

DEVLETİN JUS COGENS NORMLARA AYKIRI FİİLLERİNDEN DOLAYI HUKUKİ YARGI BAĞIŞIKLIĞI

STATE IMMUNITY FROM CIVIL PROCEEDINGS FOR VIOLATIONS OF JUS COGENS

Berat Lale AKKUTAY*

Özet: Bu makalede, devletin, *jus cogens* normları ihlal eden *jure imperii* işlemleri bakımından hukuki yargı bağışıklığı değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme, ulusal ve uluslararası çeşitli düzenlemeler ve mahkeme kararları ışığında yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yargı bağışıklığı, *jus cogens*, *jure imperii* işlem, *jure gestionis* işlem.

Abstract: This article analyses the state immunity with regards to the violations of *jus cogens* norms through *acta jure imperii*. This assessment is based on treaties, domestic regulations and judicial decisions.

Keywords: State Immunity, *jus cogens*, *acta jure imperii*, *acta jure gestionis*.

Giriş

Yargı bağışıklığı bir devletin başka bir devlet üzerinde uluslararası hukukun öngördüğü ölçüde yargı yetkisini kullanamamasını ifade eder.¹ Bağışıklık devletin içeride tam olan yargı yetkisine uluslararası hukukun getirdiği bir kısıtlamadır. Bu sınırlama devletin yargı yetkisine değil bunun kullanılmasına getirilmiştir.² Dolayısıyla yabancı devlet bir devletin kanunlarını ihlal ettiğinde bundan sorumludur ancak bu sorumluluk ulusal mahkemeler aracılığıyla yaptırıma bağlanamaz.³

* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.

¹ Aslan Gündüz, Milletlerarası Hukuk, Reşat Volkan Günel (ed.), Beta, 6. Baskı, İstanbul, 2013, s. 565.

² Gündüz, 2013, s. 565.

³ Aslan Gündüz, Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı ve Milletlerarası Hukuk, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1984, s. 25-26.

Devletin yargı bağısıklığının hukuki temelleri çeşitli görüşler çerçevesinde açıklansa da,⁴ günümüzde baskın olan görüş, yargı bağısıklığının devletlerin egemen eşitliği ilkesine dayandığı ve genel uygulama ile sağlamlaşmış bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı olduğudur.⁵ Nitekim 2004 tarihli “Devletlerin ve Mallarının Yargısal Bağısıklığına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”nin (2004 Sözleşmesi) başlangıç kısmının ilk paragrafında, devletin yargı bağısıklığı uluslararası örf ve adet hukuku kuralı olarak kabul edilmiştir.⁶

Yabancı devlete tanınacak bağısıklığın kapsamının mutlak ya da sınırlı bir bağısıklık olup olmadığı meselesi öğreti ve uygulamada uzun yıllar tartışılmıştır. Yirminci yüzyılın ikinci yarısına dek devletin yargı bağısıklığının mutlak olduğu kabul edilmiştir. Bu görüşe göre uyumsuzluk konusu ne olursa olsun bir devlet, yabancı bir devletin mahkemelerinde kendi rızası olmaksızın yargılanamaz.⁷ Buradaki bağısıklık davalının sıfatından, niteliğinden kaynaklanan *ratione personae* bir bağısıklıktır.⁸ Ancak bu anlayış, devletin gittikçe artan biçimde yabancı devlet ülkesinde ticari faaliyetlerde bulunmasıyla terkedilmiş, yerini sınırlı bağısıklık doktrinine bırakmıştır. Bu görüş uyarınca; devletin egemenliğine dayalı işlemleri (egemenlik tasarrufları/*acta jure imperii*) ile özel hukuka ilişkin işlemleri (*acta jure gestionis*) arasında bir ayırım yapılmalı, bağısıklık yalnızca *jure imperii* işlemlerle sınırlandırılmalıdır.⁹ 1972 tarihli “Devletin Yargı Bağısıklığına İlişkin

⁴ Bu görüşleri değerlendiren ayrıntılı bir inceleme için bkz. Gündüz, 1984, s. 45-93.

⁵ Jurisdictional Immunities of the State, Germany v. Italy, (Greece Intervening), Judgment, ICJ Reports, 2012, p. 99, para. 56-57. ÜAD kararları için bkz. www.icj-cij.org (Erişim tarihi: 08.06.2014) Bu tespiti teyit eden ulusal ve uluslararası mahkeme kararları, uluslararası sözleşmeler, ulusal düzenlemeler ve öğretinin görüşleri hakkında bkz. Xiaodong Yang, State Immunity in International Law, Cambridge University Press, Cambridge/ New York, Melbourne, 2013, s. 35, 495-500.

⁶ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, Unites Nations General Assembly Resolution, A/RES/59/38. Sözleşme'nin orijinal metni için bkz. <https://treaties.un.org> (Erişim Tarihi: 08.06.2014) Devletlerin ve Mallarının Yargısal Bağısıklığına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin çevirisi için bkz. Gündüz, 2013, s. 567-576. Sözleşme henüz yürürlükte değildir. Türkiye Sözleşme'nin tarafı değildir.

⁷ Yang, 2013, s. 7.

⁸ Gündüz, 1984, s. 164.

⁹ Yabancı devletin egemenliğine dayanarak yaptığı işlemleri diğer işlemlerden ayırt etmek her zaman kolay değildir. Bu konuda başvuru kriterleri hakkında bkz. Gündüz, 1984, 178-191.

Avrupa Konvansiyonu'nda¹⁰ (Avrupa Konvansiyonu) yargı bağışıklığı konusunda mutlak ve sınırlı bağışıklık arasında bir uzlaşma söz konusudur.¹¹ 2004 Sözleşmesi'nde ise mutlak bağışıklık doktrini, yerini sınırlı bağışıklık doktrinine bırakmıştır.¹² Ulusal mahkemeler, önlerine gelen uyuşmazlıklarda *acta jure imperii-acta jure gestionis* ayrımını *lex fori* çerçevesinde değerlendirirler.¹³

Bununla birlikte son yıllarda doktrinde ve uygulamada, sınırlı yargı bağışıklığının da sınırlandırılabilirliği konusunda çeşitli görüşler ortaya atılmıştır.¹⁴ Bu görüşler temelini uluslararası hukukta da bir kamu düzeni olduğu varsayımından almaktadır. Bu düzenin koruyucusu *jus cogens* normlardır ve bu normlara aykırı fiiller nedeniyle devlete yargı bağışıklığı tanınmaz. *Jus cogens* normların ihlali halinde devlet görevlilerine tanınan bağışıklığın, ceza davaları bakımından kademeli biçimde kalkmasına bağlı olarak,¹⁵ aynı ihlaller nedeniyle açılan hukuk davalarında da yabancı devlete yargı bağışıklığı tanınmamalıdır.

Bu çalışmanın amacı, yargı bağışıklığı ve *jus cogens* ilişkisi çerçevesinde, devletin, *jus cogens* normları ihlal eden *jure imperii* işlemlerinden dolayı hukuki yargı bağışıklığını incelemektir. Bu bağlamda, ilk olarak *jus cogens* normların yargı bağışıklığına göre öncelikle uygulanması gerektiğini iddia eden görüşler değerlendirilmiştir. Çalışmanın devam eden bölümünde ise devlet merkezli yaklaşımlar, başka bir ifadeyle yargı bağışıklığına ilişkin kuralların *jus cogens* normlara göre öncelikle uygulanması gerektiğini savunan görüşler ele alınmıştır. Sonuç bölümünde ise her iki görüşe ilişkin genel bir değerlendirme yapılmıştır.

¹⁰ European Convention on State Immunity, CETS. No.: 074, 16.05.1972. Metin için bkz. <http://conventions.coe.int> (Erişim Tarihi: 08.06.2014)

¹¹ European Convention on State Immunity, Explanatory Reports, 1972, ETS. No.: 074, Article 15, para. 56. Bkz. <http://conventions.coe.int> (Erişim Tarihi: 08.06.2014)

¹² Yang, 2013, s. 12. Yargı bağışıklığı konusunda Türkiye'nin uygulaması uzun yıllar mutlak bağışıklık yönünde olmuştur. Bununla birlikte 1982 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu'nun (MÖHUK) 33. maddesi bu uygulamaya bir son vermiştir. İlgili madde uyarınca, yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukuki uyuşmazlıklarda yargı bağışıklığı tanınmaz. Aynı ifade 2007 tarihli yeni MÖHUK'un 49. maddesinde de tekrar edilmiştir. Bkz. Gündüz, 2013, s. 565.

¹³ Hüseyin Pazarıcı, Uluslararası Hukuk Dersleri, 2. Kitap, Turhan, 9. Bası, Ankara, 2013, s. 40.

¹⁴ Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, Beta, 20. Bası, İstanbul, 2013, s. 416.

¹⁵ Bu konuda bkz. Füsün Arsava, "Yabancı Mahkeme Kararlarının İcrası ve Devletlerin Yargı Bağışıklığı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2012, C. 1, S. 8, s. 8.

I. Jus Cogens Normların İhlali Halinde Yargı Bağısıklığının Uygulanmaması Gerektiği Yönündeki Görüşler

Günümüz uluslararası hukuk öğretisinde, uluslararası barış ve adaletin devamı için tüm uluslararası toplumun menfaatlerinin ihlal edilemez ve vazgeçilemez temel hukuk kuralları çerçevesinde korunabileceği kabul edilmektedir. Başka bir ifadeyle uluslararası hukukta da iç hukuktaki gibi bir kamu düzeni (*ordre public*) vardır.¹⁶

İç hukukta, emredici ve yedek hukuk kuralları olmak üzere iki tür hukuk kuralından söz edilir. Emredici hukuk kuralları, aksi mukavelelerle düzenlenemeyen hukuk kurallarıdır. Oysa yedek hukuk kuralları, aksi mukavele ile kararlaştırılabilen kurallardır. II. Dünya Savaşının bitimine dek uluslararası hukukta böyle bir ayırım yoktu.¹⁷ Ancak II. Dünya Savaşındaki saldırganlık ve bunun neticesinde meydana gelen vahşet uluslararası hukukta da emredici kurallardan söz edilmesine neden oldu. Bu tür uluslararası hukuk kuralları *jus cogens* normlar olarak adlandırılır ve uluslararası hukukun diğer kurallarından üstün oldukları kabul edilir. Bunlara aykırı uluslararası hukuk kuralı yaratılamaz. Bir örf ve adet hukuku kuralına aykırı bir antlaşma yapılabilir ya da bir antlaşma hükmü, örf ve adet hukukuna aykırı olabilir. Oysa *jus cogens* normlar için böyle bir durum söz konusu olamaz. *Jus cogens* normlar *erga omnes* niteliktedir yani herkese karşı ileri sürülebilir. Dolayısıyla tüm devletler bu kurallara uymak mecburiyetindedir. *Jus cogens* kurallar ilk kez 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin (VAHS) 53. maddesinde düzenlenmiştir.¹⁸ Bu maddeye göre *jus cogens* kurallar, tüm uluslararası toplum tarafından kabul edilmiş ve kendisine aykırı hareket edilmesi mümkün olmayan kurallardır. Bir *jus cogens* kural ancak aynı nitelikteki bir başka kuralla değiştirilebilir.¹⁹ Aynı Sözleşme'nin 64. maddesi uyarınca da *jus cogens*

¹⁶ Thomas Giegerich, "Do Damages Claims Arising from Jus Cogens Violations Override State Immunity from the Jurisdiction of Foreign Courts?", in Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, s. 206.

¹⁷ Gündüz, 2013, s. 29.

¹⁸ Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, 1155 UNTS 331. Birleşmiş Milletler Antlaşmalar Serisi için bkz. <https://treaties.un.org> (Erişim Tarihi: 08.06.2014)

¹⁹ Stefan Kadelbach, "Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other rules-The Identification of Fundamental Norms", in Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus*

normlara aykırı antlaşmalar geçersizdir. Sözleşme’de, *jus cogens*in kapsamını belirleyen bir hüküm yoktur.

VAHS’de, *jus cogens* normların, uluslararası hukukun diğer kural-ları ile çatışması durumunda ortaya çıkacak sonuçlarla ilgili herhangi bir düzenlemeye rastlanmaz. Bununla birlikte, Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun, 2001 tarihli “Devletin Hukuka Aykırı Fiilleri Nede-niyle Uluslararası Sorumluluğu” nu düzenleyen nihai taslak metninin (2001 tarihli UHK metni) 26. maddesinde, devletlerin *jus cogens* norm-lara aykırı fiil ve ihmallerinin, hukuka uygunluk nedeni olarak değer-lendirilemeyeceği ifade edilmiştir.²⁰ Metinde, hukuka aykırı fiillerin yalnızca andlaşmalardan kaynaklanacağını belirten sınırlandırıcı bir hüküm yoktur.

Eski Yugoslavya İçin Kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM), *Furundzija* Davasında, işkence yasağını değerlendirirken, *jus cogens* normların, uluslararası antlaşmaların ve uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının hiyerarşik olarak üzerinde olduğunu ifade etmiştir. Mahkemeye göre bu hiyerarşik üstünlüğün en belirgin sonu-cu antlaşmalar, bölgesel, özel veya genel uluslararası örf ve adet hu-kuku kuralları gerekçe gösterilerek *jus cogens* normlara aykırı bir dav-ranısta bulunulamayacağıdır.²¹ Uluslararası Adalet Divanı, *jus cogens* normların varlığını *Armed Activities* Kararında²² kabul etmiş, soykırım yasağının bir *jus cogens* norm olduğunu ifade etmiştir.²³

Jus cogens normların içeriği tam olarak belirlenebilmiş değildir. 2001 tarihli UHK metninin 40. maddesinde, *jus cogens* aykırı fiille-rin uluslararası sorumluluk doğuracağı belirtilmiş ancak *jus cogens* normların kapsamı açıklanmamıştır. Bununla birlikte Komisyonun

Cogens and Obligations Erga Omnes, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Bos-ton, 2006, s.29.

²⁰ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, Part Two, Article 26. UHK tarafından hazırlanan belgelere ulaşmak için bkz. <http://www.un.org/law/ilc> (Erişim Tarihi: 08. 06. 2014), Yang, 2013, s. 430.

²¹ Prosecutor v. Furundzija, ICTY, Case IT-95-17/1, Trial Chamber II, Judgment of 10 December 1998, para. 153. EYUCM kararları için bkz. <http://www.icty.org> (Erişim Tarihi: 08. 06. 2014)

²² Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application 2002), Democratic Republic of the Congo v. Rwanda, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, ICJ Reports 2006, p. 6.

²³ Yang, 2013, s. 430.

26. maddeye ilişkin yorumunda, saldırı, soykırım, kölelik, ırk ayrımcılığı ve işkence yasağı ile insanlığa karşı suçların yasaklanması ve self-determinasyon hakkı *jus cogens* normlar olarak kabul edilmiştir.²⁴ UHK'nın yorumlarından anlaşıldığı üzere bu normların kapsamını, esas olarak insan haklarına ilişkin temel kurallar oluşturmaktadır.

Bazı yazarlar ve uygulayıcılar, uluslararası hukuktaki üstün hukuk kurallarının varlığına dayanarak, *jus cogens* normların ihlali halinde yabancı devlete yargı bağışıklığı tanınmaması gerektiği görüşündedirler. Bu görüşler zımni feragat teorisi, normlar hiyerarşisi teorisi, ülkesellik ilkesi ve menfaatler dengesi yaklaşımı çerçevesinde dört ayrı biçimde gerekçelendirilmektedir.²⁵

1. Zımni Feragat

Zımni feragat teorisi uyarınca, bir devletin *jus cogens* normları ihlal etmesi, yargı bağışıklığını zımnen ortadan kaldırır.²⁶ Bu görüşü kabul eden yazarlara göre, ihlal edilmesi kesinlikle yasaklanmış bir kurallar sistemi mevcutsa, bir devletin bu kuralları ihlal eden fiilleri, *jure imperii* işlem olarak kabul edilemez.²⁷ Devletin bu hareketi egemenliğe dayanan bir işlem olarak kabul edilmediğine göre yargı bağışıklığı ilkesine başvurulamaz. Bu nedenle devletler, bazı kuralları emredici normlar olarak kabul ettiklerinde, bu kuralları ihlalleri halinde, yargı bağışıklığından zımnen feragat ettiklerine de rıza göstermiş olmaktadır.²⁸

²⁴ Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, Part Two, Article 26, Commentary, para. 5.

²⁵ Robert Uerpmann-Wittzack, "Serious Human Rights Violations as Potential Exceptions to Immunity: Conceptual Challenges", 2013, s. 1-5.

²⁶ Bkz. Adam C. Belsky, Mark Merva and Naomi Roth Arriaza, "Implied Waiver under FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Preemptory Norms of International Law", *California Law Review*, 1989, Vol. 77, Issue 2, s. 365-415.

²⁷ İngiliz Lordlar Kamarası yargıçlarının Pinochet Kararındaki, *jus cogens* ihlallerin *acta jure imperii* nitelikte sayılmaması gerektiği biçimindeki değerlendirmeleri dikkat çekicidir. İşkence ve illegal öldürme, devlet başkanlarının görev tanımı içerisinde yer almaz. Bu suçlar egemenlik yetkilerine dayanarak işlenemez aksine egemenlik tasarruflarına ters düşmektedirler. Pinochet Kararındaki değerlendirme cezai bağışıklıkla ilgili olmakla birlikte, bu suçlar nedeniyle uğranılan zararlar bakımından, devletin hukuki yargı bağışıklığının da ortadan kalktığı iddia edilmektedir. Bu konuda bkz. Arsava, 2012, s. 8-9.

²⁸ Belsky et al., 1989, s. 394.

Yargı bağımsızlığının zımnen ortadan kalktığını savunan yazarlara göre bağımsızlık, tam ve sınırsız biçimde kendisine uygun hareket edilmesi gereken *jus cogens* normlar kategorisinde yer almaz. Devlet yargı bağımsızlığından her zaman vazgeçebilir.²⁹ Nitekim ABD'nin, yabancı devletin yargı bağımsızlığına ilişkin düzenlemesinin (*Foreign State Immunity Act/ FSIA*) 1605 (a) 1 bölümüne göre, "yabancı bir devlet açıkça veya zımnen yargı bağımsızlığından feragat ederse" ABD mahkemelerinin yargılamasından bağımsız olmayacaktır.³⁰

Yunanistan Yüksek Mahkemesi, *Distomo* Davasında, Alman silahlı kuvvetlerinin sivil halkı hedef alan çeşitli fiillerini, insanlığa karşı suç olarak nitelendirmiş ve bu fiillerin *jus cogens* normları ihlal ettiğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre bu fiiller, *jure imperii* işlem olarak kabul edilemez. Bu nedenle Almanya yargı bağımsızlığından zımnen feragat etmiştir ve Yunan mahkemelerinin yargılama yapmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.³¹ Yargıç Wald, ABD'de görülen *Princz/Almanya Davasındaki* muhalif görüşünde, zımni feragat teorisine dayanmış, Almanya'nın *jus cogens* normları ihlal ederek zımnen yargı bağımsızlığından feragat ettiğini ifade etmiştir.³²

Zımni feragat teorisi çeşitli açılardan eleştiriye muhtaçtır. *Jus cogens* normların ihlali halinde devletin yargı bağımsızlığından feragat ettiğine ve yabancı bir devletin mahkemesinde yargılanmaya rıza gösterdiğine dair bir kabul uluslararası hukukun yapısına aykırıdır. Zira uluslararası uyumsuzlukların çözümünde esas olan devletlerin rızasıdır.³³ Yargı bağımsızlığı, bu teoride iddia edildiğinin aksine, *jus cogens* ihlali ile kendiliğinden ortadan kalkmaz. Nitekim 2004 Sözleşmesi'nin 7. maddesinde, rızanın uluslararası bir anlaşma ile yazılı bir sözleşme ile veya mahkemede bir bildirim veya özel yazılı bir iletişimle bildi-

²⁹ Christian Tomuschat, "The International Law of State Immunity and Its Development by National Institutions", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2011, Vol. 44, Issue 4, s. 1122.

³⁰ Metin için bkz. <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1605> (Erişim Tarihi: 08.06.2014)

³¹ Maria Gavouneli; Ilias Bantekas, "Prefectura of Voiotia v. Federal Republic of Germany, Case No. 11/2000. Aerios Pagos (Hellenic Supreme Court) May 4, 2000", *American Journal of International Law*, 2001, Vol. 95, Issue 1, s. 200.

³² Mathias Reimann, "A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: Some Thoughts on *Princz v. Federal Republic of Germany*", *Michigan Journal of International Law*, 1994-1995, Vol. 16, Issue 2, s. 415.

³³ Tomuschat, 2011, s. 1123

rilmesi gerektiği belirtilmektedir. Söz konusu hükmü açıklayan UHK metinlerinde de rızanın açık ve belirlenebilir bir biçimde verilmesi gerektiği, yargı bağışıklığının zımni rıza ile kaldırılamayacağı ifade edilmektedir.³⁴ *Princz* Davasında, FSIA'nın zımni feragata ilişkin hükümünü yorumlayan ABD Mahkemesi, bunun mümkün olabilmesi için yabancı devletin bir noktada yargılanma sorumluluğunu göstermesi gerektiğini belirtmiş, *jus cogens* normun ihlalinin tek başına zımni feragat için yeterli olmadığını ifade etmiştir.³⁵ Yunan Mahkemesi, *Distomo* Davasında, zımni feragat teorisine atıfta bulunmuştur ancak yargı yetkisini ülkesellik ilkesine dayandırmıştır.³⁶ Zira uluslararası hukukta devletin yargı bağışıklığından feragatinin onun açık rızası ile mümkün olacağı yönünde genel bir kabul mevcuttur.

2. Uluslararası Hukuk Kurallarının Çatışması ve Normlar Hiyerarşisi

Bu görüş uyarınca *jus cogens* normlarla yargı bağışıklığı ilkesi çatıştığında, bir örf ve adet hukuku kuralı olan yargı bağışıklığının yerine hiyerarşik olarak bu kuraldan üstün olan *jus cogens* normlar uygulanmalıdır. O halde egemenlik tasarrufu da olsa bir fiil, bir *jus cogens* normu ihlal ediyorsa, yargı bağışıklığından söz edilemez.

Bay Ferrini, II. Dünya Savaşı'nda, Almanya'nın İtalya'yı işgal ettiği tarihlerde, kendisinin Alman askeri kuvvetlerince, zorla Almanya'ya getirildiği ve zorla çalıştırıldığı iddiasıyla, İtalyan mahkemelerinde tazminat davası açmıştır. İtalyan Temyiz Mahkemesi, Alman askeri kuvvetlerinin fiillerinin, *jure imperii* işlem olduğunu ve olağan koşullarda yargı bağışıklığından faydalanacağını ifade etmiştir. Ancak Mahkemeye göre zorla çalıştırma yasağı bir *jus cogens* normdur ve *jus cogens* normlar sıradan örf ve adet hukuku kuralı olan yargı bağışıklığından üstündür.³⁷ Mahkemeye göre yargı bağışıklığı, uluslararası hu-

³⁴ Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 1991, Vol. II, Part Two, s. 27.

³⁵ Reimann, 1994-1995, s. 414.

³⁶ Yang, 2013, s. 429.

³⁷ Pasquale De Sena; Francesca De Vittor, "State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case", *European Journal of International Law*, 2005, Vol. 16, No. 1, s. 93. 89; Lorna McGregor, "State Immunity and Jus Cogens", *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, Vol. 55, Issue 2, s. 438

kukun diğer kuralları gibi, sistematik biçimde, aynı hukuk sisteminin diğer ilke ve kuralları ile birlikte değerlendirilmelidir.³⁸ Uluslararası hukukta tutarlılığı sağlayabilmek için bugüne dek yargı bağımsızlığının istisnaları olarak kabul edilen durum ve düzenlemelere ek olarak yeni istisnalar kabul etmek gerekebilir. Bu nedenle hiyerarşik bakımdan üstün olan *jus cogens* normların yargı bağımsızlığı ilkesine göre öncelikli olarak uygulanması gerekir. Aksi halde tüm uluslararası toplum için gerekli olan değerler korunamaz.³⁹

Jus cogens normların üstünlüğü nedeniyle yabancı devlete yargı bağımsızlığı tanınmayacağı biçimindeki görüş çeşitli açılardan eleştirilmektedir. UAD uzun yıllar *jus cogens* terimini kullanmaktan imtina etmiş, bu kavramı dolaylı ve biraz da mesafeli bir biçimde zikretmiştir. Divan bugüne kadar açıkça, doğrudan ve kesin olarak *jus cogens* dayanarak bir yargılama yapmamıştır.⁴⁰ Yukarıda ifade edildiği üzere Divan *Armed Activities* Kararında, *jus cogens* kuralların varlığını kabul etmiş ancak bir *jus cogens* norm olan soykırım yasağına ilişkin bir uyuşmazlık dahi olsa bu durumun tek başına Divanın yargı yetkisine temel teşkil edemeyeceğini, Divanın yargılama yapabilmesi için Statü gereğince tarafların rızasına ihtiyaç olduğunu ifade etmiştir.⁴¹ Divanın uluslararası hukuka ilişkin bu tespiti iç hukuka aktarılacak olursa, ulusal mahkemeler, yargı yetkisini tespit ederken her zaman geleneksel ilkelere, ülkesellik ya da şahsılık gibi, başvurmalıdır.⁴² *Ferrini* Davasının detaylı bir analizi, Mahkemenin yargı yetkisini, *Distomo* Davasında olduğu gibi, ülkesellik prensibine dayandığını göstermektedir.⁴³ *Al Adsani* Kararında, bazı yargıçların karşı görüşlerine ve eleştirilerine rağmen AIHM, cezai yargı bağımsızlığı ve hukuki yargı bağımsızlığını birbirinden ayırarak, davanın açıldığı ülkenin sınırları dışında meydana gelen işkence fiillerinden dolayı uğranılan zararlar nedeniyle açılan tazminat davalarında, yabancı devlete yargı bağımsızlığı tanınmayacağı biçiminde bir uluslararası hukuk kuralının henüz

³⁸ De Sena; De Vittor, 2005, s. 102.

³⁹

⁴⁰ Kadelbach, 2006, s. 31-32. Divanın *jus cogens* doktrinine yaklaşımı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kadelbach, 2006, s. 32-34.

⁴¹ *Armed Activities*, para. 64, 125.

⁴² Yang, 2013, s. 431.

⁴³ Yang, 2013, s. 429; Andrea Bianchi, "Ferrini v. Federal Republic of Germany", *American Journal of International Law*, 2005, Vol. 99, Issue 1, s. 246.

oluşmadığını ifade etmiştir.⁴⁴ UAD'nin, Almanya/İtalya Kararında, İtalya'nın bu konudaki argümanına yaklaşımı aşağıda ayrıntılı olarak incelendiği için burada tekrar edilmeyecektir.⁴⁵

3. Ülkesellik İlkesi

Jus cogens normların ihlali halinde devlete yargı bağışıklığı tanınmaması gerektiği yönündeki bir başka görüş, çeşitli ulusal hukuk düzenlemeleri ile Avrupa Konvansiyonu ve 2004 Sözleşmesi'nin hükümlerine dayanmaktadır. Söz konusu düzenlemelerde *acta jure imperii-acta jure gestionis* ayrımı yapılmaksızın, bir devletin ülke sınırları içerisinde meydana gelen ve ölümle, yaralamayla ya da mal varlığına verilen zararlarla sonuçlanan haksız fiillerden dolayı o ülke mahkemelerinde dava açılabilir. Ülkesel haksız fiil ilkesi, ülkesel haksız fiil istisnası ya da ülkesellik istisnası olarak da ifade edilen bu ilke, Almanya/İtalya Davasında İtalya'nın ileri sürdüğü argümanlardan biri olmuştur.

İtalya'ya göre, yargı bağışıklığına ilişkin ülkesel haksız fiil istisnası bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralıdır ve Avrupa Konvansiyonu'nun 11. ve 2004 Sözleşmesi'nin 12. maddeleri de bu duruma işaret eder.⁴⁶ Avrupa Konvansiyonu'nun 11. maddesine göre, kişiye ya da mal varlığına verilen zararlar, davanın açıldığı ülkede meydana gelmişse ve bu olaylar meydana geldiğinde failer söz konusu ülkede iseler, yabancı devlete yargı bağışıklığı tanınmaz. Hemen hemen aynı ifadeler BM Sözleşmesi'nin 12. maddesinde de yer almaktadır. ABD, İngiltere, Güney Afrika, Kanada, Avusturalya, Singapur, İsrail ve Japonya'nın yargı bağışıklığına ilişkin ulusal hukuk düzenlemelerinde de benzer hükümlere rastlanmaktadır.⁴⁷

Distomo Davasında Yunan Mahkemesi, ülkesel haksız fiil istisnasını oldukça kapsamlı bir biçimde değerlendirerek, Almanya'nın Yu-

⁴⁴ Süleyman Al Adsani'nin Kuveyt'te işkenceye maruz kaldığı iddiası ile İngiliz mahkemelerinde, Kuveyt'e karşı açtığı davalar, yargı bağışıklığı ilkesi gerekçesi ile reddedilmiş, Al Adsani bunun üzerine adil yargılanma hakkının ihlali gerekçesiyle, İngiltere'ye karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) başvurmuştur. Al Adsani v. United Kingdom, Application No. 35763/97, ECtHR, 2001, para. 62-66.

AİHM kararları için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int> (08. 06. 2014)

⁴⁵ Bkz. *infra*. II. 1. "Maddi Hukuk -Usul Hukuku Ayrımına İlişkin Tartışmalar"

⁴⁶ *Jurisdictional Immunities of the State*, para. 62.

⁴⁷ *Jurisdictional Immunities of the State*, para. 70.

nanistan'daki fiillerinin, *acta jure imperii* ya da *acta jure gestionis* olması önemli olmaksızın, Yunanistan'ın ülkesinde meydana gelen insanlığa karşı suç kapsamında cinayetler olduğunu ifade ederek, Almanya'nın yargı bağışıklığını reddetmiştir.⁴⁸ *Ferrini* Davasında da Mahkeme, Almanya'ya ilişkin yargı yetkisini ülkesellik istisnası çerçevesinde oluşturmuştur.⁴⁹

Bununla birlikte ilgili uluslararası düzenlemeler ve devletlerin uygulamaları, silahlı kuvvetlerin fiillerini, ülkesellik ilkesinin kapsamı dışına çıkarmaktadır. *Jus cogens* normların ihlalleri de genellikle silahlı çatışmalar durumunda ve kitlesel biçimlerde görüldüğü için, ülkesellik ilkesinin *jus cogens* normların ihlali bakımından da uygulanabileceğini iddia etmek güçtür. Nitekim UAD, İtalya'nın ülkesellik istisnası iddiasını bu kapsamda incelemiştir. Avrupa Konvansiyonu'nun 31. maddesi uyarınca, yabancı silahlı kuvvetlerce işlenen haksız fiillerden dolayı devletin yargı bağışıklığı tamdır.⁵⁰ Divan, bu nedenle Avrupa Konvansiyonu'nun 11. maddesinin, İtalya'nın iddialarına dayanak sağlamadığını belirtmiştir. Çeşitli ulusal mahkemeler de, silahlı kuvvetlerce işlenen haksız fiillerden dolayı açılan tazminat davalarında, yabancı devlete yargı bağışıklığı tanımaktadır.⁵¹

2004 Sözleşmesi'nin 12. maddesinin, yabancı silahlı kuvvetlerin fiilleri bakımından herhangi bir istisnası yoktur. Ancak Divan, UHK'nın ilgili hükme ilişkin yorumuna başvurmuştur. UHK, 12. maddenin silahlı çatışmalar konusunda uygulanmayacağını belirtmektedir.⁵² 12. maddede yer alan ölümle ya da yaralanmayla ya da mal varlığına zararlar sonuçlanan haksız fiiller esas olarak trafik kazalarına ilişkindir. Böylelikle sigorta şirketlerinin yargı bağışıklığı ilkesinden faydalanaarak sorumluluktan kurtulması engellenmek istenmiştir. Ancak 12. madde müessir fiil, mala kasti zarar, kundaklama ve siyasi suikastları da kapsamaktadır.⁵³ Bu ifade, ABD'de görülen *Letelier/Şili* Davasına açık bir göndermedir. Washington'da uğradığı bir suikast nedeniyle

⁴⁸ Gavauneli; Bantekas, 2001, s. 199-200.

⁴⁹ Bianchi, 2005, s. 246.

⁵⁰ European Convention on State Immunity, Explanatory Reports, Article 31, para. 116

⁵¹ Jurisdictional Immunities of the State, para. 62-68.

⁵² Yearbook of the International Law Commission, 1991, Vol. II, Part Two, s. 46, para. 10.

⁵³ Yearbook of the International Law Commission, 1991, Vol. II, Part Two, s. 45, para. 4.

hayatını kaybeden Şili eski Savunma Bakanı Orlando Letelier'in ailesi, ABD Mahkemesinde tazminat davası açmıştır. Şili siyasi suikasta karıştığını reddetmiş ancak bu tür bir fiilin, *jure imperii* işlem olduğunu ve yargı bağışıklığının kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁴ Mahkeme, Şili'nin itirazını reddetmiş ve *jure imperii-jure gestionis* işlem ayrımı yapmaksızın, FSIA'nın 1605 (a) (5) bölümü uyarınca, Şili aleyhine tazminata hükmetmiştir.⁵⁵ Ancak Letelier olayı

⁵⁴ Arsava, 2012, s. 12

⁵⁵ Söz konusu hükümdede, yargı bağışıklığının istisnası olarak ülkesel haksız fiil ilkesi düzenlenmektedir. Tomuschat, 2011, s. 1124; Arsava, 2012, s. 11-12. Konuyla doğrudan ilgisi olmamakla birlikte ülkesellik istisnası bakımından değerlendirilmesi gereken bir başka dava, Türkiye'de görülmüştür. Bu davaya konu teşkil eden olay, davacının ABD vizesi almış olmasına rağmen, New York Havalimanında, vizesinin iptal edildiğinin bildirilmesi ve ülkeyi terkinin istenmesi ve kendisine bu yönde baskı yapılmasıdır. Davacı, Ankara 22. Asliye Hukuk Mahkemesinde açtığı davada, "vizesinin iptal edildiği söylenerek ABD'ye girişinin engellendiğini ve Türkiye'ye dönmek zorunda kaldığını, havalimanında bir an önce dönüş yapması konusunda kendisine baskı uygulandığını, bulduğu ilk uçak bileti ile 4 kez aktarma yaparak yurda döndüğünü, gidiş dönüş biletini değiştiremediği ve yeni bir bilet almak durumunda kaldığını, 2 Ekim 2002 tarihi itibarıyla 1478 Amerikan doları zarara uğradığını ayrıca 140.000.000 TL yurt dışı harcı ve 100 Amerikan doları vize parasının da zarara dahil edilmek gerektiğini ayrıca davacıya vizesinin iptal edildiğini bildirir bütün gece gözlem altında kalacağı yönünde tehdit ile imzalatıldığını, 2 saat gözlem altında ayrı bir bölmede tutularak hürriyetinin tehdit edildiği zanlı ve sanık muamelesi yapıldığı, polisler tarafından zorla uçağa bindirilmeden suçlu gibi fotoğraflarının çekildiği, parmak izinin alındığı maddi zararın yanında manevi olarak çöküntü yaşadığı sonuç olarak 2.739.805.496 TL maddi zararın ve 1 ABD doları karşılığı 1.647.532. TL manevi tazminatın davalılarda tahsilini" talep etmiştir. Mahkeme, dava konusunun vize süresi dolmadan ülkeye alınmama hususu olmayıp davacının gördüğü muamele olduğunu, bu nedenle davalı tarafın yargı bağışıklığından yararlanamayacağını ifade etmiş ve ABD'yi 1 Dolar tazminata mahkum etmiştir. Bkz. Yargıtay 4. HD, E.2006/718,K.2006/1549. Yargıtayın bu kararı, Ankara 22. Asliye Hukuk Mahkemesinin E.2003/158,K.2004/382 sayılı kararının, davalı tarafından temyiz edilmesi üzerine verilmiştir. İlgili dava metnini aktaran Rona Aybay, "Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı" Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2007, S. 72, s. 114-116. Kararla ilgili olarak eleştirilen pek çok husus vardır. (Bkz. Aybay, 2007, s. 114-120.) Ancak bu çalışmayla ilgili bakımından birkaç noktaya değinilecektir. Kararda herhangi bir ulusal ya da uluslararası düzenlemeye atıf verilmediği için ABD'ye hangi düzenlemeler çerçevesinde bağışıklık tanınmadığı anlaşılamamaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin yabancı devletin yargı bağışıklığını düzenleyen özel bir kanunu yoktur. Kararın verildiği tarihte yürürlükte olan 1982 tarih ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK) 33. maddesinde, yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerine dayanan uyuşmazlıklardan dolayı bağışıklık tanınmayacağı ifade edilmektedir. İlgili kararda ABD havalimanındaki görevlilerin fiillerinin, hangi gerekçeyle *jure imperii* işlem sayılmadığı anlaşılamamaktadır. Mahkeme bu fiilleri egemenliğe dayalı işlem olarak kabul etmediği için zımni feragat görüşünü mü benimsemiştir? Yoksa ülkesel haksız

askeri kuvvetlerce işlenen bir fiil olarak kabul edilmemektedir. Kaldı ki ABD'nin yasal düzenlemeleri, ABD askeri kuvvetlerince yabancı ülkelerde işlenen haksız fiiller nedeniyle bu ülkelerde tazminat davası açılmasına izin vermemektedir. Nitekim Irak ya da Afganistan'daki hiçbir mahkemede, ABD askerlerinin insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerinden dolayı açılan bir dava yoktur.⁵⁶

UAD, bu konudaki değerlendirmesinde, İtalyan ve Yunan mahkeme kararları dışında hiçbir devletin mahkemesinin silahlı kuvvetlerce gerçekleştirilen fiiller bakımından ülkesellik istisnasını uygulamadığını ifade etmiştir. Yunan mahkemelerinde de yalnızca *Distomo* Davasında Almanya'ya yargı bağımsızlığı tanınmamıştır. *Margellos/Almanya* Davasında, Yunanistan Özel Yüksek Mahkemesi, *Distomo* Kararındaki gerekçeleri reddederek, ülkesellik istisnasının silahlı kuvvetlerce işlenen fiillere uygulanamayacağını ve devletin (ilgili davada Almanya'nın) yargı bağımsızlığını etkilemeyeceğini ifade etmiştir.⁵⁷ Ulusal ve uluslararası düzenlemeler ve uygulamalar, yargı bağımsızlığının, devletin silahlı kuvvetlerince, başka bir devlet ülkesi üzerinde işlenen ve ölüm, yaralama ya da mal varlığına zararlı sonuçlanan fiiller nedeniyle açılan tazminat davalarında da uygulanması gerektiği yönündedir.

fiil istisnasına mı başvurmuştur? 1982 tarihli MÖHUK'un 25. maddesinde, haksız fiilden doğan borçların hangi devlet hukukuna tabi olduğu düzenlenmektedir. Söz konusu hüküm uyarınca haksız fiilden doğan borçlar, haksız fiilin işlendiği yer hukukuna tabidir. Zararın meydana geldiği ülke ile fiilin işlendiği ülke farklı ise zararın meydana geldiği yer hukuku uygulanır. Kanunun sistematığı dikkate alındığında 25. maddeyi 33. maddenin istisnası olarak değerlendirmek mümkün değildir. Zira 25. madde, "I. Kısım Milletlerarası Özel Hukuk- II. Bölüm Kanunlar İhtilafı Kuralları" başlığı altında düzenlenmekte ve genel olarak haksız fiilden doğan borçlar bakımından hangi devletin hukukunun uygulanacağını belirtmektedir. 33. madde ise "II. Kısım Milletlerarası Usul Hukuku- I. Bölüm Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi" başlığı altında yer alır ve yabancı devlete tanınan yargı bağımsızlığının kapsamını düzenler. 5718 sayılı ve 2007 tarihli yeni MÖHUK'ta da aynı sistematik öngörülmüş, 25. ve 33. maddelerdeki ifadeler korunarak haksız fiilden doğan borçlar bu kez 34. maddede, yargı bağımsızlığı ise 49. maddede düzenlenmiştir. Bu nedenle, Türk mahkemelerinin, ülkesel haksız fiil istisnasına dayanarak, jure imperii işlemlerinden dolayı, yabancı devlete yargı bağımsızlığı tanımaması mümkün değildir zira Kanun'da bu tür bir istisna düzenlenmemektedir.

⁵⁶ Tomuschat, 2011, s. 1126.

⁵⁷ Jurisdictional Immunities of the State, para. 72-76

4. Menfaatlerin Dengelenmesi

Bu görüş çerçevesinde iki ayrı menfaat, devletin egemenliği ve insan hakları arasında bir denge sağlanmalı ve ulaşılmak istenen amaçla bu amaca ulaşmak için kullanılan araç arasında ölçülü bir çözüm bulunmalıdır.⁵⁸ AİHM, *jus cogens* norm niteliği taşıyan ve taşımayan insan hakkı ihlalleri iddiaları ile yargı bağışıklığı ilkesinin çatıştığı pek çok davada bu yaklaşımı benimsemiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) çerçevesinde, mutlak nitelikteki sınırlandırılmaz ve askıya alınamaz haklar dışında hiçbir hak sınırsız değildir. Ancak AİHM, Sözleşme'ye dayanarak yaptığı yorumlarda sınırlandırmaya ilişkin kriterleri tespit etmiştir. Bu konudaki kriter, sınırlandırılacak hakkın özüne dokunulmaksızın, sınırlandırmanın amacının meşruluğu ve bu amaca ulaşmak için kullanılan araç arasındaki ölçülülüktür.⁵⁹

İngiliz Mahkemelerinin, *Al Adsani* ve *Jones* Davalarında, Kuveyt ve Suudi Arabistan lehine verdiği kararların ardından davacılar, bu kez İngiltere'ye karşı AİHM'ye başvurmuş ve AİHS'nin 6/1. maddesi uyarınca adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ifade etmiştir. *Al Adsani* Davasında davacı, mahkemeye başvuru hakkının meşru amaç ve ölçülülük ilkesi çerçevesinde sınırlandırılmadığını, İngiliz Mahkemelerinin *Pinochet* Kararında, işkence yasağını *jus cogens* norm olarak kabul ettiklerini ve işkencenin uluslararası bir suç sayıldığını, bu nedenle aynı yasak nedeniyle ceza davalarında yargı bağışıklığı uygulanmazken, hukuk davaları bakımından bu bağışıklığın uygulanmasının herhangi bir makul gerekçesinin olmayacağını ifade etmiştir.⁶⁰ Yargıç Loucadies, *Al Adsani* Davasındaki muhalif görüşünde,

⁵⁸ Uerpmann-Witzack, 2013, s. 4.

⁵⁹ Şeref Gözübüyük; Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan, Ankara, 2013, s. 145. AİHM'nin meşru amaç-ölçülülük ilkesine ilişkin genel değerlendirmeleri ve yargı bağışıklığı nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla açılan davalarda bu iki ilkeye ilişkin değerlendirmeleriyle ilgili olarak bkz. Emmanuel Voyiakis, "Access to Court v. State Immunity", *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, Vol. 52, Issue 2, s. 310-313.

⁶⁰ *Al Adsani v. United Kingdom*, para. 51. Pinochet Davasında, işkence yasağının *jus cogens* niteliği kabul edilmekle birlikte İngiliz Lordlar Kamarası yargıçları, bu davadaki yargı yetkisini esas olarak işkencenin önlenmesine Dair BM Sözleşmesi'ne dayandırmışlardır. Sözleşme'nin 5. 6. ve 7. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, taraf devletlere, işkence yasağını ihlal eden bireyleri yargılama yetkisi verilmektedir. Başka bir ifadeyle Mahkeme yargı yetkisini, *jus cogens* normlardan değil, bir andlaşmadan almaktadır. Pinochet Davasında, eski devlet başkanının cezai yargı bağışıklığı ile bu kişinin fiillerinden dolayı devletin hukuki

bireylerin tazminat haklarına ilişkin menfaatlerle, devletin yargı bağışıklığına ilişkin menfaatleri, başka bir ifadeyle yarışan menfaatleri, dengelenmeden, hukuk davalarında yargı bağışıklığının uygulanmasını, AİHS'nin 6/1. maddesinin ölçüsüz bir sınırlandırması olarak değerlendirmiştir.⁶¹ Jones Davasında da davacı, Yargıç Loucaides'in bu görüşünü tekrar etmiştir.⁶²

Menfaatlerin dengelenmesi yaklaşımı çerçevesinde yargı bağışıklığının uygulanmaması gerektiği yönündeki görüş, Almanya/İtalya Davasında İtalya'nın başvurduğu argümanlardan biridir. Bu görüş temel alınarak, İtalyan mahkemelerinin, Almanya'ya yargı bağışıklığı tanımadığı zira Almanya'nın fiillerinden dolayı zarar gören kişilerin büyük çoğunluğunun zararlarının diplomatik yollarla ya da uluslararası antlaşmalarla tazmin edilemediği ve İtalyan mahkemelerinin bu konuda başvurulabilecek "nihai merciler" (*last resort*) olduğu ifade edilmiştir.⁶³ İtalya'ya göre ağır ihlaller, ihlal edilen normların niteliği ve zararların karşılanması için başvurulabilecek alternatif yolların olmayışının kümülatif etkisi, İtalyan mahkemelerinin Almanya'ya yargı bağışıklığı tanımamasını haklı kılmaktadır.⁶⁴ İtalya, *jus cogens* nitelikteki insan hakları ile yargı bağışıklığına ilişkin menfaatler dengelenirken, yani devletin egemenliği ile bireyin hakları arasında bir tercih yapılırken, bu tercihin, bireyin menfaatinden yana kullanılması gerektiği görüşündedir.

Menfaatlerin dengelenmesi yaklaşımı çerçevesinde yabancı devlete yargı bağışıklığı tanınmayacağı yönündeki yorum UAD tarafından kabul edilmemiştir. İtalya'nın bu kapsamda değerlendirilen nihai merci argümanı, Divan tarafından reddedilmiştir. Divana göre yargı bağışıklığı, uluslararası hukukça devlete tanınmış bir haktır. Yabancı

yargı bağışıklığının, birbirinden farklı meseleler olduğu vurgulanmıştır. İlgili davada, eski devlet başkanı Pinochet'e, İngiliz mahkemelerince cezai yargı bağışıklığı tanınmamıştır. Bu konuda bkz. Yang, 2013, s. 429; Andrea Bianchi, "Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case", *European Journal of Human Rights*, 1999, Vol. 10, No. 2, s. 243-270; Jurisdiction of the States, para. 87. İşkencenin Önlenmesine Dair BM Sözleşmesi için bkz. Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment and Punishment, 1984, 1465 UNTS 85.

⁶¹ Al-Adsani v. United Kingdom, Dissenting Opinion of Judge Loucaides.

⁶² Jones and Others v. The United Kingdom, Applications Nos. 34356/06 and 40528/06, Judgment, ECtHR, 2014, para. 166-168.

⁶³ Jurisdictional Immunities of the State, para. 98.

⁶⁴ Jurisdictional Immunities of the State, para. 105.

devletin yargı bağışıklığı davanın esasına girilmeden önce incelenmesi gereken bir husustur. Bu nedenle bağışıklık, mahkemenin çeşitli menfaatleri dengeleyerek yaptığı bir yargılamanın sonucuna bağlı olarak ortaya çıkmaz. Ulusal mahkemenin, bir yandan *jus cogens* nitelikteki normların ihlalini ve buna ilişkin başvuru yollarının olmayışı nedeniyle, kendi yargı yetkisinin mevcudiyetini değerlendirmesi, bir yandan da bağışıklığın korunmasına bağlı menfaatleri ayrı ayrı dengelemesi, yargı bağışıklığının niteliğine aykırı düşmektedir.⁶⁵

AİHM ise meşru amaç ve ölçülülük ilkesi çerçevesinde yaptığı değerlendirmelerde, yargı bağışıklığı lehine kararlar vermiştir. Mahkeme, *Al Adsani* ve *Jones* Davalarında, Sözleşme'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesinin meşru amaç ve ölçülülük şartları yerine getirilmek kaydıyla sınırlandırılabilirliğini,⁶⁶ yabancı devlete hukuk davalarında tanınan yargı bağışıklığının meşru amacının, devletler arasındaki dostane ilişkileri, bir başka devletin egemenliğine saygı aracılığıyla ve uluslararası hukuka uygun olarak geliştirmek olduğunu ifade etmiştir.⁶⁷ AİHM'ye göre AİHS'nin uluslararası hukukun diğer kuralları ile uyum içerisinde yorumlanması gerekmektedir. Yargı bağışıklığı ilkesinin uygulanması, AİHS'nin 6/1. maddesinde düzenlenen mahkemeye erişim hakkının ölçüsüz bir sınırlandırması değildir. Mahkemeye erişim hakkı, adil yargılanma hakkının korunmasının esaslı bir parçası olduğu gibi bu hakka ilişkin bazı kısıtlamalar da yabancı devletlere tanınan yargı bağışıklığı hakkının esaslı bir parçasıdır.⁶⁸ Mahkeme, *Al Adsani* Kararında, *jus cogens* ihlali dolayısıyla açılan hukuk davalarında, yabancı devlete yargı bağışıklığı tanınmayacağına ilişkin bir uluslararası hukuk kuralının henüz oluşmadığını belirtmiştir.⁶⁹

⁶⁵ Jurisdictional Immunities of the State, para. 106.

⁶⁶ *Al-Adsani v. United Kingdom*, para. 52-53; *Jones v. The United Kingdom*, para. 186. *Jus cogens* ihlalleri, yargı bağışıklığı ve adil yargılanma hakkına ilişkin **değerlendirmeler için** ayrıca bkz. *Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany*, Application No.59021/00, ECtHR, 2002-X. *Jus cogens* niteliğinde olmayan insan hakkı ihlalleri bakımından yargı bağışıklığı ve adil yargılanma ilişkisi konusundaki değerlendirmeler için bkz. *Fogarty v. The United Kingdom*, Application No.37112/97, Judgment, ECtHR, 2001; *McElhinney v. Ireland*, Application No. 31253/96, Judgment, ECtHR, 2001.

⁶⁷ *Al-Adsani v. United Kingdom*, para. 54; *Jones v. United Kingdom*, para. 186-198.

⁶⁸ *Al Adsani v. United Kingdom*, para. 55-56; *Jones v. United Kingdom*, para. 189.

⁶⁹ *Al-Adsani v. United Kingdom*, para. 66. Bu tespit *Kalogeropoulou* Davasında da

II. Yargı Bağımsızlığının *Jus Cogens* Normlara Göre Öncelikle Uygulanması Gerektiğini Savunan Görüş

Yargı bağımsızlığının *jus cogens* normlara göre öncelikle uygulanması gerektiğini savunan görüş uyarınca, *jus cogens* normlar, devletin egemen hak ve yetkilerini sınırlandırır ancak egemenliğin bir sonucu olarak bu tür normların ortaya çıkışı devletin rızasına bağlıdır.⁷⁰ Bu nedenle sınırlı sayıda uluslararası hukuk kuralı *jus cogensin* kapsamında yer alır ve bu normların ihlalinin hukuki sonuçları hakkında bir uzlaşma yoktur.⁷¹ Nitekim 2004 Sözleşmesi'ni hazırlamak üzere UHK tarafından oluşturulan çalışma grubu, *jus cogens* normların ihlali halinde yabancı devlete yargı bağımsızlığı tanınıp tanınmaması meselesi ile Sözleşme arasında bir ilişki olmadığını belirtmiştir.⁷² Sözleşme'de bu konuyu düzenleyen herhangi bir hüküm yoktur. Çalışmaların tamamlandığı tarih olan 1999'dan günümüze dek, *jus cogens*-yargı bağımsızlığı ilişkisinin değerlendirildiği davaların büyük çoğunluğunda, yabancı devlete yargı bağımsızlığı tanınmıştır.⁷³

Bu görüşü savunanlar, *jus cogens* normların varlığını ve bu normların diğer uluslararası hukuk kurallarından üstünlüğünü kabul etmekle birlikte, bu üstünlük, maddi hukuk-usul hukuku ve ulusal hukuk-uluslararası hukuk çerçevesinde farklı biçimlerde değerlendirilmektedir.

1. Maddi Hukuk-Usul Hukuku Ayrımına İlişkin Tartışmalar

Yargı bağımsızlığının *jus cogens* normlardan üstünlüğüne ilişkin en önemli tartışma, bu kuralların ait olduğu hukuk alanı ile ilgili olarak yapılmaktadır. *Jus cogens* normlar maddi hukuk kurallarıdır. Oysa yargı bağımsızlığı usul hukukuna ilişkin bir kuraldır.⁷⁴ Dolayısıyla *jus cogens* normların diğer maddi uluslararası hukuk kurallarından ü-

tekrar edilmiştir. Bkz. Kalogeropoulou v. Greece and Germany.

⁷⁰ Giegerich, 2006, s. 206.

⁷¹ Giegerich, 2006, s. 206.

⁷² Mcgregor, 2006, s. 437.

⁷³ Mcgregor, 2006, s. 438.

⁷⁴ Uluslararası hukukta maddi hukuk-usul hukuku ayırımına ilişkin değerlendirmeler için bkz. Stefan Talmon, "Jus Cogens After Germany v. Italy: Substantive and Procedural Rules Distinguished", *Leiden Journal of International Law*, 2012, Vol. 25, Issue 4, s. 979-1002.

tünlüğü kabul edilse dahi bu normların aynı zamanda usul hukukuna ilişkin uluslararası hukuk kurallarından üstün olup olmadığı tartışmalıdır. Yargı bağışıklığı, ulusal mahkemeler tarafından uygulanan bir usul kuralıdır. Bu nedenle *jus cogens* normların kapsamındaki maddi hukuk kuralları ile çatışması mümkün değildir. Zira mahkeme esasa girerek maddi hukuk kurallarına ilişkin bir değerlendirme yapmamakta, davayı yargı bağışıklığı gerekçesi ile reddetmekte ve uyuşmazlığın çözümünü bir başka yöntemle (uluslararası yargı ya da yargı dışı çözüm yollarına) kaydırmaktadır.⁷⁵

UAD, Almanya/İtalya Davasında, *jus cogens*-yargı bağışıklığı ilişkisini maddi hukuk-usul hukuku ayrımı temelinde incelemiştir. Divana göre, işgal edilen topraklarda sivillerin öldürülmesi ve sivillerin ve savaş esirlerinin zorla çalıştırılmak üzere yerlerinin değiştirilmesi yasağının, başka bir ifadeyle silahlı çatışmalar hukukunun ihlal edilen normlarının, *jus cogens* normlar olduğu farz edilse dahi, bu normlarla yargı bağışıklığına ilişkin kurallar arasında herhangi bir çatışma yoktur. Zira yargı bağışıklığı usule ilişkin bir kuraldır. Ulusal mahkemelerin, yabancı bir devletin tarafı olduğu bir uyuşmazlık hakkında yargı yetkilerini kullanıp kullanmayacaklarına ilişkindir. Davanın açılmasına neden olan fiilin hukuki ya da hukuk dışı olup olmasının bu kurallarla herhangi bir ilgisi yoktur. Bu nedenle yabancı devlete uluslararası örf ve adet hukuku kuralları çerçevesinde yargı bağışıklığının tanınması, *jus cogens* normun ihlaliyle yaratılan duruma hukukilik tanındığı anlamına gelmez.⁷⁶

Divana göre *jus cogens* normlar, kendisine aykırı hareket edilmesi mümkün olmayan kurallardır. Yargı yetkisinin kapsamını ve ne zaman uygulanacağını belirleyen kurallar, *jus cogens* statüsüne sahip maddi hukuka ilişkin bu kuralları ihlal etmez. *Jus cogens* normlar da, yargı bağışıklığının uygulanmasını engellemez ya da bu kuralları değiştirmez.⁷⁷ Divan, *Arrest Warrant* Kararında da *jus cogens* normların ihlalinin, bir devletin yargı bağışıklığını etkilemeyeceğini ifade etmiştir.⁷⁸ Divan aynı doğrultudaki ulusal mahkeme kararlarına atıf verdik-

⁷⁵ Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2008, s. 151.

⁷⁶ *Jurisdictional Immunities of the State*, para. 93

⁷⁷ *Jurisdictional Immunities of the State*, para. 95.

⁷⁸ *Jurisdictional Immunities of the State*, para. 95.

ten sonra, *jus cogens* normların ihlali iddiasıyla açılan davalarda dahi, bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı olan yargı bağışıklığının uygulanması gerektiğini belirtmiştir.⁷⁹

Jus cogens normları maddi hukuk ve yargı bağışıklığına ilişkin kuralları usul hukuku kuralları biçiminde kategorize ederek bu hukuk kuralları arasında bir çatışma olamayacağını iddia etmek çok şekilci bir yaklaşımdır ve uluslararası hukukta bireyin korunmasına yönelik kural ve uygulamalardan uzaktır.⁸⁰ Bu görüşün temsilcileri, *jus cogens* normların uluslararası hukuktaki varlığını ve üstünlüğünü kabul etmektedir. Bu durumda *jus cogens* normların uluslararası kamu düzeninin belirlenmesindeki rolü de kabul edilmektedir. Uluslararası hukukta, ulusal hukuklardaki gibi dikey bir normlar sistemi yoktur. Bununla birlikte en azından, kendilerine aykırı davranılması mümkün olmayan *jus cogens* normların, kendileri dışında kalan diğer tüm uluslararası maddi ve usul hukuku kurallarından üstün olması gerekir.⁸¹

2. Ulusal Hukuk-Uluslararası Hukuk Ayrımına İlişkin Tartışmalar

Yargı bağışıklığı ve *jus cogens* normların çatışması durumunda yargı bağışıklığının uygulanması gerektiğini iddia eden bir diğer görüş ise devletlerin ulusal düzenlemelerine göre bir değerlendirme yapmaktadır. Bu yaklaşım esas olarak ulusal mahkemeler tarafından geliştirilmiştir. Bu mahkemeler, ulusal mevzuatlarda, yargı bağışıklığına ilişkin bir *jus cogens* istisnasının olup olmadığını tespit etmektedir.

Ontario Temyiz Mahkemesi, İran'da işkence gördüğü gerekçesiyle, bu devlete karşı Kanada'da dava açan Bay Bouzari'nin, Kanada huku-

⁷⁹ Jurisdictional Immunities of the State, para. 96-97.

⁸⁰ Riccardo Pavoni, "Human Rights and the Immunities of Foreign States and International Organizations" in Erika De Wet and Jure Vidmar eds., *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 75.

⁸¹ Uluslararası hukukta normla hiyerarşisine ilişkin değerlendirmeler için Bkz. Jure Vidmar, "Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System", in Erika De Wet and Jure Vidmar eds., *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 13-14, 41; Dinah Shelton, "Normative Hierarchy in International Law", *American Journal of International Law*, 2006, Vol. 100, Issue 2, s. 291-323.

ku ve uluslararası hukuk çerçevesindeki iddialarını değerlendirmiştir. Mahkeme, Kanada'nın yargı bağısıklığına ilişkin 1985 tarihli ulusal hukuk düzenlemesindeki istisnaların hiçbirinin, söz konusu uyuşmazlık bakımından uygulanamayacağını ifade etmiştir.⁸² Mahkeme, Kanada'nın uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri gereğince *jus cogens* normlarla bağlı olduğunu ancak bu kurallarla Kanada hukuku çatıştığında, ulusal hukuk kurallarının uygulanacağını ifade etmiştir.⁸³ Mahkemeye göre bir *jus cogens* norm olduğu konusunda herhangi bir tereddüt bulunmayan işkence yasağının kapsamında, bunların ihlali halinde tazminatın mümkün olduğuna ilişkin herhangi bir örf ve adet hukuku kuralı bulunmamaktadır. Aksine bu tür durumlarda yargı bağısıklığının tanınması bir örf ve adet hukuku kuralıdır.⁸⁴ Kanada *jus cogens* normları ulusal hukuk düzeninin üzerinde kabul etmemiştir.

Benzer bir değerlendirme, Süleyman Al-Adsani'nin Kuveyt'te maruz kaldığı işkence nedeniyle bu devlete karşı, İngiltere'de açtığı tazminat davasında, İngiliz Mahkemesi tarafından yapılmıştır. Mahkeme, söz konusu fiilin temel bir insan hakkı ihlali olduğunu, bir suç teşkil ettiğini ve tazmin edilmesi gereken bir haksız fiil olduğunu ifade etmiş ancak yargı bağısıklığına ilişkin ulusal hukuk düzenlemesinde bu tür fiillerin bağısıklığa istisna teşkil etmediğini ifade ederek Kuveyt'i yargılamamıştır.⁸⁵

Ulusal hukuk-uluslararası hukuk ayrımı temelinde yargı bağısıklığına üstünlük tanınması, düalist yaklaşımın göstergesidir. Bu noktada ulusal mahkemelerin değerlendirmeleri dikkate değerdir. *Jus cogens* normlar uluslararası hukukun üstün normları olarak kabul edilmekte ancak ulusal hukuk düzenlemelerinin üzerinde kabul edilmemektedir. Bununla birlikte bu görüşü benimseyen Kanada Mahkemesi, yukarıda da açıklandığı üzere, *Bouzari* Davasında, bir *jus cogens* normun kapsamında bir örf ve adet hukuku kuralı ile teyidi beklenen bir kural aramıştır.⁸⁶ Görüldüğü üzere Mahkeme, görüşünü, yalnızca

⁸² Bouzari v. Iran, 2004 CanLII 871 (ON CA), para. 43-59. <http://www.canlii.org> (Erişim Tarihi:08.06.2014)

⁸³ Bouzari v. Iran, para. 65-68.

⁸⁴ Bouzari v. Iran, para. 87-90.

⁸⁵ McGregor, 2006, s. 442.

⁸⁶ Bouzari v. Iran, para. 87-90.

ulusal-uluslararası hukuk ilişkileri yaklaşımı çerçevesinde değil aynı zamanda uluslararası hukuktaki kurallar sistemi içerisinde de kuvvetlendirmeye çalışmıştır. Mahkeme, İşkencenin Önlenmesine Dair BM Sözleşmesi'ne taraf olmaktan kaynaklanan yükümlülüğü çerçevesinde bir başka değerlendirme daha yapmıştır. Davacı, ilgili Sözleşme'nin 14. maddesi⁸⁷ uyarınca, kendisi lehine tazminata hükmedilmesi gerektiğini iddia etmiş, Mahkeme ise söz konusu maddede açıkça bir ülkesel yetki sınırlandırmasının olmamasının Kanada'ya ülkesi dışında meydana gelen işkence fiilleri nedeniyle yargılama yapma yetkisi vermediğini ifade etmiştir.⁸⁸ Ancak Kanada Mahkemesinin bu yorumu İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Komitesi tarafından eleştirilmiş ve 14. maddede ülkesel yetki kısıtlamasının söz konusu olmadığı ifade edilmiştir.⁸⁹ Komitenin kararları bağlayıcı olmasa da İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi çerçevesinde, Sözleşme'yi uygulamak ve yorumlamakla görevlendirilmiş uluslararası bir organ olması nedeniyle yorumunun, Kanada mahkemelerinin yorumundan daha geçerli bir yorum olduğuna şüphe yoktur.⁹⁰ Bununla birlikte benzer bir konuda yine aynı devletin mahkemelerinde daha sonraki bir tarihte açılan bir başka dava olan *Hashemi* Davasında, Kanada mahkemelerinin yaklaşımı, *Bouzari* Davasındaki yaklaşımlardan farklı olmamıştır.⁹¹

Değerlendirme ve Sonuç

Günümüz uluslararası hukuk uygulamasında, *jure imperii* işlemlerin, *jus cogens* normları ihlali halinde, yabancı devlete hukuki yargı bağımsızlığı tanınması gerektiği yönünde genel bir kabul vardır.

⁸⁷ 1. Her taraf devlet kendi hukuk sistemi çerçevesinde işkence fiili mağdurunun zararının karşılanmasını ve mümkün olan rehabilitasyon imkanları dahil uygulanabilir, adil ve yeterli bir tazminat hakkına sahip olmasını temin edecektir. İşkence fiili sonucu mağdurun ölmesi halinde bakmakla yükümlü olduğu kişiler tazminat almaya yetkili olacaktırlar.

². Bu madde, mağdurun veya diğer kişilerin milli kanuna göre mevcut olabilecek tazminat hakkını hiçbir şekilde etkilemeyecektir

⁸⁸ Bouzari v. Iran, para. 69-81.

⁸⁹ McGregor, 2006. s. 443.

Alexander Orakhelashvili, "State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong?", *European Journal of International Law*, 2008, Vol. 18, No. 5, s. 962.

⁹⁰ Orakhelashvili, 2008, s. 963.

⁹¹ Islamic Republic of Iran c. Hashemi, 2012 QCCA 1449 (CanLII), para. 56-60.

^Bkz. <http://www.canlii.org/> (Erişim Tarihi:08.06.2014)

Bununla birlikte Avrupa Konvansiyonu'nun 11., 2004 Sözleşmesi'nin 12. maddeleri ve bazı devletlerin ulusal hukuk düzenlemelerinde yer alan ülkesellik ilkesi kapsamında, yabancı devlete yargı bağışıklığı tanınmayabilir. Ancak *jus cogens* normların ihlali, esas olarak savaş durumunda ortaya çıkmaktadır. Ülkesellik ilkesi ise silahlı çatışmalar sırasında yabancı devletin silahlı kuvvetlerinin neden olduğu haksız fiiller bakımından uygulanmaz. Bir *jus cogens* norm olan işkence yasasına gelince, İşkence Sözleşmesi'nin 14. maddesi uyarınca, Komitenin bu maddeye ilişkin yorumları doğrultusunda, taraf devletler kendi ülke sınırları içerisinde işlenmemiş dahi olsa işkence fiilleri nedeniyle açılan tazminat davalarında yabancı devlete yargı bağışıklığı tanınamalıdır. Ancak devletlerin 14. maddeye ilişkin uygulamaları aksi yöndedir.

Jus Cogens normların ihlali halinde, yabancı devlete yargı bağışıklığı tanınmaması gerektiği görüşünün temelinde, uluslararası hukukun devlet merkezli yapısını değiştirme çabaları vardır. Bu yapıyı değiştirebilmenin yolu ise uluslararası hukukta emredici kuralların varlığını kabul ederek bir *ordre public* kurmaktan geçmektedir. Uluslararası hukukun devletin rızasına dayanan yapısı nedeniyle, özellikle II. Dünya Savaşı sırasında meydana gelen ağır insancıl hukuk ihlalleri, bu savaştan sonra yaratılan *jus cogens* teorisinin hem doktrin hem de uygulayıcılar tarafından kabul edilmesine neden olmuştur.

Uluslararası hukukta, *jus cogens* normların varlığı kabul edilmektedir. Ancak temel mesele bu normların kapsamıyla ilgilidir. *Jus cogens* normların neler olduğu konusunda tam bir kesinlik olmadığı ve kavramın genişliği ve belirsizliği nedeniyle, ihlal edilen bir uluslararası hukuk kuralının *jus cogens* bir norm olduğu iddia edilerek her durumda yargı bağışıklığının kaldırılması gündeme gelebilir.

Acta jure imperii ve acta jure gestionis kesin bir tanımı olmadığı gibi *acta jure imperii* söz konusu olduğunda yargı bağışıklığının hangi hallerde kaldırılabileceği konusunda bir uzlaşma yoktur. Bu nedenle *jure imperii* işlemlerin, *jus cogensi* ihlal etmesi durumunda yargı bağışıklığının tanınmaması büyük belirsizliklere yol açar.⁹² Davalı devletler, yabancı mahkemelerdeki yargılamalara genellikle katılmamaktadır.

⁹² Giegerich, 2006, s. 207.

Bu nedenle mahkeme somut olaya ilişkin gerçekleri belirleyememekte, esasa ilişkin incelemeleri ve hukuki değerlendirmeleri eksik kalmaktadır. Buna ek olarak davacılar, mahkemelerce lehlerine verilen kararları nadiren uygulatabilmektedirler. Ancak ihlali gerçekleştirenin zayıf devlet olması halinde, güçlü devletler mağduru temsilen harekete geçerek kararları uygulatabilirler. Bu durum da yargı bağımsızlığına getirilen *jus cogens* istisnasının, uluslararası hukukta hukukun üstünlüğüne mi yoksa güçlü devletlerin menfaatine mi hizmet edeceği sorusunu gündeme getirmektedir.⁹³

Değinilmesi gereken bir diğer husus da ulusal hukuk mahkemelerinin, *jus cogens* ihlalleri değerlendirme konusundaki yeterliliğidir. Zira içeriği son derece tartışmalı olan ve uluslararası kamu hukukuna ilişkin bir kavramın, ulusal hukuk mahkemelerince değerlendirilmesi ve bir devletin *jure imperii* işlemini bu normlara aykırılık nedeniyle yargılaması, yalnızca uluslararası ilişkilerin zarar görmesine neden olmaz, aynı zamanda birbiriyle çatışan ya da örtüşen yargı yetkisi iddialarına neden olur ki bu durum da yargısal bir kargaşa yaratır.⁹⁴

Uygulamayla ilgili bir başka sorun geniş kitleleri etkileyen *jus cogens* ihlallerinde ortaya çıkar. Özellikle savaş suçları ve insancıl hukuk ihlallerinde, tazminat taleplerinin özelleştirilmesi ve bireyselleştirilmesi, başka bir ifadeyle savaş sırasında zarara uğrayan tüm bireylerin, ulusal mahkemelerde dava açarak, zararlarının tamamının ödenmesini talep etmesi çözümsüzlüğe neden olur.⁹⁵ Silahlı çatışmalar çatışan tarafların tümüne büyük zararlar verir. Ancak devletlerin savaştan sonra da varlığını devam ettirebilmesi için ödenecek tazminatların miktarında bir denge gözetilir. Devletler arası düzeyde toplu tazminatlarla, çatışmalardan doğrudan etkilenen bireylere ödenecek tazminatlar dengelenir.⁹⁶ Nitekim *Natonievski/Almanya Davasında Polonya Yüksek Mahkemesi*, savaş nedeniyle ortaya çıkan mülkiyet iddialarının, devletler arasında, barış antlaşmaları ile çözüldüğünü, savaştan sonra ve devletler arasındaki ilişkiler normalleştikten sonra, çok sayıda bireyin açtığı davalar yüzünden bu ilişkilerin zarar görebileceğini

⁹³ Giegerich, 2006, s. 208.

⁹⁴ Giegerich, 2006, s. 208.

⁹⁵ Tomuschat, 2011, s. 1121.

⁹⁶ Tomuschat, 2011, s. 1121. *Arsava*, 2012, s. 15-17.

ifade etmiştir.⁹⁷ Mahkeme, uluslararası ve ulusal hukukta insan hakkı ihlalleri bakımından yargı bağışıklığının sınırlandırılması konusunda bir eğilim oluştuğunu ancak bu uygulamanın hiçbir biçimde evrensel düzeyde olmadığını belirtmiştir.⁹⁸ Almanya/İtalya Kararında, UAD, benzer bir görüşü tekrar etmiş ve savaş zararları bakımından uluslararası hukuktaki yüz yıllık uygulamaya göre barış antlaşmalarının neredeyse tamamında, tazminatların ödenmeyeceği yönünde hükümler bulunduğunu ya da tek seferlik ödemeler veya mahsuplar ihtiva eden düzenlemeler yer aldığını, bu nedenle uluslararası hukukta, her mağdura ayrı ayrı ve zararın tamamını karşılayan bir tazminat ödenmesi yönünde kendisine aykırı hareket edilmesi mümkün olmayan bir kural oluştuğunu ifade etmenin çok zor olduğunu belirtmiştir.⁹⁹

Uluslararası hukukta, *jus cogens* normların varlığı kabul ediliyorsa, bu normların ihlali nedeniyle uğranılan zararların tazmin edilebilmesi gerekir. Ulusal ve uluslararası mahkemeler, bu normların varlığını kabul etmekte ve kimi zaman kapsamına ilişkin tespitlerde bulunmaktadır. Bu mahkemelerin, davalı devletlere ısrarla yargı bağışıklığı tanımlarının temelinde, *jus cogens* normlarla çatışan diğer uluslararası hukuk kurallarını uygulamama ya da geçersiz kılma yetkilerinin olmaması yatar. Dolayısıyla *jus cogens* aykırı kuralı tespit ve iptal edecek ve kararları ulusal ve uluslararası tüm mahkemeleri bağlayacak bir üst mahkemeye ihtiyaç vardır. Son yıllarda bu konuda çeşitli tartışmalar yapılmaktadır ancak uygulamaya geçirilebilmiş herhangi bir mekanizma yoktur.¹⁰⁰ Güncel uluslararası hukuk uygulamasında, *jus cogens* ihlali nedeniyle meydana gelen zararlar, devletler arası düzeyde, diplomatik yöntemlerle tazmin edilebilir.

⁹⁷ Jones v. United Kingdom, para.144

⁹⁸ Jones v. United Kingdom, para.145.

⁹⁹ Jurisdictional Immunities of the State, para. 94.

¹⁰⁰ UHK'nın uluslararası hukukta parçalanma konusundaki çalışmasında yargı kuruluşları arasındaki hiyerarşi meselesinin çalışmaların dışında tutulduğu ifade edilmiştir. Bkz. Report of the International Law Commission, Fifty-fourth Session (2002) General Assembly Official Records, A/57/10, para. 505.

KAYNAKÇA

Kitaplar/Makaleler

- Arsava Füsün, "Yabancı Mahkeme Kararlarının İcrası ve Devletlerin Yargı Bağışıklığı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2012, C. 1, S. 8, s. 1-20.
- Aybay Rona, "Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, S. 72, s. 109-120.
- Belsky Adam C., Merva Mark and Arriaza Naomi Roth, "Implied Waiver under FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Preemptory Norms of International Law", *California Law Review*, 1989, Vol. 77, Issue 2, s. 365-415.
- Bianchi Andrea, "Ferrini v. Federal Republic of Germany", *American Journal of International Law*, 2005, Vol. 99, Issue 1, s. 242-248.
- Bianchi Andrea, "Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case", *European Journal of Human Rights*, 1999, Vol. 10, No. 2, s. 237-277.
- De Sena Pasquale, De Vittor Francesca, "State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case", *European Journal of International Law*, 2005, Vol. 16, No. 1, s. 89-112.
- Fox Hazel, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2008.
- Gavouneli Maria; Bantekas Ilias, "Prefectura of Voiotia v. Federal Republic of Germany, Case No. 11/2000. Aegios Pagos (Hellenic Supreme Court) May 4, 2000", *American Journal of International Law*, 2001, Vol. 95, Issue 1, s. 198-204.
- Giegerich Thomas, "Do Damages Claims Arising from Jus Cogens Violations Override State Immunity from the Jurisdiction of Foreign Courts?", in Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, s. 203-237.
- Gözübüyük Şeref, Gölcüklü Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan, Ankara, 2013.
- Gündüz Aslan, *Milletlerarası Hukuk*, Reşat Volkan Günel (ed.), Beta, 6. Baskı, İstanbul, 2013.
- Gündüz Aslan, *Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı ve Milletlerarası Hukuk*, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1984.
- Kadelbach Stefan, "Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other rules-The Identification of Fundamental Norms", in Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, s. 21-40.
- Mcgregor Lorna, "State Immunity and Jus Cogens", *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, Vol. 55, Issue 2, s. 437-446.
- Nomer Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, Beta, 20. Bası, İstanbul, 2013.
- Orakhelashvili Alexander, "State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong?", *European Journal of International Law*, 2008, Vol. 18, No. 5, s. 955-970.

- Pavoni Riccardo, "Human Rights and the Immunities of Foreign States and International Organizations" in Erika De Wet and Jure Vidmar (eds.), *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 71-113.
- Pazarcı Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 2. Kitap, Turhan, 9. Bası, Ankara, 2013.
- Reimann Mathias, "A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: Some Thoughts on *Prinz v. Federal Republic of Germany*", *Michigan Journal of International Law*, 1994-1995, Vol. 16, Issue 2, s. 403-432.
- Shelton Dinah, "Normative Hierarchy in International Law", *American Journal of International Law*, 2006, Vol. 100, Issue 2, s. 291-323.
- Talmon Stefan "Jus Cogens After *Germany v. Italy*: Substantive and Procedural Rules Distunguished", *Leiden Journal of International Law*, 2012, Vol. 25, Issue 4, s. 979-1002.
- Tomuschat Christian, "The International Law of State Immunity and Its Development by National Institutions", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2011, Vol. 44, Issue 4, s. 1105-1140.
- Uerpman-Witzack Robert, "Serious Human Rights Violations as Potential Exceptions to Immunity: Conceptual Challenges", 2013.
- Vidmar Jure , "Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System", in Erika De Wet and Jure Vidmar (eds.), *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 13-41.
- Voyiakis Emmanuel, "Access to Court v. State Immunity", *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, Vol. 52, Issue 2, 2003, s. 297-332.
- Yang Xiaodong, *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge/ New York, Melbourne, 2013.

Yargı Kararları

- Jones and Others v. The United Kingdom*, Applications Nos. 34356/06 and 40528/06, Judgment, ECtHR, 2014.
- Jurisdictional Immunities of the State, Germany v. Italy, (Greece Intervening)*, Judgment, ICJ Reports, 2012, p. 99.
- Islamic Republic of Iran c. Hashemi*, 2012 QCCA 1449 (CanLII).
- Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application 2002)*, Democratic Republic of the Congo v. Rwanda, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, ICJ Reports 2006, p. 6.
- Yargıtay 4. HD, E.2006/718, K.2006/1549.
- Bouzari v. Iran*, 2004 CanLII 871 (ON CA).
- Ankara 22. Asliye Hukuk Mahkemesi, E.2003/158, K.2004/382.
- Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany*, Application No.59021/00, ECtHR, 2002-X.
- Al Adsani v. United Kingdom*, Application No. 35763/97, ECtHR, 2001.

Fogarty v. United Kingdom, Application No.37112/97, Judgment, ECtHR, 2001.
McElhinney v. Ireland, Application No. 31253/96, Judgment, ECtHR, 2001.
Prosecutor v. Furundzija, ICTY, Case IT-95-17/1, Trial Chamber II, Judgment of 10 December 1998.

Uluslararası Belgeler

Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, 1155 UNTS 331.
European Convention on State Immunity, CETS. No.: 074, 16.05.1972.
Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment and Punishment, 1984, 1465 UNTS 85.
Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 1991, Vol. II, Part Two.
Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, Part Two.
Report of the International Law Commission, Fifty-fourth Session (2002) General Assembly Official Records, A/57/10.
United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, United Nations General Assembly Resolution, A/RES/59/38, 2004.

İnternet Kaynakları

UAD Kararları için bkz. www.icj-cij.org
Avrupa Konvansiyonu için bkz. <http://conventions.coe.int>
BM Andlaşmalar Serisi için bkz. <https://treaties.un.org>
UHK Belgeleri için bkz. <http://www.un.org/law/ilc>
EYUCM Kararları için bkz. <http://www.icty.org>
FSIA metni için bkz. <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1605>
Kanada Mahkemelerinin Kararları için bkz. <http://www.canlii.org>
Robert Uerpman-Witzack'ın makalesi için bkz. http://epub.uniregensburg.de/28797/1/Uerpman_Immunities_2013.pdf



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Bilgi - Belge Merkezi



Güvenilir ve doğru bilginin adresi