

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ ESKİ BEŞİNCİ DAİRE’NİN
PESUKIC / İSVİÇRE KARARI* ****

(6 Aralık 2012, Başvuru No: 25088/07)

Pesukic / İsviçre davasında,

2 Ekim 2012 ve 13 Kasım 2012 tarihlerinde,

Başkan

Dean Spielmann

Yargıçlar

Mark Villiger

Bostjan M. Zupancic,

Ann Power-Forde,

Angelika Nubberger,

Hellen Keller

ve *Daire Yazı İşleri Müdürü* Claudia Westerdiek’in katılımıyla oluşturulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Eski Beşinci Daire), yapılan gizli müzakereler sonrasında 13 Kasım 2012 tarihinde aşağıdaki kararı vermiştir.

USUL

1. İsviçre Konfederasyonu aleyhine açılan (25088/07 no’lu) dava, Karadağ vatandaşı Bay Srdan Pesukic’in (başvuran) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne (AİHM veya Mahkeme) 12 Temmuz 2007 tarihinde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme’nin (Sözleşme) 34. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvurudan ibarettir.

* Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından Türkçe’ye çevrilmiş olup, gayri resmi tercümedir.

** İşbu karar AİHS’nin 44 § 2. maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir. Şekli düzeltmelere tabi olabilir.

2. Başvuran, Zürih'te görev yapan avukat Bay T. Reich tarafından temsil edilmiştir. İsviçre Hükûmeti (Hükûmet) ise kendi görevlisi olan, Federal Adalet Ofisi'nden Bay F. Schürmann tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuran özellikle, kendisi hakkında verilen ceza hükmünün büyük ölçüde gizli bir tanık tarafından verilen ifadeye dayandığını iddia etmiştir.

4. 26 Kasım 2009 tarihinde başvuru Hükûmet'e tebliğ edilmiştir. Ayrıca, davanın esası ve kabul edilebilirliği hakkında birlikte karar verileceği belirtilmiştir (Madde 29 § 1).

5. 4 Aralık 2009 tarihinde yazılı görüş bildirme hakkından haberdar edilen Karadağ Hükûmeti, yargulamalarda yer alacağına dair herhangi bir görüş bildirmemiştir.

OLAY VE OLGULAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

6. Başvuran 1974 doğumludur. İsviçre'nin Regensdorf şehrinde kanton cezaevinde halen tutuklu bulunmaktadır.

7. 15 Ekim 2001 tarihinde, gece yarısından kısa bir süre sonra, N.B Zürih-Schwamendingen'deki postane önünde ensesinden vurularak öldürülmüştür. Başvuranın bu eylemi gerçekleştirdiğinden şüphelenilmektedir.

8. 8 Temmuz ve 21 Ağustos 2002 tarihlerinde Zürih Kantonu'nun savcılık makamı, X'in tanık olarak ifadesini almıştır. X, suç mahallinde bulunduğunu ve yirmi metre öteden başvuranın mağduru ensesinden vurduğunu gördüğünü söylemiştir. Sorgu boyunca, tanık, sorgu hâkimi, polis memuru ve tercüman ayrı bir odada otururken; başvuran, eski suç ortağı Z.L., onların savunma avukatları ve iki nöbetçi polis başka bir odada oturmuştur. Sorgu, ses bağlantısı yoluyla iletilmiş ve tanığın sesi, gizliliğini korumak için bozulmuştur. Sorgunun devamında, savunma avukatına ses bağlantısı yoluyla ek soru sorma imkânı tanınmıştır.

9. Başvuranın savunma avukatı her bir sorgunun başında; tanık sorgusu yöntemlerinin, savunma tarafının haklarının yeterli derecede kullanılmasını engellediğini beyan etmiştir.

10. 29 Ocak 2004 tarihinde X, jüri sistemiyle çalışan Zürih Kanton Mahkemesi önünde sorgulanmıştır. Hâkimler, jüri ve tercüman duruşma odasında tanıkla

birlikte otururken; başvuran, avukatı, tercüman, sivil taraflar, cumhuriyet savcısı ve gazeteciler mahkemenin görüşme odalarından birine alınmıştır. Sorgu, ses bağlantısı yoluyla iletilmiş ve tanınmasını önlemek amacıyla tanığın sesi bozulmuştur.

11. Başvuran ve avukatına X'e ek olarak soru sormaları için imkân tanınmıştır. Ancak X, savunma avukatının önemli olduğunu düşündüğü birkaç soruyu cevaplamayı reddetmiştir. Bunlardan bazıları:

“X neden N.B ile görüşme ayarlamıştır? Olaydan sonra X nasıl davranmıştır? X cesede yaklaşmış mıdır? Polisi beklemiş midir? Uyuşturucu kullanmış mıdır? Başvurana yakın olan birinden korkmakta mıdır? Birileri tarafından somut olarak tehdit edilmiş midir? X başvurana veya Z.L. ile tartışma yaşamış mıdır? X olaydan sonra nereye gitmiştir? Yürümüş müdür araç mı kullanmıştır? Sabıka kaydı var mıdır? İsviçre’de yasal olarak mı ikamet etmektedir? Gözlük takmış mıdır?”

12. 6 Şubat 2004 tarihinde kanton mahkemesi başvuranı adam öldürmekten ve birkaç kez uyuşturucu kaçakçılığı yapmaktan suçlu bulmuş ve on dört yıl dokuz ay hapis cezasına çarptırmıştır. Kanton mahkemesi, X tarafından verilen ifadenin güvenilir ve geçerli olduğu kanaatine varmıştır. Ayrıca, tanığın gizliliğine olanak sağlamak için bütün koşulların yerine getirildiğini belirtmiştir. X’in tanıklık etmesi durumunda hayatının tehlikeye gireceğini, başvurana ve Z.L.’ye yakın olan şahısların intikam almaya hazır olduklarını ve birini öldürmek için tereddüt bile etmeyeceklerini güvenilir ve ikna edici biçimde açıkladığını belirtmiştir. X’in beyanlarına göre, X olayı gören ve tanıklık etmeye cesaret eden tek kişi olmuştur. Bu nedenle X’in misillemelerden korkması anlaşılabilir olarak görülmüştür. Ayrıca başvuranın, hüküm giymesine katkıda bulunan tanıktan intikam alma ve başka ifadeler vermesini engelleme dürtüsünün olduğu açıktı.

13. X’in ifade ettiği korkuları, diğer tanıkların ortaya koyduğu genel görünümle bağdaşmıştır. Diğer tanıklar somut olarak suçlayıcı ifadeler verdiklerinde panik derecesine ulaşan bir endişe hali sergilemişlerdir. Kanton mahkemesi başvuranın çok küçük sebeplerden dolayı bile şiddet ve silah kullanımına sıklıkla başvuru, şiddet dolu bir çevrede yaşadığını gösteren somut deliller bulunduğu kanısına varmıştır. Bununla birlikte, Kanton mahkemesi önünde ifade vermeye hazır olan şahısların ölüm tehditlerine maruz kaldıklarına dair bazı deliller vardır.

14. Kanton mahkemesi, alınan önlemlerin tanık X’in kimliğinin ortaya çıkmasını engellemek için gerekli ve yeterli olduğu kanaatine varmıştır. Kanton

mahkemesi, savunma tarafının haklarına getirilen kısıtlamaları tazmin etmek amacıyla birtakım önlemler almıştır. İlk olarak tanık, bölge savcısı tarafından değil, mahkeme başkanı tarafından sorgulanmıştır. İkinci olarak, X'in kimliği soruşturmadan sorumlu polis memuru tarafından doğrulanmış ve bölge savcısı ile mahkeme başkanına bildirilmiştir.

15. Üçüncü olarak, polis memuru ve bölge savcısı X'in saygınlığı ve güvenilirliği konusunda şahitlik etmişlerdir. Böylelikle X'in sabıka kaydının olmadığı ve uyuşturucu kaçakçılığı olayıyla bağlantısı bulunduğu dair herhangi bir delil olmadığı bilinmekteydi. Ayrıca X'in suça herhangi bir biçimde karıştığına dair bir delil de bulunmamaktaydı. X'in Sırp-Hırvat dilini konuştuğu bilinmekteydi. Buna karşılık, bölge savcısı X'in özel ve profesyonel geçmişi, eğitimi, ailevi durumu ve ikamet durumu hakkında detaylı bilgi vermeyi reddetmiştir. Ancak Kanton mahkemesi, bu bilginin, güvenilirliği değerlendirmek için küçük bir önem arz ettiği ve mevcut bilginin genel olarak tanığın güvenilirliğinin değerlendirilmesi için mahkemeye yeterli zemin oluşturduğu kanısına varmıştır.

16. Kanton mahkemesi ayrıca, X'in bütün mahkeme önünde sorgulandığını ve karar verme sürecine katılan bütün şahısların tanık hakkında ve kendisine sorulan sorulara verdiği yanıtlar hakkında kişisel izlenim edinebildiklerini belirtmiştir. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları uyarınca bir hükmün yalnızca gizli tanık tarafından verilen ifadeye dayandırılmayacağını dikkate almıştır. Savunma tarafının bulunduğu ayrı odadan sorguyu izleyebilmeleri için basına doğrudan izin verilerek, kamuya açık duruşma ilkesine riayet edilmiştir. Kanton mahkemesi, savunma tarafının özlük haklarının korunduğu ve alınan önlemlerin orantılı olduğu kanısına varmıştır.

17. AİHM'nin içtihatlarına istinaden; Kanton mahkemesi, cezai bir hükmün, yalnızca gizli bir tanık tarafından verilen ifadeye dayandırılmaması gerektiği sonucuna varmıştır. Bu nedenle Kanton mahkemesi; eldeki tek kanıtın gizli tanığın ifadesi olması durumunda, gizli tanığın ifadesine istinat edemeyeceğine kanaat getirmiştir. Kanton mahkemesi, tanıklar tarafından verilen ifadelerin güvenilirliğini değerlendirmek amacıyla genel ilkeler belirleyerek incelemesine devam etmiştir. Başvuranın, İsviçre topraklarına ilk olarak Ocak 2002'de girmesinden ötürü -mağdurun öldürülmesinden sonra- suç mahallinde bulunmasının mümkün olmadığını ifade ettiği beyanlarının, çelişkili ve güvenilirlikten yoksun olduğuna kanaat getirmiştir. Buna karşılık Kanton

mahkemesi, başvuranın mağduru vurduğunu gördüğünü söyleyen gizli tanığın verdiği ifadenin güvenilir olduğu görüşüne varmıştır.

18. Kanton mahkemesi ayrıca, başvurunu suçla ilişkilendiren başka kanıtların var olduğunu düşünmüştür. Özellikle, başvuranın Ağustos 2001'den beri Zürih bölgesinde ikamet ettiği, mağduru tanıdığı ve onunla birlikte uyuşturucu kaçakçılığı yaptığına dair tanık ve ikinci derece delil bulunmaktaydı. Mağdurun vurulmasına ilişkin olarak Kanton mahkemesi; olayın gerçekleşmesinden birkaç gün sonra başvuranın Z.L.'ye gelerek, N.B kendisini öldürmeden önce onu öldürdüğünü söylediğini polise güvenilir ve ikna edici bir şekilde beyan eden tanık Z.L. tarafından verilen ifadelerin, büyük ölçüde başvuranın aleyhine olduğu görüşüne varmıştır. Ancak Z.L. bu iddialarını yargılamaları esnasında tekrarlamamış, ne olduğunu hatırlayamadığını beyan etmiştir. Polis soruşturması sırasında Z.L.'nin verdiği ifade, gizli tanığın verdiği ikna edici ifade ve başvuranla tahminen olaydan hemen sonra tanışan bir tanığın verdiği ifade ile desteklenmiştir. Kanton mahkemesi, tüm mevcut delillere dayanarak, N.B.'nin başvuran tarafından vurulduğu konusunda herhangi bir şüphe olmadığını belirtmiştir. Somut fiili gerçek durumlar ışığında Kanton mahkemesi; savcılığın görüşlerini, büyük ölçüde gizli tanık tarafından verilen ifadeye dayandığını düşünmüştür. Resmi gerekçeler nedeniyle, bu durumların dikkate alınmayacağı ve başvuranın lehine, somut durumların kanıtlanmadığının varsayılması gerektiği sonucuna varmıştır. Kanton mahkemesinin görüşüne göre başvuranın yeterli derecede vicdanlılık ile hareket ettiğine dair fiili bir temel bulunmamaktadır. Bu nedenle, suç cinayet olarak nitelendirilmektedir.

19. Başvuran Zürih kantonunun Yargıtay'ına iptal başvurusunda bulunmuştur.

20. Yargıtay 19 Aralık 2005 tarihli kararıyla, kararı bozmuş ve davayı bir alt mahkemeye iade etmiştir. Yargıtay, gizli tanığın gizli oturumda dinlendiğini ve başvuranın avukatının tanığa doğrudan soru sorma fırsatının olmadığını belirtmiştir. Başvuran ya da başvuran avukatı, kişisel bilgileri gizli tutulan tanığı görmemiştir. Yargıtay ayrıca tanığın, savunma tarafının önemli olduğunu düşündüğü bazı soruları yanıtlamayı reddettiğini kaydetmiştir (bkz yukarıda paragraf 11). Yargıtay, mevcut davada gizliliğin kabul edilmesi için hukuki şartların yerine getirilip getirilmediğini sorgulamamıştır ve ilk derece mahkemesinin X'i muhtemel misillemelere karşı korumanın gerekli olduğu yönündeki düşüncesini onaylamıştır.

21. Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca başvuranın hakları hususunda Yargıtay, tanık X'in gizliliğinin devam etmesinin, görülmesinin engellenmesinin ve sesinin bozulmasının savunma tarafının tanıkla yüzleşme hakkına müdahale teşkil ettiği görüşündedir. Savcılığın ve başkan hâkimin tanığın kimliğini bilmesi, dengeleyici bir faktör olarak görülemez. Bütün hâkimlerin karardan sorumlu oldukları ve savunmanın, savcılığın bulgularını davalının açısından incelemekle yükümlü olduğu dikkate alındığında; başkan hâkimin jüri de dâhil olmak üzere mahkemenin diğer üyelerinden daha fazla bilgiye sahip olması ve jürinin de savunmadan daha fazla bilgiye sahip olması problematik bir konu olarak görülmüştür. Savunma en azından tanığın sorgusunda doğrudan yer alma hakkına sahip olsaydı ve tanığın güvenilirliğini değerlendirme imkânına sahip olsaydı yeterli bir dengeleme sağlandığı düşünülebilirdi; ancak bu fırsat mevcut davada savunma tarafına verilmemiştir.

22. Yargıtay, AİHM'nin içtihadına dayanarak (Yargıtay, *Doorson / Hollanda*, 26 Mart 1996, *Karar ve Hüküm Derlemeleri* 1996-II ve *Van Mechelen ve Diğerleri / Hollanda*, 23 Nisan 1997, *Karar ve Hüküm Derlemeleri* 1997-III kararlarına atıfta bulunmuştur); Kanton mahkemesinin iki ayrı sebepten ötürü gizli tanığın ifadesine istinat edemeyeceği kanaatine varmıştır: İlk olarak, AİHM'nin içtihadına göre, başvuranın savunma avukatının gizli tanığın sorgulanması sırasında orada bulunup bulunmadığı veya en azından görsel-işitsel bir bağlantı yoluyla sorguyu izleyebilecek bir durumda olup sorular sorup sormadığı, belirleyici bir faktördür. Durum bu şekilde olmadığı için, tanığın sorgulanma yöntemleri AİHM tarafından belirlenen standartlara uymamış ve Sözleşme'nin 6 § 3 (d) maddesine ters düşmüştür.

23. İkinci olarak Yargıtay, gizli tanığın ifadesinin, AİHM tarafından ortaya konulan “yegâne veya kesin” kurallar anlamında, başvuranın mahkûmiyeti için “kesin” olarak yorumlanıp yorumlanmaması gerektiği hususunu incelemiştir. Gizli tanığın söz konusu suçun doğrudan tek tanığı olduğu, geriye kalan tanıkların yalnızca rivayete dayalı ifade verdikleri belirtilmiştir. Bu nedenle gizli tanığın ifadesinin delil değerlendirmesi ile azımsanamayacak derecede ilgili olduğu açıktı. Diğer dolaylı tanıklar tarafından verilen ifadelerin belirli bir önem taşımaya rağmen, gizli tanık kesin kanıt olarak görülmek zorunda kalmış ve AİHM içtihatları uyarınca, başvuranın suçunu tespit etmek için bu kanıtı değerlendirme ihtimalini saf dışı bırakarak belirleyici olmuştur.

24. 3 Şubat 2006 tarihinde, Zürih kantonunun kıdemli savcısı, Yargıtay kararına karşı iptal başvurusunda bulunmuştur.

25. 2 Kasım 2006 tarihli kararla, Federal Mahkeme, 19 Aralık 2005 tarihli kararı bozmuş ve davayı Yargıtay'a iade etmiştir. Federal Mahkeme, Yargıtay kararının, Ceza Muhakemeleri Usulü Hakkında Federal Kanun'un 249. maddesi uyarınca, kanıtların özgür olarak değerlendirilmesi ilkesine uymadığı kanısına varmıştır (bkz. aşağıda ilgili iç hukuk).

26. Federal Mahkeme, tanığı başvurandan ve başvuranın avukatından saklayarak korumanın gerekli olduğunu doğrulamış ve avukatın tanığın kimliği ile ilgili olarak başvurana bilgi aktarmak gibi bir yasal yükümlülüğü bulunmadığı görüşüne varmıştır. Federal Mahkemeye göre, böyle bir yükümlülük var olmuş olsa dahi, savunma avukatının bu yükümlülüğe riayet etmemesi veya dikkatsizlik sonucu müvekkiline bilgi sızdırması riski kabul edilemez şekilde yüksekti. Federal Mahkeme ayrıca; gizli tanığın ifadesinin, tek başına suçun belirlenmesini destekleyecek kadar yeterli olmayan ancak kuvvetli şüphe tespit ederek suçun tam olarak belirlenmesine katkıda bulunan, diğer delillere elde edilen tabloyu -mozaik taşı gibi- tamamlayabildiği ölçüde dikkate almayı Sözleşme'nin 6. maddesine uygun bulmuştur.

27. Federal Mahkeme ayrıca Kanton mahkemesi tarafından incelenen diğer ifadeleri de gözden geçirmiş ve ayrı olarak alınan bu ifadenin "kuvvetli bir suç şüphesi veya hatta başvuranın suçunu tespit etmek için" yeterli olacağı sonucuna varmıştır. Federal Mahkeme, kanton mahkemesinin tanık X tarafından verilen ifadenin güvenilir olduğunu ve mağdurun 15 Ekim 2001 tarihinde ensesinden vurularak öldürüldüğüne dair bilimsel açıklama ile bağdaştığını düşündüğünü yinelemiştir.

28. Federal Mahkeme gizli tanığın ifadesinin yalnızca, diğer ifadelerden çıkarılan sonuçları güçlendiren mozaığın bir parçası işlevini gördüğü sonucuna varmıştır. Ceza mahkemelerinin bu ifadeyi dikkate almaktan alıkonulmadığı sonucuna varmıştır.

29. 12 Şubat 2007 tarihinde, Yargıtay başvuranın iptal başvurusunu reddetmiştir. 19 Nisan 2007 tarihinde Federal Mahkeme başvuranın itirazını reddetmiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK

30. İlgili tarihte yürürlükte olan, Ceza Muhakemeleri Usulü Hakkında Federal Kanun'un 249. maddesi aşağıdaki şekildedir:

“Mahkeme delilleri değerlendirmekte özgürdür. Delilerin kabul edilebilirliğinde herhangi bir kurala bağlı değildir.”

31. İlgili tarihte yürürlükte olan, Zürih Kantonu'nun Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 131. maddesi şunu öngörmüştür:

“(1) Büyük veya ciddi bir tehlike durumunda, tanıkların veya üçüncü şahısların korunması için özel uygun önlemler alınabilir. Bu, özellikle, muhtemel,

1. kamuyu dışarıda tutmak,
2. kişisel verileri gizli tutmak
3. tanık ile davalı veya üçüncü şahısları yüzleştirmekten kaçınmak,
4. tanığın dış görüşünü ve sesini teknik yollarla değiştirmek mümkündür.

(2) Bu önlemler orantılı olmak zorundadır ve bu önlemlere diğer yollarla yaklaşan tehlikeyi engellemenin imkânsız olması durumunda müsaade edilebilir.”

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. SÖZLEŞMENİN 3. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

32. Başvuran, kendisi hakkında verilen ceza hükmünün büyük ölçüde, başvuranın gerektiği şekilde değerlendiremediği veya duruşma sırasında değerlendirdiği gizli tanık tarafından verilen ifadeye dayandığı hususundan şikâyet etmektedir. Bu durumun aşağıda belirtilen, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. ve 3 (d) fıkralarına aykırı olduğunu iddia etmektedir:

“Herkes davasının, ... kendisine yöneltilen suçlamaların... bir mahkeme tarafından... makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.

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

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

33. Hükümet bu argümana itiraz etmiştir. Ayrıca başvuranın, diğer gizli olmayan tanıklar tarafından verilen ifadelerin özellikleri hususunda, iç hukuk yollarını tüketmediğini ileri sürmüştür.

A. Davanın kabul edilebilirliği hakkında

34. AİHM başvuranın, AİHM önündeki başvurusunda, gizli olmayan tanıkların sorgulanması hususunda, savunma tarafının haklarının kısıtlandığına dair herhangi bir şikâyette bulunmadığını belirtmektedir. Bu hususta Hükümet'in iç hukuk yollarının tüketilmemesine dayanan itirazının reddedilmesi gerektiği sonucuna varmaktadır.

35. Ayrıca AİHM, başvurunun Sözleşme'nin 35 § 3 (a) maddesinin anlamı dâhilinde açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve kabul edilemezlik açısından herhangi bir hususun bulunmadığını altını çizmektedir. Bu nedenle başvuru, kabul edilebilir olarak değerlendirilmelidir.

B. Davanın esası hakkında

1. Başvuranın beyanları

36. Başvuran, Zürih Kanton Mahkemesi tarafından verilen ceza hükmünün büyük ölçüde, gizli tanık X'in verdiği ifadeye dayandığını belirtmiştir. Başvurana göre, kararda atıfta bulunulan diğer ifadeler en fazla, mağdur vurulduğu zaman başvuranın İsviçre'de ikamet ettiğini kanıtlamış; ancak suça konu eylemin koşullarına ilişkin bir sonuç çıkarılmasına olanak tanımamıştır.

37. Başvuran ayrıca, savunma avukatının gizli tanığı gerektiği şekilde sorgulamadığını öne sürmüştür. Özellikle savunma tarafı, ilgili birkaç soruya cevap alarak (bkz. yukarıda paragraf 11) veya doğrudan yüzleşme fırsatına sahip olarak, tanığın güvenilirliğini sorgulamak için yeterli imkâna sahip olamamıştır. Başvuran ayrıca savunma tarafının değil; yalnızca mahkemenin, tanık ifade verirken onu doğrudan gözlemlene imkânına sahip olduğuna işaret etmiştir. Bu durum, AİHM'nin başvuranın Sözleşme'den doğan haklarının ihlalini tespit ettiği *Van Mechelen* (yukarıda belirtilen) kararı ile benzerlik göstermiştir.

38. Başvurana göre, yargılamalar boyunca tanık için gerçek bir tehlike olduğu gerektiği şekilde tespit edilmemiştir. Ayrıca, gizli tanık, gizlilik gerekçelerine ilişkin olarak savunma tarafının sorularına yanıt vermemiştir. Tanığın gizliliğinin

korunması gerekçelendirilmiş olsa dahi, tanığın, savunma tarafının davanın koşulları ve olaylar hakkındaki sorularını yanıtlamasını engelleyen hiçbir gerekçe bulunmamaktaydı. Zürih Kantonu Mahkemesi'nin aldığı önlemler, savunma tarafının haklarındaki kısıtlamaları dengelemekte yetersiz olmuştur. Savunma tarafının haklarına getirilen kısıtlamalar orantısızdır ve başvuranın Sözleşme'den doğan haklarını ihlal etmiştir.

2. Hükûmet'in beyanları

39. Hükûmet, başvuran hakkındaki hükmün büyük ölçüde gizli tanığın verdiği ifadeye dayandığı iddiasına itiraz etmiştir. Federal Mahkeme, 6 Kasım 2006 tarihli kararında, diğer mevcut delillerin değerlendirilmesinden sonra, gizli olmayan tanıkların verdiği ifadelerin en azından, başvuranın masum olduğuna şüphe düşürmeye yeterli olduğu kanısına vardığını belirtmiştir. Ayrıca, gizli tanık X'in ifadesi, mağdurun ensesinden vurularak öldürüldüğüne ilişkin bilimsel delillerle de desteklenmiştir. İfadenin Kanton mahkemesi tarafından tam olarak değerlendirildiğini dikkate alarak, gizli tanık ifadesinin, dolaylı olmasına rağmen, başvuran hakkında haklı bir şüphe yaratmak için hatta başvuranın suçunun tespit edilmesi için yeterli olan diğer delilleri az çok tamamladığı sonucuna varılmıştır.

134

40. Başvuran ve avukatı, tanığı savcılık makamı ve Kanton mahkemesi önünde sorgulama fırsatı bulmuştur. Tanık, Kanton mahkemesi önünde, hâkimlerin, jürinin ve tercümanın bulunduğu ortamda sorgulanmış, ayrıca tanığın kimliği gerektiği şekilde kontrol edilmiş, saygınlığı ve güvenilirliği sabit bulunmuştur. Başvuranın, avukatın, tercümanın, sivil tarafların ve basının ayrı bir odada bulunmalarına rağmen; savunma tarafı, tanığın kimliğine dair herhangi bir bilgi vermesi riskine girmediği sürece, tanığa ek soru sorma imkânına sahip olmuştur.

41. Hükûmet ayrıca, Zürih makamları tarafından alınan önlemlerin, tanığın gizliliğini korumak için gerekli olduğunu belirtmiştir. Makamların emrinde, tanığın gizliliğini korumak amacıyla daha hafif önlemler bulunmamaktaydı. Hükûmet başvuranın tanığı şahsen gördüğünü ve bu nedenle kolayca tanıyabileceğini belirtmiştir. Bunun ışığında, avukatın tanığın kimliğini açığa çıkaracak bazı detaylar hakkında yasal olarak sessiz kalma yükümlülüğü bulunmadığı için, gizli tanıkla savunma tarafının avukatını yüzleştirmek riskli olabilirdi. Böyle bir yükümlülük bulunsa bile, savunma avukatının bu yükümlülüğe riayet etmemesi ve tanığın güvenliğini tehlikeye atması riski olabildiğince yüksekti.

42. Hükümet son olarak, savunma tarafının haklarının, diğer gizli olmayan tanıkların sorgulanması boyunca kısıtlanmadığını öne sürmüştür.

3. AİHM değerlendirmesi

43. AİHM, 6. maddenin 3 (d) fıkrasında düzenlenen güvencelerin, yargılamaların adillığının değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken, 6. maddenin 1. paragrafında belirtilen adil yargılanma hakkının özel yönleri olduğunu yinelemektedir. Buna ek olarak, 6. maddenin 1. fıkrası uyarınca, AİHM'nin temel kaygısı, yargılama faaliyetinin bir bütün olarak adil olup olmadığını tespit etmektir (bkz. *Taxquet / Belçika* [BD], no 926/05, § 84, 16 Kasım 2010, diğer referanslarla birlikte). AİHM bu değerlendirmeyi yaparken, savunma tarafının haklarını, kamunun ve mağdurların çıkarlarını, suçun halen soruşturulduğunu (*Gafgen v. Almanya* [BD], no. 22978/05, § 175, AİHM 2010) ve gerekli olması durumunda, tanıkların haklarını dikkate alarak (bkz. diğerleri arasında, *Doorson / Hollanda*, 26 Mart 1996, § 70, *Karar ve Hüküm Derlemeleri*), yargılamalara bir bütün olarak bakacaktır. Bu bağlamda, delillerin kabul edilebilirliği, ulusal hukuk ve ulusal mahkemelerin görev alanına giren bir düzenleme konusudur ve AİHM'nin tek kaygısı, yargılamaların adil şekilde yürütülüp yürütülmediğini incelemektir (bkz. *Gafgen*, yukarıda alıntılanan, § 162, ve diğer referanslar).

44. Büyük Daire, yakın zamanda, tanığın kamuya açık duruşmaya katılmaması durumunda, uygulanacak olan ilkeleri açıklığa kavuşturmuştur (bkz. *Al-Khawaja ve Tahery / Birleşik Krallık* [BD], no. 26766/05 ve 22228/06, §§ 119-147, 15 Aralık 2011). 6 § 3 (d) maddesinin içeriğine ilişkin olarak, Büyük Daire, sanık hakkında hüküm verilmesinden önce kendisinin aleyhine olan tüm ifadelerin, çekişmeli yargılamanın gerçekleşmesi amacıyla sanığın iştirakiyle kamuya açık bir duruşmada alınması ilkesini benimsediğini açıklamıştır. Bu ilkenin istisnası mümkündür, ancak bunlar, kural olarak, tanık ifade verdiği zaman veya yargılamanın sonraki aşamalarından birinde, sanığa; kendisine karşıt olan bir tanığı sorgulama veya ona itiraz etme imkânının yeterli ve uygun derecede verilmesini gerektiren savunma tarafının haklarını ihlal etmemelidir (bkz. *Al-Khawaja ve Tahery*, yukarıda alıntılanan, § 118 ve *Van Mechelen ve Diğerleri*, yukarıda alıntılanan, § 51). Duruşma salonunda bulunmayan tanıklara ilişkin olarak Büyük Daire, ifadelerin kabulünün adil yargılanma hakkına uygun olup olmadığını belirlemede iki hususu dikkate almaktadır. İlk olarak, tanığın duruşmaya katılmaması için makul bir gerekçe olduğu belirlenmelidir. İkinci

olarak; makul bir gerekçenin olduğu durumda bile, hükmün yalnızca veya büyük ölçüde, sanığın sorgulama imkânına sahip olmadığı bir şahıs tarafından verilen ifadeye dayandırılması durumunda, savunma tarafının hakları 6. maddede belirtilen güvencelere aykırı olarak bir ölçüde sınırlandırılabilir. Bu nedenle, duruşma salonunda bulunmayan tanığın ifadesinin, hükmün dayandığı tek veya belirleyici temel olması durumunda; alınacak olan ifadenin güvenilirliğini adil ve uygun olarak değerlendirmeye imkân tanıyan usuli önlemler de dâhil olmak üzere, yeterli dengeleyici faktörlere ihtiyaç vardır (bkz. *Al-Khawaja ve Tahery*, yukarıda alıntılanan, §§ 119 ve 147).

45. Büyük Daire'nin *Al-Khawaja ve Tahery* kararında da belirttiği üzere, o davada söz konusu olan, duruşma salonunda bulunmayan tanıkların yol açtığı sorunlar veya mevcut davada olduğu gibi, gizli tanıkların yol açtığı sorunlar, ilke olarak farklı değildir (bkz. *Al-Khawaja ve Tahery*, yukarıda alıntılanan, § 127 ve *Ellis, Simms ve Martin / Birleşik Krallık*, no. 46099/06 ve 46699/06, § 78, 10 Nisan 2012). Bu nedenle, mahkeme önünde sözlü olarak ifade vermesi için çağrılan gizli tanıkları içeren yargılamanın adilliyetini değerlendirirken, AİHM ilk olarak tanığın kimliğini gizlemek için makul gerekçeler olup olmadığını incelemelidir. İkinci olarak AİHM, gizli tanık ifadesinin, verilecek hükmün dayandığı tek veya belirleyici temel olup olmadığını değerlendirmelidir. Üçüncü olarak, hükmün büyük ölçüde veya yalnızca gizli tanığın ifadesine dayanması durumunda, AİHM yargılamaları detaylı incelemelere tabi tutmalıdır. Savunma tarafı, sorgulamak istediği şahsın kimliğini bilmemesi durumunda, o şahsın önyargılı, düşman veya güvenilmez olup olmadığını gösterecek detaylardan mahrum kalabilmektedir. Bu hususta AİHM, alınacak olan ifadenin güvenilirliğini adil ve uygun olarak değerlendirmeye imkan tanıyan usuli önlemleri de içeren yeterli dengeleyici faktörlerin bulunmasından emin olmalıdır (bkz. *Al-Khawaja ve Tahery*, yukarıda alıntılanan, § 147, ve *Ellis, Simms ve Martin*, yukarıda alıntılanan, § 78).

46. Gizli tanığın kabul edilmesinin gerekçelerine ilişkin olarak, AİHM, X'in kimliğinin kamuya veya savunma tarafına duyurulmaması kararının, tanıktan ifade alma ihtiyacından ve aynı zamanda başvurandan veya başvurana yakın olan şahıslardan gelebilecek olan misilleme ihtimaline karşı onu korumadan kaynaklandığını gözlemlemektedir. AİHM ayrıca, başvuranın tanık X'i şahsen gördüğünü, söz konusu suçun uyuşturucu ticareti yapılan bir mekânda meydana geldiğini, mahkemenin X'in tanıklık etmesi halinde hayatının tehlikeye gireceğine

dair korkusunun, somut suçlayıcı ifadeler vermeleri gerektiğinde büyük endişe gösteren diğer tanıkların çizdiği tablo ile aynı doğrultuda olduğunu belirtmektedir (yukarıda 12 ve 13. paragraflar). Bu tehditlerin değerlendirilmesinin ihtimal dışı olmamasından dolayı (karşılaştırınız *Doorson*, yukarıda alıntılanan, § 71), AİHM, tanığın kimliğinin gizli tutulması için geçerli gerekçeler olduğunu kabul etmektedir.

47. AİHM'nin görüşüne göre, mevcut dava, *Van Mechelen* davasından ayrı tutulmaktadır. Mechelen davasında gizli tanığın sorgulanmasının mevcut davayla benzer şartlarda gerçekleştirilmesine rağmen AİHM, Hükûmet'in polis memurlarının gizliliğini sürdürmenin neden gerekli olduğunu belirlemede başarısız olduğu kanaatindedir (bkz. *Van Mechelen*, yukarıda alıntılanan, §§ 60, *et sequ*). Aksine, mevcut davada, AİHM'nin tanık X'in gizliliğinin korunması gerekliliğine şüphe düşürecek bir gerekçesi yoktur.

48. X'in tanıklığının başvurana karşı tek veya belirleyici kanıt olup olmadığına bakılacak olursa, AİHM, Kanton mahkemesinin güvenilir ve ikna edici bulduğu X'in ifadesine dayandığını gözlemlemektedir (bkz. yukarıda paragraf 17, *et seq*). Ancak, Kanton mahkemesi X'in ifadesini doğrulayan başka kanıtlara da dayanmıştır. Özellikle, suçun işlendiği tarihte başvuranın Zürih'te ikamet ettiğine, mağduru tanıdığına ve onunla birlikte uyuşturucu ticareti yaptığına dair tanık ve ikinci derece kanıt bulunmaktaydı. Mağdurun vurulması hususunda Kanton mahkemesi, olayın gerçekleşmesinden birkaç gün sonra başvuranın Z.L.'ye gelerek, N.B kendisini öldürmeden önce onu öldürdüğünü söylediğini polise güvenilir ve ikna edici bir şekilde beyan eden tanık Z.L. tarafından verilen ifadelerin; Z.L.'nin bu iddiaları yargulamalar sırasında tekrarlamamasına rağmen, büyük ölçüde başvuranın aleyhine olduğu görüşüne varmıştır. Z.L. tarafından polis sorgusu sırasında verilen ifade, tahminen olaydan hemen sonra başvuranla karşılaşan gizli olmayan tanık tarafından verilen ifadeyle desteklenmiştir. Mevcut tüm deliller dikkate alındığında, Kanton mahkemesi, N.B.'nin başvuran tarafından öldürüldüğü hususunda şüphe bulunmadığı sonucuna varmıştır.

49. AİHM Kanton mahkemesinin, başvuranın suçunu tespit etmek amacıyla gizli tanığın verdiği ifadeye belli bir ölçüde dayandığını gözlemlemektedir. Temyiz mahkemesi de X'in verdiği ifadenin belirleyici olduğunu düşünmüştür. Federal Mahkeme X'in ifadesinin önemini bir bütün olarak ele aldığı anda, ayrı ayrı ele alınan diğer ifadelerin başvuranın suçunu tespit etmekte yeterli olacağı

hususunda kesin bir kaniya varmamıştır. AİHM ayrıca X'in vurulma olayını doğrudan gözlemleyen ve ifade vermeye hazır olan tek kişi olmasına rağmen, Kanton mahkemesinin X'in ifadesini destekleyen diğer ifadelere dayanabildiğini gözlemlemiştir. Bu şartlar göz önüne alındığında, AİHM X'in verdiği ifadenin başvurana karşı olan tek delil olmadığı, ancak başvuranın suçunun belirlenmesinde büyük önem arz ettiği görüşündedir.

50. AİHM'e göre somut olayda, yeterli dengeleyici faktörlerin mevcut olup olmadığını dikkatli bir şekilde incelemek gerekmektedir. AİHM bu bağlamda, yargılamayı yapan mahkemenin, gizli tanığın dinlenmesiyle savunma tarafına uygulanan kısıtlamaları dengelemenin gerekli olduğunu farkında olduğunu belirtmektedir. Yargılamayı yapan mahkeme, savunma tarafının haklarını korumak amacıyla alınan aşağıdaki önlemleri tek tek belirtmiştir. İlk olarak, tanık bölge savcısı tarafından değil, mahkeme başkanı tarafından dinlenmiştir. İkinci olarak, X'in kimliği soruşturmadan sorumlu olan polis memuru tarafından doğrulanmış ve bölge savcısıyla mahkeme başkanına bildirilmiştir. Üçüncü olarak, polis memuru ve bölge savcısı X'in saygınlığı, sabıka kaydı ve güvenilirliği hususlarında tanıklık etmişlerdir. Ayrıca X, bütün mahkeme önünde ifade vermiş; karar verme sürecine dâhil olan herkes tanık hakkında ve sorulan sorulara verdiği cevaplar hakkında kişisel izlenim edinme fırsatına sahip olmuştur. Son olarak, Kanton mahkemesi, o zaman geçerli olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları uyarınca bir hükmün yalnızca gizli tanığın verdiği ifadeye dayandırılmayacağını dikkate almıştır. Sonuç olarak Kanton mahkeme, suçun anlık koşulları hususunda, X'in beyanlarına dayanmamıştır.

51. AİHM ayrıca Federal Mahkeme'nin, başvuranın savunma avukatının gizli tanığın ifadesinin alınması esnasında hazır bulunup bulunamayacağı hususunu dikkatlice araştırmış olduğunu ancak, tanığın kimliğinin başvurana bildirilmesi riskinin kabul edilemez biçimde yüksek olduğu kanaatine vardığını gözlemlemektedir (bkz. yukarıda paragraf 26). Savunma tarafı böylelikle, doğrudan sorgulama yoluyla X'in hal ve hareketlerini gözlemleyememiş ve güvenilirliğini test edememiştir. (**bkz.** *Van Mechelen ve Diğerleri*, yukarıda alıntılanan, § 59 ve *Kostovski / Hollanda*, 20 Kasım 1989, § 42, Seri A no. 166). Öte yandan, başvuranın avukatı ses bağlantısı yoluyla tanığa sorular sorabilmiş, tanık ise kimliğinin ortaya çıkmasını engelleyerek soruları yanıtlamıştır. Kanton Mahkemesi'nin tüm üyeleri tanığın reaksiyonlarını doğrudan gözlemleyebilmişlerdir.

52. Yukarıdaki görüşler ve özellikle yerel mahkemelerin yaptığı dikkatli incelemeler göz önüne alındığında AİHM; savunma tarafının yüzleştiği engellere rağmen, tanık X'in dinlenildiği koşulların Sözleşme'nin 6 § 3 (d) maddesi ile birlikte 6 § 1 maddesini ihlal etmediği sonucuna varılabilecek yeterli dengeleyici faktörler bulunduğu kanısındadır.

53. Bu nedenle, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi ve 6 § 3 (d) maddesi ihlal edilmemiştir.

İŞBU GEREKÇELERLE AİHM OY BİRLİĞİYLE,

1. Başvurunun kabul edilebilir olduğunu *bildirir*;
2. Sözleşme'nin 6 § 3 (d) maddesi ile birlikte 6 § 1 maddesinin ihlal edilmediğine karar verir.

İşbu karar İngilizce olarak hazırlanmış ve AİHM İçtüzüğü'nün 77. maddesinin 2. ve 3. fıkraları uyarınca, 6 Aralık 2012 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Claudia Westerdiek
Yazı İşleri Müdürü

Dean Spielmann
Başkan