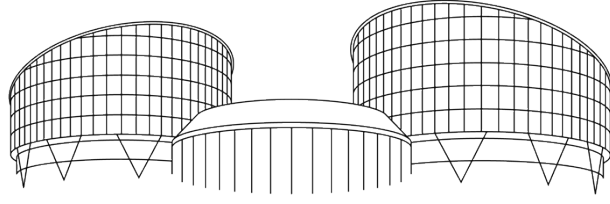


EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

© Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2013. Bu çeviri, Avrupa Konseyi'nin insan haklarına destek Fonu'nun desteğiyle hazırlanmıştır (www.coe.int/humanrightstrustfund). Mahkeme'yi bağlamamaktadır. Daha fazla bilgi için, bu belgenin sonunda bulunan yazarın telif hakkı ile ilgili kısmı okuyabilirsiniz.

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2013. This translation was commissioned with the support of the Human Rights Trust Fund of the Council of Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). It does not bind the Court. For further information see the full copyright at the end of this document.

© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2013. La présente traduction a été effectuée avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). Elle ne lie pas la Cour. Pour plus de renseignements veuillez lire l'indication de copyright/droits d'auteur à la fin du présent document.



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

DÖRDÜNCÜ DAİRE

OTHMAN (ABU QATADA)/BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI

(Başvuru n° 8139/09)

(Bölümler)

KARAR

STRAZBURG

17 Ocak 2012

KESİN

09/05/2012

Bu karar Sözleşme'nin 44 § 2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşir. Şekli düzeltmelere tabi olabilir.

Othman (Abu Qatada)/Birleşik Krallık davasında,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Dördüncü Daire), aşağıdaki üyelerle heyet olarak toplanmış :

Lech Garlicki, *Başkan,*

Nicolas Bratza,

Ljiljana Mijović,

David Thór Björgvinsson,

Ledi Bianku,

Mihai Poalelungi,

Vincent A. de Gaetano, *hakimler,*

ve Lawrence Early, *Daire yazı işleri müdürü,*

13 Aralık 2011 tarihinde müzakkere yaptıktan sonra

Bu tarihte aşağıdaki kararı vermiştir :

USUL

1. Davanın temeli olan başvuru (n° 8139/09), Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı'na karşı bir Ürdün vatandaşı olan Bay Omar Othman (« başvuru ») tarafından 11 Şubat 2009 tarihinde İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin (« Sözleşme ») 34. maddesi uyarınca yapılmıştır.

2. Başvurucu, Londra'da Birnberg Peirce & Partners bürosunda avukat olarak çalışan Av. G. Peirce tarafından temsil edilmiştir. Av. G. Peirce'ye, Bay E. Fitzgerald QC, Bay R. Husain QC ve temsilci olan Bay D. Friedman eşlik etmiştir. Birleşik Krallık Hükümeti (« Hükümet »), Londra'daki Milletler Topluluğu (Commonwealth) ve Dışişleri Bakanlığı'ndaki ajanı (görevlisi) Bayan L. Dauban tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvurucu özellikle Ürdün'e gönderilmesinin kendisini, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olarak gerçek bir işkence riskiyle ve 6. maddeye aykırı olarak açıkça bir adaletin yokluğu (un déni de justice flagrant) ile karşı karşıya bıraktığını iddia etmektedir.

4. 19 Şubat 2009 tarihinde davanın gönderildiği Daire Başkanı, Mahkeme İçtüzüğü'nün 39. maddesini uygulamaya ve Hükümete, tarafların çıkarı ile davanın iyi yürütülmesi amacıyla Mahkeme kararından önce başvurucuyu Ürdün'e göndermemesini belirtmeye karar vermiştir.

19 Mayıs 2009 tarihinde Mahkeme, başvuruyu Hükümete bildirmiştir. Mahkeme ayrıca başvurunun kabuledilebilirliği ile esasına ilişkin incelemeyi beraber yapacağına karar vermiştir (Sözleşme'nin 29 § 1 maddesi).

5. Hem başvuru hem de Hükümet yazılı beyanlarını sunmuşlardır (Mahkeme İçtüzüğü'nün 59 § 1 maddesi). Bununla birlikte Daire Başkanı'nın yazılı prosedüre müdahale etmelerine izin verdiği Uluslararası

Af Örgütü, İnsan Hakları İzleme Komitesi ve JUSTICE kuruluşu tarafından sunulan beyanlar alınmıştır (Sözleşme'nin 36 § 2 maddesi ve İçtüzüğü'nün 44 § 2 maddesi). Taraflar bu beyanlara cevap vermişlerdir (İçtüzüğü'nün 44 § 5 maddesi).

6. 14 Aralık 2010 tarihinde Strazburg İnsan Hakları Sarayında kamuya açık bir duruşma yapılmıştır (İçtüzüğü'nün 59 § 3 maddesi).

Bu duruşmaya :

– *Hükümet adına*

Bayan	L. DAUBAN,	<i>ajan,</i>
Bay	M. BELOFF QC,	
Bayan	R. TAM QC,	
Baylar	T. EICKE,	<i>temsilci,</i>
	N. FUSSELL,	
	A. GLEDHILL,	
	T. KINSELLA,	
	A. RAWSTRON,	<i>danışmanlar ;</i>

– *başvurucu adına*

Bayan	G. PEIRCE,	<i>Avukat,</i>
Baylar	E. FITZGERALD QC,	
	D. FRIEDMAN,	<i>temsilci</i>

katılmıştır.

Mahkeme, Baylar Beloff ve Fitzgerald'ın beyanlarını ve Mahkeme'nin onlara sordukları sorulara verdikleri cevapları dinlemiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

A. Giriş

7. Başvurucu 1960 yılında, o zamanlar Ürdün Krallığı'na bağlı ve Ürdün Krallığı tarafından yönetilen Bethléem'e yakın bir yerde doğmuştur. Pakistan'a gitmek için Ürdün'den kaçtıktan sonra başvurucu, Eylül 1993 tarihinde Birleşik Krallığa gelmiştir ve burada, ilk olarak Mart 1988 tarihinde ve 1990-91 yıllarında Ürdün'de tutuklu kaldığı ve işkence gördüğü

ve ikinci olarak, iki defa ev hapsine maruz kaldığı ve tutuklandığı gerekçesiyle iltica talebinde bulunmuştur ve iltica talebi kabul edilmiştir. 30 Haziran 1994 tarihinde başvurusunun ilticacı statüsünden faydalanmasına karar verilmiştir ve 30 Haziran 1998 tarihine kadar Birleşik Krallık topraklarında kalmasına izin verilmiştir. Alışılmış uygulamalara uygun olarak bakanlık, iltica statüsünün verilmesi ile ilgili kararını gerekçelendirmemiştir.

8. 8 Mayıs 1998 tarihinde başvuru, Birleşik Krallık topraklarında süresiz kalma talebinde bulunmuştur. Makamlar başvurusunun yakalandığı 23 Ekim 2002 tarihinde bu talebi değerlendirmemişlerdir. Başvurucu bu tarihte, suç ve terörizm ile mücadele ve güvenlik ile ilgili 2001 tarihli yasanın hükümlerine göre tutuklanmıştır (*Anti-terrorism, Crime and Security Act*, bkz., *A. ve diğerleri/Birleşik Krallık* [BD] davası, n° 3455/05, § 90, CEDH 2009). Bu yasa Mart 2005 tarihinde kaldırıldığı zaman, başvuru şartlı olarak tahliye edilmiştir ve terörizmin önlenmesi ile ilgili 2005 tarihli yasaya göre adli kontrol altına alınmasına karar verilmiştir (*Prevention of Terrorism Act, ibidem*, §§ 83-84). 11 Ağustos 2005 tarihinde, başvurusunun adli kontrol ile ilgili karara yaptığı itiraz devam ederken bakanlık, başvurucuya kendisini sınırdışı etme niyetini tebliğ etmiştir (aşağıdaki paragraf 25).

B. Başvurucunun daha önce Ürdün’de maruz kaldığı cezai prosedürler

1. Reform ve Amaç (Réforme et Défi) örgütü davası

9. Nisan 1999 tarihinde, « *Reform ve Amaç örgütü* » olarak bilinen davanın sonucunda başvuru, yokluğunda *in absentia* yapılan yargılama sonucunda, bombalı saldırılar düzenleme amacıyla olan bir suç örgütüne üye olmaktan dolayı suçlu bulunmuştur.

10. Dava, 1998 tarihinde Amman’da Amerikan okuluna ve Jérusalem Oteline karşı yapılan bombalı saldırılar ile ilgiliydi. Terörist gruba ait olmaktan dolayı başka mahkumiyet kararları da verilmiştir ama daha sonra, genel af kapsamında bu mahkumiyetler kaldırılmıştır. Başvurucu, ömür boyu zorla çalıştırma cezasına çarptırılmıştır.

11. Dava sırasında tanıklardan biri olan Mohamed Al-Jeramaine, bombalı saldırıların kendisi tarafından yapıldığını ve diğer sanıklar tarafından yapılmadığını itiraf etmiştir. Ancak davayı inceleyen Devlet Güvenlik Mahkemesi, bu tanığın beyanları ile olaylar arasında çelişkiler olduğunu (örneğin kullanılan patlayıcı maddelerin niteliği bu şahsın beyanları ile örtüşmemektedir) ve bazı teknik unsurların bu itirafların gerçeği yansıtmadığını belirtmiştir. Bay Al-Jeramaine daha sonra, başka bir davada adam öldürmeden dolayı suçlu bulunduktan sonra infaz edilmiştir.

12. Başvurucu, kendi hakkındaki suçlamaların esasen kendisi ile birlikte suçlanan sanıklardan biri olan Abdul Nasser Al-Hamasher'in (takma adla Al-Khamayseh) beyanlarına dayandığını savunmaktadır. Savcıya yaptığı itiraflarda bu şahıs gerçekten de, başvurucunun söz konusu saldırıları yapması konusunda kendisini tahrik ettiğini ve başvurucunun saldırılardan sonra grubu tebrik ettiğini beyan etmiştir.

13. Bay Al-Hamasher ve diğer birçok sanık, Devlet Güvenlik Mahkemesi önünde yapılan prosedür kapsamında, Ürdün Gizli Servis Teşkilatına (« la DGR ») bağlı ajanlar tarafından işkenceye maruz kaldıklarından şikayet etmişlerdir. Ordu ile birlikte gizli servis Teşkilatı, ulusal alanda güvenliğin korunması ve devlet güvenliğine yapılan saldırıları önlemekle sorumludur. Bu şahıslara göre, kendilerinin işkence edildiği sırada savcı, onların beyanlarını almıştır.

14. Davada avukatlar, doktorlar ve sanıkların yakınları, sanıklar üzerinde işkence izleri gördükleri konusunda tanıklıkta bulunmuşlardır. Ancak Devlet Güvenlik Mahkemesi, sanıkların işkence gördüklerine dair beyanlarını ispatlamadıkları sonucuna varmıştır.

15. Yargıtay'a başvurulmuştur ve Yargıtay defalarca davayı Devlet Güvenlik Mahkemesi önüne geri göndermiştir. Ancak başvuru yokluğunda *in absentia* mahkum edildiği için, kendi adına herhangi bir başvuru yapılmamıştır. Ayrıca başvurucunun kendisi ile birlikte yargılanan diğer sanıklar tarafından yapılan başvurular, mahkumiyet kararlarının onanması ile sonuçlanmıştır. İfadelerin savcı tarafından alındığı ve dolayısıyla, savcının bu delilleri yeterli görmesi ve mahkemenin de bunu kabul etmesi durumunda, bu delillerin ilgili şahısların mahkumiyeti için yeterli delil sayıldığı gerekçe olarak öne sürülmüştür. Yargıtay özellikle, kendi önünde ileri sürülen argümanlardan farklı olarak, bu davada sanıkların kendi iradeleriyle itirafta bulunup bulunmadıklarını ispatlama görevinin savcıya ait olmadığını, çünkü ifadeler savcının kendisi tarafından alınmadığı zaman bu durumun söz konusu olabileceğini belirtmiştir. Ancak Yargıtay'a göre, söz konusu itiraflar gerçektir çünkü, bu itirafların parasal veya ahlaki bir baskı altında alındıklarını gösteren hiçbir durum bulunmamaktadır.

16. Sonrasında savcı tarafından alınan itirafların, sanıkların kendileri ve aileleri üzerinde, kendileri DGR'de tutuklu iken, yapılan baskı ile alındığı konusundaki iddiaları inceleyen Yargıtay, soruşturmacıların bu davranışlarının Ürdün yasalarına aykırı olduğunu ve cezayı gerektirdiğini belirtmiştir. Ancak Yargıtay'a göre, iddiaların doğru olduğu kabul edilse bile, savcı tarafından alınan beyanların geçersiz olmasının (olabilmesi için), ancak şahıslar üzerinde olayları kabul etmeleri için yasaya aykırı olarak yapılan baskının sonucunda verildiğinin ispatlanması ile mümkün olmaktadır. Ancak Yargıtay'a göre, sanıklar bu davada kendi iddialarının gerçekliğini ispatlamak için delil öne sürmemiştir.

17. Bu dava sonucunda başvuruçunun mahkum edilmesinden sonra Ürdün, Birleşik Krallık'tan başvuruçunun iadesini talep etmiştir. Ancak Ürdün, bu talebini 2000 yılının başlarında geri çekmiştir.

2. *Milenyum komplosu davası*

18. 2000 yılının sonbaharında, başvuruçusu Ürdün'de yeniden gıyaben yargılanmıştır; bu defa 2000 yılına geçme aşamasında batı ve İsrail hedeflerine karşı bombalı saldırı yapma amacıyla olan bir suç örgütü ile ilgili olan « *milenyum komplosu* » olarak bilinen davada yargılanmıştır. Bu saldırı projesi etkisiz hale getirilmiştir. Başvuruçusu bir bilgisayar alımını finanse etmekten ve kendisi gibi bu davada yargılanan sanıklardan birinin (Abu Hawsher) evinde bulunan başvuruçuya ait yazılarla, terörist eylemler yapmaya teşvik etmekten suçlanmaktadır. Başvuruçusu, mahkeme önünde bu davada aleyhine olan asıl delilin Abu Hawsher'in tanıklığı olduğunu savunmaktadır.

19. Bu dava sonucunda sanıkların çoğu, suçlamaların çoğundan mahkum edilmişlerdir; ancak bazıları tamamen veya kısmen beraat etmiştir. Başvuruçusu onbeş sene zorla çalıştırma cezasına mahkum edilmiştir. Abu Hawsher dahil olmak üzere diğer sanıklar idam cezasına mahkum edilmişlerdir. Görünüşe bakılırsa Abu Hawsher dahil olmak üzere bazı sanıklar mahkumiyetlerine karşı Yargıtay'a başvurmuşlardır ve sorgulamaları sırasında elli gün boyunca işkence gördüklerini ve bir avukat yardımından faydalanamadıklarını öne sürmüşlerdir. Yargıtay bu son iddiayı reddetmiştir ve ifade tutanaklarında her sanığın avukat huzurunda konuşma hakkı olduğunu kendisine belirtildiğini ifade etmiştir. Başvuruçuya göre Yargıtay, DGR'nin elinde bulunan kötü muamele iddialarının temelden yoksun olduğunu çünkü, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin DGR tarafından toplanan itiraflara dayanmadığını ama savcı tarafından toplanan delillere dayanmıştır. Abu Hawsher halen idam cezası riski altında bulunmaktadır.

20. Mültecilikle ilgili Başvurular Özel Komisyonu'nun (*United Kingdom Special Immigration Appeals Commission*, « SIAC » olarak anılacaktır) her dava ile ilgili öne sürülen sonuçları aşağıdaki 45. paragrafta sunulmuştur. SIAC'ın sonuçlarını açıklamasından sonra ortaya çıkan ve Mahkeme'ye sunulan yeni deliller 94 ile 105. paragraflar arasında özetlenmiştir [bkz., Hudoc üzerinde İngilizce olan kararın tam versiyonu].

C. Birleşik Krallık ile Ürdün arasında yapılan mutabakat belgesinin sonucu

21. Ekim 2001 tarihinde Milletler Topluluğu (Commonwealth) ve Dışişleri Bakanlığı, Sözleşme'nin 3. maddesinin terörizmden şüphelenilen şahısların Ürdün'e gönderilmesini imkansız hale getirdiği konusunda Birleşik Krallık Hükümeti'ni bilgilendirmiştir. Mart 2003 tarihinde

Hükümet'in bu iade ile ilgili engelleri ortadan kaldırma yöntemi konusunu düşünmesinden sonra Bakanlık, 2001 yılının Ekim ayında verdiği görüşün hala geçerli olduğunu ancak ilgili devletlerin, şahısların Birleşik Krallığın yükümlülüklerine uygun bir şekilde muamele göreceklere dair güvenceler verip veremedikleri noktasını incelediğini belirtmiştir. Mart 2003 tarihinde Dışişleri Bakanlığı, bir mutabakat belgesi ile gidilecek ülkelerden belirli ve güvenilir güvenceler alınması konusunda yapılacak girişimin ilgili şahısların bu devletlerin makamlarına teslim edilmesine imkan verebileceğini kabul etmiştir.

22. Kasım 2003 tarihinde Amman'daki Birleşik Krallık Büyükelçiliği, Ürdün Hükümeti ile muhtemel bir mutabakat belgesi yapma konusunda talimat almıştır. Şubat 2005 tarihinde, bir taraftan Birleşik Krallık ile Ürdün Kralı arasında ve diğer taraftan Birleşik Krallık Dışişleri Bakanlığı ile Ürdün Dışişleri Bakanlığı arasında yapılan görüşmelerden sonra her iki devlet bir mutabakat belgesi imzalamaya karar vermişlerdir.

23. Ek görüşmeler 2005 yılının Haziran ayında yapılmıştır ve mutabakat belgesi aynı senenin 10 Ağustos tarihinde imzalanmıştır. Bu belge, bir şahsın bir devlet tarafından diğer devlete iadesi durumunda insan hakları ile ilgili uluslararası normlara saygı duyulacağı konusunda güvencelerin tümünü açıklamaktadır (aşağıdaki paragraf 76). Aynı gün Amman'da Dışişleri ile ilgilenen şahsın, Ürdün İçişleri Bakanlığı'nın dikkatine yazdığı mektup gönderilmiştir ; bu mektupta Ürdün Hükümeti'nin idam cezasını bir şahsa olaydan olaya farklı olarak uygulayacağı konusundaki tavrı not edilmiştir. Başvurucunun iadesi durumunda muhtemel yeni bir yargılama ile ilgili başvurucuyu ilgilendiren başka sorular da sorulmuştur; bu sorulara Ürdün Dışişleri Bakanlığı'nın hukuk danışmanı Mayıs 2006 yılında cevap vermiştir.

24. Mutabakat belgesi ayrıca, kullanılan ifadelerle göre taraf devletin makamlarına iade edilen herkesin, Birleşik Krallık ve Ürdün Hükümeti tarafından birlikte tayin edilen bağımsız bir kurumla ilişkiye girebilme ihtimalini ve bu organın hızlı ve düzenli bir şekilde iade edilen şahsın ziyaretine gelebileceğini öngörmüştür. 24 Ekim 2005 tarihinde, Adaleh İnsan Hakları Araştırma Merkezi (« Adaleh Merkezi »), Birleşik Krallık ile bir anlaşma imzalamıştır ve bu anlaşmaya göre Merkez, kontrol kurumu olarak atanmıştır. 13 Şubat 2006 tarihinde görev kabul edilmiştir (aşağıdaki paragraf 80).

D. Başvurucunun iadesine karşı kendisi tarafından yapılan başvuru

25. 11 Ağustos 2005 tarihinde, yani mutabakat belgesinin imzalanmasından bir gün sonra, Bakanlık başvurucuya, kendisini iade etme niyetinin olduğunu tebliğ etmiştir. Başvurucu bu karara karşı SIAC'a başvurmuş ve özellikle bu kararın Sözleşme'nin 2, 3, 5 ve 6. maddeleriyle uyumsuz olduğunu savunmuştur. Daha önceki iltica talebine dayanan

başvurucu, kendisinin tanınmışlığından dolayı Ürdün makamlarının kendi durumuyla yakından ilgilendiğini ve kendisinin onlara teslim edilmesi durumunda, yokluğunda mahkumiyet kararları verilen suçlar için de yargılanacağını savunmuştur. Başvurucu bu nedenle, aşırı şekilde uzun bir şekilde tutuklamaya maruz kalacağını (5. maddenin ihlali) ve sonrasında mahkumiyet durumunda çok ağır bir hapis cezasına maruz kalacağını iddia etmiştir. Başvurucuya göre, tüm bu unsurlar, gerek kendisinin tutukluluğu sırasında ve gerekse mahkumiyetinden sonra, kendisinden itiraf veya başka bilgiler almak için işkenceye maruz kalma riski altına sokmaktadır. Başvurucu ayrıca idam cezasına çarptırılma veya başka ülkelere, örnek olarak Amerika Birleşik Devletleri'ne, gönderilme riski altında olduğunu ifade etmiştir. 6. madde anlamında başvuru, orada yargılanacağı yeni davanın, açıkça adil olmayacağını çünkü bir taraftan askeri yargı organı olan Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin yürütme organından bağımsız olmadığını ve diğer taraftan kendisine, bu mahkemenin diğer sanıklara veya başka tutuklulara işkence yapılarak elde edilen beyanları delil olarak kabul etme gerçek riskinin olduğunu iddia etmiştir.

1. SIAC önündeki prosedür

a) SIAC önündeki prosedürün yürütülmesi ve SIAC'ın ulusal güvenlik ile ilgili vardığı sonuç

26. SIAC başvurusunun başvurusunu, 26 Şubat 2007 tarihinde iki farklı seansta inceleyerek reddetmiştir : bir taraftan bakanlığın tezi ve dosyaya konulan bazı unsurların başvurusunun ve temsilcilerinin huzurunda sunulduğu « açık seanslar » ve diğer taraftan, Bakanlık tarafından dosyaya sunulan ve başvurucuya güvenlik nedeniyle bildirilmeyen unsurların incelendiği « kapalı seanslar » (...). Dolayısıyla SIAC, mutabakat belgesinin süreci, bu mutabakatın nasıl işkence riskini azalttığı ve Birleşik Krallık için başvurusunun ulusal güvenliği nasıl tehdit ettiği ile ilgili hükümleri (« gizli unsurlar ») kapalı bir seansta dinlemiştir. Ne başvuru ne de temsilcileri kapalı seansa katılamamaktaydılar ama, savunmanın çıkarları özel avukatlar aracılığıyla temsil edilmiştir. Sonuç olarak SIAC, halk tarafından görülebilecek « gizli olmayan bir karar » ve sadece Bakanlık ile özel avukatlara tebliğ edilen « gizli bir karar » vermiştir.

27. SIAC, başvurusunun iadesinin ulusal güvenlik için gerekli olup olmadığını incelerken, Bakanlık tarafından öne sürülen unsurların « tamamen yerinde » olduğunu çünkü, başvurusunun teröristler tarafından dini yol gösterici olarak kabul edildiğini ve başvurusunun fikirlerinin şiddet eylemlerini meşru kıldığını ifade etmiştir. SIAC, başvurusunun Ürdün'de hakkında verilen giyabi mahkumiyet kararlarının hiçbirini dikkate almamıştır. Hükümet öncelikle bu mahkumiyetleri kendi tezine dayanak olarak kullanmıştır ama, « pragmatik » olarak kabul edilecek bir yaklaşımla sonradan Hükümet, işkence ile elde edilme ihtimali olan unsurlara

dayanmaktan vazgeçmiştir. Mahkumiyet kararlarının gerçekte işkence ile alınan delillere dayanıp dayanmadığının araştırmasının gerekli olmaması için bu yöntem uygulanmıştır. Bu yaklaşım Lordlar Kamarası'nın içtihadından çıkmaktadır (*A ve diğerleri* (n° 2), bkz., aşağıdaki paragraflar 136 ve 137).

28. SIAC sonrasında, Birleşik Krallık'ta yüksek bir diplomat olan Bay Mark Oakden dahil olmak üzere değişik kaynaklardan gelen beyanları incelemiştir. Bay Mark Oakden, mutabakat belgesinin sonuçlanması ile ilgili yapılan görüşmeler, Adaleh Merkezi ile imzalanan anlaşma ve başvurucunun Ürdün'de maruz kalacağı risk konusunda beyanlarda bulunmuştur. Başvurucu adına SIAC, Ürdün rejimi ile ilgili üç akademisyenin beyanlarını ve Arap kökenli bir *avukat* olan ve daha önceki iki dava ile ilgili Ürdün'e giden ve orada araştırmalar yapan ve özellikle sanıklar ve avukatları ile görüşen Bayan Rana Refahi'yi dinlemiştir. Son olarak SIAC, Amerikan Hükümeti'nin başvuru ile ilgilenmesi konusundaki çıkarı ve bir Ürdün vatandaşının Ürdün'den olağanüstü iade (*extraordinary rendition*) yoluyla Amerikan makamlarına verilmesi iddiası ilgili unsurları incelemiştir.

b) SIAC'ın mutabakat belgesi ile ilgili vardığı sonuçlar

29. SIAC, *Chahal/Birleşik Krallık* (15 Kasım 1996, *Kararlar Dergisi* 1996-V) ve *Mamatkoulov ve Askarov/Türkiye* ([BD], n°s 46827/99 ve 46951/99, CEDH 2005-I) davalarında verilen kararların, makamların üçüncü bir devlet tarafından verilen güvencelere meşru bir şekilde güvenebileceklerini, ama buna biçilecek değer her davanın şartlarına bağlı olduğunu gösterdiğini belirtmiştir. SIAC, bir devletin kendi doğal hukukundan farklı bir şekilde davranacağı taahhüdünde bulunduğu bir güvenceye güvenmek ile, devletin kendi hukukunda öngörülen ama pratikte her zaman tamamen uygulanmayan kurallara saygılı olacağı taahhüdünde bulunması için verilen güvenceye güvenmek arasında fark olduğunu ifade etmiştir. İsveç makamları tarafından bir Mısır vatandaşının, Mısır tarafından güvence verilmesinden sonra iade edilmesi ile ilgili Birleşmiş Milletler İşkenceye karşı Komite'nin (« İşkenceye karşı Komite ») bir kararına (*Agiza/İsveç*, bkz., aşağıdaki paragraf 147) atıf yapan SIAC, aşağıdaki beyanlarda bulunmuştur :

« Agiza davası, deklarasyonlara ve bir diplomatik kontrole basit bir şekilde güvenmenin tehlikesini açıkça göstermektedir. Bu davada İsveç makamlarını uyaran belirtiler, özellikle de bunların bir yabancı gizli servise biçtikleri rol daha önceden de bulunmaktaydı. Ancak bu dava ile halihazırda incelenen dava arasında esaslı olarak nitelendirdiğimiz farklılıklar olduğunu kaydetmekteyiz : Birleşik Krallık ile Ürdün'ü bir araya getiren ve İsveç ve Mısır arasındaki ilişkilerde olmayan ikili ilişkilerin gücü, süresi ve derinliği, mutabakat belgesi ile ilgili görüşmelerin yapılma şekli, bu görüşmelere diplomatlar tarafından verilen değer, [başvurucu], Ürdün ve mutabakat belgesi olmadan her aşamada varolan risk derecesi ile ilgili şartlar, özellikle tutuklamanın ilk aşaması ve DGR tarafından normalde işkence yapılma riskinin

olduğu ve Mısır'da Bay Agiza'nın muhtemelen işkence gördüğü dönem ve son olarak durumu kontrol ile görevli şahısların bu ilk aşamalarda [başvurucuyu] görmeyi talep etmesi ve, kanaatimize göre, görmesi. İsveçliler, Bay Agiza'yı görmeyi talep etmenin Mısırlılara karşı bir güven eksikliği olarak değerlendirileceği duygusuna sahiptiler; ancak tam tersine bu engel, hem Birleşik Krallık makamlarında hem de [Adaleh] Merkezi üyelerinde veya Ürdün makamlarında bulunmamaktadır. [İşkenceye karşı Komite'deki] kaygıların kaynağı olan Agiza davasının bir başka yönü, ilgili şahsın davası ile ilgili olarak ulusal bir yargı organı tarafından verilen kesin bir karar olmadan sınırdışı edilmesi idi. Burada bu durum söz konusu değildir. »

30. Bu davada SIAC, Ürdün'ün politik durumunun ve kendi kaygılarını dile getirmek için her ne kadar sınırlı da olsa hükümet dışı organizasyonların (NGO), basın ve parlamentonun faydalandığı özgürlüğün başvuru için varolan riskleri düşürdüğü kanaatine varmıştır. Buna ek olarak SIAC, bir taraftan mutabakat belgesine göre Ürdün'ün kabul ettiği kontrol derecesinin, makamların bu belgenin hem ruhuna hem de lafzına uygun hareket edeceklerini gösterdiği ve diğer taraftan, bu belgenin gerçekten de ihlal edilmemesi için her iki ülkenin çıkarı olduğu görüşündedir : Birleşik Krallık ve Ürdün arasındaki diplomatik ilişkiler eskiye ve dostluğa dayanmaktadır ve bu ilişkiler, kendi sözünü yerine getirmeme konusunda oluşan bakış açılarını yok etme açısından Ürdün için önemlidir. SIAC'a göre terörizmle mücadele konusunda her iki ülkenin işbirliği yapmaya devam etme konusunda çıkarları bulunmaktadır ; Birleşik Krallık gerçekten de, yabancı ülkenin vatandaşlarını, onların 3. maddedeki haklarına zarar vermeden iade edebilmeyi arzu etmektedir ve bu dava gibi medyatik bir davada böyle bir eksiklik, bu ihtimal için ciddi bir engel oluşturacaktır. Dolayısıyla SIAC, bu kaygının mutabakatın muhtemel ihlali ile ilgili soruşturma yapılması için ek bir motivasyon oluşturduğunu düşünmektedir. Her ne kadar bu belge, böyle bir soruşturma durumunda hangi tedbirlerin alınacağını belirtmese de SIAC, Bay Oakden'in beyanına değer vermiştir ; bu beyana göre Ürdün Hükümeti'nin diplomatik taleplere cevap verme konusundaki her türlü ihmali « diplomatik ve bakanlar arası ateşli iletişim ve reaksiyona » neden olacaktır.

31. SIAC, mutabakat belgesinin ve kontrol ile ilgili hükümlerin bazı noktalarda zayıf olduğunu kabul etmiştir : en kısa zamanda avukata ulaşma, sorguların kayıt altına alınması, tıbbi muayenelerin bağımsız bir meslek mensubu tarafından yerine getirilmesi ve gizli yerlerde tutulma yasağı gibi birçok güvence, bu belgede açıkça belirtilmemiştir. Ancak SIAC, bu korumaların çoğunun yerine getirildiğini çünkü, her ne kadar aldığı görev icabı Adaleh Merkezi tarafından başvurunun ziyaret edilmesi ile ilgili taleplerin her zaman yerine getirileceği konusunda hiçbir güvence olmasa da, böyle bir ziyaretin reddedilmesinin çok hızlı bir şekilde halka iletileceğini ve diğer taraftan, Merkezin bir temsilcisinin başvuru tutuklamanın ilk dönemlerinde haftada üç defa ziyaret etmesi gerektiğini belirtmiştir. SIAC ayrıca, DGR'nin ve Ürdün Hükümeti'nin ziyaret talebinin reddedilmesi durumunda Birleşik Krallık tarafından yapılacak tüm

müdahalelere hızlı bir şekilde cevap vereceklerini düşünmektedir. SIAC, Birleşmiş Milletler özel raportörünün Haziran 2006 yılında DGR'nin binalarına girmesi talebinin reddedilmesini « şaşırtıcı » bulmuştur. Kaldı ki, daha önceden raportörün buralara serbestçe girmesi kabul edilmişti. SIAC, dinlediği tanıkların beyanlarına göre, başvurunun DGR mensupları tarafından kötü muameleye maruz kalacağı konusunda gerçekten de herhangi bir risk bulunmadığını belirtmektedir. SIAC ayrıca Adaleh Merkezinin « tecrübesizliği ve mütevazı büyüklüğü » de (bu amaç Merkez için yenidir, kendisinin de kabul ettiği gibi kendi üyeleri arasında bu konuda uzman bulunmamaktadır ve Merkez, insan ve ekonomik kaynakları sınırlı olan yeni bir kurumdur) bir zayıflık oluşturmaktadır. Ama, SIAC bunun bertaraf edilebileceğini çünkü, masrafların Birleşik Krallık tarafından karşılanacağını ve bu durumun önemli olan kontrol ziyaretlerinin yapılması durumunda bile söz konusu olduğunu belirtmiştir : dolayısıyla bu ziyaretler herhangi bir değer kaybı olmadan, uzman olmayan şahıslar tarafından da yerine getirilebilmektedir.

c) SIAC'ın Sözleşme'nin 3. maddesi ile ilgili vardığı sonuçlar

32. Birleşik Krallık Hükümeti'nin, varolan unsurlardan çıkan, Ürdün'deki insan haklarının durumu konusundaki genel eğilime itirazı olmadığını ve Hükümet'in özel tedbirler öngören mutabakat metni imzalamadan başvurunun, uluslararası yükümlülüklerine uygun olarak Ürdün'e iade edilemeyeceğini kabul ettiğini gözlemleyen SIAC, ülkedeki insan hakları ihlalleri durumunun başvurunun maruz kaldığı riskin ölçülmesinde dikkate alınması gereken unsurlar olduğunu belirtmiştir. SIAC başvurunun Ürdün makamlarına muhtemel iadesinden sonra meydana gelecek olaylara göre bu riskin incelenmesinin önemli olduğunu ifade etmiştir. SIAC, mutabakatın belki de her risk için gerekli olmadığı ama, ek bir koruma oluşturduğu sonucuna varmıştır.

33. Dolayısıyla SIAC, başvurunun iade edilmesinden sonraki olayları gözönünde bulundurmıştır : iadesinden sonra başvuru, DGR tarafından tutuklanacak ve yokluğunda mahkum olduğu iki dava kapsamında suçlandığı suçlardan dolayı yeniden yargılanacaktır ; başvurucuya tutulma yerine kadar Adaleh Merkezi'nin bir temsilcisi eşlik edecektir ve bir doktor tarafından muayene edilecektir ; DGR, davada kullanacağı itiraflar ve gizli servis ile ilgili genel bilgiler elde etmek için başvurucuyu sorguya çekecektir ama, DGR'nin başvurucuyu başka suçlardan sorguya çekmesi tamamen şüphelidir çünkü başvurunun başka suçtan dolayı suçlandığını gösteren hiçbir durum bulunmamaktadır ; son olarak Amerika Birleşik Devletleri muhtemelen, başvurunun Ürdün'e varmasından sonra kendisini sorguya çekmeyi talep edecektir ama, yeni davadan önce 3. maddenin ihlal edilmesi için gerçek bir risk bulunmamaktadır.

34. SIAC, DGR tarafından tutulan « normal aşırı islamcılar », haklarında dava açılmadan önce işkence ve kötü muamele riski ile karşı

karşıya kaldıklarını kabul etmiştir. Bu muameleler bu ülkede toplu bir şekilde uzun bir süreden beri yapılmaktadır ; bu uygulamalar uluslararası gözlem altında olan DGR'nin cezasızlığı ortamında yapılmaktadır ; ancak SIAC, başvurunun tanınmışlığı ile korunacağını çünkü özellikle Adaleh Merkezi'nin « kendi kapasitesini ispatlamayı istediğini » ve başvurunun diğer ONG'lerin gözlemi altında olacağını düşünmektedir : dolayısıyla tüm bu unsurlar DGR tarafından, son dakikalarda erişim hakkı, başvurunun kendi durumuyla ilgilenen şahısları görmek istememesi veya herhangi bir ön bilgi vermeden başvurunun başka bir yere nakledilmesi gibi taktiklerin kullanılması için varolan tüm riskleri ortadan kaldırmaktadır. Aynı şekilde SIAC Adaleh Merkezi'nin ziyaretlerinin başvurunun saklanmasını engelleyeceğini belirtmiştir.

35. SIAC ayrıca, mutabakat belgesinin başvuru, işkence yapanlara toleras tanınması ve onların cezasız kalmasına karşı DGR'nin en üst seviyesindeki hiyerarşi nezdinde koruduğunu belirtmektedir. Bu mutabakat belgesinin ve öngörülen kontrol mekanizmalarının Ürdün yüksek makamlarının (mutabakat politik güç ve Ürdün Kralı tarafından kabul edilmiştir) desteğini aldıklarını gözlemleyen SIAC, DGR'nin başvurucuya muamele yapılması ile ilgili talimatlar aldığını ve DGR üyelerinin bu talimatlara uymamaları durumunda bu durumun cezasız kalmayacağını bildiklerini düşünmenin mantıklı olduğu kanaatine varmıştır. SIAC bununla birlikte DGR'nin yüksek yöneticilerinin mutabakat belgesinin görüşmelerine katıldığını ve kendi yükümlülüklerine uyulmamasının sonuçlarını bildiklerini ifade etmektedir. Bu bağlamda SIAC, her ne kadar bazı davranışlar normalde kötüniyetli memurlar tarafından yapılmış olsa da, başvurunun sıradışı ve özel durumu ile, mutabakat metninin kıdemli memurların kendi çıkarları gereği, başvurunun kötü muamele uğramasını engellemeye imkan vereceği görüşündedir.

36. Mutabakat belgesinin, Amerikan makamlarının başvuru sorgulamasını yasaklamadığını ve *Central Intelligence Agency* (CIA) üyelerinin doğrudan doğruya DGR üyeleri huzurunda başvuru sorguya çekmelerine izin verilmesinin muhtemel olduğunu belirten SIAC, bu durumda Birleşik Krallık makamlarının, Amerikan makamlarına açıkça mutabakat belgesine uyulması gerektiğini ve Ürdün ve Amerikan makamlarına, Amerikan Birleşik Devletleri'nin « sınırları geçmemesi » için gerekli tedbirleri almaları gerektiğini belirteceklerini ifade etmiştir. SIAC, başvurunun DGR'de tutuklu olması halinde davasından önce kötü muameleyle maruz kalacağına ve kendisinin Amerikan vatandaşlarına verileceğine ilişkin gerçek bir riskin olmadığı ve başvurunun, DGR veya Ürdün'deki CIA tarafından gizli bir yerde tutulmasının kesinlikle muhtemel olmadığı sonucuna varmıştır.

37. SIAC'a göre bu durum aynı zamanda, başvurunun mahkumiyetinden veya beraatinden sonra yapılacak sorgulamalar için de geçerlidir çünkü, mutabakat belgesi uygulanmaya devam edecektir :

bununla birlikte davanın sonucunu beklemekten çok başvurucunun bir an önce sorgusunun yapılması, hem Ürdün hem de Amerikan makamlarının çıkarınadır ; ayrıca başvurucunun tanınmışlığının « gelecek yıllarda anlamlı bir şekilde yükseleceği » « ihtimali azdır ».

38. SIAC, Ürdün makamlarının başvurucunun aleyhine idam cezası ile ilgili yeni olaylar ortaya koyabileceklerini veya bu idam cezasını başvurucunun tekrar yargılanması durumunda talep edebileceklerini belirtmiştir. SIAC daha çok, başvurucunun mahkûm edilmesi durumunda uzun bir hapis cezasına çarptırılacağını düşünmektedir. SIAC'a göre, Reform ve Amaç (Réforme et Défi) örgütü davasında suç örgütünden dolayı gerçek bir idam cezası riskinin olduğu doğrudur ancak, istinaf aşamasında diğer sanıkların çarptırıldığı dört ile beş sene arası hapis cezası indirimi dikkate alındığında başvurucunun, daha hafif bir cezaya çarptırılması ihtimali çok yüksektir ; ve milenyum komplosu davasında idam cezasının verilme riski bulunmamaktadır çünkü, her ne kadar başvurucunun gıyabında verilen onbeş senelik mahkumiyetten daha ağır bir cezaya çarptırılmasını yasaklayan herhangi bir kural olmasa da, yerleşen uygulamalar yeni davadan sonra verilecek cezanın daha önce gıyapta verilen cezadan daha ağır olmamasını dayatmaktadır. Başvurucunun kendi durumunda, bu kuralın farklı şekilde uygulanmasını düşünmek için herhangi bir neden bulunmamaktadır : başvurucuya verilecek muhtemel ceza normal cezaevlerinde çekilecektir, başvurucu cezasını DGR'de çekmeyecektir, çünkü zorla çalıştırma cezası ek cezalar içermemektedir. Başvurucunun cezasını çekme şartları 3. maddeye aykırı olmayacaktır ve her ne kadar kaba dayak olsa da, başvurucunun özellikle islamcı tutuklu olması nedeniyle özellikle hedef haline geleceğini gösteren herhangi bir durum bulunmamaktadır. Bu statüsü başvurucunun kendisini koruyacaktır.

39. Ürdün makamları tarafından başvurucunun Amerikan makamlarına verilmesi ile ilgili olarak SIAC son olarak, her iki tarafın bu iade işleminin yapılmaması için çıkarları olduğunu belirtmiştir ; bu çıkarların başında öncelikle bu iade işleminin Ürdün rejimi için ulusal anlamda çıkaracağı gerçek sorunlar ve Amerikan makamlarının bu rejimi zayıflatmama kaygısı gelmektedir. Bu bağlamda SIAC, iddia edilen şahısların Ürdün tarafından iade işlemlerinin vatandaş olmayanlar ile ilgili olduğunu ve sadece Ürdün ve Amerikan çifte vatandaşı olan birini iade edildiğini kaydetmiştir. SIAC ayrıca, başvurucunun CIA tarafından Ürdün'deki gizli bir tutuklama merkezine transfer edilmesinin ihtimal dâhilinde olmadığı, çünkü böyle bir girişimin Ürdün makamlarının onayını gerektirdiği kanaatine varmıştır. Ürdün makamları bunu yaparak mutabakat belgesini ihlal edeceklerdir. Kaldı ki bunun için Amerika Birleşik Devletleri'nin başvurucunun iadesini istemesi gerekmektedir ama böyle bir talep, Birleşik Krallık makamlarına yapılmamıştır ve böyle bir talep olması durumunda Ürdün'ün bu talebe olumlu cevap vermesi politik anlamda zordur.

d) SIAC'ın Sözleşme'nin 5. maddesi ile ilgili vardığı sonuçlar

40. Ürdün'e varmasından sonra başvurunun tutuklanması ile ilgili olarak SIAC, yargı organlarına bir yakalama (kırk sekiz saat) ve soruşturma açılması (onbeş gün) için gerekli olan sürelerin, savcının talebi ile mahkemeler tarafından, yasaya ve usulüne uygun bir şekilde, en fazla onbeş günlük sürelerle ve toplamda elli güne kadar uzayacak şekilde uzatıldığını gözlemlemektedir. Başvurucu hakkında dava açılmadan önce, kendisinin elli gün boyunca hâkim huzuruna çıkmadan tutuklu kalması, Ürdün hukukunun hükümlerine uygundur. Bu uzatılma süreleri bir yargı organı tarafından kabul edilmesi durumunda süreç, şüphelinin fiziken hazır bulundurulmasını zorunlu kılmamaktadır.

41. SIAC, her ne kadar mutabakat belgesinin açıkça başvurunun tutukluluğunun onbeş günlük süreyi geçmemesi gerektiğini öngörmese de bu belgenin, bir ülke tarafından diğer ülkeye iade durumunda şahısların en kısa sürede hâkim veya tutukluluğun usulüne uygun olup olmadığını belirleme yetkisi olan bir makam önüne çıkarılmaları zorunluluğunu belirttiğini gözlemlemektedir. Her ne kadar « kısa sürede » kavramı mutabakat belgesinde tanımlanmamışsa da, SIAC, bu şarta uyulacağını belirtmektedir çünkü özellikle bu durum, bu anlaşmaya uyulup uyulmadığı konusunda ilk ele alınacak noktalardan birini oluşturmaktadır ve başvurunun ilk defa bir yargı organı önüne çıkarılması 48 saat içinde gerçekleşecektir. SIAC, bir hâkim tarafından onbeşer günlük sürelerle başvurunun tutuklanmasının uzatılmasının, tutukluluğun maksimum elli güne uzamasının ve başvurunun uzatma kararları sırasında hazır bulunmamasının mutabakat belgesine aykırı olmayacağını belirtmektedir. Ancak gerçekte, mutabakat belgesi olmadan da toplamda elli günlük tutuklama süresinin istenmesi çok düşük bir ihtimaldir çünkü, başvurunun yeniden yargılanması gerekmektedir ve davasının dosyaları daha önceden defalarca ilk derece mahkemesi ve istinaf mahkemesi önünden geçmiştir.

e) SIAC'ın Sözleşme'nin 6. maddesi ile ilgili vardığı sonuçlar

42. SIAC önünde başvurunun geçmişteki mahkûmiyetlerinin söz konusu edilmediği ve kendisinin aynı suçlamalardan Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından tekrar yargılanacağı itiraza konu olmamıştır.

43. Ürdün'de kendisini bekleyen yeni davası ile ilgili iki şikâyet (Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin tarafsız olmaması ve işkence ile alınan verilerin aleyhine delil olarak kullanılması riski) bir yana, başvuru, tutuklu iken bir avukat hazır bulunmadan DGR ajanları, Amerikan ajanları veya savcı tarafından sorguya çekilmesinden dolayı korkularını dile getirmiştir. SIAC, Ürdün Ceza Muhakameleri Kanununun 64 § 3 maddesine göre, savcının « gerçeğin ortaya çıkması için gerekli olduğunu [takdir etmesi] durumunda » soruşturmayı avukatsız yapmaya karar verme konusunda yetkili olduğunu gözlemlemektedir. Savcının bu konudaki kararı herhangi bir şekilde kontrole tabi değildir ama kendisi tarafından elde edilen itiraflar

ancak, ilgili şahsın avukatsız hiçbir soruya cevap vermeme hakkı olduğu konusunda bilgilendirilmesi durumunda geçerlidir. SIAC, başvurunun DGR ajanları veya Amerikan makamları tarafından yapılan sorgu sırasında bir avukatın varlığından faydalanmasının ihtimal dışı olduğunu ama, hâkim veya savcı önüne çıkarılma aşamasında bu haktan faydalanabilmesinin muhtemel olduğunu belirtmektedir. Savunmasını hazırlamak için gerekli olan zaman ve araçların sağlanması ile ilgili olarak SIAC, başvurunun Birleşik Krallığa göre bu haklardan daha az faydalanacağını kabul etmektedir ama Ürdün’de faydalanacağı hakların da normalde önemli olduğunu belirtmektedir.

44. Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile ilgili iddiaları inceleyen SIAC, mahkemenin üç hâkimden oluştuğunu ve en azından ikisinin hukuki kapasiteleri olan daimi olmayan askerler olduğunu ve savcının da aynı zamanda asker olduğunu ve verilen kararların sivil yargı organı olan Yargıtay önünde temyize konu olabileceğini belirtmiştir. Ancak Yargıtay, Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin oluşumundan dolayı adil yargılamanın olmadığı yönündeki hiçbir şikâyeti incelememektedir.

45. İşkence ile elde edilen delillerin başvurunun yeni davasında kullanılması ile ilgili olarak SIAC şu ifadeleri kullanmıştır :

« 418. Dolayısıyla Ürdün hukuk sisteminin kendi hükümleri zorla alınan beyanların veya itirafların kullanılmasını kabul etmemektedir. Bazı hükümlerin bu nitelikte olduğu yönündeki iddialar, hâkimler tarafından bu ifadelerin kabul edilmesinden sonra incelenmektedir ve aynı zamanda dosyanın diğer unsurlarıyla karşılaştırılmaktadır. Sistemin bazı özellikleri, bu iddiaların uygulamada kontrol edilebilmesi durumunda bir etki göstermektedir. İspat külfeti, savcı tarafından elde edilen itirafların kapsam dışında bırakılmasını isteyen sanığa aittir. Sorguların kayıt altına alınmamasından, sorguda avukat bulunmamasından ve en kısa süre içinde bağımsız bir meslek mensubu tarafından tıbbi muayene olmamasından dolayı DGR tarafından yapılan tehditleri ve davranışları ispatlamak kesinlikle zordur. Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin savcı tarafından elde edilen ve genellikle delil olarak kullanılan ve kötü muamelenin sonucu olan itirafları kabul etmekte kararsız olması muhtemeldir. Ne Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin ne de savcının, bu tür iddialara cevap vermek için DGR ajanlarını sorgulamayı talep etme konusunda yetkili olmadıkları görünmektedir. Bu iddiaların savunma stratejisi şeklinde sistemli bir biçimde yapıldığı yönünde bir anlayış olabilir.

419. Buna karşın yargı makamlarının, DGR tarafından yapılan sorgular sonucunda elde edilen itirafların niteliğini kontrol etmek yetkileri muhtemelen vardır. En azından Yargıtay aşamasında iddia edilen işkence ile alınan itirafların kapsam dışında tutulduğu olmuştur (ancak bu itirafların DGR tarafından veya savcı tarafından elde edildiği konusunda çok bilgi sahibi değiliz).

420. Ancak, genel veriler ve söz konusu iki dava ile ilgili veriler en azından, [başvurucunun] aleyhine toplanan delillerin [Sözleşme’nin] 3. maddesine aykırı bir şekilde DGR ajanları tarafından elde edildiğini göstermektedir. Bu muamelelerin işkence olarak nitelendirilmeleri mümkündür. Bu beyanların yeni davada kapsam dışında bırakılması ihtimal dışıdır çünkü [Devlet Güvenlik Mahkemesi] bu beyanların bu şekilde elde edildiği konusunda kolay bir şekilde ikna edilmeyecektir ; kaldı ki ilk

davalarda bu iddiaların gerçekliği ve itirafların yalan nitelikte olması ispatlanmasına rağmen Devlet Güvenlik Mahkemesi bu iddiaları reddetmiştir. »

Dolayısıyla SIAC, başvuru aleyhine geçmişte savcı önünde verilen ifadelerin davada kabul edileceğinin yüksek bir ihtimal olduğunu düşünmektedir. SIAC bununla birlikte, bu beyanların çok önemli hatta belirleyici bir şekilde aleyhe olan delilleri oluşturduğunu belirtmiştir. Yeni davanın bu yönü ile ilgili olarak SIAC şu beyanlarda bulunmuştur :

« 439. Bizim gözümüzde sorun, ispat külfetinin bu konuda Ürdün’de olup olmamasının yerinde olup olmamasıdır ; ve bunun başlı başına böyle olmadığını düşünmekteyiz. Ancak bu ispat külfetine, daha önceki kötü muameleyle karşı temel korumaların ve DGR tarafından yapılan sorguların kayıt altına alınması, sorguda avukat bulunması ve düzenli tıbbi muayeneler yapılması, sınırlı bir şekilde sorgu yapılması için tutuklama dönemlerinin olması veya ilgili ajanların veya doktorların yargı önüne çağrılmaları için Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin yardımı gibi delil elde etmeye katkı sunma konusundaki şartların eşlik etmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, yeteri kadar bağımsız olmayan ve bu tür iddiaları dikkatli ve özenli bir şekilde incelemeyen bir yargı organı tarafından kararlar verilmiştir. Bu değişik faktörler bizi, beyanların zorla alındığı yönündeki iddiaların incelenme şekliyle dolaylı yeni davanın 6. maddede göre adil olmayacağı sonucuna götürmektedir. »

46. Ancak SIAC, Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile ilgili vardığı sonuçlara ve 3. maddeye aykırı bir şekilde elde edilen delillerin kabul edilmesi riskine rağmen, başvuru Ürdün’de yeniden yargılanması durumunda Sözleşme’nin 6. maddesi anlamında adaletin açıkça yokluğunun (un déni de justice flagrant) söz konusu olmayacağını belirtmiştir. SIAC yeni davanın, « bir hukuk sistemini içeren, usul kurallarının olduğu ve suçların tanımlandığı sistemli bir hukuki bir yapı kapsamında » yapılacağını, başvuru hazır bulunacağını, mahkemenin oluşumunun ilk dava dosyasındaki gibi olacağını doğru olduğunu, ama başvuru buna itiraz edebileceğini ve Bay Al-Jeramaine’nin idam edilmesi ve özellikle Abu Hawsher olmak üzere tanıkların yüzleşmelerinin zorluklarının yeni davayı adil olmayan bir dava haline getiremeyeceğini ifade etmiştir. SIAC şu şekilde sonuçlandırmıştır :

« 446. [Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin] kurumsal olarak tarafsız olmadığının farkındayız. Hakimlerinin tarafsız olmaması yapısal ve kurumsal bir sorundur. Belirli bazı hakimlerin bu veya şu davada görev almayı tercih etmeye ve baskıya maruz kalıp kalmadıklarını söylemeye imkan vermemektedir. Ancak [Devlet Güvenlik Mahkemesi] yürütmenin basit bir aracı değildir : sağlam unsurlar bu mahkemenin, kendisine sunulan delilleri taktir etme yoluna gittiğini, bu delilleri iç hukukun hükümlerine uygun olarak kontrol ettiğini ve sanıkları beraat ettirdiğini söylemeye imkan vermektedir. Mahkeme ayrıca bugün daha az cezalar vermektedir.

447. Bu mahkemenin hakimlerinin hukuki formasyonları bulunmaktadır ve bunlar askeri kariyer hukukçusudurlar. Bunun dışında bu hakimlerin taraflı olduğunu söylemek için başka neden bulunmamaktadır ve kaldı ki bu durum, şikayetin esasını oluşturmamaktadır. Geliştikleri ortamın kendilerini, savcılığa yapılan beyanları etkileyen DGR tarafından yapılan kötü muamele konusunda şüpheli hale getirdiği doğrudur ve bu hakimler doğal olarak kötü muamele iddialarının, suçlanan şahısları

suçsuz hale getirme amacıyla olan bir savunma argümanı olduğunu düşünmektedirler. Hukuk, kötü muamele iddiaları ile ilgili soruşturmanın yürütülmesi ve bu tür davranışların dikkate alınması konusunda kötü bir şekilde adapte edilmektedir : elimizdeki verilerden, usulüne veya yasaya uygun bir şekilde verilen delillerin dikkatli bir şekilde incelendiği sonucu çıkmamaktadır. Ancak başvurunun yeni davası yüksek oranda reklama konu olacaktır ve kamuyu ilgilendiren bir dava, hakimleri delillerin incelenmesi konusunda dikkatli ve bağımsız olmaya yöneltecektir. Bu davada basit bir karikatürsel bir dava söz konusu değildir ; kaldı ki ilk davalarda da bu durum söz konusu değildi ve daha önceden dosyaya konulan delillere rağmen davanın sonucu önceden belirlenmemiştir.

448. Devlet Güvenlik Mahkemesi, kendi kararlarını gerekçelendirmektedir ve kararlarına karşı Yargıtay’a başvuru yapılabilmektedir. Muhtemel bir başvurunun Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin tarafsızlığı ile ilgili yapısal eksikliği telafi etmemesi, yeni bir davanın [şanığın] 6. madde ile korunan haklarından tamamen mahrum bırakıp bırakmadığını belirlemek için herhangi bir neden oluşturmamaktadır. Yargıtay sivil bir yargı organıdır ve Yargıtay’da atamalar veya işten çıkarmalar yoluyla Yargıtay üzerinde usulüne uygun olmayan yürütme organının etkileri çok azdır. Bununla birlikte, bu mahkeme heyetinde bulunan hâkimlerin nasıl seçildiğini ve herhangi bir baskıya maruz kalıp kalmadıklarını bilmeye imkân veren herhangi bir durum söz konusu değildir. Yargıtay en basitinden, Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından verilen kararların düzeltilmesi rolünü oynamaktadır ve her ne kadar tanıkları yeniden dinlemiyorsa da ve savcılığın talebi dışında olayları yeniden tartışmıyorsa da, olaylara ilişkin bazı unsurları inceleyebilmektedir. Yargıtay’ın vereceği cezalar ayrıca, suçlara göre tamamen orantısız değildir.

449. İddialara göre savcı tarafından kötü muamele sonucu alınan beyanların kullanılması ile ilgili olarak Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin uygulamalarını daha önceden derinlemesine bir şekilde tartıştık. Her ne kadar tüm faktörlerin yeni davayı adil olmayacak hale getirdiğine kanaat getirsek bile, başvurunun tamamen adil bir yargılamadan mahrum bırakılmayacağını düşünmekteyiz. Bu delillerin kabul edilmesinin yasal olarak yasak olmasını ve Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin söz konusu iddialar ile ilgili olarak tanıkları dinlediğini bilmemezlikten gelemeyiz. Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin kararlarını inceleyen ve bazen bozan Yargıtay’ın rolü bu konuda önemlidir. Aleyhe olan delilleri dengeli hale getirmeye imkân veren maddi veya usuli güvencelerin olmaması ve bir özel hukuk sisteminde savcı önünde veya hâkim önünde alınan beyanlara Devlet Güvenlik Mahkemesi önünde inanılması, tamamen adaletin yokluğu olarak kabul etmek için yeterli değildir.

450. Bir davanın adil yargılanma hakkından tamamen mahrum bırakılıp bırakılmadığını belirlemek zorunda olduğumuz zaman, davanın bazı unsurlarının davanın adil bir şekilde yargılanmasına zarar verdiğine dair iddialara kaçınılmaz olarak vereceğimiz dikkat gözönüne alındığında, bu davanın tamamından çok, tamamen sadece zayıf olan taraflarıyla yetinme riski taşımaktayız. Ancak bu ikinci durum en iyi yoldur ve bu yol bizi bu sorun ile ilgili olarak vardığımız sonuca götürecektir.

451. Yeni davayı 6. maddeye aykırı hale getirebilecek değişik faktörler, büyük bir oranda birbirlerine bağlıdır. Tüm bu faktörler birlikte incelendikten sonra, adil yargılanma hakkından tamamen mahrum bırakılma gerçek riskinin olduğu konusunda ikna olmadık. »

47. Son olarak SIAC, her ne kadar başvurunun uzun bir hapis cezasına çarptırılma ihtimali olsa da, bu ihtimalin yeni davanın tümünün başvuru haklarından tamamen mahrum bırakmayacağı sonucunu değiştirmemektedir.

2. *İstinaf Mahkemesi (Court of Appeal) önündeki prosedür*

48. Başvuru İstinaf Mahkemesi'ne başvurmuş ve İstinaf Mahkemesi 9 Nisan 2008 tarihinde ([2008] EWCA Civ 290) kararını vermiştir. İstinaf Mahkemesi, 6. madde ile ilgili argümanlar ve 3. maddeye aykırı bir şekilde elde edilen delillerin kullanılma riski konusundaki başvuruyu oybirliğiyle kabul etmiştir ve başvurunun geri kalanını reddetmiştir.

49. 3. madde altında başvuru, SIAC tarafından gizli delillerin kullanılmasından ve bunun mutabakat belgesinde verilen güvencelere dayanmasından şikayet etmiştir. Bu bağlamda İstinaf Mahkemesi, *MT (Cezayir)*, *RB (Cezayir)*, *U (Cezayir) v. Secretary of State for the Home Department* ([2007] EWCA Civ 808) davasında aynı sorunlar ile ilgili verdiği karar ile bağlı olduğunu ve bu kararda SIAC'ın öncelikle, gideceği ülkeye varması halinde ilgili şahsın güvenliği ile ilgili gizli unsurları inceleyebileceğini söylemiştir. İstinaf Mahkemesi ikinci olarak, ülkeye gönderilme durumunda ilgili şahsın güvenliği ile ilgili verilen güvencelere güven duyulmasının olaylarla ilgili bir durum olduğunu, hukuki bir nokta olmadığını ve bu konudaki başvuruyu inceleme konusunda yetkili olmadığını belirtmiştir. İstinaf Mahkemesi ayrıca 5. madde ile ilgili argümanları reddetmiştir ve SIAC'ın bu konuda başvurunun yakındığı sonuçlara kesinlikle varabileceğini ifade etmiştir.

50. 6. madde ile ilgili olarak İstinaf Mahkemesi, başvurunun iddia ettiğinin aksine, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin tarafsızlığı ve/veya bağımsızlığından dolayı başvurunun yeni davası sırasında « açıkça bir adaletin yokluğu (un déni de justice flagrant) » konusunda gerçek bir riskin olduğu sonucuna varmanın yerinde olmadığına karar vermiştir. Gerçekten de İstinaf Mahkemesi, SIAC'ın meşru bir şekilde kendisinin de paylaştığı sonuçlara vardığını ve Avrupa Mahkemesi'nin *Al-Moayad/Almanya* ((kabuledilebilirlik ile ilgili karar), n° 35865/03, 20 Şubat 2007) davasında sonradan verdiği kararın bu sonucu değiştirmedeğini belirtmiştir.

51. Buna karşın İstinaf Mahkemesi, 3. maddeye aykırı bir şekilde elde edilen beyanların yeni davada aleyhe delil olarak kullanılmaması konusunda güvencelerin olmamasının böyle bir riski doğurduğunu kabul etmiştir.

Bu konuda İstinaf Mahkemesi şu ifadeleri kullanmıştır :

« 45. SIAC, Sözleşme hukukunda işkence ile elde edilen delillerin kullanımının yasaklanmasının temel doğasını ya yanlış taktir etmiş veya yanlış anlamıştır. Bakanlığın avukatı, işkence ile elde edilen delillere dayanarak davanın yürütülmesinin açık olduğu durumda, adaletin yokluğunun olmadığı sonucuna varmayı tavsiye etmediğini ve işkencenin sanığa veya üçüncü kişilere uygulanmasının önemli olmadığını söylemiştir. Sonuç olarak, işkence ile elde edilen veya işkence ile veya 3.

maddeye aykırı bir şekilde elde edildiği konusunda gerçek bir riskin olması durumunda bu delillerin Bay Othman'ın davasında kullanılmasının yüksek oranda muhtemel olduğuna (SIAC, § 436) karar verdiğinden dolayı SIAC'ın, bu delillerin kapsam dışında tutulup tutulmadığını veya dikkate alınıp alınmadığını kontrol etmesi gerekirdi. Dolayısıyla bu konuda, SIAC tarafından 6. maddenin ihlali konusunda bir riskin varlığı sonucuna varılmaması için öne sürülen gerekçeler yetersizdir.

46. Her ne kadar SIAC'ın vardığı sonuçlar rasyonel bir şekilde olaylar ile ilgili kendi tespitlerini izlemiyorsa da, burada esasen SIAC'ın gerekçelerinin rasyonelliğinin eleştirilmesi söz konusu değildir. Bizim vardığımız esas sonuç daha çok SIAC'ın, 6. madde ile güvence altına alınan hakların ihlal edilip edilmediği noktasında zor olan kriteri uygulamamada hata yapmasıdır.

(...)

48. Sözleşme hukukunda işkence ile elde edilen delillerin kullanılması yasağı, sadece bu delillerin davayı adil olmaktan çıkardığından kaynaklanmamaktadır ama aynı zamanda ve özellikle, temel, şartsız ve istisnasız bir yasak getiren 3. madde ile varolan bağdan kaynaklanmaktadır. Bu yasak Sözleşme ile öngörülen diğer korumalar ile bağlantılıdır. *Jalloh/Amanya* (44 EHRR 32) kararında AIHM'nin söylediği gibi :

« – [İ]tiraf olursun veya maddi deliller olsun – şiddet veya kaba eylemler ile veya işkence olarak nitelendirilebilecek diğer şekillerde toplanan aleyhe olan deliller, belirleyici nitelikleri ne olursa olsun, mağdurun mahkumiyeti için hiçbir şekilde kullanılmaması gerekmektedir. Bu konuda varılacak her türlü sonuç, dolaylı yoldan ahlaken kınanması gereken ve 3. maddeyi kaleme alanların yasakladığı bu tür davranışları sadece meşru hale getirmektedir. Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin *Rochin/California* [342 US 165] davasında çok iyi bir şekilde ifade ettiği gibi bu tür davranışlar « şiddete yasal bir görünüm vermek[tedir] ». »

İşkence eylemleri veya kötü muamele ile elde edilen delillerin kullanılması sadece veya esasen bu delillerin güvenilirliğinin yokluğundan yasaklanmamıştır ama daha çok devletin, delil elde etmek için bu tür davranışlara karşı katı olması gerekmektedir. Bu analiz gerek Sözleşme hukukunda ve gerekse bunun dışında evrensel anlamda kabul edilmiştir.

Bu yönde çok güçlü bir deklarasyon bulduk ve bu deklarasyonda, Lord Bingham'ın *A./Home Secretary* (n° 2) [2006] 2 AC 221 davasında, 17. paragrafta ifade edilen, yine yerinde bir şekilde ifade edilen benzer birçok görüş belirtilmiştir.

49. SIAC bu nedene dayanan 6. madde ihlalleri ile prosedürdeki eksiklikler veya yargılama heyetinin oluşundaki eksiklikler arasındaki bu önemli farklılığı görmemekte haksızdır. 442 ile 452. paragraflar arasında ifade ettiği sonuçlarda SIAC, işkence ile elde edilen delillere muhtemel olarak başvurmayı (...) Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin bağımsızlığına bağlamıştır (özellikle bkz., kararın 449 ve 450. paragrafları). Dolayısıyla SIAC, ilgili şahsın üçüncü bir devlette işkence ile elde edilen delillerin kullanılacağı bir davada yargılanmak için, bu şahsın bu ülkenin makamlarına verilebilmesinden önce, üçüncü bir devlette yapılacak bir yargılama için gerekli olan güvencelerin yüksek olan derecesini kabul etmemiştir. »

52. İstinaf Mahkemesi (*Court of Appeal*) SIAC'ın, işkence ile elde edilen delillerin kullanılma ihtimalinin bir adaletin yokluğu sayılamayacağı

sonucuna vardığını gözlemlemektedir. SIAC Devlet Güvenlik Mahkemesi ve Yargıtay önündeki prosedürü bir bütün olarak inceleyerek ve bu prosedürün tamamen yetersiz olamayacağını kabul ederek böyle bir sonuca varmıştır. İstinaf Mahkemesi, bu sonucun SIAC tarafından varılan sonuçlarla, özellikle işkence ile elde edilen söz konusu delillerin ispatlanmasının zorluğu konusunda ifade edilen kaygılar ile uyumlu olmadığına karar vermiştir. İstinaf Mahkemesi bu bağlamda SIAC'ın kaygısının « Ürdün'de kötü muameleye karşı temel güvence sisteminin yokluğu ile geniş bir şekilde haklı gösterilebildiğini » belirtmiştir. İstinaf Mahkemesi son olarak SIAC'ın, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin defoları ile ilgili vardığı sonuçlara değer vermesi konusundaki « rahatsız edici eksikliğini » eleştirmiştir. İstinaf Mahkemesi şu ifadeleri kullanmıştır :

« Bu unsurlardan hareketle SIAC'ın, işkence ile elde edilen delillere başvurmanın ortaya çıkardığı adaletin tamamen yokluğu riskinin tatmin edici bir şekilde olmaması sonucuna varmasına imkan vermemektedir. Eğer SIAC 6. maddenin Sözleşme hukukunda oynadığı rolü doğru bir şekilde anlarsaydı böyle bir sonuca varmayacaktı. »

3. Lordlar Kamarası önündeki prosedür

53. Bakanlık, Lordlar Kamarası önünde İstinaf Mahkemesi'nin 6. madde ile ilgili vardığı sonuca itiraz etmiştir. Başvurucu da Sözleşme'ye dayanan diğer şikayetler ile ilgili başvuruda bulunmuştur. Bu başvuru temyiz talebinde bulunan diğer iki şahsın, RB ve U'nun davası ile birlikte incelenmiştir (yukarıdaki paragraf 48). Dolayısıyla birleştirilen bu başvurularda Lordlar Kamarası, gizli belgelerin SIAC önünde öne sürülmesini, mutabakat belgesinde belirtilen güvencelere biçilen değeri ve Sözleşme'nin 5. ve 6. maddesi ile ilgili şikayetleri inceleme imkanı bulmuştur. 18 Şubat 2009 tarihinde verilen kararda ([2009] UKHL 10) Lordlar Kamarası oybirliğiyle Bakanlığın başvurusunu kabul etmiş ve başvurusunun başvurusunu ise reddetmiştir.

a) 3. madde : SIAC önündeki gizli prosedür

54. Lord Phillips SIAC'ın, ilgili şahsın gönderileceği ülkeye varması ve bu şahsın bu ülkenin makamlarına iadesi halinde kendi güvenliğini taktir etmek için gizli unsurları meşru bir şekilde inceleyebileceğini ve ilkesel tespitlerin bu durumu haklı kıldığını belirtmiştir. Lord Phillips'e göre, ilgili şahsın gönderileceği ülkeye varması halinde kendi güvenliğini taktir etmek amacıyla gizli unsurların kullanılmasını ve bu unsurların başka amaçlar için, örneğin ilgili şahsın ulusal güvenlik ile ilgili çıkarabileceği sorunu belirlemek için kullanılması arasında bir ayrım yapılması gerekmektedir : ilk durumda ilgili şahs, iadesi halinde normal şartlarda ortaya çıkacak risklerin niteliğini bilmektedir. Gidilecek ülkede kendisinin tehlikede olup olmayacağını söylemeye imkan verecek unsurları sunmak, ilgili şahsa aittir; bu durum devlete ait değildir ve özel avukatın, iade edilecek şahıstan gizli

unsurlar konusunda beyanlarını alma durumunun olması, muhtemelen önemli bir hassasiyet arz etmektedir. Güvenlik kriterlerinin bu unsurları inceleyecek bir uzman bilirkişi bulmanın kolay olmadığı konusundaki argümana cevap veren Lord Phillips, bu zorluğun adil yargılanma ile ilgili bir faktör olmadığını çünkü, SIAC'ın içtüzüğünün özel avukata kendisinden ek bilgi veya belgelere sahip olmasını istemeye imkan verdiğini belirtmiştir. Lord Phillips'e göre, « özel avukatın beyanları ışığında açık bir şekilde gizli unsurların değerlendirilmesi » için, bir uzmanlar organına güvenememekteyiz. Güvenceler konusunda Lord Phillips, her ne kadar mutabakat belgesinde belirtilen güvencelerin açığa kavuşturulması gerekiyorsa da, konu ile ilgili görüşmelerin gizli kalması gerektiğini kabul etmektedir.

55. Lord Hoffmann başvurucunun argümanını reddetmiştir ve ülkeden uzaklaşma tedbirinin 3. maddeye aykırı olup olmadığı noktasının incelenmesinin, « 6. maddenin ve aynı şekilde 5 § 4 maddesinin tüm adli yelpazesinin » uygulanmasını zorunlu kılmadığının, Avrupa Mahkemesi'nin içtihatlarından açıkça çıktığını ortaya koymuştur. *Chahal* (yukarıda adı geçen karar) kararına dayanan Lord Hoffmann, sadece « şikayetin bağımsız bir incelemesinin » olması gerektiğini belirtmiştir. Lord Hoffmann'a göre bu inceleme, başvurucunun davasında yapılmıştır.

56. Lord Hope bu gerekçeye katıldığını ifade etmiştir. Ayrıca Avrupa Mahkemesi'nin SIAC sisteminin Sözleşme'nin gereklerine cevap verip vermediği konusunda beyanda bulunma imkanı bulmadığını söylemiştir. Ancak, Lord Hope bu davada, bu gerekliliklere cevap verildiğini belirtmiştir. Lord Brown da diğer yargıçların gerekçelerine katılmıştır ve başvurucunun Ürdün'e gönderilmesi durumunda kendi güvenliği ile ilgili olarak davalı durumunda olmadığının ama davacı durumunda olduğunun altını çizmiştir.

b) 3 madde : güvenceler ve mutabakat belgesi

57. (Diğer yargıçların da bu konuda hemfikir oldukları) Lord Phillips ayrıca, *Mamatkoulou ve Askarov* (yukarıda adı geçen karar) davasında Mahkeme'nin, başvurucunun 3. maddeye aykırı eylemlere maruz kalacağı konusunda ciddi nedenlerin varlığının tespit edilmesi için güvenceleri, « incelenecek bir bütünün bir parçası » olarak kabul ettiğini belirtmiştir. Lord Phillips her ne kadar güvencelerin, kötü muamelelerin devlet görevlileri tarafından yapılmasının sistematik bir problem olduğu bir ülke tarafından verilmesi durumunda, bu güvencelere şüpheyile bakılması gerektiği konusundaki tezin dayandığı uluslararası hukukta bulunan belgeler « fazla » olsa da, güvence talep ettiğimizden dolayı verilen güvencelere güvenmememiz gerektiğine karar vermemiz durumunda, bir kısır döngü içine girmiş olacağımızı eklemektedir. Dolayısıyla Lord Phillips, sadece verilen güvencelerin zayıf olmasına dayanan SIAC'ın vardığı sonuçların

rasyonel olmaması durumunda, SIAC'ın görüşüne şüpheyle bakmamız gerektiğini belirtmiştir. Ancak bu davada bu durum söz konusu değildir.

c) 5. madde

58. Lordlar Kamarası oybirliğiyle, SIAC tarafından yapılan olayların taktirini tekrar incelemeyi reddetmiştir. SIAC, Ürdün hukukunun öngördüğü şekliyle başvurunun herhangi bir hakimi veya avukatı görmeden elli gün boyunca tutuklu kalma ihtimalinin gerçekleşmeyeceği sonucuna varmıştı. Lord Phillips, bu durumun meydana geleceğini farzetsek bile, elli günlük tutukluluk süresinin 5. maddenin açıkça ihlali olmayacağını belirtmiştir. Lord Phillips'e göre, böyle bir ihlal ancak, tutuklamanın sonuçlarının, bir devletin bir yabancıyı kendi topraklarından sınırışı etme hakkının gerekliliğinden çok ağır olması durumunda söz konusu olabilmektedir. Buna senelerce keyfi olarak yapılan tutuklama örnek olarak gösterilebilir ama elli gün süreyle hürriyetten mahrumiyet buna örnek olamaz.

d) 6. madde

59. 6. madde anlamında adil yargılanma hakkının «tamamen yok sayılması veya iptal edilmesini» belirleme amacıyla olan kriteri uygulayan Lord Phillips şu ifadeleri kullanmıştır :

« 136. Bu kriter, 6. maddenin bir yabancının sınırışı edilmesine uygulanıp uygulanmadığının belirlenmesi için kolay ve yeterli bir kriter değildir. Öncelikle neyin «adil yargılanma hakkının tamamen yokluğu veya iptal edilmesini» oluşturduğunu söylemek kolay değildir. Bu kavram davanın tüm unsurlarının adil olmamasını sorunlu kılma amacıyla değildir. (...) İstenen durum sadece prosedürün eksikliğinin veya eksikliklerinin temelde gelecekteki davanın adillliğini yoketmesidir.

137. İkinci olarak, ilgili şahsın gideceği ülkede açıkça adil olmayan bir prosedüre maruz kalabilmesi başlı başına, kendisinin sınırışı edilmesinin önünde engel teşkil etmeyi haklı kılmaktadır. Sadece davanın adil olmamasına değil ama, aynı zamanda bunun muhtemel sonuçlarına dikkat edilmesi gerekmektedir. Adil olmayan bir dava, insan haklarının korunması konusundaki maddi kuralların ihlal edilmesi ile sonuçlanması riskini taşımaktadır ve bu muhtemel ihlalin kapsamı kesinlikle, sınırışı işleminin engellenmesinin gerekip gerekmediğine karar verilmesi durumunda göz önüne alınması gereken önemli bir faktördür. »

73. Özellikle 6. maddenin, 2. ve 3. maddeler gibi, diğer maddeler ile birlikte ihlal edilme riskinin gözönüne alınması zorunluluğunu ortaya koyan *Bader ve Kanbor/İsveç* (n° 13284/04, § 42, CEDH 2005-XI) davası dahil olmak üzere Mahkeme'nin ilgili içtihatlarını inceledikten sonra Lord Phillips, aşağıdaki sonuca varmıştır :

« Strazburg yargı organı her ne kadar bu konuda herhangi bir sonuca varmamışsa da, içtihatlar beni şu sonuçlara götürmektedir : bir yabancının sınırışı edilmesinin 6. maddenin ihlal edilmesine neden olabilmesi için, öncelikle 6. madde ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ilkelerinin esasen ihlal edileceği konusunda gerçek bir riskin olduğu konusunda önemli nedenlerin olması gerekmektedir. İkinci olarak adil yargılanma hakkından doğan bir hukuki yanlışlığın olması ve bunun başlı

başına ilgili şahsın temel haklarının açık bir şekilde ihlalini oluşturması gerekmektedir. »

74. Bu davada Lord Phillips, ikinci önerinin başvuruçunun mahkûm olabileceği hapis cezaları ile gerçekleşeceğini belirtmiştir. Ancak ilk öneri ile ilgili olarak, davanın Sözleşme'ye taraf bir devlette yapılması durumunda, Ürdün Devlet Güvenlik Mahkemesi heyetinin oluşumunun davayı adil olmaktan çıkardığı doğrudur. Ancak SIAC ve İstinaf Mahkemesi, bu durumun ilgili şahsın sınırışı edilmesini engellemek için yeteri kadar « açıkça adaletin yokluğunu (un déni de justice flagrant) » oluşturmadığına karar vermeleri konusunda haklıdır.

75. Dosyasında aleyhe olan delillerin işkence ile elde edildiği konusunda gerçek bir riskin olması ile ilgili olan başvuruçunun argümanı konusunda Lord Phillips, İstinaf Mahkemesi'nin yanlış bir analiz yaptığını ve yabancı yargı organları önünde yapılan bir davada, işkence ile elde edilme ihtimali olan deliller ile ilgili riske karşı yüksek derecede bir güvence istediğini belirtmiştir. Bu konuda Lord Phillips şu ifadeleri kullanmıştır :

« [İ]şkence ile elde edilen delillerin kullanılmasının yasak olması, öncelikle bu delillerin güvenilir olmamasından veya davayı adil olmaktan çıkarmaktan kaynaklanmaktadır. Bu yasak daha çok « devletin [bu delillerin] elde edilmesi için kullanılan davranışlar konusunda katı olmasından kaynaklanmaktadır ». Bu ilke bu tür delillerin oluşturulduğu devlete uygulanmaktadır. Ürdün'de ilgili şahsa karşı işkence ile elde edilen delillerin kullanılmayacağını yüksek derecede garanti altına alan güvencelerin elde edilmesi halinde bu ilke, bizim devletimize, ulusal güvenliğe karşı terörist fiillerden suçlanan bir şahsı kendi topraklarında tutmayı dayatmamaktadır. (...) SIAC'ın çözmesi gereken sorun, Bay Othman'ın Ürdün makamlarına iade edilmesi durumunda, ülkeye geri dönmesiyle maruz kalacağı davanın, adil yargılamayı ortadan kaldıracak şekilde önemli bir eksiklik içereceği konusunda mantıklı nedenlerin varolup olmadığı sorunudur. SIAC'ın belirttiği gibi bu eksikliklerin adil yargılanma hakkının tamamen yokluğunu oluşturması gerekmektedir. SIAC, ortaya konulan eksikliklerin bu zorlayıcı kritere cevap vermediği sonucuna varmıştır. Varılan bu sonuçta ben hiçbir hukuki hata görmüyorum ».

76. Lord Hoffmann'ın kendisi ise, 6. maddenin bir sınırışı davasında uygulanması kapsamında, işkence ile elde edilen delillerin kullanılma riskinin zorunlu olarak adaletin açıkça yokluğunu oluşturacağını söylemeye imkân veren, Sözleşme organlarının herhangi bir kararları bulunmadığını ifade etmiştir.

77. Lord Hope bu gerekçeye katılmaktadır. Lord Hope, Avrupa Mahkemesi'nin işkence ile elde edilen delillerin kullanılması konusunda « uzlaşma olmayan bir yaklaşım » ortaya koyduğunu ancak, SIAC'a iletilen unsurların bu kategorinin bir parçası olmadığını, çünkü ispatlanmayan iddiaların söz konusu olduğunu belirtmiştir. Delillerin işkence ile elde edildiği konusunda gerçek bir riskin olduğu iddiası, Lord Hope'un gözünde, sınırışı etme işlemini engellemeye yetmemektedir. Lord Hope, SIAC'ın Ürdün'ün Sözleşme'ye taraf olması durumunda yeni davanın muhtemelen 6. maddeye uygun olmayacağı ama, bu davanın hukuken sistemli bir yapıda yapılacağı sonucuna vardığını hatırlatmıştır. Lord Hope, Devlet Güvenlik

Mahkemesi'nin yürütmenin basit bir aracı olmadığını ve hukuka göre delilleri değerlendirdiğini göstermeye yarayan sağlam verilerin olduğunu ifade etmiştir. Lord Hope'a göre, SIAC bu nedenle, elindeki verilere dayanan sonuçlara meşru bir şekilde varabilmiştir.

78. Lord Brown, Lord Phillips ile aynı fikirde olduğunu ifade etmiştir ve Büyük Daire'nin *Mamatkoulov ve Askarov* (yukarıda adı geçen karar) kararındaki gerekçesine gönderme yaparak şu beyanlarda bulunmuştur: benim görüşüme göre, *Mamatkoulov ve Askarov* « davasında eğer iade etme usulsüz değilse, bu davada kesinlikle sınırdışı işlemi de usulsüz değildir ».

79. 6. madde ile diğer konular ile ilgili olarak diğer yargıçların fikirlerine katılan Lord Mance, Avrupa Mahkemesi'nin içtihatlarında « açık adil yargılamaya aykırı » kavramı ile, genel olarak uluslararası kamu hukukunda varolan adaletin yokluğu kavramı arasında önemli bir benzerlik olduğunu ortaya koymuştur. Lord Mance, çağdaş uluslararası kamu hukukunda, devletin sorumluluğunun meydana gelmesi için olaylara ilişkin şartların özellikle ağır olması gerektiği konusunda bir konsensüs olduğunu eklemiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

(...)

B. Güvenceler ile ilgili SIAC'ın içtihatları

73. Güvenceler konusunda Birleşik Krallık Hükümeti'nin mutabakat belgeleri konusunda görüştüğü Ürdün dışındaki diğer devletler, Etopya, Lübnan ve Libya'dır. Hükümet ayrıca Cezayir'den güvence almak için bir anlaşma yapmaya yönelik görüşmeler yapmaktadır. SIAC, makamların bu güvencelere dayanarak sınırdışı etmek istediği onyediyi kişinin başvurusunu incelemiştir. SIAC her davanın olaylarını teker teker takdir etme yoluna gitmiştir ama *BB./Secretary of State for the Home Department* (5 Aralık 2006) davasında SIAC güvenceler konusundaki genel yaklaşımını (§ 5) ifade etmiştir. Bu davada SIAC, güvencelerin kötü muamele riskini ortadan kaldırabilmesi için dört şartın oluşması gerektiğini söylemiştir :

- i. Saygı duyulması halinde güvencelerde kullanılan ifadelerin, şahsın üçüncü devletlerin makamlarına iade edilmesi durumunda 3. maddeye aykırı muamelelere maruz kalmayacak şekilde olması gerekmektedir ;
- ii. güvencelerin iyiniyetli bir şekilde verilmesi gerekmektedir ;
- iii. güvencelere saygı duyulacağına inanma konusunda sağlam nedenlerin olması gerekmektedir ; ve
- iv. güvencelere saygı duyulacağını kontrol etmek gerekmektedir.

74. Bu kriteri uygulayan SIAC, Cezayir'in verdiği güvencelerin yeterli olduğuna karar vermiştir (bkz., SIAC'ın *G* (8 Şubat 2007), *Z* ve *W* (14 Mayıs 2007), *Y*, *BB* ve *U* (2 Kasım 2007), *PP* (23 Kasım 2007), *B* (30

Temmuz 2008), *T* (22 Mart 2010) ve *Sihali* (*n° 2*) (26 Mart 2010) başvurularında verdiği kararlar). Etopya ile ilgili olarak da aynı sonuca varmıştır (*XX*, 10 Eylül 2010). Buna karşın SIAC, Libya tarafından verilen güvenceleri o dönemlerdeki Kaddafi rejiminin istikrarsızlığı nedeniyle yetersiz bulmuştur (*DD ve AS*, 27 Nisan 2007).

75. SIAC ayrıca *VV* (2 Kasım 2007) davasında Ürdün tarafından verilen güvenceleri inceleme imkânı bulmuştur. SIAC, mutabakat belgesi olmadan Ürdün cezaevlerinde kötü muamele riskinin olduğunu teyid eden ek raporları dikkate aldıktan sonra, bu güvencelerin 3. madde ile uyumlu olduğuna karar vermiştir. SIAC, böyle bir riskin olmasının sonucu değiştirmedikçe, mutabakat belgesi ile Adaleh Merkezinin gözlemci rolünün ilgili şahsa yeteri derecede bir koruma sağladığını belirtmiştir.

III. BİRLEŞİK KRALLIK VE ÜRDÜN ARASINDAKİ ANLAŞMA KAPSAMINDA ÖNGÖRÜLEN HÜKÜMLER

A. Mutabakat belgesi

76. Kullanılan başlığa göre, Birleşik Krallık ile Ürdün arasında imzalanan mutabakat belgesi, « şahısların iade edilmesinden önce verilecek güvenceleri öngörmektedir ».

77. Mutabakat belgesi her iki devletin, bir devlet tarafından diğerine iade edilecek şahıslar ile ilgili olarak uluslararası hukuka göre kendilerine dayatılan insan hakları konusundaki yükümlülüklerine uygun davranacaklarını öngörmektedir. Mutabakat belgesinin 1. ve 8. paragraflarında, öngörülen kuralların ve iade edilecek devlet tarafından verilecek her türlü açık güvencenin, bu belgede kullanılan ifadelerle uygulanacağı belirtilmiştir.

Belgenin 1. ile 5. paragrafları şu şekilde düzenlenmiştir :

« 1. Eğer iade edilen şahıs ülkeye vardığında yakalanırsa veya tutuklanırsa, kalacak yer ve beslenme konusunda iyi koşullardan ve yeterli derecede tıbbi muayeneden faydalanacaktır ve bu şahıs, kabul edilen uluslararası normlara uygun olarak düzgün ve insancıl bir şekilde muamele görecektir.

2. Yakalanan veya tutuklanan iade edilen şahıs, tutuklanmasının yasaya uygunluğunu denetlenebilmesi için bir hâkim veya yasa ile adli gücün yetkilerini kullanmaya yetkili olan bir organ önüne en kısa sürede çıkarılacaktır.

3. Yakalanan veya tutuklanan iade edilen şahıs, gönderilen devletin makamları tarafından yakalanma veya tutuklanma ve hakkındaki aleyhe olan suçlamalar konusunda en kısa sürede bilgilendirilir.

4. Eğer iade edilen şahıs, iade edilmesinden itibaren üç ay içinde yakalanırsa veya tutuklanırsa, kendisine Ürdün ve Birleşik Krallık makamlarının ortak bir şekilde seçecekleri tarafsız bir makamın temsilcisine başvurma hakkı ve bu temsilcinin hızlı ve düzenli bir şekilde onu ziyaret etme hakkı güvence altına alınmıştır. Bu ziyaretlere

en az onbeşer günde bir izin verilecektir ve eğer iade edilen şahıs bir suçtan suçlu veya suçsuz bulunursa bu ziyaretler, özel olarak iade edilen şahıs ile görüşebilme ihtimalini kapsayacaktır. Ziyaretler için seçilen organ, ziyaretleri ile ilgili şahsı gönderen devletin makamlarına bir rapor sunacaktır.

5. İade edilen şahsın yakalanması veya tutuklanması dışında, şahsın gönderildiği devlet hiçbir şekilde, bu şahsı gönderen devletin yurtdışı temsilciliklerine normal mesai saatlerinde başvurmasına engel çıkarmayacaktır, kendisini sınırlamayacaktır, kısıtlamayacaktır ve engellemeyecektir. Ancak iade edilen devlet, bedava ulaşım ve indirimli bir tarif sunarak bu şahsın, bu temsilciliklere başvurmasını kolaylaştırmak zorunda değildir. »

78. 6. paragraf, tutuklama halinde dini vecibelerinin yerine getirilmesi hakkını güvence altına almaktadır ve 7. paragraf, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinde belirtilen kurallara benzer adil yargılanma hakkından faydalanma hakkını öngörmektedir. 8. paragraf, a) ve e) bentleri dışında Sözleşme'nin 6 § 3 maddesini tekrar etmektedir.

79. Son olarak, 6 aylık bir fesih süresi ile her iki devletten biri, mutabakat belgesini feshedebilmektedir. Bu durumda mutabakat belgesi, daha önceden gönderilen tüm şahıslara uygulanmaya devam edecektir.

B. Adaleh Merkezinin görevi

80. Kendi görev statüsüne göre, Adaleh Merkezi'nin (kontrol organı) iade edilecek devletten finansal ve operasyonel anlamda bağımsız olması gerekmektedir ve gerçek ve doğru raporlar hazırlayabilmesi gerekmektedir. Özellikle işkence ve kötü muamelenin psikolojik ve fiziki belirtilerini tespit etme konusunda eğitilmiş uzmanlar olmak üzere, Merkezin kendi amacını yerine getirebilmesi için gerekli kapasitesinin olması ve gerektiğinde başka bağımsız uzmanların hizmetinden faydalanabilmesi gerekmektedir. Kontrol görevlileri, mutabakat belgesine göre iade edilen her şahsa (« iade edilen şahıs »), gönderen ülkeden gönderilen ülkeye kadar eşlik etmeleri ve onunla birlikte evine gitmeleri veya başka yere gidilecekse onunla oraya gitmeleri gerekmektedir. Kontrol organı, iade edilen kişinin en yakın ebeveynine ulaşmak için gerekli bilgilere sahip olması gerekmektedir ve kontrol organı, her zaman ulaşılabilir olmalıdır. Kontrol organı şahsa yapılan muameleler konusunda, gönderen devleti bilgilendirmesi ve şahsın kaybolması halinde bu devleti uyarması gerekmektedir. Gönderilen kişinin kendi ülkesine varmasından sonraki yıl içinde kontrol görevlisi, onunla her hafta telefonla veya şahsen irtibata girmesi gerekmektedir.

81. Tutuklama ile ilgili olarak Merkezin statüsü şunları öngörmektedir :

« 4. Tutukluların ziyareti

a) Kontrol organı, iade edilen bir kişinin tutuklandığını öğrenmesi halinde, bu şahsı görmek için bir veya birçok kontrol görevlisini hemen göndermesi gerekmektedir.

b) Sonrasında kontrol görevlilerinin tüm tutukluları sık bir şekilde ziyaret etmesi gerekmektedir (en az mutabakat belgesinin imkan verdiği sıklıkta ziyaretlerin yapılması gerekmektedir ve ihtiyaca göre ve özellikle tutuklamanın ilk safhalarında daha sık bir şekilde ziyaretleri gözönünde bulundurması gerekmektedir).

c) Kontrol görevlileri tutuklularla özel olarak, ve gerektiğinde, bir tercüman yardımıyla görüşmek zorundadırlar.

d) Kontrol ziyaretleri işkence ve kötü muamelenin psikolojik ve fiziki belirtilerini tespit etme konusunda eğitilmiş uzmanlar tarafından yapılması gerekmektedir. Ziyareti gerçekleştirecek kontrol görevlisi veya görevlileri, tutuklunun kaldığı yerin ve beslenmesinin iyi koşullardan ve yeterli tıbbi muayeneden faydalanıp faydalanmadığını ve bu şahsın kabul edilen uluslararası normlara uygun olarak düzgün ve insancıl bir şekilde muamele görüp görmediğini kontrol etmek zorundadırlar.

e) Kontrol görevlisi tutuklu ile konuştuğu zaman, onu açıkça konuşması konusunda cesaretlendirmek ve tutuklunun hangi durumda olduğunu gözlemlemesi gerekmektedir.

f) Kontrol görevlilerin, bir tutuklunun fiziki veya ruhsal sağlığı konusunda şüpheleri olması durumunda hemen tıbbi bir muayenenin yapılması için gerekenleri yapması gerekmektedir.

g) Kontrol organı, özellikle tutuklama yerlerini ziyaret ederek tutulma şartları ve tutukluya yapılan muamele konusunda mümkün olduğu kadar bilgi elde etmesi gerekmektedir ve tutuklunun bir tutulma yerinden bir başka tutulma yerine transfer edilmesi durumunda hemen bilgi sahibi olmak için gerekenleri yapmak zorundadır. »

82. Görev statüsünün 5. paragrafı, adil yargılanma hakkına saygının kontrol edilebilmesi için, kontrol görevlilerinin ulusal güvenliğin zorunlulukları hariç olmak üzere, tüm hukuki duruşmalara katılması gerektiğini öngörmektedir. 6. paragraf, iade edilen devlet tarafından iade edilen şahıs ile ilgili verilen tüm güvenceleri akılda tutmaya dikkat etmek ve bu güvencelere saygı gösterilip gösterilmediğini kontrol etmek zorunda olduğunu öngörmektedir. Raporlarla ilgili olan 7. paragraf, kontrol organının iade eden devlete düzenli olarak, gerçek açıklamalarla raporlar sunması ve gözlemlerinin haklı göstermesi durumunda bu devletle irtibata geçmesi gerektiğini öngörmektedir.

(...)

IV. ÜRDÜN'DEKİ İNSAN HAKLARI

A. Birleşmiş Milletler'in raporları

1. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi

106. Ürdün ile ilgili 3 Mart 2009 tarihli (A/HRC/11/29) raporunda, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi'nin (« İnsan Hakları Konseyi ») evrensel ve düzenli inceleme ile ilgili Çalışma Grubu, bu ülkenin işkence ile mücadele konusunda bazı önerileri kabul ettiğini belirtmiştir. Bu rapordan sonra İnsan Hakları İzleme Komitesi (Human Rights Watch), insan hakları konusunda kendi normlarının « daimi incelenmesi » karşısında Ürdün tarafından ifade edilen memnuniyetten mutluluk duyduğunu belirtmiştir. Ancak İnsan Hakları İzleme Konseyi, işkence ile mücadele konusunda bazı önemli önerilerin bu ülke tarafından reddedilmesinin « derin bir şekilde hayal kırıklığı yarattığını » ve bu devletten, şikayetlerin incelenmesi (bağımsız mekanizmaların oluşturulması), cezaevlerinin kontrolü (öngörülmeleyen ziyaretlere izin verilmesi) ve polis mahkemeleri (polislerden oluşan ve kendi meslektaşları aleyhine öne sürülen işkence iddialarını inceleyen bu yargı organlarının kaldırılması) konularında, kendisine tavsiye edilen tedbirleri hızlı bir şekilde almasını talep etmektedir. Birleşik Krallık Hükümeti İnsan Hakları Konseyi önündeki beyanında, benzer tavsiyelerde bulunmuştur.

2. İşkenceye karşı Komite

107. Ürdün ile ilgili 25 Mayıs 2010 tarihli son önerilerinde (CAT/C/JOR/CO/2) işkenceye karşı Komite, özellikle İnsan Hakları Ulusal Merkezinin kurulması ve cezaevlerinin modernize edilmesi için genel bir plan yapılması ve şikayetleri almaya yetkili bağımsız bir arabuluculuğun kurulması olmak üzere, Ürdün'ün kendi kurumlarını iyileştirmek için gösterdiği çabadan dolayı memnuniyetini dile getirmiştir. Ancak Komite, özellikle DGR'ye bağlı merkezlerde ve tutuklama yerlerinde kötü muamele ve işkencenin geniş bir ölçekte yapılmasına karşı yapılan birçok güvenilir ve birbirleriyle uyumlu şikayetler konusunda derin bir şekilde kaygılı olduğunu beyan etmiştir. Komite ayrıca, bu eylemlerin faillerine karşı bir « cezasızlık havasının » olduğunu ve gerçek cezai soruşturmaların olmadığını kaydetmiştir. Komite bununla birlikte, işkence iddialarının çok nadir bir şekilde soruşturma ile sonuçlandırıldığının tespiti karşısında kaygılarını ve Ürdün'ün tüm tutuklulara temel hukuki güvenceleri vermemesi ve idari tutuklamaya çok sık başvurulması konusunda yüksek derecede endişelerini dile getirmiştir. Komite, bu idari tutuklamanın ilgili şahısları her türlü hukuki kontrolün dışında tuttuğunun altını çizmiştir. DGR'nin keyfi ve gizli

bir şekilde şüphelileri tutuklamaya devam ettiğini ve tutukluların hakimlere, avukatlara ve doktorlara ulaşamadığını kaydeden Komite, DGR'nin sivil bir makamın kontrolü altına alınmasını tavsiye etmiştir. Komite ayrıca, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin de parçası olduğu Ürdün özel mahkemeler sistemi konusundaki kaygılarını ifade etmiştir. Bazı kaynaklara göre bu sistemde, insan hakları ihlalleri iddialarına maruz kalan güvenlik servisinin asker ve sivil üyeleri her türlü hukuki sorumluluktan hesap vermemek için korunmaktadır ve yargılamalar her zaman adil yargılanma hakkını güvence altına alan kurallara uygun olarak yapılmamaktadır. Son olarak, İşkenceye karşı Sözleşme'nin 15. maddesi ile ilgili olarak Komite, aşağıdaki sonuçlara varmıştır :

« İşkenceyi açıkça belirtmeyen Ceza Muhakemeleri Kanununun 159. maddesini [zorla alınan itirafların dosya dışında bırakılması] kaydeden Komite, zorla elde edilen itirafların Taraf Devletin mahkemeleri tarafından geniş bir şekilde kullanıldığı ile ilgili bilgiler konusunda kaygılarını dile getirmektedir.

(...)

Taraf Devlet, Sözleşme'nin 15. maddesine uygun olarak, mahkemeler önünde işkence ile elde edilen itirafların davalarda kabul edilmemesini güvence altına almak için gerekli tedbirleri almak zorundadır. Komite Taraf Devletten, işkence ile elde edilen delillerin davalarda dikkate alınmasını, hiç taviz vermeden yasaklamasını ve Komiteyi, itiraf elde etmekten dolayı yargılanan ve cezalandırılan kamu görevlileri olup olmadığı konusunda bilgilendirmesini ricasında bulunmaktadır. »

3. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi

108. Ürdün ile ilgili 18 Kasım 2010 tarihli son önerilerinde (CCPR/C/JOR/CO/4) Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin (« İnsan Hakları Komitesi »), özellikle Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'ni kendi iç hukukunun bir parçası haline getirmesi başta olmak üzere, Ürdün tarafından yapılan reformlardan dolayı memnuniyetini dile getirmektedir. Komite ancak, tutuklama yerlerinde ve özellikle DGR merkezlerinde işkence ve kötü muamele olaylarının yüksekliği konusunda, kamu görevlilerine atfedilen işkence ve kötü muamele vakaları ile ilgili şikayetleri inceleyen gerçek bir bağımsız mekanizmanın olmaması, bu davalarda açılan soruşturma sayısının azlığı, tutukluların hızlı bir şekilde avukat yardımından faydalanması ihtimalinin olmaması ve bağımsız bir doktor tarafından muayene edilememeleri konusunda ve NGO lara tutuklama yerlerine gitmelerinin yasaklanması ile ilgili bilgiler konusunda kaygılarını dile getirmiştir. Bu nedenle Komite, işkence iddialarının incelenmesi konusunda etkili ve bağımsız bir mekanizmanın oluşturulmasını, soruşturmanın ve kovuşturmanın derinlemesine bir şekilde yapılmasını, tüm tutukluların istedikleri avukata hemen ulaşabilmelerinin ve bağımsız bir doktor tarafından muayene

edilmelerinin sağlanmasını ve tüm tutukevlerinin tarafsız ziyaret edilebileceği bir sistem oluşturmasını tavsiye etmiştir.

Bununla birlikte Komite, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin düşük olan gerek organik ve gerekse işlevsel bağımsızlığı konusunda kaygılarını ifade etmiştir ve bu yargı organının kaldırılmasını tavsiye etmiştir.

4. İşkence ile ilgili Birleşmiş Milletler özel raportörü

109. 5 Ocak 2007 tarihli İnsan Hakları Konseyi'ne sunulan raporda (A/HRC/4/33/Add.3) işkence ile ilgili Birleşmiş Milletler özel raportörü (« işkence ile ilgili özel raportör ») Manfred Nowak özellikle, DGR'nin kendisinin tutuklularla başbaşa kalmasına izin vermeyi reddettiğini belirtmiştir ve aşağıdaki sonuca varmıştır :

« İşkence ve kötü muamele ile ilgili güvenilir ve uyumlu birçok iddia, özel raportörün dikkatine sunulmuştur. Özellikle Gizli Servis Teşkilatı'nın (DGR), terörle mücadeledeki ve ulusal güvenliğin korunması konusundaki amaçlarına ulaşmak amacıyla itiraf elde etmek ve bilgi sahibi olmak için işkenceye başvurduğu ve Adli Polis Biriminin de aynı şekilde itiraf elde etmek için sıradan ceza soruşturmaları kapsamında aynı yöntemle başvurduğu iddia edilmiştir. Bu iki kurumun, işkence yapılması konusunda Ürdün'de en iyi tanınan cezaevlerini kontrol etmelerinden ve toplanan tüm deliller dolayısı, bu iddiaların yerinde olup olmadığının tespiti için kendisinin tutuklularla özel olarak görüşme talebinin, Gizli Servis Teşkilatı tarafından reddedilmesini ve bazı devlet memurlarının kendi çalışmasını sistemli bir şekilde engellemeye çalışmasını dikkate alan özel raportör, işkencenin Gizli Servis Teşkilatı'nda ve Adli Polis Biriminde olağan olduğunu teyid etmektedir. (...) Bununla birlikte uygulamada, işkence ve kötü muamaleye karşı mücadele konusunda Ürdün mevzuatında öngörülen hükümler ve güvenceler etkisizdir çünkü, bu memurlar tarafından işlenen eylemler, hiçbir bağımsızlık ve tarafsızlık güvencesine sahip olmayan özel yargı organları tarafından incelendiğinden, pratikte polisler, gizli servis mensupları ve askerlerden oluşan güvenlik servisleri, bağımsız her türlü cezai soruşturmadan ve hukuki kontrolden korunmaktadırlar. »

110. Bu bağlamda raportör ayrıca, aşağıdaki ifadeleri kullanmıştır (yazı işleri müdürlüğünün çevirisi) :

« 57. Özel raportör, bir suç işleme şüphesi altında olan bir şahsın ağır yaralar taşıması durumunda bile, kendiliğinden soruşturmalara başlanılmadığının altını çizmektedir; hiçbir kamu görevlisi, en ciddi durumda [kötü muamele] ile ilgili iddialar konusunda soruşturma yapıldığını kendisine gösterememiştir. Bu tespit, zamanında tutuklular üzerinde bulunan yaraların doktor raporuyla belgelenmesi durumunda da söz konusudur. (...) »

60. Paradoksal bir şekilde, güvenlik kuvvetleri kendi kurumlarında işkence yapıldığı konusunda hiçbir zaman herhangi bir iddiada bulunulmadığını iddia etmelerine rağmen, Yargıtay, güvenlik kuvvetlerinin sanıklara işkence yaparak itiraf elde edildiği gerekçesiyle, birçok mahkûmiyet kararını iptal etmiştir. Üzüntü verici bir şekilde, varılan bu sonuçlar bile, ilgili kamu görevlilerinin davranışları ile ilgili herhangi bir soruşturma açılmasına neden olmamıştır ve bu davalarda söz konusu eylemlere katılan güvenlik kuvvetlerinin hiçbir üyesi yargı önüne çıkarılmamıştır.

61. Bununla birlikte, sistemi savunmak için makamların temsilcileri açıkça, sanıkların özel yargı organları önünde takibata uğradığı davalardaki Yargıtay'ın ön kararlarını öne sürmektedirler ve bu kararların, bu özel mahkemelerin kararlarına karşı yüksek yargı organı önünde başvurma ihtimaline imkân veren bağımsız bir kontrol olduğunu ifade etmektedirler.

62. Ancak, *cezasızlık sorunu ve işkence ve kötü muamele durumunda özel polis mahkemeleri veya gizli servis ajanları tarafından soruşturma açılması sorunu* ile ilgili olarak, Yargıtay önünde bir polisin beraatine karşı yapılan itirazların sonuç verdiğini ve hatta böyle bir başvurunun varlığını gösteren herhangi bir örnek öne sürülmemiştir.

63. Bu unsurlar, cezasızlığın tamamen uygulandığı sonucuna götürmektedir. Özel yargı organları sistemi kesinlikle işlememektedir. İşkence'nin, işkenceye karşı Sözleşme'nin 1. maddesine uygun olarak bir cezai suç olarak kabul edilmemesi sadece problemin bir bölümünü oluşturmaktadır. Problem büyük oranda, masumiyet karinesinin soyut olduğu, önceliğin itiraf elde etmek olduğu, kamu görevlilerinin ödev anlayışından tamamen uzak olduğu ve suç işleme iddiası altında olan şahıslara karşı yapılan insan hakları ihlalleri konusunda soruşturma yapma sorumluluklarının olmadığı ve özel yargı organları sisteminin sadece güvenlik kuvvetlerini korumaya yaradığı bir sistemden kaynaklanmaktadır.[atıf unutulmuştur] »

111. Raportör, tutuklular için birçok temel güvencenin yapılmasını önermiştir ve bu öneriler arasında itirafların kabuledilmesi ile ilgili en iyi kuralların oluşturulması ve Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin kaldırılması bulunmaktadır.

B. Diğer raporlar

1. Uluslararası Af Örgütü

112. Uluslararası Af Örgütü, Ürdün'deki tutuklulara yapılan muameleler ile ilgili birçok rapor hazırlamıştır. Af Örgütü'nün « (Ürdün: sizin itiraflarınızı imzalamaya hazırdır : politik şüphelilerin tutuklanması ve işkenceye maruz bırakılması (Jordan: 'Your confessions are ready for you to sign': detention and torture of political suspects) » isimli en toparlayıcı raporu Temmuz 2006 tarihinde yayınlanmıştır. Rapor, özellikle DGR'de, mağdurlara göre sistemli bir şekilde ve her türlü cezasızlıkla yapılan işkenceyi kolaylaştıran gizli bir tutuklama sisteminden dolayı Ürdün'ü eleştirmektedir. Raporu kaleme alanlar, DGR'nin bu konuda geniş bir hareket alanına sahip olduklarını çünkü, DGR'nin ajanlarının savcılarının (ve yargı gücünün) otoritesi altında olduklarını ve bu durumun DGR'ye, sorgulama için süre uzatımını kendisinin yapmasına imkan verdiğini belirtmişlerdir. Raporun yazarları, bir tutuklu için beyanlarının DGR'nin ajanlarına yönelik olması durumunda, işkenceye maruz kaldığını ispatlamanın uygulamada imkânsız olduğu görüşündedirler. Raporu kaleme alanlar ayrıca, her ne kadar sınırlı da olsa, Ürdün İnsan Hakları Ulusal Merkezi ve Kızıl-Haç Uluslararası Komitesi (« le CICR ») tarafından

yapılacak kontrol sisteminin oluşturulmasının pozitif bir tedbir olduğunu belirtmişler ve bu bağlamda iki organizasyonun, DGR’de tutuklu bulunan tüm şahıslarla görüşmelerinin engellendiğinin altını çizmişlerdir.

113. Rapor, her ne kadar 2001 yılında Ceza Muhakemeleri Kanununun 66. maddesinde yapılan değişikliklerin tutuklulara, gizli tutulmaları durumunda bile avukatlarıyla görüşmelerine izin veriyorsa da, bu hükme aykırı bir şekilde Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin uygulamalarının, sanıkların tutuklamalarının gizliden uzatılmasından ibaret olduğunu belirtmiştir. Rapor ayrıca, savcı önünde yapılan sorgulamalarda avukatın bulunması hakkının muhtemel ihlallerinden bahsetmiştir ve Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin işkence iddiaları karşısında « açıkça hareketsiz » olduğunu ve bu iddiaları ciddi bir şekilde imzalamadığını belirtmiştir. Dolayısıyla Devlet Güvenlik Mahkemesi önünde yapılan yargılamalar genel olarak adil değildir ve bu mahkeme, işkence ile elde edilen itiraflara dayanarak sanıkları mahkûm etme eğilimindedir. Rapor, geçmiş son on yılda Devlet Güvenlik Mahkemesi önünde yüz sanığın işkence altında itirafta bulunduklarını iddia ettiklerini, bu iddaların 2005 yılında 14 davada öne sürüldüğünü, ama Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin bu iddiaları usulüne uygun bir şekilde incelemediğini ve Yargıtay önünde yapılan başvuruların, gerekli güvenceyi oluşturmadığını eklemiştir.

114. Rapor, DGR’nin işkence altında aldığı itirafla ilgili olarak Devlet Güvenlik Mahkemesi’ne başvuru dokuz olay sunmaktadır ve bu olaylar arasında milenyum komplosu davası da bulunmaktadır. Rapor bu davada, Abu Hawsher dâhil olmak üzere sanıklardan en az dört kişinin DGR tarafından yapılan sorgu sırasında işkence gördüklerini belirttiklerini çünkü, bazı kaynaklara göre ilgili şahısların avukatlarının ve yakınlarının onları ilk gördükleri zaman vücutlarında işkence izlerinin olduğunu gördüklerini ifade etmiştir. Suç yerinde yapılan keşif sırasında tanıklar, sanıklardan Bay Sa’ed Hijazi’nin iki korumadan destek aldığını gördüklerini çünkü tek başına ayakta kalmasının açıkça imkânsız olduğunu beyan etmişlerdir. Ayrıca bir doktor, bir başka şahsın, (Ürdün ve Amerikan vatandaşı olan) Bay Ra’ed Hijazi’nin zatürre olduğu halde gizli bir şekilde tutuklu kaldığını ifade etmiştir. İlgili şahsın üzerinde işkence izleri olduğunu gördüğünü beyan eden Amerika Birleşik Devletleri, diplomatik dokunulmazlık nedeniyle bu davada tanıklık yapamamıştır.

115. Rapor ayrıca, Ürdün ile Birleşik Krallık arasında imzalanan mutabakat belgesinin duruma uyarlanabilir olmadığı, çünkü Ürdün’ün işkence yapma kesin yasağına uymadığı sonucuna varmıştır. Bunun yanında rapor, ülkeye varmasından sonra iade edilen şahsın durumunun kontrolünün, işkencenin önlenmesi konusunda yasal, adli ve idari güvencelerin sistemli bir şekilde varlığını dayatan uluslararası kurallara saygının yerine geçemeyeceğini belirtmiştir : bu kontrol mesleki kurumlar tarafından yapılsa bile, işkenceyi engellemeye yetmemektedir.

2. İnsan Hakları İzleme Komitesi

116. « *Suspicious Sweeps: the General Intelligence Department and Jordan's Rule of Law Problem* » (Şüpheli baskınlar: Gizli Servis Teşkilatına ve Ürdün'de hukuk devletine saygı problemi) isimli 18 Eylül 2006 tarihli raporunda İnsan Hakları İzleme Komitesi (Human Rights Watch), DGR tarafından yapılan kötü muamelelerden bahsetmektedir ve aşağıdaki ifadelerle Devlet Güvenlik Mahkemesi savcılarının oynadığı rolü tanımlamaktadır (yazı işleri müdürlüğünün çevirisi) :

« Devlet Güvenlik Mahkemesi, Ürdün Anayasası'nın 99 ve 100. maddelerine göre oluşturulmuş bir özel mahkemedir.

(...)

Personnel dairesinin şefi, savcılık kadrosuna bir askeri tayin etmektedir; bu mahkemenin bağımlılık karakterini göstermektedir. Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin savcılarının büroları DGR'nin binalarında bulunmaktadır. Devlet Güvenlik Mahkemesi savcısı, tutuklulara suçlamaları yöneltten görevlidir ve onların tutuklu kalmasına izin vermektedir. Dolayısıyla suç işlemekten şüphelenilen DGR'de tutulan şahıslar hakkında işledikleri suçlardan dolayı soruşturma yapan Devlet Güvenlik Mahkemesi savcısı bir askerdir ve gizli servisin ajanları ile hiyerarşide son derecede bulunan aynı idari makama bağlıdır. Bu durum, tarafsızlık ve bağımsızlık konusundaki temel bir eksikliği yansıtmaktadır.

(...)

Devlet Güvenlik Mahkemesi ile ilgili yasanın 7. maddesi, bu mahkemenin yetkisine giren bir suç işlendiğinden şüphelenilen soruşturmaya konu olan şahısların, haklarında dava açılması için savcı önüne çıkarılmalarından önce, « gerektiğinde en fazla yedi gün süreyle » tutuklu kalabileceklerini belirtmektedir. Şüpheli hakkında dava açılmasından sonra savcı, « soruşturmanın çıkarı gerektiriyorsa » tutuklama kararını onbeşer günlük sürelerle uzatabilmektedir ve tutuklama onbeşer günlük sürelerle tekrar uzatılabilmektedir. Halen görevde olan bir savunma avukatı, İnsan Hakları İzleme Komitesi'ne (Human Rights Watch) « tutukluların normalde altı ay süreyle DGR'de kaldıklarını » belirtmiştir. « DGR soruşturmasını bitirdiği zaman tutuklular ya normal bir cezaevine gönderilir veya serbest bırakılır ».

Ürdün hukukunda, her ne kadar şahıs suçlandığı zaman soruşturma yapmaya resmi anlamda görevli makam savcı olsa da, uygulamada Devlet Güvenlik Mahkemesi önünde yapılan tüm davalarda savcı, soruşturmayı yürütme ve özellikle sorguya çekme görevleri ile ilgili sorumlulukları DGR ajanlarına devredilmektedir. İnsan Hakları İzleme Komitesi (Human Rights Watch) tarafından görüşülen tüm tutuklular, haklarında dava açılması için savcı önüne çıkarılmaları hariç olmak üzere, tutuklulukları süresinde sadece DGR ajanları ile karşılaştıklarını söylemişlerdir. Ancak bazı tutuklular, DGR ajanları tarafından mı yoksa savcılık bürosunun üyeleri tarafından mı sorguya çekildiklerini kesin bir şekilde söyleyemeyeceklerini, çünkü hepsinin sivil elbise giydiklerini ve aynı şekilde sorguya çektiklerini ve bunların bürolarının birbirlerine yakın olduğunu beyan etmişlerdir.

Savcı da, tutukluların işkence veya kötü ve insanlıkdışı muamele ile ilgili şikâyetleri incelemeye hukuken yetkili bir makamdır. Ürdün hukuku, DGR ajanları dâhil olmak

üzere tüm kamu görevlilerine şikâyetleri almayı ve bunları üstlerine iletmeyi dayatmaktadır. Savcının, yasanın ihlal edilmesi ile ilgili şikâyetler konusunda soruşturma yapma rolü vardır ama, DGR yapısından tamamen bağımsız olmaması bu rolü tamamen etkisiz hale getirmektedir. Devlet Güvenlik Mahkemesi önünde onlarca müvekkilini savunan avukat Samih Khrais, İnsan Hakları İzleme Komitesi'ne şu beyanlarda bulunmuştur : « eğer tutuklu işkence altında itirafta bulunduğunu söylüyorsa savcı onu hücreye göndermektedir ». Bay Khrais'e göre, Devlet Güvenlik Mahkemesi savcısının rolü nedeniyle ve işkence sonucu elde edilen ifadelerin kabul edilmemesinden dolayı, Devlet Güvenlik Mahkemesi savcılarının işkence iddialarının devamını getirme eğiliminde değiller. Hakkında dava açılmasından önce ve sonra işkence gördüğünü beyan eden bir tutuklu Mustafa R. İnsan Hakları İzleme Komitesi'ne, hakkında dava açılması için savcı önüne çıkarıldığında, kendisinin DGR'de olan savcının bürosunda, savcı ile yalnız olduğunu, onu sorguya çekenlerin dışarıda onu hücreye koymak için beklediğini ve savcının kendisine, sorgusu sırasında yasaya aykırı bir şiddet eylemine veya zorlamaya maruz kalıp kalmadığını sormadığını söylemiştir. Bir başka eski tutuklu Muhammad al-Barqawi İnsan Hakları İzleme Komitesi'ne, bir tutuklunun avukat istemesi veya işkence iddiasında bulunması durumunda, savcının « bu şahsın halen hazır olmadığını » ve onu tekrar sorguya gönderdiğini söylemiştir. »

117. « *Torture and Impunity in Jordan's Prisons* » (Ürdün cezaevlerinde İşkence ve cezasızlık) isimli, 2007 ve 2008 yıllarında cezaevlerine yaptığı ziyaretler sonucu oluşturulan 8 Ekim 2008 tarihli raporunda İnsan Hakları İzleme Komitesi, işkencenin Ürdün cezaevlerinde günlük ve genel bir uygulama olmaya devam ettiği sonucuna varmıştır. Görüşülen 110 tutukludan 66'sı, kötü muamele gördüğünü söylemiştir. Raporu kaleme alanlar ayrıca, cezaevinde gardiyanların da tutuklulara işkence ettiği ve savcılar ve hâkimlerin failller hakkında cezai soruşturma yapma eğiliminde olmadığı sonucuna varmışlardır. Raporu yazanlar, Ürdün Hükümeti'nin kendilerinin cezaevlerini ziyaret etmesine izin vermesi iradesinin övgüye değer olduğunu ve reform konusunda pozitif bir girişimi yansıttığını, ama makamların kamuya açık bir şekilde ifade ettikleri kaygının kalıcı bir şekilde uygulamaya geçilmediğini kaydetmiştir : tutuklular cezaevinin kurallarına uymadıkları zaman, doktor talep ettikleri zaman, telefon etmek veya ziyaretçi kabul etmek istedikleri zaman veya şikâyet ettikleri zaman sistemli bir şekilde işkenceye maruz kalmaktadırlar ; islamcı tutuklular diğerlerine göre daha fazla kötü muameleye maruz kalmaktadırlar ; işkence iddialarının oranı düşmüştür ama, genel bir uygulama olmaya devam etmektedir. Raporu kaleme alanlar, her ne kadar üst düzey cezaevi sorumluları kaba dayığa izin verse de, işkencenin genel bir politika olmadığını ama kişisel sorumluluğa gidilebilmesine imkân veren mekanizmaların olmamasından dolayı, « hoşgörü gösterilen bir uygulama » olduğunu eklemiştir. Hükümet, telafiyi sağlayabilecek en iyi ihtimalleri sunmak için gerekli tedbirleri çok isteksiz bir şekilde almıştır ama, bu tedbirleri kararlı bir şekilde yürütmemiştir.

118. 2010 tarihli tüm ülkelerle ilgili raporunun Ürdün ile ilgili kısmında İnsan Hakları İzleme Komitesi ayrıca, Ürdün İnsan Hakları Ulusal Merkezi tarafından yapılan işkenceye karşı formasyon programları gibi

alınan yeni reform tedbirlerinin pozitif olduğunu ama yeterli olmaktan uzak olduğunu, çünkü Ürdün makamlarının bu fiillerin faillerini yargı önüne çıkarma iradesinin ve bu konudaki etkili mekanizmaların olmadığını belirtmiştir.

3. Ürdün İnsan Hakları Ulusal Merkezi

119. 2005 tarihli raporunda Ürdün İnsan Hakları Ulusal Merkezi (« le CNDH »), her ne kadar Ürdün yasasının açıkça zorlamayla elde edilen itiraflara dayanan mahkumiyetlerin usule aykırı olduğunu belirtse de, özellikle tanık yokluğu ve adli doktorların kötü muamele izlerini ortaya çıkarmalarını engelleyen tutuklama süresinin uzunluğu dikkate alındığında, sanıklar için zorlamayla ifade alındığını ispatlamanın zor olduğunu kabul etmektedir.

120. 2007 tarihli raporunda Ürdün İnsan Hakları Ulusal Merkezi, ceza davalarındaki verilerin, « birçok davada adil yargılanma hakkının temel kriterlerine saygı konusunda açık bir eksikliği » ortaya çıkardığını kaydetmektedir. İnsan Hakları Ulusal Merkezine göre, özellikle Devlet Güvenlik Mahkemesi önünde sivillerin davasında hakimler ordu lehine hareket etme eğilimindedirler ve bu durum hukuki bağımsızlık ilkesine zarar vermekle birlikte, prosedürün adil olması için gerekli olan güvenceleri zedelemektedir.

121. 2008 tarihli raporunda İnsan Hakları Ulusal Merkezi, özellikle uzun tutuklama süreleri söz konusu olduğu zaman ve şahısların ifadelerini alan kişilerin zorlama fiillerinin failleri olmadığı gibi hareket edildiğinden dolayı işkence olgularını tespit etmenin zor olduğunu belirtmiştir ; bu ifadeler usule uygun ve yerinde olan delilleri oluşturmaktadır. Merkez, yılın belli bir bölümünde cezaevlerine ziyaret etmesinin yasaklandığını eklemiştir. Son olarak Merkez, işkence ile mücadele konusunda Hükümetin pozitif tedbirler aldığını belirtmiştir.

122. 2009 tarihli raporunda İnsan Hakları Ulusal Merkezi, işkence ile mücadele konusunda alınan tedbirlerin « hala çok az olduğunu ve kararlı olmadığını » belirtmiştir. Merkez cezai suçların önlenmesi ile ilgili yasada (adli kontrol olmadan gizli bir şekilde tutuklamaya imkan veren) ve devlet güvenliği ile ilgili yasada (hakim önüne gönderilmeden önce yedi gün tutukluluğa imkan veren) sorun yaratan hükümlerin ısrarlı bir şekilde olduğunu ortaya koymuştur. İnsan Hakları Merkezi, bir şüpheli tarafından savcının yokluğunda yapılan beyanların « alındığı şartlara ilişkin delillerin iddia makamına bildirilmesinden » ve bu beyanların « iradeye dayalı olarak alınmasından » dolayı bu beyanların geçerli olmasını kaygıyla kaydetmiştir.

4. Amerika Birleşik Devletleri Dışişleri Bakanlığı

123. Ürdün'deki insan hakları ile ilgili 2009 tarihli raporunda Amerika Birleşik Devletleri Dışişleri Bakanlığı, işkencenin halen yerleşik bir

uygulama olmaya devam ettiğini belirten ulusal ve uluslararası NGO'lar (hükümet dışı kuruluşları) tarafından dile getirilen kaygıları kaydetmiştir. NGO'lar ayrıca işkence iddialarının sayısının düştüğünü de gözlemlemiştir. Dışişleri Bakanlığı ayrıca, NGO'ların şikayetlerinin kabul edilmesi ile ilgili mekanizmaların iyileştirildiğini ama ek reformların gerekli olduğunu belirttiklerini gözlemlemiştir. Rapor bununla birlikte aşağıdaki bölümü içermektedir (yazı işleri müdürlüğünün çevirisi) :

« Daha önceki yılların aksine, Devlet Güvenlik Mahkemesi önüne çıkarılan sanıklar, işkence ile ilgili kamuya açık bir şekilde yeni iddialar öne sürmemektedirler. 15 Nisan tarihinde, 2007 ile 2008 yılları arasında işkence görmekten dolayı şikayet eden beş sanıktan üçü, beş yıl hapis cezasına çarptırılmıştır; diğer ikisi delil eksikliğinden dolayı beraat etmişlerdir. Makamlar işkence iddialarını temelden yoksun bulmuşlardır; Ocak 2008 tarihinde Cisjordanie'ye (Filistin yerleşim yeri) silah götürmekten dolayı suçlanan iki şahsın işkence iddiaları ile ilgili de yine aynı sonuca varılmıştır; bu iki şahsın davaları o senenin sonlarında halen derdest durumdaydı.

14 Mayıs tarihinde Devlet Güvenlik Mahkemesi Nidal Momani, Tharwat Draz ve Sattam Zawahra'yı, 2006 yılında yabancı bir ülkenin yöneticisini öldürme amacıyla yapılan komplodan dolayı idam cezasına çarptırmıştır ama, cezalarını hemen onbeş yıllık hapis cezasına çevirmiştir. 2007 ve 2008 yıllarında sanıklar, onlardan itiraf elde etmek için kaba dayığa ve psikolojik baskılara maruz kaldıklarını beyan etmişlerdir. »

124. 2010 tarihli raporunda Dışişleri Bakanlığı, Ürdün yasalarının işkenceyi yasakladığını ama, uluslararası NGO'ların, gözaltında ve tutukevlerinde güvenlik kuvvetleri tarafından işkencenin ve kötü muamelenin yapılmasının genel olarak yaygın bir uygulama olduğunu belirttiklerini kaydetmiştir. Yakalamalarla ve yargılama prosedürleri ile ilgili olarak Dışişleri Bakanlığı şunları ifade etmiştir (yazı işleri müdürlüğünün çevirisi) :

« Devlet Güvenlik Mahkemesi, cezai soruşturmaları yapmakla görevli adli polise, şahısları yakalama ve on gün süreyle tutma hakkı vermektedir. Polislerin de, suç işlemekten şüphelenilen birini yakalama yetkileri vardır. Devletin güvenliğinin söz konusu olduğu davalarda güvenlik kuvvetleri, herhangi bir mahkeme kararı ve adli kontrol olmadan şahısları yakalamışlar ve tutuklamışlardır, sanıkları haklarındaki suçlamalar konusunda bilgilendirmeden onları uzun süre tutuklu halde bırakmışlar, onlara avukatlarını görme imkanı vermemişlerdir ve onlara sadece davalarından hemen önce avukatlarını görmek için çok az süre vermişlerdir. Devlet Güvenlik Mahkemesi önüne çıkarılan şahıslar genel olarak kendi avukatlarıyla sadece davanın başında veya bir veya iki gün öncesinde görüşebilmektedirler. [Teoride], mahkeme önündeki dava, istisnai şartlarda ancak kırk sekiz saat süreyle ertelenebilmektedir. Uygulamada duruşmalar düzenli bir şekilde on günden fazla süreyle ertelenmektedir ve bu durum davanın, toplamdaki süresini birçok aya çıkarmaktadır. Birçok durumda sanık, yargılama sırasında serbest kalma ihtimali olmadan tutuklu kalmaktadır. Birçok tutuklu, senenin sonunda ne ile suçlandıklarını bilmemektedirler. »

Rapor ayrıca, yargı gücünün bağımsızlığının Ürdün hukukunda öngörüldüğünü ancak, birçok iddiaya göre uygulamada, bu bağımsızlığın adam kayırma ve sistemli etkiden dolayı zarara uğradığını belirtmiştir.

V. İŞKENCE VE İŞKENCE İLE ELDE EDİLEN DELİLLERİN KULLANILMASI KONUSUNDA KARŞILAŞTIRMALI HUKUK VE ULUSLARARASI HUKUKUN İLGİLİ UNSURLARI

A. Birleşmiş Milletler işkence, diğer zalimane, gayri insani veya küçük düşürücü muamele veya cezaya karşı Sözleşme

1. Sözleşme'nin ilgili hükümleri

125. Aralarında Avrupa Konseyi'nin tüm üyelerinin olduğu yüz kırk dokuz devlet, 1984 tarihli Birleşmiş Milletler işkence, diğer zalimane, gayri insani veya küçük düşürücü muamele veya cezaya karşı Sözleşme'ye (« İşkenceye karşı Sözleşme ») taraftır. Bu Sözleşme'nin birinci maddesi işkenceyi şu şekilde tanımlamaktadır :

« (...) « işkence » terimi, bir kişiyi veya üçüncü bir kişiyi işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek amacıyla veya ayırım gözetin herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya onayıyla uygulanan ağır bir şekilde fiziki veya manevi acı veya ızdırap veren bir fiil anlamına gelir. Bu kavram sadece meşru cezaların uygulanmasından doğan, bu cezaların tabiatında olan ve bunların doğurduğu acı ve ızdırabı içermez. »

126. İkinci paragrafında bu madde, konu hakkında daha geniş uygulama hükümleri içeren herhangi uluslararası bir belgeye veya ulusal mevzuata helal getirmeyeceğini belirtmektedir. 2. madde devletlere, yetkisi altındaki topraklarda işkence eylemlerini önlemek için etkili yasal, idari, adli veya başka diğer tedbirleri almayı dayatmaktadır. 4. madde devletlere, tüm işkence eylemlerinin kendi ceza kanununa göre suç olarak kabul edilmesini sağlama yükümlülüğü yüklemektedir.

127. 3. madde şu şekildedir :

« 1. Hiçbir Taraf Devlet bir şahsı, işkenceye tabi tutulacağı tehlikesi olduğuna dair esaslı sebeplerin olması durumunda başka devlete geri göndermeyecek, sınır dışı etmeyecek veya iade etmeyecektir.

2. Bu gibi esaslı sebeplerin bulunup bulunmadığını tespit etmek için yetkili makamlar, söz konusu devlette mümkün olduğu kadar sistemli biçimde yaygın, açık ve yoğun insan hakları ihlalleri bulunup bulunmadığı dahil olmak üzere, tüm ilgili hususları göz önünde tutacaktır. »

128. 12. maddeye göre, her Taraf Devlet, kendi topraklarında bir işkence eyleminin işlendiği konusunda ciddi nedenlerin olması halinde, yetkili makamların derhal, tarafsız soruşturma yürütmelerini sağlayacaktır

129. 15. madde, her Taraf Devletin işkence yapılarak alındığı tespit olunan tüm beyanların, işkence yapmakla itham olunan kişi aleyhinde delil

olarak kullanılması hariç, herhangi bir kovuşturmada delil olarak kabul kullanılmamasına özen göstereceğini düzenlemektedir.

2. İşkenceye karşı Sözleşme'nin 15. maddesi ile ilgili içtihat ve raporlar

a) İşkenceye karşı Komite

130. *P.E./Fransa* (21 Kasım 2002, komunikasyon n° 193/2001, CAT/C/29/D/193/2001) davasında Fransa'dan İspanya'ya iade edilen ve İspanya'ya iade edilmesi talebinin işkence sonucu elde edilen üçüncü kişinin beyanlarına dayandığını iddia eden bir Alman vatandaşının durumunu inceleyen Komite, başvuruda bulunan şahsın bu iddiaların doğruluğunu ispatlamadığı gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir. Ancak Komite, 15. madde hükümlerinin, Fransa'da yapılan iade prosedürüne uygulandığını ve ülke makamlarının ilgili şahıs tarafından yapılan iddiaların gerçek olup olmadığını belirlemeye mecbur olduklarını ifade etmiştir. Sonrasında yine İspanya'ya iade edilmesi talebinin olduğu bir prosedür kapsamında, bu talebin işkence sonucu elde edilen üçüncü kişinin beyanlarına dayanması ile ilgili olan *G.K./İsviçre* (7 Mayıs 2003, komunikasyon n° 219/2002, CAT/C/30/D/219/2002) kararında Komite, 15. madde ile konulan yasağın « genel niteliğini » ve bu hükmün iade prosedürüne uygulandığını teyid etmiştir. Ancak bu davada, üçüncü kişi tarafından iddia konusu işkencecilere karşı açılan prosedür İspanyol makamları tarafından reddedildiğinden Komite, başvuruçunun iddialarının ispatlanmadığı ve İsviçre'nin 15. maddeyi ihlal etmediği sonucuna varmıştır

131. Rusya Federasyonu ile ilgili 6 Şubat 2007 tarihli sonuç ve önerilerinde (CAT/C/RUS/CO/4) Komite, uygulamada görünüşe bakılırsa mahkemelerin işkence ile elde edilen delilleri kabul etmeme ve bu konuda hemen, tarafsız ve etkili bir soruşturma emri vermedikleri konusunda kaygılarını dile getirmiştir. Kaldı ki Rus Ceza Muhakemeleri Kanunu işkence ile elde edilen delillerin kabul edilemeyeceğini düzenlemektedir. Komite Taraf Devlete, işkence veya kötü muamele altında alınan deliller ile ilgili olarak mahkemelerin yapması gerekenler konusunda alması gereken tedbirler ile ilgili olarak hukuki düzenlemeler yapmayı tavsiye etmiştir. Bu düzenlemelerin, uygulamada işkence ile elde edilen delillerin kabul edilmemesi mutlak ilkesini güvenceye alacak şekilde yapılması gerektiği belirtilmiştir.

Amerika Birleşik Devletleri ile ilgili 25 Temmuz 2007 tarihli sonuç ve önerilerinde (CAT/C/USA/CO/2) Komite ayrıca, Guantánamo Bay'da (Küba) tutulan şahısların durumlarını incelemekle görevli organlara ve askeri komisyonlara Sözleşme'nin 15. maddesinin uygulanması ile ilgili kaygılarını dile getirmiştir. Komite Amerika Birleşik Devletleri'ne, kendi otoritesi altında olan tüm tutukluların haklarını güvence altına almak için bağımsız bir mekanizmanın oluşturulmasını tavsiye etmiştir.

Meksika ile ilgili 26 Mayıs 2003 tarihli raporunda (CAT/C/75) Komite, savcılık makamı veya hakim huzurunda olmayan veya avukat yokluğunda yapılan itirafların hiçbir hukuki değerde olmadığını düzenleyen Meksika Anayasası'nın 20. maddesinin uygulamada işkenceyi önlemek için yeterli olmadığını belirtmiştir. Komite, tutukluların savcıya işkence gördüklerini söylemeye korktuklarını, tutukluların polis ve savcılık makamının sıkı bir şekilde işbirliği içinde çalıştıklarını, hukuk danışmanlarına yeteri kadar ulaşamadıklarını, tutukluların sorgu için bir servisten diğerine devamlı bir şekilde transfer edildiklerini ve bu sorguların zorla yapılan itiraflarla sonuçlandığını, savcıların işkence iddiaları ile ilgili soruşturma yapmadığını veya soruşturma yapmaları durumunda bile işkence ile elde edilen delilleri kullandıklarını ve tıbbi bilirkişilerin savcılık makamından yeteri kadar bağımsız olmadığını kaydetmiştir. Komite'ye göre, zorlama ile elde edilen itirafların dosya kapsamından çıkartılması « olağanüstü zordur » çünkü mahkemelerin, itirafların irade ile yapılıp yapılmadığını belirleme konusunda hiçbir bağımsız yöntemi bulunmamaktadır (raporun 155, 196'den 202'e kadar, 219 ve 220 paragrafları).

b) Fransa

132. *Irastorza Dorronsoro* (n° 238/2003, 16 Mayıs 2003) davasında, Pau İstinaf Mahkemesi, İspanya tarafından yapılan iade talebini reddetmek için İşkenceye karşı Sözleşme'nin 15. maddesine dayanmıştır. İspanyol makamları üçüncü kişi Bayan Sorzabal Diaz tarafından tutuklulukta verilen beyanların, Bay Irastorza Dorronsoro'nun aleyhine olan tek delil olduğunu kabul etmişlerdir. İstinaf Mahkemesi, Bayan Sorzabal Diaz'ın tutuklu haldeyken fiziki kötü muameleye maruz kaldığını düşünmek için ciddi nedenlerin olduğuna ve bu konuda İspanyol makamları tarafından yapılan soruşturmaların bu kaygıları gidermediğine karar vermiştir. Dolayısıyla hakimler, ilgili şahsın beyanlarının 15. maddeye aykırı bir şekilde alınmasının gözardı edilemeyeceğini ifade etmiştir. Bu gerekçelerle hakimler iade talebini reddetmişlerdir.

c) Almanya

133. Düsseldorf İstinaf Mahkemesi de (*Oberlandesgericht*), 27 Mayıs 2003 tarihinde terörizmle suçlanan birinin Türkiye'ye iadesi talebini reddettiği zaman İşkenceye karşı Sözleşme'nin 15. maddesine dayanmıştır. Türkiye'nin İşkenceye karşı Sözleşmeyi imzaladığını ve kendi iç hukukunun parçası haline getirdiğini kabul eden İstinaf Mahkemesi, iadesi talep edilen şahsın durumunda bu Sözleşme hükümlerine saygı gösterilmeyeceği konusunda gerçek bir riskin (*konkrete Gefahr*) olduğuna karar vermiştir. Elindeki tüm deliller temelinde İstinaf Mahkemesi, 1998 Sonbaharı'nda otuziki sanığın İstanbul polisi tarafından alınan ifadelerin – bu beyanlar tüm itirafları içermektedir – Türk güvenlik kuvvetleri tarafından işkence fiilleri sonucunda elde edildiği konusunda makul nedenlerin

(*begründete Anhaltspunkte*) olduğunu belirtmiştir. Hakimler işkence iddialarının tıbbi raporlarla uyumlu olduğunu (her ne kadar bu dökümanların bazı yerleri çok açık değilse de) ve Türkiye’de gözaltında uygulanan genel işkence yöntemleri ile ilgili genel raporlarda bulunan bilgilerle uyumlu olduğunu ifade etmiştir. Bu yöntemler her zaman görünen fiziki iz bırakmamaktadır. Hakimler bununla birlikte, iadesi talep edilen şahıs hakkında Türkiye’de yapılacak dava kapsamında, diğer sanıklardan alınan ifadelerinin kullanılacağı konusunda somut verilerle desteklenen bir riskin (*durch konkrete Indizien belegte Gefahr*) olduğunu belirtmişlerdir. Hakimler, Türk yargı organlarının kendi kararlarında, işkence ile elde edilen delillerin kullanılmamasını yasaklayan gerek ulusal ve uluslararası hukukun hükümlerine ve gerekse uyumlu olmayan itirafların kabuledilemeyeceğini belirten Yargıtay’ın içtihatlarına saygılı olmak zorunda olduklarını kabul etmiştir. Ancak hakimler, ülkedeki insan haklarının durumu ile ilgili raporların defalarca, işkence iddialarına karşı soruşturma açılmadığını gözlemlemişler ve buradan, mahkemelerin polis tarafından yapılan işkence sonucunda elde edilen delilleri kullanmaya devam edecekleri sonucunu çıkarmışlardır. Dolayısıyla hakimlere göre, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin bu davada aynı şekilde hareket edeceğinden kaygılanmak konusunda nedenler bulunmaktadır ve özellikle, 1998 Sonbaharı’nda polis tarafından elde edilen beyanların kullanılması olmadan, iadesi talep edilen şahıs hakkındaki suçlamaların gerçekliğini ispatlamak imkansızdır.

134. 27 Mayıs 2003 tarihli Düsseldorf İstinaf Mahkemesi tarafından reddedilen iade talebi ile ilgili, 28 Ağustos 2003 tarihli bir kararında Köln İdare Mahkemesi (*Verwaltungsgericht*), Düsseldorf hakimlerinin gerekçelerine dayanmıştır. İdare Mahkemesi, Türk makamları tarafından sonradan verilen güvencelerin İstinaf Mahkemesi’nin sonucunu değiştirmedikçe, çünkü, Türk makamlarının işkence ile elde edilen deliller konusunda Türk hukukunda uygulanan genel hükümlere gönderme yapmakla yetindiklerini belirtmiştir.

135. Terörist saldırıları (11 Eylül 2001 saldırıları) işlemek amacıyla oluşturulan suç örgütüne üye olmaktan dolayı hesap veren sanık *El Motassadeq* davasında Hambourg İstinaf Mahkemesi (*Oberlandesgericht*) Ceza Dairesi, Amerikan makamları tarafından tutuklanan ve sorguya çekilen üç tanığın beyanlarının özetini incelemiştir. Amerikan makamları tarafından yapılan sorguların niteliği konusundaki sorular cevapsız kaldığından İstinaf Mahkemesi, bu ifadelerin sahiplerinin işkence görüp görmediğini tespit etmek için bulunabilen kamuya açık kaynaklara dayanmıştır. İstinaf Mahkemesi, bir bütün olarak tanıkların işkenceye maruz kaldıklarının ispatlanmadığını çünkü özellikle, kendi beyanlarının birbirleriyle uyumlu olmadığını ifade etmiştir. Bu durum, İstinaf Mahkemesi’nin İşkenceye karşı Sözleşme’nin 15. maddesini dikkate almamaya karar vermesi anlamına gelmektedir; İstinaf Mahkemesi’nin gözlemlediği gibi, bu hüküm bu beyanların dosya kapsamı dışında

bırakılmasını haklı kılmaktadır (bu kararın özeti için bkz., Lordlar Kamarası'nın *A ve others (n° 2)* kararının §§ 60, 122-123 ve 140-141 paragrafları, aşağıda 136 paragrafta adı geçen karar). Sonrasında başvuru İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur ; Mahkeme başvuruyu temelden yoksun bulmuştur (*El Motassadeq/Almanya* (kabuledilebilirlik ile ilgili karar), n° 28599/07, 4 Mayıs 2010).

C. Birleşik Krallık

1. *A ve diğerleri davası (n° 2)*

136. *A ve diğerleri (n° 2)/Secretary of State for the Home Department* ([2005] UKHL 71) davasında Lordlar Kamarası, SIAC'ın Birleşik Krallık kamu görevlilerinin işbirliği olmadan bir başka devlette işkence ile alınan veya alınma riski olan beyanların meşru bir şekilde delil olarak kullanıp kullanamayacağı noktasını inceleme fırsatı bulmuştur. Common Law'u, İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarını ve uluslararası kamu hukukunu dikkate alan Lordlar, SIAC'ın bunu yapamayacağı sonucuna varmışlardır.

137. Hangi delillerin kabul edileceğini belirleme konusunda SIAC'ın kullanacağı kriterler noktasında Lordların fikirleri arasında uyumsuzluk bulunmaktaydı. Tüm Lordlar, SIAC önündeki prosedürler dikkate alındığında ispat külfeti ile ilgili sözleşmesel yaklaşımının uygun olmadığı kanaatine varmışlardır ve SIAC'a başvuranlardan, söz konusu delillerin işkence ile alınan deliller olduğunu ispatlamasını bekleyemeyeceğimiz ve bu konuda derinlemesine soruşturma yapma yetkisinin SIAC'a ait olduğunu söyleme konusunda hemfikirdirler. Lordların çoğunluğu (Lordlar Hope, Rodger, Carswell ve Brown) sonrasında, SIAC'ın İşkenceye karşı Sözleşme'nin 15. maddesindeki kabuledilebilirlik kriterini uygulaması gerektiğini belirtmişlerdir. Dolayısıyla SIAC'ın, söz konusu delillerin işkence ile elde edildiği konusunda yüksek bir ihtimal bulunması durumunda, bu delillerin kapsam dışında bırakılmasını belirlemek ve buna karşın, bu delillerin kabul edilmesi sırasında şüphe olması halinde, bu delillerin değerlendirilmesi sırasında bunların şüpheli olduklarını akılda tutması gerekmektedir. Tam tersine Lordlar Bingham, Nicholls ve Hoffmann, yüksek ihtimal kriterine cevap veren bir delil bulmanın imkansız olduğunu ve bu kriteri uygulamanın uygulamada İşkenceye karşı Sözleşme'nin etkililiğini yokedeceğini belirtmişlerdir. Bu yargıçlar delillerin kabul edilmesi ile ilgili olarak daha katı bir kriter önermişlerdir ; bu kritere göre SIAC, söz konusu delillerin işkence ile elde edildiği konusunda gerçek bir riskin bulunduğu sonucuna varırsa, bu delilleri kapsam dışında tutması gerekmektedir.

(...)

D. Kanada

139. *India/Singh* (108 CCC (3d) 274, 1996) davasında, Colombie britannique Yüksek Mahkemesi bir iade talebini incelemiştir; bu talebin temelinde, işkence ile elde edilen beş kişinin beyanlarının olduğu iddia edilmiştir. Yüksek Mahkeme, işkence ile elde edilen beyanların şahsın iadesi kapsamında kabuledilmediğini gözlemlemiştir ama bu konudaki iddialarının gerçekliğini ispatlamanın kaçak olan şahsa ait olduğunu ve söz konusu iddiaların ispatlanıp ispatlanmadığını belirlerken yüksek ihtimal kriterini uygulamak gerektiğini belirtmiştir. Bu davada Yüksek Mahkeme, ilk dört beyanın ispatlanmadığı ve beşinci beyanın ispatlandığı sonucuna varmıştır.

140. Güvencelere dayanarak iade edilme ile ilgili aşağıda 153. paragrafta özetlenen *Mahjoub/Kanada (Vatandaşlık ve Göçmenlikten sorumlu Bakanlık)* davasında Kanada Federal Mahkemesi, *A ve diğerleri (n° 2)* davasında Lordların yaklaşımını izlemiştir.

VI. GÜVENCE İLE İLGİLİ ULUSAL VE ULUSLARARASI İÇTİHAT VE İLGİLİ YORUMLAR

141. *Ismoilov ve diğerleri/Rusya* (n° 2947/06, §§ 96-100, 24 Nisan 2008) kararında özetlenen güvenceler ile ilgili yorumların dışında, taraflar aşağıdaki belgeleri öne sürmüşlerdir.

A. Uluslararası raporlar ve diğer yorumlar

142. Amerika Birleşik Devletleri ile ilgili 2006 tarihli sonuçları ve önerilerinde (CAT/C/USA/CO/2) işkenceye karşı Komite, sadece işkenceye karşı Sözleşme'nin hükümlerini sistematik bir şekilde ihlal etmeyen devletler ile diplomatik güvenceler yapmayı ve bunun da esasa ilişkin her olayın durumunun incelenmesinden sonra yapılmasını tavsiye etmiştir. Komite bu güvenceleri elde etmek için iyice belirlenen prosedürlerin ve sınırdışı etme durumunda izlenecek etkili yöntemler ve gerekli hukuki kontrol mekanizmalarının uygulanmaya geçilmesini önermektedir.

143. Avrupa Konseyi'nin insan hakları ve terörizmle mücadele konusunda uzmanları (DH-S-TER) önünde Şubat 2006 tarihinde yaptığı konuşmada, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiseri Louise Arbour, aşağıdaki ifadeleri kullanmıştır (yazı işleri müdürlüğünün çevirisi) :

« Kontrol organlarının ve uluslararası uzmanların uzun tecrübeleri, belirli bir davada işkence ve kötü muameleyi açıkça engellemek amacıyla sonradan oluşturulan denetim kontrolünün, istenen etkiyi göstermesinin düşük bir ihtimal olduğunu söylemeye imkan vermektedir. Bu davranışlar sık sık gizli bir şekilde yapılmaktadır ve bunların failleri bu eylemleri gizlemek konusunda yeteneklidirler. Öc alma korkusundan dolayı mağdurlar sık sık kendi acılarından bahsetmekte kararsız kalmaktadır veya yapılan muamelelerden bahsettikleri zaman da onlara inanılmamaktadır. »

144. 27 Haziran 2006 tarihli « Görüş açısından » Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammarberg, diplomatik güvencelerin güvenilemeyecek söz vermeler olduğunu ve çok sayıda belgenin bu güvencelerin etkili olmadığını ispatladığını belirtmiştir. Komisere göre, sınır dışı etmeme ilkesinin, basit ve zorlayıcı olmayan söz vermelerle söz konusu edilmemesi gerekmektedir.

145. Birleşik Krallık Parlamentosu'nun insan hakları karma komisyonu (18 Mayıs 2006 tarihli raporunda) ve Temsilciler Meclisi'nin dışişleri sınırlı komisyonu da (20 Temmuz 2008 tarihli raporunda), diplomatik güvencelere başvuru konusunda Birleşik Krallığın politikası ile ilgili kaygılarını dile getirmişlerdir.

146. İnsan Hakları İzleme Komitesi (Human Rights Watch) bu uygulamayı sert bir şekilde eleştirmiştir. Tüm ülkelerle ilgili « *Mind the Gap: Diplomatic Assurances and the Erosion of the Global Ban on Torture* » (Dikkat : diplomatik güvenceler ve işkencenin tüm dünya çapında yasaklanmasının erozyona uğraması) başlıklı raporunda Komite, güvencelerin ortaya koyduğu problemin, tüm izleri yok eden tekniklerle uygulanan işkencenin doğasında bulunduğunu belirtmektedir. Makale ayrıca Birleşik Krallık ile Ürdün arasında yapılan anlaşmadan bahsetmektedir ve bu konuda, tecrübesi dikkate alındığında küçük bir NGO olan Adaleh Merkezinin bağımsızlığının kesin olmamasından ve Hükümet'ten hesap sorma konusunda hemen hemen olmayan gücünden ve mutabakat belgesine göre gönderilen şahısların güvenliğini sağlamak konusunda şüphe duyulması gerektiğini belirtmektedir.

B. İşkenceye karşı Sözleşme'nin 3. maddesi ile ilgili başvurular

147. Yukarıdaki 127. paragrafta belirtildiği gibi, işkenceye karşı Sözleşme'nin 3. maddesi, bir şahsın işkenceye tabi tutulacağı tehlikesi olduğuna dair esaslı sebeplerin olması durumunda sınır dışı edilmeyi yasaklamaktadır. *Agiza/İsveç* davasında (komünikasyon n° 233/2003, 20 Mayıs 2005 tarihli karar, CAT/C/34/D/233/2003) başvuru, 1998 yılında bir Mısır mahkemesi tarafından gıyaben yargılanmıştır ve terörist faaliyetlerden dolayı mahkum edilmiştir. 2000 yılında başvuru İsveç'e iltica talebinde bulunmuştur. Başvurucunun talebi reddedilmiştir ve Aralık 2001 tarihinde Mısır'a iade edilmiştir ve başvurucuya göre orada işkenceye uğramıştır. İşkenceye karşı Komite'nin kararından, iltica talebinin incelenmesi sırasında İsveç makamlarının Kahire'de Mısır makamları ile görüştüğünü ve başvurucunun iadesi durumunda uluslararası hukukun ilkeleri çerçevesinde muamele göreceğine dair yüksek bir sorumlu makamdan güvence almışlardır.

148. İşkenceye karşı Sözleşme'nin 3. maddesine göre şikayeti inceleyen Komite, İsveç makamlarının başvuru iadesi sırasında Mısır'ın tutuklulara ve özellikle politik nedenlerle veya güvenlik nedeniyle tutuklu

bulunan şahıslara karşı sistematik bir şekilde ve geniş çapta işkenceye başvurduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Komite bir taraftan, İsveç'in başvurucunun bu kategoriye girdiğini ve yabancı gizli servislerin onunla ilgilendiğini ve diğer taraftan, İsveç polisinin yabancı bir devletin ajanlarının başvurucuya, iade edilmesinden sonra kötü muamele yapılmasına izin verdiğini bildiğini gözlemlemiştir. Bu veriler temelinde Komite, başvurucunun iade edilmesinin 3. maddeye aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Kendi ifadeleriyle şunları ifade etmiştir : « güvencelere saygı gösterilmesini sağlayacak herhangi bir mekanizmanın, alınan diplomatik güvencelerde olmaması, başvurucuyu açık olan bu risk karşısında korumak için yeterli değildir. ».

149. Komite, İsveç'in iade kararının etkili, tarafsız ve bağımsız bir şekilde incelenmesini sağlamak amacıyla 3. maddenin yüklediği usulü güvenceleri yerine getirmediği sonucuna varmıştır, çünkü iade kararı, mültecilikle ilgili alınan kararlara karşı itiraz için öngörülen normal usulleri kısaltan İsveç Hükümeti tarafından alınmıştır. Son olarak Komite, başvurucuyu bu karardan sonra hemen iade ederek İsveç'in, Sözleşme'nin 22. maddesi ile güvence altına alınan etkili bireysel iletişim haklarına saygı yükümlülüğünü çiğnediğini beyan etmiştir.

150. *Pelit/Azerbeycan* (komünikasyon n° 281/2005, 29 Mayıs 2007 tarihli karar, CAT/C/38/D/281/2005) davasında başvuru, Azerbeycan'dan Türkiye'ye iade edilmiştir. Bu iade işleminden önce, işkenceye karşı Komite tarafından ihtiyati tedbir uygulanarak, dava sonuçlanmayana kadar başvurucunun Azerbeycan tarafından iade edilmemesi gerektiği belirtilmesine rağmen, iade işlemi yapılmıştır. İadeden önce görünüşe bakılırsa Azerbeycan, başvurucunun kötü muameleye maruz kalmayacağı konusunda güvenceler almış ve iadeden sonra başvurucunun durumunu izlemeyi sağlamak için gerekli düzenlemeleri almıştır. Azerbeycan bu güvencelerin Komite tarafından bağımsız bir şekilde ve diğer araçlarla taktir edilmesi için güvenceler metnini Komite'ye sunmadığından, Komite, 3. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Güvenceler belgesinin incelenmesi, sunulan korumanın yeterli olup olmadığını tespit etmeye yarayacaktı. Ayrıca iadeden sonra yapılacak takibin objektif, tarafsız ve yeteri kadar güvenilir olup olmadığını tespit etmek için Azerbeycan, iadeden sonra yapılacak takibin ve alınan tedbirlerin yeterli olduğu konusunda detaylı açıklamalar sunmamıştır.

C. Mohammed Alzery/İsveç davası

151. *Mohammed Alzery/İsveç* davasında (10 Kasım 2006, komünikasyon n° 1416/2005, CCPR/C/88/D/1416/2005) İnsan Hakları Komitesi, Mısır Hükümeti tarafından verilen diplomatik güvenceler temelinde İsveç tarafından, bir Mısır vatandaşının Mısır'a iade edilmesini incelemiştir. Davanın esası hakkında Komite şu beyanlarda bulunmuştur :

« 11.3. (...) Diplomatik güvencelerin varlığı, bunların içeriği ve bu güvencelere saygı duyulmasına imkan veren mekanizmaların oluşturulması ve işlemesi, şahsın yasaklanan kötü muameleye maruz kalması için gerçek bir riskin varolup olmadığını belirlemek için dikkate alınması gereken yararlı unsurlardır.

(...)

11.5 Komite verilen güvencelerin, bu güvencelere saygı duyulacağını kontrol etmeye imkân veren herhangi bir yöntem öngörmemektedir. Güvenceler ile ilgili mektup dışında, anlaşmanın etkili bir şekilde uygulanmasını güvence altına almak için hiçbir tedbir alınmamıştır. Büyükelçi ile Büyükelçilik personelinin ziyareti ancak şahsın iadesinden altı hafta sonra başlamıştır, yani zarar riskinin yüksek olduğu dönemde ciddi bir şekilde hiçbir izleme yapılmamıştır. Bununla birlikte, ziyaretlerin yapılma şekli de birçok konuda uluslararası uygulamaya uygun değildi çünkü, ziyaretçiler tutukluyu özel olarak görme konusunda hiçbir zaman ısrar etmemişlerdir ve ciddi kötü muamele iddialarının yapılmasından sonra bile gerekli hiçbir tıbbi veya adli tıp ile ilgili muayene yapılmamıştır. Bu unsurlar ışığında Taraf Devlet gerçekten de, kendisine verilen diplomatik güvencelerin, bu davada tüm kötü muamele riskini ortadan kaldırmak için ve Sözleşme'nin 7. maddesinin hükümlerini yerine getirmek için yeterli olduğunu gösterememiştir. Dolayısıyla şahsın iade edilmesi Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlalini oluşturmuştur. »

D. Kanada'nın içtihatları

1. Suresh davası

152. *Suresh/Kanada* davasında (*Vatandaşlık ve Mültecilik ile ilgili Bakanlık*) ([2002] 1 CSR 3) Kanada Yüksek Mahkemesi oybirliğiyle, bazı unsurların işkence riskinin olduğunu göstermesi durumunda, uluslararası hukuk gibi Kanada hukukunun da iade etme işlemini yasakladığına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme, her durumda iade işleminin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iltica talebinde bulunan şahsın haklarının ortaya koyduğu tehlike arasında denge kurulması gerektiğine karar vermiştir. Ancak Yüksek Mahkeme, bu denge kurma işleminin sonucunun genel olarak, söz konusu şahsın işkencenin olduğu bir ülkeye gönderilmesine karşı olduğunu belirtmiştir. İşkenceye karşı güvenceler konusunda Yüksek Mahkeme şu ifadelerde bulunmuştur (124 ve 125 paragraflar) :

« 124. Elde edilen güvencelerle ilgili olarak birkaç ek açıklamada bulunmak belki de faydalıdır. Ölüm cezasının uygulanmayacağı konusunda söz veren bir devlet tarafından (yasal sürece uygun) verilen güvenceler ile işkenceye başvurmayaacağı konusunda (yasaya uygun süreç) söz veren bir devlet tarafından verilen güvenceler arasında ayrım yapmak gerekmektedir. Geçmişte kendi toprakları üzerinde yasaya aykırı olarak işkence eylemlerine giren veya bu tür eylemlere müsamaha gösteren bir devletin gelecekte, işkenceye başvurmayaacağı konusunda verilen güvencelere çok fazla değer biçme durumunu ortaya koyan sorunun altını çizmemiz gerekmektedir. Bu sorun işkencenin sadece devletin zımnı rızası ile yapılması ile ama aynı zamanda, devlet için temsilcilerinin davranışlarının kontrol edilmesindeki imkansızlık nedeniyle artmaktadır. Bu nedenle idam cezası ile işkence ile ilgili güvenceler arasında bir ayrım

yapma yoluna gitmek gerekmektedir ; bu güvencelerin idam cezası ile ilgili olanını kontrol etmek daha kolaydır ve diğer güvencelere göre daha fazla güven vermektedir.

125. Yabancı bir hükümet tarafından verilen güvenceleri değerlendirirken Bakan, aynı zamanda kişinin hakları ile ilgili olarak bu hükümetin daha önceki fiillerini, bu hükümetin geçmişte güvencelere uyup uymadığını, bu güvencelere uyma kapasitesini ve özellikle kendi güvenlik kuvvetlerini kontrol etme konusunda emin olup olmaması konularını dikkate alabilmektedir. (...) »

2. Mahjoub davası

153. Mısır'a iade ile ilgili *Mahjoub/Kanada (Vatandaşlık ve Mültecilik ile ilgili Bakanlık)* ([2006] CF 1503) davasında Kanada Federal Mahkemesi, bir taraftan bir şahsın ulusal güvenlik için tehlike arzemesini değerlendirmek için bakanlığın işkence ile elde edilen delillere dayanıp dayanamayacağı noktasını ve diğer taraftan, işkencenin sistematik olarak uygulandığı bir ülke tarafından verilen güvencelere güvenmenin gerekliliğini incelemiştir.

İlk nokta ile ilgili olarak Yüksek Mahkeme, Kanada'nın ilgili içtihatlarını ve *A ve diğerleri (n° 2)* kararını (yukarıdaki paragraflar 136 ve 137) inceledikten sonra, işkence ile elde edilen bir delilin kabul edilmesinin hukuki bir hata olduğunu ama, bu delilin dosya kapsamında çıkarılması için işkencenin bu delillerin kaynağında olduğunu gösteren güvenilir verilerin olması gerektiğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme *Singh davasında* (yukarıdaki 139-140 paragraflar) uygulanan yüksek ihtimal kriterinin, başvurusunun kendisi aleyhine olan delillere ulaşmadığı ve ulusal güvenliği ilgilendiren bir davaya uygun olmadığına karar vermiştir. Ancak, delillerin nasıl işkence ile elde edildiğini mantıklı bir şekilde açıklayan bir davacı tarafından sorunun ortaya konulması durumunda, karar veren makam hemen, kamuya açık ve gizli bilgileri dikkate alarak bu sorunu çözmek zorundadır ve delillerin işkence ile elde edildiği konusunda makul nedenlerin bulunması durumunda karar veren makam, bunu dikkate almamak için bir karar vermek zorundadır.

İkinci nokta ile ilgili olarak Federal Mahkeme, Bay Mahjoub'un işkenceye maruz kalma riski olmadığı sonucuna varmak için kötü muamele ile ilgili olarak Mısır tarafından verilen güvencelere güvenmenin ilgili makamlar için mantıklı olmadığını belirtmiştir. Federal Mahkeme şu ifadelerde bulunmuştur :

« [*Suresh* davasında Yüksek Mahkeme tarafından ifade edilen faktörler, yabancı bir hükümet tarafından verilen güvencelerin güvenilirliğinin incelenmesi konusunda hukuki olmayan bir çerçeve sunmaktadır. Örnek olarak, şahsın haklarına saygı konusunda kötü bir geçmişi olan bir hükümetin, geçmişte verdiği güvencelere saygılı olup olmadığını kontrol etmek için, normal olarak daha detaylı bir incelemeye maruz kalması gerekmektedir. Kötü geçmişe sahip olma, kontrol mekanizmaları veya şahsın hakları ile ilgili uluslararası organları tarafından ciddi bir şekilde önerilen diğer güvenceler gibi ek şartların dayatılmasını gerektirebilmektedir. Tam tersine şahsın haklarına saygı konusunda iyi geçmişi olan bir ülke normal şartlarda verdiği

güvencelere saygılı olma eğilimindedir ve dolayısıyla verilen güvencelerin güvenilirliği konusunda ek şartlar dayatma yararsız olabilmektedir. »

Federal Mahkeme, verilen güvencelere güvenerek yürütmenin insan hakları konusunda Mısır'ın geçmişini ve geçmişte verilen güvencelere uyup uymadığını dikkate almadığını belirtmiştir. Federal Mahkeme, Mısır'daki insan hakları ile ilgili raporlarından dolayı şaşkınlığını dile getirmiştir. Federal Mahkeme, güvenceleri veren iki diplomatik notun herhangi bir kontrol mekanizması öngörmediğini ve Mahjoub'un kötü muamele görmeyeceği konusunda herhangi bir taahhüt içermediğini ve Kanada'nın Mısır'dan bir kontrol mekanizmasını oluşturma talebinde bulunduğunu gösteren hiçbir verinin olmadığını gözlemlemiştir.

3. Sing davası

154. *Lai Cheong Sing ve Tsang Ming Na/Kanada (Vatandaşlık ve Mültecilik ile ilgili Bakanlık)* [2007] CF 361 davasında Çin, rüşvet ve kaçakçılıktan suçlanan davacıların iade edilmelerini incelemiştir. Bir diplomatik notta Çin, idam cezasının uygulanmayacağı ve işkence yapılmayacağını belirten güvenceler sunmuştur. Federal Mahkeme, iade kararını alan kamu görevlisinin sadece idam cezası verilmeyeceği ile ilgili güvenceye güvendiğine karar vermiştir çünkü Yüksek Halk Mahkemesi bu taahhüdün yerine getirilmesine dikkat edecektir.

İşkence riski ile ilgili olarak kamu görevlisi, güvencelerin başlı başına gidilecek ülkede bir riskin olduğunu kabul ettiğini ama bu tespitlerin başvuruçuların tanınan şahıslar olmaları ile dengelendiğini ve bu tanınmışlığın onları koruyacağını belirtmiştir. Federal Mahkeme kamu görevlisinin hata işlediğini belirterek gerekçesini şu şekilde sunmuştur : ilk olarak davacıların, işkenceye başvurmanın yeteri kadar sistematik olması veya genel olması durumunda diplomatik güvenceler talep etmemiz gerektiği konusundaki argümanlarını incelememiştir ve özellikle Çin tarafından verilen güvencelere genel olarak güvenmek gerekip gerekmediği noktasını değerlendirmemiştir ; ikinci olarak, bir güvencenin etkili ve anlamlı olması için en azından bazı esaslı unsurlara cevap vermesi gerekmektedir. Federal Mahkeme bu bağlamda, idam cezasının aksine işkencenin gizliiden yapıldığını ve işkencenin yapıldığı devletlerin bunları inkar ettiğini kaydetmiştir. Federal Mahkeme, kontrol mekanizmalarının bile sorunlu olduğunu ve örnek olarak, işkence ve kötü muamele mağdurlarının konuşmak için öc alınmasından korktuklarını gözlemlemiştir. Dolayısıyla Federal Mahkeme, kamu görevlisinin güvencelerin anlamlı ve güvenilir olarak kabul edilebilmeleri için gerekli olan esaslı şartları doldurup doldurmadığını belirlemeyerek ve basit bir şekilde başvuruçunun tanınmışlıklarının kendisini koruyacağı fikrine dayanarak hata işlediği sonucuna varmıştır. Federal Mahkeme'ye göre bu sonuç mantıklı değildir ve Federal Mahkeme işkencenin uygulanıp uygulanmadığını bilebilmemiz için bir kontrol ve gözlem mekanizmasının (daha açık bir şekilde bağımsız bir

organizasyon tarafından yapılan bir kontrol mekanizması sisteminin) olması gerektiğini belirtmiştir. Federal Mahkeme, işkencenin tüm başvurularda uygulanması halinde, başvuru sahiplerinin tanınmışlıklarının kendileri için faydasız olacağını ifade etmiştir.

Federal Mahkeme ayrıca, Çin'deki adil olmayan davanın uzun tutukluluğa sebep olması halinde kötü ve yeni muamele oluşturacağı yönündeki başvuru sahiplerinin tezlerini reddetmiştir ve kamu görevlisinin haklı olarak, tanıkların işkence edilerek delillerin elde edildiğini belirten bir durumun olmaması halinde davanın adil olacağını belirttiği sonucuna varmıştır.

VII. HÜRRİYETTEN MAHRUMİYET TEDBİRLERİNİN KONTROLÜ VE ADİL YARGILANMA HAKKIYLA İLGİLİ ULUSLARARASI HUKUK

A. Hürriyeti mahrumiyet tedbirlerini kontrolü

155. Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 9 § 3 maddesi özellikle, bir cezai suçtan dolayı yakalanan veya tutuklanan tüm şahısların en kısa zamanda hâkim önüne veya hukuki görevler yerine getirmeye yetkili bir makam önüne çıkarılacağını öngörmektedir. Bu madde ile ilgili 1982 tarihli 8 nolu kararında İnsan Hakları Komitesi, hürriyetinden mahrum bırakılan birinin bir hâkim önüne çıkarılma süresinin birkaç günü geçmemesi gerektiğini belirtmiştir. Dört, yedi veya sekiz günlük süreler için 9 § 3 maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır (sırasıyla bkz., *Freemantle/Jamaika*, komünikasyon n° 625/1995, CCPR/C/68/D/625/1995, *Grant/Jamaika*, komünikasyon n° 597/1994, CCPR/C/56/D/597/1994, ve *Stephens c. Jamaika*, komünikasyon n° 373/1989, CCPR/C/55/D/373/1989 davaları).

Sonuçlar ve önerilerin belirtildiği 17 Aralık 2002 tarihli raporunda (E/CN.4/2003/68) işkence ile ilgili özel raportör, hukuki bir karar olmadan tutukluma süresinin kırksekiz saati geçmemesi gerektiğini söylemiştir (26 g paragrafı).

Kulomin/Macaristan kararında (komünikasyon n° 521/1992, CCPR/C/50/D/521/1992) İnsan Hakları Komitesi, hürriyeti mahrumiyet tedbirini kontrol etmeye yetkili olan makamın, şüpheli ile ilgili soruşturma yapan savcının olmaması gerektiğini çünkü savcının gerekli olan kurumsal objektifliğe ve tarafsızlığa sahip olmadığı sonucuna varmıştır.

B. Avukata erişim hakkı

156. *Salduz/Türkiye* ([BD], n° 36391/02, §§ 37-44, CEDH 2008) kararında belirtilen belgelerin dışında, başvuru aşağıdaki belgeleri öne sürmüştür.

Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 14 § 3 b) maddesi, bir cezai suç işlemekten şüphelenilen her şahsın « savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklardan faydalanma ve kendi tercih ettiği bir temsilci ile görüşme hakkına » sahip olduğunu belirtmektedir. Bu madde ile ilgili 1992 tarihli 20 nolu genel gözlemlerinde İnsan Hakları Komitesi, tutuklunun korunmasının onun avukatlara düzenli ve hızlı bir şekilde ulaşmalarını zorunlu kıldığını beyan etmiştir. *Gridin/Rusya* davasında (kominikasyon n° 770/1997, CCPR/C/69/D/770/1997) Komite, başvuruçunun beş gün süreyle avukatına ulaşmasının reddedilmesinin Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlalini oluşturduğu sonucuna varmıştır.

(*Salduz* kararının 43. paragrafında belirtilen 2 nolu genel gözlemlerinde konu ile ilgili beyanda bulunan) işkenceye karşı Komite de, işkenceye karşı temel korumaların yakalanan kişiler için, özellikle işkence riskinin yüksek olduğu tutuklamanın ilk dönemlerinde, kendilerinin yakalandığı konusunda birinin bilgilendirilmesi, avukata ulaşma ve tarafsız bir doktor tarafından muayene edilme hakkını içermektedir (bu konuda ayrıca bkz., Komite'nin Arnavutluk ile ilgili (21 Haziran 2005, CAT/C/CR/34/ALB, paragraf 8 i)) ve Fransa ile ilgili (3 Nisan 2006, CAT/C/FRA/CO/3, paragraf 16)) sonuçları ve tavsiyeleri). 3 Temmuz 2001 tarihli raporunda (A/56/156) işkence ile ilgili özel raportör, 39 f) paragrafında, tutukluların tutuklanmalarından itibaren 24 saat içinde bir avukatı görebilmeleri gerektiğini söylemiştir.

C. Askeri yargı organları

157. Başvuru dosyaya *Ergin/Türkiye* (n° 6) (n° 47533/99, CEDH 2006-VI) davasından beri oluşturulan uluslararası hukukla ilgili belgeleri koymuştur.

158. Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 14. maddesi (adil yargılanma hakkı) ile ilgili Ağustos 2007 tarihli 32 nolu genel gözlemlerinde İnsan Hakları Komitesi aşağıdaki beyanlarda bulunmuştur :

« Her ne kadar Sözleşme, sivillerin askeri veya olağanüstü mahkemeler tarafından yargılanmasını yasaklamazsa da, Sözleşme, bu davaların 14. maddenin hükümlerine saygılı olmasını ve bu madde ile öngörülen güvencelerin sınırlandırılmamasını ve söz konusu askeri veya olağanüstü mahkemelerin karakteri tarafından değiştirilmemesini zorunlu kılmaktadır. Komite ayrıca, sivillerin askeri veya olağanüstü mahkemeler tarafından yargılanmasının, yargı idaresinin adil olması, bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda ağır sorunlar doğurabildiğini kaydetmektedir. Bu nedenle, bu davaların 14. maddede belirtilen tüm güvenceleri gerçek bir şekilde garanti altına alacak şartlarda yapılmasını sağlamak için, gerekli tüm tedbirlerin alınması önemlidir. Sivillerin askeri

veya olağanüstü mahkemeler tarafından yargılanmasının istisnai olması, yani Taraf Devletin bu mahkemelere başvurulmasının, gerekli olduğunu ve ciddi ve objektif nedenlerle haklı olduğunu gösterebildiği durumlarla sınırlı olması gerekmektedir. Ayrıca bu mahkemelere başvurunun, şahısların ve suçların spesifik kategoride olması halinde, sivil olağan mahkemelerin bu davaları çözemediği durumlarla sınırlı olması gerekmektedir [atıf unutulmuştur]. »

159. *Madani/Cezayir* davasında (21 Haziran 2007, komunikasyon n° 1172/2003, CCPR/C/89/D/1172/2003) Komite, başvurunun davasının görülmesinin ve mahkumiyetinin askeri bir mahkeme tarafından yapılmasının Sözleşme'nin 14. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Komite bu sonuca, askeri hakimlerin bağımsız bir kariyere sahip olmasına, bu hakimlerin Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu'na bağlı olmalarına ve askeri mahkeme kararlarının Yüksek Mahkeme önünde temyize konu olmalarına rağmen varmıştır. Komite, Cezayir'in başvurunun durumunda askeri bir mahkemeye başvurma ihtiyacı olduğunu göstermediği, söz konusu suçların niteliği ve ağırlığı bu konuda yeterli bir faktör olmadığı ve dolayısıyla askeri mahkemenin olaylarda 14. maddede öngörülen güvenceleri taşıyıp taşımadığı ile ilgili sorunu incelemeye gerek olmadığı sonucuna varmıştır.

HUKUK AÇISINDAN

I. SÖZLEŞME'NİN 3. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI ÜZERİNE

160. Sözleşme'nin 3. maddesini öne süren başvuru, Ürdün'e gönderilmesi durumunda işkence ve kötü muameleyle maruz kalma riski altında olduğunu savunmaktadır. Bu hüküm şu şekildedir :

« Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz. »

A. Tarafların iddiası

1. Hükümet

161. Hükümet, diplomatik güvencelerle ilgili olarak gerek başvuru tarafından ve gerekse müdahiller tarafından sunulan belgelerin (yukarıdaki paragraflar 141 ile 146 arası), mahkemelerin olması gereken uygulaması ile ilgili olduğunu ve kesin bir şekilde Sözleşme'nin oluşturduğu zorunluluklarla ilgili olmadığını savunmaktadır. Hükümet, İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaklaşımının, kötü muameleyi engellemek için başlı başına

yeterli olmadığını ama verilen güvencelerin, kendi uygulanma yöntemlerinde kötü muameleye karşı yeterli bir güvence içerip içermemesi sorununu incelemek olduğunu iddia etmektedir. Bu konuda Hükümet *Babar Ahmad ve diğerleri/Birleşik Krallık* (n^{os} 24027/07, 11949/08 ve 36742/08, § 106, 6 Temmuz 2010) kararından bahsetmektedir. Bununla birlikte başvurucunun tezine aykırı olarak (aşağıdaki paragraf 168), Mahkeme içtihatlarının hiçbir ilkesi, gönderilen ülkede işkencenin sistematik işkence olmasına bağlı olarak gerçek bir işkence riskinin ortadan kaldırılmasına imkan vermemektedir.

162. Hükümet, SIAC'ın güvenceler ile ilgili Mahkeme'nin yaklaşımını izlediğini belirtmektedir. Gerek güvencelerin muhtemel etkileri ve anlamı ve gerekse Ürdün'de olan durum ile ilgili birçok farklı veriye sahip olan SIAC, bunları büyük bir dikkatle incelemiştir. SIAC'ın davayı incelediği zaman vardığı sonuca dayanak olarak gösterdiği tüm faktörler, geçmişte olduğu gibi halen de geçerlidir ve sonradan yayınlanan eleştirel raporlar genel niteliktedirler ve varılan bu sonucu değiştirememektedir. İnsan hakları konusunda durum o zamandan beri gelişse de, elde olan veriler aynı zamanda, bu gelişmenin iyileşme yönünde olduğunu ve kötüleşme yönünde olmadığını göstermektedir.

163. Hükümete göre, SIAC'ın bu davada Ürdün tarafından verilen güvencelerin yeterli olduğuna karar vermesi ile ilgili nedenler şunlardır : i) Ürdün kendi taahhütlerine saygı gösterme konusunda uygundur ve hazırdır, ii) başvuru, kendi tanınmışlığı ile korunacaktır ve iii) Adaleh Merkezi mutabakata saygıyı kontrol edecektir.

164. Birinci nokta ile ilgili olarak Hükümet, mutabakat metninde verilen güvencelerin iyiniyetle verildiğini ve Ürdün Hükümeti tarafından en yüksek derecede onaylandığını tekrar etmektedir. Özellikle mutabakat belgesini, diplomatik ve politik durumda değerlendirdiğimizde, güvenceler uluslararası normları yansıtacak şekilde ve tamamen açık bir şekilde verilmiştir. İyi yorumlanan bu belgenin ifadeleri, başvurucunun en kısa sürede bir hakim veya bir başka yargı görevini yerine getiren kişinin (Ürdün'de savcılar yargı görevini yerine getiren kişi olarak kabul edildiğini bilmek gerekmektedir) önüne çıkarılacağını ve başvurucunun avukatların ve bağımsız doktorların hizmetinden faydalanabileceğini dayatmaktadır. (Başvurucunun yaptığı gibi) mutabakat belgesini, hukuki bir zorunluluk getirmemesi bahanesiyle eleştiren davranış, bu mutabakatların uygulamada devletler arasında nasıl işlediği konusunun anlaşılmadığını ortaya çıkarmaktadır. Mutabakat belgeleri uluslararası ilişkilerde iyice yerleşmiş ve çok kullanılan bir araçtır. Bu davada, SIAC'ın vardığı sonuç gibi, Ürdün'ün bu belirli mutabakat metnine saygılı olacağını öngörme konusunda sağlam nedenler bulunmaktaydı. Öncelikle güvencelere saygı duyulması konusunda her iki devletin çıkarı bulunmaktadır ve Hükümet SIAC gibi, Ürdün'ün Ortadoğu'daki durumu ve Amerika Birleşik Devletleri ile olan ilişkisi bu sonucu değiştirmediyi belirtmektedir. Hükümet, başvurucunun tezinin

aksine, mutabakat belgesinin ihlal edilmesi iddiaları ile ilgili olarak ciddi soruşturma yapmanın her iki devletin çıkarına olduğunu söyleyen SIAC'ın görüşlerini benimsemektedir. Bu bağlamda Hükümet, başvurucuyu iade edildiğinde tutacak olan DGR'nin mutabakat metni onaylaması büyük önem arzettiğini belirtmektedir. Kaldı ki DGR mutabakat belgesi ile sonuçlanan görüşmelere katılmıştır, mutabakat belgesinin öngördüğü kontrol ile ilgili hükümleri kabul etmiştir ve verilen güvencelere saygı duyulmamasının sonuçları konusunda bilgilendirilmiştir. Son olarak Hükümet, *VV* davasına (yukarıdaki paragraf 75), gönderme yapmaktadır. Bu davada mutabakat belgesinin Ürdün ile Birleşik Krallık arasında ikili ilişkilerin gücüne dayandığını belirten tanık Bay Layden'in beyanlarını dikkate alan SIAC, bu davada vardığı sonuçları güncelleştirmiştir ve teyid etmiştir.

165. İkinci nokta ile ilgili olarak SIAC, Arap dünyasında tanınan bir şahıs olan başvurunun Ürdün'e geri gönderilmesinin ve orada kendisine yapılacak muamelelerin, mutabakat belgesinden bağımsız olarak yerel ve uluslararası medyanın yüksek derecede ilgisini çekeceğini ve medyanın bu konuyu işleyeceklerini belirtmiştir. SIAC, parlamenterler dâhil olmak üzere Ürdün sivil toplumunun başvurunun durumunu ilgiyle izleyeceklerini ve kendisine yapılacak her türlü kötü muamelenin ses çıkaracağını ve Ürdün Hükümeti için bir istikrarsızlık faktörü olacağını ifade etmiştir. Hükümet, SIAC gibi, başvurunun tutuklanmasından sorumlu olanların bu faktörlerden haberdar olmaları gerektiği sonucuna varmıştır.

166. İkinci nokta ile ilgili olarak Hükümet, her ne kadar SIAC'ın Adaleh Merkezinin kapasitesi ile ilgili bazı eleştiriler yöneltmişse de, SIAC'ın hiçbir şekilde Adaleh Merkezinin kontrolünün faydasız olduğunu belirtmediğini, tam tersine bu kontrolün kötü muamele riskini azaltmak için pozitif bir etki göstereceğini belirttiğinin altını çizmektedir. Hükümet SIAC'ın kararından beri, Merkezin kapasitesinin yüksek derecede iyileştirdiğini eklemektedir : Bay Layden'in beyanlarının ifade ettiği gibi, Merkez, Avrupa Komisyonu'ndan önemli bir finansman elde etmiştir ; kendi kontrol faaliyetlerini kendi bölümü olan işkenceye karşı ulusal Ekip'e (*National Team to Combat Torture*) devretmeye başlamıştır ; (DGR'nin tutukluları dahil olmak üzere) tutukluları ziyaret ederek pratik bir tecrübe kazanmıştır ve başka NGO'lar ile çalışarak kendi personel sayısını – özellikle tıbbi uzman sayısını – yüksek oranda artırmıştır ; işkence ile ilgili bir çalışma yayınlayarak DGR başta olmak üzere makamlara karşı bağımsız olduğunu göstermiştir. Böylece başvurunun tahmin ettiğinin ve bazı NGO'ların mutabakat belgesine saygı konusunda kontrol misyonunu kabul etmesinden dolayı Adaleh Merkezine yönelttiklerini düşündükleri eleştirilerin aksine Adaleh Merkezi, finansal amaç taşımayan bir dernek olma statüsünü (ve bağımsızlığını) korumuştur. Kaldı ki Merkez aleyhine başvurunun eleştirileri yerinde değildir çünkü kontrol gerçekte uygulamada kendi bölümü olan işkenceye karşı ulusal Ekip tarafından

yapılacaktır. Son olarak, Ürdün’de insan haklarına saygının kontrol edilmesi konusunda genel problemler ne olursa olsun, mutabakat belgesi ve Adaleh merkezine verilen açık ve belirli yetki, kontrol ziyaretlerinin nasıl yapılması gerektiği konusunda açıkça bilgi vermektedir. Hükümet bu konuda, Merkezin en küçük bir problemle karşılaşması durumunda bunu Amman’daki Birleşik Krallık Büyükelçiliği’ne bildirebileceğini ve Merkezin başvurusunun tutuklu olduğu sürece kendisinin durumunu kontrol etmeye (...) devam edeceğini eklemektedir.

167. Bu nedenlerle Hükümet, Mahkeme tarafından daha önce incelenen güvenceler ile bu davada Ürdün tarafından verilen güvenceler arasında büyük farklılıklar olduğunu ve kontrol ile ilgili hükümlerle birlikte değerlendirildiğinde Ürdün tarafından verilen güvencelerin, başvurusunun Ürdün’e iadesi durumunda Sözleşme’nin ihlal edilmeyeceğini garanti altına almak konusunda yeterli olduğunu düşünmektedir.

2. Başvurucu

168. Başvurucu, güvencelerle ilgili uluslararası topluluk tarafından yapılan eleştirilerin hukuken dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır. Güvenceler işkence yasağının uygulanması için uygulanan hukuki mekanizmaları zayıflatmaktadır ve eğer bir ülke uluslararası hukuk tarafından kendisine dayatılan yükümlülükleri yerine getirmeye hazır değilse, ikili güvencelere saygılı olmasının az bir ihtimal olduğunu söyleme konusunda uluslararası bir konsensüs bulunmaktadır. Uluslararası anlamda tecrübe de, bu güvencelere saygılı olunacağını ortaya koymanın açıkça zor olduğunu göstermektedir. Başvurucuya göre, Kanada Yüksek Mahkemesi’nin *Suresh* davasında (yukarıdaki paragraf 152) olduğu gibi, yasal olan bir durumu yapacak bir devlet tarafından verilen güvence (örnek olarak idam cezasının uygulanması) ile yasaya aykırı bir şeyi yapmayacağına ilişkin verilen güvence (örneğin işkenceye başvurma) arasında ayırım yapılması gerekmektedir. Bununla birlikte İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihatlarından, özellikle *Chamaïev ve diğerleri/Gürcistan ve Rusya* (n° 36378/02, CEDH 2005-III) ve *Ismoilov ve diğerleri* (yukarıda adı geçen karar) davalarından, bir şahsın işkence riski taşıdığının gösterilmesinden dolayı, bu riski ortadan kaldırmak için güvencelerin yeterli olmadığı sonucu çıkmaktadır. Bu durum özellikle, şahsın gönderildiği ülkede işkencenin sistematik bir uygulama olması halinde söz konusudur. Bu nedenle, ancak i) sistematik olan işkence probleminin talefi edilmesi durumunda ve ii) her ne kadar sistemik münferit fiillerin olduğu durumlar olsa da, etkililiği ispatlanan bir organın bağımsız bir kontrol yapması ve bu fiillerin faillerinin cezai müeyyidelere çaptırılması durumunda güvenceler yeterlidir. Ancak burada bu durum söz konusu değildir.

169. Başvurucu, 106 ile 124 paragrafları arasında sunulan verilere dayanmaktadır. Başvurucuya göre, bu veriler Ürdün hapishanelerinin hukukun olmadığı yerler olduğunu göstermektedir. Özellikle DGR’nın

binalarında, çok sık bir şekilde kaba dayağa maruz kalan islami tutuklulara karşı işkence sistemik bir şekilde uygulanmaktadır. İşkence iddiaları ile ilgili olarak hızlı ve etkili bir soruşturma yapılması söz konusu değildir ve bu durum SIAC'ın davasını incelediği zaman ve halen de devam etmektedir. Bununla birlikte, ülkenin organlarının güvencelere uymayı istedikleri kabul edilse bile, DGR'nin faydalandığı cezasızlık iklimi, kendisini güvencelere uymaktan dolayı güçsüz hale getirmiştir. Genel anlamda, insan hakları konusunda uluslararası yükümlülükleri yerine getirme konusunda Ürdün'e güvenememekteyiz : bu konuda ülke, her türlü kontrol mekanizmasına uymayı reddetmiştir ; örnek olarak işkence ile ilgili Sözleşme'nin 22. maddesini (işkence ile ilgili Komite önünde bireysel başvuru hakkı) ve bu Sözleşme ile ilgili iradeye dayalı Protokolü (özellikle tutuklama yerlerinde ziyaret etme hakkına adanan işkencenin önlenmesi için alt komitenin oluşturulması) onaylamayı reddetmiştir.

170. Başvurucunun durumunda Ürdün Hükümeti tarafından verilen güvenceler kendi politik bağlamında incelenmesi gerekmektedir : Ürdün belki önemli stratejik bir ülkedir ama, istikrarsızdır, Amerika Birleşik Devletleri'nin korumasına bağlıdır, karmaşaya açık, islamizme karşı zayıftır. Bu faktörler karşısında Ürdün ile Birleşik Krallık arasındaki ikili ilişkiler, her ne kadar sıkı olursa olsun mutabakat belgesine saygıyı güvence altına almak için yeterli değildir.

171. Bu durumda kendisini korumaktan uzak olan başvurucunun tanınmışlığı onu gerçekte büyük bir risk altına sokmaktadır ve kaldı ki bu tanınmışlık, mutabakat belgesinin yapılmasını gerekli hale getirmiştir : başvurucu Ürdün'ün dışişleri politikasını halka açık bir şekilde eleştirdiği için işkenceye maruz kalmıştır ve bu ülke tarafından sunulan iade telebi geri çekilmiştir çünkü başvurucunun orada olması istenmemiştir. Başvurucunun Birleşik Krallık'ın ulusal güvenliği için ortaya çıkardığı tehlike ile ilgili SIAC'ın vardığı sonuçlar, sadece bu ifadeleri teyid etmektedir. Bununla birlikte, Guantánamo Bay'da ve diğer yerlerde Amerikan makamları tarafından daha önce tutulan Jamil el Banna, Bishar al Rawi ve Binyam Mohamed, kendilerinin başvurucu ile bağlantıları konusunda uzun süre sorguya çekildiklerini ifade etmişlerdir. Dolayısıyla başvurucu, iade edilmesi durumunda gideceği ülke için ve Ortadoğu için önemli bir tehlike olarak kabul edileceğini ve Ürdün Hükümeti'nin mutabakat belgesine uyma hesaplarının değişebileceğini ifade etmektedir. Başvurucu DGR'nin faydalandığı cezasızlık iklimi ile birlikte bu faktörlerin, tanınmışlığının başvurucuyu korumaktan çok kendisinin kötü muamele görmesine neden olacağı anlamına geleceği görüşündedir. Başvurucu bununla birlikte, SIAC'ın, – temeli olsun veya olmasın – bir kötü muamele iddiasının kötü muamelenin delili gibi, önemli bir istikrarsızlık kaynağı olacağından dolayı, Ürdün'ün güvencelere saygı duyacağı sonucuna vardığı zaman tamamen mantıksız bir şekilde hareket ettiğini belirtmektedir : başvurucuya göre bu sonuçtan hareketle, Ürdün makamlarının kendisine kötü yapmamaları için

hiçbir neden bulunmamaktır ; kaldı ki ne yaparlarsa yapsınlar, onlara göre başvuru, onlar hakkında her zaman yalan iddialarda bulunabilecektir.

172. Mutabakat belgesi de birçok eksiklik içermektedir. Gerçekten de, başvuru, « en kısa sürede bir hâkim önüne » çıkarılacağı güvencesinde, « hâkim » kelimesinde ne anlamamız gerektiğini bilmemekteyiz ve en basit şekliyle bir savcı idari hâkim olarak atanabilir. Mutabakat belgesi, başvuru, açıkça sorgu esnasında bir avukata ulaşabilmesi gerektiğini ve aynı şekilde kendisinin üçüncü bir devlete verilmesi yasağını da ifade etmemektedir. Üçüncü bir devlete verme ihtimali Amerika Birleşik Devletleri için bir fayda oluşturmaktadır ; kaldı ki Ürdün daha önceden şahısları üçüncü devletlere vermiştir. Son olarak, Ürdün hukukunda mutabakat belgesi ile verilen güvencelerin hukuki değerinin olup olmadığını ve Parlamento tarafından onaylanmadığı dikkate alındığında, zorla icra yoluna gidilip gidilemeyeceği konusunu kesin bir şekilde bilmemekteyiz. Bu konuda başvuru, bu nedenle kontrol organı rolünü reddeden bir Ürdün NGO'su olan İnsan Hakları Arap Organizasyonu'nun yöneticisinin beyanlarını sunmaktadır.

173. Başvuru, Ürdün'de güvencelere saygının sağlanması için bağımsız bir kontrolün olmadığı yönünde müdahil tarafların görüşlerine katılmaktadır. Başvurucuya göre bu faktörün Adaleh Merkezinin kapasitelerinin değerlendirilmesi konusunda dikkate alınması gereklidir. Bu konuda Mahkeme'ye sunulan unsurların çarpıcı olanının, SIAC tarafından yapılan incelemeden uzun zaman geçmesine rağmen, Adaleh merkezinin halen insan haklarına saygının kontrolü konusunda herhangi bir tecrübesinin olmamasıdır. Adaleh Merkezi, eğitim çalışmaları ve savunma faaliyetleri ile ilgilenmeye devam etmektedir. Bununla birlikte Adaleh Merkezinin 2008 yılında işkenceye karşı bir rapor hazırladığı doğrudur, ama anlamlı bir şekilde bu raporda DGR ile ilgili hiçbir eleştiri bulunmamaktadır.

174. Adaleh Merkezinin zayıflıklarından bağımsız olarak, Merkezin kendi görev statüsünde belirtilen kontrolün doğası sınırlıdır. Başvuru bu konuda, görev statüsünün Ürdün'e, Adaleh Merkezinin tutuklulara ulaşması konusunda yapacağı ziyareti iki haftada bir ile sınırlama imkanı vermektedir ; görev statüsü bağımsız doktorlar tarafından tıbbi muayeneyi, başvuru, tutuklanacağı yerlerin tamamına (Merkezin üyelerinin kendisini yalnız görebileceklerdir) Adaleh Merkezinin ulaşmasını, kötü muamele ile ilgili muhtemel iddialar konusunda Merkeze soruşturma yapmaya imkan veren mekanizmayı ve başvuru, kendisinin ve avukatlarının Adaleh Merkezi tarafından Ürdün ve Birleşik Krallık Hükümetlerine sunacağı raporları inceleme yetkisini öngörmemektedir. Bununla birlikte görünüme bakılırsa kontrol, sadece üç yıllık süre ile öngörülmüştür. Tüm bu faktörler, Adaleh Merkezinin yapacağı kontrolün uluslararası normlara ve özellikle işkenceye karşı Sözleşme ile ilgili Protokol'de belirtilen normlara cevap vermediği sonucuna varmaya imkân vermektedir. Başvuru ayrıca, kendisinin tutuklu olduğu yere Merkezin

üyelerinin ulaşabilecekleri kabul edilse bile, makamların kontrolü engellemek için söyleyecekleri tek şeyin, başvurucunun onları görmek istemediği olacağını öne sürmektedir.

3. Müdahil taraflar

175. Müdahil taraflar (yukarıdaki paragraf 5), diplomatik güvencelere başvurmanın büyük kaygıların nedeni olduğunu belirtmektedirler. Bağlayıcı hukuki değerden yoksun olan ikili diplomatik antlaşmalar, işkencenin mutlak olarak yasaklanması ve sınırdışı etmeme evsensel ve zorlayıcı ilkesine zarar vermektedir. Bunlar, söz konusu yükümlülükleri devletlere dayatan çok taraflı uluslararası bağlayıcı hukuk sistemini de temelinden yıkmaktadır. Güvencelere başvurma, özellikle de Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, işkencenin ve her türlü gayri insani veya küçük düşürücü muamelenin önlenmesi Avrupa Komitesi (« le CPT ») ve bunun ilkede adil olmadığını ve pratikte etkisiz olduğunu belirten Birleşik Krallık İnsan Hakları Karma Komisyonu tarafından geniş bir şekilde kınanmıştır (yukarıdaki paragraf 141 ile 145 arası).

176. Daha somut bir şekilde, güvenceler dört büyük eksiklik içermektedir. İlk olarak, kötü muameleyi tespit etmeye imkân vermemektedir. Öc alma korkusundan mağdurların açıkça kontrol görevlilerine konuşmada tereddüt etmeleri dikkate alındığında, işkence gizliiden yapılacaktır ve sofistike teknikler bu işkencenin tespit edilmesini zorlaştıracaktır.

177. İkinci olarak, güvencelerle öngörülen kontrol sistemleri yeterli değildir. Örnek olarak, bu sistemler CICR'ın uygulamalarına cevap vermemektedir; bu uygulamalara göre kötü muameleden şikayet eden tutukluların tanınabilmesi için, kesinlikle bir tek tutukluyu ziyaret etmemek gerekmektedir. Müdahil taraflar bu konuda, işkence ile ilgili raportörün kendisinin bir tek tutukluyu ziyaret etmenin yeterli bir güvence olmadığını ifade etmiştir. CPT'nin güvencelere saygıyı kontrol etmeyi reddettiğini ayrıca kaydetmek gerekmektedir.

178. Üçüncü olarak, yerel kontrol görevlileri çoğu zaman istenen tarafsızlığı sunmamaktadırlar; bunların tutuklama yerlerine girmeye, şikayet etmeye veya kötü muamelenin sona erdirilmesi için makamlar üzerinde baskı yapmaya yetkileri yoktur; ve bu görevlilerin kendileri hakarete ve yıldırıma maruz kalmaktadırlar.

179. Dördüncü olarak, güvenceler ihlalleri ortaya çıkarmaya tahrik etmeyecektir çünkü, iki Hükümet'ten hiçbirinin uluslararası yükümlülüğünü ihlal ettiğini kabul etmeyecektir ve bununla birlikte gönderen devletin hükümeti, gelecekte ulusal güvenlik nedeniyle başka iade işlemleri yapma ihtimalini yoketmek istemeyecektir. Bir devletin bir başka devlete verdiği zorlayıcı olmayan sözlerle, ağır sonuçlara neden olunmadan güvenceler ihlal edilebilmektedir.

180. Müdahil taraflar ayrıca kendi raporlarının (yukarıdaki 112 ile 118 paragraflarda özet yapılan), terörizmden veya ulusal güvenlikten dolayı suçlanan şahıslara uygulanan işkence ve kötü muamele yapma konusunda Ürdün'ün bir geçmişi olduğunu ortaya koyduklarını belirtmektedir. Bu raporlar DGR'nin sistematik bir şekilde kontrol girişimlerine engel olduğunu göstermektedir. Örnek olarak, DGR tarafından usuli ihlaller nedeniyle CICR, ziyaretlerini kesmek zorunda kalmıştır ; aynı şekilde işkence ile ilgili özel raportörün tutuklularla kişisel olarak görüşmesi engellenmiştir. DGR tüm kötü muamele iddialarını reddetmeye devam edecektir. Müdahil taraflar, bu hareketler durumunda iç hukuk müeyyidelerin varolmadığını ve cezai müeyyidelerin yetersiz olduğunu eklemektedirler. Böylece işkenceden suçlu bulunmuş az sayıda kamu görevlisi aşırı derecede hafif cezalara çarptırılmıştır.

181. Müdahillerin İnsan Hakları İzleme Komitesi (Human Rights Watch) ile Adaleh Merkezinin yönetimi arasındaki görüşmelere dayanan fikirleri, Merkezin parasal amaçlı bir şirket olduğu ve hiçbir kontrol yapmadığı yönündedir. Kaldı ki Merkez, Ürdün'deki tutuklama yerlerinde yapılan kötü muamele ile ilgili hiçbir kaygıyı ne kamuya açık bir şekilde ne de özel olarak ifade etmemiştir.

B. Kabul edilebilirlik üzerine

182. Mahkeme, bu şikayetin Sözleşme'nin 35 § 3 maddesi anlamında temelden yoksun olmadığını ve başka kabul edilemezlik nedenlerinden dolayı reddedilmeyeceğini belirtmektedir. Mahkeme bu şikayeti kabul edilebilir bulmaktadır.

C. Esasa ilişkin olarak

1. Genel ilkeler

183. İlk olarak Mahkeme, devletlerin kendi kuruluşundan beri, insan hakları için ağır bir tehdit oluşturan terör şiddetinden halkı korumak için zorluklarla karşılaştıklarının tamamen farkında olduğunu belirtmek zorundadır (bkz., özellikle *Lawless/İrlanda (n° 3)*, 1 Temmuz 1961, §§ 28-30, seri A n° 3, *İrlanda/Birleşik Krallık*, 18 Ocak 1978, seri A n° 25, *Öcalan/Türkiye* [BD], n° 46221/99, § 179, CEDH 2005-IV, *Chahal*, yukarıda adı geçen karar, § 79, *A. ve diğerleri*, yukarıda adı geçen karar, § 126, ve *A./Hollanda*, n° 4900/06, § 143, 20 Temmuz 2010, kararları). Mahkeme böyle bir tehdit karşısında devletlerin, terörist eylemlerde bulunanlar ile ilgili büyük bir kararlılık örneği göstermelerinin meşru olduğunu ve bu eylemlerin hiçbir şekilde haklı gösterilemeyeceğini

belirtmektedir (*Boutagni/Fransa*, n° 42360/08, § 45, 18 Kasım 2010 ; *Daoudi/Fransa*, n° 19576/08, § 65, 3 Aralık 2009).

184. İkinci olarak devletler, terörizmle mücadele kapsamında ulusal güvenlik için tehdit oluşturan vatandaş olmayanları sınırışı edebilmesi gerekmektedir ; ve Mahkeme'nin bir şahsın böyle bir tehdit oluşturup oluşturmadığını tespit etme amacı yoktur, ancak Mahkeme'nin, bu şahsın sınırışı edilmesinin Sözleşme ile güvence altına alınan haklarla uyumlu olduğu konusunda emin olması gerekmektedir (bkz., ayrıca *Ismoilov ve diğerleri*, yukarıda adı geçen karar, § 126).

185. Üçüncü olarak, şahsın gideceği ülkeye gönderilmesi durumunda 3. maddeye aykırı bir muameleye maruz kalacağına inanma konusunda ciddi nedenlerin olması halinde, taraf bir devlet tarafından bu şahsın sınırışı edilmesinin 3. madde anlamında sorun çıkarabileceği ve dolayısıyla devletin Sözleşme anlamında sorumluluğunu doğurabileceği yerleşik içtihatlardan çıkmaktadır. Bu durumda 3. madde, ilgili şahsın bu devlete gönderilmemesi yükümlülüğünü yüklemektedir. 3. madde ile yasaklanan muamelelere karşı korunma mutlak olduğundan, kötü muamele riski ile sınırışı edilme ile ilgili nedenler arasında denge kurmak imkânsızdır (*Saadi/İtalya* [BD], n° 37201/06, §§ 125 ve 138, CEDH 2008).

186. Dördüncü olarak Mahkeme, başvuru ile müdahil taraflar tarafından sunulan belgelerin gösterdiği gibi, uluslararası toplulukta, ulusal güvenlik için tehlike arzeden şahısların sınırışı edilebilmesi için güvenceler talep etme ile ilgili bir uygulamanın olduğunu kabul etmektedir (bkz., yukarıdaki paragraflar 141 ile 145 arası ve *Ismoilov ve diğerleri* davası, yukarıda adı geçen dava, §§ 96-100). Ancak, bu güvencelere başvurma ihtimaline karar verme ve bu uygulamanın uzun vadede sonuçlarını değerlendirmesi Mahkeme'ye ait değildir ; Mahkeme'nin belirli bir olayda verilen güvencelerin tüm kötü muamele riskini kaldırmak için yeterli olup olmadığını belirleme amacı yoktur. Bu davanın olaylarına gelmeden önce Mahkeme, 3. maddenin öne sürüldüğü sınırışı ile ilgili daha önceki davalardaki güvenceler ile ilgili yaklaşımını hatırlatmanın faydalı olacağını belirtmektedir.

187. Mahkeme, bir başvuruçunun gönderileceği ülkede kötü muamele riskiyle karşı karşıya olup olmadığı noktasını araştırdığı zaman, bir taraftan ülkedeki insan haklarının genel durumunu ve diğer taraftan, başvuruçunun durumu ile ilgili unsurları incelemektedir. İade edilecek ülkenin güvenceler vermesi durumunda, bu güvenceler Mahkeme'nin dikkate aldığı ek ilgili faktörler oluşturmaktadır. Ancak güvenceler başlı başına, kötü muamele riskine karşı yeterli bir korumayı garanti altına almak için yeterli değildir : güvencelerin pratikte uygulanmasının, başvuruçunun kötü muamele riskinden korunması için yeterli bir güvence öngörüp öngörmediğinin kesinlikle kontrol edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte bu güvencelere verilecek değer her davada ilgili dönemdeki durumlara bağlıdır (*Saadi*, yukarıda adı geçen karar, § 148).

188. Güvencelerin pratikte uygulanma şeklini değerlendirme ve bu güvencelere biçilecek değerin tespiti konusunda sorulan birinci soru, gönderilecek ülkede insan haklarının genel durumunun bu devlet tarafından da olsa verilecek güvenceleri kabul etmenin kapsam dışında bırakılmasının gerekip gerekmediği sorunudur. Ancak, çok nadir durumlarda ülkedeki genel durumun, mutlak bir şekilde bu devlet tarafından verilen güvencelere değer verilmeyeceği anlamına gelmemektedir (örnek olarak bkz., *Gaforov/Rusya*, n° 25404/09, § 138, 21 Ekim 2010, *Sultanov/Rusya*, n° 15303/09, § 73, 4 Kasım 2010, *Yuldashev/Rusya*, n° 1248/09, § 85, 8 Temmuz 2010, ve *Ismoïlov ve diğerleri*, yukarıda adı geçen karar, § 127, kararları).

189. Mahkeme sık sık, öncelikle verilen güvencelerin niteliğini değerlendirmekte ve sonra da, gönderilecek ülkenin uygulamaları ışığında bu güvencelerin güvenilirliğini incelemektedir :

i. güvencelerin ifadelerinin kendisine iletilip iletilmemesi (*Riabikine/Rusya*, n° 8320/04, § 119, 19 Haziran 2008 ; *Mouminov/Rusya*, n° 42502/06, § 97, 11 Aralık 2008 ; bkz., ayrıca işkenceye karşı Komite'nin *Pelit/Azerbeycan*, yukarıdaki paragraf 150, davasında verdiği karar) ;

ii. güvencelerin ya belirli ya da genel ve geniş olma niteliği (*Saadi*, yukarıda adı geçen karar ; *Klein/Rusya*, n° 24268/08, § 55, 1 Nisan 2010 ; *Khaydarov/Rusya*, n° 21055/09, § 111, 20 Mayıs 2010) ;

iii. Güvencelerin aktörünün ve bunun kapasitesinin, gönderilecek devleti bağlayıp bağlamadığı (bkz., *Chamaïev ve diğerleri*, yukarıda adı geçen karar, § 344, *Kordian/Türkiye* (kabuledilebilirlik ile ilgili karar), n° 6575/06, 4 Temmuz 2006, *Salem/Portekiz* (kabuledilebilirlik ile ilgili karar), n° 26844/04, 9 Mayıs 2006, ve, *a contrario*, *Ben Khemais/İtalya*, n° 246/07, § 59, 24 Şubat 2009, *Garayev/Azerbeycan*, n° 53688/08, § 74, 10 Haziran 2010, *Baysakov ve diğerleri/Ukrayna*, n° 54131/08, § 51, 18 Şubat 2010, ve *Soldatenko/Ukrayna*, n° 2440/07, § 73, 23 Ekim 2008) ;

iv. güvencelerin gidilecek devletin merkez hükümeti tarafından verilmesi durumunda, yerel makamların bu güvencelere uyma ihtimali (*Chahal*, yukarıda adı geçen karar, §§ 105-107) ;

v. güvencelerin verildiği muamelelerin gönderilecek ülkede yasal veya yasaya aykırı olup olmaması (*Cipriani/İtalya* (kabuledilebilirlik ile ilgili karar), n° 221142/07, 30 Mart 2010, *Saoudi/İspanya* (kabuledilebilirlik ile ilgili karar), n° 22871/06, 18 Eylül 2006, *Ismaili/Almanya* (kabuledilebilirlik ile ilgili karar), n° 58128/00, 15 Mart 2001, *Nivette/Fransa* (kabuledilebilirlik ile ilgili karar), n° 44190/98, CEDH 2001-VII, *Einhorn/Fransa* (kabuledilebilirlik ile ilgili karar), n° 71555/01, CEDH 2001-XI ; bkz., ayrıca *Suresh ve Sing* davalarında verilen sırasıyla Kanada Yüksek Mahkemesi ve Kanada Federal Mahkemesi kararları (yukarıdaki paragraflar 152 ve 154)) ;

vi. güvencelerin taraf bir devlet veya taraf olmayan bir devlet tarafından verilmesi (*Chentiev ve Ibraguimov/Slovakya* (kabuledilebilirlik ile ilgili

karar), n^{os} 21022/08 ve 51946/08, 14 Eylül 2010, ve *Gasayev/İspanya* (kabuledilebilirlik ile ilgili karar), n^o 48514/06, 17 Şubat 2009) ;

vii. benzer güvenceler konusunda gönderilen ülkenin geçmişteki davranışları dahil olmak üzere, gönderilecek devlet ile gönderen devlet arasında ikili ilişkilerin süresi ve gücü (*Babar Ahmad ve diğerleri*, yukarıda adı geçen kabuledilebilirlik ile ilgili karar, §§ 107-108, ve *Al-Moayad*, yukarıda adı geçen kabuledilebilirlik ile ilgili karar, § 68) ;

viii. başvurucunun avukatlarıyla sınırsız bir şekilde görüşmesi ihtimali dahil olmak üzere, diplomatik mekanizmalar veya diğer kontrol mekanizmaları tarafından verilen güvencelere saygının objektif bir şekilde kontrol edilip edilmeme ihtimali (bkz., *Chentiev ve Ibragimov ve Gasayev*, yukarıda adı geçen kararlar, ve, *a contrario*, *Ben Khemais* (§ 61) ve *Riabikine* (§ 119), yukarıda adı geçen kararlar, ve *Kolesnik/Rusya*, n^o 26876/08, § 73, 17 Haziran 2010 kararları ; bkz., ayrıca işkenceye karşı Komite tarafından *Agiza/İsveç* ve *Pelit/Azerbeycan* davalarında verilen kararlar (yukarıdaki paragraflar 147 ile 150 arası) ve İnsan Hakları Komitesi tarafından *Mohammed Alzery/İsveç* davasında verilen karar (yukarıdaki paragraf 151) ;

ix. gidilecek ülkede işkenceye karşı gerçek bir koruma sisteminin olup olmaması ve bu devletin uluslararası kontrol mekanizmalarıyla işbirliği yapma (bunların arasında insan haklarını savunan NGO'lar), işkence iddialarını araştırma ve bu fiillerin faillerini cezalandırma iradesi (*Ben Khemais*, yukarıda adı geçen karar, §§ 59-60 ; *Soldatenko*, yukarıda adı geçen karar, § 73 ; *Koktysh/Ukrayna*, n^o 43707/07, § 63, 10 Aralık 2009) ;

x. başvurucunun daha önce gidilecek ülkede kötü muameleye maruz kalıp kalmadığı (*Koktysh*, yukarıda adı geçen karar, § 64) ; ve

xi. gönderen devletin/taf devletin yargı organları tarafından güvencelerin güvenilirliğinin incelenmesi veya incelenmemesi (*Gasayev* ; *Babar Ahmad ve diğerleri*, § 106 ; *Al-Moayad*, §§ 66-69, yukarıda adı geçen kararlar).

2. Bu ilkelerin halihazır davaya uygulanması

190. Mahkeme, bu faktörleri halihazır davaya uyguladığı zaman, SIAC önünde öne sürülen kamusal unsurları, kendisine sunulan ek unsurları (...) ve Ürdün'deki insan haklarının genel durumu ile ilgili halka açık raporları incelemediğini belirtmek zorundadır (...). Mahkeme, SIAC'ın incelediği ek gizli unsurlara sahip değildir ve kaldı ki kendisinden bunları incelemesi istenmemiştir. Aynı şekilde, Mahkeme'nin SIAC'ın gizli olan kararını incelemediğinden, davanın *ex nunc* taktiri amacıyla SIAC'ın, 3. madde ile ilgili olarak vardığı sonuç konusunda, kendi halka açık kararında ek gizli unsurları dikkate alıp almamasının 3. maddenin ihlalini oluşturup oluşturmadığını incelemek gereksizdir.

191. Kendisine sunulan bilgi ve belgeleri inceleyen Mahkeme, öncelikle Ürdün hapisanelerinde işkence eylemlerinin yapıldığını ifade eden

Birleşmiş Milletler organları ile NGO'ların raporlarında belirtilen unsurların uyumlu olduğu kadar şaşırtıcı olduğunu kaydetmektedir. Ürdün'ün bu alanda kattığı ilerleme ne olursa olsun, işkenceye karşı Komite'ye göre, bu ülkede sıradan ve genel olan işkence uygulamaları halen bulunmaktadır (yukarıdaki paragraf 107). Bu sonuçlar yukarıda 106 ile 124. paragrafları arasında özetlenen raporlarla teyid edilmektedir; bu raporlar, DGR üyelerinin özellikle islamcı tutuklulara karşı sistematik bir şekilde işkence yapma yoluna başvurduğunu ve bundan dolayı herhangi bir takibata uğramadıklarını göstermektedir. Mahkeme'nin görüşüne göre, bu cezasızlık havası çok şaşırtıcı değildir; eldeki veriler işkencenin engellenmesi ve faillerin cezalandırılması konusunda uluslararası anlamda normal olarak kabul edilen güvencelerin önemli bir bölümü Ürdün ceza hukuk sisteminde bulunmamaktadır. İnsan Hakları Komitesi'nin 18 Kasım 2010 tarihli son gözlemlerinde (CCPR/C/JOR/CO/4) kaydettiği gibi (yukarıdaki paragraf 108), şikayetleri inceleyen gerçek bir bağımsız mekanizma bulunmamaktadır, bu davalarda açılan soruşturma sayısı azdır ve tutukluların hızlı bir şekilde avukat yardımından faydalanma ve bağımsız bir doktor tarafından muayene edilme ihtimalleri bulunmamaktadır. (Uluslararası Af Örgütü, İnsan Hakları İzleme Komitesi (Human Rights Watch) ve CNDH'nin raporları ile uyumlu olan işkenceye karşı Komite'nin vardığı sonuçların, bu problemlerin DGR'nin tutuklama konusundaki geniş yetkisi ile daha da ağırlaştığını ve Devlet Güvenlik Mahkemesi önüne getirilen davalarda savcının DGR ile olan yakınlığından dolayı, savcının DGR üzerinde anlamlı bir kontrol yapmadığını göstermektedir (bkz., yukarıdaki paragraflar 107, 112, 113, 116 ve 119 ile 122 arasındaki paragraflar). Son olarak işkence ile ilgili özel raportörün, Uluslararası Af Örgütü'nün ve CNDH'ni teyid ettiği gibi DGR, ulusal ve uluslararası yüksek kontrol görevlileri ile işbirliği yapmamaktadır (yukarıdaki paragraf 109 ve 121).

192. Bu unsurlar dikkate alındığında, Ürdün Hükümeti tarafından verilen güvenceler olmadan başvurunun Ürdün'e gönderilmesi durumunda, kötü muameleye maruz kalma riski altında olduğunu söyleme konusunda tarafların hemfikir olması şaşırtıcı değildir. Mahkeme de aynı fikirdedir. Bir islamist olarak bilinen başvurunun, Ürdün'de tutuklu bulundukları sırada sık sık kötü muameleye maruz kalan insanlardan oluşan kategoride olduğu açıktır. Başvurunun daha önceden işkence gördüğünün dikkate alınması gerekmektedir (bkz., başvurunun yukarıdaki 7. paragrafta özetlenen iltica talebi). Ancak, Mahkeme'nin yukarıdaki 187 ile 189. paragraflarda hatırlatılan genel yaklaşım gereği Mahkeme, mutabakat belgesinde olan güvencelerin, Adaleh Merkezi tarafından yapılacak kontrol ile birlikte başvurucuya karşı kötü muamele yapılacağı konusunda gerçek bir riski ortadan kaldırıp kaldırmadığını incelemek zorundadır.

193. Ürdün tarafından verilen güvencelerin kendisi ile ilgili olarak gerçek olan her türlü kötü muamele riskini ortadan kaldırmaya yeterli olup

olmadığı konusunda genel ve özel birçok kaygısının olduğunu ifade etmiştir. Genel nitelikteki kaygısı konusunda başvuru, işkence yapılmayacağı ile ilgili olarak hukuken çok taraflı zorlayıcı uluslararası yükümlülüklerine saygılı olması konusunda bu devlete güvenemeyeceğimizi savunmaktadır; aynı şekilde bu devletin işkence yapmamak için bağlayıcı olmayan ikili güvencelere saygılı olacağını bekleyememekteyiz. Başvuru, işkence ve kötü muamele sistematik sorun olduğu zaman hiçbir şekilde güvencelere güvenilmemesi gerektiğini ve sistematik olmayan ve izole bir şekilde yapılan işkence eylemleri olması durumunda bile, sadece uygulamada etkili olduğu ispatlanmış bağımsız kontrol organları tarafından kontrol yapılması durumunda güvencelere güvenilmesi gerektiğini eklemektedir. Mahkeme genel şekliyle sunulan bu argümanların güvenceler konusunda kendi içtihatlarıyla uyuşmadığını belirtmektedir. Yukarıdaki 187 ile 189. paragraflarda belirtilen genel ilkelerin ifade ettiği gibi Mahkeme, çok taraflı yükümlülükler uymayan bir devletin ikili güvencelere uyacak devlete güvenmemiz gerektiği konusunda hiçbir zaman mutlak kural koymamıştır; devletin çok taraflı yükümlülüklerine uymaması, verilen ikili güvencelerin yeterli olup olmadığının tespit edilmesinde dikkate alınacak bir ek faktördür. Aynı şekilde gönderilecek devlette işkencenin ve kötü muamelenin sistematik bir sorun olması durumunda güvence istenmesi yasak değildir; Lord Phillips'in başka bir şekilde gözlemlediği gibi (bkz., yukarıdaki paragraf 57), güvence talep etmek gerektiğinin bu güvencelere uymayacağımız anlamına gelmesi bile bizi paradoksa götürmektedir.

194. Bununla birlikte Mahkeme, Ürdün'deki insan haklarının genel durumunun, Ürdün Hükümet'inden de alınsa bile, herhangi bir güvenceyi kabul etmeyi yasakladığını düşünmemektedir. Mahkeme daha çok, Birleşik Krallık ile Ürdün Hükümetleri'nin, başvurunun Ürdün'e dönmesi durumunda kötü muamele görmeyeceğini garanti altına almak için detaylı ve şeffaf güvenceler vermek ve almak için çabaladıklarını belirtmektedir. Bu girişimin ürünü olan mutabakat belgesi, gerek kendi hükümlerindeki açıklık ve gerekse şeklen Mahkeme'nin daha önce incelediği güvencelerden üstündür (bkz., örnek olarak, karşılaştırma amacıyla, *Saadi*, *Klein* ve *Khaydarov* davalarında verilen güvenceler, yukarıdaki paragraf 189 ii.'de belirtilmiştir). Mutabakat belgesi, işkenceye karşı Komite ve İnsan Hakları Komitesi tarafından incelenen diğer güvencelerden daha üstün görünmektedir (*Agiza*, *Pelit* ve *Mohammed Alzery* davaları, yukarıdaki paragraflar 147 ile 151 arası). Mutabakat belgesi belirli ve tamdır. Başvurucunun Sözleşme ile korunan haklarının doğrudan doğruya Ürdün'de korunmasını öngörmektedir (mutabakat belgesinin 1 ile 8. paragrafları arası, yukarıda 77 ve 78. paragraflarda belirtilmiştir). Mutabakat belgesi ayrıca, bağımsız bir yargı organı olan ve ileri derecede iki taraflı sorguya konu olan uzmanların beyanları dâhil olmak üzere, taraflarca öne sürülen tüm delillere

sahip olan SIAC'ın detaylı incelemesinden geçme özelliğini taşımaktadır (yukarıdaki paragraflar 28 ve 189 xi.).

195. Mahkeme SIAC'ın değerlendirmesine katılmaktadır ; bu değerlendirmeye göre, verilen güvencelerin verildikleri bağlamda taktir edilmesi gerekmektedir. Mahkeme önündeki beyanlarında (yukarıdaki 83 ile 90. paragraflarda özetlenen [[bkz., Hudoc üzerinde kararın tam metni]]) belki de Bay Layden'in işkence konusunda Ürdün'ün passif olmasının ortaya koyduğu ağırlığı hafifletme eğilimde olduğu doğrudur, ama kendi pozisyonundan dolayı, Birleşik Krallığı, Ürdün ile bir araya getiren ikili ilişkilerin gücü konusunda bilgi sahibi olan biri olarak, bu mutabakat metninin ikili ilişkiler için öneminden bahsetmeye yetkilidir. Mahkeme, bu ifadeler ve SIAC'a iletilen diğer delillerden hareketle, Birleşik Krallık ile ikili ilişkilerin uzun yıllara dayandığı ve güçlü olduğu bir hükümet tarafından verilen güvencelerin iyiniyetli olduğu sonucuna varmak için yeterli olduğu görüşündedir (bkz., *Babar Ahmad ve diğerleri ve Al-Moayad* kabuledilebilirlik ile ilgili kararlar, yukarıdaki paragraf 189 vii.). Buna ek olarak, bu güvenceler Ürdün'ün en yüksek makamları tarafından verilmiştir ve Kralın kendisi bu güvenceleri onaylamıştır ve desteklemiştir. Bu nedenle, Ürdün hukukunda mutabakat belgesinin statüsü ne olursa olsun, verilen güvencelerin Ürdün Devleti'ni bağlayan makamlar tarafından verildiği açıktır (bkz., *a contrario*, *Ben Khemais*, *Garayev*, *Baysakov ve diğerleri ve Soldatenko*, yukarıdaki paragraf 189 iii. de belirtilen kararlar). Önemli faktörlerden bir tanesi de, DGR'nin yüksek sorumlularının bu güvenceleri onayladıkları ve destekledikleridir (bkz., *a contrario*, *Chahal* davası, yukarıdaki 189 iv. paragrafta belirtilmiştir). Mahkeme'ye göre tüm bu faktörler, mutabakat belgesinin lafzına ve ruhuna saygıyı daha fazla muhtemel kılmaktadır.

196. Aynı şekilde, mutabakat belgesinin görüşüldüğü politik bağlam dikkate alındığında Mahkeme, başvurunun tanınmışlığının kendisini daha büyük bir risk altına soktuğu yönündeki başvurunun argümanına katılmamaktadır. Mahkeme, bu tanınmışlığın etkisinin, gönderilen ülke makamlarının başvurunun iyi muamele görmesi için gerekli tedbirleri alma ihtimalinin yüksek olduğu kanaatindedir ; Ürdün Hükümeti hiç şüphesiz, kötü muamelenin sadece Birleşik Krallık ile olan ikili ilişkilere ağır zararlar vermekle kalmayıp, aynı zamanda bunun, uluslararası alanda öfkeye neden olabileceğini bilmektedir. Kanada Federal Mahkemesi'nin *Sing* davasında söylediği gibi (yukarıdaki paragraf 154), işkencenin hiçkimse bilmeden yapılması halinde, şahsın tanınmışlığı önemsizdir. Ancak bu argümanın bu davada ağırlığı azdır çünkü özellikle, *Sing* davasında tamamen olmayan kontrol mekanizması bu davada vardır.

197. Mutabakat belgesi ile ilgili genel kaygılardan başka başvuru, güvencelerin anlamı ve işlemesi ile ilgili altı unsurdan dolayı kaygılarını dile getirmiştir. Başvurucuya göre i) « en kısa sürede bir hâkim önüne » çıkarılacağı güvencesinde, « hâkim » kelimesinden ne anlamamız

gerektiğini bilmemekteyiz, ii) sorgu esnasında bir avukata ulaşım ulaşamayacağı, iii) kendisinin üçüncü bir devlete verilmesinin yasak olup olmadığı, iv) Ürdün hukukunda mutabakat belgesi ile verilen güvencelerin hukuki değerinin olup olmadığı ve icra edilip edilmeyeceği, v) hangi şartlarda Adaleh Merkezi onu görmeye gelecek ve vi) güvencelere saygıyı kontrol eden organın kapasitesinin ne olacağı. Mahkeme bu kaygıların herbirini birer birer inceleyecektir.

198. Birinci nokta ile ilgili olarak Mahkeme, mutabakat belgesinin başvurucağın yakalanmasından itibaren kısa ve belirli bir sürede bir sivil hâkim veya askeri olmayan bir savcı önüne çıkarılması yükümlülüğünü içerseydi, bu metnin çok önemli bir şekilde güçleneceğini belirtmektedir. Buna ek olarak tecrübe, kötü muamele görme riskinin tutuklamanın ilk saatlerinde ve ilk günlerinde yüksek olduğunu göstermektedir (bkz., bu konu hakkında görüş ifade eden işkenceye karşı Komite (yukarıdaki paragraf 156) ve 9^e genel raporunda CPT (CPT/Inf (99) 12), *Panovits/Kıbrıs*, n° 4268/04, § 46, 11 Aralık 2008, davasında belirtilmiştir).

Ancak Mahkeme, her ne kadar uygulama alışılmışın dışında da olsa, Ürdün hukukunda başvurucağın savcı tarafından dinlenildiği zaman, bir avukatın hazır bulunması hakkından faydalandığını kaydetmektedir (bkz., yukarıdaki paragraf 97'deki Bay Al-Khalili ve Bay Najdawi'nin raporu [bkz., Hudoc üzerinde kararın tam metni]). Başvurucağın ülkeye varmasından itibaren yirmi dört saat içinde savcı önüne çıkarılması, Ürdün makamları için güvencelere saygılı olacakları konusundaki niyetlerini göstermek için ilk fırsat olduğundan Mahkeme, başvurucağın bu aşamada bir avukatın yardımından faydalanmamasının ihtimal dâhilinde olmadığını belirtmektedir. Başvurucağın ilk defa savcı önüne çıkarılması, kendisinin dönüşü için alınan tedbirler bağlamında görülmesi gerekmektedir. Örnek olarak, Birleşik Krallık'tan Ürdün'e kadar başvurucağın eşlik eden kontrol görevlilerinin, en azından Ürdün'deki tutukluluğunun ilk gününün bir bölümünde kendisiyle kalma ihtimali vardır. İnsan Hakları Komitesi'nin prosedürde eksiklikler tespit ettiği *Mohammed Alzery* davasında (yukarıdaki paragraf 151), tutukluyu görmeden önce geçen beş haftalık süre ile ilgili olarak, burada söz konusu olan pozitif bir durum söz konusudur ve bu durum, yüksek oranda mutabakat metninin açık olmamasından doğabilecek kötü muamele riskini indirmektedir.

199. Başvurucağın tarafından ortaya konulan ikinci bir kaygı sorgulama sırasında avukatın bulunmamasıdır. Gerçekten de SIAC, DGR tarafından yapılan sorguda avukatın bulunmasının muhtemel olmadığına karar vermiştir, ama savcı tarafından yapılan sorguda avukatın bulunmasının muhtemel olduğunu ve hâkim önüne çıkarılma esnasında ise avukatın bulunmasının yüksek bir ihtimal olduğunu belirtmiştir. Bir tutuklunun sorgulama sırasında avukat yardımından faydalanmasının reddedilmesinin büyük kaygılara neden olduğu doğrudur : hürriyetinden mahrum bırakılan kişinin hukuki yardımdan faydalanma hakkı, kötü muamele riskine karşı

temel bir koruma oluşturmaktadır (*Salduz*, yukarıda adı geçen karar, § 54). Ancak bu davada bu risk, mutabakat belgesi ve kontrol mekanizmalarıyla oluşturulan güvencelerle esaslı bir şekilde indirilmiştir.

200. Üçüncü olarak başvuru, kendisinin başka devletlere verilmesinden kaygılanmaktadır. Mahkeme, başvurunun CİA tarafından sorgulama sırasında kötü muameleye maruz kalma, DGR tarafından gizli şekilde bir yerde tutulma veya CİA'nın Ürdün'deki bir « hayalet » tutuklama merkezinde tutulma veya ülke dışındaki üçüncü makamlara teslim edilmesi riskinin söz konusu olmadığı kanaatindedir. *Babar Ahmad ve diğerleri* kararında (yukarıda adı geçen karar, §§ 78-82 ve 113-116) Mahkeme, yasal yolları kasten ihlal eden olağanüstü iadelerin, hukuk devletine ve Sözleşme tarafından korunan değerlere aykırı olduğuna karar vermiştir; bu davada Mahkeme, her ne kadar başvuru sahiplerinin iadesini isteyen Amerika Birleşik Devletleri'nin bunları başka üçüncü ülkelere vermek için herhangi bir açık güvence vermemesine rağmen, olağanüstü bir iade işleminden korkan başvuru sahiplerinin şikayetlerini kabuledilemez bulmuştur. Ayrıca Amerika Birleşik Devletleri başvuru sahiplerinin Federal yargı organları tarafından yargılanacakları güvencesini vermiştir; Mahkeme gözünde bu durum başka makamlara iade ile uyumlu değildir.

Benzer durum bu davada da uygulanmaktadır. Her ne kadar üçüncü devletlere iade açıkça mutabakat belgesinde işlenmemişse de bu belge açıkça, başvurunun Ürdün'e iadesini, orada tutuklanacağını ve orada 1998 ve 1999 yıllarında gıyaben suçlu bulunduğu davalarda tekrar yargılanacağını öngörmektedir. Eğer başvuru suçlu bulunursa, DGR'nin bir merkezine tutuklama için sevk edilecektir. Ürdün'ün başvuru sahiplerini alıp, onu yargılamak yerine ulusal topraklarda gizli bir yerde tutması veya başka bir ülkeye vermesi, bu hükümlerle tamamen uyumsuzdur. Aynı şekilde, başvurunun DGR'de tutuklu bulunduğu sırada Amerikan makamları tarafından sorgulanacağı farzedilse bile Mahkeme, Ürdün makamlarının Amerikan Birleşik Devletleri'nin « sınırları geçmemesi » ve mutabakat belgesinde geçen hükümlerin lafzının veya ruhunun ihlal edilmemesi için gerekli tedbirleri almaları gerektiğini belirten SIAC'ın vardığı sonuç ile ilgili herhangi bir şüphenin olmadığını belirtmektedir.

201. Başvuru tarafından ortaya atılan dördüncü nokta ile ilgili olarak, Ürdün hukukunda mutabakat belgesinin hukuken hiçbir bağlayıcılığının olmaması tamamen mümkündür; hukuka aykırı bir davranış ile ilgili olarak verilen bir güvence olarak bu duruma, devletin iç hukukunun izin verdiği tedbirleri uygulamama konusunda devletin taahhütte bulunmasına oranla daha az şüpheyile bakılması gerekmektedir (bkz., yukarıdaki paragraf 189 v.). Ancak SIAC, bu farklılığı dikkate almıştır. SIAC'ın vardığı sonuçlardan, kendisinin bu güvencelerle ilgili olarak temkinli hareket ettiği sonucu çıkmaktadır (bkz., mutabakat belgesi ile ilgili vardığı sonuçlar, yukarıdaki paragraflar 29 ve devamı); ve Mahkeme, SIAC gibi, bu davada Ürdün'ün sözünü yerine getirmemek için gerçek ve güçlü bir belirli unsurun

bulunmadığını ve bununla birlikte, Ürdün yüksek makamlarının mutabakat belgesine verdikleri desteğin, mutabakat belgesinin görüşmelerine katılan DGR sorumlularının bu belgeye uyulmayacağına hoşgörüyle bakacağı konusundaki riski, önemli bir oranda düşürdüğünü belirtmektedir.

202. Beşinci nokta ile ilgili olarak başvuru, Adaleh Merkezinin kendisinin iadesinden itibaren kendisini sadece üç sene boyunca görebileceğini söylemek için, mutabakat belgesinin Arapça ve İngilizce versiyonları arasındaki farklılığa dayanmaktadır. Mahkeme bu sorunun, Ürdün ve Birleşik Krallık Hükümetleri arasında yapılan diplomatik notlarla çözümlendiğini (bkz., Bay Layden'in yukarıdaki 90. paragraftaki beyanı [Hudoc üzerinde kararın tam olan metninde]) ve bu notların açıkça Adaleh merkezinin başvurucaı tutuklu kaldığı süre içinde görebileceğini belirtmektedir.

203. Son olarak altıncı nokta ile ilgili olarak, Adaleh Merkezinin, Uluslararası Af Örgütü, İnsan Hakları İzleme Komitesi (Human Rights Watch) veya CICR gibi, ilk planda olan uluslararası NGO'lar ile aynı yetkilere ve aynı kaynaklara sahip olmadığı açıktır. Örnek olarak CNDH gibi, Adaleh Merkezi Ürdün'de aynı şekilde tanınmamaktadır ve aynı statüde değildir. SIAC davayı incelediği zaman bu zayıflığı ortaya koymuştur. SIAC Adaleh Merkezinin «tecrübesizliği ve mütevazı büyüklüğünü» kabul etmiştir, ama kontrol ziyaretleri kendisini önemli olduğu sonucuna götürmüştür (yukarıdaki paragraf 31). Mahkeme bu sonuca katılmaktadır. Bununla birlikte Mahkeme, her ne kadar Adaleh Merkezinin kontrol ile ilgili doğrudan doğruya bir tecrübesi olmasa da, SIAC'ın davayı incelemesinden beri Merkezin kapasitesinin büyük oranda geliştiği konusunda ikna olmuştur. Bay Layden'in beyanları, Adaleh Merkezinin Birleşik Krallık tarafından cömertçe yapılan yardımlardan faydalandığını göstermektedir ve bu durum en azından, Merkezin Ürdün Hükümeti'ne karşı bağımsızlığını sağlayan bir tedbir oluşturmaktadır. Birleşik Krallık Hükümeti'nin güvencelere saygı duyulmasını sağlamak konusunda çıkarı olduğundan, bu finansal yardımların devam edeceğini öngörebiliriz. Ne Merkezin hukuki statüsünde meydana gelebilecek değişim ne de birçok başka organizasyon ile söz konusu kontrolü sağlamak için sözleşme yapılması herhangi bir sonuç vermeyecek gibi görünmemektedir. Her ne kadar Adaleh Merkezinin Müdürü Bay Rababa'nın, başvurucaı davasında Birleşik Krallık'ta yapılan prosedür ile ilgili az bilgi sahibi olduğu yönündeki Bay Wilke'nin beyanlarına güven duymak gerekiyorsa da, Birleşik Krallık Hükümeti'nin temsilcileriyle yaptığı görüşmelerden sonra şu anda Bay Rababa, Merkezin ne rol oynaması gerektiğini ve bu sorunun Birleşik Krallık için ne kadar önemli olduğunu açıkça biliyordur. Ayrıca, her ne kadar Bay Rababa'nın bazı aile fertleri güvenlik servisine bağlı iseler de (...), bu aile fertlerinden birinin başvurucaı tutukluluğu sırasında kendisinden sorumlu olacağını gösteren hiçbir durum söz konusu değildir. Daha önemli bir şekilde, kendisinin sorumlu olduğu kontrolü

yerine getirme şekli konusunda Adaleh Merkezinin Ürdün ve uluslararası sivil toplumu tarafından maruz kalacağı sınav, kendi müdürünün ailevi bağlarından doğan taraflılık ile ilgili uzak olan riske oranla daha üstün olması gerekmektedir.

204. Her ne kadar kendi bölümü olan işkenceye karşı ulusal Ekip ile Adaleh Merkezi arasında ilişkinin belirli olan doğası açık değilse de, görünüşe bakılırsa Ekip, yapmak zorunda olduğu kontrol için gerekli personele ve istenen disiplinler arası yeteneklere sahiptir (bkz., yukarıdaki 87. paragrafta Bay Layden'in beyanı [Hudoc üzerinde kararın tam olan metninde]). İşkenceye karşı ulusal Ekibin oluşumu ile ilgili olarak yapılan iddialara rağmen Mahkeme'nin, kötü muamelenin psikolojik veya fiziki belirtilerini tespit edecek nitelikte olan tıbbi ve psikiyatrik personelden oluşan bir heyet tarafından başvurunun ziyaret edileceği konusunda bir kuşku bulunmamaktadır (bkz., Merkezin görev statüsünün 4 d) paragrafı, yukarıda 81. paragrafta belirtilmiştir) ve heyetin başvuruöyü özel olarak görebileceği konusunda tüm nedenler bulunmaktadır (Görev statüsünün 4 c) paragrafı). Daha önce belirlenen bir zamanda heyet ile görüşme elbette ki başvurunun çıkarınadır ve dolayısıyla Mahkeme, DGR'nin kontrolden muaf olmak için heyetin üyelerine, başvurunun kendileriyle görüşmek istemeyeceğini söylemesinin düşünölemeyeceği kanaatindedir çünkü, Bay Oakden'in SIAC'a verdiği beyanlarda ifade edildiği gibi, böyle bir durum, « diplomatik ve bakanlar arası ateşli iletişim ve reaksiyona » neden olacaktır (yukarıdaki paragraf 30). Bu nedenlerle Mahkeme, her ne kadar mükemmel olmasa da Adaleh Merkezinin verilen güvencelere saygıyı kontrol etme konusunda kapasitesi olduğunun ortaya konulduğunu düşünmektedir.

205. Yukarıda belirtilen nedenlerle, elindeki tüm verileri dikkate alan Mahkeme, başvurunun Ürdün'e iadesinin kendisini, bir kötü muamele riskiyle karşı karşıya bırakmadığı sonucuna varmaktadır.

206. Son olarak yazılı prosedür kapsamında Mahkeme taraflara, başvurunun herhangi bir şartlı salıverilme ihtimali olmadan ömür boyu hapis cezasına çarptırılma riski taşıyıp taşımadığını ve böyle bir cezanın Sözleşme'nin 3. maddesi ile uyumlu olup olmadığını sormuştur. Taraflar böyle bir riskin olmadığı konusunda aynı fikre sahiptirler, çünkü Ürdün'de ömür boyu hapis cezası normalde yirmi sene hapis cezasıdır. Başvuruöyü aynı zamanda kendi cezasının 6. madde kapsamında incelenebileceğini kabul etmiştir. Mahkeme bu konuda tarafların pozisyonunu kabul etmektedir ve bu davada, başvuruöyü Ürdün'de verilecek hapis cezasının süresinin 3. madde anlamında sorun çıkarmadığını belirtmektedir.

207. Bu nedenle Mahkeme, başvurunun Ürdün'e iadesinin Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olmayacağı sonucuna varmaktadır.

(...)

IV. SÖZLEŞME’NİN 5. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI ÜZERİNE

226. Sözleşme’nin 5. maddesi bağlamında başvuru ilk olarak, iade edilmesi durumunda bu madde ile güvence altına alınan kişi güvenliği hakkının açıkça yokluğu niteliğinde olacak gerçek bir riskle karşı karşıya kalacağını, çünkü Ürdün hukukunun bir şahsın elli güne kadar gizli bir şekilde tutuklanmasına imkan verdiğini iddia etmektedir. Başvuru ikinci olarak, tüm bu tutukluluk süresi içinde hukuki yardımdan mahrum bırakılacağını savunmaktadır. Üçüncü olarak başvuru, yeni davasından sonra mahkum olması durumunda, hakkında verilecek her türlü hapis cezasının 5. maddenin açıkça ihlali sonucunu doğuracağını çünkü, bu hapis cezasının 6. maddenin açıkça ihlaline neden olacak bir prosedür sonrasında verileceğini iddia etmektedir.

5. maddenin ilgili bölümleri şu şekildedir :

« 1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz :

(...)

c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;

(...)

3. İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir. »

A. Tarafların beyanları

1. Hükümet

227. Hükümet sınırdışı edilme ile ilgili bir davada 5. maddenin öne sürülemeyeceği görüşündedir (bu konuda Mahkeme şüpheleri olduğunu *Tomic/Birleşik Krallık* (kabuledilebilirlik ile ilgili karar), n° 17837/03, 14 Ekim 2003 davasında dile getirmiştir). Hükümet, her ne kadar genel olarak bunu yapabilirsek bile, halihazır davada bu anlamda hiçbir sorun bulunmadığını, çünkü başvuru yargı önüne çıkarılmadan önce uzun bir süre tutuklu kalma riskinin olmadığını eklemektedir. Hükümet SIAC’ın, başvuru kırksekiz saat içinde bir « yargı makamı » önüne

çıkartılmasının muhtemel olduğuna karar verdiğini iddia etmektedir. Hükümete göre, bu makamın hukuki statüsü olan bir savcı olması durumunda bile sorun bulunmamaktadır. Hükümet, Bay Al-Khalili ve Bay Najdawi'nin raporunun, savcının yargıç sınıfından olduğunu ve polislerin yakalama durumunda yargı organlarını durumdan haberdar etmek için sahip oldukları kırksekiz saatin yirmidört saate indirildiğini teyid ettiğini öne sürmektedir. (...) Hükümet ayrıca, SIAC'ın maksimum elli gün olan tutuklama süresinin uzatılmasının talep edilmesinin düşük bir ihtimal olduğu sonucuna vardığının (yukarıdaki paragraf 41) ve bu sonucun İstinaf Mahkemesi (*Court of Appeal*) ve Lordlar Kamarası tarafından onaylandığının altını çizmektedir. Bununla birlikte Lordlar Kamarası'ndan Lord Phillips, elli günlük tutukluluk süresinin 5. maddenin açık ihlali oluşturmaktan uzak olduğunu belirtmiştir (yukarıdaki paragraf 58). Bu süre ile tutuklu olma ihtimalini kabul etmeksizin Hükümet, bu analizi kendi analizi olarak kabul etmiştir.

228. Hükümet bununla birlikte, mutabakat belgesinde başvurunun hemen bir hakim huzuruna çıkarılacağı yönünde verilen güvencenin, daha önce giyapta mahkum olduğu suçlardan dolayı yeni davadan önce olan tüm tutuklamalara ve aynı şekilde, Ürdün'deki tüm tutuklama dönemlerine uygulandığını savunmaktadır. Son olarak, başvurunun yeni davasının açık bir adaletin yokluğu olamayacağını belirten Hükümet, bu davadan sonra verilecek muhtemel bir hapis cezasının, 5. madde anlamında hiçbir sorun çıkarmadığını ifade etmektedir.

2. Başvurucu

229. Başvurucu, elde olan verilerin, islami tutukluların savcının emri üzerine düzenli ve gizli bir şekilde elli güne yakın tutulduklarını gösterdiğini iddia etmektedir. Bu süre Mahkeme tarafından belirlenen (*Brogan ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 29 Kasım 1988, §§ 61-62, seri A n° 145-B ; *Öcalan*, yukarıda adı geçen karar, § 103) veya uluslararası hukukta kabul edilen süreleri (yukarıdaki paragraf 155) açıkça aşmaktadır. Soruşturmayı yapan savcının tutuklamaya devam kararının yasaya uygunluğunu kontrol etmesi ve yüksek bir ihtimalle bu davada Devlet Güvenlik Mahkemesi önündeki savcının asker olması, Mahkeme içtihatlarına ve uluslararası hukuka aykırıdır. Bununla birlikte mutabakat belgesinin, « hâkim önüne kısa süreyi » tanımlamadığından dolayı başvuru, kendisinin kırksekiz saat içinde bir yargı makamı önüne çıkarılacağına ilişkin SIAC'ın vardığı sonucun dayanağının, mutabakat belgesinden sorumlu olan Milletler Topluluğu (Commonwealth) ve Dışişleri Bakanlığı'nın tanıdığı olan Bay Oakden'in beyanı olduğunu belirtmektedir. Ancak burada, Al-Khalili ve Najdawi'nin raporlarında Bay Oakden'in bu beyanında sadece başvurunun savcıya sunulmasına gönderme yaptığı sonucu çıkmaktadır.

B. Kabuledilebilirliğe ilişkin

230. Sözleşme'nin 35 § 3 anlamında bu şikayetin temelden yoksun olmadığını ve herhangi bir kabuledilmezlik kriterine aykırı olmadığını belirten Mahkeme, bu şikayetin kabuledilebilir olduğuna karar vermektedir.

C. Esasa ilişkin

1. Bir sınırdışı davasında 5. madde uygulanabilir mi ?

231. *Tomic* davasında (yukarıda adı geçen kabuledilebilirlik ile ilgili karar) Mahkeme'nin, bir sınırdışı davasında 5. maddenin uygulanması konusunda şüpheleri olduğunu kaydettiği doğrudur. Ancak, *Babar Ahmad ve diğerleri* kararını da (yukarıda adı geçen kabuledilebilirlik ile ilgili karar, §§ 100-116) hatırlatmakta fayda bulunmaktadır. Bu davada başvuruçular, kendilerinin Amerika Birleşik Devletleri'ne iade edilmeleri ve sonrasında düşman savaşçı olarak nitelendirilmeleri veya üçüncü devletlere verilmeleri durumunda, kendilerinin Sözleşme'nin 3, 5 ve 6. maddelerinin ihlal edilmesi riski altında kalacaklarını savunmuşlardır. Amerikan Hükümeti, başvuruçuların düşman savaşçı olarak nitelendirilmeyecekleri ve federal yargı organları önünde yargılacaklarına dair güvence vermiştir. Ulusal yargı organları ve Mahkeme önünde başvuruçuların şikayetleri, düşman savaşçı olarak nitelendirmeleri için gerekli olan kriterlere cevap verdikleri karinesinden hareketle ve düşman savaşçı olarak nitelendirmeleri halinde Sözleşme'nin 3, 5 ve 6. maddelerinin ihlal edilmesi riski altında kalıp kalmayacaklarını incelemişlerdir. Kesin bir şekilde Mahkeme, başvuruçuların şikayetlerini temelden yoksun olmaları nedeniyle reddetmiştir ve Amerika Birleşik Devletleri tarafından verilen güvencelerin başvuruçuların düşman savaşçı olarak nitelendirmeleri ve üçüncü devletlere iade edilmeleri riskini ortadan kaldırdığına karar vermiştir. Mahkeme ayrıca, *Al-Moayad* davasında (yukarıda adı geçen kabuledilebilirlik ile ilgili karar, § 101, § 101) 6. madde ile ilgili şikayeti incelediği zaman aşağıdaki tespitlerde bulunmuştur :

« Bir cezai suç işlemek için hazırlık yapmaktan veya suçu işlemekten şüphelenilen bir şahıs, tutukluysa ve tutukluluğunun yasaya uygunluğunu tarafsız ve bağımsız bir mahkeme tarafından incelenmesini sağlayamıyorsa ve hakkındaki suçlamaların yerinde olmadığını ortaya çıkması durumunda serbest bırakılma talebinde bulunamıyorsa, tartışmasız olarak adil yargılanma hakkının ve adaletin açıkça yokluğu vardır [atıf unutulmuştur]. »

Bu gözlem, dava olmadan Guantanamo'da tutuklanmaktan dolayı başvuruçunun korkusu ile ilgili şikayetin incelenmesi kapsamında yapıldığından, Mahkeme, bu gözlemin daha da güçlü bir şekilde Sözleşme'nin 5. maddesine uygulanması kanaatine varmaktadır.

232. Mahkeme ayrıca, açıkça adil olmayan bir yargılamadan sonra gönderilecek ülkede tutuklanma riski altında olan bir başvurunun sınırdışı edilmemek için 6. maddeyi, ama herhangi bir dava olmadan tutuklanma riski altında olan başvurunun aynı amaçla 5. maddeyi öne süremeyeceğini söylemenin mantıklı olmadığını ifade etmektedir. Aynı şekilde, başvurunun daha önceden üçüncü bir ülkede açıkça adil olmayan bir yargılama sonucunda suçlu bulunması ve bu ülkeye hapis cezasını çekmek için iade edilmesinin zorunlu olduğu bir durum olabilmektedir. Böyle bir durumda, eğer başvurunun iadesi durumunda yeniden ceza davasının açılması ihtimali yok ise, başvuru 6. maddeyi öne sürememektedir çünkü başvuru yeni bir adaletin yokluğu riski altında bulunmamaktadır. Bu durumda başvurunun, sınırdışı edilmemesi için 5. maddeyi öne sürmesini yasaklayamayız (bkz., *mutatis mutandis*, *Stoichkov/Bulgaristan*, n° 9808/02, §§ 51-56, 24 Mart 2005, ve *Ilaşcu ve diğerleri/Moldova ve Rusya* [BD], n° 48787/99, §§ 461-464, CEDH 2004-VII).

233. Dolayısıyla Mahkeme, *Tomic* kararında ifade ettiği şüpheye rağmen 5. maddenin bir sınırdışı davasına uygulanabildiği kanaatindedir. Mahkeme, bir şahsın bir devletten, 5. maddenin açıkça ihlal edilme riski altında olduğu bir başka devlete gönderilmesinin bu maddenin ihlali sonucunu doğurabileceğini belirtmektedir. Ancak, 6. madde gibi, yüksek bir derecenin uygulanması gerekmektedir. Örnek olarak sadece gönderilen devlette, şahsın yargı önüne çıkarılma amacı olmadan yıllarca keyfi olarak tutuklanması halinde veya bir başvurunun açıkça adil olmayan bir yargılama sonucunda mahkûm edilmesinden sonra, gönderilecek ülkede uzun bir süre tutuklanma riski altında olması durumunda, 5. maddenin açıkça ihlali söz konusudur.

2. Bu davada 5. maddenin açık ihlali var mıdır ?

234. Mahkeme, başvurunun 5. madde ile ilgili ikinci ve üçüncü şikâyetlerinin (hukuki yardımın yokluğu ve açıkça adil olmayan bir yargılama sonucunda tutuklanma riski) daha çok 6. madde altında incelenmesi gerektiği sonucuna varmaktadır. Dolayısıyla başvurunun sadece ilk şikâyetinin (elli güne kadar gizli bir şekilde tutuklanma riski) 5. madde altında incelemek gerekmektedir.

235. Yukarıdaki 233. paragrafta ifade ettiği ilkeleri uygulayan Mahkeme, başvurunun Ürdün'de tutuklanmasının 5. maddenin açıkça ihlal edileceği konusunda gerçek bir riskin olmadığı sonucuna varmaktadır. Mahkeme'nin, iddia makamından doğrudan doğruya sorumlu olan ve bürosunun DGR binasında olduğu bir savcının, açıkça ifade etmek gerekirse « bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisi » olarak kabul edileceği konusunda ciddi şüpheleri bulunmaktadır (bkz., örnek olarak, *Medvedyev ve diğerleri/Fransa* [BD], n° 3394/03, § 124, ve yukarıdaki 155. paragrafta belirtilen İnsan Hakları Komitesi'nin *Kulomin* kararı). Dolayısıyla Ürdün Ceza Muhakemeleri Kanununda yapılan

değişikliklere göre, başvurunun kırksekiz saat içinde savcı huzuruna çıkarılacağı konusuna az bir değer biçmekteyiz (bkz., Bay Al-Khalili ve Bay Najdawi'nin raporları, yukarıdaki paragraf 96, [Hudoc üzerinde kararın tam olan metninde]). Ancak, Ürdün makamlarının başvuruycuyu yargılamak için mahkeme önüne çıkarma amaçlarının olduğu açıktır ve bu makamlar bunu başvurunun tutuklanmasından itibaren elli günlük süre içinde yapmak zorundadırlar. Lord Phillips gibi Mahkeme, elli günlük bir tutuklama süresinin 5. maddenin açıkça ihlal edilmesini oluşturmaktan uzak olduğu ve dolayısıyla başvurunun Ürdün'e iadesi durumunda bu maddenin ihlal edilmeyeceği kanaatindedir.

V. SÖZLEŞME'NİN 6. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI ÜZERİNE

236. Sözleşme'nin 6. maddesini öne süren başvuru ayrıca, giyabında (*in absentia*) verilen mahkûmiyet kararlarına neden olan suçlardan biri için tekrar Ürdün'de yargılanmasının, açık bir şekilde adaletin yokluğu gerçek riskine neden olacağını savunmaktadır.

6. maddenin ilgili hükümleri şu şekildedir :

« Herkes davasının, (...) cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, adil (...) olarak, (...) görülmesini isteme hakkına sahiptir. (...) »

A. Tarafların tezleri

1. Hükümet

237. Hükümet, Mahkeme'nin Lordlar Kamarası'nın yaklaşımını benimsemesi ve 6. maddenin ülke toprakları dışında ancak gönderilecek ülkede yapılacak davanın ilgili şahıs için ağır sonuçlar doğurması ihtimalinin olması durumunda uygulandığı sonucuna varması gerektiğini savunmaktadır. Ancak Hükümet bu davada, başvurunun suçlu bulunması durumunda kendisi için ağır sonuçlar olacağını kabul etmiştir ve dolayısıyla « adaletin açık yokluğu kriterinin » uygulanmasına gerek olduğunu düşünmektedir.

238. Hükümet ayrıca, « adaletin açıkça yokluğu (un déni flagrant) » ifadesinin, « korunan hakkın iptal edilmesi, hatta özüne zarar verilmesi sonucunu doğuran ağır bir ihlale » neden olacak şekilde yorumlanması gerektiğini savunmaktadır (bkz., *Mamatkoulov ve Askarov* [BD], n^{os} 46827/99 ve 46951/99, CEDH 2005-I, davasında yargıçlar Bratza, Bonello ve Hedigan'ın kısmi ayrık görüşleri). Hükümete göre, bu kriter istisnai durumlarda uygulanan sıkı bir kriterdir. Bununla birlikte açık bir

adaletin yokluğu (un déni de justice flagrant) riskinin oluşabilmesi için sağlam unsurlar gerekmektedir.

239. Hükümet, bu davada açık bir adaletin yokluğu için gerekli olan şartın gerçekleşmediği yönündeki SIAC'ın ve Lordlar Kamarası'nın gerekçesini kendi gerekçesi olarak kabul etmektedir. Hükümet, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin yapısal anlamda bağımsızlıktan yoksun olduğunu kabul etmektedir ancak, Yargıtay önünde yapılan başvuru hakkının bunu telafi ettiğini düşünmektedir. Belirli bir yargı organının yapısal anlamda bağımsız olmamasının otomatik olarak, bu yargı organı önündeki prosedürlerin açıkça adaletin yokluğunu oluşturduğu anlamına gelmesi için, ilgili ilkelerde ve Mahkeme içtihatlarında hiçbir durum bulunmamaktadır ; her zaman adil olmayan tüm yönlerin kapsamının değerlendirilmesi gerekmektedir ve bu ancak, en basit şekliyle yapısal bağımsızlığın üzerinde durmaktan çok daha geniş bir kapsamda bulunan durumların gözönünde bulundurulması ile mümkün olabilmektedir. Sonuç olarak, Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne karşı yapılan uluslararası eleştirilere ve askeri yargı organları önünde yapılan davalar ile ilgili uluslararası belgelere az önem vermek gerekmektedir.

240. Aynı durum, adli yardımın davadan önce yokluğu için de geçerlidir : 6. madde böyle bir adli yardımı mutlak bir hak olarak kabul etmemektedir. Hükümete göre, SIAC'ın vardığı sonuçlardan açıkça, başvuru durumunu ile ilgili olarak Ürdün makamlarının temkinli oldukları ve yeni davanın yakından izleneceğini bildikleri anlamı çıkmaktadır. Dolayısıyla Ürdün yargı organlarının başvuru DGR'de alınan ama savcılık önünde tekrarlanmayan beyanlarını dikkate alma ihtimali düşüktür. Ayrıca, Ürdün hukuku sadece savcı önünde avukatın yokluğunu kabul etmektedir (bkz., yukarıdaki paragraf 97'deki Bay Al-Khalili ve Bay Najdawi'nin raporu [bkz., Hudoc üzerinde kararın tam metni]).

241. Hükümet, sanığın işkence edilerek elde edilen delillerin kabulünün davayı adil olmaktan çıkardığını kabul etmektedir ancak, işkence aşamasına gelmeyen kötü muamele durumunda elde edilen deliller için aynı durumun söz konusu olmadığını belirtmektedir. Bu bağlamda Hükümet, taraf bir devlet ile ilgili olarak da Mahkeme'nin, işkence ile elde edilen deliller ile kötü muamele ile elde edilen deliller arasında ayırım yaptığını savunmaktadır. Hükümete göre, işkence oluşturmak için gerekli ağırlık derecesine varmayan kötü muameleler söz konusu olduğu zaman, makamlar bu muameleler ile elde edilen delillerin davada kullanılması konusunda bir takdir yetkisine sahiptirler. Hükümet bu tezi desteklemek için *Jalloh/Almanya* kararından ([BD], n° 54810/00, §§ 99 ve 106-107, CEDH 2006-IX) bahsetmektedir. Bununla birlikte işkenceyi kötü muameleden ayırmak için Mahkeme, işkenceye karşı Sözleşme'nin 1. maddesinde belirtilen zorunlu kriteri uygulamaktadır (yukarıdaki paragraf 125). Bu davada SIAC, başvuru aleyhine olan delillerin işkence ile elde edildiği

sonucuna varmamıştır ama sadece, delillerin 3. madde anlamında kötü muamele sonucu elde edildiği konusunda gerçek bir riskin olduğu kanaatine varmıştır. Dolayısıyla bu delillerin kullanılmasının otomatik olarak hukukun açık bir ihlali olacağını söylemek için herhangi bir durum söz konusu değildir.

242. Hükümet ayrıca, ulusal topraklar dışındaki bir bağlam içinde başvurunun, işkence veya kötü muamele ile elde edilen delillerin gönderileceği ülkede kendi davasında kullanılacağını iddia etmesi durumunda, yüksek delil seviyesinin zorunlu kılınması gerektiğini savunmaktadır. Hükümet, delillerin işkence ile elde edildiği konusunda yüksek ihtimal kriterinin ortaya konulmadığı durumda, Birleşik Krallık yargı organlarının, işkence elde edildiği konusunda gerçek bir riskin olduğu delilleri kabul ettiğini gözlemlemektedir (bkz., 136 ve 137. paragraflarda geçen *A ve diğerleri (n° 2)* davasında Lordlar Kamarası tarafından verilen karar). Böylece, bu davada deliller yasal ve adil olarak Birleşik Krallık'ta kabul edilebilmektedir ve Hükümet, bu delillerin başvurunun sınırdışı edilmesi önünde engel oluşturmasının mantıklı olmadığını düşünmektedir. Hükümet, delillerin işkence veya kötü muamele ile elde edilmesi riskinin olmasının adaletin açıkça yokluğu için yeterli olmadığını savunmaktadır : bunun için yüksek ihtimal kriterine göre veya her türlü mantıklı şüpheden uzak bir şekilde, bu delillerin işkence ile elde edildiğinin ispatlanması gerekmektedir. Bu delil derecesi, taraf devletlerin toprakları üzerinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. ve 6. maddelerinin uygulanması için uygulanan kritere ve işkenceye karşı Sözleşme'nin 15. maddesi ile (yukarıdaki paragraf 129) Alman ve Kanadalı yargı organlarının içtihatlarına uygundur (bkz., Düsseldorf İstinaf Mahkemesi tarafından 27 Mayıs 2003 tarihinde verilen kararlar, yukarıdaki 133. paragrafta ifade edilmiştir, Hamburg İstinaf Mahkemesi tarafından *El Motassadeq* davasında verilen karar, yukarıdaki 135. paragrafta ifade edilmiştir, Colombie britannique Yüksek Mahkemesi tarafından *India/Singh* davasında verilen karar, yukarıdaki 139. paragrafta ifade edilmiştir, ve Kanada Federal Mahkemesi tarafından *Mahjoub* davasında verilen karar, yukarıdaki 140 ve 153. paragraflarda ifade edilmiştir). Ancak bu davada başvuru, bu derece ile ilgili herhangi bir delil öne sürmemiştir, başvurunun öne sürdüğü ek deliller, SIAC önünde öne sürülen delillere hiçbir şey eklememiştir ve bu deliller her halükarda Bay Al-Khalili ve Bay Najdawi'ni beyanları tarafından reddedilecekti. Bununla birlikte, *Mamatkoulov ve Askarov* davası (yukarıda adı geçen dava), gidilecek ülkede işkence ile elde edilen delillerin yasaya uygun olarak kabul edildiği yönündeki genel raporların, belirli bir başvurunun açık bir adaletin yokluğuna maruz kalacağını ortaya koymak için yeterli olmadığını göstermektedir : daha fazla doğrudan doğruya olan deliller gereklidir.

243. Hükümet, işkence iddiaları ile ilgili soruşturma yapma yükümlülüğünün olduğunu belirten başvurunun argümanının yerinde

olmadığını düşünmektedir : Sözleşme'ye taraf olmayan Ürdün'ün Sözleşme'nin 3. maddesinin muhtemel ihlalleri ile ilgili soruşturma yapma pozitif yükümlülüğü bulunmamaktadır. Buna paralel olarak, her ne kadar Ürdünlü bir sanık için savcıya yaptığı itirafların işkence ile alındığını ispatlamak zor olsa da (çünkü ispat külfeti savcıya değil sanığa aittir) SIAC, bu durumun Ürdün hukukunda olmasının kabuledilebilir olduğuna karar vermiştir. SIAC, bu ispat külfeti ile ilgili kuralı uygulayan bir Ürdün Mahkemesi'nin kararının açıkça mantıksız veya keyfi olmadığını ve açıkça bir adaletin yokluğunu oluşturmadığı sonucuna varmıştır.

244. Son olarak Hükümet, adil yargılamayı adil olmaktan çıkaracak herhangi bir faktöre uygulanan kriterlerden başka, üçüncü kişilere yapılan işkence veya kötü muamele sonucu elde edilen delillere, herhangi bir kriterin uygulanmaması gerektiğini savunmaktadır. Her ne kadar bir başka kriter uygulamamız gerekiyorsa da, bu davada delillerin kötü muamele ile elde edilmesi riski olmadığından, bu delillerin kullanılması, başvurunun adil yargılanma hakkına zarar vermemektedir.

245. Dolayısıyla Hükümet, bir arada olsalar bile bu üç faktörün (bağımsızlığı yokluğu, hukuki yardımın yokluğu ve işkence ile elde edilen delillerin kabul edilme riski) açık bir adaletin yokluğunu oluşturmadığı sonucuna varmaktadır.

2. Başvurucu

246. Hükümetin aksine başvuru, uzun bir hapis cezasının dayatılmasının, adaletin açıkça yokluğunun tespiti için bir önkoşul olarak görmemektedir, ama daha çok ağır bir haksızlık faktörü olarak görmektedir.

247. Başvurucu, adaletin açıkça niteliksel olduğunu ve niceliksel olmadığını öne sürmektedir : kendisine göre, « açık » kelimesi, adaletin kendisinin değil ama adaletin özünün yokedilmesi anlamına gelmektedir ve ayrıca haksızlığın açık ve görülebilir olması gerektiği anlamına gelmektedir.

248. Başvurucu, aşağıdaki faktörleri bir araya gelecek şekilde incelememiz durumunda kendi davasında adaletin açıkça yokluğu sonucuna varabileceğimizi savunmaktadır : i) Devlet Güvenlik Mahkemesi, askeri bir savcının hizmet verdiği bir askeri yargı organıdır ; ii) başvurunun kendisi terörizmden açıkça suçlanan bir sivildir ; iii) kendisi aleyhine olan delillerin belirli bir şekilde işkence veya kötü muamele ile elde edilen itiraflar olma gerçek riski bulunmaktadır ; ve iv) başvurucuya göre, Devlet Güvenlik Mahkemesi, itirafların işkence veya kötü muamele ile elde edildiğini doğru bir şekilde kontrol etmeyecektir.

249. Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin askeri oluşumu ile ilgili olarak başvuru ilk olarak, İnsan Hakları Komitesi'nin sivilin askeri mahkemeler tarafından yargılanması uygulamasını mahkûm ettiğini ifade etmektedir (yukarıdaki paragraf 157 ile 159 arası). Başvurucu akabinde, hukuki kontrol olmadan uzatılan dönemlerle (asker olan savcının talebiyle) gizli bir şekilde tutuklu kalma ihtimalini, Devlet Güvenlik Mahkemesi

itirafların işkence iddialarını doğru bir şekilde kontrol etmemesini ve bu yargı organının tarafsızlığı ve bağımsızlığının bulunmamasını açıkça ifşa eden uluslararası eleştirilere dayanmaktadır. Son olarak başvuru, zorla itiraf elde etme iddiaları konusunda, Ürdün'ün deliller ile ilgili kurallarının adil olmadığını belirtmektedir. Bay Al-Khalili ve Bay Najdawi'nin beyanlarının okunmasıyla Yargıtay'ın, savcı önünde itirafın tekrar edilmesi durumunda ispat külfetinin sanığa ait olduğunu, sanığın itirafların zorla alındığını ispatlaması gerektiğini ve ispatlamama durumunda itirafların, DGR'nin daha önceki davranışlarından bağımsız olarak kabul edileceğini belirttiği ortaya çıkacaktır.

250. Bu bağlamda başvuru, Ürdün Devlet Güvenlik Mahkemesi önünde yapılan prosedürlerin, *Ergin* (n° 6) davasında (n° 47533/99, CEDH 2006-VI) incelenen Türkiye'deki Devlet Güvenlik Mahkemesi önündeki prosedüre oranla daha tartışmalı olduğunu savunmaktadır. Hem *Al-Moayad* kararından (yukarıda adı geçen karar) hem de *Drozdz ve Janousek/Fransa ve İspanya* kararından (26 Haziran 1992, série A n° 240) askeri yargı organları önünde yapılan davaların başlı başına 6. maddenin açık ihlaline neden olduğu sonucu çıkmaktadır.

251. İşkence ile elde edilen delillerin kullanılma riski ile ilgili şikayete destek olarak başvuru, elde ettiği diğer verileri de öne sürmektedir (bunlar yukarıdaki 102 ile 105. paragraflarda özetlenmiş [bkz., Hudoc üzerinde kararın tam metni]) ve bu verilerin şu durumları gösterdiğini belirtmektedir : i) Abdul Nasser Al-Hamasher ve Abu Hawsher tarafından yapılan itiraflar, başvuru aleyhine ilk davalardaki suçlamaların temelini oluşturmaktadır ve ii) bu adamlar ve her davanın bazı sanıkları, herhangi bir hukuki yardım olmadan gizli bir şekilde tutuklu kalmışlardır ve işkenceye maruz kalmışlardır. Başvuru, Bayan Refahi'nin doğru söylediğini ve bir ifadenin imzalanması için parmak izlerinin kullanılmasının (...), itirafların zorla alındığı konusunda açık bir belirti oluşturduğunu söylediğini iddia etmektedir. Bu parmak izi en basitinden, Bay Al-Khalili ve Bay M. Najdawi'nin tahmin ettiği gibi, ifade verenin okuma yazma bilmediğinin belirtisi değildir ; Abu Hawsher'in durumunda olduğu gibi bu davada başvuru durumunda, iddia makamı kendisini bazı kitaplar okumaktan dolayı eleştirmiştir.

252. Başvuru ayrıca, (uluslararası hukukta olsun veya Sözleşme'de olsun) işkence ve kötü muamele arasında yapılan her türlü ayrımın bu davada iki nedenden dolayı hiçbir öneminin olmadığını iddia etmektedir : ilk olarak, Abdul Nasser Al-Hamasher ve Abu Hawsher'e yapılan kötü muameleler işkenceyi oluşturmaktadır ; ikinci olarak itiraf elde etmek için kötü muamele yapıldığından 6. madde ihlal edilmiştir ve durum Abdul Nasser Al-Hamasher ve Abu Hawsher'in durumu için söz konusudur.

253. İşkence ile elde edilen delillerin kullanılması adaletin açıkça inkârı anlamına gelmektedir. Başvurucuya göre, bu tür delillerin kullanılmasının yasaklanması, işkence yasağını koyan *jus cogens*'i açıkça yansıtan

uluslararası mekanizmaların, işkenceye karşı Sözleşme'nin 15. maddesinin ve İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bir parçasını oluşturmaktadır. İşkenceye karşı Sözleşme'nin 15. maddesi ile oluşturulan bu delillerin kapsam dışında bırakılması kuralı, kişinin işkenceye maruz kaldığı yönünde makul nedenlerin varlığı halinde her seferinde soruşturma yapma yükümlülüğü yükleyen aynı belgenin 12. maddesi ile birlikte okunması gerekmektedir. Birleşmiş Milletler'in organlarının ve NGO'ların raporlarından (yukarıdaki 106 ile 124 arasındaki paragraflarda özetlenen), Ürdün savcısının olması gerektiği gibi, işkence iddiaları ile ilgili soruşturma yapmadığı ve başvuruçunun yokluğunda yargılandığı davalarda bu tür iddiaları soruşturmadığı sonucu çıkmaktadır. Dolayısıyla, her ne kadar başvuruçunun, kendi davasında aleyhe olan delillerin işkence ile elde edildiği ihtimalini yüksek bir derecede ortaya koymamışsa, kendisi tarafından ortaya konulacak bu tür iddialar ile ilgili olarak her türlü şüpheden uzak bir şekilde Ürdün makamlarının soruşturma yapmayacağını ortaya koyduğunu belirtmektedir.

254. Hükümet, istenen deliller ile ilgili Ürdün hukukunun İngiliz hukuku ile aynı kuralları öngördüğünü kabul etmek konusunda haksızdır : İngiliz hukukunda, sadece iddia makamının delillerin işkence ile elde edilmediğini ispatlaması durumunda, deliller bir ceza davasında kabul edilebilmektedir. (...) Bununla birlikte *A ve diğerleri (n° 2)* davasında (yukarıdaki paragraflar 136-137) Lordlar Kamarası'nın çoğunluğunun görüşü, Birleşik Krallık'ta bağımsız bir yargı organı olan SIAC'ın, bilinçli bir şekilde delillerin işkence ile elde edildiği konusundaki iddialarla ilgili olarak soruşturma yaptığı karinesine dayanmaktadır. Bu karine, Ürdün Devlet Güvenlik Mahkemesi söz konusu olduğu zaman geçerli değildir. Bu yargı organı önünde ispat külfeti, itirafların işkence ile elde edildiğini iddia eden sanığa aittir. Bu kural adil değildir çünkü, sorguların kaydedilmesi, tutuklama sürelerinin sınırlandırılması, avukata ve doktorlara erişim hakkı gibi işkenceye karşı en temel koruma sağlayan güvencelerle donatılmamıştır.

255. Bu nedenlerle, başvuruçudan her türlü şüpheden uzak bir şekilde veya yüksek ihtimal kriterine göre önemli tanıkların işkence gördüklerini ispatlamasını istemek adil değildir.

256. Ulusal yargı organlarının vardığı sonuçlar ile ilgili olarak başvuruçunun, İstinaf Mahkemesi'nin (*Court of Appeal*) dosyayı tümüyle inceleyerek iyi bir yaklaşım sergilediğini ve Ürdün Ceza Muhakemesinde itirafların işkence ile elde edildiği riskine karşı « temel korumaların (...) yokluğunu » doğru bir şekilde uyguladığını savunmaktadır. Tam tersine Lordlar Kamarası, sadece işkence ile elde edilen deliller riskine konsatre olarak hata işlemiş ve başvuruçunun öne sürdüğü prosedürdeki eksiklikleri usulüne uygun bir şekilde incelememiştir. Lordlar Kamarası ayrıca, *Mamatkoulou ve Askarov* kararına (yukarıda adı geçen karar) dayanmakta haksızdır : Büyük Daire'nin bu davada yaptığı değerlendirme 34. madde üzerinde etkileri vardı, Büyük Daire'nin elinde olan veriler bu davada

olduğu gibi belirli ve detaylı değildi ve faktörlerin bir araya gelmesi aynı değildi.

B. Kabuledilebilirliğe ilişkin

257. Sözleşme'nin 35 § 3 anlamında bu şikayetin temelden yoksun olmadığını ve herhangi bir kabuledilmezlik kriterine aykırı olmadığını belirten Mahkeme, bu şikayetin kabuledilebilir olduğuna karar vermektedir.

C. Esasa ilişkin

1. Genel ilkeler

a) « Adaletin açıkça yokluğu (un déni de justice flagrant) » kriteri

258. Mahkeme içtihatlarında bir şahsın, taraf devlette açıkça adaletin yokluğuna maruz kalması veya kalma riski altında olması durumunda, bir sınırdışı veya iade kararının istisnai olarak 6. madde altında sorun çıkarabileceği ortaya konulmuştur. Bu ilke ilk defa *Soering/Birleşik Krallık* kararında (7 Temmuz 1989, § 113, seri A n° 161) ve sonrasında birçok kararda ifade edilmiştir (bkz., örnek olarak, *Mamatkoulov ve Askarov*, yukarıda adı geçen karar, §§ 90-91, ve *Al-Saadoon ve Mufdhi/Birleşik Krallık*, n° 61498/08, § 149, CEDH 2010, kararları).

259. Mahkeme içtihatlarında « adaletin açıkça yokluğu (un déni de justice flagrant) » kavramı, 6. maddenin hükümlerine veya bu maddede ifade edilen ilkelere açıkça aykırı olan davalara uygulanmaktadır (*Sejdovic/İtalya* [BD], n° 56581/00, § 84, CEDH 2006-II, *Stoichkov*, yukarıda adı geçen karar, § 56, ve *Drozd ve Janousek*, yukarıda adı geçen karar, § 110). Her ne kadar bu kavramı daha açık ifadelerle tanımlamamışsa da Mahkeme, açıkça adaletin yokluğunu oluşturan bazı durumları ifade etme imkânı bulmuştur. Adaletin açıkça yokluğu durumu aşağıdaki hallerde söz konusudur :

- suçlamanın esasları ile ilgili herhangi bir inceleme elde etme ihtimali olmadan giyapta (*in absentia*) yargılanma (*Einhorn* kararı, kabuledilebilirlik ile ilgili karar, § 33, *Sejdovic*, § 84, ve *Stoichkov*, § 56, yukarıda adı geçen kararlar),
- niteliği gereği kısa olan ve savunma haklarına tamamen aykırı olan dava (*Bader ve Kanbor/İsveç*, n° 13284/04, § 47, CEDH 2005-XI),
- tarafsız ve bağımsız bir mahkeme tarafından yasaya uygunluğunun incelenmesinin sağlanmasını imkânsız olduğu tutuklama (*Al-Moayad* kararı, yukarıda adı geçen takipsizlik ile ilgili karar, § 101),
- bir şahsın, özellikle yabancı bir ülkede tutuklu bulunan bir şahsın, avukatıyla görüşmesinin sistemli şekilde ve kasten reddedilmesi (*ibidem*).

260. *Soering* kararından beri geçen yirmi iki sene içinde Mahkeme'nin bir sınırdışı kararının 6. maddenin ihlaline neden olduğu sonucuna varmadığını kaydetmek gerekmektedir. Mahkeme'nin « adaletin açıkça yokluğunun » olmasına karar vermesi için, yukarıda verilen örneklerle birlikte bu içtihat, bazı açık haksızlık kriterlerinin gerçekleşmesi gerektiğini göstermektedir. Açıkça adaletin yokluğunun gerçekleşebilmesi için, taraf devlette meydana gelen 6. maddenin ihlaline neden olan davada basit eksiklikler olması veya güvencelerin yokluğu yeterli değildir. 6. madde ile güvence altına adil yargılanma hakkının ihlal edilmiş olması ve bu ihlalin bu madde ile korunan hakkın özüne zarar vermesi veya yoketmesi gerekmektedir.

261. Mahkeme bu durumun söz konusu olup olmadığını belirlerken, 3. maddeye göre sınırdışı ile ilgili davalarda uyguladığı aynı ispat külfetini ve aynı delil derecesini dikkate almaktadır. Dolayısıyla, Taraf Devletten sınırdışı edilmesi durumunda açık bir adaletin yokluğu ile karşı karşıya kalma gerçek riski altında olacağını gösteren ciddi nedenlerin olduğunu ispatlamak için deliller öne sürme külfeti başvuruçuya aittir. Eğer başvuruçuyu bunu yaparsa, bu konu hakkında her türlü şüpheyi ortadan kaldırmak Hükümete aittir (bkz., *mutatis mutandis*, *Saadi*, yukarıda adı geçen karar, § 129).

262. Son olarak bu davanın olayları dikkate alındığında Mahkeme, söz konusu davanın başvuruçuyu için ağır sonuçlar ortaya çıkarması durumunda adaletin açıkça yokluğu olup olmadığını belirlemenin gerekli olmadığı kanaatindedir. Gerçekten de giyabında başvurunun mahkûm olduğu ve yeni davada onanma riski olan hapis cezalarının, ağır hapis cezaları olduğu tartışmasızdır.

b) İşkence ile elde edilen delillerin kabul edilmesi adaletin açıkça yokluğunu (un déni de justice flagrant) oluşturur mu ?

263. Mahkeme, İstinaf Mahkemesi (*Court of Appeal*) gibi, bu davada asıl sorunun, başvuruçunun yeni davasında üçüncü kişilere yapılan işkence ile elde edilen delillerin kullanılma sorunu olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla öncelikle, işkence ile elde edilen delillerin davada kullanılmasının adaletin açıkça yokluğu olup olmadığı noktasını incelemek gerekmektedir. İstinaf Mahkemesi gibi (yukarıdaki paragraf 51) Mahkeme, bu durumun söz konusu olduğu kanaatindedir.

264. Uluslararası hukuk, kendisinden önce common law gibi, hiç tereddütsüz işkence ile elde edilen delillerin kullanılmasını kabul etmemektedir. Güçlü hukuki ve ahlaki nedenler bu yasağın temelinde yatmaktadır.

Lordlar Kamarasının ilgili dairesinin gözlemlediği gibi bu davada, devletlerin işkence ile elde edilen delilleri kapsam dışında bırakarak, işkenceye karşı taviz vermemeleri gerektiği doğrudur. Bu nedenle, Mahkeme'nin *Jalloh* kararında belirttiği gibi (yukarıda adı geçen karar,

§ 105), işkence ile elde edilen delilleri kabul etmek ahlaki olarak kınanan ve Sözleşme'nin 3. maddesini kaleme alanların yasaklamaya çalıştığı bu tip davranışları dolaylı yoldan meşru kılmaktadır.

Ancak, işkence ile elde edilen delillerin kapsam dışında tutulması için önemli olan başka nedenler de bulunmaktadır. Lord Bingham'ın *A ve diğerleri* (n° 2) kararının 52. paragrafında gözlemlediği gibi, işkence ile elde edilen deliller kabuledilemezdir çünkü, bu deliller « güvenilir değildir, adil değildir, insanlığın doğal normlarına ve ahlakına aykırıdır ve adaletin yerine getirilmesi için istenen bir mahkemeyi hayata geçirmesi gereken ilkelerle uyumlu değildir ». Mahkeme bu analize katılmaktadır : Mahkeme 3. maddeye aykırı olarak elde edilen ifadelerin esasen güvenilir olmadığını daha önce söylemiştir (*Söylemez/Türkiye*, n° 46661/99, § 122, 21 Eylül 2006). Bu nedenle tecrübe, işkence mağdurlarının – doğru olsun veya olmasın – onlara çektirilen acının sona erdirilmesi için herşeyi söylemeye hazır olduğunu çok sık bir şekilde açıkça göstermiştir.

Daha temel bir şekilde, hukuk devletine dayanan hiçbir hukuk sistemi, – güvenilirliği ne olursa olsun – işkence gibi barbarca olan bir uygulama ile elde edilen delillerin kabul edilmesine hoşgörü gösteremez. Usuli güvenceler hukuk devletinin temellerinden birini oluşturmaktadır. İşkence ile delillerin elde edilmesi, prosedürün hukuka uygunluğuna, telafi edilmeyecek bir şekilde zarar vermektedir, zor kullanmayı hukuk devletinin yerine koymaktadır ve bu tür delilleri kabul eden tüm mahkemelere zarar vermektedir. Prosedürün bir bütün olmasını ve kesinlikle hukuk devletini korumak için, bu tür delillerin kapsam dışında bırakılması gerekmektedir.

265. Bu nedenler, gerek Sözleşme sisteminde ve gerekse uluslararası hukukta önceliğin işkence ile alınan delillerin kapsam dışında bırakıldığını göstermektedir. Dolayısıyla yeni bir karar olan *Gäfgen/Almanya* ([BD], n° 22978/05, §§ 165-67, CEDH 2010) kararında Mahkeme, özel tespitlerin 3. maddeye aykırı olarak yapılan muamelelerle elde edilen delillerin kullanılmasına karşı uygulandığını hatırlatmıştır. Mahkeme şunları ifade etmiştir :

« 165. (...) Sözleşme'de güvence altına alınan mutlak nitelikte çekirdek haklardan birinin ihlali sonucu elde edilen bu tür bir delilin kabulü, mahkûmiyet üzerinde belirleyici olmasa bile, yargılamanın adilliği üzerinde ciddi sorunlar doğurmaktadır.

166. Sonuç olarak Mahkeme, ikrarlar konusunda, işkence (...) veya Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı diğer kötü muameleler (...) sonucu elde edilmiş ifadelerin, maddi olayları kanıtlamak üzere ceza davasında delil olarak kabulünün, yargılamayı bir bütün olarak adil olmayan bir duruma getirdiği sonucuna varmıştır. Mahkeme, bu durumun, ifadelerin kanıtlayıcı olan değeri bulunup bulunmadığına ve bunların kullanılmasının sanığın mahkûmiyeti bakımından belirleyici olup olmadığına bakılmaksızın uygulanır (...).

167. Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal eden bir kötü muamelenin doğrudan bir sonucu olarak elde edilen maddi delilin yargılamada kullanılması konusunda ise Mahkeme, kanıtlayıcılık değeri ne olursa olsun, hiçbir zaman mağdurun suçluluğunu

kanıtlamak için, şiddet fiillerinin, en azından işkence olarak nitelendirilebilecek fiillerin bir sonucu olarak elde edilen suçlandırıcı maddi delile dayanılamayacağı kanaatindedir. »

Gäfgen kararı, Mahkeme'nin işkence ile elde edilen delillere karşı olan açık, yerleşik ve tartışmasız pozisyonunu yansıtmaktadır. Bu karar bu davada İstinaf Mahkemesi (*Court of Appeal*) tarafından yapılan tespiti teyid etmektedir: Sözleşme sisteminde bu tür delillerin kullanılmasının yasaklanması esastır ve işkence ile elde edilen delillerin kullanılmasından doğan 6. madde ihlali ile basit bir şekilde prosedürdeki eksiklikten dolayı veya yargılamayı yapan heyetin oluşumundan dolayı aynı maddenin ihlal edilmesi arasında önemli bir farklılık bulunmaktadır (bkz., İstinaf Mahkemesi kararının 45 ile 49. paragrafları arası, yukarıdaki paragraf 51'de ifade edilmiş).

266. Bu analizi destekleyen uluslararası hukukta güçlü argümanlar bulmaktayız. Adil yargılanma hakkıyla ilgili az sayıda uluslararası norm, işkence ile elde edilen delillerin kapsam dışında bırakılması kuralına göre daha esastır ve işkenceye karşı Sözleşme gibi, az sayıda uluslararası antlaşma geniş bir desteğe sahip olmuştur. Bu Sözleşme'ye yüz kırk dokuz devlet taraftır ve bu devletler arasında Avrupa Konseyi'nin tüm üye devletleri bulunmaktadır (yukarıdaki paragraf 125). Bu Sözleşme uluslararası topluluğun, işkence uygulamalarını yoketmek için bir seri tedbir olarak esaslı bir şekilde işkence yasağını *jus cogens* normu olarak kabul etme ve bu uygulamaya başvurmak için varolan tüm unsurları yoketme iradesini yansıtmaktadır. Sözleşme'nin önemli hükümlerinden biri, işkence ile elde edilen delillerin kabul edilmesini mutlak bir şekilde yasaklayan 15. maddedir. Bu hüküm devletlere açık bir yükümlülük yüklemektedir. İşkenceye karşı Komite'nin tartışmasız bir şekilde ifade ettiği gibi, 15. madde geniş bir kapsama sahiptir. Bu madde, sınırdışı ile ilgili prosedürler dahil olmak üzere tüm prosedürlere uygulanacak şekilde yorumlanmıştır (bkz., işkenceye karşı Komite'nin *P.E./Fransa* ve *G.K./İsviçre* kararları ve Pau İstinaf Mahkemesi'nin *Irastorza Dorronsoro* kararı, yukarıdaki 130 ve 132. paragraflarda belirtilmiştir –*P.E.* ve *G.K.* kararları, sanıktan gelmeyen beyanlar dahil olmak üzere, işkence ile elde edildiği tespit edilen « tüm beyanlara » 15. maddenin uygulandığını göstermektedir; bu konuda bkz. ayrıca, *Haroutyunian/Ermenistan* kararı, n° 36549/03, § 59, CEDH 2007-VIII, ve Kuzey Afrika Yüksek Mahkemesi tarafından *Mthembu/Devlet* (379/07) [2008] ZASCA 511, davasında verilen karar, yukarıdaki adı geçen *Gäfgen* kararının 74. paragrafında belirtilmiştir). 15. madde ile öngörülen yasağın tek istisnası, işkenceden suçlanan bir şahsa karşı açılan prosedürlerle ilgilidir.

267. Yukarıda ifade edilen nedenlerle Mahkeme, işkence ile elde edilen delillerin sadece 6. maddenin hükümlerine değil ama aynı zamanda, adil yargılanma hakkıyla ilgili en temel uluslararası normlara da açıkça aykırı olduğunu belirtmektedir. Bu delillerin kabul edilmesi sadece dosyanın

tamamını etikten ve usûlden yoksun kılmamaktadır, ama aynı zamanda bu davayı tamamen güvenilir olmayan bir sonuca götürmektedir. Bu tür delillerin bir ceza davasında kullanılması halinde açıkça bir adaletin yokluğu olacaktır. Mahkeme, aynı tespitlerin işkence oluşturmeyen kötü muamele ile elde edilen delillere uygulanabileceğini kapsam dışında tutmamaktadır. Ancak, bu davanın olayları dikkate alındığında (bkz., yukarıdaki paragraflar 269 ile 271 arası), bu sorunun çözülmesi gerekmemektedir.

2. Bu ilkelerin halihazır davaya uygulanması

268. Başvurucu, özellikle ifade sırasında avukat yokluğu, kendisinin tanınan biri olması ve Devlet Güvenlik Mahkemesi heyetinin oluşumu dâhil olmak üzere birçok faktörün Mahkeme'yi, kendi olayında yeni bir davada yargılanmasının adaletin açıkça inkârına neden olacağı sonucuna götüreceğini savunmaktadır (yukarıdaki paragraf 248). Ancak Mahkeme'nin gözlemlediği gibi davadaki asıl sorun, işkence ile elde edilen delillerin kabul edilmesidir. Mahkeme öncelikle bu şikâyeti inceleyecektir.

a) İşkence ile elde edilen deliller

269. Başvurucuyu suçlayan ifadeler, Reform ve Amaç (Réforme et Défi) örgütünün davasında, Abdul Nasser Al-Hamasher tarafından ve milenyum komplosu davasında Abu Hawsher tarafından verilmiştir (yukarıdaki paragraflar 9 ile 20 arası). SIAC, işkence aşamasına gelmiş veya gelmemiş ama 3. maddeye aykırı bir şekilde yapılan muameleler sonucunda bu beyanların DGR tarafından alındığı konusunda en azında gerçek bir riskin olduğu sonucuna varmıştır (SIAC'ın vardığı sonuçların 420 paragrafı, yukarıdaki 45. paragrafta belirtilmiştir).

270. SIAC'ın vardığı sonuçların okunması, kendisinin net bir şekilde yapılan muamelelerin işkence oluşturup oluşturmadığı sonucuna varıp varmadığını söylemeye imkân vermemektedir. Abu Hawsher'in açık iddiası, kendisinin ayak diplerinden, banyo yaptığı zaman derisi kaldırılınca kadar dövüldüğü yönündedir. (...) Abdul Nasser Al-Hamasher'in yaraları aynı muamele şekline denk düşmektedir. (...) Eğer uygulanmışsa, bu muamelenin amacı sadece, bunlara maruz kalan şahıslardan bilgiler veya itiraflar elde etmek olabilir. Bununla birlikte, *bastinado*, *falanga* veya *falaka* olarak bilinen ayak altlarından vurmada oluşan uygulama, Mahkeme tarafından daha önce incelenmiştir. Bu muamele mağdurun ağır ağrılar ve şiddetli acılar çekmesine neden olmaktadır ve bu muamelenin bir şahsa, ondan itiraflar elde etmek için uygulanması amacıyla yapıldığı davalarda Mahkeme, bu muameleyi işkence olarak nitelendirmekte tereddüt etmemiştir (bkz., birçok karar arasından, *Salman/Türkiye* [BD], n° 21986/93, §§ 114-15, CEDH 2000-VII, *Valeriu ve Nicolae Roşca/Moldova*, n° 41704/02, § 64, 20 Ekim 2009, belirtilen referanslarla, *Diri/Türkiye*, n° 68351/01, §§ 42-46, 31 Temmuz 2007, ve

Mammadov/Azerbeycan, n° 34445/04, §§ 68-69, 11 Ocak 2007). Sonuç olarak, Abu Hawsher ve Abdul Nasser Al-Hamasher'in şikâyet ettikleri muamelelere maruz kalmışlarsa, bu muamelelerin işkence oluşturduğu sonucuna varmak için her türlü neden vardır.

271. Bu nedenle Mahkeme, i) işkence ile elde edilen delillerin kullanılması gerçek riskinin yeterli olup olmadığını ve ii) eğer yeterliyse, adaletin açıkça yokluğunun olup olmadığını belirlemek zorundadır.

i) İşkence ile elde edilen delillerin kullanılması gerçek riski yeterli midir ?

272. Bu soruya cevap vermek için Mahkeme, kendi elinde bulunan Abu Hawsher ve Abdul Nasser Al-Hamasher'in işkence gördüklerini ispatlayan delillerin, o dönemlerde SIAC'ın elinde olan delillerden daha ikna edici olduğunu kaydetmekle başlayacaktır. Bay Al-Khalili ile Bay Najdawi'nin raporları esaslı olarak dengeli ve objektiftir. Bu rapor, Ürdün Devlet Güvenlik Mahkemesi önündeki yargılama sisteminin güçlü ve zayıf taraflarını değerlendirmektedir ve DGR'nin şüphelilerden itiraf elde etmeye çalıştığını kabul etmektedir. Ancak, raporun asıl zayıflığı, bunu kaleme alanların başvuru ile yargılanan sanıkların işkence iddialarını incelemedikleridir: raporun yazarları, her davada Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından varılan sonuçları kaleme almakla yetinmişlerdir – bu sonuçlara göre sanıklar işkence görmemişlerdir. Buna karşın Bayan Refahi, ilk davaların sanıklarının ve avukatlarının beyanlarını almak için iki defa Ürdün'e gitmiştir. Her iki beyanı, yaptığı görüşmelerin detaylarını sunmaktadır ve sanıklar tarafından yapılan işkence iddialarını açık ve belirli ifadelerle beyan etmiştir. Bu konu ile ilgili Bay Al-Khalili ve Bay Najdawi'nin genel sonuçlarından çok, Bayan Refahi'nin beyanlarına güvenmek için her türlü neden vardır. Bununla birlikte, milenyum komplosu davasında Abu Hawsher tarafından yapılan iddialar, Abu Hawsher dahil olmak üzere dört sanığın işkence gördüğü sonucuna varan Uluslararası Af Örgütü'nün 2006 yılındaki raporuyla uyumludur. Sanıklardan biri olan Ra'ed Hijazi'nin kötü muamele iddiaları, özellikle ikna edicidir çünkü, özellikle suç yerinde yapılan keşif sırasında, tanıklar kendisinin tek başına ayakta kalmasının açıkça imkansız olduğunu ve bunun için iki korumadan destek aldığını gördüklerini ve (...) kendisine yapılan muamelenin, Amerika Birleşik Devletleri tarafından diplomatik bir itiraza konu olduğunu ifade etmişlerdir (...). Son olarak, Ürdün'de işkencenin genel ve sistematik olduğunu hesaba katmamızlık edemeyiz. Başvurucuyla yargılanan sanıkların tutuklandığı ve sorguya çekildiği zaman durumun aynı olmadığı farzedilebilse bile, tam tersine durum daha da kötü olabilirdi. DGR'de (o zamanlar ve şimdi) işkence uygulamasının sistemli nitelikte olması, Abu Hawsher ve Abdul Nasser Al-Hamasher tarafından yapılan detaylı ve açık iddialarla halen uyusmaktadır.

273. Ancak, başvuru aleyhine olan delillerin işkence ile elde edilmesinin sadece gerçek bir risk olarak kaldığı kabul edilse bile

Mahkeme, yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı başvurucuya önemli olan delillerin ispat külfetini yüklemenin adil olmayağı düşüncesindedir.

274. İlk olarak Mahkeme, *A ve diğerleri (n° 2)* davasında Lordlar Kamarası'nın çoğunluğu tarafından uygulanan en yüksek ihtimal kriterinin, halihazır durumda yerinde olduğunu düşünmemektedir. *A ve diğerleri* davası, SIAC'ın terörist faaliyetlere katıldığından şüphelenilen bir kişi hakkında, bakanlığın şüphelerinin yerinde olup olmadığını değerlendirme amacıyla olduğu bir prosedür ile ilgilidir. Bu prosedür, bu davada olduğu gibi, sanığın suçlu bulunması halinde uzun bir hapis cezasına çarptırılacağı bir ceza davasından çok farklıdır. Her halükarda Lordlar Kamarası'nın çoğunluğu *A ve diğerleri (n° 2)* davasında, en yüksek ihtimal kriterini uygulamanın SIAC'a ait olduğuna ve SIAC'a başvuran bir şahıs için, delillerin işkence ile elde edilebileceğini savunmak amacıyla makul bir neden öne sürebilmenin yeterli olduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla Mahkeme, en yüksek ihtimal kriteri saklı kalmak kaydıyla, *A ve diğerleri (n° 2)* davasının, işkence ile elde edildiği iddia edilen delillerin Birleşik Krallık'ta bir hukuki prosedürde ve ceza prosedüründe daha az bir şekilde kabul edilebileceği yönündeki genel öneriyi ortaya koyduğunu düşünmemektedir (bkz., 1984 tarihli polis ve cezai davalarda deliller ile ilgili yasanın 76 § 2 maddesi ve *R./Mushtaq* davası (...)).

275. İkinci olarak Mahkeme, Hükümet tarafından ifade edilen Kanada ve Alman içtihatlarının (yukarıdaki paragraflar 133, 135, 139, 140 ve 153), kendisinin savunduğu tezleri şu veya bu şekilde desteklediğini düşünmemektedir. *India/Singh* davasında delilin kabul edilme derecesi uyuşmazlığa konu olmamıştır çünkü taraflar, iddiaların en yüksek ihtimal kriterine ispatlanması gerektiği konusunda anlaşmışlardır. Uluslar güvenlikle ilgili olan ve başvuru şahsa bazı delillerin sunulmamasının söz konusu olduğu *Mahjoub* davasında Kanada Federal Mahkemesi, Lordlar Kamarası'nın *A ve diğerleri (n° 2)* kararındaki yaklaşımı izlemiştir. Mahkeme, bu yaklaşımın bu davada yerinde olmadığına karar vermiştir. *El Motassadeq* davasında Hambourg İstinaf Mahkemesi, sadece Amerika makamlarının terörizmle suçlanan şahıslara işkence yaptıklarını iddia eden genel nitelikteki raporları inceleyebilmiştir ve her halükarda İstinaf Mahkemesi, bu verilerden « suçluluk veya suçsuzluk ile ilgili herhangi bir sonuç çıkarmamıştır » (*El Motassadeq/Almanya* (kabuledilebilirlik ile ilgili karar), n° 28599/07, 4 Mayıs 2010). Bununla birlikte, bu yargı organı tarafından uygulanan delil derecesi sorununun sonradan, Federal Mahkeme veya Anayasa Mahkemesi önünde öne sürülmediği anlaşılmaktadır. Son olarak, Düsseldorf İstinaf Mahkemesi'nin gerekçesinden net bir şekilde, iadesi istenen şahsın iddiaları ile ilgili olarak bu yargı organının en yüksek ihtimal kriterini uygulamadığı sonucu çıkmaktadır. Tam tersine, Türkiye'nin İşkenceye karşı Sözleşme'nin 15. maddesine saygı gösteremeyeceği konusunda gerçek bir riskin (*konkrete Gefahr*) olması, delillerin işkence fiilleri sonucunda elde edildiği konusunda makul

nedenlerin (*begründete Anhaltspunkte*) olması ve Türkiye’de yapılacak dava kapsamında, diğer sanıklardan alınan ifadelerin, iadesi istenen şahsın davasında kullanılacağı konusunda somut verilerle desteklenen bir riskin (*durch konkrete Indizien belegte Gefahr*) olması yeterlidir.

276. Üçüncü olarak ve en önemlisi, işkence iddialarının gerçekliğini ispatlamanın zorluğunu, usulüne uygun bir şekilde dikkate almak gerekmektedir. Bu uygulama, gerek barbarlığı ile, ve gerekse ceza yargılaması üzerindeki aldatıcı etkisi ile istinai bir şekilde kurnazca bir uygulamadır. Bu uygulama gizli bir şekilde ve daha sık olarak mağdur üzerinde gözle görülebilecek bir iz bırakmayacak şekilde tecrübeli sorgu metodlarıyla yapılmaktadır. Daha sık bir şekilde, bu uygulamanın yapılmamasını denetleme görevinde olan – hakimler, savcılar, tıbbi personel – bu uygulamanın gizlenmesine ortaklık etmektedirler. Mahkemelerin yürütmeden bağımsız olduğu, ceza soruşturmalarının bağımsız bir şekilde açıldığı ve işkence iddialarının detaylı bir soruşturmaya konu olduğu bir yargı sisteminde işkence iddialarının gerçekliğini sağlam delillerle ispatlamanın zorluğunun, bunu iddia eden sanığa yüklemek mümkündür. Buna karşın, bu tür uygulamaları engellemekle görevli olduğu, kaldı ki bu uygulamalarla suç ortaklığı yapan bir ceza yargı sisteminde böyle bir ispat derecesini dayatmak hiçbir şekilde yerinde değildir.

277. Ürdün Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin işleyişi burada dikkate alınması gereken bir faktördür. Bu ülkede sadece işkence genel olarak yapılmamaktadır ama aynı zamanda, bu yöntemle elde edilen deliller ulusal yargı organları tarafından kullanılmaktadır. İşkenceye karşı Sözleşme’nin 15. maddesi ile ilgili vardığı sonuçlarda işkenceye karşı Komite, zorla elde edilen itirafların mahkemeler tarafından çok sık bir şekilde kullanıldığını gösteren veriler konusunda kaygılarını dile getirmiştir (yukarıdaki paragraf 107). Özel raportör, « masumiyet karinesinin soyut olduğu » ve « önceliğin itiraf elde etmek olduğu » bir sistemi tanımlamıştır (yukarıdaki paragraf 110). Uluslararası Af Örgütü ile İnsan Hakları İzleme Komitesi’nin (Human Rights Watch) raporları bu ifadeleri desteklemektedir. Uluslararası Af Örgütü, Devlet Güvenlik Mahkemesi önünde 1995-2005 yılları arasındaki on yıl içinde yüz sanığın işkence altında itirafta bulunduklarını iddia etmelerine rağmen, bu mahkemenin işkence iddiaları karşısında « açıkça hareketsiz » kaldığını ve benzer iddiaların 2005 yılında 14 davada öne sürüldüğünü belirtmiştir (yukarıdaki paragraf 113). İnsan Hakları İzleme Komitesi’nin 2006 Raporu, tutukluların DGR görevlileri ile savcı arasında kabul edilecek itiraflarda bulununcaya kadar götürülüp getirildikleri bir sistemi tarif etmektedir (yukarıdaki paragraf 116). Son olarak, birçok raporunda CNDH, zorlamayla elde edilen beyanların Ürdün mahkemeleri önünde delil şekline dönüşme ile ilgili kaygılarını dile getirmiştir (yukarıdaki paragraf 121-122).

278. Mahkeme, Ürdün hukukunda Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından incelenen davalarla ilgili olarak savunma hakkıyla ilgili olarak

bazı güvenceler öngördüğünü kabul etmektedir : işkence ile elde edilen delillerin kullanılması yasaktır, DGR önünde yapılan itirafların işkence ile elde edilmediğini ortaya koyma külfeti iddia makamına aittir ve sadece savcılık önünde yapılan itirafların işkence ile elde edildiğini ispatlama külfeti sanığa aittir. Ancak yukarıdaki paragrafta özetlenen veriler ışığında Mahkeme, uygulamada yasal güvencelerin gerçek bir değerinin olduğu konusunda ikna olmamıştır – örnek olarak, eğer bir sanık, iddia makamının itiraflarının zorla elde edilmesine katıldığını ispatlamayı başaramamışsa, kendisinin itirafları daha önce yapılan kötü muamelelerden ve DGR'nin usule uygun olmayan davranışlarından bağımsız olarak Ürdün hukukunda kabul edilmektedir. Savcı tarafından elde edilen itiraflar ile DGR tarafından elde edilen itiraflar arasında yapılan ayırım, bu makamların birbirlerine yakın olması dikkate alındığında şaşırtıcıdır. Bununla birlikte Devlet Güvenlik Mahkemesi belki de, işkence ile elde edilen delilleri kapsam dışında bırakma yetkisi vardır, ama şu ana kadar bu yetkisini kullanma konusunda hazır olduğunu göstermemiştir. İşkence iddiaları ile ilgili yaptığı soruşturmaların ciddiliği iyi bir şekilde tartışılır. Bu konuda Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin tarafsızlığının olmaması önemli bir rol oynamaktadır. SIAC'ın yukarıda gözlemlediği gibi (kendi sonuçlarının 447. paragrafı, bkz., yukarıdaki paragraf 46), Devlet Güvenlik Mahkemesi hakimlerinin geliştikleri ortamın kendilerini,

« savcılığa yapılan beyanları etkileyen DGR tarafından yapılan kötü muamele konusunda şüpheli hale getirdiği doğrudur ve bu hakimler doğal olarak kötü muamele iddialarının, suçlanan şahısları suçsuz hale getirme amacıyla olan bir savunma argümanı olduğunu düşünmektedirler. Hukuk, kötü muamele iddiaları ile ilgili soruşturmanın yürütülmesi ve bu tür davranışların dikkate alınması konusunda kötü bir şekilde adapte edilmektedir : elimizdeki verilerden, usulüne veya yasaya uygun bir şekilde verilen delillerin dikkatli bir şekilde incelendiği sonucu çıkmamaktadır. »

279. Böylece, her ne kadar başvurucunun yeni davasında, Abu Hawsher ve d'Abdul Nasser Al-Hamasher'in beyanlarının kabul edilmesine itiraz etmesi ve somut verilerle bu konuda argümanlar öne sürme ihtimaline sahip olacağı konusunda hiçbir şüphe olmasa da, olaylardan yıllar sonra bunu yapabilmesi ve bu tür talepleri daha önceden reddeden (ve halen düzenli olarak reddeden) bir mahkeme önünde öne sürmesi ile ilgili zorluklar yüksek derecede önemlidir.

280. Dolayısıyla Mahkeme, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin Abu Hawsher ve Abdul Nasser Al-Hamasher tarafından öne sürülen iddiaları gerçek ve etkili bir şekilde inceleyeceğine açıkça imkan veren unsurların bulunmamasını dikkate aldığı, başvurucunun başka durumlarda kendi aleyhine elde edilen delillerin işkence ile elde edildiğini ispatlamak yükümlülüğünden muaf tutulması gerektiği kanaatindedir.

ii) *Bu davada adaletin açıkça yokluğu (déni de justice flagrant) var mıdır ?*

281. SIAC, başvurucuyu suçlayan Abu Hawsher ve Abdul Nasser Al-Hamasher'in ifadelerinin işkence ile elde edildiğinin yüksek bir ihtimal olduğu ve bu ifadelerin başvuru aleyhine önemli, belki de belirleyici bir rol oynayacağı sonucuna varmıştır (yukarıdaki paragraf 45). Mahkeme aynı sonuçlara varmaktadır.

282. Mahkeme, işkence ile elde edilen delillerin bir ceza yargılamasında kabul edilmesinin adaletin açıkça yokluğunu oluşturacağını söylemiştir. Başvurucu, Abu Hawsher ve Abdul Nasser Al-Hamasher'in ifadelerinin işkence ile elde edildiği konusunda gerçek bir riskin olduğunu göstermiştir ve Mahkeme, başvurucuya yüksek derecede bir delil ortaya koymanın adil olmayacağına karar vermiştir. Bu sonuçlar ışığında Mahkeme, İstinaf Mahkemesi gibi, başvurunun yeni davasının adaletin açıkça yokluğunu oluşturması konusunda gerçek bir riskin olduğu sonucuna varmaktadır.

283. Mahkeme *Mamatkoulov ve Askarov* davasında Büyük Daire'nin adaletin açıkça yokluğunun olduğu sonucuna varmadığını bildiğini eklemektedir. Bu faktörün, bu davada açıkça ihlal olmadığını belirten Lordlar Kamarası'nın vardığı sonuç da önemlidir.

284. Buna karşın, yukarıda başvurunun altını çizdiği gibi, Büyük Daire'nin *Mamatkoulov ve Askarov* kararında asıl sorun, 6. madde anlamında ortaya çıkan esasa ilişkin sorunlardan çok, İçtüzüğün 39. maddesine uygun olarak verilen ihtiyati tedbirlerin zorlayıcı etkisi ile ilgilidir. Bununla birlikte, bu davada başvuru tarafından yapılan 6. madde ile ilgili şikayet geneldi ve genişti çünkü, başvuru, kendilerinin iade edilmesi durumunda Özbekistan'da adil bir yargılamayı umut edemeyeceklerini iddia etmişlerdir. Son olarak bu davada Mahkeme, her ne kadar başvuru tarafından iade edilmesi sırasında varolan bilgiler ışığında başvuru tarafından Özbekistan'da adil bir yargılamadan faydalanacaklarından şüphelenmek için nedenler olsa da, başvuru tarafından davası sırasında adaletin açıkça yokluğunu oluşturabilecek muhtemel hukuka aykırılıkları göstermek için yeterli verinin olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme, Türkiye'nin İçtüzüğün 39. maddesine göre verilen ihtiyati tedbirlere uymamasının, Sözleşme'nin 34. maddesi altında incelenecek nokta olan bir riskin varlığını belirlemek konusunda, Mahkeme'nin ek bilgilere sahip olmasını engellediğini belirtmiştir.

285. Bu davada durum farklıdır. Taraflar başvurunun Ürdün'deki yeni davası ile ilgili olarak, ulusal yargı organları tarafından dikkatli bir şekilde incelenen birçok bilgi ve belge sunmuşlardır. Bununla birlikte, İnsan Hakları Mahkemesi önünde yapılan yargılama kapsamında başvuru, kendisiyle birlikte yargılanan şahısların suçlayıcı ifadelerinin işkence ile elde edildiğini gösteren somut ve ikna edici başka bilgi ve belgeler sunmuştur. Başvuru ayrıca, Ürdün Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin işkence iddiaları ile ilgili olarak düzgün bir şekilde soruşturma yapma ve işkenceye karşı Sözleşme'nin 15. maddesinin kendisine emrettiği gibi,

işkence ile elde edilen delilleri kapsam dışında bırakma konusunda beceriksiz olduğunu göstermiştir. Bu şikayet *Mamatkoulov ve Askarov* davasında ifade edildiği gibi genel ve geniş değildir. Burada, işkence ile elde edilen delillerin kullanılmasını yasaklayan uluslararası ceza hukukunun en temel normlarını ihlal edecek şekilde başvurucuyu yargılayacak Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin işleyişini eleştiren detaylı ve yerinde bir eleştiri söz konusudur. Bu şartlarda ve *Mamatkoulov ve Askarov* davasında başvurucuların öne sürdüğünün aksine, bu davada, başvurucunun Ürdün'e iade edilmesi durumunda adaletin açıkça yokluğuna maruz kalacağı konusunda gerçek bir riskin olduğu, yeterli bir şekilde ispatlanmıştır.

(...)

c) 6. madde ile ilgili genel sonuç

287. Mahkeme, başvurucunun Ürdün'e iade edilmesinin Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlaline neden olacağı sonucuna varmaktadır.

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME, OYBİRLİĞİYLE,

1. Başvurunun kabuledilebilirliğine ;
2. Başvurucunun Ürdün'e iade edilmesi durumunda Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmeyeceğine ;

(...)

4. Başvurucunun Ürdün'e iade edilmesi durumunda Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlal edilmeyeceğine ;
5. Üçüncü kişilere yapılan işkence ile elde edilen delillerin başvurucunun yeni davasında kabul edilme gerçek riskinin olması nedeniyle, başvurucunun Ürdün'e iade edilmesi durumunda Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edileceğine ;

Karar vermektedir.

İngilizce hazırlanan bu karar, Strazburg İnsan Hakları Sarayında, 17 Ocak 2012 tarihinde Mahkeme İçtüzüğü'nün 77 §§ 2 ve 3 maddeleri uygulanarak ilan edilmiştir.

Lawrence Early
Yazı İşleri Müdürü

Lech Garlicki
Başkan

© **Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2013.** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin resmi dilleri Fransızca ve İngilizce'dir. Bu çeviri, Avrupa Konseyi'nin insan haklarına destek Fonu'nun desteğiyle hazırlanmıştır (www.coe.int/humanrightstrustfund). Mahkeme'yi bağlamamaktadır ve Mahkeme, kalitesi konusunda herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının veritabanı olan HUDOC üzerinden (<http://hudoc.echr.coe.int>) veya HUDOC'un bildirdiği başka veritabanları üzerinden yüklenebilir. Davanın isminin tamamen yazılması, yukarıdaki telif hakkıyla ilgili ifadeler kullanılması ve insan haklarına destek Fonu'na referans yapılması şartıyla ticari olmayan amaçlarla kullanılabilir. Bu çevirinin tamamını veya bir kısmını ticari amaçlarla kullanmak isteyen herkesin, bu durumu belirtilen adrese bildirmesi rica olunur: publishing@echr.coe.int.

© **Council of Europe/European Court of Human Rights, 2013.** The official languages of the European Court of Human Rights are English and French. This translation was commissioned with the support of the Human Rights Trust Fund of the Council of Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). It does not bind the Court, nor does the Court take any responsibility for the quality thereof. It may be downloaded from the HUDOC case-law database of the European Court of Human Rights (<http://hudoc.echr.coe.int>) or from any other database with which the Court has shared it. It may be reproduced for non-commercial purposes on condition that the full title of the case is cited, together with the above copyright indication and reference to the Human Rights Trust Fund. If it is intended to use any part of this translation for commercial purposes, please contact publishing@echr.coe.int.

© **Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2013.**

Les langues officielles de la Cour européenne des droits de l'homme sont le français et l'anglais. La présente traduction a été effectuée avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). Elle ne lie pas la Cour, et celle-ci décline toute responsabilité quant à sa qualité. Elle peut être téléchargée à partir de HUDOC, la base de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (<http://hudoc.echr.coe.int>), ou toute autre base de données à laquelle HUDOC l'a communiquée. Elle peut être reproduite à des fins non commerciales, sous réserve que le titre de l'affaire soit cité en entier et s'accompagne de l'indication de copyright ci-dessus ainsi que de la référence au Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme. Tout personne souhaitant se servir de tout ou partie de la présente traduction à des fins commerciales est invitée à le signaler à l'adresse suivante : publishing@echr.coe.int.