme, ikrarlar konusunda, işkence (*krş. Örs ve Diğerleri – Türkiye, no. 46213/99, §60; yukarıda geçen Harutyunyan, §63, 64 ve 66; ve Levinta - Moldova, no. 17332/02, §101, 104 ve 105*) veya Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı diğer kötü muameleler (*krş. Söylemez - Türkiye, no. 46661/99, §107, 122-124, 21 Eylül 2006; ve yukarıda geçen Göçmen, 73-74*) sonucu elde edilmiş ifadelerin, maddi olayları kanıtlamak üzere ceza davasında delil olarak kabulünün, yargılamayı bir bütün olarak adil olmayan bir duruma getirdiğini tespit etmiştir. Bu tespit, ifadelerin kanıtlayıcılık değeri bulunup bulunmadığına ve kullanılmalarının sanığın mahkumiyeti bakımından belirleyici olup olmadığına bakılmaksızın uygulanır (*ibid*).

167. Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal eden bir kötü muamelenin doğrudan bir sonucu olarak elde edilen maddi delilin yargılamada kullanılması konusunda ise Mahkeme, şiddet fiillerinin, en azından işkence olarak nitelendirilebilecek fiillerin bir sonucu olarak elde edilen suçlandırıcı maddi delile, kanıtlayıcılık değeri ne olursa olsun, hiçbir zaman mağdurun suçluluğunu kanıtlamak üzere dayanılamayacağı kanaatindedir. Bunun dışında bir sonuç, Sözleşme'nin 3. maddesini oluşturanların yasaklamak istedikleri ahlaken kınanacak türden bir eylemi dolaylı olarak meşrulaştırmaya hizmet eder, başka bir deyişle, 'vahşiliğin üzerine hukuk örtüsü örter' (*bk. yukarıda geçen Jalloh, §105*). Mahkeme Jalloh kararında, işkence kapsamına girmeyen fakat insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele

olarak nitelendirilebilecek bir eylemle elde edilen maddi delilin kullanılmasının her zaman, yani özellikle delile atfedilen ağırlığa, kanıtlayıcılık değerine ve sanığın delili kabulüne ve yargılamada kullanılmasına itiraz etme fırsatı bulup bulamadığına bakılmaksızın, yargılamayı adil olmayan bir duruma getirip getirmediği sorununun çözmeden bırakmıştır. Olayın içinde bulunduğu özel şartlar nedeniyle o davada Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*ibid.*, §107-108).

168. Susma hakkı ve kendini suçlandırmama hakkı ihlal edilmek suretiyle elde edilen delilin kullanılması konusunda Mahkeme, bu hakların Sözleşme'nin 6. maddesindeki adil muhakeme usulü kavramının kalbinde yer alan genellikle tanınmış uluslararası standartlar olduğunu hatırlatır. Bunların varlık nedeni, başka şeylerin yanında, sanığı yetkililerin haksız zorlamalarına karşı korumak ve böylece adli hatadan kaçınılmasına katkıda bulunmak ve Sözleşme'nin 6. maddesinin amaçlarını yerine getirmektir. Özellikle kendini suçlandırmama hakkı, bir ceza davasında iddia makamının, sanığın iradesine aykırı baskı ve zorlama yöntemleriyle elde edilmiş delillere başvurmadan iddiasını kanıtlamak istediğini varsayar (*bk. diğerleri arasında, Saunders – Birleşik Krallık, 17 Aralık 1996, §68, Reports 1996-VI; Heaney ve McGuinness – İrlanda, no. 34720/97, §40, ECHR 2000-XII; ve yukarıda geçen Jalloh, §100*).

(b) Bu ilkelerin mevcut davada uygulanması

169. Sözleşme'nin 6(3). fıkrasındaki kendini suçlandırmama ilkesi ve sanık haklarıyla ilgili gerekler, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki adil muhakeme hakkının özel yönleri olarak görüldüğünden, Mahkeme şikayetleri bu iki fıkrayı birlikte ele alarak inceleyecektir (*krş. diğer kararlar arasında, Windisch - Avusturya, 27 Eylül 1990, §23, Seri A no. 186; Lüdi – İsviçre, 15 Haziran 1992, §43, Seri A no. 238; Funke – Fransa, 25 Şubat 1993, §44, Seri A no. 256-A; ve yukarıda geçen Saunders, §68*).

170. Yukarıdaki ilkeler ışığında Mahkeme, başlangıçtan itibaren Sözleşme'deki hakları ihlal edilerek elde edilen delillerin kullanılmasına karşı çıkmış olan başvuru aleyhindeki ceza davasının bir bütün olarak adil sayılıp sayılamayacağını incelerken, ilk olarak, söz konusu Sözleşme ihlalinin niteliğine ve bu ihlalle elde edilen tartışma konusu delilin kapsamına bakmak zorundadır. Mahkeme, başvuru ifadesinin, 1 Ekim 2002 sabahı E. tarafından sorgulanması sırasında Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmek suretiyle alındığı konusundaki tespitine (yukarıda parag. 108) gönderme yapar. Mahkeme ayrıca başvuru ifadesinin Birstein'de veya Birstein'a giderken ya da gelirken, maddi delilin yerini söylemesi için ikinci bir kez tehdit edildiğine dair bir belirti bulunmadığı sonucuna (yukarıda parag. 99) varmıştır.

171. Mahkeme, Bölge Mahkemesinin, Birstein'de ve Emniyet Müdürlüğüne döndükten sonra verdiği ifadeler dahil, başvuru ifadesinin

ifadelerini sorgulama sırasında yapılan tehditlerin devam eden etkisiyle verdiğini ve dolayısıyla kabuledilemez olduklarını (bk. yukarıda parag. 29) tespit ettiğini, ama bu ifadelerin bir sonucu olarak öğrenilen maddi delilleri kabuledilebilir bulduğunu kaydeder. Mahkeme, tartışma konusu maddi delilin ulusal mahkemeler önündeki davada, başvurucudan alınan ifadelerin bir sonucu olarak soruşturma makamları tarafından öğrenilen bir delil olarak nitelendirildiğini kaydeder (uzun erimli etki (“*Fernwirkung*”) – bk. yukarıda parag. 31). Mahkeme, Sözleşme’nin 6. maddesine göre yapacağı değerlendirme açısından, başvurucunun Sözleşme’nin 3. maddesine aykırı sorgulanması ile başvurucunun ifadelerinin bir sonucu olarak bulunan J.’nin cesedi ve sonra alınan otopsi raporu, başvurucunun arabasının gölet kenarında bıraktığı tekerlek izleri, J.’nin sırt çantası, elbiseleri ve başvurucunun daktilosu gibi toplanan maddi deliller arasındaki nedensellik ilişkisinin belirleyici olduğu kanaatindedir. Bir başka deyişle, tartışma konusu maddi deliller, Sözleşme’nin 3. maddesini ihlal eden polis tarafından yapılan sorgunun doğrudan bir sonucu olarak toplanmıştır.

172. Ayrıca, Sözleşme’nin 6. maddesi bakımından bir mesele ancak, 3. maddeyi ihlal eden yöntemle elde edilen delilin, başvuru aleyhindeki ceza davasından dışlanmaması halinde doğar. Mahkeme, başvurucunun soruşturma sırasında tehdit veya tehdidin süren etkisi altında verdiği ikrarlardan hiçbirinin Bölge Mahkemesi tarafından kabul edilmediğini kaydeder. Ancak Bölge Mahkemesi, duruşmanın başında başvurucunun talebini reddetmekle, soruşturma makamlarının başvurucunun Sözleşme’nin 3. maddesine aykırı muamelelerin süren etkisi altında verdiği ifadelerin bir sonucu olarak topladıkları bulguların kabul edilmemesi talebini de reddetmiştir (bk. yukarıda parag. 31).

173. Mahkeme’den, işkence oluşturmayan fakat Sözleşme’nin 3. maddesine aykırı insanlıkdışı muamele olarak nitelendirilen bir fiil sonucu elde edilen maddi delillerin kabulünün, yargılamanın adilliği üzerinde doğurduğu sonuçları incelemesi istenmiştir. Yukarıda da gösterildiği gibi (bk. yukarıda parag. 166-167), Mahkeme bugüne kadar verdiği kararlarda, bu tür bir delilin, olayın içinde bulunduğu diğer şartlara bakılmaksızın, bir yargılamayı her zaman adil olmayan bir duruma getirip getirmeyeceği sorununu henüz çözmemiştir. Ancak Mahkeme, hem Sözleşme’nin 3. maddesine aykırı (ister işkence, isterse insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele olarak nitelendirilsin) muamele yapılmasının bir sonucu olarak elde edilen ifadelerin ceza davasında kullanılmasının ve hem de işkence fiillerinin doğrudan bir sonucu olarak elde edilen maddi delillerin kullanılmasının, yargılamayı bir bütün olarak ve otomatik bir şekilde Sözleşme’nin 6. maddesine aykırı adil olmayan bir duruma soktuğunu belirtmiştir (bk. yukarıda parag. 166-167).

174. Mahkeme, Sözleşmeciler Devletler ile başka devletler ve diğer insan hakları izleme organları arasında, delil dışlama kuralının uygulama alanı konusunda açık bir konsensüs bulunmadığını kaydeder (bk. yukarıda parag.

69-74'teki referanslar). Ayrıca, yasak sorgu yöntemlerinden bağımsız olarak, tartışma konusu delilin daha sonraki bir aşamada bulunup bulunmaması gibi faktörlerin bu tür delilin kabuledilebilirliği üzerinde etkisi olabilir.

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

176. Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesi bağlamında yukarıda sözü edilen menfaatleri göz önünde tutmakla birlikte, Sözleşme'nin 3. maddesinin mutlak bir hakkı içerdiğini de kaydeder. Bu hak mutlak olduğundan, soruşturulmakta olan suçun ağırlığı veya etkili bir cezai kovuşturma yapılmasındaki kamu yararı gibi başka menfaatlerle dengelenemez; dengelenmesi halinde, bu hakkın mutlaklığı zedelenir (*krş. ayrıca, mutatis mutandis, yukarıda geçen Saadi – İtalya, §138-139*). Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 3. maddesinde yasaklanan kötü muameleye tabi tutulmama şeklindeki mutlak hakkın korunmasından ödün verilerek, ne insan yaşamının korunması ve ne de cezai mahkumiyete varılması mümkündür; çünkü bu noktada ödün verilmesi, söz konusu değerleri feda eder ve adaletin işleyişine olan güveni zedeler.

177. Mahkeme bu bağlamda Hükümetin, Sözleşme gereğince, insan öldüren bir kişiye karşı Ceza Kanununu uygulamak ve böylece yaşama hakkını korumak zorunda olduklarına dair savunmasını da kaydeder. Gerçekten de Sözleşme, yaşama hakkının Sözleşmeciler Devletler tarafından korunmasını gerektirmektedir (*bk. diğer kararlar arasında Osman – Birleşik Krallık, 28 Ekim 1998, §115-116, Reports 1998-VIII*). Ne var ki Sözleşme, devletleri Sözleşme'nin 3. maddesindeki mutlak nitelikteki insanlıkdışı muamele yasağını ihlal eden bir davranışla veya bütün sanıkların Sözleşme'nin 6. maddesine göre sahip olduğu haklara aykırı bir tarzda yaşama hakkını korumaya zorlamamaktadır (*krş. mutatis mutandis*

yukarıda geçen *Osman*, §116). Mahkeme, mevcut olayda devlet görevlilerinin, zor ve stresli bir durumda ve bir yaşamı korumaya çalışırken hareket ettiklerini kabul eder. Ancak böyle bir durum, devlet görevlilerinin maddi delili Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olarak elde ettikleri gerçeğini değiştirmez. Dahası, adil yargılanma hakkına saygı, tam da en ağır cezalar söz konusu olduğunda, demokratik toplumlar tarafından mümkün olan en yüksek düzeyde sağlanır (krş. *Salduz - Türkiye [BD]*, no. 36391/02, §54, *ECHR* 2008-...).

178. Bununla birlikte, 3. maddeden farklı olarak, Sözleşme'nin 6. maddesi mutlak bir hak içermemektedir. Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesinde güvence altına alınan hakların etkili bir şekilde korunmasını sağlamak için, 3. maddeye aykırılığın bir sonucu olarak elde edilen deliller bakımından bir ceza davasında ne gibi tedbirlerin gerekli ve yeterli olacağını belirlemelidir. Mahkeme'nin içtihatlarında ortaya çıktığı üzere (bk. yukarıda parag. 165-167), bu tür delillerin kullanılması yargılamanın adilliği üzerinde ciddi sorunlar doğurur. Tabii ki, Sözleşme'nin 6. maddesi bağlamında, Sözleşme'nin 3. maddesinde mutlak bir şekilde yasaklanmış bir fiille elde edilen delilin kabulü, bu yasağın mutlaklığına rağmen, kanun adamlarını bu tür yöntemleri kullanmaya teşvik edebilir. Dolayısıyla Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmesinin bir sonucu olarak elde edilen maddi delil Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalinin bir sonucu olarak alınan ifadede 3. maddeyi ihlal bakımından daha uzak olsa bile, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı yöntemlerin kullanılmasına karşı bireylerin etkili bir şekilde korunması, kural olarak, bu maddi delilin yargılamada kullanılmamasını gerektirebilir. Aksi taktirde bir bütün olarak yargılama adil olmayan bir duruma gelir. Bununla birlikte Mahkeme, hem Sözleşme'nin 3. maddesindeki mutlak nitelikteki yasağın etkili bir şekilde korunmasının ve hem de ceza davasının adilliğinin, 3. madde ihlalinin ancak sanık aleyhindeki davanın sonucuyla ilgisi olması, yani sanığın mahkumiyeti ve cezası üzerinde bir etkisinin bulunması halinde tehlikeye gireceği kanaatindedir.

179. Mahkeme, mevcut olayda Bölge Mahkemesinin başvuru tarafından işlenen suçun işleniş biçimiyle ilgili olaylara dair tespitlerini, açıkça başvuruçunun duruşma sırasında verdiği yeni ve tam ikrara dayandığını; dolayısıyla bu tespitlerin, başvuruçunun kaçırma ve öldürme suçlarından mahkum edilmesinde belirleyici olduğunu kaydeder (bk. yukarıda parag. 34). Ayrıca Bölge Mahkemesi, başvuruçunun mahkum edilmesinde ve cezalandırılmasında rol oynayan suçun planlanmasıyla ilgili maddi olaylara ilişkin tespitlerini de esas itibarıyla yeni ikrara dayandırmıştır. Yargılama sırasında kabul edilen ek deliller, ulusal mahkeme tarafından başvuruçunun suçluluğunun kanıtlanması için değil, fakat sadece başvuruçunun ikrarının doğruluğunu test etmek için kullanılmıştır. J.'nin ölüm nedenine ilişkin otopsi sonuçları ve çocuğun cesedinin bulunduğu yerde başvuruçunun arabasının bıraktığı tekerlek izleri,

işte bu ek deliller arasında yer almıştır. Ulusal mahkeme ayrıca, başvurucudan tehdit altında alınan ilk ikrardan bağımsız olarak, başvurucunun fidyeyi almasından itibaren polis tarafından gizlice izlenmesi ve yakalanmasından hemen sonra oturduğu evin aranması suretiyle toplanan doğrulayıcı delillere dayanmıştır. J.'nin ablasının ifadesi, şantaj mektubu, başvurucunun evinde bulunan suçun planlanmasıyla ilgili not ile başvurucunun evinde ve banka hesabında bulunan ve fidyeden elde edilen paralar, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaliyle kirlenmemiş olan deliller arasında yer almıştır (ibid).

180. Yukarıda anlatılanlar ışığında Mahkeme, başvurucunun yargılama sırasında verdiği ikinci ikrarın, tek başına veya doğrulayıcı ve lekesiz maddi delillerle birlikte, başvurucunun kaçırma ve öldürme suçlarından mahkum edilmesine ve cezalandırılmasına temel oluşturduğu kanaatindedir. Tartışma konusu maddi deliller, başvurucunun suçluluğunun kanıtlanması ve cezalandırılması için gerekli olmayan ve kullanılmamış olan delillerdir. Bu durumda, tartışma konusu maddi deliller bakımından yasak sorgulama yöntemlerinden başvurucunun mahkum edilmesine ve cezalandırılmasına götüren nedensellik zincirinin kırıldığı söylenebilir.

181. Bu tespitler ışığında Mahkeme ayrıca, soruşturma sürecinde meydana gelen Sözleşme'nin 3. maddesine aykırılığın, başvurucunun yargılanması sırasındaki ikrarı üzerinde bir etkisi olup olmadığını incelemelidir. Başvurucu Mahkeme'ye yaptığı başvuruda, etkisi olduğunu söylemiştir. Başvurucu dilekçesinde, Bölge Mahkemesinin duruşmanın başında Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilen maddi delillerin dışlanması talebini reddettiği zaman, yargılamada artık ikrardan başka bir savunma seçeneğinin kalmadığını belirtmiştir.

182. Mahkeme ilk olarak, duruşmanın ikinci gününde ikrarda bulunmadan önce başvurucuya susma hakkının hatırlatıldığını ve suçlamalar hakkında daha önce verdiği ifadelerden hiç birinin aleyhine delil olarak kullanılmayacağını söylendiğini gözlemlemektedir. Dolayısıyla Mahkeme, ulusal mevzuatın ve pratiğin, kötü muamele vasıtasıyla elde edilmiş ikrarlara bir sonuç bağladığına (*krş. Hulki Güneş – Türkiye, no. 28490/, 95, §91, ECHR 2003-VII; ve yukarıda geçen Göçmen, §73*) ve başvurucunun durumunun bu noktada Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmeden önceki duruma döndürüldüğüne ikna olmuştur.

183. Dahası, bir müdafî ile temsil edilen başvurucu, duruşmanın ikinci gününde ve duruşmanın sonunda verdiği ifadelerde, 1 Ekim 2002 tarihindeki olaylara rağmen, suçunun sorumluluğunu almak üzere ve pişmanlık saikiyle serbestçe ikrarda bulunduğunu vurgulamıştır (bk. yukarıda parag. 32). Başvurucu, tartışma konusu maddi delillerin kullanılmaması girişimi sonuçsuz kalmasına rağmen, ikrarda bulunmuştur. Dolayısıyla Mahkeme'nin, başvurucunun gerçeği söylemediğini, Bölge Mahkemesi yargılamanın başında tartışma konusu maddi delilleri kullanmamaya karar vermiş olsaydı başvurucunun ikrarda bulunmayacağını

ve bu nedenle ikrarın sanık haklarını ortadan kaldıran tedbirlerin bir sonucu olarak görülmesi gerektiğini kabul etmesi için bir sebep yoktur.

184. Her halükarda Bölge Mahkemesinin karar gerekçesinden anlaşılmaktadır ki, başvurunun duruşmanın son gününde verdiği ikinci ikrar, öldürme suçundan mahkum edilmesinde hayati bir öneme sahip olup, ikrarda bulunmamış olsaydı, bu suçtan suçlu bulunmayabilirdi (bk. yukarıda parag. 34 ve 35). Başvurunun ikrarında, tartışma konusu maddi deliller tarafından kanıtlanabilecek şeylerle alakası olmayan birçok ek unsur da yer almıştır. Maddi deliller, J.'nin boğularak öldürüldüğünü ve başvurunun Birstein'deki gölete gittiğini gösterdiğinden, başvurunun ikrarı J.'yi öldürme kastını ve ayrıca ardındaki saiki de kanıtlamıştır. Bu unsurlar karşısında Mahkeme, yargılamanın başında söz konusu delillerin kullanılmaması talebinin reddedilmesinden sonra başvurunun sessiz kalamayacağına ve ikrardan başka bir savunma seçeneği bulunmadığına ikna olmamıştır. Bu nedenle Mahkeme, soruşturma sürecinde Sözleşme'nin 3. maddesine aykırılığın, başvurunun duruşmada ikrarda bulunması üzerinde etkisi bulunduğuna da ikna olmamıştır.

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

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

187. Mahkeme, başvuruyla ilgili olayın özel koşulları içinde, insanlıkdışı muamele vasıtasıyla ifade alınmasından sonra toplanan söz konusu maddi delillerin dışlanması talebinin reddedilmesinin, başvurunun mahkumiyeti ve cezası üzerinde bir etkisi bulunmadığı sonucuna varmaktadır. Başvurunun sanık haklarına ve kendini suçlandırmama hakkına da saygı gösterildiğinden, yargılamanın bir bütün olarak adil olduğu kabul edilebilir.

188. Buna göre Sözleşme'nin 6(1) ve (3). fıkraları ihlal edilmemiştir.

III. SÖZLEŞME’NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

189. Sözleşme’nin 41. maddesi şöyledir:

“Mahkeme, Sözleşmenin veya Protokollerin ihlal edildiğini tespit ederse, ve ilgili Sözleşmeci Devletin iç hukuku bu ihlali ancak kısmen giderme imkanı veriyorsa, Mahkeme gerekli görürse zarara uğrayan tarafa adil bir karşılık verilmesine hükmeder.”

A. Zarar

190. Başvurucu maddi veya manevi zararlarının tazmin edilmesini talep etmemiş, başvurusunun amacının ulusal mahkemeler önünde yeniden yargılanmak olduğunu vurgulamıştır. Hükümet bu konuda bir yorumda bulunmamıştır.

191. Bu nedenle Mahkeme zararlar için tazminata hükmetmemiştir. Başvurucunun giderim için talep ettiği özel tedbir konusunda ise Mahkeme, yukarıda Sözleşme’nin 6. maddesi bakımından varılan sonuç göz önünde tutulduğunda, başvurucunun ulusal mahkemeler önünde yeniden yargılanma veya dosyasının yeniden açılması talebinin bir temeli yoktur.

B. Ücretler ve masraflar

192. Başvurucu belgeler sunarak, Daire önündeki taleplerini tekrarlamış ve Bölge Mahkemesinin kendisini ödemeye mahkum ettiği miktarın kendisine geri ödenmesini istemiştir. Bu miktar 72,855.60 Euro’dur. Başka şeylerle birlikte, bu miktarın kapsadığı avukatlık ücreti ile uzman görüşü ve diğer tanığın masraflarından hangilerinin Sözleşme’deki hakların ihlaline karşılık hükmedilmiş görülmesine karar verip vermemeyi Mahkeme’nin takdirine bırakmıştır. Başvurucu, temyiz başvurusu ile Federal Anayasa Mahkemesine anayasal şikayette bulunmak için ödenen ücretlerin (miktarı belirtmemiştir), sırf Sözleşme’deki hakların ihlalinin düzeltmek için ödendiğini iddia etmiştir.

193. Kendisine adli yardım verilmiş olan başvuru, Mahkeme önündeki yargılama sırasında ücretler ve masrafları için 22,647.85 Euro talep etmiştir. Fatura ve fişle belgelenen bu ücretler ve masraflar, avukatlık ücretlerini, ulusal mahkemelerdeki dava dosyalarına erişmek ve hukuk uzmanlarının hazırladığı raporlara karşılık ödenen ücretleri, fotokopi giderleri ile seyahat, iâşe ve konaklama masraflarını, ulusal mahkemeler önündeki diğer davalar için yapılan masrafları içermektedir.

194. Hükümet başvurucunun talepleri konusunda Büyük Daire önünde bir yorum yapmamıştır. Hükümet Daire önünde ise, Bölge Mahkemesinin başvurucunun ödemesine hükmettiği giderlerin Sözleşme’deki hakların ihlalinin önlemek veya gidermek için katlanılmış olmadığını iddia etmiştir. Başvurucu Federal Adalet Mahkemesi ile Federal Anayasa Mahkemesi

önündeki yargılama için katlandığı masrafın miktarını belirtmemiştir. Eğer başvuruçunun Sözleşme'deki haklarının ihlali tespit edilmesinden sonra dosya ulusal mahkemeler önünde yeniden açılacak olursa ve başvuru beraat edecek olursa, o zaman Bölge Mahkemesi önündeki yargılama giderleri hakkındaki karar gözden geçirilecektir.

195. Hükümet talep edilen avukatlık ücretlerinin makullüğünü Mahkeme'nin takdirine bırakmıştır.

196. Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre, ücretler ve masrafların gerçekten ve gerekli olarak yapılmış ve miktar bakımından makul olduğu kanıtlanmadıkça, Sözleşme'nin 41. maddesine göre ücretlere ve masraflara hükmedilmez. Ayrıca yargılama giderleri sadece ihlal tespitiyle ilgili oldukları ölçüde istenebilir (*bk. örneğin Beyeler – İtalya (adil karşılık) [BD], no. 33202/96, §27, 28 Mayıs 2002; Kafkaris - Kıbrıs [BD], no. 21906/04, §176, ECHR 2008-...; ve Şahin - Almanya [BD], no. 30943/96, §105, ECHR 2003-VIII*).

197. Mahkeme, ulusal mahkemeler önündeki yargılama sırasında katlanılan ücretler ve masraflar konusunda, başvuruçunun Bölge Mahkemesinin gördüğü aleyhindeki ceza davasındaki masrafların ne kadarının kendisinin Sözleşme'deki hakkının ihlalini önleme çabasına bağlanabileceğine dair takdiri Mahkeme'ye bıraktığını kaydeder. Ancak Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesine iç hukuktaki soruşturma sırasında uygun davranılmadığını tespit etmekle birlikte, başvuruçunun aleyhindeki ceza davasında Sözleşme'nin gereklerine uyulduğu sonucuna varmıştır. Başvuruçunun, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalini gidermeyi amaçlayan ulusal makamlar önündeki bütün muhakemeler için katlanılan giderler için bir miktar belirmediğinden, Mahkeme bu başlık altında giderlere hükmedemez.

198. Mahkeme önündeki yargılama giderleri konusunda ise Mahkeme, başvuruçunun talep edilen miktarın bir kısmının gerekli olmadan yapıldığı ve bütünü itibarıyla aşırı olduğu kanaatindedir. Ayrıca başvuruçunun Mahkeme önündeki iddiaları, ancak kısmen başarılı olmuştur. Bu nedenle Mahkeme, başvuruçuya bu başlık altında 4,000 Euro ödenmesine ve miktardan Avrupa Konseyinden adli yardım olarak alınan 2,276.60 Euro'nun düşülmesine, toplam olarak 1,723.40 Euro ve başvuruya yüklenebilecek vergilere hükmedilmesi gerektiği kanaatindedir.

C. Gecikme faizi

199. Mahkeme, gecikme faizinin, Avrupa Merkez Bankasının en yüksek faiz oranına üç puan eklenerek bulunan miktar üzerinde ödenmesinin uygun olduğu kanaatindedir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Oybirliğiyle, başvurucunun Sözleşme'nin 6. maddesiyle ilgili şikayeti konusunda Hükümetin ilk itirazının reddine;
2. Altıya karşı on bir oyla, başvurucunun Sözleşme'nin 34. maddesi bakımından, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal “mağduru” olduğunu iddia edebileceğine;
3. Altıya karşı on bir oyla, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine;
4. Altıya karşı on bir oyla, Sözleşme'nin 6(1) ve (3). fıkralarının ihlal edilmediğine;
5. Yediye karşı on oyla,
 - (a) davalı devletin başvurucuya üç ay içinde ücretler ve masraflar için 1,723.40 Euro (bin yedi yüz yirmi üç) ve başvurucuya yüklenen vergileri ödemesine;
 - (b) yukarıda belirtilen üç aylık süreden sonra ödeme yapılınca kadar, Avrupa Merkez Bankasının en yüksek faiz oranına üç puan eklenerek bulunan basit faiz miktarının işletilmesine;
6. Başvurucunun adil karşılıkla ilgili diğer taleplerinin reddine;

KARAR VERMİŞTİR.

İngilizce ve Fransızca yazılan bu karar, 1 Haziran 2010 tarihinde Strazburg'daki İnsan Hakları Binasında açıklanmıştır.

Erik Fribergh
Yazı İşleri Müdürü

Jean-Paul Costa
Başkan

Sözleşme'nin 45(2). fıkrası ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 74(2). fıkrası gereğince, aşağıdaki ayırık görüşler bu sonkarara eklenmiştir:

- (a) Yargıçlar Tulkens, Ziemele ve Bianku'nun birleşik kısmen farklı görüşleri;
- (b) Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve Power'ın birleşik kısmen muhalif görüşleri;

(c) Yargıçlar Kovler¹, Mijović, Jaeger, Jočiene and López Guerra’ın katıldıkları yargıç Casadevall’ın kısmen muhalif görüşü.

J.-P.C.
E.F.

¹ 3 Haziran 2010 tarihinde düzeltilmiş ve yargıç Kovler’in adı eklenmiştir.

YARGIÇLAR TULKENS, ZIEMELE AND BIANKU’NUN BİRLEŞİK KISMEN FARKLI GÖRÜŞLERİ

(Çeviri)

1. Sözleşme’nin 3. maddesiyle ilgili olarak, başvurucunun Sözleşme’nin 34. maddesi anlamında “mağdur” olduğunu iddia edebileceği ve sonra 3. maddenin ihlal edildiği şeklinde kararda ulaşılan sonuca¹ katılıyoruz. Ancak başvurucunun mağdurluk statüsü konusunda bizim gerekçemiz, çoğunluğun benimsediği gerekçeden farklıdır.

2. Mahkeme’nin içtihatlarına göre, Mahkeme’nin başvurucunun mağdurluk statüsünü kaybetmiş olup olmadığını belirlemesi için, ulusal makamların Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlali iddiasını kabul etmiş olup olmadıklarını ve bir giderim sağlamış olup olmadıklarını incelemesi gerekir.

3. İhlal hiç kuşkusuz kabul edilmiştir, çünkü yargısal makamlar açıkça, kullanılmış olan yöntemlerin “kötü muamele” oluşturduğunu ve Anayasanın 1. maddesi ile Sözleşme’nin 3. maddesine göre mutlak olan insan onurunun ihlali için bir savunma oluşturmayan “gereklilik” sebebiyle haklı gösterilemeyeceğini kabul etmişlerdir.

4. Ancak karar, uygun ve yeterli bir giderim sağlanmadığı kanaatinde olup, bu kanaatini polislerin mahkumiyetiyle sonuçlanan ceza davasının görülmesindeki kusurlara dayandırmıştır. Karar, başvurucuyu işkenceyle tehdit eden polisler hakkındaki cezai soruşturmanın Sözleşme’nin gereklerine uygun görmekle birlikte, polisler verilen *cezalar* bakımından aynı şey geçerli değildir. Karar, bu cezaların suçun ağırlığı bakımından “yeterli olmadığı” ve “açıkça orantısız” olduğu sonucuna varmaktadır. Buna göre bu cezalar “gelecekteki zor durumlarda kötü muamele yasağı ihlallerini önlemek için gerekli caydırıcılığa sahip değildir” (karar, parag. 123 ve 124).

5. Tabi ki devletin cezalandırma görevinin kapsamıyla ilgili Mahkeme’nin bu değerlendirmesi yeni olmayıp, önceki bir çok kararında görülebilir. Ancak bize göre özellikle bu davada üç sorun ortaya çıkmaktadır. Birincisi, ceza verme, ceza adaletinde en nazik ve en zor iştir. Bir çok faktörün dikkate alınmasını ve ayrıca ilgili kişiler, olaylar ve durumlarla bilgi sahibi olmayı ve olaya yakınlığı gerektirir. Bu normal olarak ulusal mahkemelerin işi olup Mahkeme’nin işi değildir; Mahkeme bu sürece ancak mutlaka gerekli olan olaylarda ve azami dikkatle karışabilir. İkinci olarak, Mahkeme’nin daha ağır cezaların caydırıcı etkiye sahip olduğuna dair bir varsayım kurarken, bir illüzyon oluşturma ve sürdürme riski içinde olup olmadığını merak ediyoruz. Cezaların (genel veya bireysel olarak) önleyici etkileri uzun zamandır geniş çaplı, özellikle verilere

¹ Ancak Sözleşme’nin 6. maddesi konusunda, çoğunluktan farklı olarak, bu maddenin ihlal edildiği kanaatindeyiz ve Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve Power’ın birleşik muhalif görüşlerine atıfta bulunuyoruz.

dayanan çalışmaların ve araştırmaların konusudur. Bu çalışmalar bu etkinin sınırlı değilse bile göreceli olduğu sonucuna varmaktadırlar¹. Son olarak, cezanın kendisini de hak ve özgürlükler için bir tehdit olduğu gerçeğini örtme pahasına, cezanın hak ve özgürlükleri koruma amacına hizmet ettiği hallerde, ceza hukukunun temel bir kabulü olan ikincillik (subsidiarity) ilkesini gözden kaçırmamalıyız. Cezalandırma silahını kullanmak sadece, tehlikede olan menfaatleri veya değerleri korumak için başka vasıta bulunmaması halinde kabul edilebilir.

6. Mahkeme, Sözleşme'nin hakları teorik ve kağıt üzerinde değil, ama pratik ve etkili bir şekilde koruduğunu tekrarlamaktan hiçbir zaman yorulmamaktadır. Ancak mevcut olayda polisler aleyhinde görülmüş olan ceza davası, Sözleşme'yle korunan çekirdek hakların bir kısmını oluşturan 3. maddenin gelecekteki ihlallerini engellemenin tek vasıtası mıdır? Böyle düşünmüyoruz.

7. Kararda da hatırlatıldığı gibi Mahkeme'nin içtihatlarına göre, bir Sözleşme ihlali için giderimin uygunluğu ve yeterliliği, olayın içinde bulunduğu bütün koşullar göz önünde tutularak değerlendirilmelidir (bk. karar, parag. 116). Mevcut olayda tespit ve kabul edilen Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali için en uygun giderim biçimi, Sözleşme'nin ihlali suretiyle elde edilen delilin *yargılamadan dışlanması* olurdu. Bu yapılmadığı için, başvurunun Sözleşme'nin 34. maddesi anlamında “mağdur” olduğunu iddia edebileceği sonucuna varıyoruz.

8. Bununla birlikte, Mahkeme yaptığı analizin sonunda, ek bir tedbir olarak delil dışlama ihtimalini prensip olarak ortadan kaldırmadığını gözlemlemek ilginçtir: “Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanmış bir soruşturma yönteminin kullanılmasının başvuru hakkındaki bir ceza davasında kendisinin aleyhine bir sonuç verdiği bir olayda, bu ihlale karşılık uygun ve yeterli giderimin, yukarıdaki şartların yanında, o yasak yöntemle soruşturmanın yargılama üzerinde devam eden etkilerine yönelik giderim tedbirlerinin alınmasını ve özellikle Sözleşme'nin 3. maddesiyle elde edilen delillerin dışlanmasını gerektirebileceği ihtimalini yok saymamıştır” (bk. yukarıda parag. 128 sonu).

¹ G. KELLENS, *Punir. Pénologie et droit des sanctions pénales*, Liège, Editions juridiques de l'Université de Liège, 2000, pp. 59 et seq.; P. PONCELA, *Droit de la peine*, Paris, PUF, coll. Thémis, 2nd edition, 2001, pp. 458 et seq.

YARGIÇLAR ROZAKIS, TULKENS, JEBENS, ZIEMELE, BIANKU VE POWER'IN BİRLEŞİK KISMEN MUHALİF GÖRÜŞLERİ

1. Sözleşme'nin 6(1) ve (3). fıkralarının ihlal edilmediği şeklindeki çoğunluk görüşüne katılmıyoruz. Bize göre Sözleşme'nin 6. maddesi ihlal edilmiştir, çünkü Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalinin doğrudan bir sonucu olarak sağlanan maddi delil, başvuru aleyhindeki ceza davasında delil olarak kabul edilmiştir. Bu delilin kendini suçlandırıcı koşullarda elde edilmiş olması, ihlali şiddetlendirmiştir.

2. Bir ceza davasında, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilmiş bir delilin kabulü, temel ve hayati önemde bir ilke sorunu doğurur. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaliyle elde edilen ikrarın kabulü söz konusu olduğunda Mahkeme'nin içtihadı açıktır (ifadeler ister işkence isterse insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele suretiyle alınmış olsun, hiçbir zaman kabul edilemez); işkence olmadığı halde yine de 3. madde kapsamına giren bir muamelenin sonucu olarak elde edilmiş başka tür delillerin (“maddi delil”) kabul edilmesinin yargılamanın adilliği üzerindeki sonuçları meselesi çözümü beklemektedir. Sorunun çözümü zor olmakla birlikte, mevcut olay Büyük Daire'ye, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilen delil bakımından dışlama kuralının kapsamı hakkında karar verme fırsatı vermiştir. Mahkeme, çok açık bir tarzda, sanığın eylemi ne olursa olsun Sözleşme'nin 6. maddesi bakımından adilliğin hukukun üstünlüğüne saygıyı varsaydığını ve 3. maddenin ihlali suretiyle elde edilen delilin tabi ki dışlanmasını gerektirdiğini beyan ederek, bu soruya kategorik bir cevap verebilirdi. Sözleşme'nin mutlak bir hükmünün ihlalin bir sonucu elde edilmiş delili kabul eden ve bir ölçüde bu delile dayanan bir ceza yargılaması, evleviyetle adil bir yargılama olamaz. Mahkeme'nin temel insan hakları alanında bu son hududu geçme konusunda gösterdiği isteksizlik, üzüntü vericidir.

3. Mahkeme'nin içtihatlarında, Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal suretiyle elde edilen delillerin kabulünün, Sözleşme'nin 8. maddesinde korunan haklarda olduğu gibi, her zaman Sözleşme'deki diğer hakların ihlali suretiyle elde edilen delillerin kabulünden farklı mütalaa edildiği açıktır.¹ Şimdiye kadar Mahkeme, usul koruyucuları bulunsa bile, niteliği ve kaynağı baskı ve zorlamayla lekelenmiş materyallere dayanmanın adaletsiz olacağını görüşünde olmuştur². Şiddet, vahşet veya Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı

¹ bk. *Schenk - İsviçre*, 12 Temmuz 1988, Seri A no. 140; *Khan – Birleşik Krallık*, no. 35394/97, ECHR 2000-V; *P.G. ve J.H. – Birleşik Krallık*, no. 44787/98, ECHR 2001-IX; *Allan – Birleşik Krallık*, no. 48539/99, ECHR 2002-IX; *Perry – Birleşik Krallık*, no. 63737/00, ECHR 2003-IX (alıntılar); *Jalloh - Almanya* [BD], no. 54810/00, ECHR 2006-IX; ve *Bykov – Rusya* [BD], no. 4378/02, ECHR 2009-...

² bk. *Perry – Birleşik Krallık (k.k.)*, no. 63737/00, 26 Eylül 2002.

işkence¹ veya kötü muamele² olarak nitelendirilebilecek başka fiiller sonucu elde edilen *ifadelerin* kullanılması, bu delillerin başvurusunun mahkumiyetini sağlamasında belirleyici olup olmadığına bakılmaksızın, her zaman yargılamayı bir bütün olarak adil olmayan bir duruma getirir. Bu ilkenin diğer delil türlerine de aynı şekilde uygulanıp uygulanmayacağı incelenmelidir. *Jalloh – Almanya* kararında Mahkeme, mahkumiyet açısından belirleyici olmasa bile, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilen bir delilin kabulünün, Sözleşme'nin 6(1). fıkrası bakımından bir sorun doğurabileceğini belirtmiştir.³ O davanın şartları içinde, işkence oluşturmayan ama yine de Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına giren bir fiil sonucu elde edilen maddi delilin, yargılamayı otomatik olarak adil olmayan bir duruma getirip getirmediğine dair genel sorunu cevapsız bırakmıştı.⁴ Ne yazık ki, bu davada çoğunluk tarafından verilen cevap ve benimsenen gerekçe, Sözleşme'nin 3. maddesiyle güvence altına alınan mutlak hakların etkililiğini zayıflatma riski içermektedir. Mahkeme'nin içtihadında, insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele mutlak yasağının ihlali suretiyle elde edilen ifadelerin kabulü ile aynı yolla elde edilen diğer deliller arasında bir ayrım başlatılmıştır. Bu ayrıma katılmak güçtür.

4. Mevcut davada çoğunluk, yargılamada kabul edilen başvuru aleyhindeki maddi delillerin, polis tarafından 'Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal eden sorgulamanın doğrudan bir sonucu olduğunu' kabul etmiştir (parag. 171). Bu yasak muamelenin ardından alınan ikrarın bir sonucu olarak, en önemli delilin bulunduğu yere gidilmiş, polisin talimatı üzerine başvuru cesedin bulunduğu yeri göstermiş (bu olayın görüntüsü çekilmiş) ve böylece başvuru kendini suçlandırıcı delilin bulunmasına yardımcı olmuştur. Daha sonra kabul edilen bu delilin ulusal mahkemeler önündeki yargılama sırasında sunulduğu, incelendiği ve bu delile dayanıldığı ve Bölge Mahkemesinin kararında atıfta bulunulduğuna dair bir kuşku yoktur (parag. 32 ve 34). Yukarıda anlatılanlara rağmen, çoğunluk yine de başvurusunun yargılanmasının adil olduğu, çünkü başvurusunun mahkum edilmesine ve cezalandırılmasına götüren 'nedensellik zincirinin kırıldığı' (parag. 180) sonucuna varmıştır. Çoğunluğun tespitlerine ve gerekçesine katılmıyoruz.

5. Gözaltına almadan cezalandırmaya kadar, ceza muhakemesi birbiriyle bağlantılı organik bir bütün oluşturur. Bir aşamada meydana gelen bir olay, bir başka aşamada ortaya çıkan bir olayı etkiler ve bazen belirler. Adaletin gerekleri ve şüphelinin mutlak nitelikteki insanlıkdışı veya aşağılayıcı muameleye tabi tutulmama hakkı, bize göre, soruşturma aşamasında oluşan bir ihlalin olumsuz sonuçlarının yargılamadan bütünüyle silinmesini

¹ *Harutyunyan - Ermenistan*, no. 36549/03, §63, 66, ECHR 2007-VIII.

² *Göçmen v. Turkey*, no. 72000/01, §§ 74-75, 17 Ekim 2006.

³ *Jalloh – Almanya* [BD], no. 54810/00, §99, ECHR 2006-IX.

⁴ *Ibid.*, §107.

gerektir. Bu yaklaşım, daha önce kural olarak, ceza davasının hazırlanmasında soruşturmanın önemini incelerken, soruşturma aşamasında elde edilen delillerin yargılamada ele alınacak suçun çerçevesini belirleyeceğini söyleyen Mahkeme tarafından da teyit edilmiş ve vurgulanmıştır. Mahkeme, gözaltında bir müdafî ile görüşmenin kısıtlanmasıyla ilgili *Salduz – Türkiye* kararında, daha sonra verilen hukuki yardımın ve sonraki yargılamanın çelişmeli olmasının, gözaltında geçen süre içinde meydana gelen kusurları düzeltmeyeceğini tespit etmiş ve Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlaline karar vermiştir.¹ Eğer bir müdafîe danışma hakkının ihlali ile ilgili durum böyle ise, bir şüphelinin insanlıkdışı muameleye tabi tutulmama hakkının ihlali ve daha sonra böyle bir ihlal sonucu elde edilen delillerin ceza davasında kabulüyle karşılaşıldığında, aynı gerekçe tabii ki daha güçlü bir şekilde uygulanır.

6. Çoğunluğun çalışma biçimi, muhakemeyi organik bir bütün olarak görmek yerine, varılan sonucun (öldürme suçundan mahkumiyet ve azami ceza) izlenen yoldan (Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilen delillerin kabulü) etkilenmemesi için, muhakemeyi çeşitli bölümlere ayırmak, ayrıştırmak ve analiz etmek şeklinde olmuştur. Bize göre, böyle bir yaklaşım sadece biçimci değil, ama aynı zamanda gerçeklerden de uzaktır; çünkü bu yaklaşım, ceza davasının yürütüldüğü pratik bağlamı ve bir muhakeme sürecinde işleyen dinamikleri bütünüyle görmezden gelmektedir. Çoğunluk görüşü, nedensellik zincirini 'kırdığı'nı söylediği ikrarın, başvurunun suçlandırıcı delillerin dışlanması talebinin reddedilmesinden hemen sonra verildiğini ve bütün delillerin duruşmada sunulmasından sonra ayrıntılı olarak tekrar edildiğini görmezden gelmektedir. Başvurucu bu delillerin yargılamadan dışlanmasını sağlayamayınca, polislerin emri üzerine yerini gösterdiği ve suçluluğunu açıkça ortaya koyacak tıbbi ve diğer güçlü delillerin dava mahkemesinin önünde olduğunu görmüştür. Hem savcının ve hem de J.'nin anne babasının avukatlarının, başvurunun ikrarının 'hiçbir değeri olmadığı' şeklindeki iddialarını biz de söylemek istiyoruz; çünkü başvuru, kanıtlanacak her şeyin kanıtlanmasından sonra ikrarda bulunmuştur. İşte problemin özü buradadır ve bu konudaki savunmalara katılmamak güçtür.

7. Bize göre, delillerin Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilmelerinin ve daha sonra yargılamada kabul edilmelerinin, davanın daha sonraki seyrinde ve sonucu üzerinde hiçbir etkisinin bulunmadığı söylenemez. Başvurunun sadece duruşma öncesinde verdiği ifadelerin dışlanması, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalinin sebep olduğu kusurun düzeltilmesinde bir yararı olmuşsa bile sadece çok küçük bir yararı olmuştur. Suçlandırıcı deliller bir kez kabul edildiğinde, başvurunun savunma özgürlüğü bütünüyle değilse bile önemli ölçüde kısıtlanmış olur ve kendisine isnat edilen suçlardan mahkumiyeti kaçınılmaz hale gelir. Davaya

¹ *Salduz v. Turkey* [BD], no. 36391/02, §58, ECHR 2008-...

katılan iddia taraflarının yargılamanın hemen başında, başvurucunun kendini etkili bir şekilde savunma yeteneği üzerinde ciddi şüphe bulunduğunu söyleyerek bu kaçınılmazlığı dile getirmeleri, görüşümüzü teyit etmektedir.

8. Ne başvurucunun duruşmada ikrarda bulunması ve ne de bu ikrarın doğruluğunu ortaya koymak için zorlamayla alınmış delillere görünüşte sınırlı bir şekilde dayanılmış olması, böylesi lekeli materyallerin delil olarak kabul edilmesinin sebep olduğu açık yargılama kusurunu düzeltebilmiştir. Başvurucunun temel nitelikteki adil muhakeme hakkının etkili bir şekilde korunmasını sağlamanın tek yolu, tartışma konusu delilleri dışlamak ve iddia makamının elinde bulunan kirlenmemiş delillere dayanarak (bk. §35), belki zorla kaçırma ve öldürme gibi isnadlarla yargılamaya devam etmek olabilirdi. Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal suretiyle elde edilen delillerin ceza davasında kabul edilmesine izin vermek, kaçınılmaz olarak, bu maddenin sağladığı korumayı zayıflatır ve korumanın ne kadar ileri gideceği konusunda belirli bir kararsızlığa işaret eder.

9. Mahkeme'nin ilk kez, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği hallerde bu maddenin yasakladığı eylem türleri arasında, en azından yargılamanın adilliği üzerindeki sonuçları bakımından bir ikilik başlatmasını rahatsız edici buluyoruz. Aslında Mahkeme, şüpheliye insanlıkdışı muamele uygulamak suretiyle elde edilen maddi delillerin yargılamada delil olarak kabul edilebileceği ve bu delillerin davanın sonucu üzerinde bir etkisi bulunmuyorsa, böyle bir yargılamanın yine de 'adil' görülebileceği sonucuna varmıştır. Eğer bir etkisi olmuyorsa, bu delilleri kabul etmenin amacı nedir? Ve niçin şimdi aynı gerekçe işkenceyle elde edilmiş maddi deliller için kural olarak uygulanmasın? Örneğin bir işkence mağdurunun yargılama sırasında ikrar etmesi, işkence ile mahkumiyet arasındaki nedensellik zincirini kırıyorsa, niçin yargılamanın başında bu delillerin kabul edilmesine izin verilip, nedensellik zincirinin kırılması beklenmesin? Yanıt açık. Hukukun üstünlüğü üzerine kurulu toplumlar, doğrudan veya dolaylı veya başka bir biçimde, Sözleşme'nin 3. maddesiyle mutlak bir şekilde yasaklanmış muamelelerin işlenmesine hoşgörü göstermezler, bunları onaylamazlar. Ne Sözleşme'nin 3. madde metni ve ne de Sözleşme'nin başka bir maddesi, işkenceye bağlanan sonuçlar ile insanlıkdışı ve aşağılayıcı muameleye bağlanan sonuçlar arasında bir ayrım yapmaktadır. Dolayısıyla bize göre, insanlıkdışı muameleyi sonuçları itibarıyla işkenceden farklı görmenin hukuki bir temeli yoktur. Ne 'nedensellik zincirinde bir kırılma' ve ne de zihinsel yapılandırma, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilen delilin ceza davasında kabulü halinde meydana gelen yanlışın üstesinden gelebilir.

10. Mahkeme sürekli olarak, Sözleşme'nin 3. maddesinin mutlak bir hak içerdiğini ve bu hakkı Sözleşme'nin 15(2). fıkrasına göre olağanüstü

hallerde bile askıya almanın mümkün olmadığını söylemiştir.¹ Bu hak mutlak olduğundan, bu hakkın bütün ihlalleri ağırdır, bize göre yasağın mutlaklığını güvence altına almanın en etkili yolu, Sözleşme'nin 6. maddesi söz konusu olduğunda dışlama kuralını sert bir şekilde uygulamaktır. Böyle bir yaklaşım, insanlıkdışı muamele yapmaya cesaretlendirilmiş olan devlet görevlilerinde, böylesi yasak bir eylemde bulunmanın boşu boşunalığı konusunda bir tereddüt bırakmaz. Bu yaklaşım, kendilerini şüphelilere Sözleşme'nin 3. maddesiyle bağdaşmayan bir tarzda muamele etme konusunda potansiyel dürtü veya hevesten yoksun bırakır.

11. Sözleşme'nin 3. maddesi ihlalleri söz konusu olduğunda, dışlama kuralının sert bir şekilde uygulanmasından çıkacak sonuçların farkındayız. Bazen güvenilir ve güçlü delillerin de dışlanmak zorunda kalılabileceğini ve bunun bir suçun kovuşturulması üzerindeki etkisini bu suretle yumuşatabileceğini kabul ediyoruz. Ayrıca bu tür delillerin dışlanması, sanığın başka ceza alacakken daha hafif bir ceza almasıyla sonuçlanabilir. Ancak böyle bir durum meydana gelecek olursa, sanığın bu 'avantaj'dan yararlanmasının sorumluluğu, tabii ki, saikleri ne olursa olsun, görevlilerinin insanlıkdışı muamele yapmalarına izin veren ve böylece sonraki ceza davasını yumuşama riski altına sokan devlet yetkililerindedir.

12. Suç mağdurlarının, onların ailelerinin ve genel olarak halkın, suç faaliyetlerinde bulunanların kovuşturulmasında ve cezalandırılmalarında menfaatleri bulunduğunu da biliyoruz. Ancak bize göre, hukukun üstünlüğü üzerine kurulu uygar toplumların değerlerinin muhafazasında da, aynı şekilde hayati, zorlayıcı ve yarışan bir kamu yararı vardır. Bu tür toplumlarda, amacı ne olursa olsun, bireylerin insanlıkdışı veya aşağılayıcı muameleye tabi tutulmalarına hiçbir şekilde izin verilemez. Buna ek olarak, yargısal usulün bütünlüğünün sağlanmasında ve sürdürülmesinde çok önemli bir kamu yararı vardır; mutlak nitelikteki bir insan hakkının ihlali suretiyle elde edilen delilin yargılamada kabulü, bu usulün bütünlüğünü zayıflatır ve tehlikeye sokar. Bize göre, Sözleşme'nin 3. maddesiyle güvence altına alınan insanlıkdışı muameleye tabi tutulma şeklindeki mutlak hakkın zayıflatılması pahasına suç faaliyetleri soruşturulamaz ve bireyin mahkumiyeti sağlanamaz. Aksini kabul etmek, çekirdek değerleri feda etmek ve adalet dağıtmayı itibarsızlaştırmak anlamına gelir.

13. Çoğunluk ile birlikte, devlet görevlilerinin hayli zor ve yoğun bir durumda hareket ettiklerini kabul ediyoruz. Ancak bu durum, Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ederek maddi delil elde ettikleri ve bu delillerin de daha sonra başvurusunun yargılandığı ceza davasında kullanıldığı ve kararda bunlara dayanıldığı gerçeğini değiştirmez. Mevcut olayda durum çok

¹ bk. *diğeri arasında*, *Chahal – Birleşik Krallık*, 15 Kasım 1996, §79, *Reports* 1996-V; *V. – Birleşik Krallık* [BD], no. 24888/94, §69, ECHR 1999-IX; *Ramirez Sanchez – Fransa* [BD], no. 59450/00, §116, ECHR 2006-IX; ve *Saadi – İtalya* [BD], no. 37201/06, §127, ECHR 2008-...

önemli olmakla birlikte, mutlak değerler işte tam da bu kriz zamanlarında dimdik durmalıdır.

YARGIÇLAR KOVLER¹, MIJOVIĆ, JAEGER, JOČIENĖ VE LÓPEZ GUERRA'IN KATILDIĞI YARGIÇ CASADEVALL'IN KISMEN MUHALİF GÖRÜŞÜ

(Çeviri)

1. Bu davada başvurunun mağdurluk statüsü ve Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali konusunda çoğunluğun vardığı sonuçlara katılamadığımı için üzgünüm. Bu dava tabi ki başvurunun meşru hakları bakımından hassas bir davadır, ancak on bir yaşında bir çocuğun öldürülmesi gibi çok ciddi ve trajik bir durumla uğraşan soruşturma makamları bakımından daha da hassa ve zor bir davadır.

2. Başvurucuya karşı uygulanan şiddet tehditlerinin Sözleşme'nin 3. maddesinde yasaklanmış insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele oluşturduğu konusunda bir tartışma yoktur. Bu durum Alman yargısal makamları tarafından resmen kabul edilmiştir. Frankfurt Bölge Mahkemesi, *başvurucudan ifade almak için kendisine acı verme tehdidinde bulunmanın sadece Ceza Muhakemesi Kanununun 136a maddesine göre yasak sorgu yöntemlerini kullanma oluşturmadığını, ama bu tehdidin ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunun 136a maddesini destekleyen Sözleşme'nin 3. maddesini de göz ardı ettiğini* söylemiş, Federal Anayasa Mahkemesi de *başvurucunun insan onurunun ve tutulan kişileri kötü muameleye tabi tutma yasağının göz ardı edildiğini* tespit etmiştir (bk. karar, parag. 120).

3. Daire verdiği kararda, ulusal mahkemelerin bir ihlal bulunduğunu kabul etmelerinin ve söz konusu olaylara karışan iki polisin mahkum edilmelerine ve cezalandırılmalarına bakarak yeterli bir giderim sağlamalarının ardından, artık başvurunun 3. maddenin ihlal mağduru olduğunu iddia edemeyeceğine karar vermiştir. Bu davada varılan bu sonucu destekliyorum.

4. Büyük Daire çoğunluğu, Dairenin tespitlerini onaylarken, ulusal mahkemelerin *başvurucunun sorgusunu Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğini açık ve tartışmasız bir biçimde kabul etmiş olduklarını* (karar, parag. 120 sonu); soruşturma ve kovuşturmanın Sözleşme'de yer alan standartları karşılayacak ölçüde yeterince hızlı ve özenli davrandıklarını (bk. parag. 121 ve 122); ve *polislerin Alman ceza hukukuna göre zorlama ve zorlamaya teşvik suçlarından suçlu bulunduklarını* (bk. karar, parag. 123 başı) kabul etmiştir. Ancak Büyük Daire çoğunluğu yine de başvurunun mağdur olduğunu iddia edebileceği sonucuna varmıştır.

5. Bu değerlendirmenin esas itibarıyla verilen cezaların hafifliğine dayandığı anlaşılmaktadır. Çünkü:

¹ 3 Haziran 2010 tarihinde düzeltilmiştir: Yargıç Kovler'in adı eklenmiştir.

– polisler yargılandıkları ceza davasında “açıkça orantısız” ve “sembolik” nitelikte (bk. parag. 124) “sadece hafif ve ertelenmiş cezalarla” cezalandırılmışlar (bk. parag. 123);

– suçların soruşturulmasıyla doğrudan bağlantılı olmayan nakillerini içeren disiplin cezaları da çok hafiftir, çünkü polisler *soruşturma ve kovuşturma sırasında görevlerinden alınmamışlar* veya mahkum edildikten sonra meslekten çıkarılmamışlardır (bk. parag. 125).

6. Bu olayın şartları için de göz önünde tutulması gereken olay şudur: sorgulamadan sonra emniyet müdür yardımcısı D., olayların nasıl geliştiğini anlattığı ve bunların gerekçesini ve hatta kendisine göre haklılığını gösterdiğini söylediği bir notu polis soruşturma dosyasına koymuştur; ulusal mahkemeler (Bölge Mahkemesi ile Federal Anayasa Mahkemesi) Anayasanın ve Sözleşme’nin ihlal edildiğini açıkça söylemişlerdir; iki polis suçlu bulunarak cezai ve disiplin yaptırımlarına tabi tutulmuş olup, artık bu cezaların miktarının konuyla ilgisi yoktur. Mahkeme açıkça keyfi olaylar dışında, “bireysel suçluluğun derecesi hakkında karar vermenin veya suçluya verilecek uygun cezayı belirlemenin kendisinin görevi olmadığını, bu konuların münhasıran ulusal mahkemelerin görev alanına girdiğini” belirtmiştir (bk. karar, parag. 123). Bu yargısal sınırlılık tutumu için, kişinin mahkum edilmesiyle sonuçlanan ceza davasını iyi bilmeme ve mahkum edilen kişilerin Mahkeme önündeki yargılamada yer almamaları gibi, yerinde gerekçeler bulunmaktadır.

7. Verilen cezaların ağırlığı kriterini uygulayan Mahkeme çoğunluğunun, başvurunun artık mağdur olarak görülmemesi için ne kadarlık bir ceza verilmiş olması kabul edebileceği merak konusudur. Başka bir deyişle, başvurunun mağdurluk statüsü, polisler verilen cezanın ağırlığına mı dayanmalıydı? Bana göre cevap “hayır”dır.

8. Bu, ek olarak tazminat ödenmesi gereği sorununu bırakmakta ve başvuru tarafından açılan idarenin sorumluluğuyla ilgili davanın etkililiğini şüpheye düşürmektedir (bk. parag. 126 ve 127). Bu noktada iki gözlemim var: (a) başvuru ulusal düzeydeki tazminat davasını, Mahkeme’ye yaptığı başvurunun Hükümete iletilmesinden ve adli yardım talebinin kabul edilmesinden sonra, yani iddia konusu zararın doğmasından üç yıl sonra açmıştır, ve (b) ulusal mahkemeler önündeki dava henüz devam etmekte olup, bu hukuk yolunun etkililiğine veya çıkacak olan sonucuna zarar vermenin gereği yoktur. Ayrıca başvurunun manevi tazminata hükmedilmesini istememiş olması da çok anlamlıdır (bk. parag. 190).

9. Kararın hüküm fıkralarının hangi yararlı amaca hizmet ettiği konusunda da bir sorun doğmaktadır. Son tahlilde, Büyük Daire çoğunluğu, Alman mahkemelerinin, yani Frankfurt Bölge Mahkemesi ile Federal Anayasa Mahkemesinin, 2003 ve 2004 yıllarında verdikleri üç kararda açıkça ve hiç tartışmaya yer bırakmayacak şekilde kabul ettiklerini onaylamakla yetinmiştir. Çocuğun nerede olduğunu açıklaması için işkenceyle tehdit edilmiş olan başvuru, *Sözleşme’nin 3. maddesinin*

yasakladığı insanlıkdışı muameleye tabi tutulmuştur (bk. yukarıda parag. 131). Bu açık konu hakkında hepimiz, yani ulusal yargısal makamlar, Hükümet, başvuru ve Mahkeme'nin yargıçları hemfikiriz.

10. Sonuç olarak bu sonkarar, başvurucuya bir adil karşılık hükmü bile vermeyecektir.