



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

BÜYÜK DAİRE

MURTAZALIYEVA / RUSYA DAVASI

(Başvuru no. 36658/05)

KARAR

STRAZBURG

18 Aralık 2018

İşbu karar kesinleşmiş olup; bazı şekli değişikliklere tabi tutulabilir.



Murtazaliyeva / Rusya davasında,*Başkan,*

Guido Raimondi,

Hâkimler,

Angelika Nußberger,

Linos-Alexandre Sicilianos,

Ganna Yudkivska,

Robert Spano,

Paulo Pinto de Albuquerque,

André Potocki,

Valeriu Griţco,

Faris Vehabović,

Dmitry Dedov,

Iulia Antoanella Motoc,

Carlo Ranzoni,

Armen Harutyunyan,

Georges Ravarani,

Marko Bošnjak,

Tim Eicke,

Péter Paczolay,

ve Hukuk danışmanı Lawrence Early, katılımıyla Büyük Daire hâlinde toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

14 Ekim ve 4 Ekim 2018 tarihlerinde yapılan kapalı müzakereler sonrasında,

En son toplanılan tarihte kabul edilen aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Rusya Federasyonu Devleti aleyhine açılan davanın temelinde bir Rus vatandaşı olan Zara Khasanovna Murtazaliyeva'nın ("başvuran") Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne ("AİHM" veya "Mahkeme"), İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca, 16 Eylül 2005 tarihinde yapmış olduğu (36658/05 no.lu) başvuru bulunmaktadır.

2. Başvuran, Moskova Barosu'na bağlı Avukat K.N. Koroteyev tarafından temsil edilmiştir. Rus Hükümeti ("Hükümet"), önce Rusya Federasyonu'nun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdindeki eski Temsilcisi G. Matyushkin, daha sonra da bu görevdeki halefi M. Galperin tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuran, özellikle, yerel mahkemelerin tanık A. ile tanık B. ve K.'nin ifadelerinin alınmasını sağlayamadığını ve mahkeme salonunda gösterilen gizli kamera kayıtlarını etkili bir şekilde göremediğini ve inceleyemediğini iddia etmiştir.

4. Başvuru Mahkemenin Üçüncü Bölümüne havale edilmiştir (İçtüzüğün 52 § 1 maddesi). Başvuru, 10 Kasım 2010 tarihinde Hükümete iletilmiştir.

5. Başkan Helena Jäderblom, hâkimler Branko Lubarda, Luis López Guerra, Helen Keller, Dmitry Dedov, Alena Poláčeková ve Georgios A. Serghides ile Bölüm Yazı İşleri Müdür Yardımcısı Fatoş Aracı'dan oluşan Bölüm Dairesi 28 Mart 2017 tarihinde kararını vermiştir. Daire, oybirliğiyle, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi kapsamındaki yukarıdaki şikâyetlerin kabul edilebilir ve başvurunun geri kalanının kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Daire, üçe karşı dört oyla, tanık A.'nın yokluğuna ilişkin şikâyetle ilgili olarak Sözleşme'nin 6 §§ 1 ve 3 (d) maddesinin ihlal edilmediğine ve ikiye karşı beş oyla, tanıklar B. ve K.'nin yokluğuna ilişkin şikâyetle ilgili olarak Sözleşme'nin 6 §§ 1 ve 3 (d) maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Daire ayrıca, oybirliğiyle, başvuranın duruşma salonunda

gösterilen gizli izleme video kasetini etkili bir şekilde göremediği ve inceleyemediği iddiasına ilişkin şikâyetle ilgili olarak Sözleşme'nin 6 §§ 1 ve 3 (b) maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Karara üç ayrık görüş eklenmiştir: (a) Hâkim Serghides'in kısmen mutabık görüşü; (b) Hâkimler López Guerra, Keller ve Serghides'in ortak kısmen muhalif görüşü ve (c) Hâkimler López Guerra ve Serghides'in ortak muhalif görüşü.

6. Başvuran, 9 Ağustos 2017 tarihli bir mektupla Sözleşme'nin 43. maddesi uyarınca davanın Büyük Daire'ye havale edilmesini talep etmiştir. Büyük Daire heyeti 18 Eylül 2017 tarihinde talebi kabul etmiştir.

7. Büyük Dairenin oluşumu, Sözleşme'nin 26. maddesinin 4. ve 5. paragrafları ile İçtüzük'ün 24. maddesi hükümlerine göre belirlenmiştir. Son müzakerelerde, yedek hâkim Péter Paczolay, davanın daha sonraki değerlendirmelerinde yer alamayacak olan Erik Møse'nin yerine geçmiştir (İçtüzük'ün 24 § 3 maddesi).

8. Başvuran ve Hükümet, esasa ilişkin yazılı görüşlerini sunmuşlardır (İçtüzük'ün 59 § 1 maddesi).

9. Strazburg İnsan Hakları Binasında, 14 Şubat 2018 tarihinde kamuya açık bir duruşma gerçekleşmiştir.

Aşağıdaki kişiler Mahkeme önüne çıkmıştır:

(a) Hükümet adına

Rusya Federasyonu'nun İnsan Hakları Mahkemesi Temsilcisi M.

GALPERİN,

Avukatlar

Y. BORİSOVA,

O. OCHERETYANAYA

(b) Başvuran adına

Avukat K.N. KOROTEYEV,

Başvuran, duruşmada mahkeme huzuruna çıkmıştır. Mahkeme, Koroteyev ve Galperin'in konuşmalarını ve hâkimler tarafından yöneltilen sorulara verdikleri yanıtları dinlemiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

10. Başvuran 1983 doğumlu olup, Paris'de ikamet etmektedir.

11. Başvuran 2003 Eylül tarihinde Çeçenistan'dan Moskova'ya gelmiş ve bir sigorta şirketinde çalışmaya başlamıştır. Başvuran, 2003 Ekim tarihinde bir camiye gitmiş ve orada İslam'ı seçen iki genç Rus kadın olan V. ve Ku. ile tanışmıştır.

A. Gizli izleme operasyonu

12. Başvuran, 2003 Aralık tarihinde kimlik kontrolü için iki polis tarafından durdurulmuştur. Başvuran, kimlik bilgilerini doğrulaması için karakola götürülmüştür. Başvurana göre, kendisi de etnik bir Çeçen olan ve Moskova Emniyet Müdürlüğü'nün organize suçlar bölümünde polis memuru olarak çalışan A.'nın müdahalesi üzerine birkaç gün sonra gözaltından serbest bırakılmıştır. Bu arada, başvuran izinsiz olarak işe gelmemesi nedeniyle işvereni tarafından işten çıkarılmıştır.

13. A. 2004 Şubat tarihinde başvuranın işe geri alınmasına yardımcı olmuştur. A. başvuranı birçok kez ziyaret ettiği bir apartman dairesi bulmuş ve onu yerleştirmiştir. Başvuran, bu apartman dairesinde V. ve Ku. ile beraber ikamet etmektedir. Söz konusu daire karakola ait olan yurt yerleşkesinde

bulunmaktadır. Bu yerleşke gizli video ve ses kayıt cihazlarıyla donatılmıştı. Polis, başvurayı, Çeçen isyan hareketiyle bağlantılı bir terörist grupla ilişkisi olduğundan şüphelenildiği için izleme altına almıştır. Moskova Şehir Mahkemesi, 5 Şubat'tan 4 Mart 2004 tarihine kadar dairede gizli izleme cihazlarının kullanılmasına izin vermiştir.

B. Başvuranın tutuklanması, üst araması ve yargılama öncesi soruşturma

14. Başvuran, 4 Mart 2004 akşamı, fiziksel görünümü aranan kişiler ilanında yer alan bir şüphelinin profiline uyduğu iddiasıyla kimlik kontrolü için polis devriyesi tarafından durdurulmuştur. Başvuran derhal A.'yı aramış ve kendisini durduran polis memurlarıyla kısa bir görüşme yapmıştır. Başvuran daha sonra, Moskova'da kalışına ilişkin resmi kayıt süresinin dolması nedeniyle bir karakola götürülmüştür. Bu eylem Rus yasalarına göre idari bir suç teşkil etmektedir.

15. Karakolda, başvurana gözaltına alındığı bildirilmiştir (*задержана*). Başvuranın çantası, B. ve K. adlı iki tanığın huzurunda kadın polis memuru I. tarafından aranmış ve parmak izleri alınmıştır. Kişisel arama tutanağına göre, başvuranın aranmasının saat 8.35'ten 9.03'e kadar sürmüştür. Bu arama sırasında I., başvuranın çantasında alüminyum folyoya sarılı iki kare paket halinde bilinmeyen bir madde bulmuştur. Söz konusu madde, başvuranın çantasının iç astarı ve ceketinin cepleriyle birlikte adli incelemeye alınmıştır. Adli muayene raporunda, başvuranın parmak izlerinin saat 9.30'da alındığı belirtilmiştir. Polis, başvuranın ellerinde madde kalıntısı olup olmadığını test etmediği gibi, çantasında bulunan paketlerde de parmak izi olup olmadığını kontrol etmemiştir. Aynı günün ilerleyen saatlerinde başvuran terör suçlamasıyla tutuklanmış ve polis tarafından sorgulanmıştır. Başvuran hakkında cezai soruşturma açılmıştır.

16. 12 Mart 2004 tarihinde, başvuranın çantasında bulunan madde üzerinde bir bilirkişi incelemesi yapılmıştır. İnceleme raporu, maddenin 196 gram Plastit-4, hekzojen kullanılarak hazırlanan endüstriyel bir patlayıcı içerdiğini göstermiştir. İnceleme sırasında patlayıcılar imha edilmiştir. Başvuranın çantasında ve ceketinin ceplerinin astarında yapılan incelemede hekzojenin varlığı tespit edilmiştir.

17. Polis, başvuranın V. ve Ku. ile birlikte yaşadığı dairede arama yapmış ve başvuranın el yazısıyla yazılmış bir not ele geçirmiştir. Notta Rusya'nın Çeçenistan politikası eleştiriliyor, Rusya ve Ruslar hakkında sert ifadeler kullanılıyor, intihar bombacıları yüceltiliyor, cihat yolu vaaz ediliyor, Rusya'daki terör eylemleri haklı gösteriliyor ve "...Allah yolunda bir şehit olarak ölmeyi hayal etmek" ile ilgili bir ifade yer alıyordu. Polis ayrıca Moskova'nın merkezindeki Okhotniy Ryad alışveriş merkezinde bir yürüyen merdivenin birkaç fotoğrafını bulmuştur.

18. Evde kaydedilen video kasetlerindeki konuşmaların dökümü, başvuranın V. ve Ku.'ya İslam'ı övdüğünü, Ruslara karşı nefretini ve onlara karşı "kutsal bir savaş" gerektiğini tartıştığını, Çeçen isyanının liderlerini övdüğünü ve ev arkadaşlarına Kafkasya'daki isyancı kamplarından bahsettiğini göstermiştir.

19. Soruşturma sırasında, savunma avukatı tarafından temsil edilen başvuran, tanıklar V. ve Ku. ile tutuklanmasında ve üst aramasında görev alan polis memurları S. ve I. ile duruşma öncesi yüzleşmelerde bulunmuştur. Başvuran, olayları anlatma ve konuyla ilgili sorular yöneltme fırsatı bulmuştur.

20. Başvuran, 12 Ekim 2004 tarihinde soruşturma makamlarına aşağıdaki dilekçeyi sunmuştur.

"Bugün, 12 Ekim 2004 tarihinde [terör eylemi hazırlamakla] suçlandım. Suçlamaları tamamen reddediyorum. Masumiyetime ve bu davayla bağlantım olmadığına dair kanıtların toplanmadığını düşünüyorum.

Sizden 3 ve 4 Mart 2004 tarihlerindeki [cep telefonu görüşmelerimin] kayıtları için mahkeme talebi göndermenizi talep ediyorum, zira bu tarihlerde beni işimden alıp plastik patlayıcıların yerleştirildiği karakola getiren polis memurları, A. ile konuşmuşlardı.

Kendisini [A.] sorgulamanızı ve aşağıdaki soruları yöneltmenizi rica ediyorum:

1. Ne zaman ve hangi koşullar altında benimle tanıştı?
2. Yakalanma sürecime kadar kaldığım yeri bana sağlamış mıdır?
3. Üç gün boyunca hangi polis karakolunda hukuka aykırı bir şekilde tutuldum ve o ya da diğer memurlar beni sorguladı mı?
4. Tutuklama sırasında benimle ve beni işten alıp [karakola] getiren memurlarla konuştu mu?
5. A.'nın V. ve Ku. ile ilişkisi nasıldır?

21. Ertesi gün bir müfettiş, A.'nın sorgulanmasıyla ilgili kısım kadarıyla talebi kabul etmiş, A.'yı sorgulamış ve başvuranı talebiyle ilgili karar hakkında bilgilendirmiştir.

22. Sorgulanan A., Aralık 2003 sonunda, amirlerinin emriyle, başvuranla güven ilişkisi kurduğunu ve başvuranın kendisini V. ve Ku ile tanıştırdığını ifade etmiştir. Ayrıca, polis departmanının desteğiyle başvuranın kalacak yer bulmasına yardımcı olduğunu belirtmiştir. V. ve Ku ile birlikte polis departmanına ait yatakhane bloğundaki bir daireye taşınmıştı. Başvuran, 4 Mart 2004 tarihinde bir polis devriyesi tarafından durdurulduğu için kendisini aramıştır. Başvuranın aradığı kişi polis memurlarının emirlerine uymasını ve onları karakola kadar takip etmesini tavsiye etmiştir.

23. A.'nın sorgu tutanağının içeriği hakkında usulüne uygun olarak bilgilendirilen başvuran ve savunma avukatı, A.'ya başka soru yöneltme girişiminde bulunmamış ve soruşturmayı yürüten personelden duruşma öncesi bir yüzleştirme yapmasını talep etmemiştir.

24. 2 Aralık 2004 tarihinde, dava dosyasının bir kopyası incelenmek üzere başvurana verilmiştir. Başvuran, 7 Aralık 2004 tarihinde Okhotniy Ryad

alışveriş merkezinde bir terör eylemi (patlama) hazırlamak ve V. ve Ku.'yu bir terör eylemi gerçekleştirmeye teşvik etmekle suçlanmıştır. İddianamede, duruşmaya çağrılacak savunma ve iddia tanıkları listesinde A.'nın da adı geçmektedir. Ancak, iddia makamı ve savunma makamı A.'nın ifadesine sadece değinmiştir. İddianame, yukarıda bahsedilen sorgulama sırasında yapılan açıklamalardan daha ayrıntılı herhangi bir bilgi içermemektedir ve iddianamede bulunan bilgiler ne başka herhangi bir kanıtla çapraz referanslandırılmış ne de belirli bir olgusal veya hukuki noktayı kanıtlamak için kullanılmıştır.

C. Duruşma

25. Moskova Şehir Mahkemesi 17 Aralık 2004 tarihinde bir ön duruşma düzenlemiştir. Moskova Şehir Mahkemesi, başvuranın davasının tek hâkim tarafından görülmesi talebini kabul etmiş, duruşma tarihini belirlemiş ve tanıkların taraflarca sunulan listelere ve iddianameye göre çağrılmasına karar vermiştir.

26. Başvuranın yargılanmasına 22 Aralık 2004 tarihinde şehir mahkemesi nezdinde başlanmıştır. Başvuran, kendi seçtiği iki avukat, U. ve S. tarafından temsil edilmiştir.

27. Duruşma aşağıdaki şekilde devam etmiştir.

1. Başvuranın davasının koşullarına ilişkin tanık ifadesi

(a) V. ve Ku.'nun ifadeleri

28. V. duruşmada, Ku. ile birlikte başvuranla ilk kez 2003 Ekim tarihinde bir camide tanıştıklarını ifade etmiştir. V. ve Ku. arkadaş olmuşlar ve birlikte İslamcı çevrimiçi sohbet platformlarına girmeye ve isyan yanlısı web sitelerinde gezinmeye başlamışlardır. Bir süre sonra, İslam'ı öğrenmek ve birlikte yaşamak için dini bir cemaat (zhamaat) oluşturmaya karar vermişlerdir. Başvuran, konuşmalarında terörizmi yüceltmiş ve intihar

saldırılarını ve Çeçen isyancıların yöntem ve hedeflerini onaylamıştır. Başvuran, V. ve Ku.'ya Azerbaycan'da Bakü yakınlarında Müslümanların intihar bombacısı olmak için eğitim aldıkları bir kamp hakkında ve oradan tanıdığı birinden bahsetmiştir. Kendisinin de isyancıların safında Çeçen savaşına katıldığından bahsetmiştir. Başvuran, V. ve Ku. sık sık Okhotniy Ryad alışveriş merkezindeki bir internet kafeyi ziyaret etmişlerdir. Başvuran ayrıca, alışveriş merkezindeki bir yürüyen merdivenin farklı açılardan fotoğrafını çekmiştir.

29. Başvuran, V. ve Ku.'ya, 3 Mart 2004 tarihinde kendisine bir şey olması halinde, dairedeki tüm İslami yayınları ve günlüğünü kaldırmaları gerektiğini ve Çeçenistan'daki annesini aramalarını söylemiştir. Ayrıca, başvuran Moskova'ya "kendini havaya uçurmak" için gelen bir arkadaşından telefon aldığını ve kendisinin (yani başvuranın) "tehlikede" ve [yetkililerin kendisinden] "şüphelendiğini" söylemiştir. Başvuran, V. ve Ku.'yu tehdit etmemiş ve bir terör eylemi gerçekleştirmeye teşvik etmemiş, ancak bunu yapıp yapamayacaklarını sormuştur. Başvuran V. ve Ku.'ya sürekli olarak "cihat yolunu" vaaz etmiş ve İslamcı kitaplar ve ses kasetleri vermiştir. Bu kitaplardan bazıları başvurana, tanıdığı olan A. tarafından verilmiştir.

30. V. yaşadıkları dairede herhangi bir patlayıcı madde görmediğini belirtmiştir.

31. Savcının talebi üzerine duruşmayı yürüten hâkim, V.'nin duruşmada verdiği ifadelerle kısmen çelişmesi dolayısıyla duruşma öncesi ifadesinin okunmasına izin vermiştir. Özellikle, mahkeme öncesi sorgusu sırasında V., başvuranın Bakü yakınlarındaki bir kampta terör eğitimi aldığını ve V. ile Ku.'yu intihar bombacısı olmaya hazırlamak için telkinlerde bulunduğunu ifade etmiştir. Savcı tarafından çelişkili ifadelerini açıklaması talep edilen V., başvuranın gerçekten bir terörist eğitim kampına katılıp katılmadığından emin olmadığını belirtmiştir. Ancak, V., başvuranın kendisini ve Ku.'yu intihar bombacısı olmaya hazırladığını belirtmiştir.

32. Duruşmadaki çapraz sorgusu sırasında Ku., çoğunlukla V.'nin yukarıdaki ifadelerine benzer olan duruşma öncesi ifadelerini kısmen geri çekmiştir. Duruşma sırasında Ku., kendisinin, V.'nin ve başvuranın Okhotniy Ryad alışveriş merkezinde başvuranın isteğiyle fotoğraf çektiklerini ve başvuranın "rastgele fotoğraflar çektiğini" doğrulamıştır. Başvuran, özellikle yürüyen merdivenin ve üzerindeki insanların fotoğraflarını çekmiştir. Ku. başvuranın Rus federal güçlerinin Kafkasya'ya ilişkin politikasını onaylamadığını ileri sürmüştür. Ancak, başvuran, Ku.'yu intihar bombacısı olması için kışkırtmamıştır. Ku.'ya göre, V. ve başvuranla birlikte sadece dua etmek, okumak ve ebeveyn gözetiminden uzak yaşamak için bir arada kalmak istemişlerdi.

33. Ku. ayrıca, başvuranın tanıdığı A.'nın polis olduğunu ve üçünün yaşadığı dairenin parasını onun ödediğini belirtmiştir. A. ara sıra Ku., V. ve başvurana para vermiştir. Başvuran, Ku.'ya bir kere A.'yı sevdiğini söylemiştir.

34. Ku. ayrıca duruşma öncesi sorgulama sırasında soruşturmacının intihar saldırısıyla ilgili sözlerini yanlış yorumladığını ve böyle bir saldırı gerçekleştirmeyi asla planlamadığını ifade etmiştir. Ku., duruşma öncesi ifadelerini baskı altında verdiğini de reddetmiştir. Ku.'nun ifade değişikliği göz önünde bulunduran mahkeme, Ku.'nun duruşma öncesi ifadeleri duruşma sırasında okutturmuştur.

(b) Polis memurlarının ifadeleri

35. Başvuranın tutuklanmasına ve üst aramasına katılan bazı polis memurları (P., S., B., I. ve Ke.) mahkemede sorgulanmıştır. Polis memurları, başvuranın tutuklanmasının normal bir devriye sırasında gerçekleştiğini ve çantasında patlayıcı olduğunu bilmediklerini belirtmişlerdir.

36. P., başvuranın tutuklandığı gün, "Prospekt Vernadskogo metro istasyonu yönünde boş boş dolandığı için" başvuranın belgelerini kontrol etmeye karar verdiğini ifade etmiştir. Başvuran polislere, süresi dolmuş olan

pasaportunu ve Moskova'da kalma hakkını teyit eden kayıt damgasını göstermiştir. Polisler başvurayı bir karakola götürmüşlerdir. Başvuran tutuklandığı sırada tedirgin ve agresifti. Polisler başvuranın çantasını aramaya, yaptıkları eylemin "yasalara uygun" olması dolayısıyla karar vermişlerdir. P. ayrıca başvurayı "nereye gittiği belli olmadığı için", "aranan kişiler listesindeki bir kıza benzediği için" ve "Kafkas etnik kökenli [yani Kuzey Kafkasya bölgesinden] bir kişi" olduğu için durdurduğunu açıklamıştır. P. ek olarak, kayıt süresinin dolmasının başvuranın tutuklanması için yeterli bir sebep olduğunu belirtmiştir. Ayrıca, P. kayıt süresi dolan tüm bireyleri rutin olarak aradıklarını ifade etmiştir.

37. S.'nin ifadeleri de P.'nin ifadelerine oldukça yakındır. S., başvuranın hızlı bir şekilde yürüdüğünü ve kendisini durduran polis memurlarını disiplin cezalarıyla tehdit etmeye başladığını da ifadesine eklemiştir.

38. B., başvurayı durdurmalarının sebebinin başvuranın "Kafkas etnik kökenli" olması ve siyah kıyafetler giymesi olduğunu kaydetmiştir. B., başvuranın görünümünün aranan kişiler uyarısında yer alan birinin özelliklerine benzediğini belirtmiştir. Ayrıca, başvuranın, karakolda üst aramasının yapıldığı ana kadar çantasının yanında olduğunu ifade etmiştir.

39. Mahkeme ayrıca, başvuranın tutuklandığı gün Prospekt Vernadskogo polis karakolunda görevli olan polis memurlarını da sorgulamıştır.

40. I., iki tutanak tanığının huzurunda başvuranın üzerini aradığını ve çantasında alüminyum folyoya sarılmış iki adet kare şeklinde sarı nesne bulunduğunu ve bunların daha sonra patlayıcı olduğunu teyit edildiğini belirtmiştir. Başvuranın parmak izleri nesneler çantasında bulunduktan sonra yalnızca bir kez alınmıştır.

41. Ke. arama öncesinde başvuranın tüm kişisel eşyalarının yanında olduğunu ve aramanın başlamasından yaklaşık yirmi dakika önce kişisel aramayı izleyecek tutanak tanığının bulunduğunu ifade etmiştir.

42. Savcılık makamı polisleri başvuranın aranması ve parmak izlerinin alındığı şartları hakkında kapsamlı bir sorguya tabi tutmuştur. Polislerin hepsi

de başvuranın aramadan önce her zaman eşyalarına, yani el çantasına sahip olduğunu ve aramadan sonra sadece bir kez parmak izinin alındığını tutarlı bir şekilde ifade etmişlerdir. Savunma makamı sadece polis memuru B.'ye arama öncesinde başvuranın el çantasına sahip olup olmadığını ve polis memuru Ke.'ye de şahitlerin seçilme şeklini sormuştur. Her iki soru da yukarıdaki tanıklara sadece bir kez yöneltilmiş ve cevapları ile ilgili herhangi bir takip yapılmamıştır.

43. Savcılık 12 Ocak 2005 tarihinde A.'yı duruşmaya çağırmadan veya duruşma öncesi ifadelerine atıfta bulunmadan delillerini sunmayı tamamlamıştır

2. Başvuranın duruşma sırasında verdiği ifadeler

44. Duruşmada başvuran, kendisine yöneltilen suçlamaları kabul etmemiştir. Başvuran 4 Mart 2004 tarihinde polis memurları kendisini karakola götürdükten sonra ilk olarak bazı belgeleri dolduran polis memuru S.'in bulunduğu odaya aldıklarını ifade etmiştir. Polis memuru S. başvurana tutuklandığını ve parmak izlerinin alınacağını söylemiştir. Başvuran, ceketini ve çantasını odada bıraktığını kaydetmiştir. Başka bir polis memuru B. daha sonra başvuranı farklı bir odaya götürmüş ve burada bir diğer polis memuru L. ise mürekkep ile başvuranın parmak izlerini almıştır. Başvuran daha sonra, ellerindeki mürekkebi yıkamak için banyoya gitmiştir. Başvuran ilk odaya döndüğünde, kendisine, iki tutanak tanığı B. ve K.'nın huzurunda aranacağı bildirilmiştir. Polis memuru başvuranın çantasını aramış ve kendisine ait olmayan alüminyum folyoya sarılı iki paket bulmuştur. Başvuran, parmak izlerinin aramadan önce ve sonra alındığını kaydetmiş ve sadece ikinci kez alındığında kayıt altına alındığını belirtmiştir.

45. Başvuran ayrıca, polisin kendisini avukatının yokluğunda sorguladığını ve ardından kendisini gözaltına almaya karar verdiğini belirtmiştir. Ayrıca, başvuran, kötü muameleye maruz kalacağı endişesiyle, sorgulanmasına ilişkin bir tutanak imzalamasının söylendiğini ifade etmiştir.

Takip eden günlerde başvuran, kendisini sorgulayan polisler tarafından dövülmüştür. Ancak, başvuran herhangi bir terör faaliyetine karıştığını inkâr etmeye devam etmiştir.

46. Başvuran, çantasında bulunan paketlerin kendisine ait olmadığını, bunları çantasına polisin yerleştirdiğini ve V. ve Ku.'yu hiçbir zaman terör saldırısı yapmaya teşvik etmediğini belirtmiştir. Savcının, oldukça küçük olan çantasının arama öncesinde olduğundan daha ağır olduğunu fark edip etmediğini sorması üzerine başvuran, dikkat çekici bir şey fark etmediğini belirtmiştir

47. Başvuran, ayrıca, yürüyen merdivenin kendisi tarafından çekilen altı fotoğrafının dairede bulunduğunu kaydetmiştir. Ancak, başvuran yürüyen merdiven yerine alışveriş merkezinde rastgele insanların fotoğraflarını çekmiş ve bunu eğlence amaçlı yaptığını belirtmiştir.

48. Başvuran, dairesinde ele geçirilen notu yazdığını kabul etmiş, ancak metni beğendiği için internetten kopyaladığını ve sadece bir kopyasına sahip olmak istediğini belirtmiştir. Başvuranın avukatı, başvuranın sözlerinin yanlış yorumlandığını ve sözlerinde herhangi bir terörist faaliyetle bağlantı olduğunu gösteren hiçbir şey bulunmadığını savunmuştur. Başvuranın avukatı, başvuranın Çeçenistan'daki durumu acı bir şekilde algılamasının, çocukluğundan beri savaş bölgesinde yaşayan biri için son derece doğal olduğunu ve sözlerinin daha dikkatli bir şekilde analiz edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

49. Başvuran, ifadesinin bazı noktalarında A.'dan bahsetmiş, A. ile kişisel bir ilişkileri olmadığını, kendisine ücretsiz kalacak yer bulma konusunda yardımcı olduğunu, kendisini telefonla aradığını, Amerikalı tarihçi Paul Klebnikov'un iki kitabını verdiğini ve tutuklandığı sırada polislerin emirlerine uymasını söylediğini belirtmiştir.

3. Video kayıtlarının incelenmesi için önerge

50. Başvuranın avukatı U., 13 Ocak 2005 tarihinde, mahkemenin delilleri incelemesinin son gününde, duruşma sırasında video kasetlerinin izletilmesi talebinde bulunmuştur. Duruşma tutanaklarının ilgili bölümü aşağıdaki gibidir:

“**Avukat U.:** Sanık, kayıt ile transkript arasında çok sayıda tutarsızlık olduğunu iddia ettiğinden, video kaseti oynatmaya başlamayı talep ediyorum. Ayrıca etnik konuşmanın tercümesi için bir tercüman çağrılmasını ve 5-489c numaralı video kasetin izlenmesini talep ediyorum.

Sanık ve avukatlar: İtiraz yok.

Savcı: Video kasetlerde konuşmaların deşifreleri olduğu için bir tercümanın gerekli olduğunu düşünmüyorum. Diğer kısmına katılıyorum.

Mahkeme, savunmanın talebini kabul etmeye ve 5-489c video kasetini izlenmesine ancak tercüman çağrılmasına ilişkin talebin reddedilmesine karar vermiştir.

[Video kaydı 30 dakika boyunca izlenmiştir]

Avukat U. sanığa soru yöneltmiştir: Bu konuşmalar gerçekleşti mi?

Sanık: Bu sohbetlerde yasa dışı herhangi bir unsur görmüyorum.”

51. Duruşma kayıtlarına göre savunma makamı, video kaydının kalitesine ya da kasetin oynatılma şekline ilişkin herhangi bir talep ya da şikâyetle bulunmamıştır.

4. Tanık A. ile tutanak tanıkları B. ve K.’nın sorgulanmasına ilişkin talepler

52. Video kasetin izlenmesinden hemen sonra, başvuranın avukatı S., tutanak tanıkları B. ve K. ile polis memuru A.’nın çağrılması için sözlü talepte bulunmuştur. Duruşma zaptının ilgili kısmı aşağıdaki gibidir:

“**Avukat S.:** İlgili koşulların oluşturulup oluşturulmadığını [ve] plastik patlayıcıların yerleştirilip yerleştirilmediğinin belirlenmesi için Murtazaliyeva’nın kişisel araması sırasında hazır bulunan tanıkların, yani B. ve K.’nın çağrılmasını talep ediyorum.

Avukat U.: Bu talebi destekliyorum.

Sanık: Plastik patlayıcıların bu tanıkların huzurunda ele geçirildiğine itiraz etmiyorum, ancak bunların kişisel aramadan önce polis memurları tarafından yerleştirildiğini iddia ediyorum. Bu tanıkların çağırılması konusunda ısrarcı değilim, ancak [avukatlar] bunun gerekli olduğunu düşünüyorlarsa, o zaman onlarla aynı fikirdeyim.

Savcı: İtiraz ediyorum, çünkü sanık sorgulanmış ve [aramaya ilişkin] tutanağın herhangi bir kanun ihlali olmaksızın düzenlendiğini belirtmiştir...

Mahkeme, tanıkların çağırılması talebinin kabul edilmemesine karar vermiştir.

Avukat S.: Tanık A'nın çağırılmasını talep ediyorum.

[Mahkeme başkanı, tanık A'nın Moskova dışında işle ilgili bir görevde olduğunu ve mahkemeye gelemeyeceğini taraflara bildirir]

Savcı: Tanık A'nın ön duruşma sırasında verdiği ifadelerin okunmasını talep ediyorum.

Avukat U.: A'nın ifadelerinin okunmasına itiraz etmiyorum.

Avukat S.: İfadelerinin okunmasını kabul ediyorum.

Sanık: İtiraz yok.

Mahkeme, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 281. maddesi uyarınca ve tarafların mutabakatıyla, tanık A'nın ön duruşma sırasında verdiği ifadelerin okunmasına karar vermiştir.

[Tanık A'nın sorgu tutanağı okunmuştur]

Savcı sanığa soru yöneltmiştir: Tanık A'nın okunan ifadelerine katılıyor musunuz?

Sanık: Bu ifadelere kısmen katılıyorum, ancak ben olmadan kızlarla hiçbir teması olmadığı ve sadece telefonla görüştüğümüz iddiasına katılmıyorum.”

5. Kanıt incelemesinin tamamlanması

53. Hemen ardından savunma makamı, sanık hakkında karakterine ilişkin yorumları (character references) kanıt olarak sunmaya başlamış ve başvuranın telefon kayıtlarının celp edilmesi ve tanıklar V. ve Ku.'nun adli psikiyatrik muayenesinin yapılması için dilekçe vermiştir. Her iki talep de

mahkeme tarafından reddedilmiştir. Ardından, savunma makamı kanıtlarını ve taleplerini sunmayı bitirmiştir.

54. Davayı yürüten hâkim taraflara delillerin daha fazla incelenmesini talep edip etmediklerini sormuştur. Bunun üzerine, savcı makamı başvuranın günlüğünden alıntılar okumak için savunma makamı ise bu delilin kayıttan düşülmesi için talepte bulunmuşlardır.

55. Davayı yürüten hâkim, tüm taleplerin değerlendirilmesinden sonra taraflara duruşmaya çıkmayan tanıkların yokluğunda başka delilleri sunup sunmayacağını ve itirazları olup olmadığını sormuştur. Savcılık ya da savunma makamından herhangi bir itiraz gelmemiştir. Duruşma mahkemesi delillerin incelenmesine son vermiş ve savunmanın talebi üzerine duruşmayı 17 Ocak 2005 tarihinde yapılacak kapanış savunmalarına kadar ertelemiştir.

6. Tarafların kapanış konuşmaları ve başvuranın mahkûmiyeti

56. Devlet savcısı kapanış savunmasında, başvuranın masumiyetine ve suç teşkil eden bir eylemin (hem maddi unsuru *-actus reus-* hem de kasit unsuru *-mens rea-*) bulunmadığına ilişkin iddialarındaki tutarsızlıklara işaret ederek tüm delillerin genel bir değerlendirmesini yapmıştır. Savcı yargılamayı yürüten mahkemeden başvuranın suçunu sabit bulmasını ve başvurunu on iki yıl hapis cezasına mahkûm etmesini talep etmiştir.

57. Başvuran ve avukatları U. ve S. Savunmalarında başvuranın masum olduğunu ve iddia makamının başvuranın suçluluğunu kanıtlayamadığını savunmuşlardır. Başvuran ve avukatları, olaylara ilişkin kendi anlatımlarını sunmuşlar, suçlamanın özünün başvuranın konuşmalarının ve eylemlerinin yanlış yorumlanmasına dayandığını ve patlayıcıların polis tarafından yerleştirildiğini iddia etmişlerdir. Avukat U.'nun konuşması, başvuranın Çeçenistan'daki askeri çatışma ve din konusundaki tutumunu tanımlarken aşağıdaki ifadeleri içermiştir: "Tüm bu ceza davasının Murtazaliyeva'ya karşı kolluk kuvvetleri tarafından düzenlenmiş bir tuzak olduğunu düşünüyorum." Başvuranın konuşmasının ise ilgili bölümü aşağıda yer almaktadır:

“... Apartman dairesinde konuşmalara gelince, pek çok şey gerçekte uyuşmuyor. Bunu duruşma sırasında da ifade ettim. A. ile yüzleştirme talebinde bulundum ancak duruşmaya gelmemiştir. Suçlamaların hiçbirinde suçlu olduğumu kabul etmiyorum...”

Savunma makamının savunmasında, patlayıcıların polis tarafından başvuranın çantasına yerleştirildiğine dair tek bir ifadeye yer verilmiş, ancak iki kez parmak izi alındığına ilişkin iddiaya veya başvuranın arama öncesinde eşyaları üzerinde kontrol sahibi olmadığına ya da iki tanığın seçimi ve katılımına ilişkin herhangi bir hususa değinilmemiştir.

58. Mahkeme, başvuranı, 17 Ocak 2005 tarihinde terör eylemi (patlama) hazırlamak, başkalarını terör eylemi yapmaya teşvik etmek ve patlayıcı madde taşımak suçlarından mahkûm etmiş ve dokuz yıl hapis cezasına çarptırmıştır. Mahkeme, aşağıdaki delilleri dikkate almıştır:

i. V. ve Ku.’nun duruşma sırasında ve duruşma öncesi ifadelerine ek olarak başvuranla duruşma öncesi yüzleşmelerinin kayıtları;

ii. S., I., P., B. ve Ke. adlı polis memurlarının duruşma sırasında ve duruşma öncesi ifadelerine ek olarak S. ve I.’nin başvuranla duruşma öncesi yüzleşmelerinin kayıtları;

iii. Başvuranın evinin aranmasına ve kişisel aramasına ilişkin kayıtlar;

iv. Adli patlayıcı raporu;

V. Başvuranın yaşadığı dairede ele geçirilen Okhotniy Ryad alışveriş merkezindeki yürüyen merdivenin altı fotoğrafı ve alışveriş merkezi binasında yapılan incelemeye ilişkin rapor;

vi. Başvuran tarafından yazılan ve yaşadığı dairede ele geçirilen aşırılık yanlısı ifadeler içeren bir not ve bu nota ilişkin adli tıp el yazısı raporu;

vii. Başvuranın yaşadığı dairede kaydedilen video kasetlerinin dökümleri;

viii. A.’nın duruşma öncesi ifadesi;

ix. Duruşmada dinlenen diğer savcılık tanıklarının ifadeleri;

x. Duruşmada dinlenen savunma tanıklarının ifadeleri ve başvuranın ikamet ettiği, öğrenim gördüğü ve çalıştığı yerlerden toplanan başvuranın karakterine ilişkin ifadeler.

59. Kararda tanık A.'nın ifadesinin sadece bir bölümüne atıfta bulunulmuştur ve bu bölüm aşağıdaki gibidir:

"Tanık A. [bir polis memuru] Aralık 2003 sonunda amirlerinin talimatıyla Murtazaliyeva ile güven ilişkisi kurduğunu ifade etmiştir; [Murtazaliyeva] A.'yı kendi istekleriyle İslam'ı seçen arkadaşları Ku. ve V. ile tanıştırmıştır. Murtazaliyeva'ya barınma sorunları nedeniyle [polis yetkililerinin] yardımıyla, Şubat 2004 başında arkadaşlarıyla birlikte taşındığı bir yurttaki bir oda sağlanmıştır. Murtazaliyeva 4 Mart 2004 akşamı [A.]'yı aramış ve kimlik kontrolü için bir polis devriyesi tarafından durdurulduğunu ve onlarla birlikte polis karakoluna gitmesinin istendiğini bildirmiştir. A. Murtazaliyeva'ya polislerin emirlerine uymasını tavsiye etmiştir."

Mahkeme, diğer tanıkların ifadelerine ilişkin yaklaşımının aksine, A.'nın ifadelerini diğer tanıkların ifadeleriyle çapraz incelemeye tabi tutmamıştır ve herhangi bir sonuca varmak için A.'nın ifadesine atıfta bulunmamıştır.

60. Kararda, başvuranın ev arkadaşları V. ve Ku.'nun duruşma sırasında ve duruşma öncesi verdikleri ifadelerin ve başvuranla duruşma öncesi yüzleşmelerinin kayıtlarının ayrıntılı bir analizi yer almıştır. Mahkeme, V. ve Ku.'nun duruşma öncesi ifadelerini ve V.'nin duruşma sırasındaki ifadelerini bu ifadelerin hem kendi içinde tutarlı hem de diğer delillerle uyumu dolayısıyla geçerli ve ikna edici olarak kabul etmiştir. Ku.'nun duruşmadaki ifadesindeki değişikliğe gelince, mahkeme bunu başvurana yardımcı olmak için bir strateji olarak değerlendirmiş ve reddetmiştir. Mahkeme, özellikle Ku.'nun bir savunma avukatı tarafından desteklendiğini, yargılama öncesi soruşturma sırasında defalarca sorgulandığını ve soruşturma makamları tarafından baskıya maruz kaldığına dair hiçbir şikâyetle bulunmadığını kaydetmiştir. Duruşmada sorgulandığında, önceki ifadelerinin gönüllü olarak ve herhangi bir psikolojik veya fiziksel etki altında kalmadan verildiğine itiraz etmemiştir. Ku. duruşma öncesi yalan beyanda bulunmak için herhangi bir gerekçe sunmamıştır. Ayrıca, mahkemede, başvuranın avukatıyla yaptığı bir görüşmeden sonra, sorgulama sırasında

psikolojik baskıdan resmen şikâyetçi olduğunu, ancak daha sonra bu şikâyetini gerçek dışı olduğu için geri çektiğini belirtmiştir.

61. Mahkeme, başvuranın patlayıcıların çantasına yerleştirildiği iddiasını incelemiş ve reddetmiştir. Mahkeme, bu iddiaları reddeden devriye memurlarının ve polis merkezindeki memurların ifadelerine ve başvuranın kişisel aramasının parmak izlerinin alınmasından önce yapıldığını ve başvuranın iddia ettiği gibi parmak izlerinin iki kez alındığına dair herhangi bir kanıt bulunmadığını belirten resmi tutanağa atıfta bulunmuştur.

62. Mahkeme ayrıca, başvuranın el yazısıyla yazdığı not metnini kendisinin yazmış olması gerektiğini ve iddia ettiği gibi internetteki İslamcı web sitelerinden kopyalamadığını, çünkü notta değişiklikler ve düzeltmeler bulunduğunu tespit etmiştir.

D. Temyiz ve denetimsel inceleme işlemleri

63. Başvuran ve avukatları, mahkûmiyet kararına karşı temyize başvurmuştur. Savunma avukatı S. tarafından sunulan temyiz dilekçesinde aşağıdaki hususlar yer almaktadır:

"... duruşma sırasında gizli izleme kayıtlarını içeren 16 video kasetten 15'i incelenmemiştir; bu izlenmeyen kayıtlar önemli bir kanıt değeri taşımaktadır, zira... Murtazaliyeva ve elzem savcılık tanıkları V. ve Ku.'nun ifadeleriyle karşılaştırılmaları [mahkûmiyet] üzerinde önemli bir etkiye sahip olabilirdi ...

Murtazaliyeva temyiz başvurusunda bu video kayıtları ile transkriptler arasında tutarsızlıklar olduğunu iddia etmiş ve iddia etmeye de devam etmektedir. Murtazaliyeva, bir video kasetin seçici olarak izlenmesi sırasında 'teknik nedenlerle' tutarsızlıkları ortaya koyabilme imkânından mahrum bırakılmıştır...

Hâkim, polis memuru A.'nın tanık olarak dinlenmesi talebimi dikkate almamış ve bu konuda bir karar vermemiştir. Hâkim, tanık A.'nın Moskova dışında işle ilgili bir görevde olduğunu ve mahkemeye gelemeyeceğini söylemekle yetinmiştir. Bu temyiz başvurusunun sunulduğu tarihte [dava dosyasında] bu bilgiye ilişkin herhangi bir belge bulunmamaktadır.

Mahkemenin, Murtazaliyeva'nın kişisel araması sırasında hazır bulunan tutanak tanıkları B. ve K.'yı çağırma ve sorgulamayı reddetmesi makul görünmemektedir. [Murtazaliyeva plastik patlayıcıların çantasına polis memurları tarafından yerleştirildiği konusunda ısrar etmektedir]. Kimse tutanak tanıkları kimin, nasıl ve ne zaman davet ettiğini hatırlayamamaktadır.

Tanık A.'nın duruşma sırasında okunan ve mahkemenin kararda dayandığı ifadesine göre, A. sadece Murtazaliyeva ile değil, aynı zamanda tutuklamayı gerçekleştiren polis memurlarıyla da telefonda konuşmuştur; [ancak bunlar duruşma sırasında sorgulanan polis memurları değildir, zira yargılama öncesi ve yargılama aşamalarındaki ifadelerinde A. ile konuştuklarından bahsetmemişlerdir]. [Buna göre] A.'nın ifadesi [bu polis memurlarının] ifadelerini çürütmekte ve Murtazaliyeva'nın işyerinden ayrılırken diğer memurlar tarafından tutuklandığı iddiasını doğrulamaktadır..."

64. Avukat U. temyiz dilekçesinde özellikle savunmanın tanık A.'nın hem savunma hem de iddia makamı tanığı olarak katılmasını talep ettiğini belirtmiştir. Ancak bu talep, herhangi bir belge ile desteklenmeyerek sadece tanığın duruşmaya gelememesine atıfta bulunularak mahkeme tarafından reddedilmiştir.

65. Rusya Yüksek Mahkemesi 17 Mart 2005 tarihinde kararı onamış ve başvuranın cezasını sekiz yıl altı aya indirmiştir.

66. Yüksek Mahkeme, video kasetin savunmanın talebi üzerine gösterildiğine ve video kaset oynatıldıktan sonra, video kasetlerin tamamının gösterilmediği de dâhil olmak üzere, mahkemeye herhangi bir itiraz veya şikâyetle bulunulmadığına karar vermiştir.

67. Yüksek Mahkeme ayrıca A.'nın işle ilgili bir görevde olması nedeniyle duruşmaya gelemeyeceği ve bu yüzden sorgulanmasının mümkün olmadığını ve duruşma öncesi ifadesinin Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 281. maddesi uyarınca savunmanın rızasıyla okunduğunu değerlendirmiştir. İki tutanak tanığı B. ve K.'ya ilişkin olarak, mahkeme başvuran patlayıcıların onlar gelmeden önce çantasına yerleştirildiğini iddia ettiğinden, şahsen gelmelerine gerek kalmadığına hükmetmiştir. Her

halükârdâ, savunma makamı kapanış argümanlarına geçmeyi kabul etmiş ve başvuranın davasının incelenmesine ilişkin herhangi bir itiraz veya ek talepte bulunmamıştır.

68. Başvuranın avukatı S., 2005 Haziran ayında diğer hususların yanı sıra, mahkemenin tanık A. ile tutanak tanıkları B. ve K.'yı çağırıp sorgulanmamasına atıfta bulunarak bir denetim incelemesi şikâyetinde bulunmuştur. Şikâyetin ilgili bölümünde, üstlerinin talimatlarına uyarak başvurunu iki aydan fazla bir süre "koruyan", ona bir iş ve kalacak yer sağlayan ve tutuklanması da dâhil olmak üzere eylem ve hareketlerini kontrol eden A.'yı "kilit tanık" olarak nitelendirilmiştir. Tutanak tanıklarıyla ilgili olarak şikâyetinde, "tutanak tanıklarının incelenmesinin ifadelerdeki önemli çelişkileri çözebileceği [ve] aramadan hemen önceki koşulların doğrulanması veya çürütülmesi için temel teşkil edebileceği" belirtilmiştir.

69. Yüksek Mahkeme, 13 Eylül 2005 tarihinde denetim incelemesi şikâyetini reddetmiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK

A. Rus Ceza Kanunu

70. Rusya Federasyonu'nun 1 Ocak 1997 tarihinde yürürlüğe giren 13 Haziran 1996 tarihli Ceza Kanunu, cezai olarak cezalandırılabilir eylemlerin kapsamlı bir listesini sunmakta ve Rusya'daki ceza hukukunun tüm maddi yönlerini düzenlemektedir.

30. madde Suça hazırlık ve suça teşebbüs

"1. Suça hazırlık, suç işlemek için gerekli araçların veya silahların bir kişi tarafından bir araya getirilmesi, yapılması veya uygulanması, suç işlemek için kendine ortak araması ve suç işlemek için komplo kurulması veya bir suçun işlenmesini [kolaylaştırmayı] amaçlayan diğer herhangi bir kasıtlı eylemi, [suç o kişinin kontrolü dışındaki koşullar nedeniyle tamamlanmamış olsa bile] kapsar..."

205. madde Terörizm

“1. [Terörizm, yani] insanların hayatı için tehlike yaratan veya önemli ölçüde maddi zarara veya diğer sosyal açıdan tehlikeli sonuçlara yol açan bir patlama, kundaklama veya başka bir eylemin gerçekleştirilmesi, bu tür eylemlerin kamu güvenliğini zayıflatmak, halkı tehdit etmek veya yetkililerin karar alma süreçlerini etkilemek amacıyla gerçekleştirilmesi veya aynı amaçlarla bu tür eylemlerin gerçekleştirilmesi tehdidinde bulunulması halinde, sekiz yıldan on iki yıla kadar hürriyetten yoksun bırakma cezası ile cezalandırılır...”

205.1. madde Bir terör suçunun işlenmesini teşvik etmek veya başka bir şekilde yataklık etmek

“1. Bir kişiyi bu Kanunun 205, 206, 208, 211, 277 ve 360. maddelerinde öngörülen bir suçu işlemeye teşvik etmek veya bir kişiyi bir terör örgütünün faaliyetlerine dahil etmeye çalışmak, silah temin etmek veya bir kişiye belirtilen suçları işlemesi amacıyla talimat vermek ve ayrıca terörizmi veya bir terör örgütünü finanse etmek, dört yıldan sekiz yıla kadar hürriyetten yoksun bırakma cezası ile cezalandırılır...”

222. madde Ateşli silahların, ana bileşenlerinin, mühimmatın, patlayıcıların ve patlayıcı cihazların yasa dışı edinimi, devri, satışı, depolanması, taşınması ve taşınması

“1. Ateşli silahların [veya bunların] ana bileşenlerinin, mühimmatın... patlayıcıların ve patlayıcı cihazların yasadışı edinimi, devri, satışı, depolanması, taşınması ve taşınması, 80.000 rubleye kadar para cezası veya hükümlü kişinin üç aylık maaşı (veya diğer geliri) ile birlikte veya tek başına, üç yıla kadar özgürlüğün kısıtlanması veya altı aya kadar gözaltı veya dört yıla kadar özgürlükten yoksun bırakma ile cezalandırılır.”

B. Rus Ceza Muhakemesi Kanunu ("CCrP")

71. Rusya Federasyonu’nda 1 Temmuz 2002 tarihinde yürürlüğe giren 18 Aralık 2001 tarihli Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Rusya’daki ceza davalarının tüm usul yönlerini düzenlemektedir.

53. madde Savunma avukatının yetkileri

“1. Bir savunma avukatı davaya katıldığı andan itibaren aşağıdaki haklara sahip olur...

...

(5) sanığın sorgusuna ve sanığın da katıldığı diğer soruşturma işlemlerine, sanığın talebi üzerine ya da kendi talebiyle katılmak...

(7) Ön yargılama soruşturmasının tamamlanmasının ardından ceza davasının materyalleri hakkında bilgi sahibi olmak...

(8) usule ilişkin dilekçeler [talepler] ve ret önermeleri vermek...

2. Bir soruşturma işleminde yer alan savunma avukatı, bir soruşturmacının huzurunda sanığa hukuki danışmanlık yapma, bir soruşturmacının izniyle sorgulanan kişilere soru sorma, soruşturma işlemlerinin kayıtlarının doğruluğu ve eksiksizliği hakkında yazılı görüş bildirme hakkına sahiptir. Soruşturmacı [sanığa savunma avukatının sorularını yöneltmeyi] reddedebilir, ancak bu soruları [söz konusu soruşturma işleminin] kayıtlarında belirtmelidir.”

56. madde Tanıklar

“1. Tanık, bir ceza davasının soruşturulması ve karara bağlanmasıyla ilgili gerçekler hakkında bilgi sahibi olabilecek ve ifade vermek üzere mahkemeye çağrılan kişidir...

...

7. Bir tanığın geçerli bir neden olmaksızın gelmemesi halinde, zorla getirilmesine karar verilebilir.”

60. madde Tutanak Tanıkları

“1. Tutanak tanığı, ceza davasının sonucuyla ilgisi olmayan ve soruşturmacı tarafından ... bir soruşturma tedbirinin yürütüldüğünü ve ayrıca bunun içeriğini, ilerlemesini ve sonuçlarını kanıtlamak üzere davet edilen bir kişidir.

2. Bir kişi aşağıdaki durumlarda tutanak tanığı olarak kabul edilmeyecektir:

1) reşit olmaması;

2) ceza davasının bir katılımcısı, yakın akrabaları ve yakınları olması;

3) [soruşturma yetkileriyle donatılmış bir kolluk kuvveti olması]...”

119. madde Usule ilişkin dilekçe verme hakkına sahip kişiler

“1. Şüpheli, sanık, müdafî, mağdur, kanuni temsilcisi ve vekili, özel savcı, bilirkişi, hukuk davacısı, hukuk davalısı ve bunların vekilleri, ceza davasına ilişkin koşulların belirlenmesi, dilekçe sahibinin hak ve meşru menfaatlerinin güvence altına alınması amacıyla usul işlemlerinin yapılması ve usul kararlarının alınması için dilekçe verebilirler...”

120. madde Usule ilişkin dilekçe verilmesi

“1. Ceza yargılaması sırasında herhangi bir anda usule ilişkin bir dilekçe verilebilir. Yazılı bir dilekçe dava dosyasına konur [ve] sözlü bir dilekçe bir soruşturma eyleminin veya bir duruşmanın tutanağına yansıtılır.

2. Usule ilişkin dilekçenin reddedilmesi, dilekçe sahibinin aynı dilekçeyi tekrar verme hakkını kısıtlamaz.”

192. madde Yüzleştirme

“1. Daha önce sorgulanan kişilerin ifadeleri önemli çelişkiler içeriyorsa, soruşturmacı yüzleştirme yapma hakkına sahiptir...”

2. Bir soruşturmacı, yüzleşmede yer alan kişilere birbirlerini tanıyıp tanımadıklarını ve aralarındaki ilişkinin ne olduğunu sorar. Sorgulanan kişilerden sırayla, yüzleştirme ile tespit edilecek koşullar hakkında ifade vermeleri istenir. İfadeler alındıktan sonra bir soruşturmacı sorgulanan kişilerin her birine sorular yöneltebilir. Yüzleştirmeye katılan kişiler, soruşturmacının izniyle birbirlerine soru yöneltebilirler.”

235. madde Kanıtların dikkate alınmaması talebi

“1. Bir ceza davasının tarafları mahkemeden mahkemede sunulan herhangi bir delilin dikkate alınmamasını talep edebilir.

...

4. Bir sanığın CMK hükümlerine aykırı olarak elde edilen delillerin davada dikkate alınmamasını talep etmesi halinde, iddia makamının aksi yönde delil sunması gerekecektir. Diğer durumlarda, ispat yükü delillerin dikkate alınmaması talebinde bulunan tarafın üzerinde olacaktır...”

240. madde Doğrudan ve açık [kanıtların incelenmesi]

“1. Tüm kanıtlar normalde bir mahkeme duruşması sırasında sunulmalıdır ... Mahkeme sanığın, mağdurun ve tanıkların ifadelerini dinlemeli ... ve fiziksel kanıtları incelemelidir ...

2. Duruşma öncesi ifadelerin okunmasına yalnızca [Kanun’un 281. maddesi] kapsamında izin verilmektedir...”

260. madde Duruşma tutanaklarının [içeriğine] itirazlar

“1. Taraflar, duruşma tutanaklarının kendilerine ulaşmasından itibaren üç gün içinde tutanakların içeriğine ilişkin itirazlarını sunabilirler.

2. İtirazlar mahkeme başkanı tarafından derhal değerlendirilir. Mahkeme başkanı gerekli görürse, içeriğini açıklığa kavuşturmak amacıyla itirazda bulunan kişileri çağırabilir.

3. İtirazı değerlendiren mahkeme başkanı, itirazların doğruluğunu teyit eden ya da reddeden bir karar alır. İtirazlar ve mahkeme başkanının kararı duruşma tutanaklarına eklenir.”

271. madde Taleplerin sunulması ve bunlara ilişkin kararlar

“1. Mahkeme başkanı, tarafların yeni tanıkların, bilirkişilerin veya uzmanların çağrılmasını, delillerin veya belgelerin sunulmasını veya Kanun hükümlerine aykırı bir şekilde elde edilmiş delillerin dikkate alınmamasını talep edip etmediklerini sorar. Böyle bir talepte bulunan bir kişi, bu talebini kanıtlamak zorundadır.

...

3. Talebi reddedilen kişi, yargılama sırasında talebini tekrar sunma hakkına sahiptir.”

281. madde Bir mağdurun ve bir tanığın ifadesinin okunması

“1. Mağdurun veya tanığın mahkeme öncesi soruşturma veya yargılama sırasında önceden vermiş olduğu ifadelerin okunmasına ... bu maddenin 2. paragrafında öngörülen durumlar haricinde, mağdurun veya tanığın [mahkemede] bulunmaması (неявка) halinde sadece tarafların rızasıyla izin verilir.

2. Mağdur veya tanığın duruşmaya gelmemesi ve aşağıdaki hallerde, mahkeme taraflardan birinin talebi üzerine veya kendiliğinden daha önce verilmiş ifadelerin okunmasına karar verebilir:

- (1) bir mağdurun veya bir tanığın ölümü;
- (2) kişinin mahkemeye çıkmasını engelleyen ağır hastalık olması;
- (3) yabancı uyruklu bir mağdurun veya tanığın mahkemenin çağrısını ve mahkemeye gelmeyi reddetmesi;
- (4) mahkemeye çıkmayı engelleyen doğal afet veya diğer istisnai durumlar..."

291. madde Adli [delil] incelemelerin sonu

"1. Taraflarca sunulan delillerin adli incelemesinin sonunda, mahkeme başkanı, tarafların yargılamada herhangi bir ek beyanda bulunmak isteyip istemediklerini sorar. Böyle bir talepte bulunulması halinde, mahkeme talebi inceler ve bu konuda bir karar verir..."

294. madde Adli [delil] incelemesinin yeniden açılması

"Kapanış konuşmalarına katılanlar veya sanık son ifadesinde ceza davasıyla ilgili yeni durumları [mahkemeye] bildirirse veya yeni delillerin incelenmesi için talepte bulunursa, mahkeme delillerin incelenmesini yeniden açabilir. Kanıtların incelenmesinin sonunda mahkeme kapanış konuşmalarını yeniden açar ve sanığa son beyanını sunma fırsatı verir."

III. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

A. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ceza Mahkemeleri

72. Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTR) ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTY), bireysel ceza davaları hakkında Yargılama veya Temyiz Daireleri olarak karar verirken kapsamlı içtihatlar ortaya koymuş ve tanıkların sorgulanması da dâhil olmak üzere ceza yargılamasının çeşitli yönleriyle ilgili genel ilkeler geliştirmiştir.

73. Savcı/ Krstić davasında (Mahkeme celbi başvurusuna ilişkin karar, Dava no. IT-98-33-A, 1 Temmuz 2003) Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesi, temyiz yargılamasında ek tanıkların incelenmesi talebini ele almıştır. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz

Dairesi, tanık ifadesinin uygunluğu ve tanık celplerinin düzenlenmesine ilişkin genel ilkelerle ilgili olarak aşağıdakileri belirtmiştir:

“10. [Usul ve Delil İchtüzüğü’nün] 54. maddesi, bir hâkime veya bir Yargılama Dairesine "duruşmanın hazırlanması veya yürütülmesi için [...] gerekli olabilecek" emirleri verme veya mahkeme celbi çıkarma yetkisi tanımaktadır. Böyle bir yetki, duruşmanın hazırlanması veya yürütülmesi için bir bireyin katılımının gerekli olduğu durumlarda ... mahkeme celbi çıkarılması olasılığını açıkça içermektedir. ... 54. maddeye uygun bir mahkeme celbi, görüşmenin yapılması için meşru bir adli amaç gösterildiğinde, bu İchtüzük’ün amaçları doğrultusunda "gerekli" hale gelecektir. Duruşma öncesinde veya sırasında böyle bir emir veya mahkeme celbi için başvuruda bulunan kişi, muhtemel tanığın, yaklaşan duruşmayla ilgili açıkça belirlenmiş konularla ilgili olarak, davasında kendisine önemli ölçüde yardımcı olacak bilgiler verebileceğine dair iyi bir ihtimal bulunduğuna dair inancının makul bir dayanağını göstermelidir.

11. Muhtemel tanığın savunmaya önemli ölçüde yardımcı olacak bilgiler verebilme olasılığının değerlendirilmesinin sonucu, büyük ölçüde söz konusu olaylarla ilgili olarak muhtemel tanığın sahip olduğu konuma, sanıkla suçlamalarla ilgili olabilecek herhangi bir ilişkiye sahip olup olmadığına, bu olayları gözlemlemek (veya bu olayları öğrenmek) için makul olarak sahip olduğu düşünülebilecek fırsata ve bu olaylarla ilgili olarak savcılığa veya başkalarına verdiği ifadelere bağlı olacaktır. Testin makul ölçüde liberal bir şekilde uygulanması gerekecektir, ancak tıpkı gizli belgelere erişim için yapılan başvurularda olduğu gibi, savunmanın, belirli bir kişinin konuyla ilgili herhangi bir bilgiye sahip olup olmadığını bilmediği ve sadece savunmaya yardımcı olabilecek herhangi bir bilgiye sahip olup olmadığını öğrenmek için bu kişiyle görüşmek istediği durumlarda, bir şans uğruna hareket etmesine izin verilmeyecektir."

74. Savcı/ Halilović davasında (Mahkeme celbi çıkarılmasına ilişkin karar, Dava no. IT-01-48-AR73, 21 Haziran 2004) Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesi, bir başvuru sahibinin, bir tanığın gelecek duruşmada açıkça belirlenmiş konularla ilgili olarak başvuru sahibine önemli ölçüde yardımcı olacak bilgiler vermesinin muhtemel olduğuna dair makul bir dayanak göstermesi gerektiğini teyit etmiştir. Mahkeme ayrıca, önceki içtihatlarla atıfta bulunarak, "Yargılama Dairesinin,

başvuranın gerekli dayanak gösterip göstermediğini belirleme konusunda takdir yetkisine sahip olduğunu, bu takdir yetkisinin mahkeme celbinin zorlayıcı mekanizmasının kötüye kullanılmamasını sağlamak için gerekli olduğunu" ve "mahkeme celplerinin, zorlayıcı güçlerin kullanılmasını içerdiği ve cezai bir yaptırımın uygulanmasına yol açabileceği için hafife alınmaması gerektiğini" vurgulamıştır (a.g.e. § 6). Ayrıca, bu konularda yargının karar verme sürecine ilişkin aşağıdaki rehber kılavuzu ortaya koymuştur:

“7. Başvuranın delil eşliğini karşılayıp karşılamadığına karar verirken, Yargılama Dairesi, hem başvuranın mahkeme celbi yoluyla elde etmek istediği bilgilerin davasının hazırlanması için gerekli olup olmadığını hem de bu bilgilerin başka yollarla elde edilip edilemeyeceğini uygun bir şekilde değerlendirebilir. Her iki değerlendirmede de arka planda yatan ilke, 54. maddenin gerektirdiği üzere, mahkeme celbinin "duruşmanın hazırlanması veya yürütülmesi için" gerekli olup olmadığıdır. Bu kapsamda, Yargılama Dairesinin değerlendirmeleri, yalnızca bilginin başvuran için yararlılığına değil, yargılamanın bilgilendirilmiş ve adil olmasını sağlamak için genel olarak gerekliliğine odaklanmalıdır.

...

10. ... Uyulmaması halinde cezai yaptırım tehdidi ve gücüyle desteklenen bir adli zorlama mekanizması olan mahkeme celbi, idareli kullanılması gereken bir silahtır. Bir Yargılama Dairesi, dava açısından önem taşıyan bilgilerin ortaya çıkarılması ve sanığın etkili bir savunma sunabilmesi için gerekli bilgileri toplamak üzere yeterli araçlara sahip olmasını sağlamak için gerekli olduğu durumlarda bu araca başvurmadan çekinmemeli, ancak mahkeme celbinin yargılama taktiklerinin bir parçası olarak rutin bir şekilde kullanılan bir mekanizma haline gelmesini önlemelidir. ... Mahkeme celbi, yargının zorlama yetkisinin kullanılmasını içerir ve bu nedenle, yalnızca bir tarafın davadaki görevini kolaylaştıracağı yerlerde değil, cezai sürecin genel çıkarlarına hizmet edeceği yerlerde kullanılmalıdır. Yargılama Dairesi'nin analizi bu yönde olsaydı, mahkeme celbi talebini reddetmesi yerinde olurdu."

75. *Savcı/ Martić* davasında (Yargılama Dairesinin tanık Milan Babić'in ifadesine ilişkin kararına karşı yapılan temyiz başvurusu üzerine verilen karar, Dava no. IT-95-11-AR73.2, 14 Eylül 2006) Eski Yugoslavya

Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesi, duruşmada tanıkların sorgulanmasına uygulanacak ilkeleri uzun uzun ele almıştır. Hem kendi içtihadına hem de bu Mahkemenin içtihadına atıfta bulunarak, delillerin kabul edilebilirliğinin yanı sıra çapraz sorgu yöntemlerinin belirlenmesi ve savunmanın bu hakkı kullanması konusunda Yargılama Dairelerinin takdir yetkisini tanımıştır. Bu tür bir savunmanın, "Yargılama Dairesinin tarafların günlük davranışlarına ve davanın pratik gerekliliklerine olan olağan aşinalığının" kabul edilmesine dayandığını vurgulamıştır. Temyiz Dairesi, sanığın bir tanığı çapraz sorguya çekme hakkının mutlak olmadığını, bir yargılamanın adillığının sadece sanığa tanınan adillığe bağlı olmaması gerektiğini ve yargılamanın usuli haklara tam saygı gösterilerek yürütülmesi gerekirken, çapraz sorgu hakkına getirilen kısıtlamaların mutlaka bir ihlale yol açmayacağını veya adil bir yargılamayla tutarsız olmayacağını vurgulamıştır (a.g.e. §§ 6, 12).

76. Bu Mahkemenin tanıkların çapraz sorgusuna ilişkin ilkeleriyle ilgili olarak Temyiz Dairesi şunları belirtmiştir:

"20. Temyiz Dairesi, her halükarda, Yargılama Dairesinin AİHM içtihadından çıkardığı iki ilkenin, yani (1) bir tanığın çapraz sorgusunun tamamen yapılmamasının veya eksik yapılmasının otomatik olarak delillerin davada dikkate alınmamasına sebep vermeyeceğini ve (2) çapraz sorgusu yapılmamış olan ve sanığın eylem ve davranışlarıyla ilgili olan veya Savcılık davası için çok önemli olan kanıtlar, mahkumiyet kararı vermek için kullanıldığında daha fazla destekleyici unsur gerektirdiğini gözlemlemektedir. Bu kapsamda, Temyiz Dairesi bu iki ilkenin de Uluslararası Mahkemenin içtihadının yanı sıra ulusal yargı mercilerinin içtihadıyla da tutarlı olduğunu not etmektedir. "

77. *Savcı/ Edouard Karemera ve Matthieu Ngirumpatse* davasında (Matthieu Ngirumpatse'nin tanık YLH'nin celp edilmesi talebine ilişkin karar, Dava no. ICTR-98-44-T, 29 Aralık 2010), ICTR Yargılama Dairesi, belirli bir tanığın yazılı ifadelerinin delil olarak kabul edilip edilmeyeceğine

ve bu tanığın celp edilmesine gerek olup olmadığına karar verirken, aşağıdaki ilkeleri yinelemiştir:

“12. Yazılı bir ifadenin kabul edilebilmesi için ... ifadenin iddianamede ileri sürülen Sanığın eylem ve davranışlarına atıfta bulunmadığı ve İçtüzüğü’nün 89(C) maddesinde belirtilen kriterleri karşıladığı, yani konuyla ilgili olduğu ve kanıt değeri taşıdığı tespit edilmelidir ... Bir ifadenin tüm bu koşulları karşıladığı durumlarda bile, Daire, adil bir yargılamanın sağlanmasına yönelik genel ihtiyacı göz önünde bulundurarak, söz konusu ifadeyi kabul etme konusunda takdir yetkisini kullanmalıdır ... [Daire bir ifadenin kabul edilebilir olduğuna karar verdiğinde, ifadenin tamamının mı yoksa bir kısmının mı kabul edileceğine ve tanığın çapraz sorgu için hazır bulunmasının gerekip gerekmeyeceğine de karar verir Adil yargılamayla ilgili unsurlara ek olarak, bir diğer önemli unsura da delilin taraflar arasındaki güncel ve önemli bir meseleyle ilgili olup olmadığının, sınırlı veya önemli ölçüde önemli bir konuyla ilgili olup olmadığının belirlenmesidir.”

78. *Savcı/ Orić* davasında (savunma süresine ilişkin ara karar, Dava no. IT-03-68-AR73.2, 20 Temmuz 2005) Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesi, tanıkların çağırılması ve sorgulanmasında silahların eşitliği ile ilgili olarak aşağıdakileri belirtmiştir:

“7. ...Temyiz Dairesi, "bir ceza davasında savcı ile sanık arasında silahların eşitliği ilkesinin adil yargılama güvencesinin özünde yer aldığını" uzun zamandır kabul etmektedir. En azından, “silahların eşitliği, bir yargı organını, davasını sunarken taraflardan hiçbirinin [usuli eşitlik açısından] dezavantajlı duruma düşmemesini sağlamakla yükümlü kılar". Ancak bu, bir [sanığın] iddia makamıyla tam olarak aynı süreye veya aynı sayıda tanığa sahip olması gerektiği anlamına gelmemektedir. İddia makamı tüm hikâyeyi anlatmak, tutarlı bir anlatı oluşturmak ve isnat edilen suçların gerekli tüm unsurlarını makul şüphenin ötesinde kanıtlamakla yükümlüdür. Buna karşın, savunma stratejisi genellikle Savcılığın davasında özel olarak hedeflenmiş mantıksızlıkları bulmaya odaklanır; bu da daha az zaman ve daha az tanık gerektirebilecek bir çabadır. Bu durum, neden katı bir matematiksel eşitlik ilkesinden ziyade temel bir orantılılık ilkesinin genellikle iki tarafa ayrılan zaman ve tanıklar arasındaki ilişkide temel alındığını yeterince açıklamaktadır”

Bu görüş, Savcı / Nyiramasuhuko ve Diğerleri (Butare) davasında ICTR Temyiz Dairesi tarafından da teyit edilmiştir (Tanık listesi hakkında karar, Dava no. ICTR-98-42-AR73, 21 Ağustos 2007, § 26).

B. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi

79. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 1969 tarihli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında yapılan bireysel şikâyetler hakkında karar vermektedir. Bu Sözleşme, tanıkların sorgulanması hakkına ilişkin olarak aşağıdaki hususları belirtmektedir:

8. madde Adil yargılanma hakkı

“1. Herkes, kendisine yöneltilen cezai nitelikteki herhangi bir suçlamanın kanıtlanması için, önceden yasayla kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, gerekli güvenceler sağlanarak ve makul bir süre içinde yargılanma hakkına sahiptir ...

2. ... Yargılama sırasında her kişi, tam bir eşitlikle, aşağıdaki asgari güvencelerden yararlanma hakkına sahiptir:

...

f. Savunmanın mahkemede hazır bulunan tanıkları sorgulama ve olaylara ışık tutabilecek uzmanların veya diğer kişilerin tanık olarak dinlenmesini sağlama hakkı...”

80. *Canese / Paraguay* davasında (31 Ağustos 2004 tarihli karar, Seri C. no. 111, §§ 164-65) Amerikalılar Arası Mahkeme, Canese’nin savunmasında "gerçeklere ışık tutabilecek" kanıtlayıcı materyal sunma olasılığını ortadan kaldırarak "adli ihmal nedeniyle, [duruşmada] hiçbir tanık delili sunulması dolayısıyla başvuranın adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu sonuca, sanığın, tanık ve bilirkişi olarak "olaylara ışık tutabilecek" diğer kişilerin duruşmaya çıkarma olasılığının tanınmaması ve ilk derece mahkemesi nezdinde görülen yargılama sırasında, sanığın önerdiği tanıkların çağrılmasına karar verdikten sonra, hâkimin bu kararı iptal etmesi

ve delil aşamasının kapatılmasına karar vermesi göz önünde bulundurularak varılmıştır.

81. *Norín Catrimán ve Diğerleri / Şili* davasında (29 Mayıs 2014 tarihli karar, Seri C no. 279, § 249) - duruşmalarda gizli tanık ifadelerinin münhasıran ve denenmemiş bir şekilde kullanılmasına ilişkin çeşitli başvurulara bakan- Amerikalılar Arası Mahkeme, diğerlerinin yanı sıra, bu Mahkemenin içtihadına atıfta bulunarak, gizli tanık ifadelerinin kullanılmasının adli kontrole tabi tutulması ve dengeleyici tedbirlerle dengelenmesi, bu ifadelere karşı ihtiyatlı davranılması ve söz konusu delile ek olarak destekleyici ve doğrulayıcı delillerin bulunması gerektiğini belirtmiştir. Başvuranlardan biriyle ilgili olarak, Amerikalılar Arası Mahkeme, iki savunma tanığının çağrılmasına ilişkin gerekçeli ve özel talebinin soruşturma hâkimi tarafından başlangıçta kabul edilmesi, ancak tanıkların gelmeyi reddetmesi nedeniyle uygulanmaması nedeniyle, başvuranın davası için "mevcut hiçbir kanıt aracına sahip olmadığı" sonucuna varmıştır. Amerikalılar Arası Mahkeme, savunma tarafı tanıklarının ifadelerinin alınmaması ve başvuranın duruşmaya katılmayan üç gizli tanığın ifadelerine dayanılarak mahkûm edilmesi nedeniyle, Amerikalılar Arası Sözleşmesi'nin 8 (2) (f) maddesi kapsamındaki hakkın ihlal edildiğine karar vermiştir (§§ 258-59).

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. VİDEO KAYDININ İZLENMESİYLE İLGİLİ OLARAK SÖZLEŞME'NİN 6. MADDESİNİN 1. VE 3. FIKRALARININ (b) İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

82. Başvuran, Sözleşme'nin 6 §§ 1 ve 3 (b) maddesi uyarınca, mahkeme salonunda gösterilen gizli kamera kaydını etkili bir şekilde göremediği için

kendisine karşı yürütülen ceza yargılamasının genel olarak adilliğinin zedelendiğinden şikâyetçi olmuştur. Sözleşme'nin 6. maddesinin ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

“1. “Herkes davasının, ... cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, ... bir mahkeme tarafından, ... görülmesini isteme hakkına sahiptir.”

...

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

...

(b) savunmasını hazırlamak için yeterli zaman ve fırsatlara sahip olmak...”

83. Hükümet bu iddiaya itiraz etmiştir.

A. Daire kararı

84. Daire, dava materyallerinde, başvuranın ne yargılama sırasında ne de temyizde, kayıt oynatılırken kaydı göremediğinden şikâyet ettiğine dair herhangi bir kanıt bulunmadığını kaydetmiştir. Ancak, başvuran her halükârda yargılamayı takip edebildiğinden, bu konuda karar vermeye gerek olmadığı sonucuna varmıştır (bk. Daire kararının 71-72. paragrafları). Mahkeme ayrıca, başvuranın kamera kaydının duruşmada oynatılmasındaki amacının transkriptlerin doğruluğunu teyit etmek olduğu göz önünde bulundurulduğunda, kaydı görmenin "kesinlikle gerekli" olmadığına karar vermiştir. Kamera kaydını dinlemek bu amaç için yeterliydi.

85. Daire oybirliğiyle, savunma makamının ses kaydının duyulmasında zorluk yaşandığını iddia etmemesi ve kaydın gerçekliğine itiraz etmemesi nedeniyle Sözleşme'nin 6 §§ 1 ve 3 (b) maddelerinin ihlal edilmediğine karar vermiştir (bk. Daire kararının 73-74. paragrafları).

B. Tarafların Büyük Daireye sunduğu savunmalar

1. Başvuran

86. Başvuran, sevk talebinde, duruşma sırasında gösterilen kamera kaydını görebilmesine ilişkin olarak ihlal olmadığına karar verildiğinden bahsetmemiştir. Ancak, Büyük Daire önündeki savunmalarında, Mahkemeyi, Hükümetin duruşma salonunun planlarını ve kamera kaydının izlenmesine ilişkin düzenlemeleri sunmamasından çıkarım yapmaya davet etmiştir. Sadece bir kamera kaydının dinletildiğini ve yeterli düzenlemelerin yapılmaması nedeniyle bu kaydın izlenmesine etkin bir şekilde katılmasının engellendiğini kaydetmiştir. Başvuran, Sözleşme'nin 6 §§ 1 ve 3 (b) maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

2. Hükümet

87. Hükümet, Dairenin bu konudaki bulgularına başvuranın sevk talebinde itiraz edilmediğini ve bu nedenle kararın onanması gerektiğini savunmuştur. Hükümet, Dairenin vardığı sonuçları onaylamıştır. Hükümet, başvuranın kamera kaydının içeriğini takip edebildiğini ve duruşma sırasında konuyla ilgili herhangi bir itiraz ya da şikâyetle bulunmadığını kaydetmiştir. Başvuran, itiraz dilekçesinde sadece kaydın görülmesindeki teknik zorluklara atıfta bulunmuştur. Ayrıca, başvuran kaydın ne yasallığına ne de gerçekliğine itiraz etmiş ve kayıt kalitesinin düşük olduğunu iddia etmiştir. Hükümete göre, başvuran transkriptin gerçekliğini doğrulamak için kamera kaydının dinletilmesini talep ettiğinden dolayı ses kaydını duyabilmesi yeterli olup kaydı görmesi gerekli değildi.

C. Büyük Daire önündeki davanın kapsamı

88. Mahkeme, başlangıçta, Büyük Daireye havale edilen davanın içerik ve kapsamının Dairenin kabul edilebilirlik kararıyla sınırlandırıldığını

gözlemlemektedir. Bu, Büyük Dairenin davayı yalnızca kabul edilebilir ilan edildiği ölçüde inceleyebileceği anlamına gelmektedir; başvurunun kabul edilemez ilan edilen kısımları incelenemez (bk. örneğin, *Al-Dulimi ve Montana Management Inc. / İsviçre* [BD], no. 5809/08, § 78, 21 Haziran 2016). Mevcut şikâyet, başvuranın sevk talebinin bir parçasını oluşturmaya bile daha önce kabul edilebilir olarak ilan edilmiştir.

89. Bu nedenle Büyük Dairenin yargı yetkisi, başvuranın iddia edildiği gibi duruşma sırasında gösterilen kamera kaydının izlenmesine etkin bir şekilde katılmasının engellenip engellenmediğini ve eğer engellendiyse, bunun Sözleşme'nin 6 §§ 1 ve 3 (b) maddelerine aykırı olarak kendisine karşı yürütülen ceza yargılamasının genel olarak adilliğini zedeleyip zedelediğini tespit etmeyi kapsamaktadır.

D. Mahkemenin değerlendirmesi

90. Sözleşme'nin 6 § 3 maddesinde belirtilen gereklilikler, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkının belirli yönleri olarak görüleceğinden, Mahkeme şikâyeti bu iki hükmü birlikte ele alarak inceleyecektir (bk. *Simeonovi / Bulgaristan* [BD], no. 21980/04, § 113, 12 Mayıs 2017; ayrıca bk. *Lüdi / İsviçre*, 15 Haziran 1992, § 43, Seri A no. 238; ve *Vacher / Fransa*, 17 Aralık 1996, § 22, *Hüküm ve Karar Raporları* 1996-VI).

91. Mahkeme, 6. maddenin bir bütün olarak okunduğunda, sanığın ceza yargılamasına etkin bir şekilde katılma hakkını güvence altına aldığını yineler; bu hak, diğerlerinin yanı sıra, sadece duruşmada bulunma hakkını değil, aynı zamanda yargılamayı dinleme ve takip etme hakkını da içerir (bk. *Stanford/Birleşik Krallık*, 23 Şubat 1994, § 26, Seri A no. 282-A). Bir ceza davasında çekişmeli yargılama hakkı hem iddia makamına hem de savunma makamına, diğer tarafın sunduğu savunmalar ve kanıtlar hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma fırsatı verilmesi gerektiği anlamına gelir. Ulusal

hukukun bu gerekliliği karşılayabileceği çeşitli yollar düşünülebilir. Ancak, hangi yöntem seçilirse seçilsin, karşı tarafın savunmalarının sunulduğundan haberdar olması ve bu savunmalar hakkında yorum yapmak için gerçek bir fırsata sahip olması sağlanmalıdır (bk. *Zahirović / Hırvatistan*, no. 58590/11, § 42, 25 Nisan 2013, diğer referanslarla birlikte). Cezai bir suçla itham edilen herkesin yararlanması gereken imkânlar arasında, savunmasını hazırlamak amacıyla, yargılama süresince yürütülen soruşturmaların sonuçları hakkında bilgi edinme fırsatı da yer almaktadır (bk. *C.G.P. / Hollanda* (k.k.), no. 29835/96, 15 Ocak 1997; *Galstyan / Ermenistan*, no. 26986/03, § 84, 15 Kasım 2007; ve *Ibrahimov ve Diğerleri / Azerbaycan*, no. 69234/11 ve 2 diğerleri, § 95, 11 Şubat 2016, daha fazla referansla birlikte).

92. Mevcut materyalleri, taraflarca sunulan argümanları ve yukarıda belirtilen ilkeleri göz önünde bulunduran Mahkeme, Dairenin vardığı sonuçlardan ayrılmak için bir neden görmemektedir.

93. Büyük Daire duruşma sırasında sadece bir kamera kaydının izlendiği gözlemlenmiştir. Savunma makamının talebi üzerine, transkriptin doğruluğunu teyit etmek amacıyla söz konusu kamera kaydı gösterilmiştir (bk. yukarıdaki 50. paragraf). Savunma makamı tarafından diğer kamera kayıtlarının izlenmesi için herhangi bir talepte bulunulmamış ve her ne kadar bu yönde bir talepte bulunulmasa da bu kamera kayıtlarının mahkemede incelenmeye hazır olduğu konusunda iki taraf da mutabıktır. Ayrıca, bu kamera kayıtlarında kaydedilen konuşmaların dökümleri ceza davası dosyasına eklenmiş ve incelenmeye hazır durumdaydı.

94. İtiraz dilekçesinde bahsi geçen kamera kaydının izlenmesi sırasında yaşandığı iddia edilen teknik zorluklarla ilgili olarak (bk. yukarıdaki 63. paragraf), başvuran ne yerel mahkemelere ne de bu Mahkemeye bu zorlukların neler olduğunu açıklamamıştır. Ayrıca, duruşma tutanağı ve dava dosyasındaki diğer belgeler, başvuran tarafından ses kaydının kalitesine ilişkin herhangi bir şikâyetle bulunulduğuna dair bir emare içermemektedir. Hükümetin, duruşma salonunun planlarını ve başvuran tarafından vurgulanan

kamera kaydının izlenmesine ilişkin düzenlemeleri sunmaması, yargılamada adaletsizlik olduğuna dair herhangi bir "çıkarım" yapılması için tek başına bir gerekçe oluşturamaz.

95. Mahkeme, başvuranın, kamera kaydının izlenmesine usuli ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde etkin bir şekilde katılabildiğine, yani dökümleri ses kaydıyla karşılaştırarak dökümlerin doğruluğunu teyit edebildiğine ikna olmuştur. Mahkeme, Sözleşme'nin 6 §§ 1 ve 3 (b) maddesinin ihlal edilmediğine hüküm vermiştir.

II. SÖZLEŞME'NİN 6 §§ 1 VE 3 (d) MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

96. Başvuran, Sözleşme'nin 6 §§ 1 ve 3 (d) maddesi uyarınca, duruşmada tanık A.'yı çağırnamaması ve sorgulayamaması nedeniyle aleyhindeki ceza yargılamasının genel olarak adilliğinin zedelendiğinden şikâyetçi olmuştur. Sözleşme'nin 6. maddesinin ilgili kısımları şu şekildedir:

“1. “Herkes davasının, ... cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, ... bir mahkeme tarafından, ... görülmesini isteme hakkına sahiptir.”

...

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

...

(d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;

97. Hükümet bu iddiaya itiraz etmiştir.

A. Daire kararı

98. Daire, savunma makamının ileri sürdüğü delillerin uygunluğuna karar vermenin öncelikle yerel mahkemelerin görevi olduğunu ve yargılamanın bir bütün olarak ele alındığında adil olup olmadığını tespit etmenin Mahkemenin görevi olduğunu teyit ettikten sonra, davayı *Perna/İtalya* ([BD], no. 48898/99, § 29, AİHM 2003-V) davasındaki karardan ve müteakip içtihattan türetilen teste dayanarak karara bağlamıştır (bk. Daire kararının 84. paragrafı). Mahkeme, (a) başvuranın talebinin yeterince gerekçeli ve suçlamanın konusuyla ilgili olup olmadığını ve savunma makamının konumunu güçlendirip güçlendirmeyeceğini ve hatta başvuranın beraat etmesine yol açıp açmayacağını ve (b) duruşmayı yürüten mahkemenin, başvuran adına ifade vermesi için belirli bir tanığın katılımını sağlamayarak, Sözleşme'nin 6 § 3 (d) maddesi kapsamındaki hakkı ihlal edip etmediğini incelemiştir.

99. Daire ilk olarak, A.'nın yargılama öncesi aşamasında verdiği ifadeye başvuran tarafından itiraz edilmediğini gözlemlemiştir. Daire, A.'nın ifadesinin suçlamalarla en azından bir ilgisi olabileceğini kabul etmekle birlikte, testin ilk kısmının davanın geçemediğine karar vermiştir. Mahkeme, savunmanın, A.'nın katılımının savunma makamı açısından neden önemli olduğunu, A.'nın eylemlerinin başvuranı tuzağı düşürmesi ile alakalı olup olmadığı veya başvurana herhangi bir baskı uygulayıp uygulamadığını ve son olarak, A.'nın ifadesinin başvuranı aklamaya hizmet edip etmeyeceğini veya en azından başvuranın konumunu herhangi bir şekilde güçlendirip güçlendirmeyeceğini kısaca bile olsa açıklayamadığını değerlendirmiştir (bk. Daire kararının 87. paragrafı). Daire, başvuranın tuzağa düşürüldüğüne ilişkin iddialarıyla ilgili olarak, bu iddiaların başvuranın Mahkeme önündeki görüşlerinde ilk kez dile getirildiğini özellikle gözlemlemiştir. Buna göre, Daire başvuranın A.'nın sorgulanması talebini yeterli gerekçelerle desteklemediği sonucuna varmıştır (a.g.e.). Daire ayrıca, yargılamanın genel

olarak adil olup olmadığını incelemiş ve başvuranın mahkumiyetinin bir dizi delile dayandığı sonucuna varmıştır. A.'nın duruşmaya katılmamasına rağmen, duruşma öncesi ifadeleri duruşmada okunmuş ve başvuran, diğer delillerin yanı sıra bu ifadeler hakkında da yorum yapabilmektedir.

100. A.'nın duruşmaya katılmamasına rağmen, duruşma öncesi ifadeleri duruşmada okunmuş ve başvuran, diğer delillerin yanı sıra bu ifadeler hakkında da yorum yapabilmektedir.

B. Tarafların Büyük Daireye sunduğu savunmalar

1. Başvuran

101. Başvuran, A.'nın "kilit tanık" olduğunu ve A.'nın faaliyetlerinin kendisi aleyhindeki delillerin oluşmasına yol açtığını iddia etmiştir. Başvurana göre, A.'nın faaliyetleri bir provokatör ajanın faaliyetlerine benzetilebilir. Başvuran, yerel mahkemeler önünde yaptığı başvurularda sürekli ve açık bir şekilde olası bir tuzağa düşürülmeden bahsettiğini ileri sürmüştür. A.'nın soruşturma makamları ve mahkemeler için merkezi rolünün altını çizmiş ve doğrudan sorgulanması konusunda ısrar etmiştir.

102. Başvuran, avukatı S.'nin duruşmada A.'nın sorgulanmasını talep ettiğini kabul etmekle birlikte, belirli nedenler öne sürmeden, A.'nın ifadesinin önemi ve ilgisinin, kendi sorgusu sırasında ve ev arkadaşlarının daha önceki sorgulamalarında A.'ya yapılan atıflardan çıkarılabileceğini savunmuştur.

103. Uygulanabilir Sözleşme standardına ilişkin olarak başvuran, Büyük Daireyi, en azından savunma makamının, duruşmada hazır bulunmasını sağlayamadığı ve iddia makamının sorgulamaya çağırmadığı bir tanığın, örneğin kolluk kuvvetleri gibi, sorgulanmasını talep ettiği davalar için *Perna* yaklaşımını gözden geçirmeye davet etmiştir. Başvurana göre, *Perna* yaklaşımı "mekanik" ve esaslı kriterlerden yoksun olup iddia makamının

üzerinde kontrol sahibi olabileceği bir tanığı çağırmaı gerekçelendirmesi gereken savunma makamına gereğinden fazla yük yüklemektedir.

104. Yukarıdaki iddiasını desteklemek için başvuran, *Al-Khawaja ve Tahery / Birleşik Krallık* [BD], no. 26766/05 ve 22228/06, AİHM 2011 ve *Schatschaschwili / Almanya* [BD], no. 9154/10, AİHM 2015 kararlarını ve ayrıca tuzağa düşürme ve barışçıl toplanma içtihadındaki mevcut eğilimleri (*Bannikova/Rusya*, no. 18757/06, § 73, 4 Kasım 2010, ve *Navalnyy ve Yashin/Rusya*, no. 76204/11, § 83, 4 Aralık 2014) işaret etmiştir. Başvurana göre bu gelişmeler, yerel mahkemelerin suçlayıcı delilleri doğrularken daha yüksek bir inceleme standardı kullanmaları gerektiğine işaret etmektedir. Amerikalılar Arası Mahkeme (*Canese / Paraguay* ve *Norin Catrimán ve Diğerleri / Şili*, yukarıdaki 80-81. paragraflar), Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesi (*Savcı / Martić; Savcı / Halilović; ve Savcı / Krstić*, yukarıdaki 73-75 . paragraflar) ve *Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi* (*Cruz / New York* 487 ABD 186 (1987) ve *Lilly / Virginia* 527 ABD 116 (1999)) uygulamalarına atıfta bulunarak, tanıkların sorgulanmasına ilişkin uluslararası hukukun *Perna* standardının ötesine geçtiğini ve sadece beraatle sonuçlanabilecek kanıtlar sunabilecek tanıkların değil, "genel olarak gerçek tanıkların" çağırılması gerektiğini savunmuştur.

105. Başvuran, yerel mahkemelerin, gizli ajan olarak görev yapmasına rağmen, tanık A.'nın duruşmada hazır bulunmasını sağlamadığını ileri sürmüştür. A.'nın kilit tanık olduğu ikna edici bir şekilde gösterilmiş ve yerel mahkemeler mahkûmiyet için A.'nın ifadesini baz almıştır. Başvurana göre, A. hem savunma hem de iddia makamının tanığı olup mahkemeler A.'nın katılımını zorunlu kılmalıydı.

2. Hükümet

106. Hükümet, A.'nın duruşmada sorgulanmasının talep edilme şekline ilişkin olarak başvuranla iki ön anlaşmazlık noktasına değinmiştir.

107. İlk olarak, duruşma tutanaklarının yargılamanın ilerleyişini doğru ve yeterli bir şekilde yansıttığını belirtmişlerdir. Bu iddiasını desteklemek için, Hükümet savunma makamının, duruşma tutanaklarının içeriğine ilişkin olarak çeşitli diğer noktalarda ayrıntılı ve özenli itirazlarda bulunmuş olmalarına rağmen A.'nın sorgulanması talebine ilişkin duruşma tutanaklarına itiraz etmemiş olmalarına dikkat çekmiştir. Ayrıca, başvuranın avukatlarından biri, kayıtların itiraz edilmeyen kısımlarını açıkça kabul etmiştir.

108. İkinci olarak, başvuranın yerel düzeyde sürekli olarak tuzağa düşürüldüğü yönünde savunması yaptığı iddiası dava materyalleriyle çelişmektedir. Hükümet, başvuranın Mahkeme önünde savunmasını sunana kadar ajan provokatör meselesine ilişkin iddiasını ileri sürmediğini ve A.'nın duruşmada bulunmasını talep ederken savunma makamı tarafından böyle bir iddiada bulunulmadığını belirtmiştir. Hükümet, başvuranın kendisine isnat edilen suça karıştığını reddetmiş olması nedeniyle, herhangi bir tuzağa düşürme şikâyetinin her halükârda açıkça temelsiz olduğunu iddia etmiştir. Hükümet, iddiasını desteklemek amacıyla, Mahkemenin *Koromchakova / Rusya* (k.k.) (no. 19185/05, § 19, 13 Aralık 2016) kararına atıfta bulunmuştur.

109. Mevcut şikâyetin konusuna ilişkin olarak, Hükümet, savunma tanıklarının sorgulanması açısından yargılamanın adilliğinin aşağıdaki test kullanılarak değerlendirilmesi gerektiğini öne sürmüştür:

- Başvuran, ilgili talepte bulunarak belirli bir tanığı sorgulamak istediğini yetkililere açık ve net bir şekilde bildirmiş midir?
- Başvuranın bu talebi yeterince gerekçeli, suçlamayla ilgili ve savunmanın konumunu güçlendirebilecek nitelikte miydi?
- Ulusal mahkemeler bir tanığın duruşmada bulunmasını sağlayamayarak 6 § 3 (d) maddesini ihlal etmiş midir?

110. Hükümet, başvuranın daha testin ilk aşamasında başarısız olduğu sonucuna varmıştır. Savunma makamının A.'yı sorgulamak için sadece bir kez talepte bulunduğunu, usul kurallarının böyle bir fırsat vermesine rağmen

duruşma öncesi ifadesinin okunmasına itiraz etmediğini ve aslında okunan ifadelerin içeriğine büyük ölçüde katıldığını vurgulamışlardır. Tarafların A.'nın ifadelerinin okunmasına rıza göstermesi ve yargılamanın ertelenmesine ilişkin herhangi bir talebin bulunmaması nedeniyle, mahkeme davaya tarafların uygun gördüğü şekilde devam etmiştir. Buna doğrultuda, Hükümete göre, başvuran, A'yı sorgulama hakkını kullanmak için gerekli olan asgari usul işlemlerini yerine getirmemiştir; kendisini A.'nın duruşma öncesi sorgulanmasıyla sınırlandırmış ve duruşmada A'yı sorgulama hakkından açık ve net bir şekilde feragat etmiştir.

111. Yukarıdaki iddiaya rağmen, Hükümet yine de testin ikinci aşamasına ilişkin olarak başvuranın A.'nın sorgulanması için yeterli gerekçe sunmadığını ileri sürmüştür. Olgusal açıdan, yargılama öncesi işlemler sırasında başvuranın A.'nın tutuklanmasından ve soruşturmanın başlamasından yedi ay sonra sorgulanması için talepte bulunduğunu vurgulamışlardır. A.'ya sadece kendisine yöneltilen suçlamalarla ilgili olmayan olgusal sorular yöneltilmiş ve savunma ilk soruların cevaplarını aldıktan sonra A.'ya başka sorular yöneltilmemiştir.

112. Ayrıca, her halükârda, başvuranın sorularının duruşmada sorgulanan diğer tanıklar tarafından cevaplanabileceğini belirtmişlerdir. Ayrıca, savcılık A.'nın ifadesine atıfta bulunmamış ve mahkemeler de A.'yı mahkûm ederken onun ifadesine dayanmamıştır.

113. Hükümet, testin ilk iki aşamasının olumsuz sonuçlanması göz önüne alındığında, üçüncü aşamasının incelenmesine gerek olmadığı sonucuna varmıştır.

C. Mahkemenin değerlendirmesi

114. Mahkeme, Hükümetin, başvuranın duruşmada tanık A.'yı sorgulama hakkından feragat ettiği yönündeki iddiasını dikkate almaktadır. Mahkeme, bu iddianın, şikâyetin kabul edilebilirliğine ilişkin bir ön itiraz olarak

incelenmesi gerektiği kanaatindedir (bk. bu bağlamda, *Palchik / Ukrayna*, no. 16980/06, §§ 36-38, 2 Mart 2017, ve *Giurgiu / Romanya* (k.k.), no. 26239/09, § 99, 3 Ekim 2017).

115. Mahkeme, Sözleşme'nin 35 § 4 maddesi uyarınca "kabul edilemez bulduğu bir başvuruyu ... yargılamanın herhangi bir aşamasında reddedebileceğini" yinelemektedir. Dolayısıyla, esas aşamasında dahi ve İçtüzüğü'nün 55. maddesine tabi olarak, Büyük Daire, Sözleşme'nin 35. maddesinin ilk üç paragrafında belirtilen sebeplerden biri nedeniyle kabul edilemez ilan edilmesi gerektiği sonucuna vardığı bir başvuruyu kabul edilebilir ilan etme kararını yeniden gözden geçirebilir (bk. *Regner / Çek Cumhuriyeti* [BD], no. 35289/11, § 97, 19 Eylül 2017, atıfta bulunan *Vučković ve Diğerleri / Sırbistan* (ön itiraz) [BD], no. 17153/11 ve 29 diğerleri, § 56, 25 Mart 2014, diğer atıflarla birlikte).

116. Daire ve Büyük Daire önündeki görüşlerinde Hükümet, başvuran ve avukatının, duruşma öncesi ifadelerinin duruşmada okunmasına rıza göstererek tanık A.'nın duruşmada bulunmasını ve sorgulanmasını sağlama hakkından açık ve net bir şekilde feragat ettiklerini ileri sürmüştür.

117. Sözleşme'nin 6. maddesinin ne lafzının ne de özünün bir kişinin adil yargılanmayla ilgili güvencelerden kendi özgür iradesi ile, açıkça veya zımnen, feragat etmesini engellemektedir. Ancak, Sözleşme bağlamında etkili olabilmesi için, bu tür bir feragatin tartışmaya mahal vermeyecek şekilde tespit edilmesi ve önem derecesine uygun düzeyde asgari güvencelerin sağlanması gerekmektedir. Böyle bir feragatin açıkça yapılması gerekmemekle birlikte; haktan özgür irade ile bilinçli ve makul bir biçimde vazgeçilmesi şarttır. Üzerine atılı suç bulunan bir kişinin 6. madde kapsamındaki önemli bir haktan zımnen (davranışları yoluyla) feragat ettiğine kanaat getirilebilmesi için, kişinin davranışlarının sonuçlarını mantıklı bir şekilde öngörebilecek durumda olduğunun ortaya konması gerekmektedir. Dahası, söz konusu feragat, önemli bir kamu yararına aykırı olmamalıdır (bk. yukarıda anılan *Simeonovi*, § 115, diğer atıflarla birlikte).

118. Sözleşme'nin 6 § 3 maddesi kapsamında öngörülen ve adil yargılanma hakkı kavramını oluşturan haklar arasında yer alan bir tanığa soru sorma hakkından feragat, yukarıda belirtilen şartlara kati surette uygun olmalıdır.

119. Mevcut davaya ilişkin olarak, Mahkeme, başvuranın, savunma avukatlarının yardımıyla, 13 Ocak 2005 tarihli duruşmada tanık A.'nın duruşma öncesi ifadelerinin okunmasına rıza gösterdiğini gözlemlemektedir (bk. Yukarıdaki 52. paragraf). Başvuranın ilgili duruşma kayıtlarının doğruluğuna itiraz etmediği ve konuyla ilgili uygun hukuki tavsiyeden yararlanmadığını iddia etmediğine dikkat çekilmelidir.

120. Mahkeme ayrıca, benzer durumları ele alan önceki birçok davada, Mahkemenin başvuranların feragat ettikleri(bk. örneğin, *Khametshin/Rusya*, no. 18487/03, § 41, 4 Mart 2010; *Poletan ve Azirovik / Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti*, no. 26711/07 ve 2 diğerleri, § 87, 12 Mayıs 2016; ve yukarıda anılan *Palchik*, § 36) ya da bir tanığı inceleme hakkından feragat etmedikleri (bk. örneğin, *Bocos-Cuesta / Hollanda*, no. 54789/00, § 66, 10 Kasım 2005; *Makeyev/Rusya*, no. 13769/04, § 37, 5 Şubat 2009; ve *Gabrielyan/Ermenistan*, no. 8088/05, § 85, 10 Nisan 2012) sonucuna varırken çeşitli olgusal ve hukuki koşulları dikkate aldığını kaydetmektedir.

121. Mahkeme, mevcut davanın koşullarında, başvuranın tanık A'yı sorgulama hakkından feragat edip etmediğini belirlemelidir. Mahkeme, başlangıçta, mevcut materyaldeki hiçbir şeyin, başvuranın eylemlerinin gönüllü olmadığını veya önemli bir kamu yararına aykırı olduğunu göstermediğini belirtmektedir.

122. Duruşma kayıtları göz önünde bulundurulduğunda, savunmanın A.'nın duruşma öncesi ifadelerinin okunmasını kesin bir şekilde kabul ettiği belirtilmelidir. Delil incelemesinin son gününde, avukat S. mahkemeden tanık A.'nın çağrılmasını talep etmiştir. Mahkeme başkanı daha sonra taraflara bu tanığın duruşma salonunda bildirmiş, bunun üzerine savcı tanık A.'nın duruşma öncesi ifadelerinin okunmasını talep etmiştir. Avukat U., A.'nın

duruşma öncesi ifadelerinin okunmasına itiraz etmemiş ve avukat S. de bunu açıkça kabul etmiştir (bk. yukarıdaki 52. paragraf).

123. Hemen ardından, mahkeme başkanı, delillerin incelenmesine son vermeden önce, tarafların, bulunmayan tanıkların yokluğunda sunacakları delil ve iddiaların bitip bitmediğini sormuştur. Başvuran herhangi bir itirazda bulunmamış ve özellikle de duruşmada tanık A.'nın dinlenmesi talebini yinelememiştir (bk. yukarıdaki 52-55 paragraflar).

124. Ancak, Rus ceza muhakemesi hukuku, başvurana, herhangi bir gerekçe ileri sürmeden bile, bu ifadelerin okunmasına itiraz etme fırsatı tanımıştır. Başvuran itirazda bulunmuş olsaydı ve A.'nın duruşmaya çağrılmasında ısrar etseydi, mahkeme A.'nın duruşma öncesi ifadelerini sadece CCRP 281 § 2 maddede belirtilen özel durumlarda okuyabilirdi (bk. yukarıdaki 71. paragraf). Bu gereklilikler yerine getirilmemiş olsaydı, duruşmanın ertelenmesi ve tanık A.'nın yeniden duruşmaya çağrılması olası bir yol olabilirdi.

125. Başvuran, duruşma mahkemesinde, kendi seçtiği iki profesyonel avukat tarafından temsil edilmiştir. Hiçbir emare, başvuran ve avukatların A.'nın ifadelerinin okunmasını kabul etmelerinin sonuçlarının, yani tanığı mahkeme önünde dinletme imkânını kaybedeceklerinin ve ifadelerinin mahkeme tarafından başvuran aleyhindeki suçlamalar hakkında karar verirken dikkate alınacağını farkında olmadıklarını göstermemektedir.

126. Ayrıca, yürürlükteki mevzuatta ya da adli uygulamada yer alan hiçbir husus, savunma makamının temyiz yargılamasında A.'nın duruşmaya çağrılması için müteakip dilekçeler vermesini engellememiştir. Ancak, yine iki avukat tarafından temsil edilen başvuran, bu olasılığı da kullanmamayı tercih etmiştir. Başvuranın, ne yerel mahkemeler ne de bu Mahkeme önündeki yargılamaların hiçbir noktasında, avukatlarının temsil hizmetlerinin yetersiz olduğunu iddia etmediği de dikkate alınmalıdır.

127. Yukarıdaki hususlar, Mahkemenin, başvuranın, tanık A.'nın duruşma öncesi ifadelerinin okunmasını kabul ederek ve mahkemede

dinlenmesi talebinde ısrar etmeyerek, söz konusu tanığı sorgulama hakkından feragat ettiği sonucuna varması için yeterlidir (bk. yukarıda anılan *Palchik*, § 36). Bu feragat ile ilgili olarak, önem derecesine uygun düzeyde asgari güvenceler sağlanmıştır. Bu bağlamda Mahkeme, başvurana iki avukatın yardım ettiğini ve mahkeme başkanı tarafından, tanığın yokluğunda davasını sunacakları delil ve iddiaların bitip bitmediğinin açıkça sorulduğunu ve başvuranın da buna itiraz etmediğini yineler. Mahkeme ayrıca, başvuranın A.'nın ifadeleri hakkında yorum yapma imkânına sahip olduğunu, ancak ifadelerin içeriğine ilişkin herhangi bir esaslı itirazda bulunmadığını gözlemlemektedir (bk. Yukarıdaki 52. paragraf). Ayrıca, Mahkeme, davada, belirli usuli güvencelerden feragat edilmesinin önüne geçecek şekilde kamu menfaatini ilgilendiren herhangi bir sorunun gündeme gelmediği kanaatindedir (bk. *Hermi /İtalya* [BD], no. 18114/02, § 79, AİHM 2006XII). Başvuranın feragatinin, bir haktan bilerek ve akıllıca vazgeçme teşkil ettiğinden ve iki avukatının yardımıyla, davranışının sonuçlarını makul bir şekilde öngörebileceğinden şüphe etmek için hiçbir neden görülememektedir (bk. yukarıda anılan *Khametshin*, § 41, ve yukarıda anılan *Palchik*, § 36; karşılaştırınız, *Sakhnovskiy / Rusya* [BD], no. 21272/03, §§ 91-92, 2 Kasım 2010).

128. Sonuç olarak Mahkeme, Hükümetin ön itirazını kabul etmekte ve başvuranın tanık A.'nın duruşmada bulunmamasına ilişkin şikâyetini Sözleşme'nin 35 § 3 (a) maddesi uyarınca açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle reddetmektedir.

III. B. VE K. TANIKLARINA İLİŞKİN OLARAK SÖZLEŞME'NİN 6 §§ 1 ve 3 (d) MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

129. Başvuran, Sözleşme'nin 6 §§ 1 ve 3 (d) maddesi uyarınca, duruşmada yargılama esnasında tutanak tanıkları olan B. ve K.'yı

çağırnaması ve sorgulayamaması nedeniyle aleyhindeki ceza yargılamasının genel olarak adilliğinin zedelendiğinden şikayetçi olmuştur.

130. Hükümet bu iddiaya itiraz etmiştir.

A. Daire kararı

131. Daire, Rus yasalarına göre, tanıkların soruşturmacı tarafından soruşturma tedbirinin tarafsız gözlemcileri olarak davet edildiğini gözlemlemiştir. Maddi tanıkların aksine, tutanak tanıklarının dava hakkında herhangi bir bilgiye sahip olmaları beklenemez ve davanın koşulları ya da sanığın suçluluğu veya masumiyeti hakkında tanıklık yapmazlar (bk. *Shumeyev ve Diğerleri / Rusya* (k.k.), no. 29474/07 ve 3 diğerleri, § 31, 22 Eylül 2015).

132. Yargılama mahkemesinin, B. ve K.'nın yargılama sırasında başvuranın lehine veya aleyhine verdikleri ifadelere dayanmadığını ve sadece aramanın yapılış şekli ve sonuçları hakkında ifade verebileceklerini tespit eden Daire, bu kişilerin ifadelerinin başvuranın yargılamasının sonucunu etkileyemeyeceği kanaatine varmıştır (bk. Daire kararının 96-97. paragrafları).

133. Daire, çoğunlukla, 6 §§ 1 ve 3 (d) maddelerinin ihlal edilmediğine karar vermiştir (Daire kararının 98. paragrafı).

B. Tarafların Büyük Daireye sunduğu savunmalar

1. Başvuran

134. Başvuran, tutanak tanıklarının sorgulanması konusunda ısrar etmemiş olsa bile, avukatlarının bu konuda ısrar ettiğini ileri sürmüştür. Avukatlar bu kişilerin ifadelerinin, karakoldaki kişisel arama koşullarının belirlenmesi ve tanıkların nasıl seçildiğinin açıklığa kavuşturulmasıyla ilgili

olduğunu düşünmüşlerdir. Başvurana göre, Sözleşme'nin 6 §§ 1 ve 3 maddesi ihlal edilmiştir.

2. Hükümet

135. Hükümet, Dairenin bu noktada vardığı sonuçları desteklemiştir. Hükümet, tanıkların ifadelerinin yerel mahkemeler tarafından kullanılmamış olması nedeniyle, bu tanıkların çağrılmasının gerekli olmadığını belirtir. Bu iki kişi, başvuranın çantasına yerleştirildiği iddia edilen patlayıcılar hakkında ifade verememişlerdir, zira bu olay, başvuranın huzurunda yapılan aramadan önce gerçekleşmiştir. Tutanak tanıkları çağırmak için sadece bir kez talepte bulunulmuştur. Bu talep yerel mahkemeler tarafından reddedilmiş ve savunma makamı ise bu konuda daha fazla ısrarcı olmamıştır. Hükümet, yukarıda anılan *Shumeyev ve Diğerleri* davasına atıfta bulunarak, tutanak tanıklarının mahkemelere zaten mevcut olan kanıtların ötesinde herhangi bir kanıt sunabileceklerini gösteren hiçbir şey olmadığını ileri sürmüştür.

C. Mahkemenin değerlendirmesi

136. Mahkeme, Rus ceza usulünün maddi tanıklar (*свидетели*) ve tutanak tanıkları (*понятые*) hakkında ayrı hükümler içerdiğini ve bunları birbirinden ayırmak için farklı terimler kullandığını gözlemlemektedir. Rus yasalarına göre, tutanak tanıkları soruşturmacı tarafından soruşturma tedbirinin tarafsız gözlemcileri olarak davet edilir. Maddi tanıkların aksine, tutanak tanıkları dava hakkında bilgi sahibi olmadıkları ve davanın koşulları ya da sanığın suçluluğu ya da masumiyeti hakkında ifade vermedikleri için, iddia makamı ya da savunma makamı için tanık olarak kabul edilmezler. Tutanak tanıklarının ceza davalarında yer almaması, tanıklıklarının soruşturma tedbirlerinin yürütülme biçimiyle sınırlı olması ve özünde gereksiz delil niteliği taşıması nedeniyle, Sözleşme'nin 6 §§ 1 ve 3 (d)

maddesindeki güvenceleri ihlal etmemektedir (bk. yukarıda anılan *Shumeyev ve Diğerleri*, § 37).

137. Ancak, yukarıdaki ilkelerin, iddia makamı tarafından tutanak tanıklarının ifadelerine başvurulduğu bir bağlamda geliştirildiği unutulmamalıdır.

138. Mevcut davada savunma makamı, patlayıcıların başvuranın kişisel aramasından önce el çantasına yerleştirildiği iddiasını desteklemek için B. ve K. adlı tutanak tanıklarının ifadelerine dayanmak istemiştir. Bu açıdan bakıldığında, B. ve K.'nın ifadeleri, yalnızca arama yöntemlerinin ve daha sonra polis tutanaklarına giren bilgilerin ötesine geçecektir. Bu nedenle, B. ve K., Sözleşme'nin 6 § 3 (d) maddesi anlamında başvuranın "adına tanık" olarak değerlendirilmelidir.

1. Savunma tanıklarının sorgulanmasına ilişkin içtihatla yer alan genel ilkeler

139. Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca, delillerin kabul edilebilirliğinin öncelikle ulusal hukuk tarafından düzenlenmesi gereken bir konu olduğunu ve Mahkemenin görevinin, tanıkların ifadelerinin uygun şekilde delil olarak kabul edilip edilmediğine ilişkin bir karar vermek değil, delillerin toplanma şekli de dahil olmak üzere, bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmadığını tespit etmek olduğunu yineler (bk. diğer birçok makam arasında, *Van Mechelen ve Diğerleri/Hollanda*, 23 Nisan 1997, § 50, Raporlar 1997-III, ve Perna, yukarıda anılan, § 29). Sözleşme'nin 6 § 3 (d) maddesi, her tanığın sanık adına duruşmada hazır bulunmasını ve sorgulanmasını gerektirmemektedir. Bu hükmün temel amacı, "aynı koşullar altında" sözcükleriyle belirtildiği gibi, bu konuda tam bir "silahların eşitliğinin" sağlanmasıdır (bk. *Engel ve Diğerleri / Hollanda*, 8 Haziran 1976, § 91, Seri A no. 22, ve *Vidal/Belçika*, 22 Nisan 1992, § 33, Seri A no. 235-B).

140. Taraflar ve Daire tarafından geniş bir şekilde atıfta bulunulan yukarıda anılan *Perna* davasındaki kararında (§ 29), Mahkeme, savunma tanıklarının çağrılması ve sorgulanması için geçerli ilkeleri özetlemiştir. Öncelikle, genel bir kural olarak, önlerindeki delilleri ve sanıkların sunmaya çalıştıkları delillerin uygunluğunu değerlendirmek yerel mahkemelerin görevidir ve Madde 6 § 3 (d), yine genel bir kural olarak, belirli bir tanığı çağırmanın uygun olup olmadığını değerlendirme yetkisini de yerel mahkemelere bırakmaktadır. İkinci olarak, bir sanığın belirli tanıkları sorgulamasına izin verilmediğinden şikayetçi olması yeterli değildir; söz konusu tanıkların dinlenmesinin neden önemli olduğunu ve tanıklıklarının gerçeğin ortaya çıkarılması için gerekli olduğunu açıklayarak talebini desteklemelidir.

141. *Perna* kararında formüle edildiği şekliyle test esasen iki sorudan oluşmaktadır: ilk olarak, başvuranın belirli bir tanığı çağırma talebini, söz konusu kişinin ifadesinin "gerçeğin ortaya çıkarılması" ile ilgisine atıfta bulunarak destekleyip desteklemediği ve ikinci olarak, yerel mahkemelerin söz konusu tanığı çağırmayı reddetmesinin yargılamanın genel olarak adilliğine zarar verip vermediği (bk. yukarıda anılan *Perna*, §§ 29, 32).

142. *Perna* kararında ortaya konan yaklaşımın sonraki içtihat hukukundaki gelişimini ve pratikte uygulanmasının yol açtığı zorlukları incelemek öğreticidir.

143. Bir savunma tanığının ifadesinin, sanığın mazeretini makul bir şekilde ortaya koyabilecek nitelikte olması halinde, bu tanığın ilk bakışta alakalı olduğu Mahkeme tarafından defalarca kez kabul edilmiştir (bk. örneğin, *Polyakov/Rusya*, no. 77018/01, § 34, 29 Ocak 2009). Aksine, bir savunma tanığının sorgulanmasının, suçlamanın kapsamı dışında kalan bir konunun tespit edilmesi amacıyla talep edildiği veya tanığın ifadesinin sanığın masumiyetini kanıtlayamadığı bir davada, tanığın yokluğu ceza yargılamasının adilliğine gölge düşürmemiştir (bk. *Tymchenko / Ukrayna*, no. 47351/06, § 92, 13 Ekim 2016). Mahkeme ayrıca, bir yerel mahkemenin,

savunma tanıklarının çağrılmasına ilişkin açıkça can sıkıcı taleplere cevap vermek zorunda olmadığını vurgulamıştır (bk. *Dorokhov/Rusya*, no. 66802/01, § 72, 14 Şubat 2008).

144. Bir başvuran, yeterince gerekçelendirilmiş, suçlamanın konusuyla ilgili ve savunmanın konumunu güçlendirebilecek veya beraatine yol açabilecek bir talep sunarsa, 6 § 3 (d) maddesinin gerekliliklerini yerine getirmiş olur (bk. yukarıda anılan *Dorokhov*, §§ 67-72, ve yukarıda anılan *Polyakov*, § 34). Başvuranların, yerel mahkemelere, belirli bir tanığın sorgulanmasının neden gerekli olduğunu yeterli açıklıkta izah etmeleri gerekmektedir (bk. *Miminoshvili/Rusya*, no. 20197/03, § 122, 28 Haziran 2011).

145. Bir savunma tanığının ifadesinin önemi, davanın sonucunu etkileme kabiliyetine göre değerlendirilmelidir. Örneğin, bir sanığın bir suçu itiraf etmesi için kötü muamele gördüğü iddiasını destekleyebileceği iddia edilen bir tanığın çağrılması, söz konusu itirafın başvuranın suçluluğunun tespit edilmesinde önemli bir rol oynamaması halinde alınması gerekli olmayabilir (bk. *Tarasov / Ukrayna*, no. 17416/03, § 105, 31 Ekim 2013). Ulusal makamlar, örneğin iddianamede tanığın ifadelerine atıfta bulunarak ve söz konusu tanığın çağrılması taleplerini tekrar tekrar kabul ederek, bir savunma makamının gösterdiği tanığının ifadesinin önemini kabul ettiğinde, yargılamanın ilerleyen safhalarında söz konusu tanığın duruşmaya çağrılmaması halinde, savunma makamının yerel mahkemelere tanığın sorgulanması için daha ayrıntılı gerekçeler sunması gerekmebilir (bk. *Pello/Estonya*, no. 11423/03, § 33, 12 Nisan 2007).

146. Savunma makamının, savunmanın konumunu güçlendirebileceği veya ifadesinin beraat kararı verilmesine yol açabileceği tartışmalı olan bir tanığın sorgulanmasını talep etmesi halinde, ulusal makamlar bu talebi reddetmek için ilgili gerekçeleri sunmalıdır (bk. *Topić/Hırvatistan*, no. 51355/10, § 42, 10 Ekim 2013). Bu bağlamda, mahkemeler tarafından, bir tanığın neden yeni veya önemli bilgiler sunamayacağını gösteren davanın

diğer olaylarına atıfta bulunulması yeterli olabilir (bk. *Sergey Afanasyev / Ukrayna*, no. 48057/06, § 70, 15 Kasım 2012, ve *Janyr / Çek Cumhuriyeti*, no. 42937/08, §§ 81-82, 31 Ekim 2013).

147. Mahkeme, soruşturma veya yargılama sırasında belirli bir noktada bir savunma makamının tanığının çağrılmasına karar verilmesinin ve daha sonra bu tanığın duruşmaya katılmamasının dikkat edilmesi gerektiğini ancak tek başına kesin bir yargıya yöneltmeyeceğini kaydetmiştir (tanığın duruşmada bulunmamasının Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlaline yol açtığı *Popov/Rusya*, no. 26853/04, § 188, 13 Temmuz 2006 ve açmadığı *Andrey Zakharov/Ukrayna*, no. 26581/06, §§ 61-62, 7 Ocak 2016 kararlarıyla karşılaştırınız). Ancak, yerel mahkemelerin, en azından prensipte, savunma makamının tanığının sorgulanmasının dava ile alakalı olduğunu kabul ettikten sonra, en azından bir celp çıkartarak (bk. *Polufakin ve Chernyshev / Rusya*, no. 30997/02, § 207, 25 Eylül 2008) veya polise tanığı mahkemeye getirmeye zorlama emri vererek (bk. yukarıda anılan *Pello*, § 34) tanığın duruşmada bulunması yönünde "etkili" önlemler alma yükümlülükleri vardır.

148. Mahkeme, ancak istisnai durumlarda, bir tanığın dinlenmemesinin Sözleşme'nin 6. maddesine aykırı olduğu sonucuna varabilir (bk. *Bricmont/Belçika*, 7 Temmuz 1989, § 89, Seri A no. 158). Bir talebin gerekçe gösterilmeksizin reddedilmesi veya bir savunma makamı tanığının çağrılmasına ilişkin yeterince gerekçeli ve ilgili bir talep karşısında yerel mahkemelerin "sessiz kalması", 6. maddenin ihlal edildiği sonucuna varılması için yeterli değildir (bk. yukarıda anılan, *Dorokhov*, §§ 74-75). Yargılamanın genel olarak adil olması 6. madde kapsamında öncelikli bir kriter olduğundan, bir başvuran sadece belirli bir savunma makamı tanığının sorgulanmadığını değil, aynı zamanda bu tanığın sorgulanmasının gerekli olduğunu ve tanığın çağrılmasının reddedilmesinin savunma haklarına zarar verdiğini de göstermek zorundadır (bk. daha fazla atıflar ile birlikte *Guilloury/Fransa*, no. 62236/00, § 55, 22 Haziran 2006).

149. Sözleşme tarafından korunan hak ve özgürlükleri ihlal etmediği sürece, yerel bir mahkeme tarafından yapıldığı iddia edilen maddi veya hukuki hataların tespit edilmesinin bu Mahkemenin görevi olmadığını yinelemek gerekir (bk. *Gäfgen / Almanya* [BD], no. 22978/05, § 162, AİHM 2010). Yargılamanın adil olup olmadığının belirlenmesinde, Mahkeme, delillerin iç hukuk açısından hukuka aykırı olarak elde edilip edilmediğine, kabul edilebilirliğine veya başvuranın suçluluğuna karar veren dördüncü derece mahkemesi olarak hareket etmemektedir (bk. bu davaya uygulanabildiği ölçüde yukarıda anılan *Gäfgen*, § 162; *Tseber / Çek Cumhuriyeti*, no. 46203/08, § 42, 22 Kasım 2012; ve *Nikolitsas / Yunanistan*, no. 63117/09, § 30, 3 Temmuz 2014). İkincilik ilkesine uygun olarak, bu konular yerel mahkemelerin yetki alanındadır. Mevcut delillerin başvuranın mahkumiyeti için yeterli olup olmadığı konusunda karar vermekle ve böylece yerel mahkemelerin olaylara ve delillere ilişkin değerlendirmesinin yerine kendi değerlendirmesini koymakla görevli değildir. Mahkemenin tek görevi, davanın özel koşullarını, niteliğini ve karmaşıklığını da göz önünde bulundurarak, yargılamaların adil bir şekilde yürütülüp yürütülmediğini ve belirli bu yargılamaların Sözleşme'ye uygun olup olmadığını incelemektir (bk. *Taxquet/Belçika* [BD], no. 926/05, § 84, AİHM 2010, ve yukarıda anılan *Al-Khawaja ve Tahery*, § 118).

2. Genel ilkelerin netleştirilmesi

150. Büyük Daire önünde başvuran, Mahkemeden mevcut *Perna* standardını gözden geçirmesini talep etmiştir; zira başvuranın görüşüne göre, mevcut ilkeler uygulamada "mekanik" olup maddi kriterlerden yoksundur ve ayrıca savunma makamına gereğinden fazla yük bindirmektedir. Tanıkların sorgulanmasına ilişkin uluslararası hukuk kurallarının *Perna* standardının ötesinde önemli ölçüde geliştiğini, savunmanın belirli bir tanığı sorguya çağırma ihtiyacını gösterme yükünün azaldığını ve duruşma mahkemesinin tanığın duruşmada bulunmaması nedenlerini ve bu duruşmada bulunmama

durumunun yargılamanın genel adilliği açısından sonuçlarını incelemesinin daha büyük önem kazandığını ileri sürmüştür. Başvuran, diğerlerinin yanı sıra, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesi ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesinin uygulamalarına atıfta bulunmuştur (bk. Yukarıdaki 104 . paragraf).

151. Savunmalarda atıfta bulunulan diğer uluslararası mahkemelerin uygulamalarını dikkatle inceleyen Mahkeme, başvuranın iddiasını destekleyebilecek herhangi bir unsur görmemektedir. Aksine, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesi ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları, bu mahkemeler tarafından ceza yargılamalarının genel olarak adilliğinin değerlendirilmesinde kullanılan genel ilkelerin, AIHM tarafından geliştirilen ilkelerle aynı olmasa da karşılaştırılabilir olduğunu göstermektedir. Mahkeme ayrıca, yukarıda bahsi geçen uluslararası mahkemelerin kendi ilkelerini oluştururken kendi içtihadına geniş ölçüde atıfta bulunduklarını gözlemlemektedir (bk. Yukarıdaki 75 ve 81. paragraflar).

152. Bununla birlikte Mahkeme, mevcut davada, Sözleşme'nin 6 §§ 1 ve 3 (d) maddesi uyarınca içtihadında formüle edildiği şekliyle savunma tanıklarının sorgulanmasına ilişkin genel ilkelere açıklık getirmenin yararlı olacağını düşünmektedir.

153. *Perna* kararında formüle edildiği şekliyle test esasen iki sorudan oluşmaktadır: ilk olarak, başvuranın belirli bir tanığı çağırma talebini, söz konusu kişinin ifadesinin "gerçeğin ortaya çıkarılması" ile ilgisine atıfta bulunarak destekleyip desteklemediği ve ikinci olarak, yerel mahkemelerin söz konusu tanığı çağırmayı reddetmesinin yargılamanın genel olarak adilliğine zarar verip vermediği (bk. Yukarıdaki 141. paragraf).

154. Bununla birlikte, içtihat dikkatli bir şekilde incelendiğinde, Mahkemenin genellikle yukarıdaki yaklaşımı izlemesine rağmen, yerel mahkemelerin belirli bir tanığın çağırılması talebine nasıl karar verdiğini de tutarlı bir şekilde incelediği görülmektedir. Yerel mahkemelerin davranışları

ve karar verme süreçleri, bağımsız bir incelemeye tabi tutulmuş ve *Perna* öncesi ve sonrası görülen davaların büyük çoğunluğunda Mahkemenin analizinde önemli değerlendirme unsurlarını oluşturmuştur (bk. diğer birçok örneğin yanı sıra, yukarıda anılan *Bricmont*, § 89; *Destrethem / Fransa*, no. 56651/00, §§ 41-45, 18 Mayıs 2004; *Asci/Avusturya* (dec.), no. 4483/02, 19 Ekim 2006; yukarıda anılan *Popov*, § 188; yukarıda anılan *Polyakov*, § 35; *Tarău/Romanya*, no. 3584/02, §§ 74-76, 24 Şubat 2009; ve yukarıda anılan *Topić*, § 42). Mahkemenin yerel mahkemelerin gerekçelerini dikkatli ve ihtiyatlı bir şekilde incelemesi yerleşik ilkeler ile uyumludur. Yani, bu ilkeler ilk olarak, yerel mahkemelerin delillerin uygunluğunu ve kabul edilebilirliğini değerlendirmek için en iyi konumda oldukları ve ikinci olarak, yalnızca istisnai koşulların Mahkemeyi belirli bir kişinin tanık olarak dinlenmemesinin Sözleşme'nin 6. maddesine aykırı olduğu sonucuna varılması gerektiğini öngörmektedir.

155. Bu nedenle, yerel mahkemelerin söz konusu kişinin ifadesinin uygunluğunu değerlendirip değerlendirmedikleri ve duruşmada bir tanığı sorgulamama kararları için yeterli gerekçeler sunup sunmadıklarının incelenmesi, Sözleşme'nin 6 § 3 (d) maddesi kapsamındaki testin bağımsız ve ayrılmaz bir bileşeni olarak kabul edilmelidir.

156. Bir tanığın ifadesinin uygunluğuna ilişkin adli değerlendirme ve yerel mahkemelerin, savunmanın bir tanığı inceleme talebine verdikleri yanıtta gerekçeleri, *Perna* testinin iki unsuru arasındaki mantıksal bağlantıyı sağlamakta ve bu testin zımni bir elzem unsuru olarak işlemektedir. Mahkeme, uygulamanın açıklığı ve tutarlılığı açısından bu unsurun açıkça belirtilmesinin uygun olduğunu düşünmektedir (bk. benzer şekilde, *Perez/Fransa* [BD], no. 47287/99, § 54-56, AİHM 2004-I).

157. Bu gelişme, savunma makamının yeterince gerekçeli bir iddia ileri sürmesi halinde, yerel mahkemelerin ilgili meseleleri dikkatli bir şekilde inceleme görevinin belirleyici önemini vurgulayan Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamındaki son içtihatla uyumlu görünmektedir. Örneğin,

Dvorski/Hırvatistan ([GC], no. 25703/11, § 109, AİHM 2015) davasındaki Büyük Daire kararında Mahkeme, yerel makamların yargılamanın genel olarak adilliğini etkileyebilecek bir hukuki sorunla karşı karşıya kaldıklarında, meseleleri dikkatli bir şekilde incelemeleri, ilgili koşulları tespit etmek için adımlar atmaları ve kararları için yeterli gerekçeler sunmaları gerektiğini belirtmiştir. Benzer bir şekilde, provokatör ajan davalarında Mahkeme, "makul ve hatta tartışılabilir bir tuzağa düşürme iddiasıyla karşı karşıya kalındığında" mahkemelerin "test alımlarının sonuçlarının delil olarak kabul edilebilir olup olmadığını, özellikle de tahrikle geçerliliklerine gölge düşürülüp düşürülmediğini doğrulamaları gerektiğini" belirtmiştir (bk. *Lagutin ve Diğerleri/Rusya*, no. 6228/09 ve 4 diğer, § 118, 24 Nisan 2014).

158. Sanık adına bir tanığın sorgulanması talebinin iç hukuka uygun olarak yapıldığı durumlarda, Mahkeme, yukarıdaki hususları göz önünde bulundurarak, aşağıdaki üç aşamalı testi formüle eder:

1. Bir tanığın sorgulanması talebinin yeterince gerekçeli ve suçlama konusuyla ilgili olup olmadığı?
2. Yerel mahkemeler bu ifadenin uygunluğunu değerlendirmiş ve duruşmada bir tanığı sorgulamama kararları için yeterli gerekçeler sunmuş mudur?
3. Yerel mahkemelerin bir tanığı sorgulamama kararının yargılamanın genel olarak adilliğini zedeleyip zedelediği?

159. Mahkeme, mevcut içtihadın testin üç adımının da uygulanması için sağlam bir temel oluşturduğunu kanaatinde olsa da gelecekteki davaların incelenmesi için aşağıdaki rehberi sağlamayı uygun bulmaktadır

(a) Bir tanığın sorgulanması talebinin yeterince gerekçeli ve suçlama konusuyla ilgili olup olmadığı hususu

160. İlk unsurla ilgili olarak Mahkeme, *Perna* testi kapsamında, bir sanığın kendi adına tanık çağırma talebini kanıtlayıp kanıtlamadığı

konusunun, söz konusu kişinin ifadesinin "gerçeğin ortaya çıkarılması" açısından uygunluğuna bakılarak karara bağlandığını belirtmektedir. *Perna* sonrası bazı davalarda, bir tanığın ifadesinin "gerçeğin ortaya çıkarılması" ile ilgili olup olmadığını incelenirken, diğerler davalar bu ifadenin davanın sonucunu etkileme kabiliyeti olup olmadığına (bk. yukarıda anılan *Tarasov*, § 105), sanığın suç sırasında başka yerde bulunduğu iddiasını makul bir şekilde ortaya koyabilip koyamadığına (bk. yukarıda anılan *Polyakov*, § 34), beraat etmesine yol açma potansiyeli taşıyıp taşımadığına (bk. yukarıda anılan *Dorokhov*, § 72) veya savunmanın konumunu güçlendirme ve hatta başvuranın beraat etmesine yol açma potansiyeli taşıyıp taşımadığına (bk. yukarıda anılan *Topić*, § 42) dayanan incelemeler yürütülmüştür. Yukarıdaki standartların tümünü birleştiren şey, bir tanığın ifadesinin suçlama konusuyla ilgisi ve yargılamanın sonucunu etkileme kabiliyetidir. Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamındaki içtihadının gelişimi ışığında, yalnızca savunma makamının davanın sonucunu etkileyebilecek tanıkları çağırma taleplerini değil, aynı zamanda savunma makamının konumunu güçlendirmesi makul olarak beklenebilecek diğer tanıkları da kapsamına alarak ilgili standardı netleştirmenin gerekli olduğunu düşünmektedir.

161. Dolayısıyla, ifadenin uygunluğu, bir başvuranın tanık çağırma talebi için "yeterli gerekçeler" ileri sürüp sürmediğinin değerlendirilmesinde de belirleyicidir, çünkü "yeterli" olarak kabul edilen gerekçenin gücü, söz konusu ifadenin belirli bir davanın koşullarında oynayacağı rolüne bağlıdır (bk. yukarıda anılan *Pello*, § 33, büyük ölçüde bu yaklaşımı yansıtmaktadır). Bir tanığın sorgulanması için belirli nedenlerin yeterli ve suçlama konusuyla ilgili olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini soyut olarak değerlendirmek mümkün değildir. Bu değerlendirme, iç hukukun uygulanabilir hükümleri, yargılamanın aşaması ve ilerleyişi, tarafların gerekçeleri ve izledikleri stratejiler ile usule ilişkin davranışları da dahil olmak üzere, belirli bir davanın koşullarının dikkate alınmasını zorunlu kılar. Kuşkusuz, savunma makamının tanığın ifadesinin uygunluğu bazı

durumlarda o kadar açık olduğu durumlarda savunma tarafından verilen yetersiz gerekçeler bile testin ilk sorusuna olumlu cevap vermek için yeterli olacaktır (karşılaştırınız yukarıda anılan *Pello*, § 33).

(b) Yerel mahkemeler bu ifadenin uygunluğunu değerlendirip değerlendirmedeği ve duruşmada bir tanığı sorgulamama kararları için yeterli gerekçeler sunup sunmadığı

162. Testin ikinci unsuru, yerel mahkemelerin savunma makamı tarafından talep edilen ifadenin alakasını değerlendirmelerini ve kararları için yeterli gerekçeler sunmalarını gerektirmektedir. Bu gereklilikler Mahkeme içtihadında yerleşik olarak belirlenmiştir (bk. Örneğin yukarıda anılan *Popov*, § 188, ve yukarıda anılan *Topić*, § 42).

163. Mahkeme, bir yandan, Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca, delillerin kabul edilebilirliğinin öncelikle ulusal hukuk tarafından düzenlenmesi gereken bir mesele olduğunu ve yerel mahkemelerin bu konuda en iyi karar verecek konumda olduğunu, diğer yandan, Sözleşme'nin 6 § 3 (d) maddesinin, sanık adına her tanığın duruşmada bulunmasını ve sorgulanmasını gerektirmediğini, ancak bu konuda silahların eşitliğini sağlamayı amaçladığını yineler. Bu çerçevede, savunmanın belirli bir tanığın sorgulanması için yeterince gerekçeli bir talepte bulunması halinde, ilgili konuları dikkatle incelemek öncelikle yerel mahkemelerin görevidir.

164. Bu tür bir değerlendirme, mutlaka belirli bir davanın koşullarının dikkate alınmasını gerektirecektir ve mahkemelerin gerekçeleri, savunma makamının ileri sürdüğü gerekçelerle orantılı, yani kapsam ve ayrıntı düzeyi bakımından yeterli olmalıdır.

165. Sözleşme, sanık adına her tanığın duruşmada bulunmasını ve sorgulanmasını gerektirmediğinden, mahkemelerden savunmanın her talebine ayrıntılı bir cevap vermeleri beklenemez, ancak yeterli gerekçeler sunmaları gerekir (mahkemelerin temyiz argümanlarını ele alma yükümlülüğü bağlamında benzer bir mantık için bk. Van de Hurk/Hollanda,

19 Nisan 1994, 61, Seri A no. 288, ve *Boldea/Romanya*, no. 19997/02, § 30, 15 Şubat 2007).

166. Genel olarak, ifadenin uygunluğu ve davanın koşullarında savunma tarafından ileri sürülen gerekçelerin yeterliliği, yerel mahkemelerin bir tanığın duruşmada bulunmasını ve sorgulanmasını sağlama ihtiyacına ilişkin değerlendirmesinin kapsamını ve ayrıntı düzeyini belirleyecektir. Buna göre, savunma tarafından ileri sürülen argümanlar ne kadar güçlü ve ciddi olursa, savunmanın bir tanığı sorgulanması talebini reddeden yerel mahkemelerin incelemesi o kadar detaylı ve gerekçeleri o kadar ikna edici olmalıdır.

(c) Yerel mahkemelerin bir tanığı sorgulamama kararının yargılamanın genel olarak adilliğini zedeleyip zedelediği hususu

167. Mahkeme, duruşmada bir savunma tanığını sorgulamayı reddeden bir kararın yargılamanın genel adilliği üzerindeki etkisinin incelenmesinin her davada mutlaka olması gerektiği kanaatindedir (bk. farklı bağlamlarda, *İbrahim ve Diğerleri / Birleşik Krallık* [BD], no. 50541/08 ve 3 diğerleri, §§ 250-52, 13 Eylül 2016; yukarıda anılan *Dvorski*, § 82; ve yukarıda anılan *Schatschaschwili*, § 101). Adil yargılamanın gerekliliklerine uygunluk, her davada, belirli bir hususun veya belirli bir olayın münferit olarak değerlendirilmesi temelinde değil, yargılamanın bir bütün olarak gelişimi dikkate alınarak incelenmelidir (bk. yukarıda anılan *İbrahim ve Diğerleri*, § 251).

168. Mahkemeye göre, yargılamaların değerlendirilmesinde nihai ölçüt olarak genel adilliğin korunması, yukarıdaki üç aşamalı testin aşırı katı veya mekanik bir uygulama haline gelmesinin önüne geçer. Bu testin ilk iki adımında varılan sonuçlar genellikle yargılamanın adil olup olmadığına dair güçlü bir gösterge olsa da, istisnai olduğu kabul edilen bazı durumlarda adillığe ilişkin değerlendirmelerin aksi yönde bir sonuca varılabileceği göz ardı edilemez.

3. Bu ilkelerin somut davaya uygulanması

(a) B. ve K. İsimli tanıkların sorgulanması talebinin yeterince gerekçeli ve suçlama konusuyla ilgili olup olmadığı hususu

169. Duruşma kayıtlarına göre, başvuranın avukatları, patlayıcıların başvuranın üzerine yerleştirilip yerleştirilmediğini tespit etmek amacıyla aramanın tam koşullarını belirlemek için mahkemeden B. ve K.'yı çağırmasını talep etmiştir. Başvuran ise, patlayıcıların polis memurları tarafından kendisi aranmadan önce yerleştirilmiş olduğunu düşündüğü için, B. ve K.'nın varlığı konusunda "ısrar etmediğini" belirtmiştir. Ancak, avukatları B. ve K.'nın varlığının gerekli olduğunu düşündüğü için talebi desteklemiştir (bk. Yukarıdaki 52. paragraf).

170. Duruşma sırasında, başvuranın yakalanması, üstünün aranması ve parmak izlerinin alınmasında görev alan polis memurlarının kapsamlı bir şekilde sorgulanmasının savcılık tarafından yapılmış olması önemlidir (bk. Yukarıdaki 42. paragraf). Tüm polis memurları, başvuranın aramadan önce her zaman el çantasına sahip olduğunu ve aramadan sonra sadece bir kez parmak izinin alındığını ifade etmişlerdir. Savunma makamı ise bu tanıkların çapraz sorgusu sırasında genel olarak pasif kalmış ve yukarıdaki olayların ayrıntılarını daha fazla araştırılmasına yönelik sadece iki soru yöneltmiştir.

171. Mahkeme, savunmanın B. ve K.'nın olası ifadelerinin konuyla ilgisine dair kısa bir unsurdan daha fazlasını vermediğine dikkat çeker. Bununla birlikte, savunma makamı herhangi bir özel olgusal veya hukuki argüman sunmamış ve tanıklıklarının savunmanın davasını nasıl güçlendirmesinin makul olarak beklenebileceğini somut terimlerle detaylandırmamıştır. Savunma makamı temyiz başvurusunda bu konu üzerinde de durmamıştır (bk. Yukarıdaki 63. paragraf). Başvuranın, patlayıcıların tutanak tanıklarının gelmesinden önce yerleştirildiğini ifade ettiği göz önüne alındığında (bk. yukarıdaki 52. paragraf), bu tanıkların incelenmesi için daha fazla gerekçe gerekmektedir.

(b) Yerel mahkemelerin B. ve K.'nın ifadelerinin konuyla ilgisini değerlendirip değerlendirmedikleri ve bu ifadeleri duruşmada incelememe kararları için yeterli gerekçe sunup sunmadıkları hususu

172. Mahkeme, duruşma tutanaklarında, mahkemenin savunmanın tanıkların çağırılması talebini reddetme gerekçelerine yer verilmediğini kaydeder (bk. Yukarıdaki 52. paragraf). Ancak, hem olayları hem de hukuki meseleleri inceleme yetkisine sahip bir temyiz mahkemesi olarak Yüksek Mahkeme, B. ve K.'nın şahsen gelmesinin gerekli olmadığını, zira başvuranın kendisinin, patlayıcıların aranmadan önce çantasına yerleştirildiğinin iddia ettiğini belirtmiştir. Ayrıca, yargılamayı yürüten mahkeme savunmanın kapanış argümanlarına geçmeyi kabul ettiğini ve herhangi bir itirazda bulunmadığını ya da delillerin dinlenmesine ilişkin herhangi bir ek talepte bulunmadığını kaydetmiştir (bk. yukarıdaki 67. paragraf).

173. Yerel mahkemeler, başvuranın talebini dayanaksız veya mantıksız olması temelinde reddetmemiş olsa da, savunma makamının iddia ettiği gibi ve duruşma mahkemesine göre, tanıkların olası ifadelerinin öneminin, suçlamanın konusuyla yalnızca uzaktan ilgili olduğu açıktır.

174. İddia edilen patlayıcı yerleştirme olayıyla ilgili olarak polis memurlarının sorgulanması sırasında savunma makamının genel olarak pasif kalması ve tutanak tanıkların sorgulanmasının gerekliliğine ilişkin herhangi bir hukuki ya da olgusal argümanın bulunmamasını göz önünde bulunduran AİHM, Yüksek Mahkemenin bu tanıkların duruşmada sorgulanmaması kararı için yeterli gerekçeler sunduğu sonucuna varmıştır. Sunulan gerekçeler davanın koşullarına uygun olup kapsam ve ayrıntı düzeyi bakımından yeterli olmasından dolayı savunma tarafından ileri sürülen gerekçelerle orantılıdır.

(c) Yerel mahkemelerin B. ve K.'yı incelememe kararının yargılamanın genel olarak adilliğini zedeleyip zedelediği hususu

175. Mahkeme, iki profesyonel avukat tarafından desteklenen başvuranın, savunmasını etkili bir şekilde yürütebildiğini, aleyhinde ifade veren tanıklarla yüzleşebildiğini ve onları sorgulayabildiğini, suçlayıcı deliller hakkında herhangi bir engelle karşılaşmadan yorum yapabildiğini, ilgili olduğunu düşündüğü delilleri sunabildiğini ve olaylarla ilgili anlattıklarını yerel mahkemelere sunabildiğini vurgulamaktadır. Başvuranın, terör eylemi hazırlama ve başkalarını bu tür bir eylemde bulunmaya teşvik etme suçlarından mahkûmiyeti, çeşitli savcılık tanıklarının ifadeleri, başvuranın evinde ele geçirilen materyaller (aşırılık yanlısı bir not ve fotoğraflar), adli muayene raporları ve polis gözetimindeki video kasetlerinin dökümleri de dâhil olmak üzere aleyhindeki önemli miktarda delile dayanmaktadır.

176. Yukarıdaki mülahazalar göz önünde bulundurulduğunda, Mahkeme ulusal mahkemelerin tanık B. ve K.'yı sorgulamama kararının yargılamaların genel adilliğine hâlel getirmediğine karar vermiştir.

(d) Sonuç

177. Buna göre Mahkeme, yukarıda açıklanan rolünün bilincinde olarak (bk. yukarıdaki 149. paragraf), tanık B. ve K. ile ilgili olarak başvuranın Sözleşme'nin 6 §§ 1 ve 3 (d) maddesi kapsamındaki haklarının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME,

1. Hükümetin, başvuranın tanık A.'yı sorgulama hakkından feragat ettiğine ilişkin ön itirazını oy çokluğuyla *onamaya* ve başvuranın duruşmasında tanık A.'nın bulunmadığına ilişkin şikâyetin *kabul edilemez olduğuna*;
2. Oy birliğiyle, gizli çekilen kamera kaydının izlenmesine ilişkin olarak Sözleşme'nin 6 §§ 1 ve 3 (b) maddesinin *ihlal edilmediğine*;
3. İkiye karşı on beş oyla, tanıklar B. ve K. ile ilgili olarak Sözleşme'nin 6 §§ 1 ve 3 (d) maddesinin *ihlal edilmediğine*;

İşbu karar İngilizce ve Fransızca dilinde tanzim edilmiş olup; Mahkeme İçtüzüğü'nün 77 §§ 2 ve 3 maddesi uyarınca 18 Aralık 2018 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

Lawrence Early
Jurisconsult

Guido Raimondi
Başkan

Sözleşme'nin 45 § 2 ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 74 § 2 maddesi uyarınca, bu karara, aşağıda yer alan ayrık görüşler eklenmiştir.

(a) Hâkim Bošnjak'ın kısmi ayrık görüşü

b) Hâkim Pinto de Albuquerque'nin sunduğu ayrık görüşü

G.R.

T.L.E.

HÂKİM BOŠNJAK'IN KISMİ MUHALİF GÖRÜŞÜ

1. Yargılamayı yürüten mahkemenin savunma tanığını dinlemeyi reddettiği durumların değerlendirilmesine uygulanan üç aşamalı testin düzenlenmesi konusunda çoğunlukla aynı fikirde olmama karşın (bk., mevcut kararın 158. paragrafı), yerel mahkemelerin (bundan böyle tutanak tanıkları olarak anılacak olan) B. ve K. adlı tanıkları dinlemeyi reddetmeleri hususunda Sözleşme'nin 6 §§ 1 ve 3 (d) maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varan çoğunlukla hemfikir olmadığımı üzümlere belirtmek isterim. Bu ayrik görüşte, (a) üç aşamalı testin unsurları ile ilgili tutumumu ve (b) bu unsurların somut davaya uygulanmasının neden ihlal tespitine yol açması gerektiğine dair gerekçeler sağlamayı amaçlamaktayım.

I. Üç aşamalı test

2. Savunma tanığını çağırma hakkı, bir bütün olarak Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma gerekliliklerinin temel unsurlarından birisidir. Mahkememiz, içtihadında, adil yargılanma hakkının, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanması için hiçbir gerekçe olamayacak ölçüde demokratik bir toplumda önemli bir yeri olduğunu vurgulamıştır.¹ Bu durum, 'asgari hak' olarak nitelendirilmeleri sebebiyle Sözleşme'nin 6 § 3 maddesi ile güvence altına alınan haklar bakımından daha da geçerlidir. Bu hakların yanı sıra, Mahkeme, başta bir kişinin davasını mahkemeye sunma ve duruşmaya etkin bir şekilde katılma hakkı,² silahların eşitliği ve kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı³ olmak üzere, adil yargılanma kavramı için temel kabul edilen diğer bazı hakları Sözleşme'nin

1. Bk., *Perez/ Fransa* [BD], no. 47287/99, AIHS 2004-I.

2. Bk., örneğin, *Stanford /Birleşik Krallık*, 23 Şubat 1994, A Serisi no. 282-A.

3. Bk., örneğin, Mahkemenin, susma hakkının, 6. madde kapsamında adil yargılanma kavramının temelinde yer aldığını belirttiği *Saunders/Birleşik Krallık kararı*, 17 Aralık 1996, Karar ve Hüküm Derlemeleri 1996-VI.

6 § 1 maddesi kapsamında yorumlamıştır. Sonuç olarak, 6 § 3 (d) kapsamındaki hak, kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanmamalı ve adil yargılamanın diğer güvencelerinden ayrı tutulmamalıdır.

(a) Savunmanın tanığı sorgulama talebi

3. Bu davada Mahkeme tarafından oluşturulan üç aşamalı testte, ilk olarak, savunmanın tanık dinlenmesi talebinin yeterince gerekçelendirilip gerekçelendirilmediği ve suçlamanın konusuyla ilgili olup olmadığı sorulmaktadır. Kararın 160. paragrafında açıklandığı üzere, ilgililik kavramı, savunmanın yalnızca yargılamanın sonucunu etkileyebilecek tanıkları değil, aynı zamanda, makul bir şekilde savunmanın durumunu güçlendirmesi beklenebilecek diğer tanıkları çağırma taleplerini de kapsamaktadır. İlgililiğin daha geniş olan bu tanımını memnuniyetle karşılamaktayım. Özellikle, yargılamanın sonucu üzerindeki potansiyel etkileri veya suçlamanın içeriği ile olan ilişkileri (örneğin, sanığın dava ehliyeti, delillerin kabul edilebilirliği) kesin olmamasına karşın, sanık, yargılamanın gidişatını etkileyen belirli kararlardan yararlanabilmektedir.

4. Yargılamayı yürüten mahkemeden, savunma tarafından talep edilen delillerin tümünü incelemesi beklenemez. Bununla birlikte, ilgili mahkemenin, savunmanın taleplerine ilişkin karar verirken, diğer hususların yanı sıra, silahların eşitliği, etkin katılım ve susma hakkı gerekliliklerini dikkate alması gerekmektedir. Tanık dinlenmesi talebi sunulurken, savunma makamı, iddia makamı ile eşit düzeyde olmalıdır. Bu gereklilik, ayrıca, savunma tanıkların hazır bulunmasının iddia tanıklarının hazır bulunmasıyla aynı koşullarda güvence altına alınmasını öngören Sözleşme'nin 6 § 3 (d) maddesi hükmünden de kaynaklanmalıdır. Kuşkusuz, yerel mevzuat ve yerel mahkemelerin uygulamaları, savunma makamına talebinin ilgililiğini ortaya koyma ve iddia makamı için gerekenden daha geniş kapsamlı gerekçe sağlama konusunda bir yük getirmemelidir. Bazı hatta birçok hukuk sistemlerinde, iddia makamının, tanık dinlenmesi taleplerine (en azından ana

duruşmanın başlamasından önce) dayanak sağlamasının gerekmediği ve dolayısıyla bu durumun savunma taleplerinin ele alınmasında benzer bir yaklaşımı gerektirdiği kaydedilmelidir.

5. Yargılamayı yürüten mahkemenin sadece ilgili olan tanıkları dinlemesi gerektiği ve savunmanın, bu ayrik görüşün 4. paragrafındaki açıklamaya tabi olarak, bu konudaki taleplerine yeterli gerekçe sağlamasının beklenebileceği anlaşılabilir olmakla birlikte, ilgililik kavramı, tek başına ele alındığında, yargılamaların gidişatını veya sonucunu tersine çevirebilecek bu delil unsurlarıyla sınırlandırılmamalıdır. Bu noktada, okuyucunun dikkatini, Birleşik Devletler Federal Delil Kanunu'nun 401. maddesine çekmek istiyorum. İlgili maddede, (a) bir olguyu delil olmadan az çok olası kılma eğiliminde olması ve (b) olgunun eylemin tespitinde önemli olması hallerinde delilin ilgili olduğu öngörülmektedir. Bu, konuyla ilgili karşılaştırmalı bir ilham kaynağı işlevi görebilir.

6. İlke olarak, savunma, tanık dinlenmesi talebi sunarken, kanıtlamak istediği olguyu belirtmelidir (örneğin, kişinin suç mahallinde olmadığı iddiası (*alibi*), sanığa isnat edilen suçun kurucu unsurunun bulunmaması, iddia makamı tanığının güvenilir olmaması, sanığın eyleminin gerekçesi veya mazereti, iddia makamının ifadesinin kabul edilemezliği). Yukarıdaki örneklerde olduğu gibi, bu husus, yargılamaların ilerleyişi veya sonucu açısından genellikle açık ve muhtemel şekilde önem taşıyacaktır. Kuşkusuz, bu potansiyel illiyet bağının yeterince açık olmadığı durumlar olabilir (örneğin, tanık A.'nın tanık B.'yi tanınması). Bu tür durumlarda, savunmadan bu bağı kanıtlamak için ek bir çaba göstermesi beklenebilir.

7. Tanık dinlenmesi talebinin, bir olguyu bu delilin yokluğunda olduğundan az ya da çok daha olası kılma eğilimini ortaya koyması gerekmekle birlikte, bu bağlamda belirtilmesi gereken bir kısım noktalar bulunmaktadır:

(a) İlk olarak, silahların eşitliği ilkesi doğrultusunda, savunma makamının iddia makamına göre bu konuda daha ağır bir külfet taşımamasının gerektiği yinelenmelidir.

(b) Burada ortaya konulması gereken husus, bir olgunun kesin olarak tespitinden ziyade sadece olgunun olası olma eğilimidir. Örnek olarak: bir tanık, sorgulanmasının⁴, sanığın sadece meşru müdafaa amacıyla hareket ettiğini kanıtlamasının beklendiği durumlarda değil, aynı zamanda, sanığın meşru müdafaa amacıyla hareket etme olasılığını artırdığı durumlarda da yeterince ilgilidir. Belirli bir tanığın ifadesinin, yargılamalarda savunma lehine olacak bir sonuç veya en azından bir dönüşüm olması ihtimalini artırıp artırmayacağı değerlendirilirken, bir tanığın nasıl ifade vereceğini ve bu ifadenin mahkemenin ilgili olguya ilişkin değerlendirmesini nasıl etkileyebileceğine dair önceden tahminde bulunmanın imkânsız olduğu akılda tutulmalıdır. Bu husus, söz konusu tanığın daha önce (örneğin soruşturma aşamasında) dinlenmediği veya öngörülen ifadesinin içeriği hakkında herhangi bir yazılı beyan sunmadığı hallerde daha da geçerlidir.

(c) Sanığın savunma tanıklarını çağırma hakkı, davasını mahkeme önünde sunma hakkının bir ifadesidir. Savunmanın belirli bir kişinin tanık olarak dinlenmesi talebine ilişkin karar verirken, mahkeme, savunmanın, daha önce, söz konusu olguyu kendi ⁵ huzurunda ileri sürme olanağına sahip olup olmadığını ve/veya buna yönelik diğer eşdeğer veya hatta daha

4. Bu muhalif görüşte, tanığı kadın (İngilizce'de *female*) zamirini kullanarak ifade ettim ve sonuç olarak, "onun" (*her*) sorgulamasından veya dinlenmesinden bahsettim; buna karşın, bir sanığı ifade ederken, düzenli olarak, erkek (İngilizce'de *male*) zamirini kullandım ve sonuç olarak "onun" (*his*) haklarından bahsettim. Bu tercih, tamamen, muhalif görüşün okunabilirliği açısından yapılmıştır; zira haklar ile ilgili olarak, sürekli olarak farklı cinsiyet zamirlerine atıfta bulunulması görüşü daha az okunabilir hale getirecektir.

5. Örneğin, savunmanın, sanığın suç yerinde bulunmadığını doğrulayabilecek 10 kişinin olduğunu ve üç kişinin daha önce talebi üzerine dinlendiğini öne sürmesi halinde, bu bağlamda, diğer yedi kişinin dinlenmesine gerek olmayacaktır.

uygun seçeneklerin bulunup bulunmadığını değerlendirmelidir.⁶ Bu bağlamda, yargılamayı yürüten mahkemenin, sadece iddia makamının ifadelerine dayanarak, yani savunmanın belirli bir amaç için öne sürmek istediği tanık ifadelerini dinlemeden, ilgili olgulara ilişkin tespitlerine hâlel getirmemesi özellikle önem arz etmektedir. (Hâkim veya jüri olsun) yargılamayı yürüten mahkemenin, ana duruşma sırasında ilgili olgular bakımından hareketsiz kalmasını ve herhangi bir sonuca varmamasını beklemek mantık dışıdır. Bununla birlikte, iddia makamının delilleri her ne kadar güçlü ve ikna edici olursa olsun, bu zihinsel sonuçlar, yalnızca hazırlık niteliğinde kalmalı ve savunmayı, aynı veya başka ilgili olguları öne sürmekten ve yargılamanın gidişatını ve/veya sonucu tersine çevirme konumunda bulunmaktan alıkoymamalıdır.

(d) Davasını mahkeme önünde sunarken, savunmaya, öne sürmek istediği olguların seçimi ve bunları ne şekilde öne sürmek istediği de dâhil olmak üzere, taktiklerini⁷ belirlerken önemli ölçüde özerklik tanınmalıdır. Savunmanın bazı durumlarda amacı açık ve anlaşılır olsa da, durum mutlaka her zaman böyle değildir. İkinci belirtilen durumda, savunmadan talebinin tüm arka planını açıklamasının istenmemesi gerektiği vurgulanmalıdır.⁸ Ayrıca, savunmanın tanık dinlenmesi talebinin

6. Örneğin, bir olay sırasında orada olduğunu iddia edilen bir kişinin dinlenmesi, yalnızca olayın sonuçlarının yalnızca bir kısmını bildiği iddia edilen bir kişinin dinlenmesine göre, olayların seyrini tespit etmek açısından daha elverişli olacaktır.

7. Savunmanın özerkliğine yönelik argümanlar ile ilgili olarak, *Correia de Matos/Portekiz* [BD], no. 56402/12, 4 Nisan 2018 davasındaki ayık görüşüme atıfta bulunuyorum.

8. Savunmanın savunma tanıklarının dinlenmesi talebinin kapsamlı bir şekilde gerekçelendirilmesine yönelik her türlü beklenti, savunmanın açıklama yapması hususuyla, yani savunmanın mahkemede dinlenilecek ifadelerin arka planını ve bunlarla ilgili sahip olabileceği her türlü diğer bilgiyi açıklama göreviyle yakından ilişkilidir. Böylesi bir görev, başta susma hakkı ve masumiyet karinesi olmak üzere, ceza hukukunun temel ilkeleri açısından, uluslararası ceza mahkemelerinin hem teorisinde hem de uygulamasında son derece tartışmalıdır ve sorunlu olduğu değerlendirilmektedir. Bk., örneğin, A. L.-T. Choo, “‘Give Us What You Have’—Information, Compulsion and the Privilege against Self-incrimination as a Human Right” in P. Roberts and J. Hunter, *Criminal Evidence and Human Rights: Reimagining Common Law Procedural Traditions* (Hart: Oxford, 2012) (“Elinizdeki Materyalleri Bize Verin - İnsan Hakkı olarak Bilgi, Zorlama ve Kendi Aleyhinde Tanıklık Etmeme Hakkı”; P. Roberts ve J. Hunter, *Suç Delilleri ve İnsan Hakları: Genel Hukukun Usuli Geleneklerinin Yeniden Değerlendirilmesi* (Hart: Oxford, 2012); bk., ayrıca, Masha

gerekçelendirilmesi gerekliliği, susma hakkı ile dengelenmelidir. Sanığın, söz konusu delilin beraat etme ihtimalini neden artırabileceğini ayrıntılı bir şekilde açıklamasının gerektiği hallerde, bu, belirli durumlarda, yukarıda belirtilen haktan feragat edilmesini gerektirecektir. Özellikle, bu durum, sanığın kendisi dinlenmeden önce, yargılamaların daha erken aşamalarında meydana gelebilmektedir. Dolayısıyla, bu konuda her türlü aşırı gereklilikten kaçınılmalıdır.

Somut davadaki karar, ceza yargılamasına ilişkin bu belirli konuları ele almamaktadır. Delillere ilişkin kuralların öncelikle iç hukuk meselesi olması sebebiyle, bu durum, en azından belirli ölçüde, anlaşılabilir niteliktedir. Bununla birlikte, delillerin toplanmasında ve incelenmesinde, genellikle, Sözleşme ile güvence altına alınan insan haklarına ve temel özgürlüklerine değinilmesi nedeniyle, hem Mahkemenin içtihadının gelecekteki gelişimi hem de iç hukuk sistemlerinde bu karardaki ilkeleri uygulayan avukatlar için, dikkatlerini bu hususlara çekmenin faydalı olduğunu değerlendiriyorum. Yine de, bunlar, genel olarak, üç aşamalı testin ilk unsurunun makul ölçüde serbest bir şekilde uygulanması gerektiğini ortaya koymaktadır.⁹

Fedorova, *Disclosure of Information as an Instrument Ensuring Equality of Arms in International Criminal Proceedings* (Uluslararası Ceza Yargılamalarında Silahların Eşitliğini Sağlayan bir Araç olarak Bilgilerin Açıklanması): Mayeul Hiéramente, Patricia Schneider (editör) *The Defense in International Criminal Trials: Observations on the Role of the Defense at the ICTY, ICTR and ICC* (1st edition 2016) (Uluslararası Ceza Yargılamalarında Savunma: Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinde, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesinde ve Uluslararası Ceza Mahkemesinde Savunmanın Rolüne ilişkin Gözlemler (1. Baskı 2016)). Uluslararası içtihat için, bk., örneğin, eski Yugoslavya Ceza Mahkemesinin *Prosecutor/Tadić* davasındaki kararı (Savunmanın savunma tanığı ifadelerin sunulması talebine ilişkin karar, IT-94-I-T, 27 Kasım 1996).

9. Karşılaştırmız, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesinin, *Prosecutor/Krstić* davasındaki kararı (mahkeme celbi başvurusuna ilişkin karar, Dava no. IT-98-33-A, 1 Temmuz 2003, § 11).

(b) Yerel mahkemelerin değerlendirmesi ve gerekçesi

8. Üç aşamalı testin ikinci unsuru, yerel mahkemelerin, savunma tarafından talep edilen ifadelerin ilgililiğini değerlendirmelerini ve kararları için yeterli gerekçe sağlamalarını gerekli kılmaktadır. Çoğunluğun, mevcut kararın 162-66. paragraflarında bu unsura ilişkin yaptığı açıklamaya eklenecek fazla bir şey yoktur. Bununla birlikte, belirli bir konunun altını çizmek istiyorum: Sözleşme'nin 6 § 3 (d) maddesi kapsamındaki hakkın, adil yargılanmanın asgari güvencelerinden biri olması nedeniyle, yerel mahkemelerin savunmanın talebini reddederken sundukları gerekçenin, önemiyle orantılı olması gerekmektedir.

(c) Yargılamaların genel adilliği hakkında

9. Üç aşamalı testin üçüncü unsuru, yargılamaların genel adilliğini değerlendirmektedir. Bu unsur, Mahkemenin Sözleşme'nin 6 § 3 maddesi kapsamındaki şikâyetlerle ilgili güncel içtihadında kapsamlı bir kriterdir.¹⁰ Bunun mantıklı ve memnuniyet verici bir gelişme olmasına karşın, 6. maddenin yorumlanmasına ilişkin temel ilkenin adillik kavramı olduğu dikkate alındığında,¹¹ Mahkemenin içtihadı, adilliğin yalnızca usuli yönden mi ya da aynı zamanda esas yönünden de mi değerlendirilmesi gerektiği konusunda belirsizliğini korumaktadır. Başka bir deyişle: yargılamanın adilliği mi yoksa sonucun adilliği mi önemlidir – ya da her ikisi birden mi önemlidir?

10. Yargılamaların bir bütün olarak adil olması şartıyla küçük ihlallerin göz ardı edilmesinin makul olduğu durumlara ilişkin olarak genel adillik değerlendirmesi geliştirilmiştir.¹² Bu tür bir değerlendirmede, Mahkeme, bir

10. Bk., diğer kararlar arasında, *Ibrahim ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no. 50541/08 ve diğer 3 başvuru, 13 Eylül 2016; *Schatschaschwili/Almanya* [BD], no. 9154/10, AİHS 2015; *Simeonovi/Bulgaristan* [BD], no. 21980/04, 12 Mayıs 2017.

11. Bk., örneğin, *Kamasinski/Avusturya*, 19 Aralık 1989, Seri A no. 168; *Hadjianastassiou/Yunanistan*, 16 Aralık 1992, Seri A no. 252; ve *Vacher /Fransa*, 17 Aralık 1996, Raporlar 1996-VI.

12. Bk., örneğin, *Barberà, Messegué ve Jabardo/İspanya*, 6 Aralık 1988, Seri A no. 146.

aşamada sağlanan güvencelerdeki azalmanın, diğer güvencelerle ne ölçüde dengelenmiş olabileceğini incelemelidir.¹³ Mahkeme, içtihadında, yargılamaların adilliği kavramının bazı kurucu unsurlarını geliştirmiştir. Bunlar şu şekildedir: (a) silahların eşitliği;¹⁴(b) yargılamaların çekişmeli niteliği;¹⁵ (c) yargılamalara etkin katılım;¹⁶ (d) kararın gerekçeli olması şartı;¹⁷ (e) doğrudanlık ilkesi;¹⁸ (f) adaletin adil ve düzgün işleyişi görünümü;¹⁹(g) yasal kesinlik ilkesi.²⁰ Bu unsurlar, Sözleşme'nin 6. maddesi hükümleriyle açıkça öngörülen gerekliliklere ilişkin sınırlı listeyi tamamlamaktadır. Üç aşamalı testin ilk iki unsuru çerçevesinde, yukarıda, bazılarını kapsama alarak tartıştım.

11. Kuşkusuz öncü nitelikte olan ve diğer hususların yanı sıra, delillerin toplanmadığı iddialarının incelendiği belirli kararlarda, bu tür delillerin ispat değerine önemli bir ağırlık verilmiştir. Bu durum, adillik değerlendirmesine yönelik “usuli yaklaşım” ile çelişerek incelemeyi esasa ilişkin bir yaklaşıma daha yakın hale getirecektir. Örneğin, *İbrahim ve Diğerleri* ²¹kararında, yargılama öncesi aşamadaki usule ilişkin hataların ceza yargılamasının genel adilliği üzerindeki etkisini incelerken, Mahkeme, diğer hususların yanı sıra, delillerin kalitesine, zorlama derecesi ve niteliği dikkate alındığında delillerin elde edildiği koşulların güvenilirlikleri veya doğrulukları hakkında şüphe uyandırıp uyandırmadığına ve ayrıca, özellikle delillerin mahkûmiyete esas

13. Bk., örneğin, Pullicino/Malta (k.k.), no. 45441/99, AİHS 2000-II.

14. Bk., örneğin, *Bulut/Avusturya*, 22 Şubat 1996, Raporlar 1996-II; *Öcalan/Türkiye* [BD], no. 46221/99, AİHS 2005-IV; ve ayrıca Omkar Sidhu, *The Concept of Equality of Arms in Criminal Proceedings under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, 2017 (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Kapsamında Ceza Yargılamalarında Silahların Eşitliği Kavramı, 2017).

15. Bu ilke, silahların eşitliği ilkesiyle yakından bağlantılıdır. Bu ilke, her bir tarafın, ilke olarak, mahkeme kararını etkilemek amacıyla sunulan tüm deliller veya görüşler hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma imkanına sahip olmasını gerektirir - bk., *Meftah ve Diğerleri/Fransa* [BD], no. 32911/96 ve diğer 2 başvuru, AİHS 2002-VII.

16. Bk., örneğin, yukarıda anılan *Stanford/Birleşik Krallık*.

17. Bk., örneğin, *Ruiz Torija/İspanya*, 9 Aralık 1994, Seri A no. 303-A.

18. Bk., örneğin, *Cerovšek ve Božičnik/Slovenya*, no. 68939/12 ve 68949/12, 7 Mart 2017.

19. Bk., örneğin, *Borgers/Belçika*, 30 Ekim 1991, Seri A no. 214 B.

20. Bk., örneğin, *Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye* [BD], no. 13279/05, 20 Ekim 2011.

21. Bk., yukarıda anılan *İbrahim ve Diğerleri/Birleşik Krallık*.

ispatlayıcı delilin ayrılmaz veya önemli bir parçasını oluşturup oluşturmadığı olmak üzere, delilin kullanılma şekline ve davadaki diğer delillerin gücüne dikkat edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte, genel adillik değerlendirmesinin esasa ilişkin bu unsurları, yalnızca usule ilişkin olan çok sayıda unsurun gölgesinde kalmıştır. Bu durum, Sözleşme kapsamındaki haklara aykırı olarak elde edilen delillerin kullanımına ilişkin şikâyetlerin incelenmesi bakımından söylenemez. *Bykov* kararında,²² Mahkeme, delilin elde edildiği koşulların güvenilirliği veya doğruluğu hakkında şüphe uyandırıp uyandırmadığı ve sanığın mahkûmiyetini destekleyici delillerin bulunup bulunmadığı da dâhil olmak üzere, delillerin kalitesine ilişkin herhangi bir şüphenin bulunup bulunmadığını incelemenin gerekli olduğunu vurgulamıştır. Bu yaklaşım, yukarıda belirtilen karar öncesinde ve sonrasında eleştirilmiştir.²³

12. Mahkemenin bu husustaki içtihadının tutarsız olduğu ve Büyük Dairenin, bu kararda, bu bağlamdaki tutumunu açıklığa kavuşturma fırsatından yararlanmadığı geçerliliğini korumaktadır. Mahkemenin, adalete ve adillığe ilişkin belirli bir hukuki teorisinin yanında yer almaması tamamen anlaşılabilir olsa da, yaklaşımın usuli kalması gerektiğini ve sonucun adillığına ilişkin herhangi bir değerlendirmeden mümkün olduğunca kaçınması gerektiğini öne sürmek istiyorum. Buna ilişkin gerekçeler çeşitli yönlerde sahiptir. İlk olarak, Sözleşme'nin 6 § 3 maddesi kapsamındaki şikâyetlerin karara bağlanmasındaki kapsamlı unsur, yargılamaların sonucu değil, yargılamaların (genel olarak) adillığıdır. İkinci olarak, bu durum, 6. maddenin temel usuli hakları güvence altına aldığı yönünde mantıklı bir sonuçtur. Öte yandan, Sözleşme veya Protokolleri kapsamında, ceza yargılamalarında belirli bir sonucu güvence altına alan herhangi bir hak mevcut değildir. Üçüncü olarak, Mahkeme tarafından sürekli olarak

22. *Bk., Bykov/Rusya* [BD], no. 4378/02, 10 Mart 2009.

23. Genel bir değerlendirme için, bk., *Dragoş Ioan Rusu /Romanya*, no. 22767/08, 31 Ekim 2017 davasında Hakim Pinto de Albuquerque ile olan müsterek mutabık görüşüm.

vurgulandığı üzere, Mahkeme, dördüncü derece mahkemesi değildir ve ilke olarak, maddi hatalara ilişkin konuları karara bağlamaz.²⁴ Sonuç olarak, Mahkeme, belirli bir yerel ceza yargılamasında sanık aleyhine sunulan delillerin yeterli, güvenilir veya doğru olup olmadığını ve sanığın mahkûmiyetinin adil olup olmadığını değerlendiremez. Mahkeme, bunun yerine, ceza yargılamalarının genel olarak adil olup olmadığını doğrulayabilir. Bu muhalif görüşün 10. paragrafında açıklanan adillik kavramının kurucu unsurları, faydalı bir ilham kaynağı teşkil edebilir.

II. Üç aşamalı testin somut davaya uygulanması

(a) Başvuranın talebinin arka planı

13. Somut davanın koşullarına bakıldığında, bizler, başvuranın, en azından 12 Ekim 2004 tarihinde soruşturma sırasında sunduğu yazılı talebinden, polis merkezindeki arama sırasında çantasında bulunan plastik patlayıcıların, çantasına polis tarafından yerleştirildiğini öne sürdüğünü görüyoruz. Başvuran, yargılama sırasında, hakkındaki suçlamaları reddetmiş ve patlayıcıların yerleştirildiği iddiasını sürdürmüştür. Başvuran, polis merkezindeki olayların seyrini ayrıntılı bir şekilde anlatmıştır. Başvuranın olaylara ilişkin anlatımı, özellikle arama başlamadan önce, başvuranın çantasını ve ceketini başka bir odada tek başına bırakıp bırakmadığı noktasında, polis memurları tarafından sunulan anlatımdan önemli ölçüde farklılık göstermiştir.

14. İlk derece mahkemesi önündeki yargılamalarının tamamlanmasından dört gün önce, 13 Ocak 2005 tarihinde, başvuranın avukatlarından biri, diğer avukatıyla birlikte, plastik patlayıcıların yerleştirilip yerleştirilmediğinin tespit edilmesi amacıyla, başvuranın çantasının aranması sırasında hazır bulunan tutanak tanıklarının çağırılması talebinde bulunmuştur. Savunmasını

24. Bk., örneğin, *Gäffgen/Almanya* ([BD], no. 22978/05, AİHS 2010.

yaparken geri planda kalmaktan rahatsız olduğu görülen başvuran, patlayıcıların aramadan önce polis memurları tarafından yerleştirildiğini vurgulamaya ve tutanak tanıklarının çağırılması konusunda ısrar etmemeye karar vermiştir. Bununla birlikte, başvuran, avukatları ısrar ettiği takdirde söz konusu tanıkların sorgulanmasını kabul etmiştir.

(b) İlk unsur: başvuranın talebi

15. Usule ilişkin bu durumu üç aşamalı testin ilk unsuruna (tutanak tanıklarının dinlenmesi talebinin yeterince gerekçelendirilip gerekçelendirilmediği ve suçlamanın konusuyla ilgili olup olmadığı) tabi tutarken, ilk olarak, başvuranın patlayıcıların yerleştirildiği yönündeki iddiasının, hakkındaki ceza yargılamalarında savunmasının özünü oluşturduğu gözlemlenmektedir. Başvuran, aramanın yürütülme şekli hakkında şüphe uyandırmayı başarsaydı, bu durum, muhtemelen, bu belirleyici delilin kabul edilebilirliğini etkileyecek ve aleyhindeki suçlamaların güvenilirliğini zedeleyecekti. Başvuranın avukatlarının talebinde, açık bir şekilde, ilgili avukatların tespit etmek istedikleri ve davanın ilerideki gidişatı veya sonucu için önemli olabilecek olgu (yani patlayıcıların yerleştirilmesi) belirtilmiştir.

16. Başvuranın olaylara ilişkin anlatımı, ilk bakışta (*prima facie*) güvenilir olmadığı gerekçesiyle reddedilemez. Başvuran, büyük ölçüde belirsiz ve tartışmalı kalan koşullarda ve gerekçelerle durdurulmuştur. Polis memurlarının bu hususa ilişkin ifadeleri önemli ölçüde farklılık göstermiş ve hukukun üstünlüğü ile düzenlenen “durdurma ve arama” durumlarına ilişkin kriterlerle pek bağdaşmamıştır. Polis memurlarına göre, başvuran “başıboş yürüdüğü için” (polis memuru P.) veya “hızlı yürüdüğü için” (polis memuru S.) durdurulmuştur. Bazı polis memurları, başvuranın “nereye gitmekte olduğu belli olmadığı için”, “Kafkas kökenli olduğu için” ve “siyah giysiler giydiği için” durdurulduğunu belirtmişlerdir. Kanaatimce, başvuranın yakalanmasında ve aranmasında yer alan beş polis memurundan yalnızca

birinin belirttiği gibi, muhtemelen kabul edilebilir olan tek gerekçe, başvuranın “aranan bir kızın eşkâline benzemesi”dir. Bununla birlikte, daha sonra, bizzat polisler tarafından, başvuranın aranan kişi olmadığı tespit edilmiştir. Başvuranın, Mahkeme önünde, yakalama hakkında şikâyetle bulunmamasına karşın, bu koşullar, polislerin bu davada iyi niyetle hareket edip etmedikleri konusunda şüphe uyandırmaktadır. Bu şüphe, kendi başına, özellikle güvenilir olmadığı görülen polis anlatımlarıyla ortadan kaldırılmamıştır. Polislerin anlatımına göre, polis memurları, Moskova caddesinde bir kadını zorlayıcı bir sebep olmaksızın tesadüfen durdurarak onu polis merkezine götürmüşler ve çantasında arama yapmışlardır (yine söz konusu durumla ilgili hiçbir zorlayıcı sebep olmaksızın) ve çantada iki paket patlayıcı madde bulmuşlardır. Bu olaylar seyri, ya fantastik bir tesadüf ya da ciddi polislerin görevlerini kötüye kullandıklarından şüphelenilmesi gerektiğine dair bir göstergedir.

17. Kanaatimce, başvuranın anlatımı ile polis memurlarının anlatımları arasındaki karşıtlık, bazı paralel olgularla birleştirilmelidir. Başvuranın, çantasının aranmasından sonra, rutin bir test olmasına rağmen patlayıcı artığı için incelenmemiş olması ihtilaf konusu değildir. Benzer şekilde, patlayıcıları içeren folyo, başvuranın veya başka bir kişinin parmak izi veya DNA’sı açısından hiçbir şekilde incelenmemiştir. Bu ihmaller için herhangi bir açıklama yapılmamıştır; bununla birlikte, (eğer varsa) başvuranın tam olarak rolünü açıklığa kavuşturmak ve olası suç ortaklarını araştırmak için iyi niyetli bir soruşturma ile bu adımların atılması makul bir şekilde beklenebilirdi. Zira 21 yaşındaki bir kadının tek başına terör saldırısı düzenleme ihtimali oldukça düşüktür. Bunun yerine, polis memurları, - başvurana göre bir süre tek başına bıraktığı - cekette ve çantada artık incelemesi yapmışlardır. Polis memurlarının, başvuranın ceketinin ve çantasının her zaman yanında olduğunu ileri sürerek başvuranın çantasının aranmasından önce fotoğrafının çekilmesi ve parmak izlerinin alınması için başka bir odaya götürüldüğünü inkâr etmelerine karşın, başvuranın bu noktaya ilişkin anlatımı mutlaka ilk

bakışta (*prima facie*) inanılmaz değildir: polis anlatımında, başvuranın kimlik kontrolü için polis merkezine götürülmesi sebebiyle, parmak izi alınması ve fotoğraf çekimi, en mantıklı ilk adım olacaktır. Polis tarafından fotoğraf çekimi, genellikle, şüpheli ceket giymeden veya çanta taşımadan yapılmaktadır.

18. Bu koşulları anlatırken amacım, plastik patlayıcıların aslında polis tarafından yerleştirildiğini ortaya koymak değil (bu, her halükarda, Mahkememizin rolüyle bağdaşmayacaktır), başvuranın savunması tarafından öne sürülen olgunun ilgili olduğunu ve daha fazla soruşturma için bazı güvenilir gerekçelere sahip olduğunu göstermektir. Tutanak tanıklarının sorgulanmasının, delillerin yerleştirildiği iddiasını daha olası hale getirip getirmeyeceği değerlendirilirken, savunmanın, sadece ana duruşmada değil, aynı zamanda temyiz başvuruları sırasında, denetim incelemesi kapsamında sundukları şikâyet ve ayrıca Mahkeme önündeki yargılamalarda bu belirli noktaya ilişkin ayrıntı sağlamadıkları gözlemlenebilmektedir. Ayrıca, başvuranın kendisi de, müdahalesiyle, talebin ilgililiği hakkında şüphe uyandırmıştır. Bu, kuşkusuz, başvuranın Mahkememiz önündeki davasındaki zayıf bir noktadır. Buna karşın, başvuranın usuli durumunun özellikleri akılda tutulmalıdır.²⁵ Savunma, başvuranın iddiasını kanıtlayacak herhangi bir alternatif delile sahip değildi. Yerel mahkemenin yakalama ve aramada yer alan polis memurlarını dinlediği ve iddia makamının, polis memurlarını, ilgili koşullarına ilişkin olarak ana duruşmada sorguladığı doğru olmakla birlikte, polis memurları Sözleşme'nin 6 § 3 (d) maddesi anlamında sadece iddia tanığı değil, aynı zamanda bu belirli hususta savunmaya karşı ilk bakışta (*prima facie*) hasım olan kişilerdi. Başvuranın iddialarının doğru olduğu hipotezinin doğru olduğu varsayılırsa, polis memurlarının delilleri

25. Polis suistimali iddialarının incelenmesi hakkında, bk., örneğin, David N. Dorfman, *Proving the Lie: Litigating Police Credibility (Yalanı Kanıtlamak: Polisin Güvenilirliğine Karşı Dava Açmak)*, 26 Am.J.Crim.L. 455 (1999), <http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/533/>.

yerleştirdiklerini kabul etme ihtimali nedir? Delillerin yerleştirildiğine dair iddiaları, sadece böylesi bir suistimalden sorumlu olabilecek kişileri dinleyerek doğrulamak mantık dışıdır. Hiçbir mahkeme, bir sanık hakkında, salt suçunu inkâr ettiği gerekçesiyle beraat kararı vermez. Savunma taleplerinin değerlendirilmesinde kilit nokta eşit muamele ise, bu talepler, yalnızca polisin savunmanın iddialarını inkâr ettiği gerekçesiyle reddedilemez. Dolayısıyla, çoğunluğun, savunmanın tutanak tanıklarının dinlenmesi talebinin ilgililiğini reddederken, polis memurlarının sorgulanmasını önemli bir unsur olarak vurgulamasını şaşırtıcı bulmaktayım (bk., kararın 170. paragrafı).

19. Savunmanın talebinin yeterince gerekçeli olup olmadığı incelenirken, tutanak tanıklarının soruşturma sırasında sorgulanmadıkları ve savunmanın ileri sürebileceği veya dayanabileceği hiçbir yazılı beyanda bulunmadıkları dikkate alınmalıdır. Bu koşullar altında, bu tanıkların olası ifadelerinin tam içeriği hakkında tahminde bulunmak imkânsızdı. Bununla birlikte, tutanak tanıklarının, başvuranın çantasının arandığı koşulların ve aramanın hemen öncesinde meydana gelen olaylar dizisinin farkında olduklarını varsaymak mantıklıydı. Bu koşullar herhangi birinin başvuranın anlatımının (doğru olma) olasılığını artırıp artırmayacağı, yalnızca (ilgili tanıkların) ifadeleri dinlendikten sonra gerçekleştirilebilecek olan, olgulara ilişkin bir değerlendirmeyeyle belirlenebilirdi.

(c) İkinci unsur: yerel mahkemelerin değerlendirmesi ve gerekçesi

20. Yerel ilk derece mahkemesi, tutanak tanıkların dinlenmesi talebini reddetmiştir. Üç aşamalı testin ikinci unsuru kapsamında, yerel ilk derece mahkemesi, bu karar için yeterli gerekçe sağlamakla yükümlüydü. Bununla mahkeme, ilgili mahkeme, duruşmada veya daha sonraki kararda hiçbir gerekçe sağlamamıştır. Yüksek Mahkemenin bu konuda bazı gerekçeler sağladığı doğru olmakla birlikte, bu gerekçelerin uygun ve yeterli olduğu noktasında maalesef çoğunlukla aynı görüşü paylaşamıyorum.

21. Mevcut kararın 67. paragrafında görüldüğü üzere, Yüksek Mahkeme, (a) başvuranın kendisinin patlayıcıların tutanak tanıkları gelmeden önce çantasına yerleştirildiğini iddia etmesi; (b) savunmanın tutanak tanıklarını dinlenmesinin reddedilmesinden sonra hiçbir itirazda bulunmaması; (c) savunmanın tanık dinlenmesi için ek talepte bulunmaması nedeniyle tutanak tanıklarının bizzat hazır bulunmalarının gerekli olmadığını değerlendirmiştir. Başvuranın avukatlarının talebine karşı tepkisi, aslında davasına yardımcı olmaktan uzak olsa da, Yüksek Mahkemenin başvuranın ifadesine ilişkin anlatımı, gerçek içeriğiyle örtüşmemektedir. Özellikle, başvuran, patlayıcıların tutanak tanıklarının gelmesinden önce değil, arama başlamadan önce yerleştirildiğini iddia etmiştir. Bu fark önemlidir. Ayrıca, yukarıda 18. ve 19. paragraflarda özetlenen gerekçelerle, başvuranın müdahalesine rağmen, talebin ilgili olduğunu değerlendirmek için yeterli gerekçeler mevcuttu.

22. Yüksek Mahkeme tarafından ileri sürülen ilk gerekçe, mahkeme salonunda olayların gerçek seyrini yansıtmamakla birlikte, diğer iki gerekçe, daha fazla inandırıcı değildir. Adli yargılamaya taraf olanların, karşı tarafın taleplerine veya mahkeme tarafından öngörülen bir tedbire itiraz etmesi beklenebilirken, yargılamalar sırasında mahkemenin usuli bir kararına karşı itirazda bulunulmasını düşünmek zordur: genellikle, bu tür kararlara ilgili hukuk yollarında “itiraz edilmektedir”. Mahkeme, bu özel durumda böylesi bir hukuk yolundan haberdar edilmemiştir. Son olarak, başvuranın savunmasının elinde delillerin yerleştirildiğine dair iddiayı destekleyecek başka bir delil olmadığı dikkate alındığında, Yüksek Mahkemenin savunmanın tanık dinlenmesi için ek taleplerde bulunması gerektiğine dair beklentisi, ikna edici güce sahip değildir. Özetle, Yüksek Mahkeme tarafından sağlanan gerekçenin yetersiz olduğu ve sonuç olarak, somut davada yerel mahkemelerin karar verme sürecinin, üç aşamalı testin ikinci unsurunu geçmediği kanaatindeyim.

(d) Üçüncü unsur: Yargılamaların genel adilliği

23. Kanaatimce, çoğunluğun genel adillik değerlendirmesi oldukça geniştir. Ayrıca, çoğunluk, dikkatini, önemli ölçüde, başvuranın mahkûmiyetine esas olan delillerin gücüne ve miktarına yoğunlaştırmıştır. Bu ayrik görüşün 12. paragrafında özetlediğim gerekçelerle, böyle bir yaklaşımdan kaçınılması gerektiğine inanıyorum. Bu kararın 149. paragrafında haklı olarak vurgulandığı üzere, Mahkemenin mevcut delillerin bir başvuranın mahkûmiyeti için yeterli olup olmadığına karar vermesi uygun değildir.

24. Çoğunluk, ayrıca, adillik değerlendirmesinde, yargılamaları bir bütün olarak adil kıldıklarını değerlendirdiği usule ilişkin bazı unsurları vurgulamıştır. Çoğunluğun bu konudaki bazı argümanlarına katılmakla birlikte, yukarıdaki tüm gerekçelerle, bu davadaki belirleyici delilin yerleştirilip yerleştirilmediği konusundaki önemli nokta ile ilgili olarak, başvuranın, yerel mahkemeye, ilgili tüm argümanları ve delilleri sunmasının engellendiğine ve yerel mahkemelerin ise bu belirli iddiayı yeterli bir şekilde incelemediklerine dair kanaatimi sürdürüyorum. Başvuranın yakalandığı ve arandığı koşullar ile beraber başvuranın iddialarının önemi dikkate alındığında, bu eksiklik, diğer konular hakkında yargılamaların doğru bir şekilde yürütülmesiyle giderilememiş veya dengelenememiştir. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 6 §§ 1 ve 3 (d) maddesinin ihlal edildiği kanaatindeyim.

HÂKİM PINTO DE ALBUQUERQUE'NİN MUHALİF GÖRÜŞÜ

1. *Murtazaliyeva* kararı, doğrudanlık ilkesinin Mahkeme içtihadında yeniden zemin kazanması için altın bir fırsattı. Maalesef, tam tersi meydana gelmiştir. Başvuranın tanık A'nın hazır bulunmaması hakkındaki şikâyeti ile

ilgili olarak Hükümet tarafından ileri sürülen ilk itirazı reddediyorum. İlk itirazın bir kenara bırakılmasının ardından, iki aşamalı *Perna* testinin²⁶ ilk anlamına ve yeniden ele alınan üç aşamalı *Murtazaliyeva* versiyonuna yoğunlaşılacak ve bu kapsamda, bu aşamaların her biri ayrı ayrı analiz edilecektir. Bu testin mantıklı, felsefi ve hukuki bir eleştirisi ve en önemlisi, “genel adillik” değerlendirmesi, somut davada, savunma tanıklarının hazır bulunmamasına ilişkin tespitlerimin temelini oluşturmaktadır. Buna dayanarak, hazır bulunmayan tanıklar olan A., B. ve K. ile ilgili olarak Sözleşme’nin 6 § 3 (d) maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktayım.

Hükümet tarafından sunulan ilk itiraz

2. Hükümet, savunmanın tanık A.’yı yargılama sırasında sorgulama haklarından feragat ettiklerini ileri sürmektedir. Başvuranın ve avukatlarından birinin, A.’nın ifadesinin okunmasına itiraz etmediklerini beyan ettikleri ve ikinci savunma avukatının bunu kabul ettiği doğrudur. Bununla birlikte, başvuran ve avukatları, mahkeme başkanı tarafından A.’nın işle ilgili bir görevde olduğu ve bu nedenle mahkemede hazır bulunamayacağı konusunda bilgilendirildikten sonra bu şekilde beyanda bulunmuşlardır. Bu Mahkeme önünde, yargılamayı yürüten mahkemeye sunulan söz konusu bilgiye ilişkin hiçbir kaynak sunulmamıştır. Yargılamayı yürüten mahkemenin tanık A.’yı bizzat dinlememeye karar verdiği tarihte, mahkeme, tarafların son beyanlarını hazırlamalarına imkân sağlamak üzere duruşmayı ertelemiştir. Son olarak, yargılamaların çabukluğunu sağlama gerekliliği, tanık A.’nın yargılama sırasında sorgulanmasına izin verilmemesi için bir gerekçe teşkil etmemiştir. Bu koşullar altında ve tanık A.’yı sorgulama hakkından feragate doğrudan atfın yokluğunda, savunmanın

26. *Perna/İtalya* [BD], no. 48898/99, AİHS 2003-V.

tutumunu ifade etme şekli, Sözleşme'nin 6 § 3 (d) maddesi kapsamında kesin bir feragat olarak yorumlanamaz.²⁷

3. Nitekim başvuranın, temyiz başvurusunda, yargılamayı yürüten mahkemenin A.'nın sorgulanması talebine ilişkin karar vermediğine ve A.'nın işle ilgili bir görev nedeniyle hazır bulunmamasıyla ilgili hiçbir delil sağlamadığına ilişkin argümanları, açık bir şekilde, savunmanın aslında A.'yı sorgulama haklarından feragat etmediklerini göstermektedir.²⁸ Aynı şekilde, temyiz mahkemesi sıfatıyla hareket eden Yüksek Mahkeme, açıkça, bu haktan feragat edildiğini değerlendirmemiştir. Yüksek Mahkeme, kararında, yalnızca savunmanın A.'nın ifadelerinin okunmasını kabul etmesine değil, aynı zamanda, A.'nın yargılamada hazır bulunmamasının gerekçelerine de atıfta bulunmuştur.²⁹

4. Ayrıca, çoğunluk, davanın, ilgili usuli güvencelerden feragat edilmesini engelleyecek kamu menfaati meselelerini gündeme getirdiğini kanısında değildir.³⁰ Taraflar arasındaki ihtilafın önemli noktalarının birinin, başvuranın iç hukuk yargılamalarında tuzağa düşürülme iddiasında bulunup bulunmadığı olduğunu gözlemlemekteyim. Bu nokta, Mahkemenin, başvuranın tanık A.'nın çağrılmaması ve dinlenmemesiyle ilgili şikâyeti hakkında Mahkeme tarafından yapılan incelemede ağır basmaktadır. Nitekim başvuranın avukatı U., son argümanların sunulması sırasında, “tüm bu ceza davasının, kolluk görevlileri tarafından Murtazaliyeva'ya karşı kurulan bir tuzak olduğunu” açıkça belirtmiştir.³¹ Bu beyan, mevcut tüm dava materyallerinin arka planına karşı bakıldığında uygun bir şekilde öne sürülmüş bir tuzağa düşürülme iddiası olarak yorumlanmalıdır. Bu durum, başvuranın yerel mahkemeler önündeki stratejisinin ve savunmasının, esasen,

27. Karşılaştırınız, *Makeyev/Rusya*, no. 13769/04, § 37, 5 Şubat 2009, ve *Khametshin/Rusya*, no. 18487/03, § 41, 4 Mart 2010.

28. Bk., bu kararın 63. paragrafı.

29. Bk., bu kararın 67. paragrafı ve karşılaştırınız, *Bocos-Cuesta/Hollanda*, no. 54789/00, § 66, 10 Kasım 2005.

30. *Hermi/İtalya* [BD], no. 18114/02, § 79, AİHS 2006-XII.

31. Bk., bu kararın 57. paragrafı.

masumiyetini ortaya koymak ve özellikle, plastik patlayıcıları el çantasına polisin yerleştirdiği iddiasında ısrar etmek olduğunu göstermektedir. Bu bağlamda, Hükümetin argümanının aksine,³² suç inkârının, polis kışkırtmasına dayanılmasını mantıksal olarak engellemediği vurgulanmalıdır. Ayrıca, kişinin kendini suçlamaya zorlanamaması (*nemo tenetur*) ilkesi uyarınca, bir sanık, masumiyet savunması ile tuzağa düşürülme savunması arasında seçim yapmaya zorlanmamalıdır. Bir sanık, eş zamanlı olarak, isnat edilen suçu işlemediğini (zira suç asla tamamlanmamıştır ya da başka bir kişi tarafından işlenmiştir) ve suçu işlemek için tuzağa düşürüldüğünü iddia edebilir.³³

5. Tuzağa düşürülme savunması yapılması ve tuzağa düşürülmeye dair ilk bakışta (*prima facie*) belirli delillerin bulunması nedeniyle, adli makamların, herhangi bir kışkırtmanın söz konusu olup olmadığını tespit etmek amacıyla ilgili olguları incelemeleri ve gerçeği açığa çıkarmak için gerekli adımları atmaları gerekirdi. Polis tarafından tuzağa düşürülmeye dair açık göstergeler ve tanık A.'nın polisin stratejisindeki kilit rolü dikkate alındığında, yargılamayı yürüten mahkeme, söz konusu tanığı sorgulama yükümlülüğü altındaydı. Yukarıdaki hususlar ışığında, Hükümetin itirazının dayanağının bulunduğu tespitinde bulunan çoğunluğa katılamıyorum.

İddia ve savunma tanıkları için çifte standartlar

6. Büyük Daire çoğunluğu, esasen, *Perna* kararından ³⁴ortaya çıkan ve iki aşamalı olduğu iddia edilen bir teste dayanmaktadır. *Perna* testi, ilk olarak, sanık tarafından ifadenin “gerçeğin tespiti” açısından ilgili olduğunu gösteren gerekçelendirilmiş bir talebi ve ikinci olarak, belirli bir tanığı çağırmayı reddetmenin, yargılamaların genel adilliğine zarar verdiğine dair delilleri

32. Bu kararın 108. paragrafı.

33. Karşılaştırınız, *Bagaryan ve Diğerleri/Rusya* (k.k.), no. 3343/06, § 5, 12 Kasım 2013, ve *Koromchakova /Rusya*, no. 19185/05, 13 Aralık 2016, §§ 17-20.

34. Bk., yukarıda anılan *Perna/İtalya*.

gerekli kılmaktadır. Sonuç olarak, yargılama sırasında iddia tanıklarının sorgulanmaması ile ilgili olarak Mahkeme tarafından *Al-Khawaja ve Tahery [BD]*³⁵ ve *Schatschaschwili [BD]*³⁶ kararlarında geliştirilen yasal standartlar, söz konusu davada geçerli değildir.³⁷

7. Sözleşme'nin 6 § 3 (d) maddesinde, hakkında bir suç isnadı bulunan herkesin, “iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında savunma tanıklarını” sorgulama hakkına sahip olduğu düzenlenmesine karşın, bir bireyin savunma veya iddia tanığı olarak sınıflandırılması, Mahkemenin uygulamasında farklı yasal standartlara yol açmaktadır. Sözleşme’de her iki türde tanığın “aynı koşullar altında” sorgulanmasının açıkça öngörüldüğü dikkate alındığında, böyleli çifte standartlar oldukça sorunludur.³⁸

8. Buna ek olarak, bu çifte standartların, bir tanığın yargılama sırasında ifade verebileceği veya ifade vermesinin istenebileceği çok sayıda koşulun bulunması karşısında sürdürülüp sürdürülemeyeceği oldukça tartışmalıdır. İlk olarak, bir tanığın sanık “lehine” veya “aleyhine” ifade veren tanık olarak (savunma tanığı veya iddia tanığı olarak) sınıflandırılması, iddia makamı tarafından öne sürülen bir tanığın sanık lehine ifade verdiği ve tam tersi, sanık tarafından talep edilen bir tanığın sanık aleyhine ifade verdiği durumlarda net

35. Bk., *Al-Khawaja ve Tahery/ Birleşik Krallık [BD]*, no. 26766/05 ve 22228/06, AİHS 2011.

36. Bk., *Schatschaschwili / Almanya [BD]*, no. 9154/10, AİHS 2015.

37. Mahkeme, her zaman bu ayrımda tutarlı değildir. *Pello/Estonya* (no. 11423/03, §§ 26 ve 30, 12 Nisan 2007) kararında, *Perna* kriterleri, iddia tanıklarına uygulanmıştır.

38. Bunlar, aynı zamanda, uluslararası ceza hukukuyla da bağdaşmamaktadır. Bk., *Prosecutor/Orić*, Dava No. IT-03-68-AR73.2, [Savunma Davasının Uzunluğuna İlişkin Ara Karar](#) (Temyiz Dairesi), 20 Temmuz 2005, para. 7-8; *Prosecutor/Karemera vd.*, Dava No. ICTR-98-44-AR15bis.3, [Mükerrer 15 \(D\) Maddesi Uyarınca Temyiz Başvurularına İlişkin Karar](#) (Temyiz Dairesi), 20 Nisan 2007, para. 27; *Prosecutor/Nyiramasuhuko vd.*, Dava No. ICTR-98-42-AR73, [Joseph Kanyabashi'nin Tanık Listesini Değiştirme Taleplerinin Reddine İlişkin 2. Dava Dairesinin 21 Mart 2007 tarihli Kararına Karşı Temyiz Başvurusu Hakkındaki Karar](#) (Temyiz Dairesi), 21 Ağustos 2007, para. 26; *Prosecutor/Karemera vd.*, Dava No. ICTR-98-44-AR73.14, [Mathieu Ndirumpatse'nin Dava Dairesinin 17 Eylül 2008 Tarihli Kararına Karşı Yaptığı Temyiz Başvurusu Hakkındaki Karar](#) (Temyiz Dairesi), 30 Ocak 2009, para. 29; *Prosecutor/Ngirabatware*, Dava No. ICTR-99-54-T, [Savunmanın 13 Temmuz 2011 tarihli Sözlü Kararın Yeniden Değerlendirilmesi veya Temyizi Başvurusunun Kabul Edilmesi Talebine ve Savunma Tanığı Listesinin Kısaltılmasına İlişkin Karar](#) (2. Dava Dairesi), 26 Ağustos 2011, para. 56.

bir uygulama değildir. İkinci olarak, bir tanığın hem sanık hem de savcı tarafından hazır bulunması talep edilebilir. Bu durumda, açıkçası, ne *Al-Khawaja ve Tahery* ve *Schatschaschwili* kriterleri ne de *Perna* kriterleri uygulanabilir olacaktır. Üçüncü olarak, bizzat mahkeme tarafından *re'sen* çağrılan bir tanık, bu ikili sınıflandırmaya uymayacaktır. Dördüncü olarak, yargılama öncesi aşamada iddia makamı tarafından sorgulanan ve savunma makamı tarafından yargılama sırasında ifadesi talep edilen bir tanık, yargılama sırasında ifade vermeyi reddedebilir veya ifade veremeyebilir.³⁹ Beşinci olarak, adli tanık, normalde bağımsız bir tanıktır ve sanığın ne “lehine” ne de aleyhine olan ifade vermeye çağrılır.

9. Koşulların çeşitliliği dikkate alındığında, Mahkeme içtihadında, ulusal hukuk kapsamındaki sınıflandırmalara bakılmaksızın, “tanık” terimi, Sözleşme sisteminde, özerk bir anlama sahiptir ⁴⁰ve bir tanığın ifadelerinin “önemli ölçüde” mahkûmiyete esas teşkil etmesi halinde, söz konusu tanık iddia makamı tanığı olarak kabul edilmektedir.⁴¹ Her bireysel davada, belirli bir tanığın hazır bulunmasını ve sorguya çekilmesini talep edenin iddia makamı mı yoksa savunma makamı mı olduğu sorulmaktadır ve bu soru, Mahkemenin değerlendirmesi için başlangıç noktası sağlamaktadır. Ancak bu, Mahkeme açısından belirleyici değildir. Mahkemenin değerlendirmesi, sanığın yerel mahkemelerce suçluluğunun tespitinde bir tanığın ifadelerinin yüksek ispat değerine (“önemli ölçüde”) bağlı olacaktır. Tanıkların nitelendirilmesine yönelik olan ve davanın esasına ilişkin tespitleri dikkate alan bu kriter, geriye dönük ve belirsiz niteliği nedeniyle yerel mahkemeler için önemli sorunlar gündeme getirmektedir. Bu mahkemeler için, bir tanığın yargılamaya çağrılmasının, dinlenmesinin ve çapraz sorguya tabi

39. Bu, *Cardot /Fransa*, no. 11069/84, Seri A no. 200 davasındaki durumdur.

40Bk., *Kostovski/Hollanda*, 20 Kasım 1989, § 40, Seri A no. 166, ve *Damir Sibgatullin /Rusya*, no. 1413/05, § 45, 24 Nisan 2012.

41Bk., *Lucà /İtalya*, no. 33354/96, § 41, AİHS 2001 II, ve *Kaste ve Mathisen/Norveç*, no. 18885/04 ve 21166/04, § 53, AİHS 2006 XIII. Başvuran, “belirli bir tanığın ifadelerinin esası dikkate alındığında daha esnek yaklaşım” çağrısında bulunurken bu içtihadı göz ardı etmiştir ...” (başvuranın 20 Kasım 2017 tarihli görüşleri, para. 24).

tutulmasının gerekip gerekmediğini değerlendirmek için yapılan test, açık olmalı ve önceden yapılmalı ve ilgili mahkemenin bu tür bir delilin alınması talebini değerlendirmesinin istendiği kronolojik noktaya dayanmalıdır.⁴²

10. Somut davanın koşulları bu konuda açıklayıcıdır. A.'nın iddianamede, ilk başta, 13 iddia tanığından biri olarak ve ayrıca savunma tanığı olarak yer almasına rağmen, iddia makamı tarafından çağrılmadığını; buna karşın, A.'nın ifadesinin, diğer delillerin yanı sıra, başvuranın mahkûmiyetine esas alındığını kaydetmekteyim. A.'nın yargılama öncesi verdiği, yargılama sırasında okunan ve yerel mahkemelerin kararlarında atıfta bulunan ifadeleri olgusal iddialar içermekle birlikte, mahkemeler A.'nın ifadelerini diğer tanıkların ifadeleriyle karşılaştırmamıştır. Buna karşın, A. yerel mahkemelerce savunma tanığı olarak değerlendirilmiştir, zira hem yargılama öncesi aşamada hem de yargılama aşamalarında A.'nın sorgulanmasını savunma makamı talep etmiştir.

11. Buna ek olarak, tanıklar B. ve K. iddia makamı tarafından öne sürülmesine rağmen, bu tanıkların ifadelerine dayanmak isteyen taraf iddia makamı olmuştur.⁴³

12. Bu giriş noktasını özetlemek gerekirse; Mahkemenin sanık lehine ve aleyhine tanıklık eden kişilerin muamelesine yönelik çifte standartları ve bu standartların dayandığı iddia tanığı kavramının geriye dönük ve kesin olmayan niteliği, Sözleşme'nin lafzıyla ve ruhuyla çelişmekte, yerel mahkemeler için gereksiz, uygulamaya ilişkin zorluklar oluşturmakta ve açıklık ve kesinliğin büyük önem taşıdığı bir hukuk alanında gereksiz belirsizliğe neden olmaktadır.

42. Bu, ayrıca, uluslararası ceza mahkemelerinin de standardıdır. Bk., *Prosecutor/Ngirabatware*, Dava No. ICTR-99-54-T, [Savunmanın 13 Temmuz 2011 tarihli Sözlü Kararın Yeniden Değerlendirilmesi veya Temyiz Başvurusunun Kabul Edilmesi Talebine ilişkin ve Savunma Tanığı Listesinin Kısaltılmasına ilişkin Karar](#) (2. Dava Dairesi), 26 Ağustos 2011, para. 47.

43. Bu kararın 137-138. paragrafları.

Asıl *Perna* testi

13. *Perna* yaklaşımı, savunma ve iddia makamı tanıkları arasında, sadece hangi tarafın tanıkların yargılamayı yürüten mahkemenin önünde sorgulanmasını talep ettiğine dayalı olarak ve her bireysel tanık tarafından verilecek ifadenin özüne bakılmadan yapılan kesin bir ayrıma dayanmaktadır.

14. Asıl *Perna* testinde, savunmanın tanık delili sunma talebinin değerlendirilmesine yönelik esasa ilişkin katı bir kriter tesis edilmiştir; bu kriter, “savunmanın ilgili tanıkların dinlenmesinin neden önemli olduğunu ve ifadelerinin gerçeğin tespiti açısından neden gerekli olduğunu açıklayarak talebini destekleme” yükümlülüğüne dayanmaktadır.⁴⁴ Çoğunluğun iddia ettiğinin aksine,⁴⁵ *Perna* kararı, “genel adillığe” ilişkin kapsamlı bir değerlendirmeyi gerekli kılmamıştır, zira adillik yalnızca Sözleşme’nin 6 § 1 (e) maddesi yönünden ve delillerin elde edilme şekli bakımından değerlendirilmiştir. *Perna* kararının ilgili kısmını hatırlatmak önemlidir:

“Mahkeme, ulusal makamlarının başvuranın taleplerini reddettiği kararların, Sözleşme’nin 6. maddesi uyarınca eleştiriye açık olmadığı kanaatindedir. Zira başvuran, belge niteliğinde delil sunma ve müştekinin ve tanıklarının ifadelerinin alınması taleplerinin, Caselli’ye isnat edilen belirli davranışın, fiilen oluştuğunu kanıtlamaya yardımcı olacağını ortaya koymamıştır. Dolayısıyla, bu açıdan bakıldığında, Caselli tarafından başvurana karşı açılan hakaret davasının, delillerin elde edilme şekli nedeniyle haksız olduğu değerlendirilemez.”⁴⁶

15. Bu nedenle, *Perna* kararının hem lafzı hem de ruhu ışıığında, yargılamaların genel adillığı, tanık çağırmanın reddedilmesinin, yargılamaların genel adillığıne halel getirdiğini gösterme konusunda başvurana yükümlülük getiren kapsamlı bir kriter değildir.⁴⁷ Bununla birlikte, *Perna* testi çok katıydı ve dolayısıyla, savunma için adil değildi. Bu

44. Bk., yukarıda anılan *Perna*, § 29.

45. Bk., bu kararın 141. paragrafı.

46. Bk., yukarıda anılan *Perna*, § 32.

47. Karşılaştırınız, *Guilloury/Fransa*, no. 62236/00, § 55, 22 Haziran 2006, ve *Erich Priebke /İtalya* (k.k.), no. 48799/99, 5 Nisan 2001.

testin, insan hakları yanlısı bir bakış açısıyla, yani, ceza yargılamasında delil elde edilmesine ilişkin Sözleşme ilkelerine daha yakın hale gelecek şekilde yeniden ele alınması gerekmektedir; ancak, aşağıda gösterileceği üzere, çoğunluk bunu yapmamıştır.

İlk *Murtazaliyeva* kriteri

16. Asıl *Perna* testi, katı bir şekilde oluşturulmuştur: savunma tanıklarının kabul edilmesine yönelik tesis edilen kriter, gerçeğin tespiti için “gerekli” olan delillere yöneliktir. Mahkemenin uygulaması, yıllar boyunca sağlanan çeşitli düzenlemelerle, delillerin “ilk bakışta (*prima facie*) ilgililiğine” ilişkin daha liberal bir kriterle başvurarak söz konusu katılığı yumuşatmıştır.⁴⁸ Çoğunluk, birbirinden farklı iki kriter arasında, halihazırda, "bir yargılamanın sonucunu etkileyebilecek" veya "makul bir şekilde savunmanın konumunu güçlendirmesi beklenebilecek" olan tanık kriterini tercih etmiştir.⁴⁹ İlk bakışta, çoğunluğun, daha esnek ve liberal kriteri tercih ettiği görülmektedir. Bu, aynı zamanda, çoğunluğun, savunma tarafından sağlanan sınırlı gerekçenin, testin ilk sorusunu olumlu olarak yanıtlamak için yeterli olabileceği yönündeki ek tutumuyla da ortaya konulmaktadır.⁵⁰ Bu tercih, ayrıca, bir başvuranın, olası tanığın gelecekteki yargılamayla ilgili açıkça belirlenmiş konularda büyük olasılıkla kendisine davasında önemli ölçüde yardımcı olacak bilgiler verebileceği kanaatine yönelik makul dayanak göstermesi gerektiğini öngören Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesinin içtihadıyla da uyumlu olacaktır.⁵¹

17. Çoğunluğun görünürde liberal olan bakış açısı, delillerin ilgililik veya gereklilik derecesi ile sınırlı değildir; bu bakış açısı, aynı zamanda, hem

48. Bk., bu kararın 143. paragrafı. Ancak bu durum, Mahkemenin, zaman zaman, “gerekliliğe” ilişkin eski formülü kullanmasına engel olmamıştır (bk., *Miminoshvili/Rusya*, no. 20197/03, § 122, 28 Haziran 2011).

49. Bk., bu kararın 160. paragrafı.

50. Bk., bu kararın 161. paragrafı.

51. Bk., bu kararın 73 ve 74. paragrafları.

yargılamanın sonucu hem de genel olarak “savunmanın durumu” ile ilgili olan delilleri içeren kapsamını da içine almaktadır. Bu, bariz bir sonuç doğurmaktadır. Bir savunma tanığının diğer delillerin hukuka uygunluğu, güvenilirliği ve inanılabilirliği ve aynı zamanda, sanığın davasında harekete geçen veya hareket geçmesi gereken hâkimlerin, savcılarının ve kolluk makamlarının davranışları da dâhil olmak üzere, kamu makamlarının davadaki davranışlarının hukuka uygunluğuna ilişkin her türlü ifadesi, nihayetinde yargılamanın sonucunu etkilemese dahi savunmanın durumunu güçlendirebilmektedir. Örneğin, başvuranın suçluluğunun tespit edilmesinde önemli bir rol oynamasa bile, bir sanığın bir suçu itiraf etmesi için kötü muameleye maruz bırakıldığı yönündeki iddiasını desteklemiş olabileceği iddia edilen bir tanığın çağırılması zorunludur.⁵² Bunun iki nedeni vardır: birincisi, Sözleşme’nin 3. maddesine aykırı olarak elde edilen delillerle ilgili olarak, bu tür delillerin kabulü mahkumiyetin sağlanmasında belirleyici veya çok önemli olmasa bile, Sözleşme’nin 6 § 1 maddesi kapsamında bir sorun ortaya çıkabileceği için işkence veya kötü muameleye ilişkin deliller, savunmanın durumunu etkileyebilmektedir; ⁵³ve ikincisi, hem savunma tanıklarının hem de iddia tanıklarının çağırılması talebinin değerlendirilmesine yönelik uygulanabilir kriter, yargılamayı yürüten mahkemenin tespitlerinden bağımsız olarak, ön (*ex ante*) kriter olmalıdır.

18. Aslında, çoğunluk, ilk kriteri çok liberal olmayan bir şekilde uygulamaktadır, zira çoğunluk, savunmanın tanık B. ve K.’nın hazır bulunmaları yönündeki talebini, “herhangi bir olgusal veya yasal argüman içermediği ve söz konusu tanıkların ifadelerinin savunma makamı açısından davayı nasıl makul bir şekilde güçlendirmesinin beklenebileceğine dair somut

52. Dolayısıyla, *Tarasov /Ukrayna*, no. 17416/03, 31 Ekim 2013, kararının 105. paragrafındaki kısmın sorunlu olduğu kanaatindeyim.

53. Bk., *Jalloh /Almanya* [BD], no. 54810/00, §§ 99 ve 108, 11 Temmuz 2006.

ayrıntılar vermediği” gerekçesiyle eleştirmektedir.⁵⁴ Bu noktaya daha sonra geri döneceğim.

İkinci *Murtazaliyeva* kriteri

19. Yerel mahkemelerin belirli bir kişinin ifadesinin ilgililiğini değerlendirip değerlendirmedikleri ve yargılamada bir tanığın sorgulanmaması kararı için yeterli gerekçeler sunup sunmadıkları konusu yeni bir konu değildir.⁵⁵ Nitekim bu konu, hâlihazırda, asıl *Perna* testinin kurucu bir unsurudur. Zira Mahkeme, bu davada, yerel mahkemelerin gerekçelerini değerlendirmiş ve “ulusal makamların başvuranın taleplerini reddettikleri kararların 6. madde kapsamında eleştiriye açık olmadığı” sonucuna varmıştır.⁵⁶ *Perna* davasında, tanığın reddedilmesinin gerekçesi, yargılamayı yürüten mahkemenin, doğru oldukları kanıtlanırsa dahi olguların yasal açıdan ilgili olmadıkları yönündeki yasal tespitidir.

20. Somut kararda, çoğunluk, ek olarak, yerel mahkemelerin gerekçelerinin, savunma makamı tarafından ileri sürülen gerekçelerle “orantılı”, yani kapsam ve ayrıntı düzeyi bakımından yeterli olmaları gerektiğini belirtmektedir.⁵⁷ Bu aldatici derecede basit olan kanaat, yasallık ilkesine tabi bir ceza yargılamasında ve hukukun üstünlüğüne dayalı bir Devlette yeterli değildir.

21. İlke olarak, yargılamayı yürüten mahkeme, ⁵⁸geçerli veya yeterli bir sebep olmaksızın bir savunma tanığını dinlemeyi reddedemez. Bu, aynı zamanda, *Al-Khawaja* ve *Tahery ve Schatschaschwili* ⁵⁹davalarında ortaya

54. Bk., bu kararın 171. paragrafı. Kararın 174. paragrafında, çoğunluk, “belirli yasal veya olgusal argümanlara” atıfta bulunmaktadır. 171. paragraftaki “özel” ve 174. paragraftaki “belirli” kelimelerinin aynı anlama gelip gelmediği açık değildir.

55. *Topić/Hrvatistan*, no. 51355/10, § 42, 10 Ekim 2013.

56. Yukarıda anılan *Perna*, § 32.

57. Bk., bu kararın 164. paragrafı.

58. *Vidal/Belçika*, 22 Nisan 1992, §§ 34 ve 35, Seri A no. 235-B.

59. Yukarıda anılan *Al-Khawaja* ve *Tahery*, §§ 120-125, ve yukarıda anılan *Schatschaschwili*, §§ 119-122.

konulduğu üzere, iddia makamı tanıklarını çağırmayı veya çapraz sorguya tabi kılmayı reddetmenin asgari kriteridir. Silahların eşitliğine dair esas ilke ile tesis edildiği üzere, savunma tanıklarına iddia makamı tanıklarından farklı muamele yapılamaz.⁶⁰ Savunma tanığının hazır bulunmaması için haklı veya yeterli bir sebep bulunmalıdır.⁶¹

22. Bu nedenle, yerel mahkemeler tarafından bir savunma tanığının çağrılmasına ilişkin talebin hiçbir gerekçe sağlanmadan reddedilmesi veya bu yönde yeterince gerekçelendirilmiş ve ilgili bir talep ile ilgili olarak sessiz kalmaları, mutlak surette, 6. maddenin ihlal edildiği tespitine yol açmaktadır.⁶² Gerekçeler, her bir tanığın durumunun kendine özgü koşullarıyla ilgili olmalıdır.⁶³ Bir savunma tanığının sanığın masumiyetini kanıtlayabilecek

60. Sözleşme ışığında bu ilkeye ilişkin olarak, bk., Omark Sidhu, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Uyarınca Ceza Yargılamalarında Silahların Eşitliği Kavramı* (The Concept of Equality of Arms in Criminal Proceedings under Article 6 of the European Convention on Human Rights), Cambridge, Intersentia, 2017; Summers, *Adil Yargılamalar: Avrupa Ceza Yargılaması Geleneği ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi* (Fair Trials: The European Criminal Procedure Tradition and the European Court of Human Rights), Oxford, Hart, 2007; Trechsel, *Ceza Yargılamasında İnsan Hakları* (Human Rights in Criminal Procedure), Oxford, Oxford University Press, 2005; ve Wasek-Wiaderek, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Uyarınca Ceza Yargılamasında "Silahların Eşitliği" İlkesi ve Seçili Avrupa Ülkelerinin Ceza Adaletindeki İşlevleri: Karşılaştırmalı bir Değerlendirme*, Leuven, Leuven Üniversitesi Yayınları, 2000 (The Principle of "Equality of Arms" in Criminal Procedure under Article 6 of the European Convention on Human rights and its Functions in Criminal Justice of Selected European Countries: A Comparative View, Leuven, Leuven University Press, 2000).

61. Bu, ayrıca, uluslararası ceza mahkemelerinin de içtihadıdır. Bk., *Prosecutor/Nyiramasuhuko ve diğerleri*, Dava No. ICTR-98-42-AR73, [Joseph Kanyabashi'nin Tanık Listesini Değiştirme Taleplerinin Reddine Dair 2. Dava Dairesinin 21 Mart 2007 tarihli Kararına yönelik Temyiz Başvurusuna ilişkin Karar](#) (Temyiz Dairesi), 21 Ağustos 2007, paragraflar 18-19; *Prosecutor/Karemera ve Diğerleri*, Dava No. ICTR-98-44-AR73.14, [Mathieu Ndirumpatse'nin Dava Dairesinin 27 Eylül 2008 tarihli Kararına yönelik Temyiz Başvurusuna ilişkin Karar](#) (Temyiz Dairesi), 30 Ocak 2009, paragraflar 19-21.

62. Yukarıda anılan *Vidal*, §§ 34 ve 35, *Popov/Rusya*, no. 26853/04, § 188, 13 Temmuz 2006, ve yukarıda anılan *Pello*, § 35. Dolayısıyla, *Dorokhov/Rusya*, no. 66802/01, 14 Şubat 2008, kararının 74. ve 75. paragraflarındaki kısmın kabul edilemez olduğu kanaatindeyim. Mahkemenin, yargılamayı yürüten mahkemenin, savunmanın "açıkça ilgili" olan iki tanığın çağrılması yönündeki talebini usulüne uygun bir şekilde incelememesini "üzücü" olarak değerlendirmesi, ancak ihlal tespitinde bulunmaması anlaşılabilir değildir. Mahkeme, hatalı bir şekilde, başvuran aleyhindeki deliller karşısında sorgulanmamış tanıkların ifadelerinin ispat değerini incelemiş ve hazır bulunmayan tanıkların ifadelerinin başvuranın beraat etmesine yol açmayacağı sonucuna varmıştır.

63. *Nechto/Rusya*, no. 24893/05, § 127, 24 Ocak 2012.

nitelikte olmaması, yalnızca sanığın masumiyetini kanıtlamak zorunda olmadığı gerekçesiyle ilgili tanığın sorgulanmaması için haklı bir neden değildir ⁶⁴. Sanığın, tanığın suçlama konusu olgular hakkında şüphe uyandıracak bir konumda olduğunu iddia etmesi yeterlidir.⁶⁵ Savunma tanığının hazır bulunmasını talep ederken, savunmanın, beraat dışında, sanığın başlangıçta isnat edilen suçtan daha hafif olan bir suçtan dolayı mahkûm edilmesi, hafifletici koşulları tespit edilmesi, iddia makamının davasının güvenilirliği hakkında şüphe uyandırılması gibi başka menfaatleri olabilir.

23. En önemlisi, yargılamayı yürüten mahkemenin bir savunma tanığını reddetme kararı için yalnızca haklı veya yeterli gerekçeler göstermesi gerekmemektedir; ilgili mahkemenin, aynı zamanda, sanık lehine olanlar hariç olmak üzere, söz konusu delillerin incelenmesinin sonucu hakkında önceden değerlendirme yapmasına izin verilmemelidir (*Verbot der Beweisantizipation*). Yargılamayı yürüten mahkeme, savunmanın talep ettiği delillerin elde edilip edilmeyeceğine karar verirken, bu delillerin incelenmesinin sanık lehine sonuçlanacağını varsaymak zorundadır. Bu açıdan, yargılamayı yürüten mahkeme, (i) savunma tanığı ifadesiyle kanıtlanacak olgunun hâlihazırda sanık lehine kanıtlanmış olduğunu varsayarsa veya (ii) bu tür bir ifadeyle ispat edilecek olgunun davanın karara bağlanması açısından önemsiz olduğunu gösterebilirse⁶⁶, savunma tanığını çağırılmaya karar verebilir.

24. İkinci durumda, yargılamayı yürüten mahkeme iki yönden sınırlandırılmıştır. Yargılamayı yürüten mahkeme, savunma tanığının hazır

64. Dolayısıyla, *Tymchenko/Ukrayna*, no.47351/06, 13 Ekim 2016, kararının 92. paragrafındaki kısım hatalıdır.

65. *Prosecutor/Nzabonimana*, Dava No. ICTR-98-44D-T, *Nzabonimana'nın "Savunmanın 3 Şubat 2010 tarihli Dava Dairesi Kararına Uymasına yönelik olarak Savcının Sunduğu İkinci ve Üçüncü Taleplere ilişkin Birleştirilmiş Kararın" Yeniden Değerlendirilmesine ve/veya Temyiz Başvurusunun Kabulüne ilişkin Son Derece Acil Talebi*, 26 Mart 2010 (3. Dava Dairesi), 7 Mayıs 2010, paragraf 32.

66. *Jorgic/Almanya*, no. 74613/01, §§ 86 ve 88, 12 Temmuz 2007.

bulunmasının davanın karara bağlanması açısından önemli olmadığını öne sürmek için başka delilleri ileri süremez. Yargılamayı yürüten mahkemenin, bir tanığın yeni, önemli veya kayda değer bilgiler sağlayamadığı yönünde başka delillere atıfta bulunması, söz konusu tanığı çağırılmamak için hiçbir zaman haklı bir neden teşkil etmemektedir.⁶⁷ Bu durum, delillerin incelenmesinin sonucu hakkında önceden değerlendirme yapma yasağının ağır ihlalini teşkil edecektir. Ayrıca, bu tür delillerle kanıtlanacak olgunun davanın karara bağlanması açısından önemsiz olduğu gerekçesiyle bir savunma tanığının hazır bulunmasına ve sorgulanmasına izin vermeyi reddeden yargılamayı yürüten mahkeme, daha sonra, esasa ilişkin kararında bu taahhüdüne bağlı kalmalı ve herhangi bir argümanı bu belirli olguya dayandırmamalıdır.⁶⁸

25. Özetle, ikinci *Murtazaliyeva* kriteri hala kusursuz olmaktan çok uzaktır ve iddia tanıklarının sunma hakkına tanınandan daha düşük bir koruma standardı sunmaktadır. Nitekim çoğunluk, hatalı bir şekilde, yalnızca istisnai durumlarda, bir savunma tanığının dinlenmesinin reddedilmesinin 6. maddeye aykırı olduğu sonucuna varacağı konusunda ısrar etmektedir.⁶⁹ Böylesi farklı bir muamele için hiçbir neden bulunmamaktadır. Sözleşme'nin

67. Bu bağlamda, *Sergey Afanasyev/Ukrayna*, no. 48057/06, 15 Kasım 2012, kararında 70. paragrafta yer alan kısmın ve *Janyr/Çek Cumhuriyeti*, no. 42937/08, 31 Ekim 2013, kararında 81-82. paragraflarda yer alan kısımların hatalı olduğu kanaatindeyim.

68. Uluslararası ceza mahkemeleri, savunma tarafından çağrılan bir tanığın ifadesinin dinlenmesinin, normal koşullarda iddia makamının davası ile savunma makamının davası arasında savunma tarafından sunulan açıklamaya ekli olan, söz konusu tanığın yazılı ifadelerine ilişkin incelemelerine dayanarak “aşırı” veya “ilgisiz” olduğu sonucuna varabilir. Bk., *Prosecutor/Nyiramasuhuko ve Diğerleri*, Dava No. ICTR-98-42-T, [Joseph Kanyabashi'nin Tanık Listesini Değiştirme Taleplerine, Savunmanın 13 Aralık 2006 tarihli Tensip Kararına Yönelik Yanıtlarına ve Ndayambaje'nin 13 Aralık 2006 tarihli Tensip Kararına Yanıt için Süre Uzatımı Talebine ilişkin Karar](#) (2. Dava Dairesi), 21 Mart 2007, paragraf 35; *Prosecutor/Nyiramasuhuko ve Diğerleri*, Dava No. ICTR-98-42-AR73, [Joseph Kanyabashi'nin Tanık Listesi Değiştirme Taleplerinin Reddine ilişkin 2. Dava Dairesinin 21 Mart 2007 tarihli Kararına yönelik Temyiz Başvurusu](#) (Temyiz Dairesi), 21 Ağustos 2007, paragraf 16; *Prosecutor/Ngirabatware*, Dava No. ICTR-99-54-T, [Savunmanın 13 Temmuz 2011 tarihli Sözlü Kararın Yeniden Değerlendirilmesi Talebine veya Temyiz Başvurusunun Kabulüne ve Savunmanın Tanık Listesinin Kısaltılmasına ilişkin Karar](#) (2. Dava Dairesi), 26 Ağustos 2011, paragraf 47.

69. Bu kararın 148. paragrafı.

6 §§ 1 ve 3 (d) maddesi, ceza yargılamalarında bir sanığa karşı duyuma dayalı delillerin kullanılmasına ilişkin bir yasak içermekle birlikte, duyuma dayalı delillerin savunmaya yardımcı olduğunun değerlendirilebildiği durumlarda, bu delillerin kullanılmasının hariç tutulması da gerekçelendirilmektedir.⁷⁰ Başka bir deyişle, 6 §§ 1 ve 3 (d) maddesi, sadece sanığın iddia makamı tanıklarıyla yüzleşme ve onlara soru yöneltme hakkını tanımakla kalmaz, aynı zamanda, yargılamayı yürüten mahkemenin tanıkların davranışlarını gözlemleyebilmesini ve böylece güvenilirlikleri hakkında kendi izlenimini oluşturmasını gerektiren⁷¹ doğrudanlık ilkesini de güvence altına almaktadır.⁷²

Üçüncü *Murtazaliyeva* kriteri

26. Çoğunluğa göre, Mahkeme, yargılamayı yürüten mahkemenin, Sözleşme'nin 6 § 3 maddesinde yer alan düzenlemelerden bariz bir şekilde sapma olduğu durumlarda dahi, genel adilliğin sürdürülmesini sağlamak için güvenceler uygulayıp uygulamadığını değerlendirmek zorundadır ve çoğunluk, bu tür bir güvencenin *Perna* testinin mekanik hale gelmesini önleyeceğini öne sürmektedir.⁷³ Açıklık getirmek gerekirse, çoğunluğun iddia ettiği gibi, somut davanın özü ve yeniliği ikinci kriterde değil, burada yer almaktadır.⁷⁴

27. 6 § 1 maddesi kapsamındaki yargılamaların genel adilliği, 6 § 3 maddesi hükümlerine uygunluğun değerlendirilmesi bakımından düzeltici olarak kabul edildiği takdirde, bunun, mutlaka, 6 § 3 maddesinde düzenlenen

70. *Thomas/Birleşik Krallık* (k.k.), no. 19354/02, 10 Mayıs 2005, ve *Blastland/Birleşik Krallık*, no. 12045/86, 7 Mayıs 1987, davasında Komisyonun kararı.

71. *Škaro/Hırvatistan*, no. 6962/13, § 24, 6 Aralık 2016; *Tolmachev/Estonya*, no. 73748/13, § 52, 9 Temmuz 2015; *Matytsina /Rusya*, no. 58428/10, § 153, 27 Mart 2014; *Beraru/Romanya*, no. 40107/04, § 64, 18 Mart 2014; *Cutean/Romanya*, no. 53150/12, § 60, 2 Aralık 2014; *Pichugin/Rusya*, no. 38623/03, § 199, 23 Ekim 2012; *Graviano/İtalya*, no. 10075/02, § 39, 10 Şubat 2005; ve *P.K./Finlandiya* (k.k.), no. 37442/97, 9 Temmuz 2002.

72. *Damir Sibgatullin/Rusya*, no. 1413/05, § 57, 24 Nisan 2012.

73. Bu kararın 168. paragrafı.

74. Bu kararın 141. paragrafı.

bireysel güvencelere ek bir güvence olarak anlaşılması gerekmektedir. Bunlar, 6 § 1 maddesindeki adillik ilkesiyle bağlantılıdır ve bu ilkeden kaynaklanmaktadır.⁷⁵ Bununla birlikte, genel adillik testi, bağlantısız olarak ancak kapsamlı bir şekilde, 6 § 3 maddesinde düzenlenen güvencelerin yerini alarak bu fıkarda açıklanan hakların ihlallerini düzeltebileceği şeklinde değerlendirilmemelidir.⁷⁶

28. Çoğunluğun genel adillığe ilişkin kapsamlı teste yönelik belirsiz yaklaşımına eşlik eden kararsızlık, 6 § 3 (d) maddesini tam olarak anlamından yoksun bırakmaktadır. Çoğunluğun yeniden ele aldığı *Perna* testi, ilk iki soruya yönelik yanıtlar kuvvetli ihlal göstergesi olarak değerlendirilse dahi, kasıtlı olarak, Mahkemenin aksi yönde karar vermesine olanak sağlayacak şekilde oluşturulmuştur. Adillik ilkesinin bir ifadesi olarak asgari hakların açık bir şekilde sağlanmasından, yerel mahkemelerin takdir yetkilerinin korunması adına ödün verilmektedir. Çoğunluğun, her iki yönde de, önceki iki adım ile sağlanan göstergelerden farklı sonuçlara varma olasılığını kaydetmesine karşın, savunmanın asgari hakkının zarar görmesi, sonuç olarak, savunma için çoğu zaman aşırı bir yüke yol açacaktır.

29. Mahkemenin, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu gibi, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesine uygunluğunu karara bağlarken yargılamaların genel adilliğini veya bir bütün olarak ele alınan yargılamaların adilliğini düzenli olarak değerlendirdiği doğrudur. Bununla birlikte, *Dvorski*,⁷⁷ kararına kadar, bu

75. Uluslararası ceza mahkemeleri, yalnızca yargılamayı yürüten mahkemenin savunmanın hazırlanması için yeterli zamanı ve kolaylıkları verip vermediğini belirlemek amacıyla söz konusu mahkemenin yargılamaları idaresine dair bütünsel bir değerlendirmeye başvurmaktadır (*Prosecutor /Šainović ve Diğerleri*, Dava No. IT-05-87-A, Karar (Temyiz Dairesi), 23 Ocak 2014, paragraflar 122, 135-137).

76. Mahkeme içtihadındaki bu eğilimin kısa geçmişi, yukarıda anılan *Al-Khawaja ve Tahery* kararında Hâkim Sajó ve Karakaş'ın muhalif görüşlerinde, yukarıda anılan *Schatschaschwili* kararında Hâkim Spielmann, Karakaş, Sajó ve Keller'in müşterek mutabık görüşünde, *Ibrahim ve Diğerleri/Birleşik Krallık*[BD], no. 50541/08 ve diğer 3 başvuru, AİHM 2016, kararında Hâkim Sajó ve Laffranque'in müşterek kısmi muhalif, kısmi mutabık görüşünde ve *Simeonovi/Bulgaristan* [BD], no. 21980/04, 12 Mayıs 2017, kararında Hâkim Turković ile birlikte Hâkim Sajó, Lazarova-Trajkovska ve Vučinić'in kısmi muhalif görüşünde yer almaktadır.

77. *Dvorski / Hırvatistan*, no. 25703/11, 20 Ekim 2015.

uygulama, Sözleşme'nin 6 § 3 (c) maddesinde düzenlenen asgari haklara uyan yargılamaların adilliğini değerlendirmek için yürütülmüştür. Mahkemenin geleneksel yaklaşımı uyarınca, bir yargılama, Sözleşme'nin 6 § 3 maddesiyle uyumlu olsa dahi genel olarak adil olmayabilir. Aksine, bir yargılamanın, 6 § 3 maddesine uygun olmasa dahi genel olarak adil olabileceğini - veya başka bir ifadeyle, yargılamanın genel adilliğinin 6 § 3 maddesi kapsamındaki ihlallerinin göz ardı edilmesine izin verebileceği - sonucunu çıkarmak, sadece mantıksal olarak hatalı değildir; bu, aynı zamanda, 6 § 3 maddesinin özünün doğallığını da bozmaktadır. Mahkemenin içtihadının kapsamlı bir incelemesi, bu hususu açıklığa kavuşturacaktır.

30. Strazburg tarihinde ilk kez *Nielsen/Danimarka* davasında bu test kullanılmıştır. Bu davada, Komisyonun bir ceza yargılamasında tıbbi delillerin hatalı bir şekilde kabul edildiği yönünde bir iddia ele alınmıştır. Söz konusu davada, Komisyon şunları belirtmiştir:

“Sözleşme'nin 6. maddesinde, ceza davasında “adil yargılanma” kavramı tanımlanmamaktadır. İlgili maddenin 3. fıkrasında, bu genel kavramının esas unsurlarını teşkil eden bazı belirli haklar sıralanmaktadır... Bununla birlikte, ‘asgari haklar’ ifadesi, açık bir şekilde, 3. fıkra sıralanan altı hakkın kapsamlı olmadığı ve 3. fıkra güvence altına alınan haklara - ve ayrıca 2. fıkra düzenlenen haklara - saygı gösterilse dahi, bir yargılamanın genel ‘adil yargılanma’ standardına uymayabileceği belirtilmektedir.⁷⁸

31. Bunun yanı sıra, Komisyon, şu hususları açıklığa kavuşturmanın faydalı olduğunu değerlendirmiştir:

“1. fıkranın genel hükmü ile 3. fıkranın özel hükümleri arasındaki ilişkinin aşağıdaki gibi olduğu görülmektedir: 3. fıkra ihlalinin gerçekleşmediğinin tespit edildiği durumda, yargılamanın 1. fıkra ile düzenlenen standarda uyup uymadığına, yargılama bir bütün olarak değerlendirilerek karar verilmelidir ...”⁷⁹

78. *Nielsen/Danimarka*, no. 343/57, Komisyon Raporu, 1960, § 52.

79. Aynı kararda.

32. 6 § 1 maddesi ile 6 § 3 maddesi arasındaki bu asimetri, Mahkeme tarafından *Deweer/Belçika* kararında yinelemiştir. Mahkeme, söz konusu kararda, [6 § 1 maddesinde] kapsamlı olmayan listesinin görüldüğü çeşitli hakların, diğerleri arasında, ceza yargılamalarında adil yargılanma kavramının kurucu unsurları olmasına karşın, başvuranın bu davada “bu tür yargılanmadan tamamen yoksun bırakılması sebebiyle...[6 § 2 ve 6 § 3] maddelerinin gözetilip gözetilmediği meselesinin bu bağlamda gerçek bir öneminin bulunmadığını; bunun tamamen [6 § 1 maddesine] uyulup uyulmadığı konusu kapsamında olduğunu değerlendirmiştir.⁸⁰ Yine: bir süreç 6 § 3 maddesine mükemmel bir şekilde uygun olsa dahi adil olmayabilir; ancak buradaki hiçbir husus, söz konusu asgari haklara saygı gösterilmemesi halinde sürecin adil olabileceğini öne sürmemektedir.

33. Mahkeme, o zamandan bu yana, çeşitli amaçlar için yargılamanın genel adilliğini uygulamıştır; ancak *Nielsen* kararında ifade edildiği üzere 6. maddenin 1. fıkrası ile 3. fıkrası arasındaki ilişkinin, *Dvorski* kararına kadar Mahkemenin gerekçesinin esasını oluşturduğu görülmektedir. Bu içtihatteki dönüm noktası, sıklıkla atıfta bulunan *Barberà, Messegué ve Jabardo* kararıdır.⁸¹ Mahkeme, bu kararda, (hiçbiri, kendi başına, 6 § 2 ve 6 § 3 maddelerinde açıkça sıralanan haklarından birinin ihlalinin teşkil etmeyen) usuli hatalar yığınının, “bir bütün olarak değerlendirildiğinde söz konusu yargılamaların adil ve kamuya açık yargılanma gerekliliklerini karşılamadığı” anlamına geldiği sonucuna varmıştır.⁸²

34. Bu açıdan bakıldığında, genel adillik incelemesi, 6 § 3 maddesi kapsamındaki iddiaların ele alındığı durumlarda dahi gittikçe yaygın hale gelmiştir. Örneğin, bazı durumlarda, Mahkeme, 6 § 3 maddesine ilişkin davaları yargılamaların genel değerlendirilmesi bağlamında incelemiştir.

80. *Deweer/Belçika*, no. 6903/75, § 56, 27 Şubat 1980.

81. *Barberà, Messegué ve Jabardo*/Siapanya (genel kurul), no.10590/83, 6 Aralık 1988.

82. Aynı kararda, § 89.

Örneğin, *Goddi* ⁸³ kararında, Mahkeme, 6 § 3 maddesi güvencelerinin, “1. fıkra da belirtilen genel adil yargılanma kavramının” “kurucu unsurları” olduğunu ve dolayısıyla, “Mahkemenin şikâyetin her yönünü ayrı ayrı inceledikten sonra genel bir değerlendirme yaptığını” belirtmiştir.⁸⁴ Mahkeme, diğer davalarda, 6. maddenin 3. fıkrasını normun genel amacı - yani adil yargılanmanın sağlanması - ışığında yorumlama gerekliliğini vurgulamıştır. Bu durum, Mahkemenin sıklıkla kullandığı bir alıntıyla ortaya konulmaktadır:

“3. fıkra da kapsamlı olmayan bir listesi görülen çeşitli haklar, ceza yargılamalarında adil yargılanma kavramının belirli yönlerini yansıtmaktadır... 3.fıkra ya uygunluğun incelendiği durumlarda, bu fıkranın temel amacı unutulmamalıdır ve bu fıkra köklerinden koparılmamalıdır” .⁸⁵

35. Bununla birlikte, bu hükümlerin düzenlendiği davanın okunmasıyla ortaya konulduğu üzere, bu gerekçelendirme, somut kararda çoğunluğun amacına oldukça zıt niteliktedir. Mahkemenin, *Artico/İtalya* kararında, bu hükümleri hazırlarken ⁸⁶ tam tersini kastetmiş olduğu görülmektedir. Mahkeme, *Artico* kararında, Hükümetin başvurana sağladığını iddia ettiği avukat yardımının, gerçekte, 6. maddenin amaçları bakımından etkili olmasını ve “hayali” bir hak olmamasını sağlamıştır. Nitekim Mahkeme, söz konusu kararda, avukat yardımının etkili olmadığı sonucuna varmıştır: müdafî atanmasına karşın, başvuran, önemli bir adli yardım almamıştır.⁸⁷

36. Geleneksel olarak, genel adillik testinin yapıldığı en önemli alan avukat yardımı alanıdır. Mahkeme, yargılamaların genel olarak adil olup olmadığını değerlendirme kisvesi altında, iddia makamına daha yatkın bir duruş sergileme lehine önceki sanık yanlısı standartlarından uzaklaşmıştır. Mahkeme, *Dvorski* kararına kadar, Sözleşme’nin 6 § 3 (c) maddesini, her

83. *Goddi/İtalya*, no. 8966/80, § 28, 9 Nisan 1984.

84. Aynı kararda, § 28.

85. *Correia de Matos/Portekiz [BD]*, no. 56402/12, §119, 4 Nisan 2018.

86. *Artico/İtalya*, no. 6694/74, § 32, 13 Mayıs 1980.

87. Aynı kararda, § 33.

zaman, yukarıda açıklanan ilkelerle tutarlı bir şekilde ele almıştır. Mahkemenin, belirli davalarda, özgürce seçilmiş bir avukatın yardımına yönelik belirli kısıtlamaları haklı kılan nedenler ile bunların, bir bütün olarak bakıldığında, yargılamaların genel adilliğine yönelik sonuçları arasında bir tür dengeleme uygulaması yaptığı doğru olmakla birlikte, bu dengelemeyi, ancak bu tür nedenlerin mevcut olduğunu kabul ettikten sonra yapmıştır. Bu içtihat alanındaki dönüm noktası, *John Murray*⁸⁸ kararıdır. Mahkeme, bu kararda, şunları belirtmiştir:

“Sözleşme’de açıkça düzenlenmemiş olan ... polis sorgusunun ilk aşamalarında bir avukatın yardımından yararlanma [hakkı], haklı nedenle kısıtlamalara tabi tutulabilir. Her bir davada, mesele, yargılamaların bütünü ışığında, kısıtlamanın sanığı adil yargılanmadan yoksun bırakıp bırakmadığıdır.”⁸⁹

37. Akla hemen temel bir fark gelmektedir: Avukat hakkının yalnızca “haklı bir nedenle” kısıtlanabilmesi nedeniyle, Mahkemenin *John Murray* kararındaki bütüncül değerlendirmesi ancak bu tür nedenler ortaya konulduktan sonra gerçekleşmektedir. Zira “hukuka uygun olarak kullanılan bir kısıtlama yetkisi dahi sanığı belirli koşullarda adil yargılanmadan yoksun bırakabilecek niteliktedir”⁹⁰. Mahkeme, ayrıca, bu davadaki genel adillik değerlendirmesinde son derece temkinli hareket etmiş ve nihayetinde ihlal kararı vermiştir: “Bu ilk dönemde erişimin reddedilmemesi durumunda, başvuranın tepkisinin veya avukatının tavsiyesinin ne olacağı konusunda tahminde bulunmak Mahkemenin görevi değildir”.⁹¹

38. Mahkeme, *Salduz [BD]* kararında, müdafî hakkına yönelik gerekçesiz kısıtlamaların geçersizliğine ilişkin tutumunu yeniden düzenlemiş ve geliştirmiştir.⁹² Başvuran, bu önemli Büyük Daire davasında, polis tarafından gözaltında tutulduğu sırada avukat yardımından yoksun bırakılmış ve bu süre

88. *John Murray/Birleşik Krallık*, no. 18731/91, § 63, 8 Şubat 1996.

89. Aynı kararda, § 63.

90. Aynı kararda, § 65.

91. Aynı kararda, § 68.

92. *Salduz/Türkiye*, no. 36391/02, §§ 12-17, 27 Kasım 2008.

zarfında, sorgulandığında ifade vermekle birlikte bunları daha sonra sorgu hâkimi ve savcı önünde geri çekmiştir. Mahkeme, *John Murray* davasındaki gerekçesini yineleyerek şunları belirtmiştir:

“[Polis sorgusunun ilk aşamalarından itibaren avukat yardımından yararlanma] hakkının, bu zamana kadar, haklı nedenle kısıtlamalara tabi tutulabileceği değerlendirilmiştir. Bu nedenle, her bir davada, mesele, kısıtlamanın haklı olup olmadığı ve eğer öyleyse, yargılamanın bütünü ışığında, sanığı adil yargılanmadan yoksun bırakıp bırakmadığıdır..⁹³

39. Altı çizili hükümden, genel adillik değerlendirmesinin ancak kısıtlamanın gerekçelendirildiği tespit edildikten sonra yapılabileceği inkâr edilemez. Mahkemenin kendisi, defalarca, avukat hakkına getirilen he türlü kısıtlamanın, yargılamanın genel adilliği üzerindeki etkisini inceleyebilmesi için gerekçelendirilmesi gerektiğine açıklık getirmiştir.

“6 § 1 maddesi, kural olarak, her bir davanın kendine özgü koşulları ışığında avukata erişim hakkının kısıtlanmasına yönelik zorlayıcı nedenlerin olduğu ortaya konulmadıkça, bir şüpheliye polis tarafından ilk sorgulanmasından itibaren bu hakkın sağlanmasını gerektirmektedir. Zorlayıcı nedenlerin istisnai olarak avukata erişimin reddedilmesini haklı kılabileceği durumlarda dahi, bu tür bir kısıtlama - gerekçesi ne olursa olsun - sanığın 6. madde kapsamındaki haklarına usule aykırı bir şekilde halel getirmemelidir”..⁹⁴

40. Bu gerekçeye uygun olarak, Mahkeme, genel ilkeleri söz konusu davaya uygularken şunları gözlemlemiştir:

“... başvuranın avukat erişiminin reddedilmesine yönelik olarak, bunun ilgili yasal hükümler tarafından sistematik bir şekilde öngörülmüş olması dışında başka bir gerekçe sağlanmamıştır. Dolayısıyla, bu, hâlihazırda, söz konusu bağlamda 6. maddenin gerekliliklerini karşılamamaktadır”..⁹⁵

41. Bu nedenle, *John Murray* ve *Salduz* kararları, Devletlerin, geçerli nedenler olmadan, avukat yardımına erişimi meşru bir şekilde

93. Aynı kararda, § 52.

94. Aynı kararda, § 55.

95. Aynı kararda, § 56.

kısıtlayamayacaklarına açıklık getirmektedir. Yukarıdaki alıntıların gösterdiği üzere, bu davaların asıl gerekçesine ilişkin başka bir yorumu düşünmek gerçekten zordur. 2010 yılı gibi yakın bir tarihte, Mahkeme, bu gerekçeyi uygulamış ve bir başvuranın avukata erişiminin kısıtlanmasına yönelik geçerli nedenlerin bulunmamasının, 6. maddenin ihlal edildiği tespitinde bulunmak için yeterli olduğu sonucuna varmıştır:

“Her halükarda, yargılama öncesi başvuranın avukat hakkına getirilen kısıtlamanın hiçbir gerekçesi bulunmadığı tespitinde bulunmasının ardından Mahkemenin, bu kısıtlamanın başvuran hakkındaki ceza yargılamalarının genel adilliği üzerinde ne gibi etkisi olduğuna dair daha fazla değerlendirme yapmasının gerekmemesi sebebiyle somut davada bu konuda başka bir tespite ihtiyaç bulunmamaktadır.”⁹⁶

42. Avukat yardımından yoksun bırakılmasından sonra yargılama öncesi işlemler sırasında yapılan itiraflarla ilgili bir dava olan *Pishchalnikov/Rusya* davasında, Mahkeme tarafından aynı ölçüde net bir açıklama yapılmıştır.⁹⁷ Mahkeme, bu davada, ilk olarak, “başvuranın avukata erişiminin kısıtlanıp kısıtlanmadığını” ve “savunma haklarının bu şekilde kısıtlanmasının gerekçelendirilip gerekçelendirilmediğini” incelemiştir. Bu ikili değerlendirmeyi yapmasının hemen ardından, Mahkeme şu hususları kaydetmiştir:

“Başvuranın avukat hakkına getirilen kısıtlamanın hiçbir gerekçesi olmadığı tespitinde bulunan Mahkemenin, ilke olarak, söz konusu kısıtlamanın ceza yargılamalarının genel adilliği üzerinde ne gibi etkisi olduğunu daha fazla değerlendirmesine gerek yoktur. Zira 6. maddede yer alan adillik kavramı, avukat hakkına istisnai olarak haklı bir nedenle kısıtlama getirilmedikçe, sanığın hâlihazırda polis sorgusunun ilk aşamalarında avukat yardımından yararlanmasını gerektirmektedir.”⁹⁸

43. *Dvorski/Hırvatistan* davası, avukata erişimin açıkça reddedilmesinden ziyade, avukat “tercihinin reddedilmesi” ile ilgilidir.

96. *Pavlenko/Rusya*, no. 42371/02, § 118, 1 Nisan 2010.

97. *Pishchalnikov / Rusya*, no. 7025/04, 24 Eylül 2009.

98. Aynı kararda, § 81.

Tespitini desteklemek üzere Mahkemenin herhangi bir emsal kararına atıfta bulunmayan çoğunluk şunları belirtmiştir:

“...ilk adım olarak...sanığın yasal temsil tercihinin talebini geçersiz kılmak veya engellemek için ilgili ve yeterli gerekçelerin bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir. Bu tür nedenlerin mevcut olmadığı durumlarda, Mahkeme, ceza yargılamasının genel adilliğini değerlendirmelidir”.⁹⁹

44. Mahkeme ilk defa *John Murray* ve *Salduz* kararlarının gerekçesini iptal etmiştir. Bununla birlikte, iki nitelik devreye girmektedir. İlk olarak, avukata “erişimin reddi”ni ele alan önceki davaların aksine, *Dvorski* davasında, Mahkemenin “daha az ciddi” bir mesele olarak değerlendirdiği “tercihin reddi” ele alınmıştır.¹⁰⁰ İkinci ve daha da önemli olarak, yargılamanın genel adilliğine ilişkin değerlendirmenin, başvuranın özgürce seçilmiş bir avukatın yokluğunda yaptığı ilk itirafının ceza yargılamalarının gidişatı üzerinde “önemli bir etkiye sahip olma ihtimalinin” bulunduğu dair ciddi varsayım dayalı olarak yapıldığı görülmektedir.¹⁰¹ Söz konusu “ihtimal”ın niteliği açık olmamakla birlikte, bu ihtimal, metni hiçbir şekilde bozmadan, ceza yargılamasının önemli aşamalarında avukat tercihinin her reddinin, yargılamaların bir bütün olarak adilliğini tehlikeye atan bir etkisinin olabileceğinin kabulü olarak yorumlanabilir.¹⁰² *Dvorski* davasının bu şekilde yorumlanması, rahatsız edici bir şekilde olsa da *Salduz* davasıyla tutarlı olacaktır.

45. Sadece *İbrahim ve Diğerleri / Birleşik Krallık* kararında, Büyük Daire, *Salduz* ¹⁰³kararını “açıklığa kavuşturduğunu” iddia etmekle birlikte, aslında Sözleşme’nin 6 § 3 (c) maddesine ilişkin önceki içtihadından açıkça ayrılmıştır. Mahkeme, “(bir sanığın avukat hakkını kısıtlamak için) zorlayıcı

99. Yukarıda anılan *Dvorski*, § 82.

100. Aynı kararda, § 81.

101. Aynı kararda, § 111.

102. *Dvorski* davasının bu şekilde yorumlanması, *Dvorski* kararının 19. paragrafında, Hâkimler Kalaydjieva, Pinto de Albuquerque ve Turković’in mutabık görüşünde yapılmaktadır,

103 Yukarıda anılan *İbrahim ve Diğerleri*, § 257.

nedenlerin bulunmamasının” ... kendi başına 6. maddenin ihlal edildiği tespitine yol açmadığını” belirtmektedir.¹⁰⁴ Nitekim *John Murray ve Salduz* kararlarında olduğu gibi, “zorlayıcı nedenlerin tesis edildiğinin tespit edildiği durumlarda, yargılamaların 6 § 1 maddesinin amaçları bakımından ‘adil’ olup olmadığını belirlemek amacıyla yargılamaların tamamına ilişkin bütüncül bir değerlendirme yapılmalıdır.¹⁰⁵ Bununla birlikte, “hukuki danışmanlığa erişimin kısıtlanmasına yönelik zorlayıcı nedenlerin bulunmadığı” durumlarda, Mahkeme, adillik değerlendirmesine yönelik çok katı bir inceleme yürütmelidir.¹⁰⁶ İlginç bir şekilde, Mahkeme, bunu bir yenilik olarak değil, *Salduz* kararının doğru bir şekilde yorumlanması olarak sunmaktadır.¹⁰⁷ Hâkimler Sajó ve Laffranque tarafından *İbrahim ve Diğerleri*¹⁰⁸ kararındaki ayrık görüşlerinde fazlasıyla ortaya konulduğu üzere, bunu ileri sürmek zordur.

46. Önceki paragraflar, Mahkemenin iddialarının aksine, *İbrahim ve Diğerleri* kararındaki gerekçenin, *Dvorski* kararıyla sonuçlanan yerleşik içtihatla çeliştiğini göstermektedir. Mahkeme, *İbrahim ve Diğerleri* kararının *Salduz* kriterlerini "açıklığa kavuşturduğunu" veya "ayrıntılarıyla anlattığını" iddia etse de, aslında bu içtihattan ve bununla birlikte, *Nielsen/Danimarka* kararı ile *İbrahim ve Diğerleri* kararını ayıran 50 yıl boyunca izlediği gerekçeden ayrılmıştır. Daha da kötüsü, Mahkeme içtihadındaki bu U dönüşü, 6 § 3 (c) ile sınırlı kalmamış, aynı zamanda 6 § 3 (d) maddesini de içine almıştır.

47. 3. madde ihlalleri yoluyla elde edilen delillerin kabul edilmesine ilişkin içtihatla, Mahkeme, sürekli olarak, bu tür delillere dayanan yargılamaları geçersiz kılan mutlak bir kural uygulamıştır.¹⁰⁹ Mahkemenin,

104. Aynı kararda, § 262.

105. Aynı kararda, § 264.

106. Aynı kararda, § 265.

107. Aynı kararda, §§ 260 ve 262.

108. Aynı kararda, Hâkimler Sajó ve Laffranque’ın müsterek kısmi muhalif, kısmı mutabık görüşü.

109. Yukarıda anılan *Jalloh/Almanya [BD]*, § 99.

Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı delillerin kabulüne ilişkin tutumu ise daha az açıktır.¹¹⁰ Bununla birlikte, 6 § 3 (d) maddesi uyarınca tanıkların sorgulanmasıyla ilgili davalarda, Mahkeme bazen genel adillik değerlendirmesini uygulamıştır.¹¹¹ Kuşkusuz, 2003 tarihli Ceza Adaleti Kanunu'nu muhafaza etmek ve *Horncastle* kararında Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesinin “provokatif” eleştirisine yanıt vermek amacıyla¹¹², Mahkeme, *Al-Khawaja ve Tahery* kararında, mahkûmiyetin - tek başına veya belirleyici ölçüde - sanığın yargılamaların hiçbir aşamasında soru yöneltilmediği bir tanığın verdiği ifadeye dayanması halinde yargılamanın adil olmadığı yönündeki “tek veya belirleyici” kuraldan ayrılmıştır. Nitekim Büyük Daire, *Doorson* kararından bu yana yürürlükte olan “tek ve belirleyici” kuralın mutlak niteliğine dair somut içtihatla çelişmiştir.¹¹³ Mahkeme, iddia makamı tanıklarının hazır bulunmamasını ve ardından hazır bulunmayan tanığın sorgulanmayan ifadesinin delil olarak kabul edilmesini kapsayan böyleleri “esnek olmayan” bir yaklaşımın, yargılamaların bir bütün olarak adilliğinin değerlendirilmesi gerekliliğine dair geleneksel tutumuna aykırı olacağını ileri sürmüştür.¹¹⁴ Her hususun hâlihazırda tartışılabilir olması nedeniyle, Mahkeme, mahkûmiyetin, sorgulanmamış olan yargılama öncesi tanık ifadelerine dayandırılmayacağı net bir eşik tesis etmemektedir. Ölmekte

110. Daha önce Hâkim Bošnjak ile *Dragoş Ioan Rusu/Romanya*, no. 22767/08, 31 Ekim 2017, kararındaki kısmi mutabık görüşümde, Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı olarak elde edilen delillerin kabul edilebilirliğine yönelik daha katı bir yaklaşımı savundum.

111. Yukarıda anılan *Salduz/Türkiye* [BD], § 50, kararına atıfta bulunan *Al-Khawaja ve Tahery* [BD], § 143.

112. Mike Redmayne, “Duyuma Dayalı Deliller ve İnsan Hakları: Büyük Dairedeki *Al-Khawaja*” (2012) 75(5) *Modern Hukuk İncelemesi* 865, 869 (“Hearsay and Human Rights: *Al-Khawaja* in the Grand Chamber” (2012) 75(5) *Modern Law Review* 865, 869).

113. *Doorson/Hollanda*, no. 20524/92, AİHM 1996-II, § 76 ve diğer kararlar, *Van Mechelen ve Diğerleri/Hollanda*, no. 21363/93 ve diğerleri, AİHS 1997-III, § 55; *AM/İtalya*, no. 37019/97, AİHS 1999-IX; yukarıda anılan *Lucà*, § 40; *P.S./Almanya*, no. 33900/96, § 24, 20 Aralık 2001; ve *Vladimir Romanov/Rusya*, no. 41461/02, § 100, 24 Temmuz 2008.

114. Yukarıda anılan *Al-Khawaja ve Tahery*, §§ 146, ve yukarıda anılan *Schatschaschwili*, §§ 106 ve 112.

olan bir kişinin ifadesi gibi Orta Çağ'da yasaklanan deliller dahi hala kullanılabilmektedir.¹¹⁵

48. *Al-Khawaja ve Tahery* davasında Büyük Daire kararının verilmesinden yaklaşık dört yıl sonra, Büyük Daire, sorgulanmayan deliller tek ve belirleyici olmasa dahi, iddia makamı tanığının hazır bulunmaması için haklı nedenlerin bulunmaması halinde yargılamanın kendi başına adil olmadığına değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin belirsizliğini koruması nedeniyle, *Schatschaschwili/Almanya* davasında tekrar müdahil olmak zorunda kalmıştır. Çözüm sorunun kendisinden daha da kötü olmuştur. Son derece bölünmüş olan bir kararda, Büyük Daire, bir iddia makamı tanığının hazır bulunmaması için haklı nedenlerin bulunmamasının, kendi başına, yargılamanın adil olmamasında belirleyici olamayacağına karar vermiştir.¹¹⁶ Hakimler Spielmann, Karakaş, Sajó ve Keller'in beyan ettiği gibi, üç aşamalı incelemenin bu şekilde uygulanması, genel adillik testi yerine getirildiği müddetçe bunun gereksizliğini ortaya koyacaktır ve bu durum, ulusal makamlara *Al-Khawaja ve Tahery* testinin uygun bir şekilde uygulanması konusunda rehberlik sağlamayacak ve aynı zamanda onlara çok fazla serbestlik tanıyacaktır.¹¹⁷ O zamanki çoğunluk, konuları karmaşık hale getirmek adına, doğrulanmayan yargılama öncesi tanık ifadelerinin önemli bir ağırlığa sahip olması durumunda, yeterli dengeleyici faktörlere halen ihtiyaç duyulduğunu eklemiştir.¹¹⁸ Somut karar, savunma tanıklarının hazır bulunmaması durumunda yargılamanın adillğine ilişkin incelemeye yönelik genel bir yaklaşım benimsemesi nedeniyle aynı noktaya gelmektedir.

115. Yukarıda anılan *Al-Khawaja and Tahery* kararına, § 160, atıfta bulunan, Ulrich Sommer'in yukarıda anılan "Das Konfrontationsrecht ..." de, s. 28, belirttiği gibi.

116. Aynı kararda, § 113.

117. Bk., yukarıda anılan *Schatschaschwili/Almanya [BD]*, §§ 17-18, kararında Hakimler Spielmann, Karakaş, Sajó ve Keller'in müşterek mutabık görüşü.

118. Aynı kararda, § 116. Yukarıda anılan *Schatschaschwili* kararına eklenen muhalif görüşünde, Hâkim Kjølbrot, çoğunluğu, önceki kategorilere (tek ve belirleyici delil) ek olarak üçüncü bir kategori (delilin önemli ağırlık taşıması) getirmeleri nedeniyle eleştirmiştir.

49. Mahkemenin Sözleşme'nin 6. maddesine ilişkin içtihadında esneklik ihtiyacı konusunda çoğunlukla aynı görüşün paylaşıldığı varsayılsa dahi, tüm girişim mantıksal tutarsızlık riski taşıyacaktır. Bir yargılamanın adilliği ancak usule ilişkin bir değerlendirme olabilir: suçluların hüküm giymeleri veya masumların beraat etmeleri nedeniyle bir yargılama adil olmaz, zira suçluların yargılama dışında suçlu olup olmadıklarını yasal olarak tespit etmenin hiçbir yolu yoktur. Ceza adaleti ontolojik adaletle ilgili değildir ve ceza yargılamalarındaki hâkimler Tanrı değildir. Usule ilişkin temel kurallara uyulması durumunda yargılama adil olur. Bu bağlamda, bir yargılamanın genel olarak adil olup olmadığına dair değerlendirmenin uygulamada ne anlama gelebileceğini bilmek zordur. Bu, Mahkemenin söz konusu hakkın kısıtlanmasının maddi gerçeğin tespitini olumsuz olarak etkileyip etkilemediğini incelemesi gerektiği anlamına gelebilir, ancak bu durum, zorunlu olarak, Mahkemenin, maddi gerçeğe ilişkin usul dışı ve yasal olarak imkânsız olan bir açıklaması olduğu anlamına gelecektir.

50. Genel adilliğin daha mütevazı bir açıklaması da benzer şekilde başarısız olmaktadır. Yargılamanın nihai sonucunu değiştirmede durumlar - yargılamanın kusursuz olması halinde başvuranın aynı şekilde mahkûm edildiği ve cezalandırıldığı durumlarda - ihlalin "düzeltildiği(iyileştirildiği)" söylenebilir. Ancak, bu değerlendirmenin maddi gerçeğe ilişkin meşru olmayan usul dışı bir açıklama olmadan yapılabileceği kabul edilse bile, bu durum mantıksal olarak imkânsızdır. Bu testi gerçekleştirirken, Mahkemeden, mevcut olduğu şekilde olmaması gereken bir yargılamanın adilliğini incelemesi istenmektedir: örneğin, sanığın kendi seçtiği bir avukatı olsaydı veya sanık kendisini temsil etmiş olsaydı, o zaman yargılamada muhtemelen farklı bir yol izlenecekti, sanık farklı ifadeler verecekti ve farklı deliller kabul edilecekti... Nihayetinde, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesinin belirttiği gibi, böyle bir bağlamda "zararsız

hata [veya Mahkemenin diliyle "genel adillik"] analizi, alternatif bir durumda neler olabileceğine dair spekülasyon bir araştırma olacaktır” .¹¹⁹

51. Nitekim Mahkeme, bu tür bir değerlendirmenin önündeki mantıksal engelleri uzun süredir kabul etmektedir. 1980 gibi yakın bir tarihte Mahkeme, Devlet tarafından sağlanan avukattan etkili yardım almamış olan hükümlü bir kişinin davasını incelemiştir. Hükümet, davada, başvuranın akıbetini değiştirmeyeceği için avukat yardımının bulunmamasının ilgili olmadığını ileri sürmüştür. Davalı Devlet tarafından öne sürüldüğü üzere, “6 § 3 (c) maddesinde ihlal bulunması için ... (avukat) yardımının bulunmaması, bir suçla itham edilen kişiye fiilen zarar vermiş olmalıdır” .¹²⁰ Mahkeme, ilkesel açıdan, bu hususa katılmadığını dile getirmiştir: “6. maddenin 3 (c) fıkrasındaki hiçbir husus, [bir avukatın etkili yardımının başvurana fayda sağlayacağına dair] böyle bir kanıtın gerekli olduğunu göstermez; ilgili bende söz konusu gerekliliği getiren bir yorum, bunu özünden büyük ölçüde yoksun bırakacaktır. Daha genel olarak, bir ihlalin varlığı, zararın olmadığı durumlarda bile muhtemeldir” .¹²¹ Daha açık bir ifadeyle, *John Murray* kararında, Mahkeme, Hükümetin benzer bir argümanına yanıt vermiş ve “bu ilk dönemde erişimin reddedilmemesi durumunda, başvuranın tepkisinin veya avukatının tavsiyesinin ne olacağı konusunda tahminde bulunmanın Mahkemenin görevi olmadığına” açıklık getirmiştir.¹²² Büyük Daire, bu gerekçeyi, neredeyse aynı şekilde *Salduz* kararında yinelemiştir.¹²³

52. Çoğunluğun somut karardaki gerekçesindeki bu vahim mantıksal hatalar göz ardı edilse bile, genel adillik testi doğası gereği özeldir ve dolayısıyla son derece esnek. Bu özellik, genel adillik testini, Mahkemenin asgari düzeyde öngörülebilir bir şekilde kullanması için bile çok uygun

119. ABD Yüksek Mahkemesi, *ABD/ Gonzalez-Lopez*, 548 U.S. 140, 149 (2006).

120 Yukarıda anılan *Artico/Italia*, § 35.

121. Aynı kararda.

122. Yukarıda anılan *John Murray*, § 68.

123. Yukarıda anılan *Salduz*, § 58 (“başvuranın polis tarafından gözaltında tutulduğu sırada avukata erişiminin sonraki yargılamalarda etkisinin ne olacağına dair tahminde bulunmak Mahkemenin görevi değildir”.)

olmayan bir standart haline getirmektedir. Aynı nedenle, bu standart, özellikle, Sözleşme'ye uygunluğu değerlendirirken yerel mahkemelere yol göstermek için uygun değildir: bir yerel mahkemeye yargılamaların “genel olarak adil” bir şekilde yürütülmesi gerektiğinin söylenmesi, yerel hâkimlerin iyi niyetine çok az katkıda bulunmaktadır. Belirli bir bağlamda veya genel olarak “adil”in ne anlama geldiği ile ilgili olarak yargılamayı yapan ve bunu gözden geçiren yerel mahkemeler arasında ve bu mahkemeler ile Mahkeme arasında makul anlaşmazlıklar bulunabilir. “Adillığe” ilişkin yerel değerlendirmelerin reddedilmesinin, Üye Devletlerin onayladığı Sözleşme’de düzenlenmeleri nedeniyle, belirli usuli hakların münferit ihlallerinin tespit edilmesine göre ikincilik ilkesiyle daha az uyumlu olduğu görülmektedir. Devletlerin 6 § 3 maddesindeki normlar gibi katı normları bu tür belirsiz bir kavram lehine ihlal etmelerine izin verilmesi, 6. madde ihlallerini engellememekte, daha ziyade bu ihlallere sebebiyet vermektedir.

53. “Genel adillik” kavramının esnekliğine dair herhangi bir delile ihtiyaç duyulursa, Mahkemenin adillik analiziyle ilgili “kapsamlı olmayan bir faktörler listesi”ni¹²⁴ ayrıntılarıyla anlattığı *İbrahim ve Diğerleri* kararına bakılabilir. Bu faktörler arasında, “iç hukuk ve uygulama tarafından sağlanan diğer ilgili usuli güvenceler” arasında, (sanıkların yaşı ve zihinsel kapasitesi gibi) belirli hususlar ve ayrıca adillik değerlendirmesinin kendisi kadar geniş olan diğer “faktörler” yer almaktadır. Mahkeme, örneğin, “yargılama öncesi işlemleri düzenleyen yasal çerçeveyi” ve “zorlamanın derecesini ve niteliğini dikkate alarak...delillerin kalitesini” göz önünde bulunduracağını belirtmektedir. Bu, alanın büyüklüğünü gösteren bir haritadır; görünürde doğru olmakla birlikte, gerçekte herhangi bir rehberlik sağlanması açısından faydalı değildir. Bu durum, Mahkemenin kendisinin dahi bir yıl sonra *Simeonovi/Bulgaristan* kararında adillik değerlendirmesi yaparken tüm bu

124 .Yukarıda anılan *İbrahim ve Diğerleri*, § 274.

unsurları incelememiş olmasıyla ortaya konulmaktadır.¹²⁵ Yasal kesinliğin olmaması, savunma tanıklarının hazır bulunmasının reddedilmesi durumunda daha da artmaktadır, zira *İbrahim ve Diğerleri* kararında yargılamaların genel adilliğine ilişkin değerlendirmeye yönelik on ilgili faktör listesi¹²⁶, somut davada tamamen göz ardı edilmiş ve bu listeyi alternatif bir listeyele değiştirme konusunda hiçbir çaba gösterilmemiştir.

54. Açıklığın bulunmamasının, genel adillik testini yerel mahkemeler için tehlikeli bir açık çek haline getirmesi durumunda, bilhassa, özel dikkat gerektiren tehlikeli bir faktör bulunmaktadır: “bahse konu belirli suçun soruşturulmasında ve cezalandırılmasında kamu menfaatinin ağırlığı”.¹²⁷ Bu tür bir gerekçenin bir mahkemede neden yasaklanması gerektiğini anlamak için aşırı derecede deontolojik bir tutum sergilenmesi gerekmemektedir. Suçların ağırlığı ve niteliği, Devletleri belirli usul hükümleri kabul etmeye sevk edebilir ve özellikle, Sözleşme’deki hiçbir husus, ülkeleri terörle, organize suçla ve diğer ciddi suç biçimleriyle mücadele etmekten alıkoyacak şekilde anlaşılmamalıdır. Bununla birlikte, yargılamanın adilliğinin değerlendirilmesinde bu faktörün ilgili faktörlerden biri olarak sıralanması oldukça rahatsız edicidir. *İbrahim ve Diğerleri* kararında, “bahse konu suç türünün” değil, “bahse konu belirli suçun” soruşturulmasında ve cezalandırılmasında kamu menfaatine atıfta bulunulduğunu kaydediyorum. Bu durum, sanıkların, yalnızca itham edildikleri suçun türü nedeniyle değil, aynı zamanda davalarının yol açtığı “kamu menfaati” nedeniyle de kendilerine karşı yürütülen yargılamalarda farklı derecelerde adillik hakkına sahip oldukları anlamında yorumlanabilir. Bu durum, hukuka uygun bir yargılamaya kıyasla kanunsuz cezalandırmaya daha çok benzeyen nihai “sokak adaleti” paradigmasını teşkil edecektir. Mahkemenin muhtemelen böyle bir anlam kastetmiş olamayacağı kanaatinde olsam bile, pedagojik

125. Yukarıda anılan *Simeonovi*, §§ 132-144.

126. Yukarıda anılan *İbrahim ve Diğerleri*, § 274.

127. Aynı kararda, § 274.

olarak öngörülen bir paragrafta bu tür bir muğlaklığın bulunması dikkat çekicidir. Bununla birlikte, Mahkemenin başka ne kastetmiş olabileceği belirsizdir. Mahkemenin kastetmiş olabileceği husus, Devletlere özellikle hassas konuları içeren suçlara yönelik daha kısıtlayıcı usul kuralları uygulama konusunda belirli bir takdir yetkisinin tanındığı yönünde olabilir. Ancak durumun böyle olması halinde, bu konunun önceki aşamada, yani Hükümetin kısıtlamaya yönelik sağladığı gerekçeler değerlendirilirken incelenmesi gerekirdi. Kamu menfaatinin iki kez dikkate alınması, yargılamanın adilliğinin öneminin çifte sayılmasına veya başka bir deyişle “yarım sayılmasına” yol açmaktadır.

55. İlgili bir şekilde, *İbrahim ve Diğerleri* kararındaki mantığa göre, yargılamanın genel olarak adil olup olmadığının değerlendirilmesi, Mahkemenin, başta mahkûmiyet için kullanılan deliller olmak üzere, ceza dosyasındaki materyalleri analiz etmesi¹²⁸ ve ikili bir değerlendirme yapması gerektiği anlamına gelmektedir. Bu ikili değerlendirme şunlardan oluşmaktadır: ilk olarak, başvuranın avukata erişim hakkı ihlal edilmemiş olsaydı, dosyadaki delillerin mevcut olup olmayacağı. Ve ikinci olarak, sanık kendi seçtiği avukatın yardımından yararlansa dahi bu delilin mahkûmiyete yol açıp açmayacağı. Bu varsayımsal değerlendirmeler, ispat ve delillerin kabul edilebilirliği gibi yerel usul hukuku ile anlamlı bir ilişki olmadan yürütülemez. Bunun, Mahkemenin Üye Devletlerin kendi usul sistemlerini oluşturma yetkilerine saygı gösterirken yerine getirme konusunda en iyi donanıma sahip olmadığı bir görev olduğu görülmektedir.

56. Son olarak, Mahkemenin kararlarının yerel makamlara rehberlik etmesi halinde, yerel mahkemelerden, yargılamaları genel adillik temelinde yapmalarını istemek yararlı olmayacaktır. Bunun nedeni sadece kavramın belirsizliği değil, daha esas olarak, farklı organlara farklı zamanlarda farklı görevler verilmesi sebebiyle, mahkemelerin belirli bir yargılamanın

¹²⁸ Aynı kararda, § 274.Bk., ayrıca, yukarıda anılan *Al-Khawaja ve Tahery*, § 143.

gelecekte nasıl devam edeceğini hiçbir zaman bilememesidir. Örneğin, bir hazırlık soruşturması yürütürken sanığın kendi seçtiği avukata erişimine izin vermeyen bir hâkim veya savcının, kısmen farklı organlar tarafından yürütülen yargılamaların geri kalanının Sözleşme'nin varsayılan ihlalini telafi etmek için “yeterince adil bir şekilde” yürütülüp yürütülmeyeceğini önceden bilmesi muhtemelen mümkün değildir. Yargılamanın genel adillliğini yargılamanın kendi içerisinde değerlendirmenin imkânsız olması, bunun Mahkemenin desteklemesi bakımından yetersiz bir standart olduğunun güçlü bir göstergesi olmalıdır.

Sözleşme'nin doğrudanlık ilkesi

57. Yukarıdaki hususların tümü, 6 § 3 (d) maddesinde düzenlenen haklar için geçerlidir.¹²⁹ Sistematik olarak, bu haklar sadece tavsiye niteliğinde olmayıp, adillik ilkesinin tezahürleridir. Bu hakların kökleri, dolaylı delillerin yasaklanmasına ilişkin kuralın kaynağı olan, delillerin doğrudanlığı (*Unmittelbarkeitsgrundsatz*) ilkesine ilişkin olarak Avrupa'da ortaya çıkan fikir birliğine dayanmaktadır. Doğrudanlık ilkesi ışığında, tanık delilleri ile

129. Ulrich Sommer, “AİHS'nin 6 (3)(d) maddesi kapsamında yüzleşme -”tanığı sorgulama”- hakkı, yukarıda anılan p.4-32 (Ulrich Sommer, “Das Konfrontationsrecht des Art. 6 Abs. 3 lit. d MRK – “to examine the witness”, cited above, pp. 4-32); Ian Dennis, “Tanıkla yüzleşme hakkı: anlamlar, söylenceler ve insan hakları” (2010) Ceza Hukuku İncelemesi 255-274 (Ian Dennis, “The right to confront witnesses: meanings, myths and human rights” (2010) *Criminal Law Review* 255-274); Kweku Vanderpuye, “Çatışma Gelenekleri: Yüzleştirmenin Uluslararası Hale Getirilmesi” (2010) 43 Cornell Uluslararası Hukuk Dergisi 513-583(Kweku Vanderpuye, “Traditions in Conflict: The Internationalization of Confrontation” (2010) 43 *Cornell International Law Journal* 513-583); John Spence, “Ceza Yargılamalarında Yüzleşmeye ilişkin Avrupa Hakkı -Hazır Bulunmayan, Gizli ve Savunmasız Tanıklar” (2007) 32 Avrupa Hukuku İncelemesi 275-278 (John Spence, “The European Right to Confrontation in Criminal Proceedings - Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses” (2007) 32 *European Law Review* 275-278); Maffei, Ceza Yargılamalarında Yüzleşmeye ilişkin Avrupa Hakkı: Hazır Bulunmayan, Gizli ve Savunmasız Tanıklar, Groningen, Avrupa Hukuku, 2006 (Maffei, *The European Right to Confrontation in Criminal proceedings: Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses*, Groningen, Europa Law, 2006).

mahkeme arasındaki yakın bağlantının, felsefi olarak, gerçeğe en olası yakınlığı sağladığı düşünülmektedir. Bu ilkeler, çekişmeli veya sorgulayıcı olup olmadıklarına ve ne ölçüde bu nitelikte olduklarına bakılmaksızın, Avrupa ve ötesinde ceza hukuku sistemlerinin farklı türleri boyunca kabul edilmektedir. Her ulusal sistemde doğrudanlık ilkesinin uygulanma şekli farklılık gösterse de, ilkenin bu şekilde kabulü reddedilmemektedir.¹³⁰ Bu fikir birliği ve Mahkemenin konuya ilişkin köklü içtihamı ışığında, doğrudanlık ilkesi, yargılamayı yürüten mahkemelere yalnızca geriye dönük bir inceleme standardı değil, aynı zamanda yargılamada olası delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin bir standart da sağlayan aşağıdaki rehber ilkeleri getirmektedir:

1. Rehber İlke: Doğrudanlık ilkesi, tanık delillerinin yargılamayı yürüten yetkili mahkeme önündeki yargılamalarda sunulmasını gerektirmektedir ve dolayısıyla, hazır bulunmayan tanıkların dava duruşmasına getirilmesi amacıyla uygulanabilir tüm tedbirler ve gerektiğinde zorlayıcı tedbirler alınmalıdır.¹³¹

2. Rehber İlke: Savunma ve iddia makamı için aynı olan, tanıkların hazır bulunması veya çapraz sorgulanmasına ilişkin her türlü talebin değerlendirilmesine yönelik test, tanığın yargılamanın sonucu ve talepte bulunan tarafın durumu ile ilk bakışta (*prima facie*) ilgili olmasına dayanmaktadır. Bu, münhasıran önceden yapılan (“*ex ante*”) bir testtir. Dolayısıyla, tanıkların hazır bulunması veya çapraz sorgulanması taleplerini değerlendirirken, yargılamayı yürüten mahkeme - savunmanın

130. Bk., Sebastian Bürger, “Doğrudanlık ilkesi ve delillerin çekişmeli olarak alınması” (2016) 128 (2) Ceza Hukuku Bilimi Dergisi 518-546 (*Unmittelbarkeitsgrundsatz und kontradiktorische Beweisaufnahme*) (2016) 128 (2) *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 518-546); ve Daniela Dembo, Bir İnsan Hakkı olarak Savunma Hakkı ve ulusal, Avrupa ve uluslararası düzeylerde ceza yargılamalarının adilliği, Berlin, Duncker Humboldt, 2014 (*Menschenrecht auf Verteidigung und Fairness des Strafverfahrens auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene*, Berlin, Duncker Humboldt, 2014).

131. İddia makamı tanıkları ile ilgili olarak, *Delta/Fransa*, no. 11444/85, Seri I No. 191-A, § 37, ve *Pello/Estonya*, no. 11423/03, §§ 34 ve 35, 12 Nisan 2007; savunma makamı tanıkları ile ilgili olarak, *Polufakin ve Chernyshev/Rusya*, no. 30997/02, § 207, 25 Eylül 2008.

lehine olan deliller hariç olmak üzere- delillerin incelenmesinin sonucu hakkında önceden değerlendirme yapma hakkına sahip değildir.

3. Rehber İlke: Yalnızca istisnai durumlarda, ceza yargılamalarının yargılama öncesi aşamasında sunulan tanık delilleri mahkemede okunabilir ve kararda gerekçe olarak kullanılabilir. Ceza yargılamasında yasallık ilkesi, yargılama sırasında bir tanığı çağırılmamak veya çapraz sorguya çekmemek ve hazır bulunmayan bir tanığın ifadesinin yargılama sırasında okunması için haklı nedenlerden oluşan kapsamlı bir yasal kataloğu gerekli kılmaktadır. Haklı nedenlerden oluşan bu katalog, ulaşılabilen tanık ve korunma ihtiyacı olan tanık olmak üzere iki tanık kategorisini içermektedir. Ulaşılabilen tanık kategorisi aşağıdaki alt kategorilere sahiptir: (1) müteveffa tanık¹³²; (2) tanığın fiziksel veya zihinsel yetersizliği veya hastalığı¹³³; (3) tanığın kaybolması¹³⁴; (4) tanığın yurt dışında ikamet etmesi veya yurt dışına seyahat etmesi¹³⁵; (5) tanığın müşterek sanık olarak yasal bir hak olan susma hakkına sahip olması¹³⁶; (6) kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı¹³⁷; ve (7) bir tanığın aile ilişkileriyle ilgili yasal muafiyet.¹³⁸ Korunma ihtiyacı olan tanıklar kategorisi, aşağıdaki iki alt kategoriye sahiptir: (1) bir tanığın hayatının veya fiziksel bütünlüğünün korunması¹³⁹; veya (2) savunmasız bir tanığın sağlığı.¹⁴⁰ Bu gerekçelerden oluşan katalogda bir hâkim, savcı veya polis önünde sunulan tanık delilleri arasında ayırım yapılmalıdır, zira yargılama öncesi aşamada polis veya savcı önünde sunulan deliller, güvenilirlik ve doğruluk

132. *Ferrantelli ve Santangelo/İtalya*, no. 19874/92, AİHS 1996-III.

133. *Bricmont/Belçika*, no. 10857/84, Seri A, no. 158.

134. *Artner/ Avusturya*, no. 13161/87, Seri A no. 242-A.

135. Yukarıda anılan *Schatschaschwili*, § 155, ve yukarıda anılan *Nechto*.

136. Yukarıda anılan *Lucà*.

137. *Vidgen /Hollanda*, no. 29353/06, 10 Temmuz 2012.

138. *Unterpertinger/Avusturya*, no. 9120/80, Seri A no. 110, ve *Asch/Avusturya*, no. 12398/86, Seri A no. 203 kararlarında durum bu şekildedir. Muhalif görüş sunan Hâkimler Evans ve Bernhardt'ın son belirtilen kararda ifade ettiği üzere, Mahkeme, bu davalarda, çelişkili bir şekilde karar vermiştir.

139. *Kostovski/ Hollanda*, no. 11454/85, Seri A no. 166.

140. Yukarıda anılan *P.S./Almanya*.

açısından, yargılama öncesi aşamada hâkim önünde sunulan delillerle bir tutulamaz. Yargılamada hazır bulunmayan bir tanığın ifadesinin okunmasına yönelik haklı nedenlerden oluşan katalog, yargılama öncesi aşamada hâkimin delil topladığı durumlarda daha geniş ve delilin savcı veya polis tarafından *toplandığı durumlarda daha az geniş olmalıdır*.

4. Rehber İlke: Bir tanığın çağırılması veya çapraz sorguya tabi tutulmaması ve tanığın yargılama öncesi verdiği ifadesinin mahkemede okunması için haklı bir nedenin bulunduğu durumlarda, yargılamayı yürüten mahkeme, tanığın ifadesinin çekişmeli koşullarda alındığı özel bir ön duruşma gibi savunma makamı önüne konulan engelleri telafi etmek için yeterli dengeleyici tedbirlerin alınmasını sağlamalıdır.¹⁴¹ Ne sorgulanmayan ifadeye daha az önem verilmesi yönünde jüriye talimat verilmesi ¹⁴² ne de sanığın bizzat ifade vererek veya başka bir tanığa soru yönelterek hazır bulunmayan bir tanığın ifadesine itiraz etme veya çürütme imkânı yeterli olmaktadır.¹⁴³

5. Rehber İlke: Sanığın önüne konulan engelleri telafi etmek için yeterli dengeleyici tedbirlerin alındığı durumlarda dahi, yargılamayı yürüten mahkeme, hazır bulunmayan bir tanığın yargılama öncesi verdiği ifadeyi tek başına veya belirleyici ölçüde kararına esas almamalıdır.¹⁴⁴ Bu tür bir gerekçe, doğrudanlık ilkesinin özünü ortadan kaldıracaktır.

6. Rehber İlke: Yargılamayı yürüten mahkemenin, bir tanığın yargılama öncesi ve yargılama sırasında verdiği ifadeler arasında çelişkiyle karşılaştığı durumlarda, doğrudanlık ilkesi, ilgili tanığın yargılama sırasında verdiği ifadelerine daha fazla ağırlık verilmesini gerektirir.

141. Yukarıda anılan *Schatschaschwili*, § 162, ve *Melnikov/Rusya*, no. 23610/03, § 80, 14 Ocak 2010.

142. Yukarıda anılan *Al-Khawaja ve Tahery*, §§ 164, ancak bk., ayrıca, §§ 156 ve 157. Delillerin dikkatli bir şekilde incelenmesi yeterli değildir (*Hulki Günes/Türkiye*, no. 28490/95, § 95, 19 Haziran 2003).

143. *Paic/Hırvatistan*, no. 47082/12, § 51, 29 Mart 2016.

144. Bk., yukarıda 88. dipnot.

7. Rehber İlke: Bunlar, doğrudanlık ilkesinin ihlaline ve sonuç olarak, yargılamanın adil olmamasına yol açmamak adına yargılamayı yürüten mahkemenin geçemeyeceği bariz kırmızı çizgilerdir. İç hukukta yargılama öncesi tanık ifadelerinin okunmasına ilişkin olarak iddia makamı ile savunma makamı arasında anlaşma ihtimali öngörülmediği ve her iki tarafın bu ifadelerin okunmasını kabul etmediği sürece, yargılamayı yürüten mahkeme tarafından yukarıdaki rehber ilkelere aykırı hiçbir delil dikkate alınamaz.

Sözleşme standartlarının Tanık A.'ya Uygulanması

58. Tanık A., Organize Suçlar Şube Müdürlüğünde bir polis memuruydu ve her zaman amirlerinden gelen talimatlar doğrultusunda hareket etmekteydi. Hükümet, tanık A.'nın rolünü şu şekilde açıklamıştır: “Dolayısıyla, A.'nın söz konusu olaylardaki rolü, başvuran hakkındaki operasyonel arama faaliyetini teknik olarak kolaylaştırmakla sınırlıydı.”¹⁴⁵ Nitekim başvuran aleyhinde gizli bir operasyon vardı ve tanık A. gizli bir ajan olarak hareket etmiş ve çoğunlukla başvuranın V. ve Ku. ile paylaştığı konutta yapılan video kayıtları yoluyla, başvuran aleyhindeki tüm delillerin toplanması sonucunu doğuran faaliyetlerde bulunmuştur.

59. Tanık A.'nın savunma tanığı olarak sınıflandırılması sorunludur. A.'nın yargılama öncesi aşamada başvuran lehine tanık olarak sorgulanmasına karşın, savcı, A.'nın ifadesinin yargılama sırasında okunması için harekete geçmiş ve yargılamayı yürüten mahkeme, başvurunu mahkûm ederken bu yazılı ifadeye dayanmıştır. A.'nın ifadesinin ispat değerinin ulusal mahkemeler tarafından araştırılmaması, bu sorunlu sınıflandırmayı engellememektedir. Somut davadaki durumun özgüllüğünü oluşturan husus,

145. Bk., Hükümetin 28 Kasım 2017 tarihli görüşleri, sayfa 21. Hükümetin tanık A.'yı (başvuran lehine) savunma tanığı olarak tanımlamasına karşın (bk., görüşün 8. paragrafı), Hükümet, gerçekte, bu tanığı iddia makamı tanığı olarak değerlendirmiştir (bk., görüşün 115. ve 116. paragrafları).

mahkûmiyetin, başvuranın beraat etmesiyle veya aklanmasıyla sonuçlanabilecek polis tarafından tuzağa düşürülme veya polislerden kaynaklanan başka tür bir durumun meydana gelmediği varsayımına dayanmasıdır.

60. Başvuranın kendisi, yargılama sırasında, tanık A. ile yüzleştirilme konusunda ısrar ettiğini, ancak bu konuda sonuç alamadığını yinelemiştir.¹⁴⁶ Başvuran aleyhindeki gizli operasyonda yer alan tanık A.’nın nerede olduğunu tespit etmek ve yargılamada hazır bulunmasını sağlamak için hiçbir adım atılmamıştır.¹⁴⁷ Yargılamayı yürüten mahkeme, yalnızca, başvuran aleyhindeki tüm delillerin kabul edilebilir olduğu sonucuna varmış ve Rusya Yüksek Mahkemesi, daha fazla açıklama yapmadan, temyiz başvurusu sonrasında bu tespiti onamıştır. Başvuranın tuzağa düşürüldüğüne dair beyanı ile ilgili olarak, Yüksek Mahkeme, sadece, temyiz mahkemesi heyetinin, daha fazla değerlendirme eklemeksizin, sanıkla “aynı fikirde olmadığını” belirtmiştir.¹⁴⁸

Ne başvuran ne de avukatları, yargılama öncesi aşamada tanık A.’nın sorgulanması sırasında hazır bulunmuştur. Savunmaya yargılama öncesi aşamada veya yargılama sırasında A.ile yüzleşme imkânı verilmemiştir. Rusya Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 281 § 1 maddesi uyarınca, tanık A.’nın dinlenmesinden feragatin veya hazır bulunmayan tanığın ifadesinin okunmasının geçerli bir şekilde kabulünün söz konusu olmaması sebebiyle, aynı hükmün ikinci fıkrası uygulanmıştır. Tanık A.’nın hazır bulunmamasına ilişkin gerekçelerin geçerli olup olmadığını ve bu gerekçelerin geçerli olmaması halinde, örneğin tanık A.’nın hazır bulunmasını zorunlu kılan müzekkereler yazarak huzurunda hazır bulunmasını sağlamak yargılamayı yürüten mahkemenin göreviydi.

146. Bu kararın 57. paragrafı.

147. Karşılaştırmız, *Bykov/Rusya* [BD], no. 4378/02, § 97, 10 Mart 2009.

148. Bk., başvuranın Büyük Daire önündeki görüşleri, § 58.

61. 281. maddenin ikinci fıkrasının gerektirdiği üzere tanık A.’nın duruşmada ifade vermek üzere çağrılmamasını gerekçelendirmek için hiçbir haklı nedenin sağlanamayacağı açıktır. Rusya Ceza Muhakemesi Kanunu’nda, açık bir şekilde, haklı neden örnekleri ve aynı zamanda, “diğer istisnai koşullar” a atıfta bulunan geniş kapsamlı bir hüküm öngörülmektedir. Bunlar, Mahkeme tarafından *Al-Khawaja ve Tahery* kararında tesis edilen kriterlere yakındır. Ayrıca, Avrupa’da bulunan ceza muhakemesi kanunlarındaki diğer birçok hüküm gibi, Rusya Kanunu’ndaki hüküm, savunma tanıkları ile iddia makamı lehine hazır bulunan tanıklar arasında ayırım yapmamaktadır.

62. Bu bağlamda, Mahkeme, “bir sanığın suç işlemeye tahrik edildiğini öne sürdüğü durumlarda, Sözleşme’nin 6 § 1 maddesi uyarınca yargılamanın adil olması için polis tahriki sonucu elde edilen tüm delillerin hariç tutulmasının gerekmesi sebebiyle, ceza mahkemeleri tarafından dosyadaki materyallere ilişkin dikkatli bir inceleme yapılması gerektiğine” karar vermiştir.¹⁴⁹ Bu ilkelerin somut davaya uygulanması, ulusal mahkemeye, delilin ilgili kısmını daha sonra kapsam dışında bırakmak üzere, polis tahrikinin gerçekleşip gerçekleşmediğine dair delilleri dikkatli bir şekilde incelenmesi konusunda özel bir yükümlülük getirmektedir. Bu yükümlülük, yalnızca başvuranın kolluk görevlileri tarafından yapılan “tahrik” algısına ilişkin savunmasından değil, aynı zamanda, A.’nın yargılama öncesi verdiği ifadeden ve ayrıca başvuranın dairesindeki gizli güvenlik kamerasından elde edilen video kayıtlarından açıkça anlaşıldığı üzere, A.’nın davada yoğun bir şekilde yer almasından kaynaklanmıştır. Tanık A.’nın suçlara karışma ihtimalini soruşturma yükümlülüğünü açıklığa kavuşturması gereken bir diğer önemli ipucu, tanık V.’nin ifadesine göre, başvurana tanıdığı olan A. adlı kişi tarafından “cihat yolu” ile ilgili bazı kitapların verilmesidir.¹⁵⁰

149 *Ramanauskas/Litvanya [BD]*, no. 74420/01, § 60, 5 Şubat 2008.

150. Bu kararın 29. paragrafı.

63. Son olarak, tanık V., yargılama öncesi ve yargılama sırasında sorgusunda çelişkili ifadeler vermiştir¹⁵¹ ve tanık Ku., yargılama öncesi aşamada verdiği ifadeleri geri çekmiş ve bunun yerine, başvuranın kendisini intihar bombacısı olmaya teşvik etmediğini belirtmiştir.¹⁵² Özet olarak, tanık V., yargılama sırasında, başvuranın kendisini ve Ku.'yu intihar bombacısı olmaya hazırladığını belirtmiş ve tanık Ku., V.'nin ifadesini reddetmiş ve başvuranın kendisini intihar bombacısı olmaya teşvik etmediğini belirtmiştir. Bu çelişkiler dikkate alındığında, her iki tanığın yargılama öncesi verdiği ifadeler, yargılama sırasında okunmuştur. Nihayetinde, yargılamayı yürüten mahkeme, V.'nin ve Ku.'nun yargılama öncesi verdikleri ifadeler ile V'nin yargılama sırasında verdiği ifadelerden yararlanmıştır.¹⁵³

64. Çoğunluk, tanık A.'nın çapraz sorgulanmasının - en iyi ihtimalle - başvuranın savunması için ne anlama geleceğine dair önemli soruya atıfta bulunmadan, başvuranın diğer çeşitli usuli tedbirleri alabildiği sonucuna varmıştır. Çoğunluğun öne sürdüğünün aksine, A.'nın yargılama öncesi ifadelerine ilişkin yorumda bulunulması veya örneğin A.'nın karıştığı olaylar hakkında diğer tanıkların sorgulanması, yüzleşmenin usuli amacına ulaşılmasını sağlamamıştır.¹⁵⁴ Sanığın diğer usuli haklarının mahkeme tarafından korunması, mahkemenin sanığın başka bir hakkını ihlal edip etmediğine dair değerlendirme eşiğinin düşürülmesine yönelik bir argüman olarak değil, olağan bir sonuç olarak değerlendirilmelidir. Bu haklar, sanığın itiraz edemeyeceği delillerle ilgili usuli güvencelerle karıştırılmamalıdır. Bu argümanla, çoğunluk, - ulusal mahkemenin delillerin gerekliliğine karar verme konusunda Mahkemeye göre daha iyi konumda olduğuna dair görüşüne rağmen - deliller hakkında önceden değerlendirme yapma yasağını (*Verbot der Beweisantizipation*) ihlal etmiştir. Başvuranın başka türde

151. Bu kararın 31. paragrafı.

152. Bu kararın 32. paragrafı.

153. Bu kararın 58 ve 60. paragrafları.

154. Bu kararın 99. paragrafı.

delilleri kullanabileceği argümanına başvuran çoğunluk, tanık A.'nın çapraz sorgulanma sonucunun, yargılama öncesi aşamayla ilgili verdiği ifadesinin içeriğini değiştirmeyeceği tahmininde bulunmuştur.

Sözleşme standartlarının tanık B. ve K.'ya uygulanması

65. B. ve K. tutanak tanıklarıdır. İlke olarak, tutanak tanığı statüsü, Sözleşme kapsamında sorunludur. Rusya Federasyonu Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 60. maddesine göre, tutanak tanığı “ceza davasının sonucuyla ilgisi olmayan bir kişidir”; söz konusu tanık, bir soruşturma işlemine katılma ve bu işlemle ilgili tutanağa kaydedilmesi gereken yorumlarda bulunma hakkına sahiptir. Tutanak tanığı, aynı zamanda, söz konusu tutanağı okuma hakkına da sahiptir.¹⁵⁵ Tutanak tanığının yasal yeterliliğine ilişkin herhangi bir yasal gereklilik bulunmaması nedeniyle, bu tanık, soruşturmacı tarafından benimsenen usulün yasallığı hakkında yorum yapacak ve hatta bunu doğrulayacak durumda olmayabilir. Bu durum, bariz bir şekilde, tutanak tanığının rolünü ilgililikten büyük ölçüde yoksun bırakmaktadır. Tutanak tanığının yasal yeterliliğe sahip olduğu durumlarda bile, bu tanık, açıkçası, soruşturmacı tarafından seçilmesi nedeniyle, suç isnadında bulunulmamış bir sanığa veya şüpheliye yönelik avukat yardımı güvencesinin yerini alamaz. Ayrıca, bu tanığın savcılık tarafından kötüye kullanılmasına ilişkin ciddi bir risk bulunmaktadır, zira soruşturmacıdan güvendiği ve sorun yaratmayacak kişileri seçmesi kolaylıkla beklenebilir. Bununla beraber, tutanak tanığı, yargılamayı yürüten mahkeme önünde getirilip sorgulandığında, soruşturma işlemi sırasında maddi tanıklardan veya sanık ya da şüpheliden duyduklarını tekrarlamaya yönlendirilebilir. Böylesi bir sorgulama, tutanak tanığının yargılama sırasında dolaylı tanık olarak kötüye kullanılması anlamına gelecektir. Duyuma dayalı delil yasağına riayet edilmesi amacıyla, tutanak tanıklarının sorgulanmasının, soruşturma işlemi ve bu işlemin yürütülmesiyle

155. Hükümetin 28 Kasım 2017 tarihli görüşleri, para. 108.

ilgili koşullarla sınırlandırılması gerekecektir. Son olarak, Mahkeme, daha önce, “tutanak tanıklarının yargılamalara katkısının soruşturma tedbirlerinin yürütülme şekliyle sınırlı olduğunun görülmesi” ve “bu tanıkların ifadelerinin başvuranların mahkûmiyetlerine önemli ölçüde esas teşkil etmemesi” nedeniyle, söz konusu tanıkların mahkemede hazır bulunmamasının, Sözleşme’nin 6 §§ 1 ve 3 (d) maddesini ihlal etmediğine karar vermiştir.¹⁵⁶

66. Söz konusu davada, tutanak tanıkları B. ve K., başvuranın çantasının aranmasında hazır bulunmaya davet edilmişlerdir. Bu belirli kişilerin davet edilme kriterleri ve aynı şekilde, bu amaca yönelik yeterlilikleri ve yemin edip etmedikleri bilinmemektedir. Tutanak tanıkları, ön soruşturma sırasında sorgulanmamış ve onlar ile başvuran arasında yüzleştirme yapılmamıştır. Savunma avukatları, ilgili süre sınırı içerisinde, başvuranın çantasının aranmasının tam olarak koşullarının belirlenmesi için bu tanıkların yargılamada hazır bulunmasını talep etmişlerdir. Başvuran, bu tanıkların sorgulanması konusunda ısrar etmemiş, ancak sorgulamanın gerekli olduğunu iddia eden avukatlarının talebini kabul etmiştir.¹⁵⁷ Yargılamayı yürüten mahkeme, herhangi bir gerekçe sağlamadan, savunmanın talebini reddetmiştir. Yargılamayı yürüten mahkeme, kararında, tanık B. ve K.’dan bahsetmemiş, ancak patlayıcıların başvuranın çantasına yerleştirildiği iddiasını reddeden devriye görevlilerinin ve polis merkezindeki görevlilerin ifadelerine ve kişisel aramanın parmak izlerinin alınmasından önce gerçekleştirildiğini belirten resmi tutanağa atıfta bulunmuştur.¹⁵⁸ Yüksek Mahkeme, savunmanın talebinin dayanaksız olduğu ve gerekçelendirilmediği yönünde değerlendirme yapmamakla birlikte, başvuranın patlayıcıların tanık B. ve K. gelmeden önce çantasına yerleştirildiğini iddia etmesi nedeniyle, söz konusu tanıkların hazır bulunmasının gerekli olmadığını öne sürmüştür.¹⁵⁹

156. *Shumeyev ve Diğerleri/Rusya (k.k.)*, no. 29474/07, 8669/09 ve 55413/10, § 37, 22 Eylül 2015.

157. Bu kararın 52. paragrafı.

158. Bu kararın 61. paragrafı.

159. Bu kararın 67. paragrafı.

Hükümet gibi,¹⁶⁰ Rusya mahkemeleri de talep edilen tanık ifadeleri hakkında önceden hüküm vermiş ve bu tanıkların ifadelerinin, hiçbir şekilde, mahkemelerin hâlihazırda elinde bulunan delillerin ötesinde bir delil sağlayamayacağını ileri sürmüştür.¹⁶¹

67. Çoğunluğun iddia ettiğinin aksine,¹⁶² savunmanın yargılama sırasında tanık B. ve K.'ya soru yöneltme talebinin “belirli hiçbir olgusal veya yasal argümanlar içermediği” doğru değildir: bu talep, sorgulamanın olgusal konusunu (aramanın tam koşulları) ve yasal amacını (patlayıcıların başvuranın çantasına yerleştirilip yerleştirilmediğinin tespiti) içermekteydi¹⁶³. Ayrıca, savunma makamı, savunma tanıklarının hazır bulunması talebinde bulunurken, söz konusu tanıkların ifadelerinin davasına nasıl yardımcı olacağına dair “somut bir şekilde ayrıntılı açıklama yapması” gerekmemektedir.¹⁶⁴ Bu tür bir ayrıntılı açıklama, savunmanın dava stratejisini ve özellikle sorgulama stratejisini bırakmasını istemekle eşdeğer olacaktır. Daha da vahim olan husus, bu detaylı açıklamanın iddia makamından istenmemesidir.¹⁶⁵ Çoğunluğun, savunma makamından iddia makamından talep ettiğinden çok daha fazlasını talep ettiği açıktır. Nihayetinde, çoğunluk kendisiyle çelişmektedir, zira çoğunluk, yalnızca savunmanın talebine dayanarak, tutanak tanıklarının ifadelerinin “salt arama yöntemlerinin ve daha sonra polis tutanaklarına giren bilgilerin ötesine geçeceğini” kabul etmekte ve¹⁶⁶ dolayısıyla, bu tanıkların savunma tanıkları olarak ilgili olduklarını kabul etmektedir: ancak, çoğunluk, aynı zamanda,

160. Bk. Hükümetin Büyük Daireye sunduğu görüş, § 107.

161. Daire kararının 42. paragrafı. Bu sonuç, Daire tarafından izlenmiştir (Daire kararının 98. paragrafı). Yeterince garip bir şekilde, bu durum, Büyük Daire kararının Olgular kısmında görülmemektedir. Ancak, Hükümet argümanı Büyük Daire önünde yeniden ileri sürmüştür (kararın 135. paragrafı).

162. Bu kararın 171. paragrafı.

163. Bu kararın 169. paragrafı.

164. Bu kararın 171. paragrafı.

165. Bk., karşıt yönde (*a contrario*), yukarıda anılan *Schatschaschwili*, §§ 119-121.

166. Bu kararın 138. paragrafı.

“bu tanıkların sorgulanması için daha fazla gerekçeye ihtiyaç duyulacağını” da teyit etmektedir.¹⁶⁷

68. Çoğunluğun istikrarsız yaklaşımı, tanık B. ve K.’nın hazır bulunmamasını gerekçelendirmek amacıyla, polis memurlarının sorgulanması sırasında savunmanın “genel pasifliği”ne ¹⁶⁸iki kez atıfta bulunarak savunma stratejisinin açık uçlu eleştirisine girişmeleriyle daha da sorgulanabilir hale gelmektedir. İlk bakışta (*prima facie*) ilgililik testinin çok ötesine geçen bu tür şiddetli eleştiriler kabul edilemez niteliktedir. Savunma tanıklarının hazır bulunmasına ilişkin talepler değerlendirilirken, savunma makamının iddia makamı tanıklarının çapraz sorgulanmasında izlediği stratejiden kendisi için olumsuz sonuçların çıkarılması kesinlikle meşru değildir. Çoğunluk burada tamamen farklı olan iki şeyi karıştırmaktadır. Çoğunluk, bu şekilde, “yargılamayı yürüten mahkeme açısından...tutanak tanıklarının olası ifadelerinin öneminin, suçlama konusuyla ancak uzaktan ilgili olduğunu” varsaymaktadır.”¹⁶⁹ Başka bir deyişle, çoğunluk, deliller hakkında önceden değerlendirme yapma yasağını ihlal etmektedir. Daha da kötüsü, çoğunluk, bunu yaparken, delillerin yerleştirildiği iddiasını, yalnızca bu tür delillerin yerleştirilmesinden muhtemelen sorumlu olabilecek polis memurlarının ifadelerine önem vererek doğrulamaktadır. Bu basit bir şekilde adil değildir. Savunmaya karşı bariz bir şekilde yapılan bu tür haksız muamele, vaat edilen “genel adillik” değerlendirmesiyle telafi edilmemektedir.

69. Nitekim çoğunluk nazarında, genel adillik testi, yargılamalara değil, yargılamayı yürüten mahkemenin kararının esasına uygulanmaktadır. Çoğunluk, tanık B. ve K.’nın sorgulanmaması kararını onaylarken, mahkûmiyetin “önemli miktarda delile” dayandığı hususunu ileri

167. Bu kararın 171. paragrafı.

168. Bu kararın 171 ve 174. paragrafları.

169. Bu kararın 173. paragrafı. Çoğunluk, burada, açık bir şekilde, kararın 160. paragrafında açıklanan liberal kriterle çelişmektedir.

sürmektedir.¹⁷⁰ Yargılamaların sonucunun adil olduğu iddiası, usuldeki eksiklikleri gerekçelendirmektedir. Amaç aracı meşru kılmaktadır. Mahkeme, somut dava gibi bazı önemli davalarda daha ulaşılabilir mahkûmiyet kararlarıyla bağlantılı kısa vadeli kazanımların, daha uzun vadeli sistemik kayıplara karşı değerlendirilmesi gerektiği gerçeğini göz ardı ederek, zamanda yüzlerce yıl geriye gitmektedir.

70. Bu bağlamda, sonraki iddia olan, başvuranın “profesyonel avukatlardan yardım alarak savunmasını etkin bir şekilde yapabildiği, kendisi aleyhinde ifade veren tanıklarla yüzleşip onlara soru yöneltebildiği, suçlayıcı deliller hakkında herhangi bir engel olmadan yorumlarda bulunabildiği, ilgili gördüğü delilleri sunabildiği ve yerel mahkemelere olaylara ilişkin kendi anlatımını sunabildiği” iddiası çok az anlam ifade etmektedir; ancak az da olsa anlam ifade etmesi tehlikelidir. Diğer bazı usul kurallarına saygı gösterilmesinin, Sözleşme’nin 6 § 1 (d) maddesine uyulmamasını gerekçelendirmek için bir mazeret olarak kullanılabilmesi tehlikelidir. Bu tehlikelidir, zira 6 § 1 (d) maddesine uygunluğun sonucu değiştirmeyeceğini varsaymaktadır. Sanki çoğunluğun, yargılama sınırlarının ötesinde maddi gerçeği anlama ve tüm açıklanamaz ve üstün takdir yetkisiyle, her bireysel durumda hangi usul kuralının uygulanacağını belirleme konusunda kehanet gücü bulunmaktadır. İlahi adalete oynayan insan adaleti, var olan en kötü adalettir.

170. Bu kararın 175. paragrafı. Bu talihsiz yöntem, Mahkeme içtihadında yeni değildir (bk., örneğin, *Sievert/Almanya*, no. 29881/07, § 67, 19 Temmuz 2012, ve *Poletan ve Azirovik /eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti*, no. 26711/07 ve diğer 2 başvuru, § 82, 12 Mayıs 2016).

Sonuç

71. Bu karar sonucunda avukatlar arasında alarm zilleri çalıyor olmalıdır. Çoğunluğun, sanki bu en kusursuz yargılamamış gibi,¹⁷¹başvuranın "ilgili olduğunu değerlendirdiği delilleri sunabildiğini" belirtmesi özellikle dikkat çekicidir. Bu karardaki gerçek yenilik iki yönlüdür: savunma tanığının ifadesinin savunmanın davasına nasıl yardımcı olacağına dair “somut bir şekilde ayrıntılı açıklama yapma” konusunda savunmanın artan yükümlülüğü ve genel adillik testinin savunma tanıklarını sorgulama hakkının ihlal edildiği iddialarının değerlendirilmesini kapsayacak şekilde yıpratıcı bir şekilde genişletilmesi. Bu test, yerel mahkemelerin Sözleşme’nin 6 § 3 maddesi kapsamındaki haklarla ilgili dilediklerini yapmaları ve Mahkemenin yargılamaların sonucunu onaylaması için açık bir çekten başka bir şey değildir. *Al-Khawaja ve Tahery* ve *Schatschaschwili* kararlarında iddia tanıklarıyla yüzleşme hakkının zayıflatılmasından ve İbrahim ve Diğerleri kararında yasal temsil hakkının zedelenmesinden sonra, savunma tanıklarının hazır bulunmamasıyla ilgili olan somut karar, genel adillik testine dayalı *Perna* testini yeniden ele alarak aynı noktaya gelmektedir. *Schatschaschwili/Ibrahim* ve *Diğerleri/Murtazaliyeva* kararlarından oluşan bu talihsiz çember ile Mahkeme, hatalı bir şekilde, savunma haklarının sürekli olarak zayıflatma ve denetleme yetkisini “itidalli bir şekilde”¹⁷² yerel mahkemelere

171. Bu kararın 175. paragrafı.

172. Bu kararın 154. paragrafı.

bırakma şeklinde ikili bir yol izlemektedir. Ceza yargılamasında savunma haklarına yönelik bu sessiz saldırı, nerede duracağı merak edilecek ölçüde yadsınamayacak şekilde artmıştır.