

# AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ\*

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### **BORG V. MALTA DAVASI** (Başvuru Numarası: 37537/13)

#### **KARAR**

**STRAZBURG**  
12 Ocak 2016

*Çeviren: Gökhan ÇAYAN\*\**

*İşbu karar Sözleşme'nin 44 § 2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecek olup bazı şekli değişikliklere tabi tutulabilir.*

#### **Borg v. Malta davasında**

##### ***Başkan,***

András Sajó,

##### ***Hakimler,***

Boštjan M. Zupančič,

Nona Tsotsoria,

Paulo Pinto de Albuquerque,

Krzysztof Wojtyczek,

Egidijus Kūris,

Anna Felice,

ve Bölüm Yazı İşleri Müdürü François Elens- Passos'un katılımıyla heyet olarak toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Dördüncü Bölüm), 24 Kasım 2015 tarihli müzakerelerin ardından yukarıda belirtilen tarihte aşağıdaki kararı vermiştir:

\* Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Dördüncü Bölümü'nün bu kararı resmi İngilizce metinden çevrilmiştir.

\*\* Ankara Hâkim Adayı. LL. M: Kırıkkale Üniversitesi; LL. B: Kırıkkale Üniversitesi; D. eP: Pazmany Peter Üniversitesi. İletişim: gcayan@yandex.com; www.gcayan.com.

## USUL

1. Dava, 28 Mayıs 2013 tarihinde Malta vatandaşı olan Bay Mario Borg (“başvurucu”) tarafından, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme’nin (“Sözleşme”) 34. maddesi uyarınca Malta Cumhuriyeti aleyhine yapılan başvurudan (no. 37537/13) meydana gelmektedir.

2. Başvurucu, Valetta’da avukatlık yapan Dr D. Camilleri, Dr M. Camilleri ve Dr J. Gatt tarafından temsil edilmiştir. Malta Hükümeti (“Hükümet”), kendi temsilcileri Dr P. Grech, Attorney General tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvurucu, duruşma öncesindeki soruşturma aşaması boyunca adli yardımdan yararlandırılmaması sebebiyle Sözleşme’nin 6’ncı maddesinin üçüncü paragrafının (6 § 3), çelişkili kararlar sebebiyle de Sözleşme’nin 6’ncı maddesinin birinci paragrafının (6 § 1 ) ihlal edildiğini iddia etmiştir.

4. Başvuru 22 Ekim 2013 tarihinde Hükümete tebliğ edilmiştir.

5. Malta adına seçilmiş olan yargıç Bay Vincent A. De Gaetano’nun başvurunun görüşmelerine katılması mümkün değildir (Kural 28). Bu sebeple Başkan, yargıç Bayan Anna Felice’nin iş bu başvuru için (ad hoc olarak) görüşmelere katılmasına karar vermiştir ( Kural 29 § 1(b) ).

6. Başvurucu, davanın sözlü duruşma ile görülmesini talep etmiştir. 25 Kasım 2015 tarihinde söz konusu talebin gereği düşünülmüştür. Dava malzemeleri ve iddiaların incelenmesinden sözlü duruşma yapılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.

## OLAYLAR

### DAVANIN SEYRİ (KOŞULLARI)

7. 1976 yılında doğan başvurucu, halen Paola’da bulunan Corradino Islah ve Tutukevi’nde tutuklu bulunmaktadır.

#### A. Davanın Geçmişi

8. Malta Parlamentosu tarafından 2002 yılında kabul edilen kanun ile duruşma öncesinde adli yardım hakkı tanınmıştır. Söz konusu düzenleme 35 numaralı yasal bildirimle 2010 yılında yürürlüğe girmiştir. Malta hukukunda 35 sayılı yasal bildirimden önce; soruşturma aşamasında, özellikle de sulh yargıcı tarafından yapılan ön soruşturma işlemleri ile polis tarafından yapılan araştırmalarda şüpheliye adli yardım imkânı verilmemekteydi. Soruşturma öncesinde şüphelilere hakları, yani soruşturma aşamasında sessiz kalma hakkının olduğu, bu aşama-

da vereceği ifadelerin aleyhine delil olarak kullanılabileceği bildirilmekteydi. Bu aşamada ilgililerin sessiz kalması sebebiyle mahkeme, herhangi bir çıkarımda bulunamıyordu.

## **B. Ceza Davası**

9. Başvurucu yirmi yedi yaşındayken, 2003 Mart ve Nisan aylarında, yasal olmayan ithalat ve hap ticareti (eroin) yaptığı gerekçesiyle 15 Nisan 2003 tarihinde gözaltına alınmıştır. 17 Nisan 2003 tarihinde, gözaltı hali devam ederken, polis tarafından yapılan sorgulamada, başvurucuya susma hakkının olduğu bildirilmiş, başvurucu polise ifade vermiş; fakat avukatının yokluğunda ifade tutanağını imzalamayı reddetmiştir.

10. Başvurucu ifadesi sırasında Taylandlı bir bayanla evli olduğunu ve bir tane beyaz Ford Escort marka arabası bulunduğunu söylemiştir. Sorulan soru üzerine başvurucu, N. ve M. ve diğer üç Türk vatandaşını ( K., R., ve M.I.) kesin olarak tanımadığını, onların 3 Mart 2003 günü nerede olduğunu bilmediğini ve söz konusu isimlerden asla para almadığını ifade etmiştir. Başvurucu ayrıca Türkiye'yi aramadığını, oradan gelen aramaları da cevaplandırmadığını belirtmiştir. Başvurucu, 4 Mart 2003 tarihinde Pacaeville'de yabancılarla temas kurduğu, M.'den anılan günde bir şeyler teslim aldığı ve polis tarafından gösterilen iki numara ile telefonda görüştüğü iddialarını reddetmiştir. 5 Mart 2003 günü başvurucunun eşiyle birlikte kendi arabasıyla Paceville'ye gittiği, M. ile irtibat kurduğu ve M'nin kendisine, eşinin yanında heroin kapsüllerini verdiğine ilişkin iddialar da inkâr edilmiştir. Başvurucu, arabasının teybini çalan kişiyi aramak için saat 10'da Pacaeville'ye gittiğini iddia etmiştir. Başvurucu hiç heroin kullanıp kullanmadığı, kullandıysa en son ne zaman heroin aldığı ve uyuşturucudan kaynaklanan bir probleminin olup olmadığı soruları için sessiz kalma hakkını kullanmıştır. Arabasında bulunan kâğıtta yazılı iki ismin ne anlamına geldiğinin sorulması üzerine başvurucu, iki ismi tanımadığını, söz konusu kâğıdın uzun zamandan beri arabasında olduğunu ve herhangi bir anlam ifade etmediğini, söz konusu kâğıtta yazan isimlerin amacının ne olduğunu bilmediğini ifade etmiştir.

11. Aynı gün ( 17 Nisan 2003 tarihinde) başvurucu, Soruşturma Mahkemesi sıfatıyla Sulh Hâkimliği önüne çıkarılmış ve yukarıdaki ifade başvurucunun aleyhine delil olarak dikkate alınmıştır. Aynı suçtan dolayı itham edilip tutuklanmış olan ve polis tarafından yapılan incelemede hukuki yardımdan yararlandırılmayan iki tanığın (Türk vatandaşı iki kadın kurye olan N. ve M., yukarıda bahsedilen kişiler) ifadeleri sonucunda, kavuşturma aşamasında başvurucuyu suçlayan iki durum daha ortaya çıkmıştır.

12. Bu arada, 15 Nisan 2003 tarihinde başvurucunun yakalandığı, onun ikametgâhında yapılan aramalarda bazı bulguların (öğelerin- delillerin) elde edildiği görevli sulh hâkimine (M.) bildirilmiştir. Sulh hâkimi, elde edilen bulguların değerlendirilmesi için birkaç uzman görevlendirmiş ve değerlendirme neticesinin üç gün içerisinde mahkemeye sunulmasını talep etmiştir (bakınız Ceza Kanunu madde 546- 548, ilgili iç hukuk, paragraf 31 altı). İzleyen gün, söz konusu telefon numaralarının ait olduğu operatör şirketlerden soruşturma ile ilgili tüm bilgi ve belgelerin gönderilmesi istenilmiştir. Sunulan raporlarda suç ile ilgili herhangi bir kanıt rastlanılmadığı ifade edilmiştir.

13. Aynı sulh hâkimi, Ceza Mahkemesi sıfatıyla hareket eden Sulh Mahkemesi'nde de görev almıştır. Nihayetinde söz konusu sulh hâkimi, başvurucu hakkında iddianame düzenlenmesi için - soruşturma raporunun Başsavcılığa gönderilmesi hususunda - yeterli kanıtın bulunduğu karar vermiştir. Hazırlanan iddianame tasarısı 14 Haziran 2006 tarihinde Başsavcılıkça kayda geçirilmiştir.

14. Sonuç olarak başvurucu, Ocak 2008'de jüri ve 16. Ceza Mahkemesi hâkimi tarafından muhakeme edilerek; eroin ithalatını sağlayıcı işlemlerde bulunduğu, Şubat ve 15 Nisan 2003 tarihleri arasında eroin ithalatına katkı sağladığı, Şubat ve 15 Nisan 2003 tarihleri arasında diğer kişilerle ithalat için ilişki kurduğu, yasa dışı ticari ilişkiyi örgütlediği ve finanse ettiği; aynı periyotta şahsi kullanımı aşacak miktarda eroin bulundurduğu gerekçeleriyle eroin satmak veya eroin trafiğine aracı olmak ya da söz konusu trafiği organize etmekten suçlu bulunmuştur. Ceza mahkemesi başvurucuyu 21 yıl hapis ve 70.000 AVRO (AVR) adli para cezasına mahkûm etmiştir. Bu işlemler sırasında başvurucu, çeşitli gerekçelerle N. ve M. tarafından verilen ifadelerle itiraz etmiş, fakat tanıklardan (diğer şüphelilerden) huzurunda alınmayan ifadelerin kabul edilemeyeceğine ilişkin iddiası dışındaki diğer itirazları 30 Ekim 2006 tarihinde geri çekmiştir.

15. Başvurucu, hukukun yanlış uygulandığını (buradaki iddia hukuki yardım verilmemesi ile ilgili değildir), gerçeklerin yanlış değerlendirildiğini ve verilen cezanın orantısız olduğunu ileri sürerek karara karşı temyiz yoluna başvurmuştur.

16. Temyiz incelemesi sırasında başvurucu, Yargıtay Ceza Dairesi'nden anayasal hükümler gereğince anayasa mahkemesine başvurulmasını ve davanın anayasa mahkemesine taşınmasını talep etmiştir (buradaki talep aşağıdakinden farklıdır). Yargıtay Ceza Dairesi, 20 Kasım 2008 tarihinde başvurucunun söz konusu iddiasını mesnetsiz (ve üzücü- Daireyi aşağılayıcı) bulmuş ve talebi reddetmiştir.

17. 19 Mayıs 2011 tarihinde Yargıtay Ceza Dairesi, (üçüncü itiraza ilişkin hafif bir değişiklik dışında) ilk derece mahkemesinin kararını hukuka uygun bularak temyiz talebini reddetmiştir.

18. Mahkeme, amaca uygun olarak, jürinin tüm tanıkları görme ve işitme imkânına sahip olduğunu ve başvurucunun anlattığı olaylarla bağlı kalmaksızın karar verdiğini belirtmiştir. İlk olarak jüri, iki kuryenin (N. ve M.) Mart 2003'de başvurucuyla görüştükları ifadesini göz önüne almıştır. Bu konuyla ilgili olarak başvurucu, polise verdiği ifadede anılan kişileri tanımadığını; Türkiye'den gelen hiçbir telefona cevap vermediğini ve orayı aramadığını belirtmiş, söz konusu kişilerin kim olduğunu bilmediğini söyleyerek kuryeleri tanıdığı yönündeki iddaiyı inkâr etmiştir. Fakat iki kurye (N. ve M. ), N.'ye yiyecek, eldiven, dezenfekte, müshil ilacı temin eden ve midelerinden çıkarttıkları eroin kapsüllerini (haplarını) kendilerinden teslim alan kişinin başvurucu olduğunu ifade etmişlerdir. Birkaç faktör birlikte değerlendirildiğinde kuryelerin başvurucuyu tanıdığına kanaat getirilmiştir, bu faktörler şöyledir: (i) tanıkların toplantının koşullarına ilişkin olarak verdiği bilgilerde, kendilerinden eroin kapsüllerini alan kişinin dört kapılı beyaz bir araba kullandığı ve görüşmenin söz konusu kişinin Asyalı eşinin şirketinde gerçekleştiği ifadeleri yer almıştır; (ii) başvurucu, dört kapılı beyaz bir Ford Escort marka araba kullandığını ve Taylandlı bir bayan ile evli olduğunu kabul etmiştir; (iii) N. ve M. tutuklanmalarının akabinde, kendilerine gösterilen fotoğraftan söz konusu kişiyi ayrı ayrı teşhis etmişlerdir; (iv) dahası, sulh hâkimliğince yapılan kimlik tespiti sırasında iki tanık, başvurucuyu teşhis etmiş ve gizli yüzleştirme sırasında başvurucuyu görür görmez aynı anda söz konusu kişinin başvurucu olduğunu doğrulamışlardır. Bu faktörler (durumlar) bir bütün olarak değerlendirildiğinde, Mart 2003'de kuryelerle görüşen ve kapsülleri (eroin haplarını) teslim alan kişinin sanık olduğu kabul edilmiştir.

19. Bunun sonucunda jüri, eroin kapsüllerinin başvurucuya teslim edilip edilmediği ve polis tarafından Nisan 2003 tarihinde tespit edilen teslimatla başvurucunun bağlantısının olup olmadığı hususunda karar vermiştir. Tanıklar kapsüllerin eroin içerdiğini kabul etmişlerdir. Yapılan diğer incelenmeler, söz konusu kuryelerin eroin, kokain ve bazı zamanlarda da ecstasy sebebiyle başvurucuyla irtibat kurduklarını göstermiş; bu sebeple başvurucunun kapsüllerin içinde ke-nevir olduğuna dair iddiası reddedilmiş ve (ilgililerce) Türkiye'nin Avrupa'ya eroinin ulaştırılması için uygun (anahtar) bir rota olarak düşünüldüğü anlaşılmıştır.

20. İki bayandan elde edilen bilgiler ışığında, onların Nisan 2003'de Malta'ya ikinci kez giriş yaparak eroin ithal ettikleri anlaşılmıştır. Mart ayında M. uçuş sırasında kusak birçok kapsülü kaybetmiş; bu sebeple de kuryeler geri dönmek

zorunda kalmıştır. Mahkeme, alıcının söz konusu eroinleri M.'nin hatası yüzünden elde edememesi neticesinde tedarikçinin yeniden harekete geçtiğini ve kur-yeleri ikinci kez ülkeye gönderdiğini, ülkede muhtemel bir alıcının bulunduğunu düşünmüştür. Tanıkların ifadeleri ve N. ve M.'nin Mart 2003'de eroin taşıması birlikte değerlendirildiğinde jürinin kararı netleşmiştir. Söz konusu eroinlerin başvuru için yola çıktığı anlaşılmıştır. Gerçekten de M., alıcının başvuru ol-duğunu doğrulamıştır. Bu sebeple başvurunun itirazı reddedilmiştir.

21. Mahkeme daha sonra -15 Nisan 2003'de- M.'nin tutuklanmasından kısa bir zaman önce, polisin olay mahallinde başvuru beyaz Ford Escort marka aracını sürerken gördüğünü (en az üç kez), bu durumda teslimatın gerçekleş-tiği anlamına geldiğini belirtmiştir. Ayrıca jüri üyeleri, başvurunun Paceville'ye (olay mahalline) arabasının teybini çalan kişiyi bulmak için gittiği yönündeki ifadesini inandırıcı bulmamıştır. Dahası, başvurunun arabasında Türk vatan-daşlarının isminin yazılı olduğu bir kâğıt bulunması ve telefonda Türk vatandaşı bir kişiyle konuştuğunun N. tarafından doğrulanması nedeniyle başvurunun ifadesinde Türkiye ile irtibat kurduğu iddialarını yalanlaması da jüri üyeleri tara-fından göz ardı edilmemiştir.

22. Yargıtay, yukarıda değinilen hususlar ile elde edilen deliller ışığında ve-rilen kararın birinci ve ikinci itham açısından makul ve hukuka uygun olduğuna; başvurunun Nisan 2003'de eroin kapsüllerini teslim almaması sebebiyle üçüncü ithamın bu kısmı bakımından kararın hukuka uygun olmadığına karar vermiştir.

### **C. Anayasal Başvuru Sistemi**

23. Başvuru, soruşturma ve sorgulama aşamasında hukuki (adli) yardım-dan yararlandırılmaması ve tanıkların sorgulaması sırasında haklarına saygı gösterilmemesi (zor kullanılması) sebebiyle adil yargılanma hakkının ( Madde 6/ 3 (c) ) ihlal edildiğini iddia ederek anayasal çözüm (bireysel başvuru) yolu-na başvurmuştur. Başvuru ayrıca, aynı sulh hâkiminin hem soruşturma hem de delillerin ikamesi aşamasında görev yapmasından da (tarafsızlık açısından) şikâyetçidir. Başvuru ceza takibatının iptali ile uğradığı zararın tazmin edilme-sini talep etmiştir.

24. 4 Haziran 2012 tarihinde (İlk Derece- İlk İnceleme Makamı sıfatıyla) Hu-kuk Mahkemesi başvurunun söz konusu taleplerini reddetmiştir.

25. 17 Nisan 2003'de başvuru tarafından verilen ifadelere ilişkin hususlar Hukuk Mahkemesince aşağıdaki şekilde kayda geçirilmiştir: (i) ceza davası sona

ermeden önce başvurucu tarafından iddiaların gündeme getirilmediği ve şikâyet edilen mahkeme kararının halen yürürlükte *res judicate* (bir mahkeme kararıyla kesin olarak çözümlenmiş uyumsuzluk) olduğu; (ii) Yargıtay Ceza Dairesi'nden önce de taleplerin gündeme getirilmediği; (iii) başvurucunun suçluluğuna kendi ifadeleri neticesinde hükmedilmediği, onun iddialarının ilaç (uyuşturucu madde) trafiğine katılmadığı veya N. ve M.'yi tanımadığına ilişkin olduğu, uyuşturucu kullanıp kullanmadığına ilişkin soruda da susma hakkını kullandığı (iv) Yargıtay Ceza Dairesi'nin yaptığı incelemede başvurucunun ifadelerinden diğer bulgulara kadar her şeyi dikkate aldığı, başvurucunun mahkûmiyet kararının N. ve M. tarafından sorgu ve kimlik tespiti sırasında verilen bilgilere dayandığı; gerçekten de başvurucunun şikâyet amacına uygun olarak herhangi bir ifadesinin bulunmadığı belirtilmiştir.

26. Mahkeme, itirazların sonuçlandırılabilmesi için yargılamanın bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Yargılama boyunca başvurucunun avukatla temsil edildiği, başvurucuya delil sunma fırsatı verildiği, delillerin ona karşı sunulmasıyla çekişmenin sağlandığı ve sadece sorgulama aşamasında adli yardım (avukatla temsil) imkânının sağlanmamasının savunma hakkının ihlal edildiğine karar verilebilmesi için tek başına yeterli olmadığı ifade edilmiştir.

27. Mahkeme, tanıkların sorgulanması sırasında başvurucuya adli yardım imkanının sağlanmadığı yönündeki şikayeti reddetmiştir. Dahası, tanıkların ifadeleri her zaman sabit kalmış; yargılama sürecinde başvurucunun tanık ifadelerine itiraz etme imkânı olmasına rağmen konuyla ilgili herhangi bir itirazda bulunulmamıştır.

28. Son olarak, üçüncü şikâyet açısından mahkeme, sulh hakiminin polis incelemesinden bağımsız olarak muhakemeyi incelediğini, bir savcı olarak hareket etmediğini ve salt olarak polis incelemesi yeterli kabul edilerek anılan hükmün kurulmadığını da belirtmiştir. Başvurucunun davası önce jüri tarafından daha sonra da Yargıtay Ceza Dairesi tarafından muhakeme edilmiştir. Üstelik başvurucu, 2003 yılında ceza yargılaması devam ederken şikâyet konusu durumları gündeme getirmemiştir – gerçekten ceza muhakemesinden önce konuyla ilgili itirazlar, birisi hariç olmak üzere, 30 Ekim 2006 tarihinde geri çekilmiştir- ve başvurucu yargılamada kendi pasif durumundan yararlanılmasına izin vermeyebilirdi.

29. 25 Ocak 2013 tarihinde Anayasa Mahkemesi, başvurucunun iddiaları ile itirazlarını reddeden ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Salduz v. Türkiye [BD] (no. 36391/02, AİHM 2008) davasında, başvurucunun ifadeleri sırasında

savunmasız kalması (zorlanması) durumunun bakılan davanın koşullarına göre doğru bir şekilde değerlendirildiği belirtilmiştir. Bakılan davada, başvuru- cunun ifadesini baskı altında verdiği veya başkaca bir durum sebebiyle ifadesinin alın- ması sırasında savunmasız bırakıldığı iddia edilmemiştir. Her ne kadar, başvuru- cunun bu aşamada şikâyet etmesine usulü bir engel bulunmasa da, yani, ceza yargılamasında söz konusu şikâyetlerin gündeme getirilmemiş olmasına rağmen savunma faktörlerinin başvuru- cunun davasında eksik olması, onun haklarının ihlal edilmesine sebep olabilse de, avukata erişim hakkının amacı, başvuru- cunun davası açısından gerçekleşmemiştir. Anayasa Mahkemesi, baskı altında elde edilmiş olmadıkça sorgulama sırasında verilen ifadelerin kullanılmasının hukuka aykırı olmadığını; itiraz edilen davada başvuru- cunun ifadelerinin hüküm kurul- masında tek başına yeterli kabul edilmediğini ve başvuru- cunun ifadesinin de baskı altında alınmadığını ifade etmiştir. Bununla birlikte davada başvuru- cu, ifa- desinde hiçbir durumu kabul etmemiş ve Yargıtay Ceza Dairesi kararında sadece jürinin başvuru- cunun ifadelerine inanmadığını ifade etmiştir. Bu bulguların ya- nında diğer kanıtlar da başvuru- cunun suçluluğuna işaret etmiştir. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, avukat yokluğunda alınan ifadelerin kullanılamayacağı, sırf bu nedenle ifadelerin sakat olacağı ve 6. maddenin ihlal edileceği yönündeki genel görüşe katılmamıştır.

30. Tanıklara ilişkin şikâyeti mahkeme, tanıkların ifadelerinin zorla alınması halinde devreye girecek olan *locus standi* (erişim hakkı) açısından ele almıştır. Söz konusu ifadelerin kabul edildiği de ayrıca belirtilmiştir. Son olarak, başvuru- cunun hâkimin tarafsızlığına ilişkin itirazı hakkında ilk derece mahkemesi tarafın- dan verilen karar doğru bulunmuştur.

## II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

### A. “Genel” Soruşturma ve Tahkikat

31. İlgili Ceza Kanunu maddeleri, Malta Hukuku 9. Fası, aşağıdaki gibidir:

#### Madde 546

“(1) Üç yıl hapis cezasını gerektiren bir suçla ilgili olarak herhangi bir rapor, bilgi veya şikâyetin bulunması halinde aşağıdaki fıkra hükümleri uygulanır, ve suç konusu halen mevcutsa konu devlet tarafından belirli bir şekilde bildirilir ve aynı zamanda suç konusunun doğuracağı etkiler de gösterilir. Böyle bir soruşturma sebebiyle yapılacak tahkikatta: ...”



### **Madde 547**

“(1) Tahkikat bir sulh yargıcı tarafından yürütülür...”

### **Madde 548**

“(1) Soruşturma amacının gerektirmesi halinde bilirkişiye başvurulabilir, ... ve bir soruşturma raporu *proces- verbal* hazırlanır: ...”

### **Madde 549**

“(1) Soruşturma raporu *proces- verbal* sulh yargıcı veya araştırmayı yürüten memur tarafından imza edilir.

(2) Usulüne uygun olarak yemin eden bilirkişiler görüşlerini yazılı bir raporla sunarlarsa, bu rapor soruşturma raporuna *proces- verbal* eklenir ve soruşturma raporunun bir parçası haline gelir.

(3) Soruşturma aşamasında dinlenen tanıklardan elde edilen bulgular da soruşturma raporuna *proces- verbal* eklenir.

(4) Bu bulgular, ceza soruşturmasında mahkeme tarafından tanıkların incelenmesinde uygulanacak usule göre elde edilir ve bu şekilde elde edilen bulgularla aynı etkiye sahip olur.”

### **Madde 550 (2006 Değişik)**

“(1) Soruşturma raporu *proces- verbal* muhakemede kanıt olarak kullanılabilir, Soruşturma Mahkemesi sıfatıyla hareket eden Sulh Mahkemesinden önce, soruşturma raporu *proces- verbal* usulüne uygun olarak düzenlenmemişse soruşturma aşamasında tanıklardan, bilirkişilerden ve olayla ilgisi bulunan diğer kişilerden elde edilen bulgular kullanılamaz.

(2) Soruşturma Mahkemesi sıfatıyla Sulh Mahkemesi’nden önce birinci fıkradaki düzenlemeye aykırı olarak polis tarafından alınan belirli konulardaki ifadeler, iddianamede 405. maddeye uygun olarak gösterilirse geçerli kabul edilir. Çapraz sorguyla elde edilen bulgularda da aynı kural geçerlidir.

(3) Mahkeme veya soruşturma makamları aynı şekilde soruşturma raporunun *proces- verbal* hazırlanması için bilirkişi veya tanık ifadelerinden birine işlerlik kazandırabilir- kabul edebilir-; bu durumun gerçekleşebilmesi için bulgularını değerlendiren bilirkişinin ya da tanıkların Başsavcılık tarafından hazırlanan listede gösterilmiş olması ve bunlardan elde edilen bulguların kullanılmasının soruşturmanın selameti açısından gerekli olması zorunludur.

(4) Usulüne uygun olarak elde edilerek muhafaza altına alınan bütün bulgular ve diğer malzemeler de soruşturma raporu *proces-verbal* ile birlikte muhakemede kullanılabilir.

(5) Soruşturma raporunda *proces-verbal*, raporun kısa bir özeti, bilgi ve şikayetler, dinlenen tanıklar ve toplanılan delillerin listesi ve soruşturma yargıcının elde ettiği diğer bulguları içeren sonuç bölümü yer alıyorsa rapor, usulüne uygun olarak hazırlanmış sayılır.”

#### **Madde 554**

“(1) Soruşturma aşamasında sulh yargıcı, suçluluğu ispatlanan veya hakkında yeterli delil bulunan kişilerin yakalanmasına; gerçeğin ortaya çıkarılması için zorunlu olan herhangi bir belgeye, varlığa veya diğer objelere el konulmasına karar verebilir. Yukarıda geçen delillerin elde edileceği yönünde kanaat oluşması halinde sulh yargıcı, suçla ilgisi olmayan üçüncü kişilere ait olsa bile herhangi bir evin, binanın veya bunların eklentilerinin aranmasına da karar verebilir.

(2) Şüphelinin fotoğrafının veya ağırlığının ya da parmak izinin alınmasına veya vücudunda ya da giysilerinde bilirkişilerce inceleme yapılmasına, aşağıdaki amaç ve koşullarda sulh yargıcı tarafından karar verilebilir: soruşturmanın selameti gerektiriyorsa şüphelinin fotoğrafının (kara kalem veya basılı fotoğrafının), vücut özelliklerinin, parmak izinin kaydedilmesine ; ve organ veya giysilerden elde edilen herhangi bir şeyin incelenmesine karar verilebilir; elde edilen bulgu ve bilgiler gerekli incelemelerin yapılmasından sonra ya yok edilir ya da ilgisizine teslim edilir.

(3) Sulh hâkimi bu başlık altındaki düzenlemelerin uygulanmasında, Sulh Ceza Mahkemesi başkanının görev ve ayrıcalıklarına sahiptir.

#### **B. Soruşturma- Yargılama Usulü (*kumpilazzjoni*)**

32. İlgili Ceza Kanunu hükümleri, Malta Hukuku 9. Fası, aşağıdaki gibidir:

#### **Madde 389**

“(1) Sulh Mahkemesi, Sulh Ceza Mahkemesinin yargı yetkisini aşan davalarda ancak tahkikat için zorunlu olan işlemleri yapabilir.”

#### **Madde 390**

“(1) Mahkeme, polis memurunca hazırlanan araştırma raporunu yemin verdim suretiyle dinler, sanığın ifadesi ise yeminsiz olarak dinlenir ve raporu destekleyen her türlü kanıt incelenir. Her şey yazılı olarak kayıt altına alınır.”

## **Madde 401**

“(1) Tahkikatın sonunda mahkeme, sanığın iddianamede gösterilen suçu işlediği konusunda yeterli delil olup olmadığına karar verir. Birinci durum halinde sanık, Ceza Mahkemesi tarafından mahkûm edilir; ikinci durum halinde sanığın beraatına karar verilir.”

### **C. Yargılama Öncesi Soruşturma Aşamasında Adli Yardım**

33. 2010 tarihli 35 sayılı yasal bildirimle, adli yardım hakkını düzenleyen 2002 tarihli (Değişik) Ceza Kanunu yürürlüğe girmiştir. Söz konusu bildirim aşağıdaki gibidir:

“2002 tarihli (Değişik) Ceza Kanunu’nun 1. maddesinin 2. fıkrası uyarınca aralarında 355AT, 355AU, 355AX. maddenin 2. fıkrasının (b) ve (c) bendi, 3. ve 4. fıkrası da bulunan 74 madde; Adalet Bakanlığı ve İç İşleri Bakanlığı tarafından 10 Şubat 2010 tarihinde yürürlüğe konulmuştur.”

34. Yukarıdaki bildirim uyarınca yürürlüğe giren ilgili madde, Ceza Kanunu’nun 355AT maddesi, bugünkü haliyle aşağıdaki gibidir:

“(1) Üçüncü fıkra hükümleri saklı kalmak üzere, tutuklunun ve polis karakolunda gözaltında tutulananın ya da diğer makamlarca alıkonularının, istemesi halinde, en kısa zamanda avukatıyla veya özel danışmanıyla bir saati geçmemek koşuluyla yüz yüze ya da telefonda görüşmesine izin verilir. Polis tarafından sorgulanmasına başlanmadan önce yakalanan kişiye bu fıkradaki hakları bildirilir.

### **D. Yerel İçtihatlar**

#### **1. 2011 Tarihli İçtihat**

35. Yeni yasanın ardından, sanıkların birçoğu ceza yargılaması sırasında anayasal başvuru yoluna gitmiş veya ilgili Ceza Mahkemesi’nden Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmasını istemiştir. 11 Nisan 2011 tarihinde Polis v. Alvin Privitera, 12 Nisan 2011 tarihinde Polis v. Ebron Pullicino ve 12 Nisan 2011 tarihinde Polis v. Mark Lombordi olmak üzere 2011 yılında üç dava için Anayasa Mahkemesi tarafından (benzer olmayan üç yargılama usulü hakkında) karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi üç davada da, adli yardım sağlanmaması sebebiyle Sözleşme’nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine, bu ihlal sebebiyle davacıların zarar gördüğüne karar vermiştir. Ayrıntılar aşağıdaki gibidir:

**Polis v. Alvin Privitera, Anayasa Mahkemesi'nin 11 Nisan 2011 Tarihli Kararı, Ceza Mahkemesi Sıfatıyla Sulh Ceza Mahkemesi Tarafından Yapılan Başvuru Aşağıdaki Şekilde İncelenmiştir:**

36. Dava, 18 yaşında olan şüphelinin avukat yokluğunda sorgulanmasıyla ilgilidir. Sorgulama boyunca şüpheli (yüksek dozdan ölen) X' e eroin sattığı yönündeki iddiayı reddetmiş fakat ona kenevir sattığını kabul etmiştir. Daha sonra şüpheli, soruşturma memurlarının zor kullanmaları sebebiyle söz konusu iddiayı kabul ettiğini ileri sürmüştür. Şüpheli tarafından verilen ifade, başvuru aleyhine savcılık tarafından itham edilen uyuşturucu bulundurma ve kaçakçılık suçlarının tek delili niteliğindedir.

37. Anayasa Mahkemesi, somut olayda Büyük Dairenin Salduz ve Türkiye kararı ile aynı çizgide olan diğer kararlarının uygulanması gerektiğini kabul etmiştir. Yapılan muhakemede, özellikle adil yargılanma hakkının yeterince "pratik ve etkili" şekilde tesis edilmesi gerektiği, 6. maddenin 1. fıkrasında, kural olarak, polis tarafından yapılan ilk sorgulamadan itibaren avukata erişim hakkının güvence altına alındığı üzerinde durulmuştur. Olağanüstü zorlayıcı durumlar, avukata erişim hakkının sınırlandırılmasını haklı kılsa bile, 6. madde uyarınca bu sınırlandırmalar – gerekçesi ne olursa olsun – sanığın haklarına zarar getirmemelidir. Polis sorgulaması sırasında avukat yokluğunda verilen ifadelerin mahkûmiyet için kullanılması, sanığın savunma hakkını geri dönüşü olmayan bir biçimde ihlal edecektir. Soruşturma aşamasında avukata erişimin tanınmadığı takdirde sanığın uğrayacağı zarar göz önüne alındığından mahkeme, bir ihlali gösteren yeterli nedenlerin söz konusu olmadığını, davanın esasının incelenmesi amacıyla ceza yargılamasının sonunun beklenmesi gerektiğini düşünmüştür.

38. Hükümetin, başvuru savcısı tarafından delillerin gönderilmesine kadar söz konusu konuyu gündeme getirmediği, bu şekilde bir iddiada bulunmadığı yönündeki savunması Anayasa Mahkemesi tarafından, Anayasal hakların ileri sürülmesinin bir süreyle sınırlandırılmayacağı gerekçesiyle reddedilmiştir. Hükümetin, başvuru savcısının ifadesini verirken baskı altında tutulmadığına ve sanığa haklarının bildirildiğine ilişkin iddiası Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerleşik içtihatları özellikle de Salduz kararı gereğince mesnetsiz bulunmuştur.

39. Avukata erişim hakkı, sanığın kendi aleyhine delil göstermemesi hakkıyla bağlantılıdır; bu hak sanık haklarıyla kovuşturmanın selameti arasında denge kurulmasına izin vermektedir. Bu denge dikkate alınmazsa, savcılığın bir mahkûmiyeti kanıtlamak için zorlanacağı yönünde bir iddia ileri sürülmüştür. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, Bay Salduz'un genç yaşta olmasının alınan karar için belirleyici

faktör olmadığını, kararın temelinde başkaca faktörlerin bulunduğunu belirtmiştir. Dahası söz konusu davada elde edilen bulgular gereğince, sorgulama sırasında avukat yokluğunun haklı bir zorlayıcı sebepten meydana gelip gelmediğinin incelenmesine gerek yoktur; bu tür kısıtlamalar davaya helal getirmeyecektir; olay tarihindeki ilgili Malta yasalarına göre, önsoruşturma aşamasında avukata erişim hakkının sağlanmasına gerek yoktur ve sanık tarafından bu durumun gündeme getirilmesi önemli değildir. Öte yandan olay tarihinde yürürlükte bulunan ilgili yasa hükmü, bir avukata erişim hakkının tanınması konusunda sistematik bir sınırlandırma da getirmemiştir. Bu sebeple 6. maddenin 1. fıkrasıyla bağlantılı olarak 6. Maddenin 3. fıkrasının (c) bendinin ihlal edildiğinin kabul edilmesi gerekir.

40. Anayasa Mahkemesi ayrıca, sorgulamada ifade verilmesinden önce sanığın, bir avukata erişim hakkının tanınması gerektiğini; ancak bu durumun sanığın sorgulama sırasında avukat yardımı almasının mutlak bir zorunluluk şeklinde anlaşılması gerektiğini de belirtmiştir.

41. Anayasa Mahkemesi, alınan ifadelerin soruşturma kayıtlarından çıkartılmasına karar vermemiştir; buna rağmen Mahkeme, Ceza Mahkemesi tarafından ifadelerin geçerliliği ve kabul edilebilirliği yönünde inceleme yapılırken, bu karara göre değerlendirmelerin yapılmasının gerektiğine ve kararın ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmetmiştir.

**Polis v. Eron Pullicino, Anayasa Mahkemesi'nin 12 Nisan 2011 Tarihli Kararı, Ceza Mahkemesi Sıfatıyla Sulh Ceza Mahkemesi Tarafından Yapılan Başvuru Aşağıdaki Şekilde İncelenmiştir:**

42. Davanın seyri yukarıdaki dava ile benzerlik göstermektedir; şimdiye kadar yapılan açıklamalarda olduğu gibi burada da polis tarafından gözaltına alınan şüpheli, avukat yokluğunda sorgulanmıştır ve bu sorgulama mahkumiyetin tek kanıtı niteliğindedir. Dahası bu olayda şüpheli küçüktür. Anayasa Mahkemesi Alvin Privitera davasıyla aynı mantığın geçerli olduğunu belirterek, sorgulama sırasında avukata erişim hakkıyla ilgili olan mahkemenin görüşünü tekrar etmiştir (bakınız, paragraf § 40).

**Polis v. Mark Lombardi, Anayasa Mahkemesi'nin 12 Nisan 2011 Tarihli Kararı, Ceza Mahkemesi Sıfatıyla Sulh Ceza Mahkemesi Tarafından Yapılan Başvuru Aşağıdaki Şekilde İncelenmiştir:**

43. Bu davada sanık, avukat yokluğunda iki açıklamada bulunmuştur; ilk olarak sanık, uyuşturucu trafiğiyle ve olayla bağlantısı olduğu yönündeki iddiaları inkâr

etmiş; ve ikinci olarak ecstasy hap aldığını kabul etmiştir (yerel içtihatlarla göre uyuşturucu kullanan); olayla ilgisi bulunan üçüncü bir kişinin sanığın ismini vermesine ve onun uyuşturucu trafiğine karıştığını ifade etmesine rağmen uyuşturucu trafiğine karıştığı yönündeki iddialar sanık tarafından tekrar inkar edilmiştir.

44. Anayasa mahkemesi benzer sebepten kaynaklanan Alvin Privitera ve Eson Pullicino davalarında verdiği kararı tekrar etmiştir. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Salduz kararında, şüphelinin gözaltı sırasında sessiz kalmasına (Dayanan v. Türkiye, no: 7377/ 03, 13 Ekim 2009) ve avukat yokluğunda alınmış ifadelerin hükme esas alınmamasına (Yeşilkaya v. Türkiye, no: 59780/ 00, a Aralık 2009) rağmen ihlal kararı verildiği belirtilmiştir. Boz v. Türkiye (no: 2039/ 04, 9 Şubat 2010) davasında Mahkeme, avukata erişim hakkının kısıtlanmasının sistematik durumlardan meydana gelmesi halinde de 6. maddenin ihlal edilmiş olacağına işaret etmiştir. Anayasa Mahkemesi daha sonra, aynı uyumsuzluktan doğan İskoç hukuk sistemindeki Cadder v. Kraliçe'nin Avukatı davasında da Salduz kararının kabul edildiğini ifade etmiştir.

45. Anayasa Mahkemesi, görülen bir davada geriye dönük olarak Salduz kararının uygulanması gerektiğini kabul etmiştir.

## 2. Daha Sonraki İçtihatlar

46. Yukarıda anılan 2011 tarihli kararlardan sonra Anayasa Mahkemesi, Salduz kararının istisnai durumlarda geçerli olduğunu ve söz konusu kararın uygulanabilmesi için bazı şartların gerçekleşmiş olması gerektiğini düşünmeye başlamıştır (bakınız, örneğin, Charles Stephen Muscat vs Başsavcılık, 8 Ekim 2012; Joseph Bugeja vs Başsavcılık, 14 Ocak 2013; Polis vs Tyron Fenech, 22 Şubat 2013; ve Polis vs Amanda Agius, 22 Şubat 201; ve Anayasa Mahkemesi'nin başvuru konusu kararı). Bunun sonucunda, avukat yardımından faydalanamayan sanıklara ilişkin bazı davaların Anayasa'yı ve Sözleşme'yi ihlal etmediği sonucuna varılmıştır – çünkü söz konusu hak Malta Hukukunda düzenlenmemiştir - . Bununla birlikte, 12 Kasım 2012 tarihli Malta Cumhuriyeti vs. Alfred Camilleri davasında, davanın özel koşulları dikkate alınarak sanığın polis tarafından haklarından haberdar edilmemesi adil yargılanma hakkına aykırı bulunmuştur. Daha sonraki bir başvuruda Anayasa Mahkemesi, avukat yokluğunda ifade veren sanığın, ifadesinde polis tarafından zorlanmadığını, savunma hakkının tesisi için davadaki koşulların avukata erişim hakkının sağlanmasını gerektirmediğini ifade ederek ihlal bulunmadığına karar vermiş ve 31 Ocak 2014 tarihinde kararı onayarak yeniden yargılanma talebini reddetmiştir. Sanık elli beş yaşında yetişkin birisiydi. Sanık daha önce hapisaneyeye girmemiş ve sorgulanmamıştı, zaten küçük

bir suçtan dolayı mahkûm olmuştu. Son olarak, söz konusu tanığın ifadesi tek delil niteliğinde de değildi; ayrıca bazı polis memurları onun ilaç – eroin – kullandığına şahit olmuştu.

## HUKUK

### I. SÖZLEŞME’NİN 6 § 1 ve § 3 MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

47. Başvurucu, Salduz v. Türkiye ( (BD), no: 36391/ 02, AİHM 2008) kararındaki bulguların aksine, gözaltı süresi boyunca adli yardımdan yararlandırılmadığını iddia ederek 6. Maddenin 1. fıkrasına bağlı olarak 3. fıkranın ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Bunun yanında başvurucu, aleyhine tanık olarak dinlenen üçüncü kişilerin avukat yardımından yararlandırılmadığını, bu durumda duruşmanın adaletini etkilediğini ileri sürmüştür. Başvurucu, Sulh Hâkiminin soruşturma yetkilerini kullandığını, yani ön soruşturmayı yönettiğini, söz konusu hâkimin Ceza Mahkemesi sıfatıyla Sulh Mahkemesince delillerin toplanmasında da görev aldığını ve muhakemede karara katıldığını, bu durumun Malta sisteminde objektif tarafsızlığı ihlal ettiğini ileri sürmüştür. İlgili hükümler aşağıdaki gibidir:

“(1) Bir suç ile itham edilen herkes, .... belirlenmesinde, adil yargılanma hakkına ... sahiptir.

(3) Bir suç ile itham edilen herkes şu asgari güvencelere sahiptir:

(c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin selameti gerektiriyorsa gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek.”

48. Hükümet bu şikâyetlere itiraz etmiştir.

#### A. Başvurucunun Adli Yardımdan Yararlanmaması

##### 1. Kabul Edilebilirlik

49. Mahkeme, Sözleşme’nin 35/ 3- a maddesi uyarınca söz konusu şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olmadığını belirtir. Şikâyetin kabul edilemez olduğuna dair başkaca bir sebep de bulunmamaktadır. Bu nedenle şikâyetin kabul edilir bulunması gerekir.

##### 2. Esas

###### (a) Tarafların İddiaları

50. Başvurucu, hukuk sistemindeki kısıtlamalar sebebiyle polis göz altısında

ve soruşturma boyunca avukat yardımıyla yararlandırılmadığını ileri sürmüştür. 2002 yılında yapılan değişikliğe rağmen söz konusu hüküm yürürlüğe girmemiştir.

51. Başvurucu, doksanlı yılların başında Mahkemece alınan kararların, özellikle de *Imbrioscia v. İsviçre* ( 24 Kasım 1993, Seri A, no: 275) kararının, ulusal mahkemeler ve Hükümet tarafından dikkate alınmadığını ve Mahkeme kararlarının dikkate alınmasında genel olarak başarısız olduğunu belirtmiştir. Başvurucu, *John Murray v. Birleşik Krallık* ( 8 Şubat 1996, Yargı ve Karar Raporları, 1996- I) ve *Magee v. Birleşik Krallık* (no: 28135/ 95 AİHM 2000- IV) ve daha sonraki *Salduz* kararını (BD), özellikle de bu kararın 55'nci paragrafını emsal göstermiştir. *Pishchalnikov v. Rusya* (no: 7025/ 04, 24 Eylül 2009) kararında olduğu gibi avukat yokluğunda alınan ifadelerin tek delil olmamasına rağmen Mahkemece ihlal kararı verildiği, söz konusu ilkelerin diğer davalarda da tekrar edildiği, bu kararların ulusal mahkemelerce yanlış yorumlandığını ileri sürmüştür. Daha sonra başvurucu, *Dayanan v. Türkiye* (no. 7377/ 03, 13 Ekim 2009) başvurusunda, sorgulama sırasında sessiz kalınmış olmasına rağmen avukata erişim hakkının hukuk sistemince sınırlandırılması (Malta'daki gibi) sebebiyle Mahkeme'nin ihlal kararı verdiğini ifade etmiştir. Başvurucu *Yeşilkaya v. Türkiye* (no: 59780/ 00, 8 Aralık 2009), *Boz v. Türkiye* ( no: 2039/ 04, 9 Şubat 2010), *Nachiparuk ve Yonkalo v. Ukrayna* (no:42310/ 04, 21 Nisan 2011) ve *Huseyn ve diğerleri v. Azerbaycan* ( no: 35485/ 05, 45553105, 35680/ 05 ve 36085105, 26 Temmuz 2011) kararlarında da *Salduz* kararındaki (yukarıda anılan) yaklaşımın kabul edildiğini ifade etmiştir.

52. Başvurucu, mevcut içtihatların ışığında, sistemsel nedenlerle avukata erişimin kısıtlanmasına ilişkin olarak Hükümet tarafından sunulan itirazların yetersiz olduğunu ileri sürmüştür.

53. Hükümet, ilk aşamadaki polis soruşturmasında, avukata erişim hakkının mutlak bir hak olmadığını, bu hakkın kısıtlamalara tabi tutulabileceğini savunmuştur. Hükümet, *Imbrioscia* davası (yukarıda anılan); *John Murray* (yukarıda anılan) ve *Ahmet Mete v. Türkiye* (no: 77649/ 01, 25 Nisan 2006) davası ile *Salduz* kararını (yukarıda anılan) emsal olarak göstermektedir. *Salduz* davasındaki durum ve bulgularla ilgili olarak Hükümet, *Salduz* kararının "şüphelinin sorgulama sırasında avukat yokluğunda verdiği ifadelerin mahkûmiyet açısından tek delil olarak kullanılması halinde ihlale karar verilebileceği" şeklinde yorumlanması gerektiğini tekrar etmiştir. Hükümete göre, söz konusu davanın başka bir şekilde yorumlanması hukuken mümkün değildir. Hükümet *Plonka v. Polonya* (no: 20310/ 02, 31 Mart 2009); *Aleksandr Zaichanko v. Rusya* (no: 39660/ 02,



18 Şubat 2010); Nechiporuk ve Yonkalo (yukarıda anılan); ve Huseyn ve diğerleri (yukarıda anılan) davalarında başvurucuların sadece avukatın yokluğunda alınan ifadelere dayanılarak mahkûm edilmesi sebebiyle ihlal kararı verildiğini emsal olarak göstermiştir.

54. Hükümet somut olayda başvurucunun yirmi yedi yaşında olduğunu, başvurucunun ithalat amacıyla iki kuryeyi Malta'ya getirdiğini, ilaçların (hapların) % 47'si saf olmak üzere 816 gram eroin içerdiğini ileri sürmüştür. Polis tarafından başvurucunun ikametgâhında yapılan aramalar neticesinde telefon ve yabancı kişilerinin isimlerinin yazılı olduğu bir kâğıt parçası ile eroin ithalatı ve trafiğiyle ilgili diğer bulguların da elde edildiği eklenmiştir. Başvurucunun ifadeleri sonucunda başkaca bulgular da elde edilmiş ve bu bulgular mahkemenin bilgisine sunulmuştur. Başvurucu ifadesini imzalamayı reddetmesine rağmen, sorgulama sırasında kendi isteğiyle ifade vermiş, sessiz kalma hakkının olduğu yönünde uyarılmış ve ifade vermesi amacıyla tehdit edilmemiş ya da baskı altında tutulmamıştır. Dahası başvurucu, bazı soruları yanıtlamış, bazı sorularda sessiz kalma hakkını kullanmış ve bazı iddialarda ise inkâr ifadesinde bulunmuştur. Bütün bu durumların yanı sıra, yapılan suçlama başvurucu hakkındaki ilk suçlama değildir; başvurucu daha önce de bir suç sebebiyle itham edilmiştir ( bu itham emniyet kemeri olmaksızın otomobilin modifiye edilmesiyle ilgilidir).

55. Hükümet, Mahkemenin ihlal kararı verilebilmesi için başvurucunun sorgulamada suçu kabul ettiğine ilişkin ifadesinin mahkûmiyetin tek delili olması gerektiği görüşündedir. Somut olayda, böyle bir durum söz konusu değildir. Aynı şekilde, Mahkemenin sanığın savunmasız bırakıldığına karar verebilmesi için ağırlıklı olarak sanığın yaşını değerlendirdiği ve yine somut olayda sanığın yetişkin bir kişi olduğu ve polis tarafından ifadesini verdiği sırada zorlanmadığı vurgulanmıştır. Sanık verdiği ifadelerin sonuçlarını anlayabilecek, kendi lehine hangi sorulara cevap vermesi gerektiğini seçebilecek ve sorgulamanın dikkat ve önemini anlayabilecek yeterliliktedir. Dahası, somut davada başvurucunun sessiz kaldığı durumlar için herhangi bir çıkarım yapılmamış ve mahkûm edilmesi sonucunu doğuracak bir açıklama da yapmamış olması hususuna özellikle dikkate alınmalıdır. Görüldüğü gibi mahkûmiyet kararı toplanan bütün deliller dikkate alınarak verilmiş, sadece başvurucu tarafından verilen ifadelere dayanılmamış, ifade vermemesi sebebiyle başvurucuya önyargıyla davranılmamıştır. Hükümet, açıklanan nedenlerle başvurucunun haklarının ihlal edilmediğini savunmuştur.

## **(b) Mahkemenin Değerlendirmesi**

### **(i) Genel İlkeler**

56. Mahkeme, avukata erişim hakkının özellikle kendi aleyhine tanıklık yapmama güvencesinin özünü etkileyen uygulamalardan bir olup olmadığını inceleyecektir. Söz konusu ilke özellikle ağır cezayı gerektiren suç ithamlarında önem arz eder; çünkü ağır cezalar karşısında adil yargılanma hakkına saygı, demokratik toplumlarda mümkün olan en yüksek derecede sağlanmalıdır (bakınız Salduz v. Türkiye (BD), no: 36391/ 02, § 54, AİHM 2008).

57. Mahkeme, bu bakımdan, 6/ 1'deki hakkın tatmin edici bir şekilde "somut ve etkin" olabilmesi için, somut olaydaki özel şartların bu hakkın kısıtlamasına ilişkin zorlayıcı bir nedenin varlığını ortaya koyması istisnası dışında, genel olarak şüpheliye ilk ifade almadan itibaren avukat yardımının sağlanması gerektiğini belirtir. Bu nedenler avukata erişimin kısıtlanmasını haklı çıkardığında bile, sebebi ne olursa olsun, aynı yöndeki bir kısıtlama sanığın 6. maddeden kaynaklanan haklarına haksız bir şekilde zarar vermemelidir. Kural olarak, sanığın polis huzurunda, imkân dâhilindeki avukat yardımı olmadan alınan ve kendini suçlayıcı şekilde verdiği ifadenin mahkûmiyete esas alınması savunma hakkının telafisi mümkün olmayacak bir şekilde ihlali anlamına gelmektedir ( bakınız Salduz, yukarıda anılan, § 55).

58. İlgili yasal hükümler gereğince sistemsel nedenlerle bir avukata erişimin reddedilmesi, 6. Maddenin gereklerine ters düşer ( Salduz v. Türkiye § 56).

### **(ii) Mevcut Davada Uygulama**

59. Mahkeme, yasal hükümlerdeki eksiklik veya iç hukukta açık olan bir yasak sebebiyle duruşma öncesi aşamada avukata erişimin engellenmesiyle, Hükümet'in emsal olarak gösterdiği Salduz kararının ( paragraf 53 sonu) bir ilgisinin olmadığını belirtir.

60. Mahkeme, kanunun yürürlükte olmadığı gerekçesiyle gözaltında hukuki yardımın sağlanmamasından kaynaklanan başvurular hakkında farklı hukuk sistemleri için çeşitli ihlaller tespit edildiğini kaydeder (örneğin, bakınız, Salduz, yukarıda anılan, § 56; Navone ve diğerleri v. Monako, no: 62880/ 11, 62892/ 11 ve 62899/ 11, §§ 81- 85, 24 Ekim 2013; Brusco v. Fransa, no: 1466/ 07, § 54, 14 Ekim 2010 ve Stojkovic v. Fransa ve Belçika, no: 25303/ 08, § § 51- 57, 27 Ekim 2011). Mahkeme, ilgili yasal hükümlere dayanılarak böyle bir sistemsel kısıtlamanın yapılmasını Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali için yeterli görür ( örneğin, bakınız, Dayanan v. Türkiye, no: 7377/ 03 § § 31 33, 13 Ekim 2009; Yeşilkaya v.

Türkiye, no: 59780/ 00, 8 Aralık 2009; ve Fazlı Kaya v. Türkiye, no: 24820/ 05, 17 Eylül 2013).

61. Mevcut dava bağlamında Mahkeme, sanığa susma hakkının hatırlatıldığından bahisle yapılan bir iddiaya itibar edilemeyeceğini gözlemler ( bakınız Salduz, yukarıda anılan, § 59); öte yandan, başvurunun söz konusu aşamada avukata erişim hakkından feragat etmediği de açıktır, hak iç hukukta tanınmış değildir. Bu bağlamda Mahkeme, yargılama aşamasından önce avukat yardımından yararlanmak isteyen tüm şüpheliler için iç hukukta genel bir yasağın bulunduğuna ilişkin iddiaya Hükümetin itiraz etmediğini de dikkate alır.

62. Somut olayda, başvurunun avukat yardımından yararlanma talebi, tüm şüpheliler için uygulanan sistematik bir kısıtlama sebebiyle reddedilmiştir. Her ne kadar soruşturma öncesi aşamada sadece zorlayıcı nedenlerle avukata erişim hakkı sınırlandırılabilir olsa da, somut olaydaki sınırlandırma 6. maddenin gereklerine uygun düşmez (bakınız Salduz, yukarıda anılan).

63. Bütün bunların sonucunda, Sözleşme'nin 6/ 1 maddesiyle bağlantılı olarak 6/ 3 – c maddesi ihlal edilmiştir.

## **B. Başvurucunun Aleyhine Tanıklık Yapan Üçüncü Kişilere Adli Yardım İmkânının Tanınmaması**

### **1. Tarafların İddiaları**

64. Başvurucu, aleyhine tanıklık yapan üçüncü kişilere adli yardım imkânının tanınmaması sebebiyle duruşmanın adilliğinin etkilendiğini iddia etmiştir.

65. Başvurucu, ceza yargılaması boyunca tanıklara itiraz edemediğini, bu durumun 6. maddede düzenlenen haklarını ihlal ettiğini ve aynı durumun – haktan feragat ettiği - anlamına gelmeyeceğini ileri sürmüştür. “Prensip olarak bir haktan feragat edilecekse, bu feragatin bilinçli, bilerek, gönüllü ve akıllı bir şekilde yapılması gerekir. Sanığın davranışlarıyla 6. maddede tanınan önemli bir haktan zımnen feragat ettiğinin kabul edilmesinden önce, davranışları sonucunda ne ile karşılaştığı konusunda anlayacağı bir şekilde bilgilendirilmesi de gerekir ( bakınız Talat Tunç v. Türkiye, no: 324321/ 96, 27 Mart 2007, § 59 ve Jones v. Birleşik Krallık (karar), no: 30900/ 02, 9 Eylül 2003),” şeklindeki içtihadın tekrar edildiği Damir Sibgatullin v. Rusya (no: 1413/ 05, 24 Nisan 2012) kararı, başvuru tarafından emsal olarak gösterilmiştir.

66. Başvurucu, Jalloh v. Almanya [BD] (no: 54810/ 00, AİHM 2006- IX) kararında olduğu gibi mevcut davada aleyhine kullanılan delil (iki tanık ifadeleri) sebebiyle Sözleşme'de tanınan çekirdek haklarının ihlal edildiğini belirtmiştir. Baş-

vurucu, avukat yokluğunda verilen ifadelerin kendisi aleyhine kullanılmayacağı gibi; avukat yokluğunda tanık olarak dinlenen üçüncü kişiler tarafından verilen ifadelerin de kullanılmayacağını iddia etmiştir.

67. Hükümet, - eroin – haplarının başvuruca “teslim edilmesinden” önce M. ve N.’nin haplarla birlikte suçüstü yakalandığını ifade etmiştir. Tanıkların ifadelerini avukat yokluğunda verdiği doğru olmakla birlikte; başvuruca, söz konusu ifadelerin kabul edilemez olduğunu yargılama aşamasında iddia etmiş olsaydı, şuan böyle bir şikâyetle bulunma ihtiyacı duymayacağı da ayrıca ifade edilmiştir.

68. Hükümet, 6. maddenin ulusal hukukta delillerin kabul edilebilirliği ile ilgili kurallar sevk etmediğini ve böylece Mahkeme’nin belirli bir delilin kabul edilmediğine veya başvuruca suçlu olup olmadığına karar veremeyeceğini iddia etmiştir. Mahkeme’nin muhakemenin adilliğinin sağlanıp sağlanmadığını veya savunma hakkına saygı gösterilip gösterilmediğini incelemek zorunda olduğu da ifade edilmiştir. Hükümet, Schenk v. İsviçre (12 Temmuz 1998, Seri A., no: 140) başvurusunu emsal olarak göstermiştir.

69. Daha sonra Hükümet, (başvuruca şikâyetçi olduğu) M. ve N.’nin ifadelerinin Ceza Kanunu’na uygun olarak alındığını ileri sürmüştür. Başvuruca 13 Haziran 2006 tarihinde yaptığı savunmada söz konusu ifadelerin kabul edilebilirliğine itiraz etmiş; fakat 30 Ekim 2006 tarihinde bu itirazları geri çekmiştir. Tekemmül eden muhakemede iki Türk vatandaşı ifade vermiş ve başvuruca her iki tanıkla da çapraz sorguya tabi tutulmuştur. Hükümet söz konusu tanık ifadeleri dışında, olay günü başvuruca nerede olduğuna dair polis memurunun tanıklık yaptığını, sanığın arabasında kâğıt parçası bulunduğunu ve mobil telefonu ile ikametgâhından elde edilen bulgular gibi diğer delillerin de bulunduğunu ifade etmiştir.

70. Hükümet, ifadelerin zorla elde edilmesine ilişkin olarak Jollah v. Almanya [BD] (yukarıda anılan) başvurusuyla, bakılan davayı birbirinden ayırmıştır. Bakılan mevcut davada, M. ve N. ile başvuruca ifadelerini gönüllü olarak vermiş (aynı zamanda soruşturmayı yürüten hâkim karşısında ifadeler yeminli olarak tekrar edilmiş), başvuruca ile M. ve N. çapraz olarak sorgulanmıştır. Ayrıca başvuruca, sadece ifadelerle değil; diğer delillerin de incelenmesiyle suçlu bulunmuş, bu karar Yargıtay tarafından da onanmıştır; bu sebeple şikâyet konusu bulgular, mahkûmiyet kararı verilmesinde tek başına yeterli kabul edilmemiştir. Buna göre başvuruca, adil bir duruşmada yargılanmıştır.

## 2. Mahkeme’nin Değerlendirmesi

71. Mevcut davanın amaçları doğrultusunda Mahkeme, başvuruca

mağdur statüsüne sahip olduğunu kabul eder. Mahkeme söz konusu şikâyetin, Sözleşme'nin 35/ 3 – a maddesi uyarınca, açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve başkaca bir kabul edilemezlik nedeni görmediğini de kaydeder. Bu nedenle başvuru kabul edilir.

72. Ancak, yukarıda yer alan 63. paragraftaki tespitler dikkate alındığında Mahkeme, bu şikâyetin esastan incelenmesine gerek olmadığını kabul eder.

### **C. Tarafsızlık**

#### **1. Tarafların İddiaları**

73. Başvurucu, Malta hukuk sisteminde yeterli delil olup olmadığını inceleyerek davanın açılmasına veya düşmesine karar verme yetkisine sahip olan sulh yargıcının, Ceza Mahkemesi sıfatıyla Sulh Mahkemesi'nde de görev aldığını ifade etmiştir.

74. Başvurucu, soruşturmayı yürüten, önsoruşturmayı ikame ettiren (delilleri toplayan) yargıcın, Ceza Mahkemesi sıfatıyla yargılama yapan Sulh Mahkemesi'ne katıldığı sürece, Malta hukuk sisteminden kaynaklanan eksikliğin kendi davasının tarafsızlığını da ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

75. Hükümet, söz konusu şikâyetin başvuru tarafından ceza yargılaması devam ederken de yapıldığını; daha sonra şikâyetin geri çekildiğini belirtmiştir.

76. Hükümet, Sulh Mahkemesi'nin suç isnadının esası hakkında karar verme yetkisine sahip olduğu zaman Ceza Mahkemesi sıfatıyla hareket ettiğini açıklamıştır. Bununla birlikte Sulh Mahkemesi, bu davada olduğu gibi, suç isnadının esası hakkında karar verme yetkisine sahip değilse, Ceza Önsoruşturma Mahkemesi sıfatıyla işlev görmektedir. Ulusal sistemde (genel araştırma amacıyla) önsoruşturma bir sulh hâkimi tarafından yürütülür (bakınız paragraf 36 yukarı); bu işlemlerle hareket eden hâkim, (diğer ülkelerden farklı olarak) emniyetin bir parçası değildir; böyle bir sulh hâkimi, sadece önsoruşturmanın polis tarafından yürütülmesinin uygun olmadığı durumlarda görevlendirilir. Hükümet, önsoruşturma işlemlerinin araştırmacı olarak hareket eden hâkimle birlikte polis tarafından (hem soruşturma hem de ceza muhakemesi açısından) yürütüldüğünü vurgulamıştır. Böylece önsoruşturmayı yürüten hâkim, polis ve Cumhuriyet savcısından bağımsızdır.

77. Hükümet, önsoruşturma boyunca yapılan işlemlerde düşmanca ve suçlayıcı tutum içinde bulunulmadığını – sulh hâkiminin görevinin önsoruşturma, delilleri toplama ve muhafaza altına alma ve sonraki aşamada delillerin kanıt

olarak kullanılabilirliğini inceleyen soruşturma raporunu *proces- verbal* hazırlama konularıyla sınırlı olduğunu açıklamıştır. Soruşturma raporu *proces- verbal* bir suçun işlenip işlenmediğinin tespiti amacıyla hazırlanır ve toplanan deliller bir kişinin suçluluğundan şüphe duyulmasını yeterli gösterirse suç itham edilir. Dahası delillerin toplanması ve soruşturma raporunun *proces- verbal* hazırlanmasıyla birlikte önsoruşturmayı yürüten hakimin görevi sona erer ve kanaat bildirmeyen hakim bu aşamada soruşturmaya ilgili bir görüş de ileri sürmez. Böylece her iki durumda da sulh hakimi, mahkumiyeti temel alan bulgularla sübjektif olarak bağlı olmaz.

78. Önsoruşturmayla ilgili olarak, bu aşamada zaten bir şüpheli vardır ve ilgili suçlarla itham edilmek üzeredir; önsoruşturmanın amacı sulh hâkimiyle toplanan delillere göre şüphelinin suçlandırılıp suçlandırılmayacağı – hakkında ceza davası açılıp açılmayacağı – tespit edilmesidir. Bu aşamada, tüm kanıtlar sanığın çekişmesine sunulmakta ve çapraz sorguya imkân tanınmaktadır. İlgiliye karşı yeterli şüphe oluşturabilecek delil elde edilirse, sulh hâkimi iddianamenin hazırlanması için soruşturma raporunu *proces- verbal* Başsavcılığa gönderir.

79. Suçluluk hakkında karar veren Ceza Mahkemesi sıfatıyla Sulh Mahkemesince yapılan muhakemeyi yürüten hâkim ile asıl soruşturmaya yürüten hâkimin aynı kişi olması halinde bir sorun ortaya çıkabilir; zira bu durum, soruşturmaya yürüten kişinin aynı zamanda suçluluğu belirleyeceği anlamına gelir.

80. Hükümet, her halükarda başvuru açısından açıkça sübjektif taraflılığın bulunmadığını ileri sürmüştür.

## 2. Mahkemenin Değerlendirmesi

81. Mahkemenin suç isnadına ilişkin içtihadına göre, 6/ 1 maddesinde düzenlenen bağımsızlık ve tarafsızlık güvenceleri, sadece suç isnadının esası hakkında karar verecek organlar için geçerlidir (bakınız *Previti v. İtalya* (kabul edilebilirlik), no: 45291/ 06, 18 Aralık 2009 ve *Priebke v. İtalya* (kabul edilebilirlik), no: 48799/ 99). Her şeye rağmen Sözleşme'nin 6/ 1 maddesinin birincil amacı ceza muhakemesine, yani "herhangi bir suç isnadı" hakkında karar vermeye yetkili "mahkeme" tarafından adil yargılanma hakkının sağlanmasına yönelik olsa bile, bu durum soruşturma öncesi aşamada maddenin hiçbir şekilde uygulanmayacağı anlamına gelmez ( bakınız *Imbrioscia*, yukarıda anılan, § 37).

82. Her ne kadar soruşturma hâkimleri bir "suç isnadı" hakkında karar vermese de, onlar tarafından yapılan işlemler sonraki aşamaların tekemmülünü ve adaletin tesisini doğrudan etkiler (muhakeme aşaması da dahil olmak üzere).

Bu nedenle madde 6/ 1 tarafından soruşturma işlemleri güvence altına alınmamış olsa bile, soruşturma yargıcı tarafından yürütülen işlemlerin 6/ 1 maddesine uygun olması gerekebilir (bakınız Vera Hernandez- Huidobro v. İspanya (no: 74181/ 01, § 110, 6 Ocak 2010). Mahkeme, soruşturma aşamasında elde edilen delillerin duruşmada kabul edilip edilmeyeceğinin tarafsızlık açısından önemli ölçüde belirleyici olduğunu vurgular (Vera Hernandez, § 111).

83. Şikâyet konusuyla ilgili Mahkeme, mevcut davada objektif tarafsızlık konusunda şüphe olduğunu; yani, hâkimin sübjektif tarafsızlığının – kişisel davranışlarının – tartışma konusu olmadığını; ancak burada aynı kişi tarafından aynı yargılama sürecinde farklı görevlerin icra edilmesi sebebiyle Sözleşme standartlarındaki objektif testin sağlanmadığını; bu nedenle, objektif tarafsızlık konusunda duyulan şüphenin makul olduğunu belirtir ( bakınız Kyprianou v. Kıbrıs [BD], no: 737979/ 01; § 121, AİHM 2005- XIII; ve Morice v. Fransa [BD], no: 29369/ 10 § § 73- 78, 23 Nisan 2015).

84. Mahkeme, bu gibi fonksiyonel şikâyetlerin genellikle hâkimin mahkûmiyet kararını etkileyici bir yetkisinin bulunması halinde ortaya çıktığını gözlemler. Bu bağlamda mahkeme öncelikle, bir yargıcın sırf duruşma öncesi bir takım kararlar vermiş olmasının başlı başına onun tarafsızlığına ilişkin şüpheleri haklı göstermeyeceğini hatırlatır (bakınız Hauschildt v. Danimarka, § 50, 24 Mayıs 1989, Seri A, no: 154). Burada önemli olan hâkim tarafından duruşma öncesinden verilen kararın kapsamı ve doğasıdır (Fey v. Avusturya, 24 Şubat 1993, § 30, Seri A, no: 255- A). Bir taraftan önsoruşturma aşamasında kapsamlı bir araştırma ve sorgulama yapan hâkimin, diğer taraftan muhakemeyi yürüten mahkeme heyetine de katılması, 6. maddenin ihlal edildiği yönündeki bazı makul şüphelere zemin hazırlar (bakınız De Cubber v. Belçika, 26 Ekim 1984, § 130, Seri A, no: 86, ve Pfeifer ve Plankl v. Avusturya, 25 Şubat 1992, § 36, Seri A, no: 227). Diğer taraftan, soruşturma aşamasında suçlanan kişi hakkında esasa ulaşma amacı gütmeyen daha az külfetli görevler aynı sonuca yol açmayacaktır (bakınız Fey, yukarıda anılan, § § 31- 36).İlgili faktörlerden birisi de, söz konusu hâkimin önceden açıkladığı görüşlerle (başvurucunun suçluluğuyla) esas hakkında verilen kararı önemli ölçüde etkileyip etkilemediğidir.

85. Mevcut davadaki şikâyet, önsoruşturma işlemlerini yapan ve delilleri toplayan sulh yargıcının, ceza mahkemesi sıfatıyla hareket eden Sulh Mahkemesinde de görev almasının objektif tarafsızlığı ihlal ettiğine ilişkindir.

86. Söz konusu sulh hâkiminin önsoruşturma aşamasında icra ettiği görevler; polis raporlarının yeminli bir şekilde dinlenilmesi, suçluluğun incelenmesi,

suçlamayla bağlantılı olan delillerin tetkik edilmesi (çekişmeli davalarda) ve son olarak dava açılması için yeteli delil olup olmadığına karar verilmesi, yeterli delil yoksa sanığın salıverilmesidir. Ayrıca sulh hâkimi, sanık gözaltına alınmamış olsaydı, onun tutuklanmasına karar verme ve kefalet hakkında inceleme yapma yetkisine de sahip olacaktı. Mevcut davada sulh hâkimi, sanığın hakkında dava açılması için – soruşturma raporunun Başsavcılığa gönderilmesi için - yeterli delillerin mevcut olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, İspanyol sistemindeki özel düzenlemelere ilişkin olarak Fernandez Huidobro kararını – yani, soruşturma hâkiminin kararları temel hakları etkileyebileceğinden (duruşmalarda geçici tedbir kararı verilebileceğinden); İspanyol hukukunda soruşturma hâkiminin tarafsız olması gerekir; örneğin, soruşturma hâkimi duruşma öncesinde sanığın tutuklanmasına karar verebilir; söz konusu özel durum bağlamında, yani soruşturma hâkimi tarafsız olmak zorunda olduğu için başvuru, hâkim tarafından yalnızca yargılamanın bir aşamasında değerlendirilir- hatırlatır. Açıklanan nedenlerle söz konusu hüküm, ceza mahkemesi sıfatıyla görev yapan sulh mahkemesinin yaptığı yargılamalarda da geçerlidir.

87. Sonraki paragraflardan elde edilen bulgular gereğince, başvuruçunun ceza yargılaması aşamasında ilgili şikâyetleri geri çektiği yönündeki Hükümet itirazının incelenmesine gerek yoktur.

88. Mahkeme, başvuruçunun durumunun iç hukuk normlarına uygun olduğunu gözlemler. Yine de, söz konusu normlar, aynı yargılamada daha önce delil değerlendirmesi yapan ve daha sonra muhakemeye katılan yargıcın, başvuruçunun suçlu olduğuna dair önyargılı şekilde davranmasına sebep olabilir. Bu sebeple Mahkeme, yukarıda anılan kararlar ışığında, objektif tarafsızlığın ihlal edilmiş olabileceğini göz ardı etmez.

89. Bununla birlikte, mevcut davadaki özel durumlar gereğince Mahkeme, görevli sulh hâkiminin soruşturmanın hazırlayıcısı olan önsoruşturmayı tek başına yürütmediğini, önsoruşturmayı yürütme amacıyla bir polis atadığını, önsoruşturmanın tekemmülünde bilirkişilerin de katkı sağladığını belirtir. Polis tarafından telefon data bilgilerinin toplanması talebiyle yapılan başvuruyu, söz konusu sulh hakimi kabul etmiştir. Polis ve bilirkişilerin raporlarına sulh hâkimine sunduğu doğru olmakla birlikte, komiserin 21 Nisan 2013 günü önsoruşturmanın sonlandırılmasına yönelik başvurusu sebebiyle sulh hâkimi herhangi bir nihai karara varamamıştır (başvuruçunun suçlu olduğu yönünde bir beyanda da bulunmamıştır); öte yandan, önsoruşturma tamamlanmadan önce soruşturma aşaması da başlatılmıştır. Sonuç olarak, bu koşullarda Mahkeme, sulh hâkiminin başvuruçuya karşı önyargılı olduğunu söylememeyi kabul eder. Sulh hâkimi ne



muhakemeyi etkileyecek bir karar vermiştir; ne de soruşturmanın bir parçası olmuştur.

90. Sonuç olarak, sulh hâkimi C. Tarafından soruşturma öncesinde yapılan işlemler, onun muhakemede tarafsız olmadığına dair şüpheyi objektif olarak haklı göstermez.

91. Açıkça dayanaktan yoksun olan şikâyetin, Sözleşme'nin 35/ 3- (a) ve 35/ 4 maddeleri gereğince reddi gerekir.

## II. SÖZLEŞMENİN 6. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDIASI

92. Başvurucu, ulusal hukukta Salduz kararıyla ilgili olarak ülkenin en üst yargı mercii yani Anayasa Mahkemesi tarafından çelişkili kararlar verildiğini; bu durumunda Beian v. Romanya ( (no. 1), no: 30658/ 05, AİHM 2007- V (esas) ) kararında ifade edildiği gibi hukuki kesinlik ilkesine aykırı olduğunu iddia etmiştir.

93. Hükümet bu iddiaya itiraz etmiştir.

### A. Kabul Edilebilirlik

94. Hükümet, başvurunun iç hukukta Anayasa Mahkemesi'nin çelişkili kararlar verdiği iddiasıyla yaptığı şikâyete ilişkin olarak iç hukuk yollarının tüketilmediğini savunmuştur. Daha sonra Hükümet, başvurunun bu şikâyetini iç hukukta hala ileri sürebileceğini; söz konusu şikâyetin ileri sürülmesinin anayasa yargısı tarafından iç hukukta herhangi bir süreyle sınırlandırılmadığını belirtmiştir.

95. Başvurucu, şikâyetin Anayasa Mahkemesi'nin kararından kaynaklandığını iddia etmiştir. Daha sonra başvuru, Mahkeme'nin yerleşik içtihatları gereğince söz konusu şikâyet sebebiyle Anayasal başvuru yolunun tüketilmesinin zorunlu olmadığını ileri sürmüştür. Başvurucu iddiası için Suso Musa v. Malta ( n: 42337/ 12, 23 Temmuz 2013) ve Aden Ahmed v. Malta (no: 55352/ 12, 23 Temmuz 2013) kararlarını dayanak olarak göstermiştir. Dahası başvuru, hakkında çelişkili kararların verildiği ilk kişilerden birisi olduğunu da ifade etmiştir.

96. Mahkeme, başvurudan önce Malta hukukunda Anayasa Mahkemesi'ne başvuru hakkının zaten tanındığını; Malta iç hukukunda kesin kararlara karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilse de, yargılama sürelerindeki uzunluk sebebiyle Anayasa Mahkemesi'nin iç hukukta etkili başvuru yolu olmaktan çıktığını ve iç hukukta Anayasa Mahkemesi'nin içinde bulunduğu bu özel durumun değerlendirilmesinden, onun tüketilmesi gereken bir çare olmadığını ifade eder (bakınız Saliba ve diğerleri v. Malta, no: 2028710, § 78, 22 Kasım 2011, Bellizzi v. Malta n: 46575/ 09, § 44, 21 Haziran 2011; ve Dimech, yukarıda anılan, § 53).

97. Bakılan davada, başvuru hakkındaki ceza prosedürü 2003 yılında başlamış ve 2011 yılında sona ermiş, buna müteakiben Anayasal tazminat usulünün tamamlanması da iki yıl sürmüştür. Dahası, şikâyetin doğası ve iç hukukta Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen özel durumu göz önüne alındığında Mahkeme, mevcut davadaki şikâyetin aksini düşünmek için herhangi bir gerekçe görmez.

98. Bu nedenle, iç hukuk yollarının tüketilmediği yönündeki Hükümet itirazının reddedilmesi gerekir.

99. Mahkeme, Sözleşme'nin 35/ 3- (a) hükmü gereğince şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olmadığını belirtir. Ayrıca şikâyetin kabul edilmemesi hususunda başkaca bir sebep de mevcut değildir. Böylece, şikâyet kabul edilebilir bulunur.

## **B. ESAS**

### **1. Tarafların İddiaları**

#### **(a) Başvurucu**

100. Başvurucu, Anayasa Mahkemesi'nin 2012 ve 2013 yıllarında Salduz kararı hakkında yaptığı yorumu değiştirdiğini ( bakınız ilgili iç hukuk) ve bu konuda farklı içtihatlar sevk ettiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, söz konusu çelişik kararlar sebebiyle hukuki kesinlik ilkesinin tesis edilemediğini iddia etmiştir. Hukuki kesinlik ilkesini tesis etmek Anayasa Mahkemesi'nin görevidir; bununla birlikte, mahkeme hala konuyla ilgili çelişkili kararlar vermeye devam etmektedir. Başvurucu bu iddiası için yukarıda anılan Beian kararını emsal olarak göstermiştir. Başvurucu, Anayasa Mahkemesi'nin 11 Nisan 2011 tarihli Polis v. Alvin Privitera; 12 Nisan 2011 tarihli Polis v. Mark Lombardi ve yine 12 Nisan 2011 tarihli Polis v. Eron Pullicino kararında, hukuki yardım eksikliği sebebiyle Sözleşme'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinin kabul edildiğini ifade etmiştir. 14 Ocak 2013 tarihli Josph Bugeja v. Başsavcılık, 22 Şubat 2013 tarihli Polis v. Tyron Fenech; ve yine 22 Şubat 2013 tarihli Polis v. Amanda Agius ve kendi başvurusunda, Anayasa Mahkemesi'nin daha önce verdiği kararlardan ayrı bir yorum izlediğini belirtmiştir. 12 Kasım 2013 tarihli Malta Cumhuriyeti v. Alfred Camilleri başvuruda kararın yine değiştirildiğini ve bu başvurudan sonra da kararın bir kez daha değiştirildiğini ifade etmiştir.

101. Başvurucu, Hükümetin savunmasının aksine, söz konusu başvurulardan hala bir sonuç alınamadığını; ceza davalarına ilişkin anayasal prosedürün iç hukukta zamanında sonuçlandırılmadığını da iddia etmiştir.

## (b) Hükümet

102. Hükümet, şikayetin hukukun yorumlanmasındaki bir belirsizlikle ilgili olmadığını, fakat mahkeme tarafından sonraki olaylar için verilen kararlar sebebiyle söz konusu şikayetin ileri sürüldüğünü savunmuştur. Hükümet, başvurunun davasında elde edilen bulgularla aynı fikirde olmadığı ve kararın yorumlanmasına dayanan durumların aydınlatılması girişiminde bulunduğu görüşündedir.

103. Hükümet, yargı kararlarının her davanın kendine özgü koşullarına göre yorumlanması gerektiğini ileri sürmüştür. 2011 yılındaki kararlara ilişkin vakıaların, sonraki kararlara ilişkin vakılardan farklı olduğu belirtilmiştir.

104. Dahası Hükümet, yıllar içerisinde değişik durumlar sebebiyle kararlarda revize meydana gelmesinin yargı sisteminin doğal bir sonucu olduğunu kabul etmiştir ( bakınız Santos Pinto v. Portekiz, no: 39005/ 04, 20 Mayıs 2008). Hükümet, Albu ve diğerleri v. Romanya ( no: 34796/ 04 ve diğerleri, 10 Mayıs 2012) davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı kararlarının çelişkili olmasıyla ilgili genel içtihatları tekrar ettiğini belirtmiştir. Söz konusu genel içtihatlarda Mahkeme, Sözleşme'de tanınan hakları ve özgürlükleri ihlal etmediği sürece, ulusal mahkemelerce yapılan vakıaya veya hukuka ilişkin değerlendirmelerin Mahkeme tarafından incelenmeyeceğini vurgulamıştır. Ayrıca Mahkeme'nin, söz konusu kararında, mahkeme kararlarındaki farklılığın adli sistemin doğal bir özelliği olduğu yinelenmiş, ve önemli olan konunun ulusal mahkemelerde "köklü ve uzun süredir devam eden farklılıkları" fark edip etmediği, iç hukukun bu farklılıkları sabit kararlarla çözmek için uğraşıp uğraşmadığı ve sabit kararların devamlı olarak uygulanıp uygulanmadığı olduğu da belirtilmiştir. Yukarıdaki ifadelerin değerlendirilmesinde önemli olan husus, yasal durumlarda belirli bir istikrar sağlanıp sağlanmadığı; hukuki kesinliğin kamu güvenine katkı sağlayıp sağlamadığıdır. Bununla birlikte, hukuki kesinliğin sağlanması için mahkeme kararlarının mutlak bir şekilde tutarlı olması da gerekmez; içtihatların kendi kendisini geliştirmesi adaletin tecelli etmesine engel olmayacaktır. İchtihatlardaki tutarlılığın oturtulması zaman alabilir ve su sebeple çelişkili içtihat dönemlerinin hukuki kesinlik ilkesini ihlal ettiği düşünülmemelidir, buradaki tutarsızlıklar tolere edilebilir niteliğe sahiptir.

105. Hükümet, sona ermiş ceza davalarıyla hala devam eden ceza yargılamaları arasında bir ayrıma gidilmesi gerektiğini belirtmiştir. Anayasal başvuru prosedürü yürütülürken başvurunun ceza davasında sona gelmiştir; başvurunun yukarıda ileri sürdüğü emsal kararlarda anayasal başvuru prosedürü ceza davasının sona ermesinden sonra başlatılmıştır ve bu sebeple onun durumuyla

ileri sürülen kararlar benzer değildir; başvurucuyla aynı durumda olanlar için şu kararlar verilmiştir : Hukuk Mahkemesi'nin (ilk inceleme) 27 Haziran 2012 tarihli Greogory Robert Eyre vs. Başsavcılık kararı; Anayasa Mahkemesi'nin 28 Haziran 2012 tarihli Xuereb vs. Başsavcılık kararı; Anayasa Mahkemesi'nin 14 Ocak 2013 tarihli Joseph Bugeja vs Başsavcılık kararı; Anayasa Mahkemesi'nin 25 Şubat 2013 tarihli Matthew Lanzon vs. Polis Komitesi kararı; Anayasa Mahkemesi'nin 31 Mayıs 2013 tarihli John Attard vs. Başsavcılık kararı ve Anayasa Mahkemesi'nin 28 Haziran 2013 tarihli Geoffrey Galea vs. Başsavcılık kararıdır. Bütün bu kararlarda mahkemeler, söz konusu hükmün ihlal edilmediğine karar vermişlerdir. Böylece ceza davalarıyla ilgili olarak herhangi bir ihlal kararı bulunmamaktadır. Ayrıca, başvurucu tarafından yukarıda belirtilen kararların temel noktası, sanıkların yaş küçüklüğü sebebiyle savunmasız bırakılması ve sanıkların mahkûmiyetinin tek delili olarak avukat yokluğunda alınan ifadelerin kullanılmasıdır.

106. Hükümet, başvurucunun iddialarının aksine, Anayasa Mahkemesi'nin aynı uyuşmazlıklardan doğan benzer davalar için hukuki kesinlik ilkesini tesis ettiği görüşündedir. Anayasa Mahkemesi'nin başkaca bir delil olmaksızın avukat yokluğunda alınan ifadelerle sanığın mahkûm edilmesinin savunma hakkını ihlal edeceği yönündeki sürekli içtihatları analiz edildiğinde bu durum ortaya çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi her vakıya ve iddia üzerinde ayrı ayrı inceleme yapmış ve kişi savunmasız bırakılmışsa ya da mahkûmiyete karar verilebilmesi için avukat yokluğunda alınan ifadeden başka bir delil bulunmuyorsa 6. maddenin ihlal edildiği yönünde karar vermiştir. Böylece Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları arasında çelişki bulunmamaktadır.

## **2. Mahkemenin Değerlendirilmesi**

### **(a) Genel Prensipler**

107. Hukukun üstünlüğünün temel ilkelerinden birisi hukuki istikrarı sağlayan ve mahkemelere olan kamu güvenini tesis eden ( bakınız Nejat Şahin ve Perihan Şahin v. Türkiye [BD], no: 13279/05, § 57, 20 Ekim 2011) hukuki kesinlik ilkesidir ( bakınız Brumarescu v. Romanya [BD], no: 28342195, § 61, AİHM 1999-VIII). Kamu güveninin, hukukun üstünlüğüne dayanan devletin temel unsurlarından birisi olduğu açıktır; diğer taraftan birbiriyle çelişen mahkeme kararlarının devam etmesi bu güvenin azalmasına neden olur ( bakınız Vucinic ve diğerleri v. Sırbistan, no: 44698106 ve diğerleri, § 56, 1 Aralık 2009). Bununla birlikte, hukuki kesinlik ve kamu güvenin gerekleri kişilere, içtihatların tutarlılığı konusunda kazanılmış hak bahsetmez ( bakınız Unedic v. Fransa, no: 20153/04, § 74, 18 Aralık 2008); ve öte yandan dinamik ve evrimsel yaklaşımın korunmasında

yapılacak bir hata, reform ya da gelişme hareketlerini engelleyebilecek bir riski meydana getireceğinden, içtihadın kendi içerisinde geliştirilmesi, adaletin doğru tecelli etmesine engel olmaz ( bakınız Atanosovski v. Eski Yugoslavya Makedonya Cumhuriyeti, no: 36815/ 03, § 38, 14 Ocak 2010).

108. Mahkeme, çelişkili kararlar ile ilgili davaları incelemek için birkaç kez girişimde bulunmuş ve böylece ulusal yüksek mahkemelerin çelişkili kararları sebebiyle Sözleşme'nin 6/ 1 maddesinde güvence altına alınan hakların ihlal edilmesinin şartlarını değerlendirme fırsatı bulmuştur ( bakınız: Paduraru v. Romanya, no: 63252/ 00, AİHM 2005- XII (esas); Beian, yukarıda anılan; Iordan Iordaniv ve diğerleri v. Bulgaristan, no: 23520/ 02, 2 Temmuz 2009; Perez Arias v. İspanya, no: 32978/ 03, 28 Haziran 2007; Ştefan ve Ştef v. Romanya, no: 24428/ 03 ve 26977/ 03, 27 Ocak 2009; Taussik v. Çek Cumhuriyeti (kabul edilebilirlik), no: 42162/ 02, 2 Aralık 2008 ve Tudor Tudor v. Romanya, no: 21911/ 03, 24 Mart 2009). Bu değerlendirmeler neticesinde, yüksek mahkeme içtihatlarında “köklü ve uzun süredir devam eden farklılıkların” mevcut olup olmadığı, iç hukukun bu farklılıkları sabit kararlarla çözmek için uğraşıp uğraşmadığı, sabit kararların devamlı olarak uygulanıp uygulanmadığı kriterleri ortaya konulmuştur ( bakınız Iordan Iordanov, yukarıda anılan, § § 49- 50).

### **(b) Mevcut Davada Uygulama**

109. Hükümetin argümanlarına ( paragraf 105 yukarı) cevap olarak Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin bulgularının başvuru davasının sona ermesiyle ilgili olmadığı yönünde karşılık verir. Gerçekten, anayasal başvurunun ilk incelemesinde, ifadelerden bağımsız olarak başvuru hakkında kesin hükmün bulunmaması tartışılmış, Anayasa Mahkemesi ise davanın detayı ve ilgili içtihatlar ışığında başvuru şikâyetinin esasının incelenmesi ve esas hakkında karar verilmesi yolunu seçmiştir. Böylece Mahkeme, somut olayda ileri sürülen, yukarıda anılan Dimech kararının incelenmesine gerek olmadığına karar verir.

110. Dikkate sunulan kararlar incelendiğinde Mahkeme, başvuru iddia ettiği şikâyetlerin değil; ( içtihat temelinde, yani söz konusu mahkemenin içtihatları arasında) – tüm şikâyetler için geniş kapsamlı inceleme yapıldığı sürece – gerçek durumların ulusal mahkemeler tarafından incelendiğini gözlemler ( Erol Uçar v. Türkiye, no: 12960/ 05, 29 Eylül 2009). Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin Salduz kararını doğru yorumladığı da görülür. Bununla birlikte, özellikle 2012 yılından itibaren bazı noktalarda Anayasa Mahkemesi, Salduz kararını “dar “olarak yorumlamış; bu durum Malta'daki sistemsel yasağa tabi olan ve sorgulamada avukat yardımıyla yararlanamayan bazı kişiler için mahkeme kararlarındaki aykırılıkların

giderilememesi sonucunu doğurmuştur. Kararın dar yorumlanmasına daha sonra da devam edilmiştir; başvuru tarafından sonraki tutarsızlıkları kanıtlamak için getirilen tek örnek, şikayet konusu davanın devam etmesine rağmen önceki içtihatlardan vazgeçilerek incelenen 12 Kasım 2012 tarihli Alfred Camilleri davasıdır.

111. Böylece Mahkeme, Beian kararından (yukarıda anılan) farklı olarak, son Dimech kararında (yukarıda anılan) olduğu gibi mevcut davanın, yüksek mahkemenin – Anayasa Mahkemesi Malta'nın en yüksek dereceli mahkemesidir – kesin olmayan içtihatlardan kaynaklanan hukuki yorum farklılıklarının, başvuru lehine yorumlanmasıyla bir ilgisinin olmadığı görüşündedir. Bakılan davada şikayetin konusu, mahkemenin içtihatlarından vazgeçmesiyle ilgilidir. Mahkeme, SS Balıklıçeşme Beldesi Tarım Kalkınma Kooperatifi ve diğerleri v. Türkiye (no: 3573/ 05, 3617/ 05, 9667/ 05, 9884/ 05, 9891/ 05, 10167/ 05, 10228/ 05, 17258/ 05, 17260/ 05, 17262/ 05, 17275/ 05, 17290/ 05 ve 17293/ 05, 30 Kasım 2015) davasında da ifade edildiği gibi keyfi olmamak koşuluyla, özellikle ( Malta gibi) yazılı hukuk kurallarına sahip olan ve teoride emsal içtihatların bağlayıcı olmadığı ülkelerde bir içtihattan vazgeçilmesinin ulusal mahkemelerin takdirinde olduğunu hatırlatır ( bakınız ayrıca Torri ve diğerleri V. İtalya ( kabul edilebilirlik), no: 11838/ 07 ve 12302/ 07, § 42, 24 Ocak 2012, ve Yiğit v. Türkiye ( kabul edilebilirlik), no: 39529/ 10, §§ 21- 22, 14 Nisan 2014).

112. Dimech kararında bulunmayan durumlar incelendikten sonra, madde 6/ 1 hükmünü ihlal eden başkaca bir sebep olmadığı da görülür; bu açıdan da hükmün ihlal edilmediği düşünülür.

113. Mahkeme, bu davada görüşünden dönmek için herhangi bir sebep olmadığını belirtir. Bu nedenle madde 6/ 1 hükmü ihlal edilmemiştir.

### **III. 6. MADDEYLE BAĞLANTILI OLARAK SÖZLEŞMENİN 14. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI**

114. Başvuru daha sonra Sözleşme'nin 14. maddesine aykırı olarak, objektif ve makul bir gerekçe olmaksızın çelişkili Anayasal içtihatlarla, davasına diğer davalardan farklı muamele yapıldığını iddia etmiştir; anılan hüküm aşağıdaki gibidir:

“Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.”

115. Hükümet bu iddiaya itiraz etmiştir.

### **A. Tarafların İddiaları**

116. Başvurucu, kendi durumunun avukat yardımından yararlanamayan kişilere benzer veya görece benzer olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesi'nin diğer davalardan farklı bir şekilde kendi lehine yorum yapmadığını ileri sürmüştür. Söz konusu kararın sübjektif olması ve objektif temellere dayanmaması sebebiyle ayrımcılığa uğradığını ifade etmiştir. Başvurucu, uygulama farklılığının meşru bir zemine dayanmadığını; fakat mevcut davada, farklılığın sanığın yaşı sebebiyle Hükümet tarafından kabul edildiğini belirtmiştir.

117. Hükümet, başvurunun söz konusu şikâyetini ulusal mahkemelere taşımadığından bahisle iç hukuk yollarının tüketilmediğini savunmuştur. Daha sonra Hükümet, başvurunun ulusal mevzuatta süreyle sınırlı olmaksızın halen söz konusu şikâyet için Anayasa Mahkemesi'ne başvurabileceğini belirtmiştir.

118. Hükümet, 14. maddeye aykırılık bulunmaması sebebiyle Mahkeme'nin ihlal kararı veremeyeceğini ileri sürmüştür. Dahası, başvuru 14. maddede düzenlenen ayrımcılığa uğramama hakkının ihlal edildiğini gerekçesiyle açıklamamış, kanıt sunmamıştır. Son olarak Hükümet, kendisiyle aynı durumda olanlara; yani soruşturma sırasında ifade veren ve suçluluğuna diğer delillere de dayanılarak hükmedilen kişilere farklı muamele edildiğinin başvuru tarafından ispatlanmadığını iddia etmiştir. Başvurucu kendi durumunda olanlarla aynı muameleyle tabi tutulmuş ve bu nedenle de herhangi bir ayrımcılığa uğramamıştır.

### **B. Mahkemenin Değerlendirmesi**

119. Mahkeme, yukarıda belirtilen değerlendirmelerini tekrar eder ( bakınız paragraf 96- 98 yukarı) ve bu yüzden Hükümet'in iç hukuk yollarının tüketilmediğine ilişkin iddiasını kabul eder.

120. Mahkeme, 14. maddenin uygulanmasının Sözleşme ve Protokollerin diğer maddi hükümlerinin ihlali halinde devreye girme amacında olmadığını; – söz konusu maddenin özerk bir anlamı bulunduğunu – ifade edilen durumlardan bir veya daha fazlası gerçekleşmezse maddenin uygulanmayacağını hatırlatır ( bakınız Mintoff v. Malta ( kabul edilebilirlik), no: 4566/ 07, 26 Haziran 2007, ve Zammit Maempel v. Malta, no: 24202/ 10, § § 81, 82, 83, 22 Kasım 2011).

121. 14. maddenin uygulanabilmesi için sırasıyla benzer veya aynı durumda olan kişilere farklı işlemlerin uygulanmış olması gerekir ( bakınız D. H ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti [BD], no: 57325/ 00, § 175, AİHM 2007 ve Burdan v. Birleşik Krallık [BD], no: 13378/ 05, § 60, AİHM, 2008). Farklı uygulamalar objektif ve makul gerekçeye sahip değilse; başka bir anlatımla, eğer meşru bir amaca

hizmet etmiyorsa veya kullanılan araçlarla ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi yoksa; bu tür farklılıklar ayrımcılığa sebep olur ( bakınız Corsan ve diğerleri v. Birleşik Krallık [BD], no: 42184/ 05, § 61, AİHM 2010). Mahkeme, söz konusu farklılıkların 14. madde uygulamasıyla ilgili olduğunu belirtir. Tanımlanabilir bir özelliğe veya “statüye” dayanan uygulama farklılıkları 14. madde anlamında ayrımcılığa sebep olabilir ( bakınız O’ Donoghue ve diğerleri v. Birleşik Krallık, no: 34848/ 07, § 101, AİHM, 2010 ( esas ) ).

122. Mahkeme mevcut davada 6. madde gibi 14. maddenin de uygulanabileceğini ve şikâyetin kabul edilebilir olduğunu belirtir.

123. Mahkeme, başvurunun kendi durumunda olanlar gibi genel yasaktan etkilendiğini gözlemler. Burada ortak bir payda söz konusudur, ve başvurunun diğerleriyle benzer bir durumda olduğu kabul edilebilir. Ancak, ulusal yargı kararlarında, karşılaştırma konusu olan durumların başvurununkinden farklı olduğuna ilişkin atf doğrudur; özellikle, söz konusu durumlar soruşturma aşamasında ifade veren genç insanlarla, sona ermiş yargılamalarla ve mahkûmiyet için başka bir delil olmayan durumlarla ilgilidir. Böylece başvurunun doğumu – yaşı – sebebiyle ayrımcılığa uğradığı iddiasına rağmen Mahkeme, bu konunun yerel içtihatların farklılaşmasına sebep olan tek kıstas olmadığını dikkate alır ( bakınız Dimech, yukarıda anılan, § 79).

124. Dahası, başvurunun avukat yardımından faydalandırılmaması sonucunda 6. maddedeki haklarının ihlal edilmiş olduğunun tespit edilmesine ( madde 6/ 1 ile bağlantılı olarak 6/ 3 (c) maddesi, bakınız paragraf 63 yukarı) rağmen Mahkeme, yerel mahkemelerin içtihatlarından dönmelerini – içtihatlarını değiştirmelerini – Sözleşme’nin uygulama alanı içerisinde görmediğini bildirir. Buna müteakip, içtihat değişikliği, aynı türden bütün olgular için aynı yasal ilke ve adli değerlendirme kriteri temelinde incelenerek ortaya çıkmıştır ( bakınız Dimech, yukarıda anılan, § 80), şöyle ki, bu durum Mahkeme’nin içtihatlarının yeniden yorumlanmasıyla ilgilidir. Emsal kararların başvurunun davasıyla aynı olduğunun reddi gerektiği de ortaya çıkar.

125. Bunun akabinde devletin takdir yetkisine girdiği ve böylece 14. Maddeye aykırı olmadığı düşünülen durumlarda güvence (şüphe esasa ilişkin olsa bile); uygulamadaki herhangi bir farklılığın yerel mahkemelerce yapılan yeni yorumum objektif ve makul bir gerekçeye dayanmasıdır ( bakınız Perez Arias, yukarıda anılan, § 28 ve Dimech, yukarıda anılan, § 81). Ayrıca dava dosyasında başvurunun ayrımcılığa uğradığına ilişkin başka bir kanıt da bulunmamaktadır



( bakınız benzer koşullar altında, ibid ve, David ve diğerleri v. Romanya (kabul edilebilirlik, no: 54577/ 07, 9 Nisan 2013).

126. Açıkça dayanaktan yoksun olan söz konusu şikayetin Sözleşmenin 35/ 3 (a) ve 35/ 4 maddeleri gereğince reddi gerekir.

#### **IV. SÖZLEŞMENİN 13. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDIASI**

127. Son olarak başvuru, Sözleşmenin 13. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Davasının halen ceza mahkemesinde devam ettiğini ileri süren başvuru- cu, 6/ 1 ile bağlantılı olarak 6/ 3 (c) maddesinin ihlalinin giderilebilmesi için tek etkili çarenin; şikâyet konusu delilin kullanılmadığı yeni bir yargılama yapılması olduğunu ifade etmiştir. Başvurucu, Mahkeme tarafından ihlal kararı verildiği zaman ihlalin giderimi için en uygun çarenin Salduz kararında da ifade edildiği gibi; avukat yokluğunda elde edilmiş deliller olmadan başvuru- cunun yeniden yargılanması olduğunu belirtmiştir.

128. Mahkeme öncelikle, başvuru- cunun anayasal prosedüre başvurduğu anda ceza davasının sona ermeye yaklaştığını, devam eden ceza yargılamasıyla ilgili olarak yapılan argümanların yersiz olduğunu düşünür. İkinci olarak, başvuru- cunun argümanları anayasal yargının sadece lehine hareket edebileceği yö- nünde olduğu sürece, anayasal yargı tarafından çözümlenen telafi türüyle ilgili olan argümanlar yanlış olur. Şikayet, Anayasa Mahkemesi'nin başvuru- cunun aleyhine karar verdiği davanın koşullarıyla ilgili küçük bir yer tutar ve böylece bakılan davada söz konusu durum meydana gelmez ( bakınız Dimech, § 84).

129. Ayrıca, başvuru- cunun tarafından yapılan anayasal başvuru- nun, başarı imka- nı olmaması sebebiyle 13. maddenin uygulanamayacağı savunulmuştur. Mahke- me, son yargı içtihadının, başvuru- cunun aleyhinde olduğunun doğru olmasına rağmen Mahkemenin bilgisine göre ulusal mahkeme tarafından söz konusu şika- yetin reddedilmesi sebebiyle bir itirazda bulunulmadığını ve söz konusu içtihadın tutarlı bir şekilde uygulandığını gözlemler

130. Buna rağmen, söz konusu durum mevcut davaya ilişkin şartlarla yani ye- rel mahkemenin başvuru- cunun iddialarını reddetmesiyle ilgilidir, Mahkeme'nin içtihatlarına göre 13. madde anlamında bir başvuru- nun etkili olabilmesi için başvuru- cunun açısından olumlu bir sonucun gerçekleşmiş olması gerekmez ( bakınız Sürmeli v. Almanya [BD], no: 75529/ 01, § 98, AİHM, 2006- VII) ve başvuru- cunun iddialarında başarısız olması, başvuru yolunun sırf bu nedenle etkisiz hale gelmesi sonucunu doğurmaz ( bakınız Amann v. İsviçre, [BD], no: 27798/ 95, § § 88- 89, AİHM 2002- II).

131. Böylece, somut olayda, Anayasa Mahkemesi'nin başvurusunun iddiasını reddetmesi, hukuk yolunu etkisiz hale getirmez; açıkça dayanaktan yoksun olan söz konusu şikâyetin Sözleşme'nin 35/ 3 (a) ve 35/ 4 maddesi gereğince reddi gerekir.

#### **V. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI**

132. Sözleşmenin 41. maddesine göre;

“Eğer mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmecî Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldıracabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği halde, zarar göre taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

#### **A. ZARAR**

133. Başvurucu, “manevi zararların yanı sıra yerel mahkemelerde yapılan harcamalar sebebiyle maddi zarara uğradığını” iddia etmiştir.

134. Hükümet, manevi zarar konusunda başvurusunun iddiasının yeterli olmadığını savunmuştur. Hükümet, ihlalin tespit edilmesinin yeterli bir adli tazmin olduğunu ve bu halde dahi verilecek tazminatın 1,000 Avroyu geçmemesi gerektiğini belirtmiştir.

135. Mahkeme hakkaniyet temelinde başvuruca 2,500 Avro manevi tazminat ödenmesine karar verir.

#### **B. Masraflar ve Harcamalar**

136. Başvurucu, anayasal tazminat başvurusuna ilişkin olarak yerel mahkemeler önünde 2,185 Avro masraf ve harcama yaptığını iddia etmiştir.

137. Hükümet, anayasal işlemler sırasında 1076 Avro tutarındaki maliyetin başvuruca tarafından ödendiğine ilişkin iddianın ispat edilemediğini savunmuştur.

138. Mahkeme içtihatlarına göre, gerçek ve gerekli olması sebebiyle yapıldığının gösterildiği ve makul bir miktar olduğu sürece başvuruca, harcadığı masraf ve giderleri talep etme hakkına sahiptir. Mevcut davada, elde bulunan belgeler ve yukarıdaki kriterler ile yurtiçinde Hükümet tarafından ödendiği – ödeneceği – belirtilen masraf ve harcamalar göz önüne alındığında Mahkeme, yerel mahkemelerde yapılan harcama ve masraflar için başvuruca 2,185 Avro tazminat ödenmesinin uygun olduğuna karar verir.

### C. Gecikme Faizi

139. Mahkeme, gecikme faizi olarak Avrupa Merkez Bankası'nın vadeli kredilere uyguladığı marjinal faiz oranına üç puan eklenmek suretiyle elde edilecek oranın uygulanması gerektiğini düşünür.

#### BU GEREKÇELERLE, MAHKEME

1. Başvurucuya adli yardım sağlanmaması sebebiyle 6/ 1 maddesiyle bağlantılı olarak 6/ 3 maddesinin ihlal edildiği iddiasının, ceza davasında başvurucu aleyhine tanıklık yapan üçüncü kişilere hukuki yardım sağlanmaması sebebiyle 6/ 1 maddenin ihlal edildiği iddiasının ve anayasal başvuru yoluna ilişkin iddianın oybirliği ile kabul edilebilir olduğuna karar verilmiştir;

2. Sözleşmenin 6/ 1 maddesiyle bağlantılı olarak 6/ 3 maddesinin ihlal edildiğine oybirliği ile karar verilmiştir;

3. Ceza yargılamasında başvurucu aleyhine tanıklık yapan üçüncü kişilere adli yardım sağlanmaması sebebiyle 6/ 1 maddenin ihlal edildiğine ilişkin şikâyetin esasının incelenmesine gerek olmadığına oybirliği ile karar verilmiştir;

4. Anayasal muhakemede hukuki kesinlik ilkesine saygı gösterilmediğine ilişkin iddia sebebiyle Sözleşmenin 6/ 1 maddesinin ihlal edilmediğine bire karşı altı oyla karar verilmiştir;

5. Oybirliğiyle,

(a) Davalı devlet tarafından başvurucuya, Sözleşme'nin 44/ 2 maddesi uyarınca, kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içerisinde; ödeme tarihindeki döviz kurları üzerinden davalı devletin para birimine çevrilecek şekilde aşağıdaki miktarların ödenmesine,

(i) Manevi tazminat olarak, ortaya çıkabilecek ek yükümlülükler ve vergiler hariç olmak üzere, 2, 500 Avro (iki bin beş yüz avro) ödenmesine,

(ii) masraflar ve giderler için, başvurucu açısından ortaya çıkabilecek ek yükümlülükler ve vergiler hariç olmak üzere, 2, 185 Avro (iki bin yüz seksen beş avro) ödenmesine,

(b) Yukarıda ifade edilen üç aylık sürenin bittiği tarihten itibaren, ödeme gününe kadar, Avrupa Birliği Merkez Bankası'nın kısa vadeli kredilere uyguladığı marjinal faiz oranına üç puan eklenmek suretiyle elde edilecek oranda, yukarıda bahsedilen meblağlara basit faiz uygulanmasına, karar verilmiştir.

İş bu karar İngilizce olarak tanzim edilmiş ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77/ 2 ve 3 maddesi uyarınca 12 Ocak 2016 tarihinde tebliğ edilmiştir.

Françoise Elens-Passos  
Yazı İşleri Müdürü

AndrásSajó  
Başkan

Sözleşme'nin 45/ 2 maddesi ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 74/ 2 maddesi gereğince, Yargıç Pinto de Albuquerque'ye ait azlık görüşü bu kararın ekinde sunulmuştur.

A. S.  
F. E. P.

### **YARGIÇ PINTI DE ALBUQUERQUE KISMİ MUTABAKAT VE KISMI MUHALAEFET ŞERHİ**

1. Borg davasının temel sorunu, Salduz<sup>1</sup> kararına bağlı olarak Malta Anyasa Mahkemesi'nin içtihatlarında hukuki kesinliğin sağlanamaması sorunudur. Anyasa Mahkemesi peş peşe üç davada tam anlamıyla Salduz kararını uygulamış olsa da daha sonra Büyük Dairenin içtihadını, Salduz kararının "istisnai durumlarda" ve "savunmasız" kişiler için uygulanacağını yorumlayarak söz konusu içtihadından vazgeçmiştir. Bu noktada kaçınılmaz olarak akla gelen önemli sorular şunlardır: Neden içtihat bu şekilde değiştirilmiştir? İctihadın bu şekilde terse çevrilmesi vatandaşların, avukatların ve sanıkların hukuki beklentileri ile uyumlu mudur? İctihat değişikliği yapmak davalı akit devletin takdir yetkisinde midir? İctihat değişikliği Salduz kararının ruhuna ve hukuki güvencesine uygun mudur?

2. Birbiriyle yakından bağlantılı olan bu sorular Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Mahkeme) tarafından verilen Dimech v. Malta kararı açısından incelendiğinde, daha da karmaşık bir hal almaktadır ve Dimech kararı<sup>2</sup> temelinde benzer şikâyetler tek yargıç tarafından reddedilmiştir. Mevcut davada Anyasa Mahkemesi'nin Sözleşme'yi yanlış yorumlaması sebebiyle Daire başvurusu incelenmiş ve Dimech yeniden yargılanmış ve daha özel olarak, yukarıda bahsedilen Büyük Daire kararı hukuki kesinlik ilkesi açısından tartışılmıştır. Daire Dimech kararında açıkça şu hususları belirtmiştir:

"Sözleşmenin 34. maddesi kapsamında Mahkemedен önce yerel otoritele-

---

<sup>1</sup> Salduz v. Türkiye [BD], no: 36391/ 02, AİHM 2008.

<sup>2</sup> Dimech v. Malta, no: 34373/ 13, 2 Nisan 2015.

rin, hakkı iç hukuk sisteminde incelemesi fırsatının ortadan kaldırılmasına ve başvurusunun bir dava açmaya zorlanmasına rağmen mevcut davada Anayasa Mahkemesi, Mahkeme tarafından belirtilen ilkelerden ayrılmıştır. Buna rağmen Mahkeme, yerel makamlarca iç hukukta Mahkemenin kararlarının uygulanmasının yolunun, hukuki açıdan kesin bir konunun gündeme getirilmemesiyle sağlanacağını ifade eder. En önemlisi Mahkeme, ulusal mahkemelerin davasında içtihatların uygulanmasıyla ilgili olarak herhangi bir gösterge olmadığını belirtir. Gerçekten bu içtihat, yerel mahkemelerin, tutarlı ve adli değerlendirme kriterine göre yaptığı özerk yorumlamalara saygı duyulması şeklinde anlaşılmalıdır.”

Bu koşullarda Mahkeme, söz konusu muhakemelerde hukuki kesinlik ilkesine nazaran Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6/ 1 maddesi kapsamında bir konuyu gündeme getirmeyeceğini düşünmektedir. Dairenin oybirliğiyle verdiği karara göre, ilgili hüküm ihlal edilmemiştir. Bakılan davada çoğunluk da Büyük Dairenin, Dimech kararındaki 112. paragrafını emsal olarak aynı sonuca ulaşmıştır.

3. Ben Borg başvurusu için bu sonuca karşı çıkıyorum, çünkü ben Dimech kararının insan haklarının korunması sistemini ciddi ölçüde sınırladığını ve bu sebeple de geçersiz kılınması gerektiğini düşünüyorum. Ben Herrmann kararında ifade edildiği gibi, Mahkemece bir sonuca ulaşılan davada, yargıçlara özel bir yük getiren “çok ciddi bir meseleye” zorlanmasının<sup>3</sup> hem yanlış değerlendirmelere hem de ek adımları kısıtlayıcı niteliğe dayandığını düşünüyorum. Ben ilerleyen sayfalarda söz konusu yükü karşılamaya çalışacağım.

### **Malta'da Salduz Kararının Uygulanması**

4. Salduz v. Türkiye kararı, 6/ 1 maddede tanınan güvencelerin “pratik ve etkili” hale getirilmesi için polis tarafından sanığa yöneltilecek ilk sorudan itibaren kişilere avukata erişim hakkının tanınması gerektiği temeli üzerine kurulmuştur. Bu içtihat sonradan Fransa<sup>4</sup>, Belçika<sup>5</sup> ve Monako<sup>6</sup> gibi Sözleşme'ye taraf olan diğer akit devletlerce de teyit edilmiş ve daha sonra içtihat, polis göz altısı süresince başvurusunun sessiz kalmasına rağmen ihlal kararı verilen Dayanan kararında<sup>7</sup>, ve başvurusunun verdiği ifadelerin mahkûmiyette dayanak alınma-

---

<sup>3</sup> Herrmann v. Almanya [BD], no: 9300/ 07, 26 Haziran 2012.

<sup>4</sup> Brusco v. Fransa, no: 1466/ 07, § 54, 14 Ekim 2010.

<sup>5</sup> Stojkoviç v. Fransa ve Belçika, no: 25303/ 08, § § 51- 57.

<sup>6</sup> Novone ve diğerleri v. Monako, no: 62880/ 11; 62892/ 11 ve 62899/ 11, § § 81- 85, 24 Ekim 2013.

<sup>7</sup> Dayanan v. Türkiye, no: 7377/ 03, 13 Ekim 2009.

masına rağmen ihlal kararı verilen Yeşilkaya kararında<sup>8</sup> geliştirilmiştir.

5. 2012 tarihli III Kanun ile Malta Parlamentosu, önsoruşturma aşamasından itibaren adli yardım hakkını tanımıştır. Bununla birlikte kanun, 2010 tarihli 35 sayılı yasal bildirimle 2010 yılında yürürlüğe girmiştir. Ceza Kanunu'nun 355AT maddesinin ilgili hükümleri “yakalanan veya polis karakolunda gözaltına alınan ya da diğer yetkililerce tutulan bir kişi” ifadesine atıfta bulunularak geniş anlamda yorumlanmıştır.

6. On sekiz yaşında olan bir kişiye karşı açılan davaya ilişkin olan Alvin Privitera<sup>9</sup> davasında Anayasa Mahkemesi açıkça, Salduz kararında bildirilen ihlal bulgusu için belirleyici kriterin yaş olmadığını, bu sebeple başka bir argümanın<sup>10</sup> tartışılmasına gerek bulunmadığını ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu pozisyonu Eron Pullicino<sup>11</sup> davasında tekrar edilmiştir. Küçüğe veya savunmasız bırakılan bir kişiye ilişkin olmayan Mark Lombardi davasında<sup>12</sup>, Anayasa Mahkemesi haklı olarak, Mahkemenin içtihadının Dayanan ve Yeşilkaya başvurularında değiştiğini ve bu değişikliğe rağmen İskoçya hukuk sisteminde aynı konuyla ilgili olan Cadder v. Kraliçe'nin Avukatı davasında ve daha sonra da Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin içtihatlarında Salduz kararının takip edildiğini<sup>13</sup> ifade etmiştir.

7. 2011 tarihli takdire layık kararlardan sonra Anayasa Mahkemesi, Salduz kararını “olağanüstü” durumlarda ve örneğin sadece yaş küçüklüğü gibi davalının “savunmasız” bırakılması halinde uygulanabileceğini düşünmeye başlamıştır<sup>14</sup>. Mahkemenin içtihadında bir değişiklik olmamasına rağmen beklenmedik bir anda aniden içtihatlar, sanıkların polis göz altısı veya soruşturma öncesi tutuklama ya da yakalanma halinde avukat hakkından mahrum bırakma sonucu doğuracak şekilde değiştirilmiştir. Mahkeme tarafından sanıklar için soruşturmanın başından ve özellikle polis göz altısında veya polis sorgusu boyunca avukata erişim hakkını güçlendirmeye yönelik olarak yapılan kristal berraklığındaki

---

<sup>8</sup> Yeşilkaya v. Türkiye, no: 59780/00, 8 aralık 2009.

<sup>9</sup> Polis vs. Alvin Privitera, 11 Nisan 2011 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı.

<sup>10</sup> Bakınız mevcut davanın 39. paragrafı.

<sup>11</sup> Polis vs. Eron Pullicino, 12 Nisan 2011 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı.

<sup>12</sup> Polis vs. Mark Lombardi, 12 Nisan 2011 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı.

<sup>13</sup> Cadder v. Kraliçe'nin Avukatı [2010] BYM 4. Yüksek Mahkeme, polis tarafından yapılacak sorgulamanın öncesinde avukata erişim isteği reddedilen Bay Cadder'in AİHS'nin 6/1 maddesinde güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir.

<sup>14</sup> Bakınız örneğin, Charles Stephan Muscat vs. Başsavcılık, 8 Ekim 2012; Joseph Bugeja vs. Başsavcılık, 14 Ocak 2013; Polis vs. Tyron French, 22 Şubat 2013; ve Polis vs. Amanda Agius, 22 Şubat 2013.

yorumu rağmen Malta Anayasa Mahkemesi, açıkça çelişen yorumları seçmiş ve Büyük Dairenin kararının ruhuna aykırı olarak ilgili hakkın kapsamını dar bir sınırlandırmaya tabi tutmuştur: sanığın savunmasız bırakılması. Aynı Anayasa Mahkemesi'nin, Salduz kararındaki adli yardım hakkının yorumlanmasında özellikle yaşın veya savunmasız bırakılmanın belirleyici olmadığına ilişkin algısı hiçbir haklı gerekçeye dayanmaksızın radikal olarak değiştirilmiştir. Daha da kötüsü, savunmasız kişi ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda bir kriter de ortaya konulmamıştır. Bu kırılgan içtihat temelinde, Büyük Dairenin içtihadının pratik açıdan "istisnai" bir durum olduğu kabul edilmiştir.

8. Salduz kararının uygulama alanın kısıtlayıcı yorum yöntemiyle ilgili olarak Hükümet, Anayasa Mahkemesi'nin adli yardımdan yararlanma hakkının ihlalinin sanığın savunmasız bırakılma ağırlığına göre belirlediğini iddia etmiştir. Hükümet, başvurucunun polis varlığından korkmayacağını, çünkü onun ilk kez sanık olmadığını ve daha önce de mahkûm olduğunu ileri sürmüştür. Dahası Hükümet, başvurucunun belirli sorulara cevap vermemeyi seçtiğini ve iki kurye ile bir bağlantısı olup olmadığına ilişkin soruyu reddettiğini; bu durumlarında başvurucunun sorgulama sırasında hangi soruya cevap vermesinin ya da vermemesinin daha lehine olduğunu anlayabilecek kudrette olduğunu ifade etmiştir. Hükümet, polis sorgusunda sessiz kalan kişinin aleyhine çıkarımlarda bulunmasına yasa tarafından izin verilmediğini de eklemiştir. Son olarak Hükümet, ifadenin temelinin mahkumiyet için tek delil olarak kullanıldığı davalarda Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararı verdiğini; oysa, bakılan davada sanığın suç ithamını zaten reddettiğini ileri sürmüştür.

Hükümetin görüşüne göre, bütün bu faktörler mevcut dava ile Anayasa Mahkemesince sanığın adli yardımdan yararlanma hakkının ihlal edildiğine karar verilen önceki davalardan farklı olduğu görülür<sup>15</sup>. Bütün bu iddialar için söz konusu düşünce çizgisi mesnetsizdir. Davalı suçla ilgisi olduğu iddiasını inkâr ettiği zaman ayrıca avukat yardımından yararlanmasına gerek olmadığı kanıtlanmış olsa bile, bütün bu iddialar açısından söz konusu düşünce çizgisi Yeşilkaya kararı açısından yanlıştır. Dahası, Salduz kararının prensiplerinin temel noktası yaş veya sanığın savunmasız bırakılması değildir; Anayasa Mahkemesi'nin Alvin Privitera kararında da kabul edildiği gibi ne davalının önceki sabıka kaydı ne de sessiz kalmasının onun aleyhine sonuç doğurması, hakkın kapsamının belirlenmesinde temel nokta değildir.

En nihayetinde Hükümetin temel noktası Mahkeme'nin, "ulusal mahkeme-

---

<sup>15</sup> Bakınız Hükümetin iddiaları, sayfa 11.

lerce bakılan davaların özel koşullara dayanılarak yorumlanması gerektiğidir. Böyle davadan davaya yapılan yorumlar hukuki kesinlik ilkesine aykırı değildir, zira taban tabana zıt yargılamalarda söz konusu farklı durumların var olduğu kabul edilir<sup>16</sup> kararıdır. Başka bir deyişle Hükümet, Salduz kararının hukukun kati bir prensibi olmadığı ve böylece bir davanın kendine özgü koşullarının tam olarak Salduz davasıyla aynı olmadığı zaman ulusal mahkemelerin ondan ayrılabilceği görüşündedir. Bu görüş sadece Büyük Daire'nin verdiği kararı geçersiz kılmakta aynı zamanda daha da vahimi yanlış emsal alınmasına ve Mahkeme'nin metodolojisini endişelendirmekte ve kararların hukuki kuvvetini etkilemektedir.

### **Yerel Makamların Salduz Kararından Ayrılmasının Sonuçları**

9. Gerçek şu ki, Dimech kararı Anayasa Mahkemesi'nin Salduz kararından ayrılmasını haklı göstermektedir<sup>17</sup>. Ancak daha uzatmadan, akit devletlerin Sözleşme'nin imzalanmasından önce olduğu gibi Mahkeme'nin içtihatlarından ayrılma "özgürlüğüne" sahip olduğunu kabul etmek gerekir<sup>18</sup>, ve hatta Büyük Daire'nin Salduz kararında olduğu gibi Mahkeme içtihatlarının yorumlanması akit devletlerin "kendi takdir yetkisi alanına" girer<sup>19</sup>.

10. Bu yorum doğru olsaydı, Sözleşme insan haklarının korunması sisteminde sadece bir yanılsama olurdu. Sözleşme'nin yerel makamlarca "özerk" yorumlanması, sonraki gelişmelerin ve Mahkeme içtihatlarının ruhunu göz ardı edebilecek kadar uzağa giderse, Mahkeme yargılama gücünden yoksun hale gelir. Takdir marjı ile Mahkeme kararlarının keyfi olarak kısıtlanmasına izin verilirse, Sözleşme'nin kurucularının "Evrensel Beyanname'de belirtilen bazı hakların kolektif olarak korunması" için "siyasi geleneklerin ortak mirası, idealler, özgürlük ve hukukun üstünlüğü" temelinde bir sistem kurma niyeti bertaraf edilmiş olur. Sözleşme'nin taraflarından her biri farklı tarihlerde Avrupa insan haklarını koruma sisteminin kalbi olan "insan haklarının... ortak anlayışı ve gözetilmesi" arzusunu seçmesine rağmen Mahkeme içtihatları, şimdiye kadar olduğu gibi ilgili Hükümetler veya yerel makamlarca keyfi olarak yorumlanırsa, taraflar arasında "büyük bir birliğe" ulaşılması gayesi hayali bir hedef olurdu. Mahkemenin incelemesinin yetki ikamesi prensipleri, Mahkeme içtihatlarının bu şekilde manipüle edilmesine, devletlerin kendilerine uygun içtihatları uygulaması ve uygun olmayan içtihatları göz ardı etmesine imkân sağlarsa, söz konusu adımlar insan

---

<sup>16</sup> Bakınız Hükümetin iddialar, sayfa 20.

<sup>17</sup> Dimech Kararı paragraf 68 yukarıda anılan: "Mevcut davada Anayasa Mahkemesi, Mahkeme'nin belirlediği kurallardan ayrılabilir".

<sup>18</sup> Dimech paragraf 68 yukarıda anılan.

<sup>19</sup> Dimech Paragraf 81 yukarıda anılan.



hakların ve temel özgürlüklerin korunduğunu zannettirir; Mahkeme ise akit devletlere tavsiye vermekle görevli bir organ konumuna düşmüş olur<sup>20</sup>.

11. Anayasa Mahkemesi'nin yeni yorumu temelinde sanıklara farklı içtihatların uygulanması için objektif ve makul gerekçe olmaması 6. madde kapsamında görülmüştür; ben yeni, farklı bir durum ortaya çıkmasının 14. Madde kapsamında olduğunu düşünmüyorum. Bundan dolayı ben, Yasallık ilkesinin bertaraf edilmesinin bakılan davada insan haklarının korunması için yeterli olması nedeniyle 6. maddenin ihlaline zaten karar verildiği için 14. Maddeye ilişkin şikâyetin kabul edilemez olduğu yönünde oy kullandım.

12. Büyük Daire Dimech kararında, Anayasa Mahkemesi'nin yeni içtihadının ulusal sistemde ve güçte haklara ilişkin şikâyetlerin yapılması fırsatını ortadan kaldırılması nedeniyle başvurunun Strazburg'a geldiği sonucuna varmıştır<sup>21</sup>. Başka bir anlatımla, anayasal başvuru yolu yararsızdır. Yine, bu kararın 131. paragrafında Daire, Salduz kararındaki ihlali düzeltmek amacıyla, Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak itirazların etkili olabilmesi için onun temyiz başvurusu olarak kabul edilmesi karşısında pozisyon almıştır. Bana öyle geliyor ki, Dimech kararının 68. paragrafı ile Borg kararının 131. paragrafı açıkça birbiriyle çelişmektedir. Dimech kararındaki kötümser yaklaşım neticesinde Borg kararındaki iyimser yaklaşım geri çekilmiştir. Bakılan davada çoğunluğun bilinçli bir şekilde Dimech kararının 68. paragrafını göz ardı etmesi neticesinde iki karar arasındaki tutarsızlık meydana getirilmiştir.

13. Ben 13. maddeye ilişkin şikâyetin kabul edilemez olduğunu sonucuna iki nedenle vardım: ilk olarak, çünkü şikâyetlerinde başvurunun kafası karışık, yani başvuru mahkeme önünde davasının hala devam ettiği yönünde bir iddia ileri sürmüştür; ikincisi, çünkü başvurunun şikâyetleri Hükümete tebliğ edilmemiştir. Başvurunun anayasal başvuru yolunun etkisiz olduğuna ilişkin iddiası Hükümete tebliğ edilmiş olsaydı, bu durumda ben ihlal kararı verebilirdim.

### **Ceza Mahkemesi Sıfatıyla Sulh Mahkemesinde Yargılama Yapan Sulh Hâkiminin Tarafsızlığının Etkisi**

14. Başvurucu, önsoruşturmayı yürüten sulh hakimiyle, Ceza Mahkemesi sıfatıyla Sulh Mahkemesi'ne katılan ve başvurunun suçluluğuna karar veren sulh yargıcının aynı kişi olduğunu iddia etmiştir. Bu senaryoda, Sulh Hâkiminin

---

<sup>20</sup> Loizidou vs. Türkiye ( ilk itirazlar) [BD], no: 15318/ 89, § 75, 23 Mart 1995; Fabris v. Fransa [BD], no: 16574/ 08, 7 Şubat 2013, bakınız benim ayrık görüşüm için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Mahkeme Olarak Rolü.

<sup>21</sup> Dimech kararı paragraf 68, yukarıda anılan.

objektif tarafsızlığı konusunda bir şüphenin meydana geldiğini kabul etmek gerekir<sup>22</sup>, Daire soruşturma hâkiminin sadece araştırmayı yürütmek için bir memur atadığını ve ona yardım edilmesi amacıyla bilirkişi görevlendirdiğini ve ilgili telefon kayıtlarının toplanmasını emrettiğini ancak “herhangi bir son bulgu elde etmediğini (ne de başvuruçunun suçlu olduğuna yönelik bir karar vermediğini)<sup>23</sup>” gerekçe göstererek “davanın kendine özgü koşulları” sebebiyle söz konusu şikâyeti reddetmiştir.

15. Ben Dairenin gerekçesine katılmıyorum<sup>24</sup>. Benim görüşüme göre, tarafsızlıkla ilgili herhangi bir konu doğmamıştır ve Mahkeme, suçluluğa karar vermeyen Ceza Mahkemesi sıfatıyla Sulh Mahkemesi’nde yapılan muhakemeye katılan sulh yargıcıyla ilgili basit nedenler için şikâyet hakkında karar vermek zorunda değildir. Ceza Soruşturma Mahkemesi sıfatıyla Sulh Mahkemesinde bulunan sulh yargıcının görevi ile Ceza Mahkemesi sıfatıyla hareket eden Sulh Mahkemesi’nin yargıçlarının görevini birbiriyile karıştırmamak lazım gelir.

16. Böylece, soruşturmada Ceza Soruşturma Mahkemesi sıfatıyla Sulh Mahkemesi’ne bizzat katılan sulh yargıcının, karara katılım derecesinin değerlendirilmesi gerekli değildir. Bu sulh yargıcının objektif tarafsızlığının değerlendirilmesinde; soruşturma işlemlerinin türü, onun üstlendiği veya soruşturma boyunca aldığı kararlar veya başkaca herhangi bir karar alıp almadığı ya da yargılama üzerinde bir etkisinin olup olmadığı önemli değildir. Yargılamanın soruşturma tamamlanmadan önce başlamış olması da belirleyici değildir.

17. Teorik açıdan ifade etmek gerekirse, sanığın ceza yargılaması sırasında Ceza Soruşturma Mahkemesi sıfatıyla Sulh Mahkemesi’nde görev almış hakimin huzuruna çıkarılması halinde objektif tarafsızlık testi başarısız olur. Ceza Mahkemesi sıfatıyla Sulh Mahkemesi’nin başkanı ile soruşturmaya yürüten sulh yargıcı aynı kişi ise onun objektif tarafsızlığıyla ilgili ciddi bir şüphe doğabilir.

18. Farklı olarak, önsoruşturma aşamasında önsoruşturmacı olarak hareket eden ancak asıl ceza soruşturmasının tekemmülünde görev almayan hâkimin, Ceza Mahkemesi sıfatıyla Sulh Mahkemesi’nde yapılan muhakemeye katılması objektif tarafsızlıkta mutla bir şüphe meydana gelmesine neden olmaz. Bu senaryoda önsoruşturma hakimi tarafından, önyargılı davranıldığı konusunda

---

<sup>22</sup> Bakınız Karar Paragraf 89

<sup>23</sup> Bakınız Karar Paragraf 90

<sup>24</sup> Başvuruçunun, 13 Haziran 2006 tarihli Ceza Mahkemesi kayıtlarında açıkça görüldüğü gibi yargılama sırasında tarafsızlık eksikliğine ilişkin iddiasını geri çekmesi sonucunda ben bile burada çok şüpheli olan bu özel şikâyetin göz ardı edilmesinin başvuruçunun zararına olduğunu düşünmüyorum.

makul bir şüphe uyandırabilecek kararların türü, objektif tarafsızlık testinin esas noktası olacaktır. Örneğin; önsoruşturmada, itham edilmesi konusunda şüpheli hakkında yeterli delil olduğunu düşünerek onun yakalanmasına karar veren sulh yargıcı ( Ceza Kanunu 554. madde), mümkün oldukça ceza muhakemesine katılmamalıdır çünkü bir önceki işlemler sebebiyle yargıcın objektif tarafsızlığı zarar görebilir.

19. Son olarak, Vera Fernandez- Huidoro davası, bakılan dava açısından önem taşımaktadır<sup>25</sup>. Söz konusu davada Mahkeme, İç İşleri Bakanlığı bünyesinde merkezi bir soruşturma yürüten kişinin daha sonra hakim olarak görev alması ve akabinde bekleyen ceza davası soruşturmasını devralması hususunun tarafsızlığa etkisini incelemiştir. Soruşturmayı devralmak amacıyla siyasal makamdan ayrılan hakim, 6. maddenin gerektirdiği tarafsızlık kriterlerini sağlayamamıştır. Bu sebeple Yargıtay ve özellikle de bu mahkemenin Ceza Dairesi yeni bir soruşturmacı hakim atayarak yeniden soruşturma yaptırmış ve söz konusu aykırılığı gidermiştir. Bu işlemler sırasında, soruşturma işlemlerinin birçoğu yeniden yapılmış ve daha sonra birçok yeni ilave tedbirler alınmış ve taraflar hem soruşturma hâkimi önünde hem de Yargıtay'da gerekli olan tüm prosedürlerin sunulduğu duruşmada, daha önce kendisinden alınan ifadeleri serbestçe onaylama ya da inkar etme imkanına sahip olmuştur. Bundan dolayı, İç İşleri Bakanlığının dâhil olduğu yargılamada siyasi sebeplerle tarafsızlıktan yoksun kalınmış, kamu fonları kötü yönetilmiş ve hukuka aykırı olarak hürriyetten yoksun bırakma cezası uygulanmış olsa da, tüm bu durumlar Sözleşmenin 6. maddesinin ihlali-ne karar verilebilmesi için yeterli görülmemiştir. Mahkeme üçe karşı dört oyla Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bakılan davada ne Ceza Soruşturma Mahkemesi sıfatıyla Sulh Mahkemesinde görevli hakimün üzerinde siyasi şüphe ne de onun tarafsızlığına yol açabilecek başkaca bir siyasi görevi bulunmaktadır.

### **Başvurucu Aleyhine Tanıklık Yapan Üçüncü Kişilerin Avukat Yardımından Faydalanmaması**

20. Başvurucu, açık bir şekilde avukat yardımı olmaksızın tanıklardan elde edilen ifadelerin kendisi açısından güvenceli olmadığını şikayet etmiştir. Başvuru sahibinin hukuki yardım eksikliği bulgularını yanlış gerekçelerle göz ardı eden Daire, söz konusu şikayetin esastan incelenmesini gerekli görmemiştir. Benim görüşüme göre durum çok basittir: başvurucu 30 Ekim 2006 yılında savunması

---

<sup>25</sup> Vera Fernandez- Huidoro v. İspanya, no: 74181/ 01, 6 Ocak 2010, karar 83 ve 87 paragraflar civarı.

geri çektiği için onun hakkı ihlal edilmiş olmadı<sup>26</sup>. Her durumda şikayet asılsızdır, soruşturmayı yürüten hakim önünde yeminli olarak ve yargılama sırasında yapılan çapraz sorguyla söz konusu tanık ifadeleri tekrar edilmiştir. Ben de bu gerekçelerle çoğunlukla aynı yönde oy kullandım.

### Sonuç

21. Özetle, Malta Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan Salduz kararının yorumu, “Avrupa kamu düzeninin anayasal enstrümanını<sup>27</sup>” ve onun “mutlak karakterini” ihlal etmiştir<sup>28</sup>. Bakılan davada yanlış olan ve geri çekilen Dimech kararı yinelenmelidir. Dimech kararı hukuki kesinsizliğe kapı açıyorsa; bakılan davadaki karar da o kapıyı genişletmiş olmaktadır. Daire’nin, Mahkeme’nin otoritesini ciddi anlamda zarar veren yanlışlığı doğruya çevirme fırsatı vardı; fakat maalesef bu fırsat elden kaçırıldı. Her ne olursa olsun bu durum, Mahkeme tarafından Sözleşme’nin 6/ 3 – c maddesinin ihlali kararı ışığında, Malta Anayasa Mahkemesi yürüncesini düzeltmeli ve Salduz kararını Sözleşme’ye uygun olarak yorumlamalıdır. Bu davanın amacı için, Mahkeme’nin hem Salduz hem de Yeşil-kaya kararlarında belirttiği gibi, yeniden yargılamanın aykırılığın giderilmesi için tek çözüm olduğu tekrar edilmelidir.

---

<sup>26</sup> Bakınız Karar 14. Paragraf.

<sup>27</sup> Loizidou v. Türkiye ( ilk itirazlar) [BD], yukarıda anılan, § 75.

<sup>28</sup> Bosphorus Hava Yolları, Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. İrlanda, no: 45036/ 98, § 154, 30 Haziran 2015.