T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU (MİLLETLERARASI HUKUK)

ANABİLİM DALI

DEVLETİN *JUS COGENS* KURALLARA AYKIRI FAALİYETLERİ KAPSAMINDA YARGI BAĞIŞIKLIĞI

Doktora Tezi

Merve ERDEM

Ankara, 2016

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU (MİLLETLERARASI HUKUK)

ANABİLİM DALI

DEVLETİN *JUS COGENS* KURALLARA AYKIRI FAALİYETLERİ KAPSAMINDA YARGI BAĞIŞIKLIĞI

Doktora Tezi

Merve ERDEM

Tez Danışmanı

Doç.Dr. Ülkü HALATÇI ULUSOY

Ankara, 2016

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(28./12./2016.)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin
Adı ve Soyadı

Merve ERDEM

İmzası

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU (MİLLETLERARASI HUKUK)

ANABİLİM DALI

DEVLETİN *JUS COGENS* KURALLARA AYKIRI FAALİYETLERİ KAPSAMINDA YARGI BAĞIŞIKLIĞI

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Ülkü HALATÇI ULUSOY

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı	**İmzası**
Proy. Dr. Funda Keskin Aka	
Doç. Dr. Bülent Bahadır	
Doç. Dr. Ülkü HALATÇI ULUSOY	
Doç. Dr. Cavid Abdullahzade	
Yrd. Doç. Dr. Uğur Bahadır	
.....	.....

Tez Sınav Tarihi: 23.12.2016

İşbu tezin yazımı esnasında Humboldt Üniversitesi'nde araştırma yapmak amacıyla kullandığım 2214/a Yurtdışı Doktora Sırası Araştırma Bursu dolayısıyla TÜBİTAK'a teşekkürü bir borç bilirim.

KISALTMALAR 12

GİRİŞ 16

BÖLÜM I: ULUSLARARASI HUKUKTA *JUS COGENS* KURALLAR 22

I. *JUS COGENS* KURALLARIN TANIMI VE KAYNAKLAR 22

A. Genel Olarak 22

B. *Jus Cogens* Kuralların Tanımı ve Kaynakları 26

1. *Jus Cogens* Kuralların Tanımı 26

2. *Jus Cogens* Kuralların Kaynakları 29

a. Maddi Kaynakları 29

b. Şekli Kaynakları 49

C. *Jus Cogens* Kuralların Kapsamı 62

II. *JUS COGENS* KURALLARIN ULUSLARARASI HUKUKUN DİĞER KAYNAKLARI İLE İLİŞKİSİ 78

A. Genel Olarak 78

B. Jus Cogens Kuralların Uluslararası Kaynaklar Bakımından Yeri 79

C. *Jus Cogens* Kurallara Aykırılık 87

1. Uluslararası Hukukun Kaynakları Bakımından 87

2. Devletlerin Faaliyetleri Bakımından 97

BÖLÜM II: ULUSLARARASI HUKUKTA DEVLETİN YARGI BAĞIŞIKLIĞI 103

I. GENEL OLARAK 103

II. ULUSLARARASI HUKUKTA DEVLETİN YARGI BAĞIŞIKLIĞI 105

A. Genel Olarak 105

B. Devletin Yargı Bağışıklığının Kapsamı 112

1. Devletin Mutlak Yargı Bağışıklığı 112

2. Devletin Sınırlı Yargı Bağışıklığı 113

C. Devletin Yargı Bağışıklığının Hukuki Dayanağı 124

1. Uluslararası Hukuk Bakımından 124

a. Genel Olarak 124

b. Devletin Yargı Bağışıklığına İlişkin Uluslararası Antlaşmalar 127

i. 1972 tarihli Devletin Yargı Bağışıklığına İlişkin Avrupa Sözleşmesi 127

ii. 2004 tarihli Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağışıklığına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi 131

c. Devletin Yargı Bağışıklığına İlişkin Uluslararası Örf ve Adet Hukuku Kuralları 140

2. Devletin Yargı Bağışıklığına İlişkin İç Hukuk Düzenlemeleri 142

III. ULUSLARARASI HUKUKTA DEVLETİN YARGI BAĞIŞIKLIĞI DIŞINDA DİĞER BAĞIŞIKLIK TÜRLERİ 151

A. Devletin Cebri İcra Bağışıklığı 151

B. Devletin Tebligat Bağışıklığı 156

BÖLÜM III: ULUSLARARASI HUKUKTA BİREYLERİN ZARARLARININ GİDERİLMESİ TALEPLERİ 158

I. BİREYLERİN ZARARLARININ GİDERİLMESİNİ TALEP HAKKI 158

A. Genel Olarak 158

B. Uluslararası Hukukta Bireylerin Zararlarının Giderilmesini Talep Hakkının Varlığı Tartışması 159

C. Bireylerin Zararlarının Giderilmesini Talep Hakkına İlişkin Uluslararası Hukuk Kaynakları ve Yöntemleri 165

1. Uluslararası Antlaşmalar ve Bireylerin Zararlarının Giderilmesini Talep Hakkı 165

a. Genel Olarak 165

b. İnsan Hakları Hukuku ve Bireylerin Zararlarının Giderilmesini Talep Hakkı 168

c. İnsancıl Hukuk ve Bireylerin Zararlarının Giderilmesini Talep Hakkı 173

d. Uluslararası Ceza Hukuku ve Bireylerin Zararlarının Giderilmesini Talep Hakkı 183

2. Uluslararası Örf ve Adet Hukuku ve Bireylerin Zararlarının Giderilmesini Talep Hakkı 187

II. DEVLETİN YARGI BAĞIŞIKLIĞINI SINIRLANDIRMANIN BİREYLERİN ZARARLARININ GİDERİLMESİ TALEPLERİ BAKIMINDAN ÖNEMİ 191

BÖLÜM IV: *JUS COGENS* KURALLARA AYKIRI FAALİYETLERİNDEN DOLAYI BİREYLERİN ZARARLARININ GİDERİLMESİ TALEPLERİ KARŞISINDA DEVLETİN YARGI BAĞIŞIKLIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ 194

I. GENEL OLARAK 194

II. *JUS COGENS* KURALLAR İLE DEVLETİN YARGI BAĞIŞIKLIĞI KURALLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ 195

A. *Jus Cogens* Kuralların Devletin Yargı Bağışıklığı Kurallarına Etkisi 195

B. *Jus Cogens* Kurallar, Devletin Yargı Bağışıklığı Kuralları ve Devletin Sorumluluğu İlişkisi 211

C. *Jus Cogens* Kurallar, Devletin Yargı Bağışıklığı ve Bireylerin Mahkemeye Başvuru Hakkı İlişkisi 217

D. Yargı Kararlarında *Jus Cogens* Kurallar ile Devletin Yargı Bağışıklığı İlişkisi 219

1. İç Hukuk Kararları 220

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları 226

a. Genel Olarak 226

b. *Al-Adsani v. Birleşik Krallık* Davası 227

c. *Kalogeropoulous ve Diğerleri v. Yunanistan ve Almanya* Davası 231

d. *Jones ve diğerleri v. Birleşik Krallık* Davası 232

e. AİHM Kararlarına İlişkin Değerlendirmeler 235

3. Uluslararası Adalet Divanı Devletin Yargı Bağışıklığı *Almanya v. İtalya, Müdahil Yunanistan* Kararı 238

a. Genel Olarak 238

b. Karara İlişkin Değerlendirmeler 265

c. Kararın İtalya Tarafından Uygulanmasına İlişkin Tartışmalar 269

E. Devletin *Jus Cogens* Kurallara Aykırı Faaliyetlerinden Dolayı Yargı Bağışıklığının Bireylerin Zararlarının Giderilmesi Talepleri Bakımından Değerlendirilmesi 272

F. Bireylerin Zararlarının Giderilmesi Bakımından Uluslararası Mekanizmaların Değerlendirilmesi ve Öneriler 281

1. Genel Olarak 281

2. Mevcut Uluslararası Mekanizmaların Değerlendirilmesi 283

a. Tazminat Komisyonları Örneği 283

b. Uluslararası Vakıf Fonu Kurulması Örneği 288

3. Önerilen Uluslararası Mekanizmalar 292

a. Yargı Yetkisinin Genişletilmesi Önerisi 292

b. Yeni Bir Uluslararası Mahkeme Kurulması Önerisi: Dünya İnsan Hakları Mahkemesi (DİHM) 294

SONUÇ 298

ÖZET 307

ABSTRACT 309

KAYNAKÇA 311

KISALTMALAR

ABD: Amerika Birleşik Devletleri

AİHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Am. J. Int'l L.: American Journal of International Law

Austl. Y.B. Int'l L.: Australian Yearbook of International Law

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AÜSBFD: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi

BK : Birleşik Krallık

Bkz. : Bakınız

BM: Birleşmiş Milletler

BMSMHS: Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi

BMZTK: Birleşmiş Milletler Zararların Tazmini Komisyonu

BYBIL: British Yearbook of International Law

CAHDI: Committee of Legal Advisers on Public International Law

Calif. L Rev. California Law Review

Can. Y. B. Int'l L. : The Canadian Yearbook of International Law

Chinese JIL: Chinese Journal of International Law

Conn. J. Int'l L.: Connecticut Journal of International Law

çev.: Çeviren

Denv. J. Int'l L. & Pol'y: Denver Journal of International Law and Policy

DEÜHFD: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

DİHM: Dünya İnsan Hakları Mahkemesi

dn. : dipnot

Doc. : Document

ed.: editör

EJIL: European Journal of International Law

et. : Erişim tarihi

EYUCM: Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi

FSIA: Foreign Soverign Immunity Act

Ga. J. Int'l & Comp. L.: Georgia Journal of International and Comparative Law

Harv. Hum. Rts. J.: Harvard Human Rights Journal

Hastings Int'l&Comp. L.Rev. : Hastings International and Comparative Law Review

ICC: International Criminal Court

ICJ: International Court of Justice

ICLR: International Community Law Review

İHK: İnsan Hakları Komitesi

İİK: İcra İflas Kanunu

ILC: International Law Commission

Int'l J. Refugee L.: International Journal of Refugee Law

Int'l&Comp.L.Q: International and Comparative Law Quarterly

Iss. : Issue

J. Transnational Law&Policy: Journal of Transnational Law and Policy

Jap. Ann. of Int'l L.: Japanese Annual of International Law

JICL: Journal of International Criminal Justice

LAPE: The Law and Practice of International Courts and Tribunals

MHB: Milletlerarası Hukuk Bülteni

Mich. JIL: Michigan Journal of International Law

Mod. L. Rev. : Modern Law Review

para. : paragraf

PCIJ: Permanent Court of International Justice

RUCM: Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi

s. : sayfa

SCJIL: Santa Clara Journal of International Law

SLÖM: Sierra Leone İçin Özel Mahkeme

Sri Lanka J. Int'l L.: Sri Lanka Journal of International Law

TAAD: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

TBB: Türkiye Barolar Birliği

Tul.J.Int'l & Comp. L.: Tulane Journal of International and Comparative Law

UAD: Uluslararası Adalet Divanı

UCM: Uluslararası Ceza Mahkemesi

UHK: Uluslararası Hukuk Komisyonu

UK. : United Kingdom

UKHL: United Kingdom House of Lords

UN. : United Nations

v. : versus

Va. J. Int'l L.: Virginia Journal of International Law,

VAHS: Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi

Vol. : Volume

VUWLR: Victoria University Wellington Law Review

YALE L.J : Yale Law Journal

YILC: Yearbook of International Law Commission

yy. : Yüzyıl

ZaöRV : Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht

GİRİŞ

Uluslararası hukukun kaynağına ilişkin Groitious'tan günümüze pek çok tartışma yürütülmektedir. Söz konusu kaynak sorusu, uluslararası hukuk kurallarının ortaya çıkışına, bağlayıcılığına ve hukuki etkisine ilişkin cevaplar içerdiği için önem arz etmektedir.[1]

Doğal hukuk yaklaşımıyla başlayan cevap arayışları daha sonra yerini pozitivizme bırakmıştır ve devletlerin bir kuralla bağlanma iradeleri de volontarist yaklaşımla açıklana gelmiştir. *Volountarist*-pozitivist yaklaşımlar, uluslararasrı hukuk kurallarını değer ve sosyal gerçeklerden ayırarak, uluslararası hukuk kurallarının kaynağını devletlerin iradelerine bağlamış ve kuralların bağlayıcılığını yine tamamen devletin kendi iradesine bırakmıştır.[2]

Ancak devlet merkezci bir yaklaşım sergileyen bu tutum, II. Dünya Savaşı ile birlikte değişim göstermiştir. II. Dünya Savaşı'ndan sonra kurulan Birleşmiş Milletler (BM) ile birlikte, devletlerin tek tek çıkarları yerine başka bir toplum düzeni olarak uluslararası toplumun ve ortak değerlerinin varlığı kabul edilmiştir.[3]

---

[1] Nitekim uluslararası hukukun bir sistem olarak varlığı dahi eleştirilmektedir. Söz konusu eleştirilerin kaynağı uluslararası hukuk kurallarının sürekli ihlal edilmesi ve uluslararası hukukun parçalı yapısıdır. MICHAELS, Ralf – PAUWELYN, Joost: *"Conflict of Norms or Conflict of Laws?: Different Techniques in the Fragmentation of International Law",* metin için bkz. http://scholarship.law.duke.edu/cgi /viewcontent.cgi?article=2933& context=faculty_scholarship et: 27.05.2015. Bunun yanında, uluslararası hukukun, her hukuk düzeninde olduğu gibi iktidar mücadelesinin ve geniş ölçekte gerçekleşen sosyo-ekonomik bölüşümün bir normative yansıması olarak da değerlendirildiği görülmketedir. DENK, Erdem: *"Uluslararası İlişkilerin Hukuku: Vestfalyan Düzenden Küreselleşmeye"*, içinde **Küresel Siyasete Giriş Uluslararası İlişkilerde Kavramlar, Teoriler, Süreçler** (BALTA, Evren ed.), İletişim, İstanbul, 2014, s. 59.

[2] BOYLE, Alan – CHINKIN, Christine: **The Making of International Law**, Oxford University Press, NewYork, 2007, s. 19; PELLET, Alain: "*The Normative Dilemma, Will and Consent in International Law Making*", Australian Yearbook of International Law, Vol. 12, 1988- 1989, s. 22 – 26.

[3] HOFFMEISTER, Frank – KLEINLEIN, Thomas: *"International Public Order*", Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2013, s. 2, 10.

Nitekim BM Şartı'nın "Biz Birleşmiş Milletler Halkları " ifadesiyle başlaması, devletler dışında, bütün özne ve süjeleri kapsayan bir uluslararası toplumun varlığına işaret etmektedir.[4] Dolayısıyla uluslararası hukuk, devletlerin kendi çıkarları ile uluslararası toplumun yararı arasında denge kurmak amacıyla bir evrim geçirmektedir.[5]

II. Dünya Savaşı'ndan sonra uluslararası hukukta, uluslararası toplum kavramının yerleşmesiyle birlikte, temel insan hakları kurallarının kabul edilmesi, devletler üzerinde *erga omnes* yükümlülüklerin öngörülmesi, *jus cogens* kuralların varlığının kabul edilmesi ve uluslararası hukuktaki bazı kural ve yasaklara *jus cogens* kural değeri atfedilmesi, uluslararası hukuka daha liberal bir bakış açısı getirmiştir. Böylelikle klasik uluslararası hukuk süjesi devletlerin iradelerinin temel alındığı sistem, bireylerin çıkarlarının ön plana alındığı bir hukuk düzenine evrilmiştir.[6]

Uluslararası toplumun varlığının kabul edilmesi ile birlikte, uluslararası kamu düzeninin kurulmasının gerekliliği de ortaya atılmıştır. Uluslararası kamu düzeni, uluslararası toplumun ortak çıkarlarını koruyan kurallar sistemi olarak tanımlanmıştır. Söz konusu kamu düzeninde ortak çıkarları koruyan temel kuralların, ihlal edilemez, hiyerarşik olarak üstün ve devlet iradesinden bağımsız olduğu ifade edilmiştir. Aynı zamanda işbu düzeni koruyan kurallara aykırı hukuki işlemin

---

[4] VIDMAR, Jure: *"Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System?"*, içinde **Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights**, (De WET, Erika – VIDMAR, Jure ed.), Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 5; De WET, Erika: *"The International Constitutional Order"*, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 55, 2006, s. 57.
BM Şartı'nın orijinal metninde "We the peoples of the United Nations" olarak kullanılmaktadır. Bkz. http://www.un.org/en/sections/un-charter/preamble/index.html et. 15.09.2016.

[5] VILLALPANDO, Santiago: *"The Legal Dimension of the International Community*", EJIL, Vol. 21, No.2, 2010, s. 419.

[6] HERNANDEZ, Gleider: "*A Reluctant Guardian: The International Court of Justice and The Concept of 'International Community'"*, BYIL, 2013, s. 14; WEATHERALL, Thomas: **Jus Cogens International Law and Social Contract**, Cambridge University Press, UK, 2015, s. xxxix.

geçersiz hale geleceği ve kendine aykırı faaliyetlerden dolayı uluslararası toplumu oluşturan gerçek ve tüzel kişilerin sorumluluğunun doğacağı kabul edilmiştir.[7] İşbu sebeple *jus cogens* kuralların kaynağı olarak uluslararası kamu düzenini göstermek yanlış olmayacaktır.

İrade beyanına gerek olmaksızın devletler nezdinde *jus cogens* yükümlülüklerin öngörülmesi, bireylerin ve dolayısıyla da uluslararası toplumun çıkarlarının korunması ve uluslararası kamu düzeninin tesis edilmesi için önem arz etmekte olup *jus cogens* kuralların yokluğu, uluslararası kamu düzenini tehdit edecektir.[8] Ayrıca devletin bağışıklığına ilişkin kurallar da, hizmet ettiği amaç itibariyle, uluslararası kamu düzenini yansıtan kurallar olarak nitelendirilmektedir.[9]

Bunun yanında, her ne kadar uluslararası hukukun süjesi olarak görülmese de bireylerin çıkarlarının da uluslararası toplumun düzeni için önemli olduğu savunulmaktadır. Devleti bir insan topluluğu olarak gören normatif bireycilik yaklaşımı uyarınca, uluslararası toplumun çıkarları bireylerin normatif kurallarla korunmasını gerektirmektedir. Başka bir değişle bireyleri koruyan uluslararası hukuk kuralları, uluslararası toplumun çıkarlarına uygun olup uluslararası kamu düzenini

---

[7] ANLAR GÜNEŞ, Şule: "*Uluslararsı Toplumun Ortak Değerleri Sorunu, Çevrenin Korunması ve Jus Cogens Doktrini",* AÜSBFD, Vol. 59, Iss. 4, s. 125; HOFFMEISTER - KLEINLEIN, s. 1.
Ancak söz konusu kamu düzeninin, iç hukuktaki kamu düzeni kavramından farklı olduğunu ifade etmek yerinde olacaktır. HOFFEMEISTER- KLEINLEIN, s. 2.

[8] HANNIKAINEN, Lauri: **Peremptory Norms (*Jus Cogens*) in International Law Historical Development Criteria**, Present Status, Finnish Lawyers Publishing Company, Helsinki, 1988, s. 16; PELLET, s. 33, 39.
Yani devlet merkezci klasik yaklaşımı kırmanın yolu, uluslararası hukukta emredici kuralların varlığını kabul ederek uluslararası bir kamu düzeni kurmaktan geçmektedir. AKKUTAY, Berat Lale: "*Devletin Jus Cogens Normlara Aykırı Fiillerinden Dolayı Hukuki Yargı Bağışıklığı*", TBB Dergisi, C. 113, 2014, s. 120.

[9] PETERS, Anne: "*Immunity Against Constitutionalisation",* içinde **Immunities in the Age of Global Constitutionalism** (PETERS, Anne- LAGRANGE, Evelyne- OETER, Stefan, TOMUSCHAT, Christian ed.), BRILL, The Netherlands, 2014, s. 2.

tesis edecektir. [10] Dolayısıyla, bireylerin özellikle maruz kaldığı *jus cogens* kural ihlalleri karşısında zararlarının giderilmesinin de, uluslararası toplumun düzeni bakımından gerekli olduğu aşikardır.[11]

İlgili yaklaşımlar karşısında, uluslararası kamu düzeni kavramı, içinin boş olduğu ve keyfi uygulamalara vücut vereceği sebebiyle eleştirilmiştir. Buna göre evrensellik anlayışının yanlış bir varsayım olarak, *erga omnes* ve *jus cogens* kavramların hiçbir anlamı olmayan Batı değerleri olduğu ifade edilmiştir.[12]

Uluslararası toplumun düzeni için varlığı önemli bu kurallar, özellikle *jus cogens* ihlaller karşısında bireylerin zararlarının giderilmesi taleplerinin boşa çıkması nedeniyle karşı karşıya gelmiştir. İşbu durumda da, *jus cogens* kuralların ihlal edilmesi halinde, zarar gören bireylerin zararlarının giderilmesi amacıyla, iç hukuk düzenlerinde ihlali gerçekleştiren yabancı devlete karşı dava açılabileceği ve ilgili davalarda davalı devletin yargı bağışıklığının reddedilmesi gerektiği yaklaşımı ortaya

[10] Nitekim NewHaven Okulu, uluslararası kamu düzeni kavramını, daha genişleterek dünya düzeni olarak ele almaktadır. Söz konusu okul, hukuku siyasi karar alma süreci olarak tanımlamakta ve daha iyi bir dünya düzeninin kurulması için, söz konusu karar alma süreçlerini etkileyen unsurları değerlendirmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. REISMAN, W. Michael – WIESSNER, Sİegfried – WILLARD, Andrew R. : "*The New Haven School: A Brief Introduction*", Yale J. Int'l L., Vol. 32, 2007, s. 575 – 582. Bunun yanında uluslararası anayasacılık hareketi, uluslararası hukuk düzeninin de belli bir anayasal ilkelere sahip olduğunu ileri sürmektedir. Buna göre, uluslararası hukuk düzeninin temel insan haklarının korunması, hukukun üstünlüğü ve demokrasi gibi anayasal unsurlar içerdiği ve işbu anayasal unsurların uluslararası kamu düzeninin korunması açısından önemli olduğu belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. BYERS, Michael: *"Conceptualizing the Relationship Between Jus Cogens and Erga Omnes Rules*", Nordic Journal of International Law, Vol. 66, 1997, s. 219; KLABBERS, Jan – PETERS, Anne – ULFSTEIN, Geir: **The Constitutionalization of International Law**, Oxford University Press, UK, 2009; KRISCH, Nico: **Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law**, Oxford University Press, UK, 2010. İşbu yaklaşımda jus cogens kurallar da anayasal kurallar olarak nitelendirilmektedir. KLABBERS, Jan: **International Law**, Cambridge University Press, UK, 2013, s. 19.

[11] Uluslararası toplumun çıkarları ve kamu düzeni ilişkisi bakımından, uluslararası hukukun amacını açıklayan farklı okullar doğmuş; işbu okulların *jus cogens* kurallar ile yargı bağışıklığına ilişkin uluslararası hukuk kurallarına bakış açıları da çeşitlilik göstermiştir. Dolayısıyla Normatif Bireycilik, NewHaven Okulu, Uluslararası Anayasacılık Okulu, Kozmopolitanizm, Uluslararası Hukukta Toplum Sözleşmesi gibi birey merkezci uluslararası hukuk düzeni savunan yaklaşımlar ortaya atılmıştır. VIDMAR, s. 1; WEATHERALL, s. 447 – 456.

[12] KOSKENNIEMI, Martti: **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument: Reissu with New Epilogue,** Cambridge University Press, UK, 2005.

çıkmıştır. Nitekim bu yaklaşım, İtalya ve Yunanisan iç hukuk mahkemelerinde bir fiil uygulanmış, işbu uygulamalar en nihayetinde Uluslararası Adalet Divanı (UAD) önüne götürülmüştür.

Çalışmamızın amacı, *jus cogens* kuralların, bireylerin zararlarının giderilmesini talep hakkını da göz önüne alarak, yargı bağışıklığına ilişkin uluslararası hukuk kurallarına etkisini incelemektir. Bu sebeple, uluslararası kamu düzenine getirilen eleştirileri de dikkate alarak çalışmamızda uluslararası toplumun çıkarlarının korunması açısından, ortak değerlerin varlığı kabul edilmiş ve uluslararası toplumun çıkarlarının korunması için bireylerin öncelikle korunması gerektiği yaklaşımı benimsenmiştir. Ancak kullanılan kavram ve kurumların Batı merkezli tanımlanması ve hegemonya yaratacak nitelikte yorumlanmasından kaçınılmıştır.

Çalışmamızda yukarıda ortaya koyduğumuz yaklaşımdan hareketle, öncelikle *jus cogens* kurallar ele alınmış; kuralların tanımı, kapsamı, maddi ve şekli kaynakları ile hukuki etkisi incelenmiştir.

Devam eden ikinci bölümde, yargı bağışıklığına ilişkin uluslararası hukuk kuralları, işbu kuralların geçirdiği değişim, iç hukuktaki yansımaları ayrıntılı incelenmiştir. Bunun yanında devletin bağışıklığı kavramı içinde yer alan cebri icra bağışıklığı ve tebligat bağışıklığı da değinilen kavramlar olmuştur. Çünkü özellikle devletin cebri icra bağışıklığı, bireylerin zararlarının giderimini talep hakkı karşında, *jus cogens* kuralların yargı bağışıklığına etkisini incelerken göz önüne alınması gereken başka bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır.

Üçüncü bölümde ise, bireylerin zararlarının giderimini talep hakkının varlığı ve dayanağı ortaya konulduktan sonra, bireylerin zararlarının giderimini talep edebilecekleri mekanizmalar incelenmiştir.

İlk üç bölümle birlikte, çalışmamızın konusunu oluşturan temel kavramlar incelendikten sonra kamu düzenine ilişkin nitelendirilen *jus cogens* kuralların ihlali karşında devletin yargı bağışıklığının durumu incelenmiştir. Devletin *jus cogens* kuralların ihlali karşısında, yargı bağışıklığının reddedilmesi ekseninde dönen tartışmalar ele alınmıştır.

En nihayetinde *jus cogens* kurallar karşısında yargı bağışıklığının reddedilmesi meselesi tarafımızca, birey merkezci bir yaklaşımdan hareketle, bireylerin zararlarının giderilmesini talep hakkının varlığı ve kullanılma usulleri göz önüne alınarak değerlendirilmiştir. Böylelikle, devletin yargı bağışıklığının reddedilmesinin, bireylerin zararlarının giderilmesini sağlayan yeni bir mekanizma olarak kullanılıp kullanılamayacağı tayin edilmiştir.

Sonuç olarak, devletin *jus cogens* kuralları ihlali karşısında yargı bağışıklığının reddinin bireylerin zararlarının giderilmesi talepleri için yeni bir mekanizma olarak kullanılmaya müsait olmadığı ortaya konulmuştur. İşbu çıkarımın akabinde uluslararası hukuk düzeninin hangi mekanizmalarının bireylerin zararlarının giderilmesi hususunda faydalı olacağı ve olası çözüm önerileri gösterilmiştir.

BÖLÜM I: ULUSLARARASI HUKUKTA *JUS COGENS* KURALLAR

I. *JUS COGENS* KURALLARIN TANIMI ve KAYNAKLAR

A. Genel Olarak

Uluslararası toplumun bütün aktörleri, hiçbir istisna olmaksızın uluslararası hukukun kaynağını teşkil eden kurallarla bağlıdır. Dolayısıyla, uluslararası hukuk kurallarının ihlali, söz konusu kuralların olmadığı sonucunu doğurmaz.

Ulusal toplumlardaki gibi belirgin ve bütüncül olmasa dahi, belli bir uluslararası toplumdan ve söz konusu toplumun kamu düzeninden bahsetmek mümkün olup işbu toplumun kamu düzeninin de tesisine ilişkin çeşitli kurallar mevcuttur.[13] Söz konusu kurallar sadece zarar gören devleti değil, uluslararası değerler sisteminin bir yansımasıdır ve uluslararası toplumun tümünü ilgilendirmektedir.[14] Emredici hukuk kuralları, *jus cogens* kurallar, *erga omnes* kurallar, uluslararası suçlar, uluslararası toplumun kamu düzeninin tesisi için önem arz eden kurallardandır. İşbu kurallar birbirleriyle bağlantılı ve iç içe geçmiştir; fakat aralarında belli nüanslar bulunmaktadır.[15]

---

[13]PELLET, s. 41.

[14] BYERS, s. 212, 220; O'CONNELL, Mary Ellen: *"Jus Cogens: International Law's Higher Ethical Norms"*, içinde **The Role of Ethics in International Law** (CHILDRESS, Donald Earl Childress ed.), Cambridge University Press, USA, 2012, s. 97- 98; VIDMAR, s. 2.
Uluslararası toplumun yapısı itibariyle, ulusal toplumlar gibi homojen bir yapısı olduğunu söylemek – kaldı ki ulusal toplumların dahi homojen olduğunu kabul etmek mümkün değildir – safdillik olacaktır. Bu nedenle uluslararası toplumun tümünü ilgilendiren kurallar ancak, insanoğlunun salt insan olması dolayısıyla sahip olması gereken koruma ve sorumluluk mekanizmalarını yansıtan çok temel kuralları muhteva etmektedir. ZEMANEK, Karl: *"How to Identify Peremptory Norms of International Law*", içinde **Common Values of International Law Essays in Honour of Christian Tomuschat** (DUPUY, Pierre-Marie, FASSBENDER, Bardo- SHAW, Malcolm- SOMMERMAN, Karl-Peter ed.), N.P. Engel Verlag, Almanya, 2006, s. 1117.

[15] Bkz. ERKİNER, Hakan Hakkı: **Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Sorumluluğu**, XII Levha, İstanbul, 2010, s. 230; ERTUĞRUL ELÇİN, Ümmühan : **Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ciddi İhlallerinden Devletin Sorumluluğu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. ..??.; KADELBACH, Stefan: *"The Identificaiton of Fundemental Norms*", içinde **The Fundemental Rules of the International Legal Order Jus Cogens and Obligations Erga Omnes** (TOMUSCHAT, Christian – THOUVENIN, Jean-Marc ed.), Martinus

Jus cogens kurallar da uluslararası hukukun bütün kuralları gibi ihlali yasak olan kurallarındandır; ancak *jus cogens* kurallar kendine has niteliği ile uluslararası hukukun diğer kurallarından ayrılmaktadır. *Erga omnes* etkiye sahip kurallar ise, aslında uluslararası toplumda, devlet iradesini merkeze alan devlet merkezci yaklaşımı sınırlandıran kurallardan birini teşkil eder. *Erga omnes,* kuralın içeriği ile ilgili olmayıp, sorumluluk mekanizmasının işletilmesi ile alakalıdır.[16] Bu bakımdan da, *erga omnes* yükümlülüğü ihlal eden devletin uluslararası sorumluluğunun ileri sürülmesi, sadece zarar gören devlet değil, uluslararası toplumun tümünü oluşturan bütün devletler bakımından mümkündür.[17] *Erga omnes* yükümlülükler, uluslararası toplumun tümünü ilgilendiren ve uyması gereken yükümlükler olsa da uluslararası hukukun diğer kaynakları ve dolayısıyla öngördüğü diğer yükümlükler üzerinde üstün bir etkiye sahip (*superior)* değildir. Başka bir ifadeyle, *erga omnes* yükümlülükler, *jus cogens* kuralları da içerir; ancak bunun tersi mümkün değildir.[18]

Bunun yanında *jus cogens* - emredici kural - kavramları arasındaki ilişkiye de açıklık getirilmesi gerekmektedir. Gerek İngilizce literatürde gerek Türkçe literatürde emredici hukuk kuralları (peremptory norms) ile *jus cogens* kurallar kavramlarının aynı anlama gelecek şekilde kullanıldığı görülmektedir.[19] Emredici

---

Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2006, s. 25 – 28;; UZUN, Elif: **Milletlerararası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu**, Beta, İstanbul, 2007, s. 107.

[16] UZUN, s. 108.

[17] ERKİNER, s. 239; UZUN, s. 106.

[18] COFFMAN, Peter: "*Obligations Erga Omnes and the Absent Third State",* German Yearbook of International Law, Vol. 39, 1996, s. 297 – 298; GAJA, Giorgo: *"Obligations Erga Omnes, International Crimes and Jus Cogens: A Tentative Analsis of Three Related Concepts",* içinde **International Crimes of States: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility** (WEILER, Joseph – CASSESE, Antonio - SPINEDI, Marina ed.), Walter de Gruyter, Berlin, 1988, s. 151, PAULUS, Andreas: "*Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation An Attempt at a Re-appraisal",* Nordic Journal of International Law, Vol. 74, 2005, s. 317; TAMS, Christian: **Enforcing Obligations *Erga Omnes* in International Law**, Oxford University Press, The UK, 2005, s. 117 - 188; UZUN, s. 107; VIDMAR, s. 17.

[19] Örneğin *Orakhelashvili'nin* 2006 yılında yayınlanan kitabında *jus cogens* kurallar, "peremptory norms" yani emredici kurallar olarak adlandırılmaktadır.

kurallar herkesin uymakla yükümlü olduğu, söz konusu kuralların sağladığı haklardan yararlanırken başka devletlere müdahale etmeme yükümlülüğü getiren kurallardır. Emredicilik niteliğine haiz kurallar arasında öyle bir yere sahiptir ki, kimsenin varlığına dahi karşı çıkması mümkün değildir.[20] İkinci kategori ise, *jus cogens* kurallar olarak karşımıza çıkmaktadır. [21] *Jus cogens* kurallar, nitelikleri ve hukuki etkileri bakımından ihlal edilmesi mutlak olarak yasaklanan kurallardır.[22]

Emredici hukuk kuralları genel olarak, hukuken diğer kurallara üstün hukuk kurallarını açıklamak için kullanılan çatı bir kavramdır. Ancak 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde (VAHS) özel olarak düzenlenen *jus cogens* kuralların hukuki değeri itibariyle emredici olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle söz konusu kavramlar, aynı anlama gelecek şekilde kullanılmaya başlanılmıştır.[23] Ancak çalışmamız bakımından, uluslararası hukukun emredici karaktere haiz olması ve ayrı bir hukuk kuralı türünü ifade etmesi itibariyle, *jus cogens* kural kavramı özel olarak kullanılacaktır.

Jus cogens kurallar, tıpkı insan hakları, uluslararası sorumluluk ve uluslararası suçlar gibi, uluslararası hukukun, devletin çıkarlarının üstünde bir uluslararası ilişkiler yaklaşımının bir göstergesidir.[24] Ancak *jus cogens* kurallar devletin iradesini sınırlandırmak bakımından başka tip kurallara vücut verir.[25] *Jus*

---

[20] Nitekim uluslararası hukukun kaynakları arasında, Oscar Ödülü verilecek olsa, işbu ödüle en çok layık görülecek kural varlık amacı ve hukuki etkisi bakımından *jus cogens* kurallar olacaktır ifadesiyle *D'Amato,* kuralların uluslararası toplum bakımından önemine dikkat çekmiştir. D'AMATO, Anthony: *"It's a Bird, It's a Plane, It's Jus Cogens"*, Connecticut Journal of International Law, Vol. 6, No.1, 1990, s. 1.

[21] Von VERDROSS, Alfred: "*Forbidden Treaties in International Law",* AJIL, Vol. 31, No. 4, 1937, s. 572.

[22] MERON, Theodor: *"On a Hierarchy of Human Rights",* AJIL, Vol. 80, No. 1, 1986, s. 20.

[23] ERTUĞRUL ELÇİN, s. 90.

[24]CASSESE, Antonio: *"For an Enhanced Role of Jus Cogens"* içinde **Realising Utopia: The Future of International Law** (CASSESE, Antonio ed.), Oxford Scholarship Online, 2012, s. 4.

[25] SHAW, Malcolm N.: **International Law**, Sixth Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, s. 124.

cogens kurallara aykırılık hem uluslararası sorumluluk doğuracaktır hem de özel bir düzenleme olarak uluslararası kaynakları geçersiz kılacaktır.[26]

Jus cogens kuralların yapısı itibariyle uluslararası toplumun temel kuralları olması yanında devletlerin egemenliği üzerinde etki doğurmasının daha önemli olduğunu ifade eden yaklaşımlar mevcuttur. Buna göre, uluslararası hukukta *jus cogens* kuralların varlık sebebinin, kısmen de olsa, devletlerin iradelerinin önüne geçmek ve devlet egemenliğini sınırlandırmak olduğu ifade edilmektedir.[27] Böylelikle güçlünün iradesi karşısında zayıf da korunmuş olacaktır.[28]

Uluslararası toplum nezdinde sahip olduğu önem nedeniyle *jus cogens* kurallar, 1969 tarihli VAHS'nin hazırlanma safhasında, üzerinde en çok tartışılan düzenlemelerden biri olmuştur.[29] İşbu nedenledir ki, 1969 tarihli VAHS'de öngörülen *jus cogens* maddesi damıtılarak son şeklini almıştır.[30] *Jus cogens* kuralların varlığına ilişkin görüşleri yok saymak mümkün olmasa bile; kurallara ilişkin tartışmaların ana ekseni, kuralın tanımı ve kapsamıdır.[31]

Günümüze kadar gelinen süreçte, uluslararası hukukun kapsamında ortaya çıkan gelişmeler *jus cogens* kuralların varlığının genel olarak kabul edildiğini göstermektedir. İşbu çalışma *jus cogens* kuralların varlık sorunu ile ilgilenme

[26] SUY, Eric: "*1969 Vienna Convention Article 53 Treaties Conflicting with a Peremptory Norm of General International Law (jus cogens)*", içinde **The Vienna Convention on the Law of the Treaties A Commentary**, (CORTEN, Oliver – KLEIN, Pierre ed.), Vol II, NewYork, 2011, s. 1228 - 1229; VILLAGER, Mark E.: **Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of the Treaties**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, s. 669.
[27] TURPEL, Mary Ellen- SANDS, Philippe: *"Peremptory International Law and Sovereignity: Some Questions*", Conn. J. Int'l L., Vol. 3, 1987- 1988, s. 365.
[28] PELLET, s. 39.
[29] Bundan sonra 1969 VAHS olarak anılacaktır.
[30] ZAMANEK, , s. 1104.
[31] ANLAR GÜNEŞ, s. 128; CASSESE, s. 2; DÖRR, Oliver: *"Codifiying and Developing Meta-Rules: The ILC and the Law of Treaties",* German Yearbook of International Law, Vol. 49, 2006, s. 147.

amacında değildir. Bu nedenle, birinci bölüm bakımından amacımız *jus cogens* kuralları tanımlamak, kapsamını ve hukuki etkisini ortaya koymak olacaktır.

B. *Jus Cogens* Kuralların Tanımı ve Kaynakları

1. Jus Cogens Kuralların Tanımı

Jus cogens kurallar doktrinde, mahkeme kararlarında sık sık atıf yapılan ve devletler nezdinde genel kabul gören bir kavram olmasına rağmen, kuralların üzerinde uzlaşılmış bir tanımı bulunmamaktadır.[32] Ancak işbu kavramın, tanımlanması ve kapsamının ortaya konulması uluslararası hukuk açısından gerekli bir hususdur. Çünkü aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alacağımız üzere, ihlali ağır hukuki sonuçlara sebep olan *jus cogens* kuralların tanımlanmaması, hukuki güvensizlik yaratacak ve kural suistimale açık olacaktır.[33] Ayrıca *jus cogens* kurallar açıkça tanımlamadıkça, *jus cogens* kurallara aykırılığın hukuki etkisinin düzenlenmesinin hiçbir anlamı olmayacaktır.[34]

Doktrinde bazı yazarların, gerek 1969 tarihli VAHS'deki ilgili düzenlemeden gerek Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (UHK) beyanlarından yola çıkarak *jus*

---

[32] SAUL, Matthew: "*Identifying Jus Cogens Norms: The Interaction of Scholars and International Judges*", Asian Journal of International Law, Vol.1, 2014, s. 1, 27; YARWOOD, Lisa: "*Jus cogens: Usefull Tool or Passing Fancy? A Modets Attempt at Definition",* Bracton Law Journal, 2006, Vol. 38, s. 16.
Bunun yanı sıra bazı yazarlar, söz konusu kavramın UHK Konferansı'nda tam anlamıyla üzerinde uzlaşılan bir kavram olmadığını, devletlerin gerek Konferans'taki beyanlarının gerek uygulamalarının, *jus cogens* kuralların ne olduğu üzerine aydınlatıcı olmadığını ifade etmektedirler. Bkz. CZAPLINSKI, W - DANILENKO, G.: "*Conflicts of Norms in International Law*", Netherlands Yearbook of International Law, Vol. 21, 1990, s. 8-9.
Linderfalk'a göre, bir hukuki kavramı düzenlemek için üç model bulunmaktadır. Birinci model kavramın kendisini tanımlayarak, kavramı düzenler. İkinci model, kavramın tanımını içermeksizin, hukuki sonuçlarına yer verir. Son model ise, kavramın hem kendisini tanımlayıp hem de hukuki sonuçlarını içerir. Nitekim *jus cogens* kurallara ilişkin 1961 VAHS'nin 53. maddesi çok nadir rastlanan ikinci modele göre düzenlenmiştir. Ancak söz konusu modelin benimsenmesinin sebebi, *jus cogens* kuralları tanımlamak bakımından bir uzlaşmanın sağlanamamış olmasıdır. LINDERFALK, Ulf: "*What is So Special About Jus Cogens? – On the Difference between the Ordinary and the Peremptory International Law*", International Community Law Review, Vol. 24, 2012, s. 8-9.
[33]Bkz. Dhokalia ve Marek, 1984, s. 201'den atfen. PAULUS, s. 325.
[34] ZEMANEK, 2006, s. 1114.

cogens kurallara ilişkin bir tanım ortaya koydukları görülmektedir. Uluslararası hukuk kurallarının pek çoğu, belli özel durumlara ilişkin olup ilgili devletler üzerinde yükümlülükler öngörmektedir. Ayrıca bazı kurallar vardır ki *jus cogens* kurallar gibi, devletlerlerin doğrudan ilgili olmasının önemi olmaksızın, devletler üzerinde yükümlülük yaratırlar.[35] Buna göre *jus cogens* kurallar, modern uluslararası hukuk kavramı olarak, uluslararası toplumun kamu düzeni için gerekli ve devlet iradesiyle oluşturulan kuralları geçersiz kılma etkisi olan temel kurallar, olarak tanımlanmaktadır.[36]

Jus cogens kurallar devletler arası ilişkilerde, belli pozitif ya da negatif davranışları kayıtsız- şartsız yasaklayan en temel kurallardır.[37] *Rozakis'e* göre; hukukun öznelerini koruma saikiyle ortaya çıkan *jus cogens* kurallar, toplum için belli dönemde önem arz eden genel değer ve menfaatleri yansıtan bir sözleşmesel ilişkidir. Organize olmuş bir toplumda, *jus cogens* kuralların işlevi, toplumu ve onun kurumlarını bireysel anlaşmaların zararlı etkilerinden korumaktır.[38] *Suy'a* göre ise, *jus cogens* kurallar, kendisine uyulmaması hukuk sisteminin özünü/temelini etkileyen genel kurallar bütünüdür.[39]

Hannikainen de, normatif düzenlemelerden yola çıkarak bir kuralı *jus cogens* yapan unsurları açıklayarak tanımlama yapmaktadır. Buna göre; bir kuralın *jus cogens* olabilmesi için, o kuralın devletler topluluğunun tüm üyelerine yükümlülük getirmesi gerekmektedir. İkinci olarak o kurala aykırılık kesinlikle yasaklanmış olmalıdır. Üçüncü olarak, o normun devletler topluluğunun temel çıkarlarını

[35] GAJA, Giorgio: *"Jus Cogens Beyond the Vienna Convention*", RdC Vol. 172, 1981, s. 280.
[36] JANIS, Mark: *"The Nature of Jus Cogens"*, CONN. J. INT'L L., Vol. 3, 1987- 1988, s. 359- 363.
[37] FORD, Christopher A., "*Adjudicating Jus Cogens*", Wisconsin International Law Journal, Vol. 13, No.1, 1994 – 1995, s. 147.
[38]ROZAKIS, C.: **The Concept of Jus Cogens in The Law of Treaties,** Amsterdam, 1976, s. 1 – 2.
[39]SUY, E.: *"The Concept of Jus Cogens in Public International Law"*, içinde Lagonissi Conference on International Law, Papers and Proceedings, Vol.II, Geneva, 1967, s. 18.

koruması ve devletlerin normdan kaynaklanan yükümlülüğünün sadece tek bir devlete karşı değil, devletler topluluğunun tümüne karşı olması gerekmektedir. Devletler topluluğunun, *jus cogens* kurallara aykırı antlaşma hükümlerinin, uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının ve diğer kaynaklarının hukukiliğinin, geçerliliğinin, yürürlüğünün ve uygulanırlılığının tanınmaması da son unsur olarak ortaya konulmuştur.[40]

Yukarıdaki görüşler yanında *jus cogens* kuralların tanımının, mahkemelere bırakılması gerektiği ifade edilmektedir. İlgili görüşün gerekçesi, *jus cogens* kurallara aykırı bir işlemin geçersizliğinin tespitinin de hâlihazırda mahkemelere bırakılmış olmasıdır.[41] Ayrıca *jus cogens* kuralları tanımlamanın ve açıklamanın zor olduğu, hatta tanımlanamaz olduğu ifade edilmektedir. Buna göre, *jus cogens* kuralların tanımlanamayacağı ancak somut bir kuralın *jus cogens* kural olup olmadığının ayırt edilebileceği yaklaşımı da sergilenmektedir.[42]

Yer verilen tanımlar ve açıklamalar, *jus cogens* kuralların kavramsal önemini ortaya koyan teorik açıklamalar olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca *jus cogens* kuralın kendisini somut olarak içeren 1969 tarihli VAHS'nin 53. maddesinin de ele alınması gerekmektedir. 1969 tarihli VAHS'nin 53. maddesi uyarınca; bir andlaşmanın yapılması sırasında, uluslararası hukukun emredici bir normu ile çatışması halinde, batıl olacağı düzenlenmiştir. İşbu Sözleşme bakımından *jus cogens* kurallar, bir bütün olarak Devletler toplumunun, kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir uluslararası hukuk kuralı ile değiştirilebilecek kurallar olarak tanımlanmıştır.

[40] HANNIKAINEN, s. 29.
[41] O'CONNELL, s. 98.
[42] FORD, s. 152.

1969 tarihli VAHS'nin ortaya koyduğu düzenleme bakımından *jus cogens* kuralların tanımı ile ilgili tartışmalara cevap vermediği ve oldukça eleştirildiği görülmektedir.[43] Ancak 1969 tarihli VAHS 53. maddede yer alan düzenlemeyi sadece, uluslararası hukukun kaynaklarını ortaya koyan UAD Statüsü'nün 38. maddesi gibi, uluslararası hukukun başka bir kaynağının varlığına işaret eden bir madde olarak kabul etmek gerekir.[44]

Sonuç olarak, her ne kadar resmi bir tanımı yapılamamış olsa da doktrin, mahkeme kararları ve devletlerin beyanları uyarınca, *jus cogens* kuralları uluslararası toplumun düzenini ilgilendiren, ihlali mutlak yasak olan ve ihlali halinde kendisine aykırı hukuki işlemi batıl kılan kurallar olarak tanımlamak yanlış olmayacaktır.

2. *Jus Cogens* Kuralların Kaynakları

a. Maddi Kaynakları

Jus cogens kuralların maddi kaynaklarına ilişkin yaklaşımları ele alırken ikili bir ayrım yapmak gerekmektedir. Buna göre; yazarların bazıları *jus cogens* kuralları iç hukuktaki emredici kuralların maddi kaynakları ile açıklamakta ve ilgili kavramı uluslararası hukuk düzenine aktarmaktadır. Ancak bu yaklaşıma karşı çıkan ve *jus cogens* kuralların uluslararası hukuka özgü bir kavram olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır.

Jus cogens kuralların maddi kaynağını uluslararası hukuka özgü hukuk düzeni ile açıklayan yazarların da, *jus cogens* kuralların maddi kaynağına ilişkin yaklaşımları çeşitlilik göstermektedir. Söz konusu yaklaşımlar içinde doğal hukuk teorisi, positivizm ve kamu düzeni teorisi *jus cogens* kuralların maddi kaynağına

[43] PAULUS, s. 301.
[44] SAUL, s. 4.

ilişkin tartışmaların temel eksenini oluşturmaktadır.[45] Aşağıda ayrıntılı ele alacağımız üzere pozitivist yaklaşımı benimseyen yazarlardan bazıları *jus cogens* kuralların varlığını reddederken; bazı yazarlar ise, *jus cogens'in* kaynağını uluslararası örf ve adet hukuku kurallarına dayandırmaktadır.

Öncelikle *jus cogens* kuralların bir anlam ifade etmediği ve tamamen reddedilmesi gerektiği[46]; *jus cogens* kuralların ulaşılmak istenen bir hedef olduğu ancak temelinin olmadığı[47]; *jus cogens* kuralların salt birincil kurallardan ibaret olduğunu ifade eden yaklaşımlara rastlamak mümkündür. *Jus cogens* kuralların varlığını reddeden yazarlar, uluslararası hukukun tümüyle devlet iradesine bağlı ve uluslararası hukukun uluslararası antlaşmalardan ibaret olduğunu savunmaktadırlar.[48] Ayrıca uluslararası hukukta yaptırım mekanizması olmadığı için, *jus cogens* kurallar gibi hukuki etkisi bulunan emredici nitelikte kuralların olamayacağı ileri sürülmektedir.[49]

Söz konusu yazarlar arasında ön plana çıkan *Schwarzerberger, jus cogens* kuralların varlığını tamamen reddetmekte, kuralların ancak devletlerin iradesiyle ve antlaşma yoluyla yaratılabileceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla *jus cogens* kuralları pozitif hukuk dışında açıklayan değer yaklaşımını reddetmektedir.[50] *Charles*

---

[45] PAULUS, s. 300.
[46] D'AMATO, A.: , s. 1; LINDERFALK, Ulf: *"The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences?",* EJIL, Vol. 18, 2005, s. 853.
[47] CHARLESWORTH, Hilary – CHINKIN, Christine: *"The Gender of Jus Cogens",* Human Rights Querterly, Vol. 15, No. 1, 1993, s. 63; CZAPLINSKI, W. – DANILENKO, G.: "*Concepts of Jus Cogens and Obligations Erga Omnes in International Law in the Light of Recent Developments*", Polish Yearbook of International Law, Vol. 23, 1997–1998, s. 87.
[48] Von VERDROSS, s. 572.
[49] SIVAKUMARAN, Sandesh: *"Impact on the Structure of Treaty Obligations"*, içinde **The Impact of Human Rights Law on General International Law** (SCHEININ, M. – KAMMINGA, M. ed.), Oxford University Press, 2009, s. 133, 149.
[50] ALEXIDEZE, L.A: *"Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law*", RdC, Vol. 172, 1981, 1981, s. 244. *Schwerzenberger* dışında *Gugenheim* ve *Weil* de jus cogens'in varlığını reddeden yazarlar olarak karşımıza çıkmaktadır. ORAKHELASHVILI, Alexander: **Peremptory Norms in International Law**, Oxford University Press, UK, 2006, s. 34- 35'ten atfen.

Rousseau'ya göre de, bireyci uluslararası hukuk yapısı içerisinde kamu düzeni ilkesi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, *Rousseau* da *jus cogens* kuralların varlığını kabul etmemektedir. Aynı şekilde *Morelli* de *jus cogens* kuralları reddeden bir yaklaşım sergilemekte ve uluslararası hukuk kurallarının ortaya çıkışını düzenleyen kuralların, devlet iradesini sınırlayan bir niteliğe sahip olamayacağını ifade etmektedir.[51]

Gugenheim, uluslararası kamu düzeninin temel değerlerine aykırı antlaşmaların batıl olmasına yol açan bir kurumun varlığını reddetmektedir.[52] Aynı şekilde *Stucki* de pozitivist bir yaklaşım ile *jus cogens* kuralların varlığı konusunda oldukça eleştirel yaklaşmaktadır.[53] *Murty'e* göre de, hiçbir hukuk sisteminin, sistemi altüst eden bir intihar politikası kabul etmesi mümkün değildir. *Hyde* ise, teoride uluslararası toplumun çıkarlarına aykırı olan antlaşmaların hiçbir hukuki etkisi olmaması gerektiğini, ancak devlet uygulamalarının böyle nitelendirilebilecek antlaşmaları test edecek bir kural geliştirmediğini savunmuştur.[54]

Jus cogens kuralların varlığını kabul eden yazarlar, iç hukuk - uluslararası hukuk ilişkisi bakımından, *jus cogens* kuralların kaynağını tarihsel olarak Roma Hukuku'na dayandırmaktadırlar. Buna göre, özellikle de sözleşme hukukuna hakim olan *jus publicum privatorum pactis mutari non potest* ilkesi, *jus cogens* kuralların kaynağını oluşturmaktadır. Dolayısıyla, ilgili ilke uyarınca kamu düzeninin özel

---

Yine aynı şekilde antlaşmaların geçerliliği meselesinde, uluslararası hukuk süjelerine ahlaki değerlerin dayatılamayacağı savunulmaktadır. WHITEMAN, M.: *"Jus Cogens in International Law, With a Projected List*", Ga. J. Int'l & Comp. L., Vol. 7, 1977, s. 615, dn. 25'ten atfen.

[51] Von VERDROSS, Alfred: *"Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law",* Am. J. Int'l L., Vol. 60, 1966, s. 56, dn. 13'ten atfen.

[52] VEDROSS, 1966, s. 56, dn. 15'ten atfen.

[53] HANNIKAINEN, s. 197.

[54] HANNIKAINEN, s. 155- 156.

hukuk kişilerinin yaptıkları anlaşmalarla değiştirilmesi ya da bozulması mümkün değildir.[55]

Uluslararası hukukta *jus cogens* kurallar, ilk bakışta özel hukuk kişilerinin anlaşma yapma iradesini etkileyen ve kamu düzenine aykırı sözleşmelerin batıl olduğunu düzenleyen emredici hukuk kurallarına benzerlik göstermektedir.[56] Nitekim *Wilhelm Heffer*, iç hukuktaki benzer kavramlardan anoloji yapmak suretiyle uluslararası hukukta emredici niteliğe haiz kuralları açıklama yoluna gitmiştir. Buna göre; antlaşmalarla ilgili olarak, antlaşmaların belli bir sınırı olması gerektiğini ileri sürmüştür. *Heffer,* antlaşma yapmanın sınırı ile ilgili olarak köleliği gösterirken, *Caspar Bluntschli* listeyi genişleterek dini inançlarından dolayı kişilerin idam edilmesini eklemiştir. Söz konusu dönemde yazarlar devletlerin antlaşma yapma özgürlüğünü tümüyle kabul etmemiş ve medeni devletler tarafından kabul edilen temel uluslararası hukuk ilkelerine ve diğer mutlak surette önemli kurallarına emredici nitelik atfetmişlerdir. Hatta ahlaki kategoriler oluşturmuşlardır.[57] Nitekim söz konusu analoji *Lauterpacht, McNair ve Mosler* tarafından da, uluslararası hukukta *jus cogens* kuralların varlığını açıklamak için kullanılmıştır.[58]

Söz konusu ilke, özel hukukta sözleşmenin butlan sebepleri olarak gösterilmektedir. Kamu düzenine aykırılık iç hukuk düzenlerinde butlan sebepleri olarak da gösterilmektedir. Nitekim İngiliz Hukuku'ndaki yansıması "*contra bono*

---

[55] Ayrıntılı bilgi için bkz. ALEXIDZE, s. 233 – 242.
Her ne kadar *jus cogens* kuralların kaynağı için Roma Hukuku'na atıf yapılsa da, Roma Hukuku'nda kullanılan bir kavram değildir. FORD, s. 154; SCHWELB, Egon: *"Some Aspects of International Jus Cogens As Formulated by the International Law Commission"*, Am. J. Int'l L., Vol. 61, 1967, s. 948.
[56] SZTUCKI, Jerzy: **Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of the Treaties A Critical Appraisal**, Springer-Verlag, NewYork, 1974, s. 6-7.
[57] Söz konusu yazarlara *Martins, Liszt, Rivier, Nys, Halls, Hefter, Philipmore, Oppenheim, Fiore* örnek gösterilebilir. Örnekler için bkz. ALEXIDZE, s. 229.
[58] CHRISTENSON, Gordon A. : *"Jus Cogens: Guardian Interests Fundemental to International Society",* Va. J. Int'l L., Vol. 28,1988, s. 598.

mores"[59], Fransız Hukuku'nda "*ordere public"*[60], Alman Hukuku'nda da "*öffenlische order"*[61], ve Türk Hukuku'nda kamu düzeni olarak sözleşme yapma özgürlüğünü etkileyen unsurlar olarak karşımıza çıkmaktadır.[62]

İç hukuk ile uluslararası hukuk *jus cogens* kuralları bakımından yapılan bir diğer analojide ise, anayasal kurallara atıf yapılmaktadır. Söz konusu analoji uyarınca, tıpkı iç hukuktaki anayasal düzen gibi, uluslararası hukuk düzeni de, uluslararası toplumun değerlerini koruyan ve hiyerarşik olarak üstün kuralları muhteva eden bir hukuk düzenidir.[63]

Jus cogens kuralları iç hukuktan yola çıkarak açıklayan yaklaşımları reddedip, salt uluslararası hukuk sisteminin özelliklerine göre açıklayan yaklaşımların temel argümanı, iç hukuktaki kamu düzeni rejimi ile uluslararası hukuktaki kamu düzeni rejiminin birbirinden ayrı olmasıdır. İşbu durumda da, iç hukuk kurallarının emredici hukuk kurallarının niteliği ve etkisi ile, uluslararası hukuk düzeninin emredici kurallarının niteliği ve hukuki etkisi farklılık göstermektedir.[64]

Christenson, jus cogens kuralları açıklamak adına iç hukuka yapılan göndermenin yetersiz olduğunu şu noktalarda savunmaktadır. Öncelikle iç

---

[59]Bkz. http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/contra+bonos+mores, et. 26.09.2016.
[60] Ayrıntılı bilgi için bkz. TALLON, Denis: "*Contract Law",* içinde **Introduction to French Law** (BERMANN, George A. – PICARD, Etienne ed.), Kluwer International Law, The Netherlands, 2008, s. 205 – 236.
[61] ZUMBANSEN, Peer: *"The Law of Contracts*", içinde **Introduction to German Law** (REIMANN, Mathias – ZEKOLL, Joachim), Second Edition, Kluwer Law International, The Netherlands, 2005, s. 179 – 204.
[62] Türk Borçlar Kanunu'nun 27/I Maddesi uyarınca; "kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür."düzenlemesiyle Sözleşme yapma özgürlüğü hem emredici kurallar hem de kamu düzeni bakımından sınırlandırılmıştır.
[63] Bkz. BYERS, s. 212; RUBIN, Alfred P.: "*Actio Popularis, Jus Cogens and Erga Omnes"*, New England Law Review, Vol. 35, Iss. 2, s. 272.
[64] CHRISTENSON, s. 598.

hukuktaki kamu düzeni anlayışı bireylerin sözleşme yapma iradesi üzerinde bir monopol işlevi görmekte ve kamu düzenine aykırı özel hukuk işlemlerini mutlak olarak yasaklamaktadır. Ancak uluslararası hukuk bakımından devletler eliyle yaratılan kurallar üzerinde, diğer devletlerin dayanışmasıyla oluşan uluslararası kamu monopolisi etkindir. İkinci olarak egemen devletler özel kişilerin sözleşme yapma özgürlüğünü ve çıkarlarını etkileyecek niteliğe haiz kamu düzeni kurallarını kendileri belirlerler. Ancak uluslararası toplumda, devletlerin iradelerini etkileyecek nitelikte kuralların oluşması ancak bireylerin, devlet görevlilerinden oluşan ve devletin bağışıklıklarını etkileyen kozmopolit bir düzenin ürünüdür. Son olarak sadece yasama yetkisini elinde tutan güçlü bir topluluk, yürütmenin her türlü politik iradesini engelleyebilir. Ancak uluslararası toplumda merkezi bir mekanizmadan ziyade, karşılıklı yaptırımlar mekanizması işlediği için, iç hukuk uluslararası hukuk analojisi *jus cogens* kuralları açıklamak bakımından yetersiz kalmaktadır.[65]

Jus cogens kuralların maddi kaynağına ilişkin ikinci ayrımda, tartışmalar uluslararası hukuka ilişkin yaklaşımlardan etkilenmek suretiyle şekillenmektedir. Uluslararası hukukun kaynağına ilişkin temel yaklaşımlardan doğal hukuk, hukuki pozitivizm ve kamu düzeni teorisi, *jus cogens* kuralların kaynağını açıklamak adına ortaya atılan teoriler olarak varlık göstermektedir.

Öncelikle *jus cogens* kuralların kaynağını, insanoğlunun, uluslararası toplumun ihtiyaçları gibi bazı doğal hukuk değerlerine atıf yaparak açıklayan doğal hukuk teorisi karşımıza çıkmaktadır.[66] Her ne kadar *jus cogens* kural kavramının günümüze ait bir kavram olduğu, özellikle de II. Dünya Savaşı'ndan sonra ortaya

[65] CHRISTENSON, s. 598 - 600.
[66] SAUL, s. 6.

çıktığı ifade edilse de[67]; *jus cogens* kuralların aslında yüzyıllardır, uluslararası hukukun parçası olduğu savunulmaktadır. Bu durumu açıklamak için yazarlar, *Grotuis'a* ve *Vattel'e* atıf yaparak, söz konusu kuralın izlerinin *Grotiou*s tarafından *De Jure Belli et Pacis'te* yapılan *jus strictium* and *jus dispositivum* ayrımında; *Vattel'in* ise *Le Droit des Gens* ederinde yaptığı *le droit natural, le droit necessaire* ve *le droit voluntaire* ayrımında yattığını belirtmektedirler.[68]

Şöyle ki *Grotious, jus strictum'un* irade açıklaması olmaksızın devletler üzerinde bağlayıcı olduğunu ifade etmektedir.[69] *Vitoria, Suarez, Balhazar, Gentili* gibi yazarların da doğal hukuku, pozitif hukuka üstün tutmaları, bir emredici hukuk fikrinin daha o zamanlarda tartışıldığı yorumuna neden olmaktadır. Aynı şekilde *Vattel'in* gerekli uluslararası hukukunun (necessary law of nations) sarsılmaz ve içerdiği yükümlülüklerin zaruri ve imtina edilemez olması dolayısıyla, *jus cogens* kural fikrinin aslında *Vattel'de* de olduğu savunulmaktadır. Şöyle ki *Vattel'in* öngördüğü hukuk düzeninde uluslar, söz konusu hukuku anlaşma yoluyla değiştiremez ve yükümlülüklerinden tek ya da çok taraflı işlemlerle vazgeçemezler.[70]

Günümüzde ise, *jus cogens* kurallar doğal hukukun modern ve seküler reankarnasyonu olarak ifade edilmektedir. Özellikle de, devletlerin rızasına dayalı bir pozitivist anlayışı karşısında *jus cogens* kuralları açıklamanın mümkün olmadığı ileri sürülmektedir. Pozitivist yaklaşımın *jus cogens* kuralların varlığını açıklayamaması karşısında doktrinde, *jus cogens* kuralları doğal hukuk öğretisinde aramaya ilişkin

[67] FORD, s. 154.
[68] BYERS, s. 213.
[69] CRIDDLE, Evan J. - FOX-DECENT, Evan: *"A Fiduciary Theroy of Jus Cogens"*, The Yale Journal of International Law, Vol. 34, 2009, s. 334.
[70] ALEXIDZE, s. 228- 229; Von VERDROSS, s. 56.

yaygın bir anlayış vardır.[71] Böylelikle *jus cogens* kural kavramının kabulü, pozitivizmin reddedilmesi hareketi olup, işbu hareket kendisine aykırı sıradan faaliyetlerin ve hukuk kurallarının yargılandığı yüksek ahlaki bir düzen fikrine vücut vermektedir.[72] Örneğin *Louis Henkin* ve *Louis Sohn* gibi insan hakları teorisyenleri, kölelik ve saldırganlık yasağı gibi *jus cogens* kuralların emredici karakterini, devletlerin *opinio juris'inden* ziyade kendi içsel mantığından ve ahlaki boyutundan aldığını ileri sürmektedirler.[73]

Jus cogens kurallara ilişkin doğal hukuk yaklaşımı özellikle I. Dünya Savaşı'ndan önce kullanılmış bir argümandır. İşbu dönemde *Phillimore, Martens, Heffter, Strisower and Kohler*, gibi yazarlar, doğal hukuk argümanları kullanmak suretiyle gayri ahlaki antlaşmaların yasak olduğunu ileri sürmüşlerdir. Yine aynı şekilde *Jellinek* ve *Oppenheim,* geçmişte pek çok antlaşmanın taraflarına gayri ahlaki yükümlülükler getirdiği ve uygulandığını, ancak bu durumun aslında ilgili antlaşmanın taraflar nezdinde bağlayıcı olmadığı gerçeğini değiştirmediğini ifade etmişlerdir.[74] *Oppenheim*, uluslararası hukukta tanınan evrensel ilkelere işaret ederek, söz konusu ilkelerin kendisiyle çatışan antlaşmaları zaten iptal ettiğini ve söz konusu ilkelerin emredici karakterinin uluslararası örf ve adet hukuku tarafından tanındığını savunmaktadır.[75]

[71] ORAKHELASHVILI, s. 36.
[72] CRIDDLE, – FOX-DECENT s. 343; FORD, s. 149; PELLET, s. 39.
O'Connell, pozitivismin reddedilmesini hareketini plus-positivism olarak tanımlayarak, işbu kavramı kaynağını positivismin ötesine geçerek doğal hukukta bulan maddi hukuk kuralları bakımından kullanmaktadır. Söz konusu husus uluslararası hukukta hakim olan anlayıştır. Yani kaynağını pozitif hukukla açıklayamadığımız kuralları, doğal hukukla açıklama yaklaşımını göstermektedir. O'CONNELL, s. 83.
[73] CRIDDLE, – FOX-DECENT: s. 343.
[74] HANNIKAINEN, s. 45.
[75] BYERS, s. 213.

Sonuç olarak; doğal hukuk yaklaşımı uyarınca, herhangi bir antlaşma, bir ahlaki kurala ya da ilkeye aykırı ise, söz konusu antlaşma batıl olmalıdır.[76] Doğal hukuk savunucuları, *jus cogens* kuralları kamu düzeni ve iyi ahlak ile açıklamakta, hukukun süjelerinin iradelerinin üstüne yerleştirmektedirler. Onlara göre, uluslararası *jus cogens* kurallar, insanoğluna özgü belli bir ahlaki- etik emirlerdir. Devletler topluluğunda, devletlerin iradelerine bakılmaksızın ya da herhangi bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı veya antlaşmaya dönüşmeksizin, devletler nezdinde bağlayıcıdır.[77]

Doğal hukuk yazarlarının, *jus cogens* kuralları nasıl açıkladığını anlamak oldukça zordur. Çünkü doğal hukuk yazarları, içinde bulunduğumuz seküler çağda hukukun kaynağını ve işlevini açıklamaktan uzaklaşmışlar, doğal hukuk teorisi neredeyse yok olma aşamasına gelmiştir. Ayrıca günümüz doğal hukuk teorisi, yazarların, hâkimlerin ve devlet ajanlarının subjektif yaklaşımlarından muzdariptir.[78]

Bu nedenle doğal hukuk yaklaşımı yanında, pozitivist yaklaşım da ortaya çıkmıştır. Nitekim uluslararası mahkemelerin ve yazarların çoğu yarım yüzyıl boyunca *jus cogens* kurallara ilişkin diğer teorileri destekleyerek, doğal hukuk teorisinden kaçınmışlardır.[79]

Kavramsal olarak, uluslararası toplumun çıkarları için önem arz eden *jus cogens* kurallar, kendisine aykırı sıradan devlet-yapımı uluslararası kuralları geçersiz hale getirmektedir. Söz konusu kurallar da uluslararası toplumun en temel değerlerini

[76] BANKAS, Ernest: **The State Immunity Controversy in International Law**, Springer, Heidelberg, 2005, s. 266.
[77] Söz konusu görüşü Vedrooss ve Quadri savunmaktadır. bkz. ALEXIDZE, s. 243; DUBOIS, Dan: *"The Authority of Peremptory Norms in International Law: State Consent or Natural Law?",* Nordic Journal of International Law, Vol. 78, 2009, s. 148 – 166.
[78] O'CONNELL, s. 87.
[79] CRIDDLE - DECENT, s. 343; O'CONNEL, s. 78.

yansıtan ve devlet merkezli pozitif hukuk yapma mekanizması üzerinde yazısız anayasal bir sembol olarak karşımıza çıkmaktadır. *Jus cogens* kurallar kamu düzeninin sağlanması noktasında belli bir umudu sembolize etmektedir ve normatif bir mittir.[80]

Pozitivist teorinin temel yaklaşımı uyarınca *jus cogens* kurallar, uluslararası örf ve adet hukuku kuralları gibi varsayılarak, emredicilik karakterinin devlet uygulamaları ve *opinio juris* neticesinde oluştuğu ileri sürülmektedir.[81] Pek çok pozitivist yazarın da benimsediği üzere, *jus cogens* kuralların uluslararası yükümlülük olarak dikkate alınması için, emredici karakterinin devletler tarafından kabul edilmiş olması gerekmektedir. Pozitivist yaklaşım, doğal hukuk yaklaşımını da eleştirmekte, bu hukuk görüşünün hukuk ve ahlakı yapay olarak birleştirdiğini, dar görüşlü ve göreceli ahlaki normlar ile hak ve yükümlülüğe ilişkin objektif ilkeleri birbirine karıştırdığı eleştirisinde bulunmaktadır.[82]

Positivist yaklaşımın bir diğer yansıması da, *jus cogens* kuralların kavram olarak varlığının 1969 tarihli VAHS öncesine dayandırılmasıdır. Buna göre, *jus cogens* kural kavramı uluslararası örf ve adet hukuku kuralı olarak uluslararası hukukta 1969 VAHS'nin akdedilmesinden önce zaten vardır ve Sözleşme ile kodifiye edilmiştir.[83]

Özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonraki 1945- 1969 yılları arasındaki dönemde, *jus cogens* kurallar hakkında yazılanlarda gözle görülür bir artış olmuş ve bu yazılar pozitivist yaklaşımla kaleme alınmıştır. Örneğin *Hans Kelsen,* II. Dünya Savaşı sonrası yazılarında, hiçbir antlaşma ile değiştirilemeyecek ve *jus cogen*s kural

[80] CHRISTENSON, s. 589 -590.
[81] CRIDDLE, – FOX-DECENT, s. 339.
[82] CRIDDLE, – FOX-DECENT, s. 342 - 343.
[83] SUY, s. 1125.

niteliğe haiz uluslararası hukuk kurallarının varlığını ileri sürmüştür. *Kelsen* söz konusu nitelemeyi yaparken, iç hukukta özel hukuk iradesinin üzerinde etkiye sahip olan kamu hukuku düzenine atıf yapmıştır. Ancak *Kelsen,* somut olarak bir tanım vermemiş ya da söz konusu kuraların kökenine ilişkin bir yorumda bulunmamış, sadece işbu nitelikteki kuralların uluslararası toplumda da hukuken var olabileceğini ifade etmiştir.[84]

Jus cogens kurallara ilişkin doğal hukuk yaklaşımı ve pozitivist yaklaşım, devletlerin rızası olmaksızın ve devlet egemenliği kavramının içini boşaltmaksızın, *jus cogens* kuralların devlet faaliyetlerini nasıl sınırladığını açıklamaktan uzaktır.[85] Çünkü *jus cogens* kuralları açıklamak için doğal hukuk teorisi subjektif kriterler kullanmakta; positivist teori ise, devlet iradesinin *jus cogens* kuralların varlığı için "*sine qua non"* olduğunu savunmaktadır.[86] Örneğin *Gaja*, devletlerin tümünün 1969 tarihli VAHS'nin 53. maddesininde yer alan *jus cogens* kuralların, devletlerin kabul ettiği antlaşmaları geçersiz kılabileceği hususunun devletler tarafından oybirliği ile kabul edilmesi hususunda ikna olmadığını belirtmektedir. Bu belirsizliklere rağmen, *jus cogens* kuralların varlığını reddedecek kadar ileri gitmemektedir. [87]

Söz konusu açıklamaların yetersiz kalması neticesinde, *jus cogens* kuralların maddi kaynağını açıklamak amacıyla kamu düzeni teorisi geliştirilmiştir. Kamu düzeni teorisi uyarınca uluslararası hukuk, hiyerarşik olarak antlaşmalar hukuku ile uluslararası örf ve adet hukukundan üstün belli emredici kurallar tanıyarak, uluslararası toplumunun tümününün menfaatini ve parçalanma tehlikesine karşı

[84] KELSEN, Hans: *"Limitations on the Functions of the United Nations",* YALE L. J., Vol. 55, 1946, s. 1007.
[85] D'AMATO, Anthony: *"Human Rights as Part of Customary International Law: A Plea for Change of Paradigms"*, GA. J. INT& COMP. L., Vol. 25., 1994, 95- 96.
[86] O'CONNELL, s. 98.
[87] GAJA, 1981, s. 271 – 316.

uluslararası hukukun temel değerlerini korumayı amaçlamaktadır.[88] İlgili teoriye göre, tüm emredici hukuk kuralları iki fonksiyon ifa etmektedir. Birincisi, devletlerin devletler topluluğu olarak barış içinde birarada yaşaması, ikincisi ise, uluslararası sistemin temel yükümlülüklerine itibar edilmesinin sağlanmasıdır.[89]

Uluslararası kamu düzeni, uluslararası kamu hukuku tarafından yönetilmekte ve uluslararası toplumu yaratan politik birimlerin birbirleriyle bir arada varlıklarını sürdürebilmeleri için zaruri olan uluslararası hukukunun genel ilkeleri ile devletlerin temel hak ve yükümlülüklerini ortaya koymaktadır.[90] Her toplum kendi ülke sınırları içinde nasıl kamu düzenine sahipse, aynı şekilde özellikle egemen devletlerin/ uluslararası hukukun sujelerinin oluşturduğu uluslararası toplum da ayrı bir uluslararası kamu düzenine sahiptir. Uluslararası kamu düzeni, egemen devletlerin birlikte yaşamalarını sağlayan emredici kurallar bütünüdür.[91] Söz konusu kuralların gelişimi, uluslararası toplumun tümümün üzerinde anlaşması sonucunda, uluslararası kamu düzeni ile paralel ilerleyecektir.[92]

Jus cogens kurallar, uluslararası kamu düzeni için temel, üstün ve ahlaki kuralları ifade etmektedir.[93] Uluslararası *jus cogens* kurallar ile uluslararası kamu düzeni yakın anlamlı kavramlardır ve işbu iki kavramın birbiriyle etkileşimi, uluslararası hukukta uluslararası aktörlerin kendi iradeleri ile değiştiremeyecekleri

[88] KASTO, Jalil: **Jus Cogens and Humanitarian Law**, International Law Series 2, Kingston, 1994, s. 35.
[89] CRIDDLE – FOX - DECENT, s. 344.
[90] ORAKHELASHVILI, s. 28, dn. 128.
[91] TEZCAN, Durmuş: "*Arkeolojik Kültür Varlıklarının Korunması ve Milletlerarası Ceza Hukuku"*, Cilt.51, Sayı.1, AUSBFD, Prof.Dr. Oral Sander'e Armağan, 1996, s. 426.
[92] SINCLAIR, J.: **Vienna Convention on the Law of Treaties**, Manchester University Press, 1973, s. 139.
[93] SHAW, s. 125; O'CONNELL, s. 97; KNUCHEL, Sevrine: *"State Immunity and the Promise of Jus Cogens*", Northwestern Journal of International Human Rights, Vol. 9, No. 2, 2011, s. 153.

kuralların evrilmesini sağlamıştır.[94] Söz konusu düzende, hukuk kişileri arasında yapılacak anlaşmalara daha üstün hukuk düzeninin temel değerlerini koruma altına alan kurallar öngörülmüş; kamu çıkarları, özel kişilerin çıkarılarına bu şekilde üstün kılınmıştır.[95] Uluslararası toplumun sahip olduğu bazı mutlak kural ve değerleri sebebiyle, *jus cogens* kurallar mutlak olarak koruma altında olup devletler tarafından antlaşma ya da tek taraflı yasama ya da yürütme faaliyetleri ile ihlali mutlak olarak yasaklanmıştır.[96]

Verdross 1937 yılında yazdığı makalesinde kamu düzenine ait ilkelere aykırı antlaşmaların hukuka aykırı ve batıl olması gerektiğini ileri sürmüştür.[97] Nitekim *Verdross'un* ortaya koyduğu emredici kurallar düşüncesinin de kaynağı, *Vattel'e* ve *Vattel'den* esinlenen Avrupalı düşünürlere dayanmaktadır. *Vattel* zamanı düşünürleri, iç hukuktaki kamu düzeni yapısından esinlenerek, sıradan uluslararası hukuk kuralları ile mutlak kuralları ayıran bir yapı kurulması gerektiği fikrini ileri sürmüşlerdir. Aynı şekilde 19. yüzyılda *Heffer, Bluntchli* gibi yazarların antlaşmaların sınırlandırılmasına ilişkin düşünceleri, bir UHK üyesi olarak *Verdross'u* etkilemiştir.[98]

Verdross, emredici kuralları/*jus cogens* kuralları ikiye ayırarak açıklamıştır. O'na göre, *jus cogens* kural niteliği gösteren en önemli birinci grup kurallar, uluslararası hukukta insancıl amaçlarla yaratılan kurallardır. Dolayısıyla üçüncü devletlerin haklarını ihlal eden her türlü antlaşma *jus cogens* kurallara aykırılık teşkil

[94] SCHWARZENBERGER, Georg: "*International Jus Cogens*?", Texas Law Review, Vol. 43, 1964 - 1965, s. 455.
[95] ORAKHELASHVILI, Alexander: *"Peremptory Norms of the International Community- A Replay to William E. Conklin*", EJIL, Vol. 22, 2012, s. 865.
[96] MERON, s. 19; FORD, s. 149. YARDWOOD, Lisa: "*Jus Cogens: Useful Tool or Passing Fancy? A modest Attempt at Definition*", Bracton Law Journal, Vol. 38, 2006, s. 21.
[97] Von VEDROSS, 1966, s. 58.
[98] TOMUSCHAT, Christian: *"The International Law of State Immunity and Its Developments by National Institutions"*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 44, 2011, s. 1128.

etmez.[99] Ayrıca BM şartı ile yürürlüğe giren kuvvet kullanma yasağına ilişkin kural da ikinci grup *jus cogens* kuralları oluşturmaktadır.[100]

Orakhelashvili'ye göre, iç hukuktaki kamu düzeni kavramı, uluslararası *jus cogens* kuralların temel karakteristiğini yansıtmaktadır. Ancak ona göre, *jus cogens* kurallar pozitivizme meydan okumamakta, pozitivist kritere bir istisna teşkil etmektedir. *Jus cogens* kurallar aslında pozitivist uluslararası örf ve adet hukukunun yapısıyla uyumludur, ancak uygulamada karşılaşmadığımız bir uluslararası örf ve adet hukuku yaratmakta, bu özelliği de *jus cogens* kuralların kamu düzeni doğasından kaynaklanmaktadır. [101]

Aynı şekilde, *O'Connell* da, *jus cogens* kuralların kamu düzeninden olduğunu savunur ve *jus cogens* kuralları açıklamak için iç hukuktaki özel hukuk rejimine atıf yapmaktadır. Buna göre, *jus cogens* kuralları, kamu düzeni kuralı olarak, ulusal anlaşmalar hukukunda olduğu gibi anlaşmaları geçersiz kılan ancak yükümlülük öngörmeyen kurallar olarak tanımlamaktadır.[102]

Orakhelashvili'nin söz konusu anaolojisi yanında, salt uluslararası kamu düzeninden bahseden yazarlara da rastlamak mümkündür. Buna göre, uluslararası kamu düzeni, uluslararası hukuktan kaynaklanmakta ve devletler arasındaki ilişkileri düzenlemektedir. Uluslararası kamu düzeni, diğer kamu düzenlerinden farklı olup karakteristiği ve faaliyet alanı uluslararası toplum tarafından belirlenmektedir.[103] Örneğin *Rolin,* gayri ahlaki olan antlaşmaların butlanı için gerekli uluslararası hukuk

[99] Von VERDROSS, 1966, s. 59.
[100] Von VERDROSS, 1966, s. 60.
[101]ORAKHELASHVILI, Alexander: "*YJIL Symposium – Observations on Fiduciary Theroy of Jus Cogens"*, erişim için bkz. http://opiniojuris.org/2009/10/19/yjil-symposium-observations-on-a-fiduciary-theory-of-jus-cogens/ et. 27.09.2016.
[102] O'CONNELL, s. 80.
[103] ORAKHELASHVILI, s. 28- 29.

standartlarını, uluslararası hukukta kamu düzeni olarak göstermektedir. Yine aynı şekilde *Jaenicke,* uluslararası kamu düzenini uluslararası hukuk sisteminin bir parçası olarak göstermekte, ulusal hukuk sistemlerinden ayırmakta ve uluslararası kamu düzeninin ulusal kamu düzeninden üstün olduğunu ifade etmektedir. O'na göre, uluslararası kamu düzeninin tesis edilmesi ancak, *jus cogens* kuralların kabul edilmesi neticesinde, özellikle hukuk-dışı antlaşmaların varlığı karşısında *jus cogens* kuralların işletilmesi ile mümkün olabilecektir.[104]

Diaconu de, *jus cogens* kuralların günümüz uluslararası hukuk sistemi içindeki varlığının tanınması gerektiği kanaatindedir. Emredici hukuk kuralları konsepti uzun bir tarihsel dönüşümün sonucudur. Günümüzde, uluslararası toplum ve uluslararası kamu düzeni için oldukça önemli ve devletlerin aykırı faaliyetlerde bulunamayacağı belli kuralların varlığı genel kabul görmektedir.[105] Ayrıca *jus cogens* kurallar uluslararası hukukta otonom bir kurum olarak oluşturulmuş; bir kavram olarak iç hukuktan aktarılmamıştır.[106] *Reiman* özellikle emredici hukuk kuralarının kaynağına dikkat çekmekte ve iç hukuk ile özel hukukla yapılan analojiyi, *jus cogens* kuralları belirsizleştirmesi dolayısıyla reddetmektedir.[107]

Nitekim kamu düzenine ilişkin yaklaşımlar UHK'ya da yansımış, konuya ilişkin erken tarihli bir raporda, emredici hukuk kurallarının sadece hukuk kuralı olmadığı aynı zamanda etik ve uluslararası kamu düzenininin bir parçası olduğu ifade edilmiştir.[108] UHK'nın devletin sorumluluğuna ilişkin taslak maddelerinde, *jus cogens* kurallara aykırılığın uluslararası toplumun bütününü ilgilendirdiği ve sadece

[104] ORAKHELASHVILI, s. 30, dn. 144'ten atfen.
[105] DIACONU, I.: **Contribution a Une Etude Sur Les Normes Imperatives en Droit International (*Jus Cogens*),** Bükreş, 1971, s. 65-66. HANNIKAINEN, s. 198, dn. 49'dan atfen.
[106] DIACONU, s. 98 – 99. HANNIKAINEN, s. 198, dn. 51'den atfen.
[107] REIMANN, **Ius Cogens im Völkerrecht**, Zurich, 1971, s. 34-38, HANNIKAINEN, s. 199, dn.55'ten atfen.
[108] FORD, s. 152; KNUCHEL, s. 153.

aykırılığı gerçekleştiren değil tüm devletler nezdinde yükümlülükler getirdiği kabul edilmiştir. Söz konusu durum da, *jus cogens* kuralların dayanağını oluşturan uluslararası toplum ve değer sisteminin, UHK tarafından kabul edildiğinin bir göstergesidir.[109]

Nitekim 1969 tarihli VAHS'nin ilk taslağının yazıldığı esnada, *jus cogens* kurala ilişkin teklif *Lauterpacht* tarafından getirilmiştir. *Lauterpacht*, uluslararası örf ve adet hukuku kuralı ile *jus cogens* kurallar arasında bir ayrım yaparak, çatışma halinde üstün gelen uluslararası hukuk ilkelerini uluslararası kamu düzeninin kurucu öğesi olarak nitelendirmiştir.[110] *Jus cogens* kurallar dünya düzeni için minimum hukuki standart olarak tasarlanmış ve uluslararası toplumun kurumsallaşmasının bir tezahürü olmuştur.[111]

Jus cogens kuralları kamu düzeni teorisi ile açıklamaya çalışan yazarlar ilave olarak, gerekliliğe atıf yaparak, uluslararası hukukun gelinen noktada sadece iradi rejime tabi olamayacağını ifade etmiştir. Buna göre, uluslararası hukukta devletler arasında karşılıklı dayanışma, mutlak riayet gerektiren kurallar muhteva eden bir uluslararası kamu düzeni gerektirir. Gereklilik teorisi, uluslararası toplum için önem arz eden yükümlülüklerin, çekimser kalan devlet üzerinde de doğmasını sağlayarak, uluslararası düzenin iradeciliğine meydan okumaktadır.[112]

Kamu düzeni teorisi de belli noktalardan eleştirilmektedir. Kamu düzeni teorisi ile birlikte *jus cogens* kurallara üstün bir değer addedilmesi, hukukiliğin önüne geçmekte ve hukukçuları *jus cogens* kuralları eleştirmekten alıkoymaktadır.

---

[109] VIDMAR, s. 24.
[110] JANIS, s. 361, dn. 10'dan atfen.
[111] ROZAKIS, s. 29.
[112] SHELTON, Dinah: *"Normative Hierarchy in International Law",* AJIL, Vol. 100, No.2, 2006, s. 317.

Aslında bu durum da *jus cogens* kuralların ne kadar belirsiz olduğunu göstermektedir.[113]

Kamu düzenine getirilen bir diğer eleştiri de, uluslararası toplumun çok kültürlü hetorojen bir yapıya sahip olmasıdır. Dolayısıyla, uluslararası toplumun tek bir ahlaki ya da uluslararası toplumu oluşturan farklı halkların benzer ahlaki değerlere sahip olduklarını söylemek mümkün gözükmemektedir. İçeriği üzerinde uzlaşma olmadan *jus cogens* kuralların varlığını kabul etmek ve uluslararası toplumun değerlerini koruduğunu varsaymak tehlikeli bir yanılsamaya vücut vermektedir.[114] Kurumsallaşmış bir dünya düzeninde, BM ve benzer diğer uluslararası örgütler, *jus cogens* kural benzeri ilkelerin ve uluslararası toplumun iradesini yansıtan kuralların oluşumunu tetiklemektedir. Ancak işbu atılımların risk taşıdığı, şöyle ki BM ya da uzmanlık örgütlerinin, ulusötesi Avrupa Birliği (AB) ve sair diğer örgütlerin, *ratione persone* ya da *ratione materiae* bakımından sınırlı olduğu ve bütüncül bir düzen öngörmelerinin mümkün olmasığı ifade edilmektedir. Dolayısıyla sadece yarı uluslararası kamu düzeni teşkil edebilirler.[115]

Uluslararası antlaşmalar da dahil olmak üzere uluslararası alanda yapılan faaliyetlerin hukuka aykırılığına ilişkin belirsizlikleri ve uyuşmazlıkları çözmek adına daha iyi bir uluslararası kamu düzeni arzu edilebilir. Nitekim bu arzu da 1969 tarihli VAHS'nin emredici kurallar kategorisine yansımış, söz konusu düzenlemeler uluslararası kamu düzeninin kusurlarını düzeltmeyi amaçlamıştır. Ancak günümüz

---

[113] HAMEED, Asif: *"Unarvelling the Mystery of Jus Cogens in International Law",* BYBIL, Vol. 84, No. I, 2014, s. 67.
Linderfalk'a göre, *jus cogens* kuralların belirsizliği, *jus cogens* kural kavramına ilişkin açıklamaları etkisiz hale getirmemektedir. Tam tersine *jus cogens* kuralların belirsizliğini savunmak, kuralları açıklamayı kolaylaştırmaktadır. LINDERFALK, Ulf: *"Normative Conflict and the Fuzzines of the International Ius Cogens Regime*, ZaöRV, Vol. 69, 2009, s. 976- 977.
[114] ZEMANEK, s. 1117.
[115] SCHWARZENBERGER, s. 476.

uluslararası kamu düzeninin kusurları, genel tarafından kabul edilen yeni bir hukuki kategorinin eksikliğinden değil; uluslararası toplumun yapısından kaynaklanmaktadır. İşbu yapı, 20. yüzyıl boyunca ilerlemesine rağmen, niteliğinde önemli bir değişiklik meydana gelmemiştir. Bütününde etkili üstün otoriteden yoksun bağımsız egemen birimlerin oluşturduğu bir toplum olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu durumun Sözleşme'de *jus cogens* kuralların düzenlenmesi suretiyle çözülmesinin mümkün olamayacağı ifade edilmektedir.[116]

Jus cogens kuralların maddi kaynaklarına ilişkin temel yaklaşımda, kurallar uluslararası kamu düzeninin tesisi için gerekli ve uluslararası toplumun tümü tarafıdan kabul edilen kurallar olarak betimlenmektedir. Ancak söz konusu kaynak sorusuna yanıt yeni soruları da doğurmaktadır. Bu kez uluslararası kamu düzeni ve uluslararası toplum gibi kavramlar sorgulanmaya başlanmakta ve söz konusu kavramların içinin boş olduğu eleştirileri yöneltilmektedir.[117]

Ancak uluslararası topluma ilişkin düzenlemelere yer veren başka antlaşmalara ve uluslararası toplumun tanımını yapan yargı kurallarına rastlamak mümkündür. Bu nedenle aslında pozitif hukukun bize *jus cogens* kurallara ilişkin aradığımız cevapları verdiği savunulmaktadır.[118]

Criddle ve Decent, halen yazarların UHK'nin 1950 ve 1960'lardaki tartışmaları yorumlamaya çalıştıklarını, ancak *jus cogens* kurallarla ilgili cevaplanması gereken iki önemli sorunun gözden kaçırıldığını ifade etmektedirler.

[116] SZTUCKI,, s. 194.
[117] Eleştiriler için bkz. CONKLIN, William: *"The Peremptory Norms of International Community",* EJIL, Vol.23, No.3, 2012, s. 848.
[118] Bkz. VILALPANDO, Santiago: "*The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests Are Protected in International Law*", EJIL, Vol.21, 2010, s. 399 – 410, 419.

Birinci soru; *jus cogens* kuralların normatif kaynağı, ikincisi ise *jus cogens* kurallarla devlet egemenliği arasındaki ilişkidir.[119]

Söz konusu yazarlar *jus cogens* kuralların kaynağını açıklamak için yukarıda yer verdiğimiz teorilerden farklı olarak "emanet teorisi"ni geliştirmişlerdir. Onlara göre, "pozitivist yaklaşım", doğal hukuk yaklaşımı ve kamu düzeni yaklaşımı, *jus cogens* kuralların kaynağını açıklamada yetersiz kalmaktadır. Özellikle, doğal hukuk yaklaşımları, *jus cogens* kurallar bakımından sürekli itiraz eden devlet sorununa yanıt verememekte ve emredici kuralları açıklamak için analitik bir kriter ortaya koymakta zorluk çekmektedirler. Kamu düzeni teorileri ise, *jus cogens* kuralları devletlerarası ilişkileri düzenleyen ve uluslararası hukukun genelini kapsayan kurallar olarak nitelendirse de, hangi kuralların öncelikli olması gerektiğine ilişkin ve devlet egemenliği ile *jus cogens* kuralları bağdaştıran bir yaklaşım sergileyememesi nedeniyle eleştirilmektedir.[120]

Yazarlar söz konusu teorilerini *Kant'ın* hak doktrinine dayandırmışlardır. Kant'ın işbu teorisine göre; ebeveynlerin kendi çocukları üzerinde, çocukların dünya vatandaşı olmaları dolayısıyla sahip oldukları insanlık hakkının özünde yer alan yedi emin yükümlülükleri vardır. Devletler ve onun kurumları, devlet otoritesiyle muhatap olan halka karşı, halkın temsilcisi olarak, halkın onuruna saygı duymak durumundadır. Devletler nezdinde ortaya çıkan söz konusu yükümlüklerden biri de *jus cogens* kurallara uygun faaliyetlerde bulunmaktır.[121]

"*Emanet teorisi*", *jus cogens* kuralları bir gereklilik olarak açıklamakta, devletin otoritesi ve işbu otoritenin halkla ilişkisinin, söz konusu amir kuralları

[119] CRIDDLE - FOX-DECENT, s. 346.
[120] CRIDDLE - FOX-DECENT, s. 332.
[121] CRIDDLE - FOX-DECENT, s. 360.

zorunlu kıldığını varsaymaktadır. Her ne kadar *jus cogens* kuralların varlığı pozitivist teoriye meydan okur gibi görünse de, *jus cogens* kurallar ile pozitif hukuk arasındaki uyumsuzluğun abartıldığı ileri sürülmektedir.[122]

Jus cogens kuralların devlet egemenliği ile ilişkisinde ise, kuralların devlet egemenliğine bir istisna değil, devlet egemenliğini pekiştiren bir niteliğe sahip olduğunu ileri sürmüşlerdir. Örneğin köle ticareti ve işkence yasağı gibi yasaklar, devlet-özne vekalet ilişkisi bakımından egemenliği pekiştirici niteliktedir. Devletler, insan onurunu koruyan temel bir kural olarak *jus cogens* kurallara itibar etmelidir. Yazarlar ileri sürdükleri işbu egemenlik vekalet modeliyle, belirsiz kamu düzeni teorisi, uluslararası oybirliği ya da normatif hiyerarşi teorisinin ötesinde daha ilerici ve savunulabilir bir teori ortaya koyduklarını ifade etmektedirler.[123]

Jus cogens kuralların maddi kaynaklarına ilişkin bir pozitif hukuk konsepti geliştirme girişimi, işbu kuralları uluslararası kamu düzeni kavramı ile ilişkilendirenlerden gelmiştir. Söz konusu yaklaşım, *jus cogens* kurallara doğaüstü unsurlar yerine, uluslararası toplumun genel ve ortak menfaatleri gibi ulvi görevler yüklemiştir. Nitekim yapılan tartışmalar da göstermiştir ki doğaüstü faktörlerin varlığı, dünyanın mevcut gerçekleri karşısında halen daha bir hayal ürünüdür.[124] Dolayısıyla *jus cogens* kuralların maddi kaynağını kamu düzeni teorisi ile açıklamak kanımızca da daha uygundur.

[122] ORAKHELASHVILI, Alexander: "*YJIL Symposium – Observations on Fiduciary Theroy of Jus Cogens"*.
[123] CRIDDLE - FOX-DECENT, s. 360.
[124] SZTUCKI, s. 63.

b. Şekli Kaynakları

Uluslararası hukuk kuralları, asli olarak uluslararası antlaşmayla, uluslararası örf ve adet hukuku kurallarıyla ve hukukun genel ilkelerinden oluşur. Söz konusu kurallar, tamamen birbirinden ayrı da olabilir iç içe de geçebilir. Başka bir deyişle, özellikle uluslararası örf ve adet hukuku kuralı daha sonra bir uluslararası antlaşma metninde yer alarak, antlaşma kuralına dönüşebileceği gibi, bir uluslararası antlaşma kuralı daha sonra uluslararası örf ve adet hukuku kuralına dönüşebilir. İşbu şekli kaynaklar, uluslararası hukukta belli bir yasama organı olmadığı için başta devletler olmak üzere uluslararası aktörlerce yaratılmakta, devletler ve uluslararası örgütler, hem kural yaratmak hem de kuralın muhatabı olmak bakımından, uluslararası hukukun sujesi ve objesi haline gelmektedirler.

Jus cogens kavramını içeren kuralın bizatihi kendisinin ise, uluslararası toplumun yasama organının yokluğu karşısında oluşturuluş biçimi ve şekli kaynaklar arasındaki yeri oldukça tartışılmaktadır. *Jus cogens* kuralları, uluslararası hukukun belli bir kaynağı ile ilişkilendirerek açıklamak, *jus cogens* kuralların varlığına ilişkin kaynaklar tezinin bir yansımasıdır.[125]

Jus cogens kuralların, şekli kaynağını açıklayan yaklaşımlardan birisi, *jus cogens* kuralın uluslararası örf ve adet hukuku kuralı olduğunu ileri sürmektedir. Ancak işbu yaklaşımda da ikili bir ayrım yapmak gerekmektedir. Bazı yazarlar, *jus cogens* kuralların 1969 tarihli VAHS'den önce de varlığını sürdüren uluslararası örf ve adet hukuku kuralı olduğunu ve VAHS ile kodifiye edildiğini iddia etmekte; bazı yazarlar ise, *jus cogens* kuralların ilk defa 1969 tarihli VAHS ile düzenlendiğini

[125] CONKLIN, s. 841.

ancak daha sonra uluslararası örf ve adet hukuku kuralına dönüştüğünü savunmaktadır.[126]

20. yüzyılın başlarında, uluslararası hukuk, pozitivizmin etkisi altında olsa bile, bazı hukukçular, uluslararası hukukta devletler tarafından dahi değiştirilemeyecek evrensel ilkelerin varlığına vurgu yapmışlardır.[127] Örneğin *Oppenheim,* oybirliği ile kabul edilen uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının, emredici hukuk kuralı niteliğine haiz olduğunu ifade etmiştir.[128] *Kelsen* de devletlerin antlaşma yapma özgürlüğünün sınırsız olduğunu belirtmiş, ancak ilgili antlaşmanın konusunun emredici değer taşıyan genel uluslararası hukuk kurallarına aykırı olamayacağı değerlendirmesini yapmıştır.[129] *Lord McNair,* bireyler ya da devletlerin oluşturduğu, anlaşma yapma özgürlüğüne sınır koymayan herhangi bir toplumu hayal etmenin mümkün olmadığını ifade etmiştir.[130]

Ancak *jus cogens* kurallara ilişkin en önemli katkının bu dönemde maddi kaynaklar bölümünde de ifade ettiğimiz üzere, *Alfred von Verdross* tarafından yapıldığı görülmektedir. *Verdross,* uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının bazılarının devletler arasındaki anlaşmalara karşı bağlayıcı etkiye sahip olduğunu belirtmiştir. *Verdross, jus cogens* kuralların uluslararası toplumun menfaatlerini koruyan minimum etik kurallar olduğunu ifade ederek, devletlerin 1969 tarihli VAHS'den önce de etik kuralları uyguladığını savunmuştur. Örneğin uluslararası

[126]CZPLINSKI- DANILENKO, s. 8 – 9; TOMUSCHAT, Christian: *"Peace Treaties and Jus Cogens*", içinde **Herausforderungen an Staat und Verfassung : Völkerrecht - Europarecht - Menschenrechte : Liber Amicorum für Torsten Stein zum 70. Geburtstag** (CALLIESS, Christian Calliess ed.), Baden, Nomos, 2015, s. 349.
[127] HALL ve OPPENHEIM'in yorumu için bkz. CRIDDLE – FOX-DECENT, s. 335, dn. 9' dan atfen.
[128] HOSSAIN, Kamrul: "*The Concept of Jus Cogens and the Obligation Under The U.N. Charter",* SCJIL, Vol. 3, 2005, s. 74.
[129] KELSEN, Hans: **Principles of International Law**, Holt Rinehart and Winston, NewYork, 1966, s. 322- 323.
[130] McNAIR, W.: **The Law of Treaties**, Clarendon Press, Oxford, 1961, s. 213- 214.

hukukta devletlerin, devletler arasında hukuk ve düzen tesis etmek, meşru müdafaa hakkı, ülkesi altında barındırdığı vatandaşların ruh ve vücut bütünlüğünü korumak, vatandaşlarını yurt dışında koruma gibi ahlaki yükümlülüklere sahip olduğunu ifade etmiştir.[131]

Jus cogens kuralın şekli kaynağına ilişkin pozitivist okul taraftarları, devletlerin kendi iradeleri ile oluşturdukları hukuk normları dışında devleri bağlayan genel prensipler olmadığını ileri sürmektedirler.[132] Pozitivist hukukçuların önde gelen temsilcilerinden olan *Schwarzenberger,* egemenlik, rıza, tanıma, iyi niyet, uluslararası sorumluluk, denizlerin serbestliği ve meşru savunma gibi konularda uluslararası örf ve adet hukuku ile antlaşmaları incelikten sonra, uluslararası hukukta *jus cogens* niteliğinde hiçbir kural olmadığını bildirmiştir.[133]

Jus cogens kuralların kaynağını, benzerlikleri dolayısıyla uluslararası örf ve adet hukuku ile açıklamak, bazı yazarlara daha cazip gelmektedir. Örneğin positivist yaklaşım içinde, *jus cogens* kuralın 1969 tarihli VAHS ile düzenlendikten sonra, uluslararası örf ve adet hukuku kuralı haline geldiği yaklaşımı oldukça yaygındır. Nitekim *Rozakis*, şimdiye kadar uluslararası hukukta kuralların *jus dispositivuma* göre şekillendiğini dolayısıyla da bir antlaşmanın geçerliliğinin tek şartının devletlerin açıkça gösterdiği rıza olduğunu ifade etmiştir. Bu bakımdan, 1969 tarihli VAHS, *jus cogens* kural kavramının pozitif hukuka taşındığı ilk metindir ve *jus*

---

[131] VERDROSS, 1937, 571.

[132] CRIDDLE – FOX-DECENT, s. 339-341; TUNKIN, s. 108.
Ayrıca *jus cogens* kurallar doğal hukuk kaynaklı olsa bile, kuralların uluslararası kişilerin irade bildirimleri sonucu pozitif hukuk kuralına dönüştüğünü belirtmekte fayda vardır. Bkz. PAZARCI, Hüseyin: "*Uluslararası Hukukta Jus Cogens Kavramı*", Prof. Dr. Bülent Nuri Esen'e Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1977, s. 371.

[133] PAZARCI, s. 370, dn. 14'ten atfen.
Görüldüğü üzere, pozitivist teori, uluslararası hukukta *jus cogens* kuralların varlığını ve kabülü gereğini açıklamakta yetersiz kalmaktadır. KARAKOÇ, İrem: *"Uluslararası Hukukta Emredici Kural Olgusuna Tarihsel Bir Yaklaşım"*, DEÜHFD, C. 8, S. 1, s. 94.

cogens kuralların uluslararası toplum tarafından tartışmasız kabul edildiğinin açık kanıtıdır. *Jus cogens* kuralların varlığını kanıtlamaya ilişkin gösterilen diğer kaynaklar, özellikle ilgili devlet uygulamaları, devletlerin *jus cogens* kuralların varlığına ilişkin *opinio juris'ini* kanıtlamaktan uzaktır.[134] Yani *Rozakis, jus cogens* kuralların uluslararası örf ve adet hukuku karakterini kabul etmekle birlikte, kaynağının pozitif hukuk olduğunu ileri sürmüştür. *Jus cogens* olarak bir uluslararası antlaşmayla düzenlenen kural, uluslararası örf ve adet kuralına dönüşmüştür. Nitekim devletlerin Viyana Konferansı'ndaki tutumları da, bunu kanıtlar niteliktedir.[135]

Rozakis dışında, *Cassese, D'Amato, Hannikainen, Paulus, Paust* gibi yazarlar da *jus cogens* kuralın uluslararası örf ve adet hukuku kuralı olarak varlığını sürdürdüğünü ve varlığının devletlerin tümü tarafından kabul edildiğine dair şüpheye yer olmadığını ifade etmişlerdir.[136] *Brownlie, Czaplinski* ve *Danilenko* da, *jus cogens* kuralların aslında soyut olmasına rağmen, *lex lata* kurallar haline geldiğini ifade etmektedirler.[137]

Linderfalk da 1969 VAHS'nin 53. maddesi *jus cogens* kuralların varlığını kanıtlar nitelikte olmayıp, kuralın asıl kaynağının uluslararası örf ve adet hukukunda aranması gerektiğini savunmaktadır.[138]

---

[134] ROZAKIS, s. 7.
[135] ROZAKIS, s. 15; SUY, 2011, s. 1226.
[136] CASSESE, s. 8; CONKLIN, s. 839; HANNIKAINEN, 1984, s. 203; PAULUS, s. 330; PAUST, Jordan: *"The Reality of Jus Cogens"*, Conn. J. Int'l L., Vol. 7, 1991- 1992, s. 82.
[137] BROWNLIE, I.: "*To What Extent the Traditional Categories of Lex Lata and Lex Ferenda Stıll Viable?",* içinde **Change and Stability in International Law-Making**, (CASSESE, A. - WEILER, J. ed.), Walter de Gruyter, Berlin, 1988, s. 110; CZAPLINSKI – DANILENKO, s. 42.
[138] LINDERFALK, Ulf: *"The Creation of Jus Cogens- Making Sense of Article 53 of the Vienna Convention"*, ZaöRV, Vol. 71, 2011, s. 374 – 378.
Ancak *Linderfalk* işbu iddiasını, uluslararası örf ve adet hukukuna olan yaklaşımı değiştirerek ve *John Finnis'in nötr teorisini* kullanarak kanıtlamaya çalışmaktadır. Söz konusu teori uyarınca *Finnis,* emredici hukuk kurallarının, onları yapan bir merci olmasa da, ortaya çıkabileceğini ileri sürmektedir.

1963 ve 1966 yıllarında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun Altıncı Komitesi'nde yapılan tartışmalarda da *jus cogens* kuralların varlığının devletler tarafından desteklendiği ya da devletlerin bu konuda sessiz kaldığı görülmektedir.[139] *Jus cogens* kurallar özellikle Sovyet Bloğu ve bağımsızlığını yeni kazanmış devletler tarafından oldukça desteklenmiştir. Destekleyen devletlerin temel argümanı, *jus cogens* kuralların uluslararası toplumun çıkarlarını koruyucu nitelikte olmasıdır.[140] Daha küçük devletler grubu ise, *jus cogens* kuralların varlığını kabul etmekle birlikte, *jus cogens* kuralların tanımının net olmadığına ilişkin tereddütlerini dile getirmişlerdir. Söz konusu devletler, bazı kuralların *jus cogens* karakter taşıdığının açık ve net olduğunu kabul etmişler; fakat *jus cogens* kuralı diğer kurallardan ayırdedebilme kriterlerinin yeterliliğini sorgulamışlardır. Nitekim *jus cogens* kuralın tanımındaki belirsizlik, kuralın uygulanmasını suistimal edebilecek niteliktedir.[141]

Batılı devletler ise, *jus cogens* kurallara daha temkinli yaklaşmış, kavramın bazı öğelerine karşı çıkmış hatta maddenin kabülüne ilişkin oylamada red oyu vermişlerdir.[142] Zira bu devletler, uluslararası hukuka aykırı antlaşmaları bertaraf edecek başka yöntemler bulunduğunu ve *jus cogens* kurallara aykırılığın gerçeklikle bir bağlantısı bulunmadığını ifade ederek, hiçbir devletin açıkça deniz haydutluğunu ya da köle ticaretini içeren bir antlaşma yapmayacağını ileri sürmüşlerdir.[143]

Buna göre devletlerin bir kuralla bağlı olma inancına ilişkin *opinio jurisin* ötesinde, uluslararası örf ve adet kuralının oluşumunda, pratik, ampirik ve hukuki yargı ayrımı yapmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. LINDERFALK, s. 363 – 370.

[139] Yearbook of the ILC 1963, Vol. II, A/CN.4/SER.A/1963/ADD.1, s. 198 – 199; Yearbook of the ILC 1966, Vol. II, A/CN.4/SER.A/1966/ADD.1, s. 76 – 77.

[140] HANNIKAINEN, 1984, s. 169; SUY, 2011, s. 1225.

[141] HANNIKAINEN, 1984, s. 171.

[142] SHELTON, s. 300.

[143] HANNIKAINEN, 1984, s. 172.

VAHS Konferansı'nda, Sözleşme'nin 53. maddesinin oylanması aşamasında on iki devlet çekimser, sekiz devlet de olumsuz oy kullanmıştır. Bu durum da devletlerin çoğu tarafından *jus cogens* kavramının uluslararası hukuk kuralı olarak benimsenmesi yolunda bir kanıt olarak değerlendirilmektedir. Bkz. PAZARCI, s. 369. Ayrıca Sözleşme'nin oylandığı Viayana Konferansı

Humphrey Waldrock 1966 yılında UHK'ya verdiği raporda, devletlerin Konferans esnasındaki beyanlarını yorumlayarak, bazı devletlerin *jus cogens* kurala ilişkin maddenin Sözleşme'ye eklenmesi konusundaki endişelerini dile getirmelerine rağmen, *jus cogens* kurala ilişkin düzenlemenin devletlerin geneli tarafından olumlu karşılandığı sonucuna varmıştır.[144] İgili durum da kaynağı 1969 tarihli VAHS'ye dayanan işbu kuralın, uluslararası örf ve adet hukuku kuralı haline geldiğini göstermektedir.[145]

1969 tarihli VAHS'nin *jus cogens* kuralı düzenleyen 53. maddesi, Viyana Konferansı'nın 20. toplantısında, 87 kabul, 8 red ve 12 çekimser oy ile kabul edilmiştir.[146] Görünen bu tabloda, *jus cogens* kurallar bakımından genel bir kabul olmasa bile, Konferans'ta *jus cogens* kurallarla ilgili şu iki husus net olarak kabul edilmiştir: 1. *Jus cogens* kuralların varlığı uluslararası toplumun tümü tarafından kabul edilmiştir ve işbu kurallara aykırılık yasaktır. 2. *Jus cogens* kural uluslararası toplumun hayati çıkarlarını korumaktadır.[147] Bazı devletlerin çekince koyması, *jus cogens* kuralın varlığını reddettikleri değil, Sözleşme ile öngörülen kriterleri

---

esnasında, devletlerin *jus cogens* kurallara ilişkin tereddütlerini dile getirmeleri, kuralların varlığını reddetme anlamına gelmediği şeklinde yorumlanmalıdır. ALEXIDZE, s. 231.
Örneğin Birleşik Krallık uluslararası hukukta deniz haydutluğu gibi bazı kuralların emredici niteliğe haiz olması gerektiğini ifade etmektedir. Avustralya ise bazı kurallara aykırılığın tolere edilmemesinin kabul edilebilir olduğunu ancak bunun radikal bir adım olmadığını ileri sürmüştür. ABD ise, *jus cogens* kuralların sadece bir tasarımdan ibaret olduğunu iddia ederek, varlığını reddetmiştir. Aynı şekilde Türkiye ve Fransa da *jus cogens* kuralların varlığını reddeden devletler arasındadır. UN Doc. A/CONF. 129/16 (Vol. I).

[144] WHITEMANN, s. 618'den atfen.

[145] Yearbook of the ILC 1966, Vol. II, A/CN.4/SER.A/1966/ADD.1.

[146] Bkz Final Act of the United Nations Conference on the Law of the Treaties, A/CONF.39/26, 26 March – 24 May 1968 and 9 April – 22 May 1969.

[147] HANNIKAINEN, 1984, s. 180.

reddettikleri anlamına gelmektedir.[148] Aslında devletlerin çoğu söz konusu kuralların varlığını ya da gerekliliğini kabul etmiştir.[149]

Bunun yanında devlet uygulamalarına pek rastlamak mümkün olmasa da *jus cogens'in* hukuki etkisine ilişkin 64. maddenin de bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı haline geldiği ve kuralın işbu durumunun bazı yargı kararlarında da teyit edildiği ifade edilmektedir.[150]

Jus cogens kuralların, kaynağının uluslararası örf ve adet hukuku kuralı olduğunu kabul eden yaygın yaklaşım dışında, hukukun genel ilkelerinin de *jus cogens* kuralın kaynağı olduğunu ifade eden yazarlara rastlamak mümkündür. Söz konusu görüşü savunan, *Reinman* ve *Von der Hyde,* hukukun genel ilkelerinin mutlak, antlaşmalar ile uluslararası örf ve adet hukukukuna üstün olduğu varsayımından hareket etmektedirler.[151]

Jus cogens kuralların ulusal hukuklardan uluslararası topluma aktarıldığı da savunulmakta olan başka bir görüştür.[152] Örneğin *Byers'e* göre, *jus cogens* kurallar, uluslararası anayasal düzenin bir parçası olan uluslararası örf ve adet hukukundan elde edilmektedir.[153] *Orakhelashvili'y*e göre de, *jus cogens* kural ilk defa 1969 tarihli

---

[148] DIACONU, s. 159.

[149] DENK, Erdem: "*Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar*", AÜSBFD, C.56, S.2, 2001, s. 48.

[150] SUY, 2011, s. 1463- 1465. Yine aynı şekilde VILLAGER de VAHS'nin 53. maddesinin de etkisiyle, yeni gelişmekte olan bir örf ve adet hukuku kuralı olduğunu ifade etmektedir. VILLAGER, s. 795.

[151] KOLB, Robert: *"The Formal Sourse of Jus Cogens in Public International Law*", ZÖR, Vol. 53, 1998, s. 81'den atfen.

[152] NIETO-NAVIA, Rafael: "*International Peremptory Norms (Jus cogens) and International Humanitarian Law"*, s. 2, metin için bkz. http://www.iccnow.org/documents/WritingColombiaEng.pdf, et. 28.09.2016; KACZOROWSKA, Alina: **Public International Law**, Fourth Edition, Routhledge, NewYork, 2010, s. 48.

[153] Ona göre, *opinio juris, jus cogens* kuralların ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır, çünkü devletler *jus cogens* kurallardan ayrılmanın ya da *jus cogens* kurallara sürekli itirazcı olmanın mümkün olmadığına inanmaktadır. BYERS, s. 213. Ayrıca bkz. HOSSAIN, s. 78 – 79; ANTON D. – MATHE, P. - MORGAN, W.: **International Law Cases and Materials**, Oxford University Press, UK, 2005, s. 233.

VAHS ile getirilen bir kavram değil, uluslararası hukukta zaten olan ve 1969 tarihli VAHS ile ilk defa kodifiye edilen bir kuraldır.[154] Nitekim kamu düzeni kavramının iç hukukta pozitif hukuk tarafından kabul edildiği gibi, *jus cogens* kuralların da uluslararası hukukun pozitif hukuk düzeni tarafından kabul edilebileceği ifade edilmektedir. Kamu düzeni kuralı olarak *jus cogens* kuralın varlığını evrensel hukuki araçlardan ya da devletlerin çok taraflı antlaşmalardaki ve Genel Kurul kararlarındaki tutumundan çıkarmak mümkündür.[155]

Jus cogens kuralın uluslararası örf ve adet hukuku kuralı haline geldiği yaklaşımı yaygın olsa da, *jus cogens* kuralları uluslararası örf ve adet hukuku ile açıklamak belli zorluklar da içermektedir. *Jus cogens* kurallar, nitelikleri gereği devletlerin tümü üzerinde bağlayıcılığa sahiptir. Uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının bağlayıcılığını ise, sürekli itirazcı olmak süretiyle bertaraf etmek mümkündür. Ancak *jus cogens* kuralın yapısından dolayı, sürekli itirazcılığın hukuki etkisinin mümkün olmaması gerekmektedir.[156] İşbu yaklaşım *jus cogens* kuralların

[154] ORAKHELASHVILI, s. 205; PAULUS, s. 300; SAUL, s. 3; VILLAGER, s. 676.

[155] *Criddle* ve *Decent, Orakhelasvili'nin* yaklaşımını eleştirerek, *jus cogens* kuralların sınırları ve kapsamı bakımından saldırı altındayken, ona bir de belirsiz ve ucu açık bir kavram olan kamu düzeni niteliği vermenin, kavramın genel geçerliğinin sorgulanması sonucuna yol açacağını ifade etmişlerdir. *Criddle ve Decent'e* göre, *Orakhelashvili* sürekli itirazci devlet kavramını ve uluslararası hukuk yapım sürecinde oybirliği ve nitelikli çoğunluk ayrımını ele alan çalışmaları göz ardı etmekte ve neden bazı uluslararası normların, devletlerin rızası olmasa bile, onlar üzerinde bağlayıcı etki doğurduğunu açıklayamamaktadır. CRIDDLE, Evan – FOX- DECENT, Evan: *YJIL Symposium – Reply to Alexander Orakhelashvili*, erişim için bkz. http://opiniojuris.org/2009/10/19/ yjil-symposium-reply-to-alexander-orakhelashvili/ et. 15.09.2016.

[156] HOSSAIN, s. 82.
Jus cogens kuralların oluşumunda sürekli itirazcı devletin, diğer devletler tarafından tanınması mümkün gözükmemektedir. Sürekli itirazcılıkta ısrar edilmesi *jus cogens* kuralın ihlaline vücut verebilecektir. VILLAGER, s. 672. Türk Hukuku'nda ise *Meray,* hem söz konusu kuralların hukuki etkisinin tehlikeli sonuçlara yol açması hem de kavramın içeriğinin belli olmaması nedeniyle, *jus cogens* kuralların varlığını kabul etmemiştir. Ancak *Çelik* ise, uluslararası toplumda da anayasal nitelikte kuralların varlığını teyit etmiştir. Bkz. PAZARCI, s. 372'den atfen.

oluşumunda devlet iradesi ve devlet uygulamalarını dikkate almadığı için eleştirilmektedir.[157]

Örneğin *Janis*, 1969 tarihli VAHS'nin 53. maddesinin açıkça *jus cogens* kuralların hukuki kaynağını teşkil ettiğini, ancak uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının *jus cogens* kuralların kaynağı olamayacağını ifade etmiştir. Çünkü *jus cogens* kural kavramı devlet iradesine bağlıdır ve uluslararası örf ve adet hukukunun oluşumu için gerekli irade açıklaması oldukça kaygan bir zemindir[158] *Stucki'ye* göre de, uluslararası uygulama *jus cogens* kuralların varlığını kanıtlar nitelikte değildir, bu husus sadece birkaç yazar tarafından savunulmaktadır.[159]

Jus cogens kuralın kaynağını, uluslararası hukukun diğer şekli kaynaklarında arayan yaklaşımlar, söz konusu kaynakların oluşum süreci ile *jus cogens* kuralları bağdaştırma arayışı içindedirler. [160] *Jus cogens* kuralların varlığına ilişkin kuralın kendisinin uluslararası örf ve adet hukuku kuralı olarak önemi, devletlerin *jus cogens* kavramının kendisini düzenleyen kuralı reddetmeyecek olmalarında yatmaktadır.[161] Ancak *jus cogens* kuralların kaynağının uluslararası örf ve adet hukuku kuralları olduğunu ifade etmek de, *jus cogens* kuralın varlık ve hukuki etki sorununu çözmemektedir. En nihayetinde uluslararası örf ve adet hukukunun oluşumu ve bağlayıcılığı da, tıpkı uluslararası antlaşmalarda olduğu gibi devletlerin iradesine bağlıdır. *Jus cogens* kurallar devletin uluslararası kural oluşturma iradesini sınırlandırmak adına getirilirken, bu sınırlandırmayı yapacak kaynağın oluşumunu yine devlet iradesinde aramak, kanımızca *jus cogens* kuralı açıklamak bakımından

[157] FOCARELLI, Carlo: *"Promotional Jus Cogens: A Critical Appraisal of Jus cogens' Legal Effects"*, Nordic Journal of International Law, Vol. 77, 2008, s. 445.
[158] JANIS, s. 359, 361.
[159] SZTUCKI, 1974, s. 96; SAUL, s. 7.
[160] Tartışma için bkz. KOLB, s. 101 – 103.
[161] BYERS, s. 229.

bir dilemmaya sebep olmaktadır. İşbu gerekçeyle jus cogens kuralların oluşumunda devletlerin genelinin iradesini ve sürekli uygulamasını aramak gerekli olmamalıdır.[162]

Uluslararası hukukta pozitif hukuk kurallarının yaratılması bakımından devlet iradesinin önemi tartışılmaz; ancak mesele *jus cogens* kural olunca, *jus cogens* kuralların kaynağına ilişkin yaklaşımların da farklı olması gerektiği söylenebilir.[163] Dolayısıyla uluslararası örf ve adet hukukunun oluşumu, *jus cogens* kuralların geliştirilmesi için uygun bir araç değildir.[164] Yine aynı şekilde *jus cogens* kurallar uluslararası antlaşmalar bünyesinde düzenlense bile, *jus cogens* kuralların direkt kaynağı olamaz, sadece varlığının ve kodifikasyonunun kanıtıdır.[165]

İşbu yaklaşımdan yola çıkarak *jus cogens* kuralın *sui generis* kural olduğu ifade edilmektedir. *Monaco'ya* göre, *jus cogens* kuralın hiyerarşik olarak diğer kurallardan üstün ve uluslararası hukukun ayrı bir kaynağı olarak kabul edilmesi gerekmektedir.[166] Ancak gerek doktrinde gerek UHK çalışmalarında, ayrı bir kaynak olarak kabul edilme yaklaşımı bulunmamaktadır.[167]

Eric Suy ise, 1969 tarihli VAHS'de yer alan irade yaklaşımına en kabul edilebilir, yaratıcı ve pozitivist yaklaşımı bir nebze azaltan bir çözüm öne sürmüştür. *Suy*, hiçbir toplumun, uluslararası nitelikte olsun ya da olmasın, hukuk düzeninde daha üstün bir değere sahip en temel ilkeler olmaksızın işlemeyeceğini ifade etmiştir.

---

[162] WEATHERALL, s. 443.
[163] ORAKHELASHVILI, s. 104; VIDMAR, s. 19.
[164] ORAKHELASHVILI, s. 114.
[165] ORAKHELASHVILI, s. 113.
[166] MONACO: **Observations sur la hiérarchie des normes du droit international**, Mélanges Mosler, 1983, s. 106, KOLB, s. 76, dn.76'dan atfen.
[167] KOLB, s. 80.
Buna karşın *Byers, jus cogens* kuralların varlığını ortaya koyan kuralın uluslararası örf ve adet hukuku olarak ortaya çıktığını ifade etmenin daha yerinde olacağını savunmaktadır. Bkz. BYERS, s. 239.

Söz konusu kural ve ilkelere aykırılık teşkil eden, herhangi bir tek taraflı işlem ya da anlaşma herhangi bir hukuki etkiye sahip olmayacak, ancak kuralların ihlali devletin sorumluluğuna vücut verecektir.[168] *Andre de Hoogh* de, *jus cogens* kuralları uluslararası örf ve adet hukukunun özel bir kategorisi içine sokmaktadır. Söz konusu kategoriye süper uluslararası örf ve adet hukuku kuralı adı veren *Hoogh*, bu kategorinin sıradan uluslararası örf ve adet hukuku kurallarıyla açıklanmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir. [169]

O'Connell'e göre ise, *jus cogens* kuralın kaynağı, uluslararası antlaşmalar, uluslararası örf ve adet hukuku kuralları ve hukukun genel ilkeleri gibi uluslararası hukukun birincil kaynakları değildir. *Jus cogens* kurallar, birincil kurallara üstün hukuk kuralları olarak nitelendirilebilir. Çünkü *jus cogens* kurallar işbu pozitif hukuk kurallarını geçersiz hale getirebilir, ancak pozitif hukuk kuralları *jus cogens* kuralları değiştiremez ya da geçersiz hale getiremez. Dolayısıyla hukukun genel ilkelerinden bazıları ile *jus cogens* kurallar arasında bir kesişme olabilir ya da hukukun genel ilkeleri olarak sayılan kuralların çoğunun, antlaşmalar ve uluslararası örf ve adet hukuku kuralları gibi irade kaynaklı olduğu söylenebilir. Diğer kategoride yer alan hukukun genel ilkeleri kuralları ise, irade kaynaklı olmayıp, doğal hukuk teorisiyle ve *jus cogens* kurallar gibi kurallar ise extra pozitivist yaklaşımla açıklanabilir.[170]

Bazı yazarlarca, bazı kuralların hangi gerekçe ile *jus cogens* kural niteliğe haiz olduğunun açıklanamadığını, örneğin devletlerin sorumluluğuna ilişkin

[168] SUY, Eric: "Remarks", içinde **Change and Stability in International Law** (CASSESE, Antonio - WEILER, Joseph H. H. ed.), 1988, s. 97.
[169] O'CONNELL, s. 83.
[170] O'CONNELL, s. 83 - 84.

düzenlemelerde de *jus cogens* kurallara ilişkin düzenlemelere yer verilse de, *jus cogens* kural kavramının bu şekilde havada bırakıldığı ifade edilmektedir.[171]

Söz konusu açıklama eksikliği, kanımızca yazarların, *jus cogens* kuralların varlığını kaynak teziyle açıklama çabalarından doğmaktadır. Halbuki *jus cogens* kuralların maddi kaynaklarına ilişkin yaklaşımlar, neden bazı kuralların *jus cogens* kural niteliğe haiz olması gerektiğini açıklamaya daha yatkındırlar. Nitekim *jus cogens* kuralın niteliği ile uluslararası hukukun diğer asli-şekli kaynaklarının oluşumunu karşılaştırdığımızda, *jus cogens* kuralları klasik şekli kaynaklarla açıklamak kanımızca zordur. Bu şebeple, *jus cogens* kuralı, oluşumu ve hukuki etkisi bakımından ayrı bir kaynak olarak ele almak ve *sui generis* bir niteliğe sahip olduğu kanısına varmak kanımızca daha doğrudur. İşbu durumda, 1969 tarihli VAHS'de yer alan *jus cogens* kurala ilişkin maddeler, *jus cogens* kural kavramının bir yönüyle derli toplu düzenlendiği ve varlığını kanıtlayan normatif kurallar olarak karşımıza çıkmaktadır.[172]

Buna göre, 1969 tarihli VAHS'nin 53. maddesinde, emredici hukuk normu olarak ifade edilen *jus cogens* kuralın, önce hukuki etkisi ifade edilmiş; daha sonra tanımı yapılmıştır. Buna göre; "*Bir antlaşma yapılması sırasında milletlerarası genel hukukun emredici bir normu ile çatışıyorsa batıldır. Bu sözleşme bakımından milletlerarası genel hukukun emredici bir normu, bir bütün olarak Devletlerin milletlerarası toplumunun, kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen*

[171] CONKLIN, s. 843.
[172] GREEN, James A.: "*Questioning the Peremptory Status of the Prohibition of the Use of Force*", Mich. JIL, Vol. 32, Iss. 2, 2011, s. 220.

ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir milletlerarası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan bir norm olarak kabul ettiği ve tanıdığı bir normdur".[173]

1969 tarihli VAHS'nin 64. maddesinde ise, mevcut antlaşmalardan sonra ortaya çıkabilecek yeni bir emredici hukuk kuralının hukuki etkisi öngörülmüştür. Buna göre, mevcut antlaşmalar, daha sonra ortaya çıkan emredici hukuk kurallarına aykırı ise batıldır.

1969 tarihli VAHS yanında, devletin sorumluluğuna ilişkin kurallar bakımından da bir *jus cogens* kural düzenlemesine rastlamak mümkündür. Söz konusu düzenleme, *jus cogens* kuralı tanımlamaktan ziyade, *jus cogens* kuralın hukuki sonuçlarına ilişkin ayrı bir metni oluşturmaktadır. UHK'nın ilk metninde 19. madde olarak düzenlenen ve uluslararası suç ve uluslararası haksız fiiller başlığını taşıyan madde de, uluslararası emredici kuralların ağır ihlali olarak 2001 yılında kabul edilen nihai metinde değiştirilmiştir. 2001 yılında kabul edilen Nihai Senet'te 40. madde ağır ihlalin ne olduğunu tanımlamıştır. Buna göre; "*Bu bap, uluslararası hukukun emredici bir kuralından kaynaklanan bir yükümlülüğün, bir devlet tarafından ağır ihlalinden doğan devletin uluslararası sorumluluğuna uygulanır."* Devam eden ikinci fıkrada; "*böyle bir yükümlülüğün ihlali, sorunmlu devletin açık ve sistematik olarak yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınması halinde ağırdır*."[174]

Metnin devam eden 41. maddesi, devletlerin gerçekleştirdiği işbu ihlale ilişkin, genel uluslararası sorumluluğun neticelerinden farklı olarak özel yaptırım türleri öngörmüştür. Buna göre, "*1. 40. Madde bağlamında, her türlü ağır ihlale son vermek için devletler, meşru araçlarla işbirliği yapmalıdırlar. 2. Hiçbir devlet, 40.*

[173] Türkçe metin için bkz. http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/Viyana_69.pdf et: 15.09.2016.
[174] Türkçe çeviri için bkz. ERKİNER, s. 239 – 240.

madde bağlamında ağır bir ihlalden doğan bir durumu meşru olarak tanımamalı ve bu durumun muhafazası için yardım etmemelidir. 3. Bu madde, bu bölümde öngörülen diğer sonuçlarıve uluslararası hukuka göre bir ihlalde bu bapın uygulanmasında oluşabilecek ilave sonuçları engellemez."[175]

Söz konusu maddelere dayanılarak *jus cogens* kurallar hakkında şu sonuçlara varmak mümkündür:[176]

1. Genel uluslararası hukuk normudur.
2. Uluslararası toplumun geneli tarafından tanınmış ve kabul edilmiştir.
3. İhlal edilemez.
4. Sadece aynı derecede başka bir kuralla değiştirilebilir.

C. *Jus Cogens* Kuralların Kapsamı

Uluslararası hukukta somut hangi kuralların *jus cogens* karaktere sahip olduğu da, *jus cogens* kurallara ilişkin önemli tartışmalardan biridir.[177] Devletler arasındaki ideolojik farklılıklar ve ekonomik eşitsizlikler dolayısıyla, uluslararası toplumunun tümünün kabul edebileceği bir *jus cogens* kural tanımı ve kapsamı tayin etmek zordur.[178]

Jus cogens kuralların kapsamı bakımından, söylenmesi gereken bir diğer husus da, *jus cogens* kuralları ortaya koyan kuralın kendisi ile *jus cogens* olarak nitelendirilen kuralların farklılık arz etmesidir. Çünkü *jus cogens* karaktere sahip

[175] Çeviri için bkz. ERKİNER, s. 244.
[176] GREEN, s. 220; PAZARCI, Hüseyin: **Uluslararası Hukuk**, Turhan Kitabevi, 8. Bası, Ankara, 2009, s. 81; TERAYA, Koji: "*Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-derogable Rights*", EJIL, Vol. 12, No.5, 2001, s. 928; Von GLAHN, G. - TAULBEE, J.L: **Law Among Nations An Introduction to Public International Law**, Tenth Edition, Routhledge, USA, 2016, s. 291.
[177] GREEN, s. 216, dn. 4'ten atfen; HOSSAIN, s. 83.
[178] SINCLAIR, s. 129 – 131.

olduğu kabul edilen kurallar, sıradan bir antlaşmalar hukuku ya da uluslararası örf ve adet hukuku kuralıdır ve düzenlediği konunun uluslararası toplumdaki önemi itibariyle işbu kurallara *jus cogens* kural niteliği atfedilmektedir.[179]

İçeriği bakımından hangi kuralların *jus cogens* karaktere haiz olabileceğine ilişkin UHK bünyesinde yürütülen tartışmalarda, *jus cogens* kuralları tanımlamak için belli kriterler üzerinde uzlaşılamaması, *jus cogens* kuralların kapsamına ilişkin de belirsiz bir durum yaratmıştır. Pek çok UHK üyesi *Lauterpact'ın, jus cogens* kuralların uluslararası ahlaki değerlerin minimum kriterlerini ortaya koyduğu ve uluslararası kamu düzenini tesis ettiği görüşünü benimsemiştir. Ancak daha sonra da *Humprey Waldrock'un* positivist görüşünü benimseme şeklinde bir eğilim oluşmuştur. *Waldrock'un* positivist yaklaşımına göre, *jus cogens* kuralların içeriği, uluslararası hukukun geleneksel kaynakları uyarınca ve devlet iradesi dikkate alınarak tespit edilmelidir.[180]

UHK'nın 1969 tarihli VAHS için hazırladığı ilk metinlerde 37. madde olarak belirtilen *jus cogens* kural; Komisyon'da oybirliği ile kabul edilmiştir. Hatta yer alan bazı üyeler, hukuka aykırı kuvvet kullanma ile uluslararası hukukta öngörülen suçların, *jus cogens* kurallara örnek olarak maddede işaret edilmesini önermişlerdir. Ancak daha sonra Komisyon eliyle örneklendirme yapılması önerisine sıcak bakılmamıştır.[181] Sonuç olarak UHK bünyesinde 1969 tarihli VAHS'ye ilişkin hazırlanan raporda, *jus cogens* kuralların kapsamına ilişkin herhangi bir somut örnek

[179] Van ALEBEEK, Roseanne: **The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law**, Oxford University Press, UK, 2008, s. 93; HAMEED, s. 54.
[180] CRIDDLE – FOX-DECENT, s. 337.
[181] Lagonisi Conference: Papers and Proceedings, bkz. O'CONNELL, s. 82, dn. 14'ten atfen; VERDROSS, s. 57, dn. 20'den atfen.

vermekteden kaçınılmış, içeriğin ve örneklerin uygulama ve içtihata bırakıldığı ifade edilmiştir.[182]

UHK'nın, sonraki dönemlerde de *jus cogense* ilişkin kuralları örneklendirmekten bilinçli olarak kaçındığı görülmektedir. Nitekim UHK tarafından hazırlanan "Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Kurallara" ilişkin taslağın 19. maddesinde de, hangi hususların amir kural olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak söz konusu madde UHK tarafından silinmiştir. 2001 yılında çıkarılan kuralların 40. maddesinde uluslararası uygulamalar tarafından *jus cogens* kuralların varlığını ifade etmekle yetinmiş, yine *jus cogens* kurallara ilişkin bir liste vermekten yine imtina edilmiştir.[183]

Jus cogens kuralların maddi içerikleri, uluslararası hukukun gelişimi ve uluslararası toplumun değişimine göre şekillenmektedir.[184] Dolayısıyla aslında, *jus cogens* kuralların kendisi de yaşayan kurallardır. Bu bakımından, 1969 VAHS'de bağlayıcı bir liste verilmemesi isabet olmuştur.

Yukarıda bahsettiğimiz üzere UHK, *jus cogens* kurallara ilişkin liste vermekten kaçınsa da kuvvet kullanma yasağının ön plana çıkan bir *jus cogens* kural olduğunu belirtmiş ve devletler tarafından Konferans sırasında *jus cogens* kurallara ilişkin örneklere yer vermiştir.[185] Devletlerin geneli, kuvvet kullanma yasağı, uluslararası

[182] Report of the of the International Law Commission on the Work of its Eighteenth Session, 4 May - 19 July 1966, Official Records of the General Assembly, Twenty-first Session, Supplement No. 9 (A/6309/Rev.1), s. 248.
İç hukuk düzenlerinde hangi kuralların kamu düzeninden sayılacağı yargıya bırakılsa da, uluslararası hukukta hiçbir mahkeme, böyle bir hususta görevlendirilmemiştir. Dolayısıyla da, uluslararası kamu düzenini oluşturan değerleri tayin ederek *jus cogens* kuralların kapsamının nasıl belirleneceği sorunsaldır. SAUL, s. 6.
[183] KACZOROWSKA, s. 50; BOYLE – CHINKIN, s. 17.
[184] Eduardo Jimenez de Arechaga'nın görüşü, SHELTON, s. 303'den atfen.
[185] Report of the International Law Commission on the Work of its Eighteenth Session, 4 May - 19 July 1966, s. 248.

suçlar ve uluslararası işbirliğini gerektiren köle ticareti, deniz haydutluğu ve soykırım yasağının *jus cogens* kural niteliğine haiz olabileceğini ileri sürmüşlerdir.[186]

Jus cogens kuralların Avrupa – batı merkezli bir anlayışın ürünü olduğu ifade edilmektedir. Batı devletleri açıkça *jus cogens* kurallara atıf yaparak, liberal bir geleneğin temel çıkarları için önem arz eden kuvvet kullanma, soykırım, kölelik ve köle ticareti, işkence yasağı gibi yasaklara vurgu yapmışlardır. Üçüncü dünya ülkeleri ise, *jus cogens* kuralları, hukuk düzende yer alan bir kural olarak sıradan, Avrupa merkezci kuralları yasaklayan ve uluslararası adaleti gerçekleştirme amacı taşıyan kurallar şeklinde görmüşlerdir. Dolayısıyla da bu devletler, self-determinasyon, saldırı yasağı ve insan haklarını *jus cogens* kural olarak kabul etme eğiliminde olmuşlardır. Sosyalist devletlerin varlığını sürdüğü dönemde de, barış içinde bir arada yaşama, gelişme ve insanlığa karşı suçlar, devletlerin otonomisi, iç işlerine karışma yasağı, barış ve güvenliğin korunması hususları *jus cogens* kural olarak kabul edilmiştir.[187]

Fitzmaurice'in UHK için 1973 yılında hazırladığı özel raporda, muhtelif naturalist-evrenselci yaklaşımlara ve dayanışma ilkesine değinilmiş, kuvvet kullanma yasağı, barış ve insanlığa karşı suçlar, soykırım suçu, savaş suçu, 1969 tarihli VAHS'nin hukuki etkisini öngören ikincil kuralın kendisi, *jus cogens* kurallara aykırılık hallerinde devletlerin iç işlerine karışmama yasağına aykırı olmayacak

[186] NIETO-NAVIA, s. 16.
[187] CHRISTENSON, 1988, s. 597. HOSSAIN, s. 83 – 84.
ABD *jus cogens* kurallara o dönemde temkinli yaklaşmışsa da, kuralın kabul edildiği görülmektedir. Nitekim Amerika Birleşik Devletleri, Uluslararası İlişkiler Hakkında beyanında *jus cogens* kuralların en azından soykırım yasağını, kölelik ve köle ticaretini, bireylerin öldürülmesi ya da kaybedilmesi, işkence ve diğer acımasız, insanlıkdışı ya da aşağılaycı davranış ya da cezalandırma, uzun gözaltı süreleri, sistematik ırk ayrımcılığı ve Birleşmiş Milletler Şart'ında yer alan kuvvet kullanma yasağını içermesi gerektiğini ileri sürmüştür. CRIDDLE – FOX-DECENT s. 331'den atfen.

nitelikte dava hakkının tanınması, uluslararası ilişkilerde merhamet ödevi *jus cogens* kurallar olarak gösterilmiştir.[188]

Bir kuralın *jus cogens* kural olup olmadığını ortaya koymak için geliştirilen formül; 1969 tarihli VAHS'nin 53. maddesinde yer alan düzenlemenin, bütün devletlerin *jus cogens* kural oluşması için, olumlu irade göstermesi şeklinde yorumlanmamasıdır. Devletlerin çoğunluğu tarafından kabul edilip az sayıda devletin karşı çıkması, kuralın *jus cogens* kural olarak kabul edilmesine engel olmayacaktır.[189] Uluslararası hukukta *jus cogens* kuralların varlığını kabul eden devlet, hangi kuralın *jus cogens* oluşturduğuna ilişkin tartışmada sürekli itiraz eden devlet olamayacaktır. Bir kuralın *jus cogens* kural olduğu, devletlerin geneli tarafından kabul edilirse; buna itiraz eden devlet artık söz konusu kuralla bağlı olacaktır.[190]

Uluslararası hukukun şekli kaynakları arasında mahkeme ve doktrin ikincil kaynaklar olarak ifade edilse de, *jus cogens* kuralların kapsamının, mahkeme kararlarına bırakıldığını hatırlayacak olursak, içtihadın *jus cogens* kuralları tespit etmesi dolayısıyla hukuk yaratma ve mevcut kuralları yorumlama etkisi yadsınamaz. Dolayısıyla *jus cogens* kuralları belirlemesi bakımından, birincil kaynaklar kadar, mahkeme kararları da önem arz edebilecektir.[191]

---

[188] WHITEMAN, 1977, s. 611, dn. 12'den atfen.
[189] PAZARCI, s. 374; MAGALLONA, s. 529.
[190] VIDMAR, Jure: *"Rethinking Jus Cogens After Germany v. Italy: Back to Article 53?",* Netherlands International Law Review, Vol. 60, Iss. 01, 2013, s. 23-24.
Jus cogens kuralların oluşumunda sürekli itirazcı devlet olamayacağı görüşü hakimse de, aksi görüşlere de rastlamak mümkündür. Nitekim *Magdollana, jus cogens* kurallar bakımından sürekli itiraz eden devletin varlığını kabul etmekte ve söz konusu itirazın *jus cogens* kuralın oluşumunu etkilemeyeceğini savunmaktadır. Sadece itiraz eden devlet bakımından, söz konusu kural bağlayıcı olmayacaktır. Bkz. MAGALLONA, Merlin M.: *"The Concept of Jus Cogens in The Vienna Convention on the Law of Treaties"*, Philippine Law Journal, Vol. 51, 1976, s. 529.
[191] SHAW, 2008, s. 73; UZUN, s. 107.

İşbu bakımdan UAD'nin, *Demokratik Kongo v. Belçika* Davası'ndan yola çıkarak, *jus cogens* kurallara bilinçli olarak değinmediği ve kaçındığı ifade edilmektedir. Ancak son zamanlarda verdiği kararlara bakıldığı zaman, UAD'nin *jus cogens* kuralı tanımak ve tanımlamak bakımından daha istekli olduğu söylenebilir.[192] Nitekim UAD'nin diğer pek çok kararında uluslararası hukukta *erga omnes*, emredici yükümlülüklerden ve *jus cogens* kurallardan bahsettiği, bazı kuralların *jus cogens* niteliğine haiz olduğunu belirttiği gözlemlenmektedir.

Örneğin *1951 Soykırım Sözleşmesi'ne Çekinceler* danışma görüşünde Divan, Sözleşme'nin arka planında yatan ilkelerin, sözleşmesel yükümlülük olmaksızın bütün devletler arasında bağlayıcı olduğunu ifade ederek Sözleşme'de soykırımın lanetlenmesi ve insanlığın böyle bir müsübetten kurtarılmasını sağlamak için öngörülen uluslararası işbirliğinin evrensel niteliğine dikkat çekmiştir. Nitekim, UAD'nin belirttiği işbu hususlar soykırımın *jus cogens* kural karakterine atıf yapmaktadır.[193] Aynı husus *1996 Bosna Hersek v. Yugoslavya* kararında da benimsenmiştir.[194]

1970 yılında *Belçika v. İspanya* Barcelona Traction davasında da UAD *erga omnes* yükümlülüklere atıf yaparak *jus cogens* kurallara dolaylı da olsa göndermede bulunmuştur. UAD, devletlerin uluslararası toplumun tümüne karşı yükümlülükleri ile diplomatik koruma bakımından başka bir devlete olan yükümlülüğünü ikiye ayırıp aralarında önemli farklar bulunduğunu ifade etmiştir. Ancak devletlerin tümü sahip olduğu hakkın korunmasında bir menfaate sahiptir ve işbu hakların korunması yükümlülüğü *erga omnes* yükümlülüktür. İşbu yükümlülüklerin başında kuvvet

[192] SAUL, s. 13.
[193] *Reservations to the Convention* on *Genocide, Advisory Opinion, I.C.J . Reports,* 1951, s. 23.
[194] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, 1.C.J. Reports 1996,* s. 25, para. 3

kullanma yasağı, soykırım yasağı, kölelik yasağı ve ırk ayrımcılığının önlenmesi gibi temel insan hakları gelmektedir.[195]

UAD, 1995 *Portekiz v. Avustralya*, 1970 *Namibya* danışma görüşünde, 1975 *Batı Sahara* danışma görüşünde bu kez self-determinsayon hakkının varlığını ve *erga omnes* karakterini kabul etmiştir.[196] 1986 yılında ise UAD, *Nikaragua v. ABD* kararında UHK'nın VAHS'nin taslak metnine ilişkin şerhine de atıf yaparak, kuvvet kullanma yasağının *jus cogens* niteliğine değinmiştir .[197] UAD'nin 2006 yılında *Kongo v. Ruanda* arasında Soykırım Sözleşmesi'ne çekincelerle ilgili ele aldığı uyuşmazlıkta, yargı yetkisini tartışırken, soykırımın *erga omnes* bir yükümlülük olduğundan ve *jus cogens* karakterli bir yasak olduğundan bahsetmiştir.[198] Aynı şekilde 2007 *Bosna Hersek v. Sırbistan Karadağ* davasında soykırım yasağının *jus cogens* kural niteliği açıkça belirtilmiştir. [199]

Çevre hukuku ile olarak da UAD'nin 1997 *Gabchikovo Nagymaros* kararında kullanılan *"taraflar arasında yapılan 1977 Antlaşması'ndan beri çevre hukukunda yeni bir emredici hukuk kuralı meydana gelmediği"* ifadesi üstü örtülü olarak

[195] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports, 1970,* s. 32, para. 33. Bu bağlantıyı O'CONNELL de kurmuştur. O'CONNEL, s. 89.
[196] *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, s. 31-32, para. 52- 53; *Western Sahara*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1975*, s. 31-33, para. 54-59; *East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I. C.J. Reports 1995*, s. 102, para. 29.
[197] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986*, s. 90, para. 190.
[198] *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Ruanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, 3 February 2006*, s. 31-32, para. 64.
[199] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007*, s. 111, para. 161.

UAD'nin çevre hukukuna ilişkin temel kuralları *jus cogens* kabul ettiğinin göstergesi şeklinde yorumlanmaktadır.[200]

Son olarak UAD'nin 2012 tarihli *Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararında, *jus cogens* kuralların varlığının tanındığı ve silahlı çatışmalarda sivillerin öldürülmesinin, sivillerin ve savaş esirlerinin esir çalışma kamplarına gönderilmesinin *jus cogens* kurallara aykırılık teşkil ettiği ifade edilmiştir.[201] Yine aynı yıl verilen *Belçika v. Senegal* davasında da işkence yasağının *jus cogens* kural haline geldiği UAD tarafından açıkça ortaya konulmuştur.[202]

UAD dışında da, diğer uluslararası, bölgesel ve ulusal mahkemelerin kararlarında da *jus cogens* kurallara değinildiği görülmektedir. Örneğin işkence yasağının *jus cogens* karakteri ile ilgili en önemli karar, 1998 yılında Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (EYCM) *Prosecutor v. Furundzija* davasında verdiği karardır. İlgili kararda Mahkeme, işkence yasağının *jus cogens* kural olduğunu kabul etmiş ve ulusal hukuk düzenlemelerinin işkencenin hukuka uygunluğunu savunmak için bir gerekçe oluşturamayacağını ifade etmiştir. Buna göre, işkencenin bir *jus cogens* kural olarak yasaklanmış olması, devletler ve bireyler nezdinde farklı etkilere sahiptir.[203]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) çeşitli kararlarında da, EYCM *Prosecutor v. Furundzija* kararı ile birlikte *jus cogens* kurallara atıf yapıldığı görülmektedir. Örneğin *Al-Adsani v. Birleşik Krallık* kararında AİHM, işkence

[200] *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997,* s. 62, para. 112. İlgili yorum için bkz. DENK, 2001, s. 50; ELÇİN ERTUĞRUL, s. 113.
[201] *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, s. 140, para. 93.
[202] *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports,* 2012, 20 July 2012, s. 39, para. 99.
[203] IT-95-17/1-T, Trial Judgment, 10 December 1998, para. 144, 155.

yasağının *jus cogens* niteliğinin uluslararası hukukta kabul edildiğini ve yargı kararlarında yer aldığını açıkça belirtmiştir.[204] Nitekim aynı husus *Demir ve Baykara v. Türkiye*, *Jones ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* kararında tekrarlanmıştır.[205] *Jorgic v. Almanya* kararında da AİHM, soykırım yasağının *jus cogens* kural olduğuna değinmiştir.[206]

Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadına bakıldığı zaman, işkence yasağının, kötü muamele yasağının, kanun önünde eşitlik ilkesinin, ayrımcılık yasağının, insanlığa karşı suçların, adalete ulaşma hakkı, kişilerin kaybedilmesi ve sorumluların cezalandırılması gibi hak ve yükümlülüklerin *jus cogens* kurallar arasında tanımlandığı görülmektedir.[207]

Avrupa Birliği Birinci Derece Mahkemesi'nin verdiği *Kadı v. Council* ve *Yusuf ve Al-Barakaat v. Council* kararında da temel insan haklarının *jus cogens* kural haline geldiği, ancak mülkiyet hakkının *jus cogens* niteliğe sahip olmadığı belirtilmiştir.[208]

Ulusal mahkeme kararlarında da *jus cogens* kurallara ilişkin yaklaşımları görmek mümkündür. Örneğin 1988 yılında ABD Federal Temyiz Mahkemesi'nin Nikaragua'da yaşayan ABD vatandaşlarına ilişkin davada, Mahkeme *jus cogens* kuralların varlığını ve sınırlı da olsa etkilerini kabul etmiştir. Karar'da *jus cogens* kuralları iki kategoriye ayıran Mahkeme, söz konusu kategoriler altında BM şartı ile

[204] *Case of Al-Adsani v. The United Kingdom*, ECHR, Judgement, Application No. 35763/97, 21 November 2001, s. 19, para. 61.
[205] *Case of Demir and Baykara v. Turkey*, ECHR, Judgment, Application No. 34503/97, 12 November 2008, s. 21, para. 73; *Case of Jones and Others v. The United Kingdom*, ECHR, Judgment, Application No. 34356/06 and 40528/06, 2 June 2014, s. 56, para. 209.
[206] *Case of Jorgic v. Germany*, ECHR, Judgment, Application No. 74613/01, 17 July 2007, s. 19, para. 68.
[207] Advisory Opinion OC-18/03 of September 17, 2003, Requested by the United Mexican States on Juricical Condition and Rights of Undocumented Migrants, s. 99, para. 100 – 101.
[208] *Kadi v. Council of the European Union*, Judgment of the Court (Grand Chamber), 3 September 2008, para. 90,92.

öngörülen kuvvet kullanma yasağı ile soykırım, kölelik, işkence, kasten adam öldürme ve ırk ayrımcılığı yasakları gibi temel insan hakları kurallarını *jus cogens* kurallar olarak nitelendirmiştir. *Filigarta v. Pena Irala* davasında da, Paraguaylı bir vatandaşın, gördüğü işkence neticesinde Paraguay Devleti'ne ABD'de açtığı davada, ABD mahkemeleri yargı yetkisi olduğunu kabul etmiştir ve kararda resmi makamlarca yapılan işkencenin de uluslararası hukukta yasaklandığı ifade edilmiştir. Söz konusu kararda Yargıç *Mikva jus cogens* kuralların ulusal hukuktan daha üstün olduğunu kabul etmiş ve ABD'nin kabul ettiğini beyan ettiği *jus cogens* kuralların kapsamının oldukça dar olduğu yorumunu yapmıştır.[209]

İşkence yasağı, Birleşik Krallık Mahkeme'sinin Pinochet davasında da *jus cogens* kural olarak nitelendirilmiş ve ulusal ya da uluslararası hiçbir kuralın işkence faaliyetini meşru ve hukuka uygun hale getiremeyeceği kabul edilmiştir.[210]

Yargı kararları, *jus cogens* kurallarının kapsamını belirlemek bakımından tek başvuru kaynağı değildir. Çünkü, mahkemeler doğal olarak, önlerindeki somut uyuşmazlıkla ilgili olan kurallar bakımından, ilgili kuralın *jus cogens* niteliğini tartışmaktadır.[211] Dolayısıyla herhangi bir yargı kararının bir *jus cogens* kurallar kategorisi vermesi mümkün değildir. Her bir normun kendi maddi değerinin ve uygulamasının incelemesi, *jus cogens* kuralların kapsamını belirlemek için tek yöntem olmamalıdır.[212] Bu nedenle devletlerin tutumu ve yargı kararları yanında yazarların *jus cogens* kuralların kapsamına ilişkin görüşlerine de yer vermek yerinde olacaktır.

[209] O'CONNELL, s. 89.
[210] BANKAS, s. 268; O'CONNELL, s. 90, dn. 46- 48.
[211] ORAKHELASHVILI, s. 42.
[212] ORAKHELASHVILI, s. 43.

Doktrinde de, *jus cogens* kuralların kapsamına ilişkin farklı yaklaşımlar söz konusudur. Kimi yazarlar *jus cogens* kuralların kapsamını oldukça geniş alırken, kimi yazarlar *jus cogens* kuralların kapsamını daha dar tutmaktadır. Bunun sebebi, yazarların *jus cogens* kuralların kaynağına ilişkin farklı bakış açılarına sahip olmalarıdır. Dolayısıyla, *jus cogens* kurallara ilişkin sunulan kataloglar da, *jus cogens* kuralların kaynağına ilişkin yaklaşımlara göre farklılık göstermektedir.[213]

Yazarlar arasında gönüllülük teorisini benimseyen yaklaşımlar, devletlerin iradesini temel alarak yalnızca belli bazı hakların ihlalinin mutlak olarak yasaklandığını savunmaktadır. Doğal hukuk yaklaşımlarına göre ise, aykırı davranmanın mutlak olarak yasak olduğu temel ilkelerden bahsedilmektedir. Buna karşılık, uluslararası toplumun kamu düzeni ve uluslararası toplumun ortak değerlerinin korunmasını temel alan yaklaşım, *jus cogens* kuralların kapsamını genişletmektedir. Yani pozitivist yaklaşımdan uluslararası kamu düzeni yaklaşımına doğru gelindiğinde, *jus cogens* kuralların kapsamının genişlediği görülmektedir.[214]

Hannikainen'e göre, *jus cogens* kuralların kapsamı bakımından genel bir kabul yoktur. Ancak bazı kuralların tek tek *jus cogens* karaktere sahip olduğu genel kabul görmektedir. *Hannikainen,* hukuka aykırı kuvvet kullanmayı, uluslararası suçları

[213] WEISBURD, A. Mark: "*The Emtiness of the Concept of Jus Cogens, As Illustrated by The War in Bosnia-Herzegovina*", Mich.J..Int'l L., Vol. 17, 1995 – 1996, s. 21.
[214] SHELTON, 2006, s. 303.
Gomez çeşitli yazarlarca oluşturulan *jus cogens* kural listesine karşı çıkmakta ve söz konusu listelerin öznel ve sistematik olmadığını ifade etmektedir. *Jus cogens* kuralların neler olduğu, yazarlara bağlı bir durum olmayıp onlar tarafından oluşturulan listeyle belirlenemez. GOMEZ, Robledo: "*Le Jus Cogens Internationel: Sa Genese, Sa Nature, Ses Fonctions*, RdC, Vol. 171, 1981, s. 167, 185.
Diaconu, yazarların büyük çoğunluğunun jus cogens'I bir kavram olarak kabul ettiğine işaret etmektedir. Ancak, hiçbir yazarın söz konusu kavram üzerinde ayrıntılı çalışmadığını ve jus cogens kurallara varsayımsal örnekler verdiğini işaret etmektedir. DIACONU, s. 65.

yasaklayan kuralları, temel insan haklarını koruyan kuralları, self-determinasyon hakkını, karışma yasağını, söz konusu kurallara örnek olarak göstermektedir.[215]

Lord McNair hangi kuralların *jus cogens* nitelikte olduğunu göstermenin, *jus cogens* kuralın kendisini tanımlamaktan daha kolay olduğunu ifade etmiştir. Buna göre, uluslararası toplumun kamu düzenini koruyacak nitelikteki antlaşma ya da örf ve adet hukuku kuralları *jus cogens* kuralların kapsamına girecektir. Somut olarak da deniz haydutluğunun ya da savaş ilanının (genel adıyla kuvvet kullanma diyebiliriz) söz konusu *jus cogens* kuralın kapsamında olabileceğini ifade etmektedir.[216] Yine *Sinclair* de kuvvet kullanma yasağının bir *jus cogens* kural olduğuna dair yeterince kanıt bulunduğunu; ayrıca köle ticareti yasağı ve soykırım yasağının da *jus cogens* karaktere sahip olduğunun söylenebileceğini ifade etmiştir.[217]

Jus cogens kuralların kapsamı bakımından tartışma konusu olan hususlardan biri de insan hakları kurallarının sahip olduğu karaktere ilişkindir. Nitekim insan hakları kurallarının *erga omnes* etkisi olduğu kabul edilmektedir, ancak *jus cogens* niteliği tartışılmaktadır. [218] Sadece belli temel hakların *Meron'un* da ifade ettiği gibi *jus cogens* karaktere sahip olabileceği ifade edilmektedir. Hangi insan hakları kurallarının *jus cogens* kabul edileceği noktasında da, kuralların devletlerin menfaatini aşan nitelikte uluslararası toplumun menfaatini koruyup korumadığını göz önüne alarak belirlenmesi gerektiği ifade edimektedir.[219] Bu haklar arasında da, Avrupa ve Amerika İnsan Hakları Sözleşmeleri'nde de temel haklar olarak düzenlenen yaşam hakkı, işkence yaşağı, ırk ayrımcılığı yasağı, kölelik yasağı *jus*

[215] HANNIKAINEN, 1984, s. 181.
[216] WHITEMAN, s. 610, dn. 10'dan atfen.
[217] SINCLAIR, s. 129 -131.
[218] Örnekler için bkz. MERON, s. 11- 13.
[219] ERTUĞRUL ELÇİN, 2010, s. 108.

cogens kural olarak işaret edilmektedir.[220]

Alman yazar *Scheuner,* meşru müdafa hariç uluslararası ilişkilerde kuvvet kullanmaya ve soykırıma ilişkin yasakların, temel insan haklarına ilişkin kurallar ve ortak çıkarları korumak amacıyla işbirliği yapılmasına ilişkin kuralların, savaş zamanı sivilleri koruyan insancıl hukuk kurallarının *jus cogens* kural niteliğine haiz olacağını öngörmüştür.[221] Yine *Kasto* da öncelikle bazı kuralların koruduğu değerler nedeniyle insancıl hukuk kuralı haline geldiğini, insancıl hukuk kurallarının da, uluslararası toplumun tümüne yükümlülük getirmesi ve uluslararası toplumun çıkarlarını koruması ve uluslararası kamu düzeninin tesisine ilişkin kurallar olması nedeniyle *jus cogen*s kurala dönüştüğünü savunmaktadır.[222]

İlgili kapsamda, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları, saldırı suçu, soykırım, savaşın örfi kurallarına aykırı faaliyetler, hukuka aykırı silahların kullanılması, nükleer silahlar, sivillerin bombalanması, koruma altındaki sivillere karşı suçlar, kasti kirletme, bir savaş aracı olarak insanların ve doğal çevrenin zehirlenmesi, savaşan statüsüne haiz grubun insancıl hukuka uyma yükümlülüğünün ihlali gibi kurallar, insancıl hukuk kuralları olmaları dolayısıyla *jus cogens* kural olarak kabul edilmelidir.[223] Devletlerin egemenliği ve egemen eşitliği, doğal kaynaklar üzerinde

---

[220] MERON, s. 11; Van BOVEN, Theo: "*The Prohibition of Torture: Norm and Practice*", içinde **Common Values of International Law Essays in Honour of Christian Tomuschat** (DUPUY, Pierre-Marie, FASSBENDER, Bardo- SHAW, Malcolm- SOMMERMAN, Karl-Peter ed.), N.P. Engel Verlag, Almanya, 2006, s. 96.
Meron'a göre, bazı insan hakları kurallarının diğer kurallar üzerinde normative üstünlüğünün iddia edilmesi, insan hakları ihlallerine ve aykırılığa karşı ahlaki ve hukuki bir bariyer oluşturma amacına hizmet etmektedir. MERON, s. 21.

[221] HOSSAIN, s. 85.

[222] KASTO, s. 38, 52 – 53.

[223] KASTO, s. 54; HAMEED, s. 57.
Ancak *Kasto* insancıl hukuka ilişkin kuralların jus cogens kabul edilmesi için aynı zamanda, devletler tarafından söz konusu kuralın herkes tarafından uyulması gereken bir yükümlülük olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yani insancıl hukuk kurallarının bazıları gerek uluslararası toplumun çıkarlarını koruduğu ve aynı zamanda devletlere yükümlülük getirdiği ve devletler tarafından kabul edildiği için *jus cogens* olarak kabul edilmektedir. KASTO, s. 55.

sürekli egemenlik, denizlerin serbestliği, diplomatik bağışıklık ve dokunulmazlıkların da *jus cogens* kural oluşturduğu kabul edilmektedir.[224]

Orakhelashvili de temel insan hakları kurallarını *jus cogens* kurallardan kabul eden yazarlardan biri olarak, *jus cogens* kuralların kapsamını geniş yorumlamaktadır. Ona göre, kuvvet kullanma yasağı, self determinasyon hakkının yanında, insan hakları kurallarının ve çevre hukuku kurallarının da *jus cogens* kural karakterine haiz olduğunu kabul etmektedir.[225] Yine aynı şekilde, *Allain* de *1951 Göç Sözleşmesi*'nde yer alan geri göndermeme ilkesinin *jus cogens* karakterini tartışmıştır.[226]

Whitemann, *jus cogens* kurallara ilişkin sunduğu listede; soykırım, kölelik ve köle ticareti yasağı, deniz haydutluğu, terörizm, uçak kaçırma eylemleri, savaş ilan etme, kuvvet kullanma ve kuvvet kullanma tehdidi, saldırı, antlaşma akdedilmesinde zor kullanma, savaş suçları, insanlığa karşı suç, insanlığa ve barışa saldırı, barış ve güvenliğe saldırı, insan varlığına zarar veren ya da yok etmesi sonucuna yol açabilecek mikropların yayılması, ağır yıkıma sebep olabilecek her türlü faaliyet, hava, deniz ve karanın insanlığa zarar verecek nitelikte kirletilmesi, uzayın ve gök cisimlerinin düşmanca kullanılması, uluslararası haberleşmenin barış ve ekonomik refahı etkileyecek biçimde bozulması.(bankacılık sistemlerinin, para dolaşımının, enerji kaynaklarının ya da besin kaynaklarının zarar görmesi örnek olarak

---

[224] ERKİNER, s. 228.

[225] *Jus cogens* kurallar için kapsamlı bir katalog bulunmasa da, *jus cogens* kural kavramının kendisinin belirlenmiş bir tanımı vardır. *Jus cogens* kuralların, sadece *jus cogens* kural olduğu açıkça ifade edilen somut kurallardan ibaret olduğunu söylemek, *jus cogens* kural kavramının varlık amacı ile bağdaşmaz. Bu nedenle de bazı kuralların *jus cogens* kural olarak genel kabul görse de, *jus cogens* kuralların sayılanlardan ibaret olmadığı savunulmaktadır. ORAKHELASHVILI, s. 66. Ayrıca bkz. WEISBURD, s. 42.
Çevrenin korunmasına ilişkin kuralların da *jus cogens* kural olduğunu iddiası için ayrıca bkz. ANLAR GÜNEŞ, s. 144.
Fakat özellikle çevrenin korunması için gerek devletler arasında gerek yazarlar arasında genel bir kanı oluştuğunu söylemek mümkün değildir. PAULUS, s. 306; HOFFMEISTER- KLEINLEIN, s. 6.

[226] ALLAIN, Jean : *"The Jus Cogens The Nature of Non-Refoulment"*, Int'l J. Refugee L., Vol. 13, 2001, s. 533 – 558.

gösterilmektedir).[227] Yazar *Tunkin* ise; Nürmberg prensiplerinin *jus cogens* kurallar bakımından mükemmel bir örnek oluşturduğunu ifade etmektedir. Buna göre savaş suçları, barışa karşı suçlar, insanlığa karşı suçlar günümüzde *jus cogens* kurallar haline gelmiştir.[228]

Bunun yanında, *jus cogens* kuralların kapsamının gereğinden fazla genişletilmesinin gereksiz olduğu, çünkü *jus cogens* kuralların temel amacının, fiili faaliyetlerin değil, normatif faaliyetlerin hukuka uygunluğunu denetlemek olduğu ifade edilmektedir.[229]

UHK'nın hazırladığı uluslararası hukukun parçalanması raporuna göre, *jus cogens* karakterine haiz olduğu en çok zikredilen kurallar şunlardır: saldırganca kuvvet kullanma fiili, meşru müdafaa hakkı, soykırım yasağı, işkence yasağı, insanlığa karşı suç, kölelik ve köle ticareti yasağı, deniz haydutluğu yasağı, ırk ayrımcılığı ve apartheid yasağı, sivil nüfusa düşmanca haraketlerin yasak olması.[230] İşbu raporda, *jus cogens* kuralların kapsamını soyut tanımlamalarla belirlemeye çalışmak yerine, UHK'nın 1966 yılında oluşturduğu tanımı benimseyip, *jus cogens* kuralların kapsamını belirlemeyi devlet uygulamaları ve yargı kararlarına bırakmak gerektiği ifade edilmiştir.[231]

Sonuç olarak *jus cogens* kuralın kaynağı ve tanımı üzerinde bir uzlaşmaya varılamamış olsa da, uluslararası hukukta hangi kuralların *jus cogens* karaktere sahip

[227] WHITEMANN, s. 625- 626.
[228] TUNKIN, G.: s. 117. *Jus cogens* kuralların kapsamına ilişkin olarak ayrıca bkz. CRIDDLE– FOX-DECENT, s. 368.
[229] ZEMANEK, s. 1116.
[230] *"Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law",* Report of the Study Group of the International Law Comission Finalized by Martti Koskenniemi", A/CN.4/L.682, 13 April 2006, s. 189. Bundan böyle The ILC Fragmentation Report olarak anılacaktır.
[231] The ILC Fragmentation Report, s. 190.

olduğu üzerinde çoğu yazarın ve yargı kararlarının uzlaştığı kurallar bulunmaktadır. Genel olarak, kuvvet kullanma yasağı, soykırım, insanlığa karşı suç, savaş suçları ve insancıl hukukun diğer temel ilkeleri, işkence yasağı, kölelik yasağı, deniz haydutluğu ve terörizm genelin üzerinde uzlaştığı *jus cogens* kurallardır.[232] İşbu kuralların *jus cogens* statüsüne haiz olmasının gerekçesi olarak da; uluslararası *opnio juris'in* işbu suçların uluslararası örf ve adet hukuku statüsünü yansıttığının kabul edilmesidir. Söz konusu kuralları düzenleyen antlaşmaların lafzının, kuralların daha üstün bir değere sahip olduğunu göstermesi, devletlerin çoğunun işbu suç ve yasakların yer aldığı uluslararası antlaşmaların tarafı olması, işbu suçlarla ilgili olarak *ad hoc* uluslararası soruşturma ve kovuşturmaların yapılıyor olması, kuralların *jus cogens* niteliğini destekleyen hususlar olarak kabul edilebilir.[233]

Görüldüğü üzere *jus cogens* kuralların varlığının hem doktrin hem de devletler bakımından kabulü, günümüzde konuya ilişkin temel sorunsal olmaktan çıksa da, kapsamına ilişkin tartışmalar süregelmektedir. Ancak hangi kuralların *jus cogens* kural olduğu hususu tümdengelim ile değil; tek tek belli örnekler verilerek tümevarım yöntemi ile çözülmeye çalışılmaktadır. Söz konusu durum da, hangi

---

[232] ALEXIDZE, s. 260; ANLAR GÜNEŞ, s. 140; BASSIOUNI, Cherif: "*International Crimes: Jus Cogens and Obligation Erga Omnes*", Law and Contemporary Problems, Vol. 59, No. 4, 1996, s. 68, dn. 20; EBOE- OSUJI, Chile: *"State Immunity, State Atrocities and Civil Justice in the Modern Ero of International Law"*, Can. Y. B. Int'l L., Vol. 45, 2007, s. 235; COLANGELO, Anthony: *"Jurisdiction, Immunity, Legality and Jus Cogens",* Chicago Journal of International Law, 2013, Vol. 14, 2013, s. 73; KNUCHEL, s. 153; LINDERFALK, 2009, s. 963; O'CONNELL, s. 97; PARKER, Karen – NEYLON, Lyn Beth: *"Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights"*, Hastings Int'l&Comp. L.Rev., Vol. 12, 1988 – 1989, s. 430 – 443; WEATHERALL, s. 443.
Bazı yazarlar uyarınca, kuvvet kullanma yasağının, bünyesinde meşru müdafaa gibi bir istisna içermesi ve self-determinasyon hakkının kullanılması ya da insancıl müdahale gibi konseptlerde kuvvet kullanımına tolerans gösterilmesi, kuvvet kullanma yasağının *jus cogens* kural olarak kabul edilmesini etkisiz kılmaktadır. GREEN, s. 255; KLABBERS, Jan: **International Law**, Cambridge University Press, The UK, 2013, s. 61. Aksi görüş için bkz. KAHGAN, Carin: *"Jus Cogens and the Inherent Right to Self-Defense",* ILSA J. Int'l & Comp. L., Vol. 3, 1996 – 1997, s. 826 – 827; WEATHERALL, s. 436.

[233]BASSIOUNI, s. 68.
Savaş hukukuna ilişkin bazı antlaşmaların yürürlüğe girmemesi veya devlet için bağlayıcılık kazanmaması, onların hukuki değerlerini ortadan kaldırmaz. TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur: **İnsancıl Hukuka Giriş**, Beta Yayınları, 2006, İstanbul, s. 11-12.

kuralların gerçekten *jus cogens* kural olduğu, hangi kuralların *jus cogens* kural olduğunun iddia edildiği; ama genel kabul görmediği hususlarında kafa karışıklığına sebep olmaktadır. Buna rağmen, uluslarası toplumun genelinin kabul ettiği üzere ağır insan hakları ihlalleri, uluslararası suçlara vücut veren ciddi insancıl hukuk ihlalleri, kuvvet kullanma yasağı ihlalleri ve deniz haydutluğu gibi faaliyetlerin *jus cogens* kural olarak yasaklandığını söylememiz mümkündür.

II. *JUS COGENS* KURALLARIN ULUSLARARASI HUKUKUN DİĞER KAYNAKLARI İLE İLİŞKİSİ

A. Genel Olarak

Uluslararası hukukun kaynakları arasında, bir hiyerarşi bulunmamaktadır, bu nedenle uluslararası hukukun kuralları arasında bir çatışma halinde hangi kaynağın öncelikle uygulanacağı klasik çatışma kurallarıyla çözülür.[234] Fakat *jus cogens* kurallar, söz konusu çatışma kurallarının da ötesinde bir etkiye sahip olarak, uluslararası hukukun sıradan kaynaklarının sadece uygulanmasını değil, uluslararası hukuktaki varlığını etkilemektedir. Bu niteliği itibariyle de, *jus cogens* kuralların kapsamı kadar, hukuki etkisi de önem arz etmektedir. Ancak *jus cogens* kuralların uygulanması, uluslararası hukukta emredici hukuk kurallarını yaratacak üstün bir yasama organı olmadığı için problematiktir.[235]

---

[234] SHAW, 2008, s. 125.

[235] BANKAS, s. 266.

Jenks'in de belirttiği üzere; iki norm arasındaki çatışma iki farklı antlaşmanın tarafının, antlaşmaların ayrı ayrı öngördüğü iki yükümlülüğü aynı anda yerine getirememesi halinde ortaya çıkar. *Wolfram Karl* uyarınca ise, antlaşma kuralları arasındaki uyuşmazlık, iki ya da daha fazla antlaşmanın öngördüğü yükümlülüklerin bir arada yürütülememesini ifade etmektedir. *Sadat- Akhavi* uyarınca da normatif uyuşmazlık, iki farklı kuralın bütün yükümlülüklerinin yerine getirilememesi halidir. *Czaplinski - Danilenko*'ya göre de, iki farklı antlaşmaya taraf olan bir devletin antlaşmanın birinden doğan yükümlülüğünün, diğerinden doğan yükümlülüğüne aykırı olmasını ifade etmektedir. Sonuç olarak iki kuralın çatışması, yukarıdaki yazarların da belirttiği üzere, antlaşmalardan doğan bir

Bazı yazarlar uluslararası hukuk kurallarını birincil ve ikincil düzen kuralları olmak üzere ikiye ayırmaktadır. *Jus cogens* kurallar bakımından birincil düzen kuralları, hukukçuların atıfta bulunduğu gibi uluslararası hukukun emredici hukuk kuralları olarak adlandırılmakta ve *jus cogens* kuralların maddi içeriğini teşkil etmektedir. İkincil düzen kuralları ise, birincil düzen kurallarının nasıl uygulanacağını gösteren usuli kurallardır. İkincil düzen kuralları, uluslararası hak ve yükümlülüklerin kullanımı esnasında oluşan uyuşmazlıklara ilişkin kurallar öngörür.[236] İşbu durumda *jus cogens* kurallar birincil düzen kuralları olarak kabul edilirken, *jus cogens* kuralların hukuki etkisine ilişkin kurallar, uluslararası hukukun diğer sıradan kuralları ile aynı görülür.

Jus cogens kuralların hukuki etkisine ilişkin yaklaşım farkı, *jus cogens* kuralların hem uluslararası hukukun diğer kuralları arasındaki yeri hem de diğer kurallar üzerindeki hukuki etkisi bakımından farklı yaklaşımlar doğurmaktadır. Çalışmamızın işbu bölümünde ilgili hususlar ele alınacaktır.

B. *Jus Cogens* Kuralların Uluslararası Kaynaklar Bakımından Yeri

Jus cogens kuralların uluslararası hukuktaki kaynakları arasındaki yeri bakımından da farklı yaklaşımlar söz konusudur. Öncelikle çalışmamızın şekli kaynaklar kısmında da belirttiğimiz üzere, *jus cogens* kural kavramının kendisi asli-şekli kaynak olarak uluslararası antlaşmalar ile uluslararası örf ve adet hukuku kurallarından ayrılmaktadır. Dolayısıyla uluslararası hukukta *jus cogens* kurallar şeklinde ayrı bir kategorinin varlığını yadsımak mümkün gözükmemektedir.

---

yükümlülüğün başka bir antlaşmadan doğan yükümlülüğe aykırı olması halidir. Tartışma için bkz. LINDERFALK, 2009, s. 966.

[236] LINDERFALK, 2009, s. 963.

Klasik uluslararası hukukun kaynakları bakımından da, kaynaklar arasında belli bir hiyerarşi olmadığı ve hepsinin aynı seviyede uygulanageldiği ifade edilmektedir. Ancak kaynakların arasında asli-tali kategorizasyonu yapıldığı ve aslında kaynakların bağlayıcılığı bakımından bir farklılaşma oluşturulduğu aşikardır. Dolayısıyla kaynaklar arasında mutlak bir eşitlikten bahsetmek mümkün gözükmemektedir.[237]

Diğer taraftan uluslararası hukukta sıradan uluslararası kurallar arasında hiyerarşik bir sıralama olmasa bile, birbirine üstün kurallardan bahsetmenin de mümkün olduğu ifade edilmektedir. Örneğin, BM Şartı'nın 103. maddesinin emredici niteliğe haiz ve uluslararası hukukun diğer kurallarına üstün olduğu savunulmaktadır. Aynı şekilde özel kuralların genel kurallara, sonradan çıkan kuralın önceki kurala üstünlüğü de, yine sıradan uluslararası hukuk kuralları arasında uygulanan hususlardır. Bu nedenle de uluslararası hukuk kurallarının hiyerarşik olarak üstte olmasının salt, kaynağın kendisinden değil, içeriğinden kaynaklandığı ifade edilmektedir.[238] İşbu noktada uluslararası hukukta hiyerarşinin varlığını reddetmek, uluslararası çatışma kurallarının varlığı karşısında çelişki oluşturmaktadır.[239]

Ancak gerek BM Şartı'nın 103. maddesi gerek özel/genel kural ve önceki/sonraki kural ayrımlarına bakarsak, söz konusu uygulamaların, sıradan uluslararası kurallar arasında bir çatışma kuralı olduğunu görürüz. Çatışma kuralları aynı konuda uygulanabilecek birden fazla kuralın varlığı halinde hangi kuralın

[237] İşbu sebeple *jus cogens* kuralların uluslararası antlaşmalar ya da uluslararası örf ve adet hukukudan doğması da mümkün değildir. JANIS, s. 360.
Uluslararası kamu düzeninde yer alan hiyerarşi, uluslararası kamu düzeni ile alakalı olup, uluslararası hukuktaki çatışma kurallarından farklılık arz etmektedir. ORAKHELASHVILI, s. 9.
[238] KOLB, , s. 76 -77; SUY, 2011, s. 1229.
[239] KASTO, s. 33- 34.

öncelikle uygulanması gerektiğini düzenleyen kurallardır; dolayısıyla kurallar arasında bir üstünlüğe değil, somut uyuşmazlıkta hangi kuralın uygulanacağına ilişkin bir çözüm sunmaktadır.[240]

Hiyerarşi, kurallar arasında bir derece farkı yaratıp bir kuralın başka bir kurala uygun olarak düzenlenmesi gerektiğini, kendinin üstündeki kurala aykırı olamayacağını ve aykırılığın da belli bir yaptırıma tabi olduğunu ifade eder. Hâlbuki çatışma kuralları, kurallar arasında böyle bir bağlam kurmaz. Dolayısıyla da, kurallar arasındaki hiyerarşi, onun hem organik hem de maddi içeriği ile yaratılmış olur. Uluslararası hukuk kurallarındaki işbu hiyerarşi, maddi içerik ile anlaşılabilir, ancak maddi içeriği yukarıda yer veridiğimiz çatışma kurallarından farklıdır.[241]

Jus cogens kurallarla uluslararası hukukun diğer kaynakları arasında, özellikle hiyerarşik ilişki bakımından tartışma yürütüldüğü görülmektedir. *Jus cogens* kuralların, özellikle hukuki etkisi bakımından, diğer kaynaklar nezdinde, hiyerarşik olarak üstün olduğunu kabul eden yaklaşımlar ile hiyerarşik ilişkiyi reddeden yaklaşımlar bulunmaktadır. Bunun yanında son olarak, *jus cogens* kuralları birincil ve ikincil kurallar kategorisine ayırarak, *jus cogens* kural yasağının kendisini düzenleyen kuralın hiyerarşik olarak üstün olduğunu ancak hukuki etkisini düzenleyen hukuki kuralın ise, sıradan bir uluslararası hukuk kuralı olduğunu ifade eden yaklaşımlar mevcuttur.[242]

Öncelikle uluslararası hukuktaki kaynaklar arasında hiyerarşi yaratma eğilimine katılmanın mümkün olmadığını, çünkü hiyerarşide kurallar arasındaki

[240] The ILC Fragmentation Report, s. 17 – 20, para. 21 – 26.
[241] The ILA Fragmentation Report, s. 185, para. 367.
[242] LINDERFALK, s. 372.
Bazı yazarlar, *jus cogens* kuralların kapsamını genişletme eğilimindeyse de, *jus cogens* kuralın kapsamını tayin etmek yanında işbu yasağa aykırılık halinde kuralların hukuki etkisinin ne olacağı genelde gözden kaçırılmaktadır. RUBIN, s. 272.

seviye farkının ve bağlayıcılığının, kuralın organik unsuru ile ilintili olduğu ifade edilmektedir. Yani kurallar arasındaki hiyerarşi onu yapan organa göre şekillenmektedir. Uluslararası antlaşmalar ve uluslararası örf ve adet hukuku kuralları hukuki bağlayıcılık olarak aynı seviyededir. Sadece kuralların niteliği ve uluslararası toplum tarafından kabul görmesi, söz konusu kuralların bağlayıcılığı bakımından bir ipucu verebilir.[243] Uluslararası hukukta da hukuk kurallarını yaratanın tek bir süje olması dolayısıyla, kaynaklar arasında hiyerarşi yaratılması da mümkün olmayacaktır.[244] Nitekim uluslararası hukukta açıkça *jus cogens* kuralları hiyerarşik olarak üst sıraya koymamaktadır. Çünkü uluslararası hukukun diğer kurallarından farklı olarak, *jus cogens* kuralları özellikle düzenleyen spesifik kural ya da kaynak yoktur.[245]

Uluslararası hukukta *jus cogens* kurallar ayrı bir hukuk düzeninde kendine özgü farklı bir kategori oluştursa da, işbu durum *jus cogens* kuralların sıradan kurallara üstün olduğu sonucuna yol açmayacağı ifade edilmektedir.[246] *Jus cogens* kuralların işbu varsayımsal üstünlüğü kendisine riayet yükümlülüğü ya da varlık sebebi gibi emprik kriterlerle açıklanamaz. Bu nedenle de *jus cogens* kurallara ulvi bir değer atfetmenin yerinde olmadığı savunulmaktadır.[247]

Ancak uluslararası toplumun tümü bakımından önem arz eden bazı kuralların, uluslararası hukuk düzeninde özel bir yere sahip olması gerektiği eğilimi daha yaygındır.[248] İşbu görüşü açıklamak için her hukuk sisteminin, uluslararası hukuk da dâhil olmak üzere, kurallar arasında hiyerarşiyi gerektirdiği ifade edilmektedir. İlgili

[243] ALEXIDZE, s. 259.
[244] DENK, 2001, s. 52, dn. 25.
[245] HANNIKAINEN, 1984, s. 11.
[246] VIDMAR, 2013, s. 25.
[247] ONUF, N.G.- BIRNEY, Richard K.: *"Peremptory Norms of International Law: Source, Function and Nature"*, Denv. J. Int'l L. & Pol'y, Vol. 4, 1974, s. 189.
[248] CZAPLINSKI, W. – DANILENKO, G.: "s. 5.

yaklaşım doğal hukuk teorisinin bir sonucudur. Bunun yanında 19 yy.da uluslararası hukuk bakımından benimsenen pozitivist yaklaşım, doğal hukuku terk etse de; ahlaka ve eşitliğe aykırı antlaşmaların batıl olacağı anlayışının hakim olması dolayısıyla, doğal hukuk ilkelerinin de uluslararası hukuk bakımından benimsendiği söylenebilir.[249] Dolayısıyla söz konusu kurallar bakımından hiyerarşik bir düzenin olduğu kabul edilebilir.[250]

Bir kuralın başka bir kuralı geçersiz kılması, ancak *jus cogens* kural ile diğer uluslararası kurallar arasında hiyerarşinin varlığı halinde söz konusu olabilecektir.[251] *Jus cogens* kuralların uluslararası hukukun diğer kurallarından üstün olması, devletlerin bu yöndeki iradelerinden değil, *jus cogens* kuralların özü itibariyle amir nitelikte olmasından kaynaklanmaktadır.[252] Söz konusu hiyerarşik karakter, kendisi ile ihtilaf halinde olan kuralı geçersiz kılma sonucuna yol açacaktır.[253]

Nitekim UHK'nin raporunda da 1969 tarihli VAHS'nin 53. maddesinin bizzat kendisinin, çatışma kuralı oluşturmadığı, *jus cogens* kural kavramının tam manasıyla hiyerarşik olarak bir üst kural olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla antlaşmalar ve *jus cogens* kurallar arasında uyuşmazlık çıktığında, antlaşmanın geçersiz sayılıp hiçbir hukuki etkisinin olmaması gerekmektedir.[254]

Normlar hiyerarşisi, uluslararası toplumda yapısal değişime neden olacak niteliktedir. Çünkü *jus cogens* kuralların hiyerarşik niteliği, özellikle bireylerin

[249] FORD, s. 153, dn. 34'ten atfen. Remarks of Antonio de Luna, Summary REcords of the 17th Session, 828th Meeting.
[250] Klasik ve modern doğal hukuk akımı, hukuku normatif birim ve seviyeler arasındaki ilişkilerden türeyen bir sistem olarak tanımlamıştır. Temel insan hakları, *jus cogens* kurallar ya da emredici hukuk kuralları gibi erga omnes etkiye sahip kuralların varlığı ve koruduğu değerler dolayısıyla, kurallar arasında bir hiyerarşi olduğu varsayılır. KOSKENNIEMI, Martti: *"Hierarchy in International Law",* EJIL, Vol. 8, 1997, s. 566.
[251] HERNANDEZ, s. 28; The ILC Fragmentation Report, s.16, para.19.
[252] ORAKHELASHVILI, s. 78.
[253]ORAKHELASHVILI, s. 8; VILLAGER, s. 669
[254] The ILC Fragmentation Report, , s. 184; para. 365 – 366.

korunma mekanizması bakımından ortaya çıkar ve sadece devletler arasındaki ilişkilerle sınırlı kalmayıp bireylere ilişkin uluslararası hukuk mekanizmalarında da kendini gösterir. *Jus cogens* kuralların getirdiği mutlak bir yükümlülük aslında devletin yararına değil, insan hakları ve insancıl hukuk ile ilişkisi bakımından bireylerin yararınadır.[255] Ayrıca *jus cogens* kurallar ile sıradan kurallar arasında hiyerarşi yaratılması, bireylere yarar sağlayan işbu kuralların gereksiz bir mite dönüşmesine değil, kurallar arasındaki çatışmaların çözülerek açık bir koruma mekanizmasına vücut verecektir.[256]

Görüldüğü üzere, uluslararası hukuk bakımından hiyerarşi ilişkisini açıklarken, kaynak tezini kullanmak yine fayda sağlamayacaktır. Nitekim *jus cogens* kurala, niteliğini veren husus da, ortaya çıktığı kaynaktan ziyade, ona atfedilen değerdir.[257] *Jus cogens* kuralların sahip olduğu değerler karşısında, uluslararası toplumda egemen eşitlik ilkesinin varlığını ileri sürerek uluslararası hukukun hiyerarşik kuralların yaratılmasına elverişli olmadığını söylemek mümkün gözükmemektedir.[258] Özellikle uluslararası hukuk düzeninde *jus cogens* karakterli kuralların girmesi ile birlikte, kurallar arasında hiyerarşik bir düzenden bahsetmenin mümkün ve bunun uluslararası hukuk düzeni bakımından bir ilk olduğu ifade edilmektedir. Uluslararası hukuk düzeninde bir hiyerarşi öngörülmesi de, uluslararası hukukta gözle görülür bir ilerleeye işaret etmektedir. [259]

Nitekim uygulamada da *jus cogens* kuralların uluslararası hukukun diğer genel kurallarına üstün olduğu genel inancının varlığına ilişkin yeterince kanıt

[255] TERAYA, s. 939; YARDWOOD, 2006, s. 21.
[256] MERON, s. 22.
[257] ORAKHELASHVILI, s. 81, dn. 46 ve 47.
[258] DENK, 2001, s. 52.
[259] CASSESE, s. 2.

bulunmaktadır. *Jus cogens* kuralların üstünlüğü EYUCM tarafından, Amerikalararası Komisyon tarafından ve çeşitli yazarlarca kabul edilen bir husustur.[260]

Örneğin EYUCM *Prosecutor v. Furundzija* kararında, *jus cogens* kuralların uluslararası toplumdaki değeri ve uluslararası hukukta normlar hiyerarşisindeki yeri bakımından bir değerlendirme yapılmıştır. Buna göre, *jus cogens* kuralların koruduğu değerlerin önemi dolayısıyla, uluslararası antlaşmalar ile uluslarası örf ve adet hukuku gibi sıradan uluslararası hukuk kurallarından daha üst derecede yer aldığı ifade edilmiştir.[261] Aynı şekilde UHK tarafından hazırlanan Uluslararası Hukukun Parçalanması Raporu'nda da, *jus cogens* kuralların, hiyerarşik olarak üstün olduğu ve söz konusu durumun çatışma kurallarından da farklılık arz ettiği ifade edilmiştir. Çünkü *jus cogens* kuralların sıradan bir uluslararası antlaşmaya olan hukuki etkisi, antlaşmanın uygulanmaması değil; batıl olmasıyla hukuki etkisinin tamamen ortadan kalkmasıdır.[262]

Son olarak *jus cogens* kurallar bakımından yapılan birincil düzen ve ikincil düzen kurallar ayrımına değinmek yerinde olacaktır. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere, söz konusu ayrımda *jus cogens* kuralların kendisini düzenleyen kural birincil düzen kural olarak nitelendirilmekte ve hiyerarşik olarak diğer kurallardan üstünlüğü kabul edilmektedir. Ancak *jus cogens* kuralların hukuki etkisini muhteva eden

[260] ORAKHELASHVILI, s. 340.
[261] *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case No. IT-95-17/1, Trial Chamber II, at 260, 10 December 1998, para 153
[262] The ILC Fragmentation Report, s. 184, para 365.
Söz konusu hiyerarşi, antlaşma ile kurulmuş olup, emredici kurallara aykırı olarak akdedilen antlaşmaların hukuki etkisini bozmak amacı taşımaktadır. Örneğin BM Şartı'nın 103. maddesi uyarınca, BM Şartı'ndan doğan yükümlülükler diğer antlaşmalardan doğan yükümlülüklere üstün tutulmakta, ancak işbu kurala aykırlık antlaşmalar üzerinde geçersizlik gibi bir etki doğurmamaktadır. Bu bakımndan hiyerarşik olarak üstün olduğu ifade edilen normun, ihlale izin verip vermediği tam olarak net değildir. SZTUCKI, 1974, s. 97.

kurallar da ikincil düzen kuralları olarak adlandırılıp, söz konusu kuralların uluslararası hukukun diğer kurallarıyla aynı seviyede olduğu ifade edilmektedir.[263]

Jus cogens kurallar olumlu devlet davranışlarını düzenlemekle sınırlı olup, söz konusu kurallar ihlal edildiğinde hangi sonuçlarla karşılaşılacağı özel olarak öngörülmemektedir. Birincil davranış kuralları ve ihlalin sonuçlarını düzenlenyen ikincil kurallar iki farklı dereceye sahiptir. *Jus cogens* kuralların temel amacı adaletsizliği önlemektir. İhlal gerçekleştiği zaman, devletler zararı tazmin etme yükümlüğü bakımından pek imkâna sahiptir, ancak uluslararası örf ve adet hukuku kuralları buna ilişkin özel bir emir vermekten imtina etmektedir.[264]

Jus cogens kuralların, diğer kaynaklar arasındaki yerini açıklamak bakımından yapılan işbu ayrım eleştirilmekte, amaçsız ve kendi kendisiyle çelişme olarak nitelendirilmektedir.[265] Nitekim kendisine böyle güçlü etki verilen bir normun uygulanmasına ilişkin kurallara diğer sıradan uluslararası kurallar gibi bir değer atfedilmesi, anlam ifade etmemektedir.[266] Dolayısıyla *jus cogens* kuralların varlığını düzenleyen kural ile hukuki etkisini düzenleyen kural arasında böylesine bir ayrım yapmak yerinde değildir. Çünkü *jus cogens* kuralın bizzatiği kendisi, hukuki etkisi ile birlikte düzenlenmekte ve uluslararası hukuktaki kaynaklar arasındaki yeri de işbu hukuki etki ile bağlantılandırılmaktadır.

---

[263] *Jus cogens* ile hiyerarşik olarak daha alt kategoride olan kurallar arasında uyuşmazlık ilişkisi yoktur. İşkence yasağı gibi *jus cogens* karaketere sahip kurallar, birincil kurallar olarak davranışı düzenlenmektedir. Ancak söz konusu yasağı içeren kuralın kendisi, ihlallere karşı başvurulabilecek hukuki yolları bizzat öngörmemektedir. Nitekim işbu durum Birleşmiş Milletler İşkence ve diğer Kötü Muamelelerin Yasaklanması Sözleşmesi'nde de de işkenceyi önlemek adına özel önlemlerin ayrıca düzenlenmesi ile teyit edilmiştir. TOMUSCHAT, s. 1138.

[264] TOMUSCHAT, Christian: *"The Case of Germany v. Italy before the ICJ",* içinde **Immunities in the Age of Global Constitutionalism** (PETERS, Anne- LAGRANGE, Evelyne- OETER, Stefan, TOMUSCHAT, Christian ed.), BRILL, The Netherlands, 2014, s. 90 - 91.

[265] LINDERFALK, s. 376 – 377.

[266] ORAKHELASHVILI, s. 80.

Sonuç olarak kanımızca, uluslararası hukukun kaynakları UAD Statüsü'nün 38. maddesinde sayılanlardan ibaret olmayıp, *jus cogens* kural da uluslararası hukukta ayrı bir kaynak olarak varlığını sürdürmektedir. Bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı ya da hukukun genel ilkesi içeriği ve koruduğu değerler sebebiyle *jus cogens* kurala dönüşebilir. İlgili bu durum ise, *jus cogens* kuralların ayrı bir kaynak olarak varlığını etkilemeyecektir. Sadece, tıpkı bir uluslararası antlaşmanın uluslararası örf ve adet hukuku kuralına ya da bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralının uluslararası antlaşma kuralına dönüşmesi gibi, kaynakların kesişme alanını ortaya koymaktadır.

1969 tarihli VAHS'nin 53. maddesi, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, *jus cogens* kuralın uluslararası hukuk düzenindeki varlığını teyit eden normatif bir kuraldır. *Jus cogens* kurallar 1969 tarihli VAHS'nin 53. maddesinden bağımsız olarak, uluslararası hukukta bir asli-şekli kaynaktır. Aynı zamanda uluslararası hukukta hem koruduğu değerler dolayısıyla hem de diğer kaynaklar üzerindeki hukuki etkisi dolayısıyla, diğer kaynaklardan hiyerarşik olarak üstün bir şekilde varlığını sürdürmektedir. Ancak *jus cogens* kuralların hiyerarşik üstünlüğü kanımızca, iç hukuktaki kurallar arasındaki hiyerarşiden farklıdır. Çalışmamızın bu bölümünde *jus cogens* kuralların kendine has bu üstünlüğü ele alınacaktır.

C. *Jus Cogens* Kurallara Aykırılık

1. Uluslararası Hukukun Kaynakları Bakımından

Jus cogens kuralın kendisi hem uluslararası hukuk kurallarının oluşum aşaması bakımından hem de oluşan hukuk kurallarının, hukuk dünyasında varlığını devam ettirebilmesi açısından önem arz etmektedir. *Jus cogens* kurallar, içeriği dolayısıyla

aslında, devletlere öncelikle, uluslararası kaynakların oluşumunda, *jus cogens* kurala aykırı davranmama yükümlülüğü yüklemektedir ve yasaklayıcı bir işlevi vardır.[267] İşbu durumda devletlerin birbirleriyle iki taraflı ve çok taraflı antlaşma yapma iradeleri tamamen serbest değildir; söz konusu antlaşmaların içeriğinin *jus cogens* kurallara aykırı olmaması gerekmektedir.[268]

Söz konusu yükümlülüğe rağmen, *jus cogens* kurallara aykırı bir uluslararası antlaşmanın akdedilmesi ya da uluslararası örf ve adet hukuku kuralının oluşumu ise, aykırı kaynağın batıl olması yaptırımına vücut verecektir.[269] Çünkü *jus cogens* kuralların uygulanması ve hukuki etkisi uluslararası toplumun çıkarını etkilemektedir.[270] Nitekim *jus cogens* kuralların hukuki etkisi, 1969 VAHS'ın 53. maddesiyle de kendisine aykırı antlaşmaları batıl kılacak şekilde düzenlenmiştir. *Jus cogens* kuralın hukuki işlemlere etkisi, bir kuralın *jus cogens* kural olarak kabul ettiği anda doğmaya başlayacak; kendinden önce yapılmış antlaşmalara etki etmeyecektir.[271]

Bilindiği üzere, antlaşmanın geçersiz sayılma yöntemleri yokluk ve butlan olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir antlaşmanın hangi yöntemle geçersiz kılınacağı önemlidir, çünkü antlaşmanın yoklukla geçersizliğini ileri sürmek ile butlan ile geçersizliğini ileri sürmek arasında yöntem ve sonuçları bakımından farklar vardır.

---

[267] KACZOROWSKA, s. 49; TOMUSCHAT, 2015, s. 357.
[268] MAGALLONA, s. 529; Von VERDROSS, s. 55. DENK, Erdem: *"Uluslararasi Antlasmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar",* AÜSBFD, Sayi: 56, C. 2, s. 44.
[269] *Violation* ile *derogation* arasında aslında belli nüanslar vardır. Buna göre, ihlal kuralın içeriğine uygun olmayan somut faaliyetler olarak tanımlanırken; tadil etme, bir normative rejimin başka bir normative rejimle değiştirilmesini, taraflar arasında genel kuralın yerine özel bir kural tesis etmeyi ifade eder. ORAKHELASHVILI, s. 73. Ancak kanımızca *jus cogens* kural kavramı bağlamında *derogation*- tadil - hem rejimin kendi ile aynı nitelikte olmayan bir kuralla değiştirilememesi, hem de değiştirilmeye teşebbüs edilmesi halinde, kuralın ihlaline vücut vermesi şeklinde anlaşılmalıdır.
[270] ORAKHELASHVILI, s. 71.
[271] Report of the of the International Law Commission on the Work of its Eighteenth Session, 4 May - 19 July 1966, s. 249.

Yokluk, bir hukuki işlemin, öngörülen kurucu unsurlardan birine uygun olamaması halinde, söz konusu işlemin yapılmamış, hukuken doğmamış sayılmasıdır.[272] Yoklukta ifade ettiğimiz üzere, ortada doğmuş bir işlem olmadığı için, iptali gerekmez. Butlan ise, mutlak ve nisbi olarak ikiye ayrılmaktadır. Mutlak butlan, hukuk düzeninin çok temel kavramına aykırı olan, mutlaka ortadan kaldırılması gereken işlemdir. Söz konusu işlem, kendiliğinden geçersiz olmaz; gerekli yargı yerine başvurmak gerekir. Mutlak butlanda sadece işlemden etkilenen şahıs değil, herkes iptal için yargı yerine başvurabilir. Nisbi butlanda ise; yararı hukuki işlemce korunan kişinin hakkının çiğnenmesi söz konusudur. Bu nedenle söz konusu işlemin iptali için sadece ilgili işlemin tarafları başvurabilir.[273]

Yukarıdaki bilgiler uyarınca, 1969 tarihli VAHS'nin geçersizliğe ilişkin maddelerini değerlendirmek önem arz etmektedir. Nitekim söz konusu mesele, Sözleşme'nin hazırlık aşamalarında oldukça tartışılmış; UHK raporunda 53. maddede öngörülen geçersizlik yaptırımının mutlak butlan olduğu ifade edilmiştir.[274]

1969 tarihli VAHS'nin 53. maddesi ile 64. maddesi, *jus cogens* kurallara aykırı antlaşmaların batıl olduğunu ifade etmekle yetinmiştir; buna karşın bir antlaşmanın nasıl batıl kılınacağına ilişkin prosedür, 65. maddede düzenlenmiştir. 65. madde uyarınca antlaşmanın geçersizliğini ileri süren taraf bunu karşı tarafa yazılı olarak bildirecektir. Karşı taraf üç ay içinde itiraz etmezse, itiraz eden tarafın önerdiği tedbir uygulanabilecektir. Ancak karşı taraf itiraz ederse, Birleşmiş Milletler Şartı'nın 33. maddesi uyarınca uyuşmazlıkların barışçıl yolla çözülmesine ilişkin usuller uygulanacaktır. Ancak söz konusu prosedürlerden de on iki ay içinde bir sonuç

[272] GÖZLER, Kemal: **Hukukun Temel Kavramları**, 8. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2011, s. 172.
[273] PAZARCI, 2009, s. 81 - 82.
[274] ROZAKİS, s. 102, dn. 14'ten atfen.

alınamaz ise, *jus cogens* kurallara aykırılık nedeniyle taraflar ya hakeme ya da UAD'ye başvuracaktır.[275]

Söz konusu prosedür sonucunda batıl olan antlaşmalar hiçbir hüküm doğurmayacaktır.[276] Taraflar *jus cogens* kurallara aykırı olan antlaşmanın hüküm ve sonuçlarını mümkün olduğunca bertaraf edecek, antlaşmadan sonra oluşan *jus cogens* kurallar bakımından ise, ilgili tarafların icra yükümlülüğü ortadan kalkacaktır.[277]

Özetle sözleşmede öngörülen düzenlemeler uyarınca konuya ilişkin şunları söylemek mümkündür[278]:

- Antlaşmaların geçersizliğinin tespiti zorunlu bir prosedüre tabi tutulmuştur, otomatik değildir.
- Antlaşmaların geçersizliğine ilişkin sistem sadece, sözleşmeye taraf olanlar tarafından yürütülebilir, *erga omnes* bir yükümlülük olarak öngörülmemiştir.
- Hukuka aykırı bir antlaşmanın düzenlemeleri ayrılamaz, gerçekten *jus cogens* kurallara aykırılık oluşturduğu tartışılmaksızın ve istisna götürmeksizin antlaşmaların bütün düzenlemeleri geçersiz olur.
- Geçersiz olan bir antlaşmanın yol açtığı tüm hukuki sonuçlar ortadan kalkar.

Jus cogens kurallara ilişkin tartışmaların çoğu, *jus cogens* kuralların karmaşık hukuki etkisi üzerine yoğunlaşmaktadır. Çünkü devletlerin bir kısmı tarafından kabul edilen hususlar (güçlü sivil toplumun ve bağımsız yargının olduğu liberal demokrasiler), başka devletlerce kabul edilmemektedir (uluslararası baskıya tepki

[275] 1969 VAHS, madde 66/I.
[276] 1969 VAHS, madde 69.
[277] 1969 VAHS, madde71.
[278] ROZAKIS, s. 108.

gösteren otoriter devletler).[279]

1969 tarihli VAHS'nin gerek 53. maddesindeki düzenleme, gerek 64. maddesinde öngörülen prosedür uyarınca, antlaşmaların *jus cogens* kurallara aykırılık sebebiyle geçersizliğinin niteliği tartışma konusu olmuştur. Şöyleki 1969 tarihli VAHS'yi akdedenler, antlaşmaların *jus cogens* kurallara aykırılık gerekçesiyle batıllığının yalnızca UAD tarafından hüküm altına alınmasıyla söz konusu olabileceğini kabul etmişlerdir. [280] Söz konusu durumda, geçersizlik hali otomatik olarak devreye girmeyecektir. Bu nedenle bazı yazarlar geçersizliğin yürürlüğe girmesi için bir UAD kararına ihtiyaç duyulması düzenlemesinin, *jus cogens* kurallara aykırılığı nisbi butlan haline getirdiğini ileri sürmektedir.[281] Nitekim, *jus cogens* kuralların kendisine aykırı her normu otomatik olarak geçersiz kılmadığı için, tümdengelim karakterinin ve dolayısıyla da hukuki işlem yapma etkisinin mutlak olmadığı ileri sürülmektedir.[282]

Söz konusu nisbi butlan argümanlarının bir diğer boyutu da, geçersizliğe ilişkin prosedürün kimler tarafından yürütülebileceğidir. Bilindiği üzere mutlak butlanla geçersizlik herkes tarafından ileri sürülebilirken, nisbi butlan sadece antlaşmanın taraflarınca ileri sürülebilmektedir. 1969 tarihli VAHS'nin ilgili prosedürünün yalnızca taraflarca mı yoksa tüm devletler tarafından mı ileri sürülebileceği yine tartışma konusu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Jus cogens kurallara aykırılık dolayısıyla antlaşmanın batıllığını sadece antlaşmaya taraf devletlerin mi yoksa bütün devletlerin mi ileri süreceğine dair

[279] STEPHAN, Paul B.: *"The Political Economy of Jus Cogens",* Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 44, 2011, s. 1074.
[280] FORD, s. 168- 169.
[281] Nitekim *Pazarcı* da, 1969 VAHS'de öngörülen prosedürün nisbi butlan olduğunu ifade etmiştir. Bkz. PAZARCI, 2009, s. 82.
[282] FOCARELLI, s. 445.

soruna ilişkin görüş bildiren çok fazla devlet yoktur. Söz konusu meseleye ilişkin görüş bildiren devletler ise, bütün devletlerin işbu aykırılığı ileri sürebilceceği görüşündedir.[283] *Stucki* uyarınca, Viyana Konferansı'ndaki delegasyonlar, bütün devletlere *jus cogens* kurala aykırılığı ileri sürme hakkının verilmesi görüşünü desteklemişler ya da *jus cogens* kurala aykırılığın salt antlaşmanın taraflarınca ileri sürülmesi görüşüne karşı çıkmışlardır.[284] *Rozakis'in* bildirdiğine göre de çoğu devlet, işbu *erga omnes* talebi, yani bütün devletler tarafından ileri sürülebilmesi hakkını desteklemişler; ancak bazı devletler ilgili hakkın yorumunun antlaşmaların güvenliği ve devlet egemenliğini zedelemesi bakımından endişelerini dile getirmişlerdir.[285]

Gaja, Rozakis, Diaconu, Sztucki, Nicoloudis, Ronzitti, Tomuschat'ın da desteklediği 65. maddenin yorumu ile ilgili hâkim olan görüş uyarınca, *jus cogens* kurallar ile antlaşma arasında çıkan ihtilafta, antlaşmanın batıllığının sadece antlaşmanın taraflarınca ileri sürülebileceği ifade edilmiştir.[286] Ancak *Hannikainen* işbu görüşe katılmayarak, ilgili yorumun Sözleşme'nin *jus cogens* kural ile ilgili düzenlemelerine aykırı olduğunu ifade etmekte, bir antlaşmanın *jus cogens* kurallara aykırılık dolayısıyla geçersizliğinin, antlaşmanın tarafları dışındaki diğer devletler tarafından da ileri sürülebilmesini savunmaktadır.[287]

Orakhelashvili de, *jus cogens* kuralların uluslararası toplumda sahip olduğu değerler dolayısıyla, kurallara aykırılığın mutlak butlanla batıllığı sonucuna vücut vermesi ve devletlerin tümü tarafından ileri sürülebilmesi gerektiğini

[283] HANNIKAINEN, 1984, s. 179.
[284] SZTUCKI, s. 129- 130.
[285] ROZAKIS, s. 116.
[286] HANNIKAINEN, s. 294, dn.6'dan atfen.
[287] HANNIKAINEN, s. 296.

desteklemektedir.[288] Şöyle ki; normalde geçersizlik sebeplerinin devletlerin çıkarlarını korumak için getirilse de, 1969 tarihli VAHS'de yer alan 64. madde sadece devletlerin değil, uluslararası toplumun tümünün çıkarını korumayı amaçlamaktadır. Bu nedenle de 64. madde, özel bir kamu düzeni – zorunlu geçersizlik düzeni öngörerek, söz konusu geçersizlik sebebini, devlet iradelerinden vareste tutmuştur.[289] Aksi durum *jus cogens* kuralları soyut bir düzenleme haline getirmekte ve *jus cogens* kuralların etkin bir şekilde uygulanmasına gölge düşürmektedir.[290]

Jus cogens kurala aykırılığın, uluslararası antlaşmalara etkisinin tartışıldığı birkaç somut duruma rastlamak mümkündür. Ancak, söz konusu durumların, *jus cogens* kurallara aykırılığa ilişkin prosedürün uygulanmasına yönelik tartışmaları tam anlamıyla açıklığa kavuşturduğu söylenemez.

Öncelikle bir *jus cogens* kural olarak kuvvet kullanma yasağına aykırılık, özellikle Kıbrıs sorununda Garanti Antlaşması'nın geçerliliğine ilişkin olarak tartışılmıştır. Çünkü Kıbrıs Cumhuriyeti 1964 yılında, BM Güvenlik Konseyi'nde 1960 tarihli Garanti Antlaşması'nın IV. maddesinin *jus cogens* kurallara aykırı olduğu ve Turkiye'ye dolaylı olarak askeri güç kullanma yetkisi verdiğini iddia etmiştir. Antlaşma'nın 4. maddesi uyarınca; *"Üç garantör güçün her biri, İşbu antlaşma ile yaratılan düzenin yeniden kurulması münhasır amacı ile harekete geçme hakkını saklı tutar."*[291] Ancak BM Güvenlik Konseyi'nde Kıbrıs'ın *jus cogens* kurallara ilişkin argümanı tartışılmamış; onun yerine ilgili maddenin kuvvet

[288] ORAKHELASHVILI, s. 147, 149.
[289] ANLAR GÜNEŞ, s. 135; DENK, s. 66 – 67; ROZAKIS, s. 174- 175.
[290] PAULUS, s. 304 - 305.
[291] Antlaşmanın orijinal metni için bkz. http://www.mfa.gov.cy/mfa/mfa2006.nsf/All/484B73E4F0736CFDC22571BF00394F11/$file/Treaty%20of%20Guarantee.pdf et: 01.05.2016.

kullanma kurallarını genel olarak ihlal edip etmediği tartışılmıştır.[292] Konsey bünyesinde yapılan tartışmalarda, Türkiye, İngiltere, ABD, Fransa ve Norveç, bir antlaşmanın ortadan kaldırılması yetkisinin yalnızca devletlerin iradesinde olduğunu iddia etmişlerdir.[293]

BM Güvenlik Konseyi'nin konuya ilişkin 4 Mart 1964 tarihli kararında, hukuka aykırılığın tespitinden ziyade, Kıbrıs'taki barış ve güvenliğin korunması amacı vurgulanmıştır.[294] *Toluner*'e göre; Garanti Antlaşması'nın IV. maddesi, BM Şartı'nın 51. maddesi uyarınca meşru müdafaa hakkı kapsamında değerlendirilmelidir. Çünkü söz konusu maddeyle işbu üç devlet Kıbrıs Cumhuriyeti toplumunun eşitliği ve ortaklığı esasına dayalı egemen, bağımsız, ülkesi bütün bir Kıbrıs Devleti'nin varlığını kendi hak ve çıkarları olarak görmektedir. İşbu hak ve çıkarlara aykırı faaliyetler, niteliği itibariyle meşru müdafaa hakkına vücut verebilecektir. Söz konusu maddenin, meşru müdafaa hakkı kapsamı içinde değerlendirilmesi de, *jus cogens* kurallara ayrılığı tartışmasını bertaraf edecektir.[295] Ayrıca Özersay da, Antlaşma'nın kuvvet kullanma yasağına ve self-determinasyon hakkına ayrılık teşkil etmemesi nedeniyle, jus cogens kurallara aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.[296]

Bunun yanında İran, Sovyetler Birliği ile imzaladığı 1921 Dostluk Antlaşması'nı tek taraflı feshederken, Antlaşma'nın *jus cogens* kurallara aykırılığına

---

[292] UN Docs. S/PV.1094 – S/PV. 1104, Feb.17 – Mar. 17, 1964; GREEN, s. 250, dn. 177'den atfen; 79. 19 U.N. SCOR (1098th mtg.) at para. 95, U.N. Doc. S/PV.1098 (1964).
80. REISMAN: *"Termination of the USSR's Treaty Right of Intervention in Iran*", Am. J. Int'l L., Vol. 74, 1980, s. 151 – 153.
[293]TOLUNER, Sevin: **Kıbrıs Uyuşmazlığı ve Milletlerarası Hukuk**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1977, s. 196.
[294] UN Security Council Official Records, 1098th meeting, para. 95, U.N. Doc. S/PV. 1098, 1964.
[295] TOLUNER, s. 205, dn. 124.
[296] ÖZERSAY, Kudret: **Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme,** Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Araştırma Dizisi No: 32, Ankara, 2009, s. 198 – 203.

dayanmıştır.[297] Aynı şekilde pek çok Arap devleti, David Kampı mutabakatlarının geçersiz olduğunu bildiren 1979 BM Genel Kurul kararını desteklemek için , *jus cogens* kurallara aykırılık tezini savunmuşlardır. Onlara göre, Mısır'ın İsrail'e karşı ortak savunma yükümlülüğünü bertaraf etmesi, Arap Ligi Güvenlik Paktı'na aykırılık teşkil etmektedir.[298]

Görüldüğü üzere, 1969 tarihli VAHS, *jus cogens* kuralların uluslararası antlaşmalar üzerindeki etkisini düzenlemiştir. Oysa ki uluslararası hukukun kaynakları arasında uluslararası antlaşmalarla aynı etkiye sahip uluslararası örf ve adet hukuku kuralları ve hukukun genel ilkeleri de bulunmaktadır. *Jus cogens* kuralların uluslararası hukuk düzenindeki varlık amacını göz önüne aldığımızda, sadece uluslararası antlaşmalarla sınırlı kalmayacağı; *jus cogens* kuralların gayet tabi uluslararası örf ve adet hukuku kurallarına da etki edeceği savunulmaktadır. Ancak bu etkinin nasıl gerçekleşeceği konusunda 1969 tarihli VASH doğal olarak sessiz kalmaktadır. Ayrıca hiçbir devlet de, *jus cogens* kurallara aykırı uluslararası antlaşmaların geçersizliği dışında kuralların hukuki etkisine ilişkin açık bir görüş bildirmemiştir.[299] Uluslararası hukuk düzeninde sadece İtalyan ve Yunan ilk derece mahkemeleri, devletin yargı bağışıklığına ilişkin uluslarası örf ve adet hukuku kuralının *jus cogens* kurallara aykırı olması dolayısıyla, batıl olduğu sonucuna varmıştır. Ancak başka devletler bakımından, benzer uygulamaların varlığına rastlanmamıştır.[300]

Jus cogens kuralların, özel bir araç olmaktan ziyade, uluslararası hukukun bir ürünü olarak algılanması neticesinde, *jus cogens* kuralların zımni bir sınırlandırma

[297] REISMAN, s. 151 – 153.
[298] CHRISTENSON, s. 607, dn. 81'den atfen.
[299] HANNIKAINEN, s. 178.
[300] Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında karar ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

içermediği, dolayısıyla da her türlü işlem ve faaliyete uygulanabileceği sonucuna varılabilir. Başka bir deyişle, *jus cogens* kuralların sadece kendisine aykırı antlaşmalara değil, uluslararası örf ve adet hukuku kurallarına ve hatta her türlü hukuki işlem ve durum için hukuki etkisinin var olduğu kabul edilebilir.[301]

Ancak *jus cogens* kuralların uluslararası antlaşmaların dışında, hukuki etkiye sahip olabilmesi için, işbu hususun normatif olarak düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir.[302] Söz konusu durumda, 1969 tarihli VAHS'nin 53. maddesinin antlaşmalarla sınırlı kalması, *jus cogens* kurallara aykırılık yasağının sadece uluslararası antlaşmalar ile sınırlı olduğu yorumuna da vücut vermektedir.[303]

1969 tarihli VAHS'de yer alan düzenlemeler, *jus cogens* kural kavramını oldukça sınırlandırmaktadır. Dolayısıyla, daha geniş kapsamlı bir *jus cogens* kavramının kullanılması ve buna uygun düzenlemelerin getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca *jus cogens* kuralların sadece 1969 tarihli VAHS'de düzenlenen 53. ve 64. maddelerden ibaret görmek yeterli değildir. Çünkü ilgili maddelerin varlığı ile birlikte *jus cogens* kuralların etkinliği oldukça azalmış olacaktır. İşbu değerlendirmeler kapsamında, uluslararası toplumun *jus cogens* kuralların kapsamını sınırlandıran yaklaşımlardan arınıp, kuralların etkinliğini sağlayacak adımları atması gerekmektedir.[304]

---

[301] ORAKHELAHVILI, s. 206. KLABBERS, s. 61.
Her ne kadar, *jus cogens* kuralların uluslararası antlaşmalar dışında, diğer kaynaklar üzerindeki hukuki etkisi kabul edilebilirse de, işbu varsayımın iki kaynağın oluşumundaki farklılığı gözden kaçırdığı savunulmaktadır. VIDMAR, 2013, s. 14.
[302] LINDERFALK, 2011, s. 361.
[303] THOMAS, Katherine Reece – SMALL, Joan: *"Human Rights and State Immunty: Is There Immunity from Civil Liability for Torture?"*, Netherlands International Law Review, Vol. 50, Issue. 01, 2003, s. 13.
[304] GAJA, 1981, s. 289.

2. Devletlerin Faaliyetleri Bakımından

Jus cogens kuralların kapsamındaki işkence yasağı, kuvvet kullanma yasağı, soykırım yasağı vs. gibi, yasakları göz önüne aldığımızda, devletlerin kendi aralarında, açıkça işbu yasaklara aykırı nitelikte uluslararası antlaşma akdetmeleri gerçekçi görünmemektedir. Aynı şekilde *jus cogens* kuralları açıkça ihlal edecek bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralının oluşumu ise neredeyse imkânsızdır.[305] Ancak söz konusu kuralların ihlal edildiğine ilişkin dünyanın dört bir tarafından haberlerle kaşılaşmamız mümkündür. Bu nedenle *jus cogens* kuralların hukuki etkisine ilişkin tartışmaların, devletlerin tek taraflı hukuki işlemleri ve somut faaliyetleri bakımından da yürütülmesi gerekmektedir. Devletlerin, uluslararası toplumda, tek taraflı işlemlerinin ya da somut uygulamalarının da varlığı karşısında, *jus cogens* kuralların devletlerin faaliyetlerine etkisi de önem arz eder hale gelmektedir.[306]

Jus cogens kuralları, yukarıda da ele aldığımız üzere, sadece bir antlaşma metni içine hapsedersek; kuralların antlaşmalar hukuku dışında hiçbir uluslararası kaynağa etkisi olmadığını söylememiz gerekecektir.[307] Ancak *jus cogens* kuralları sadece normlar arası çatışma kuralı olarak değil; *jus cogens* adı altında düzenlenmiş uluslararası bir yükümlülük olarak görmek gerekmektedir.[308] Bu durumda *jus cogens* kuralların, sadece şekli ve birincil kaynakları değil; belli faaliyet, durum ve işlemleri de etkilemesi gerekmektedir. Nitekim 1969 tarihli VAHS'nin yer alan düzenlemelerin kodifikasyon çalışması olması dolayısıyla, *jus cogens* kuralın

[305] Benzer görüş için bkz. VIDMAR, 2013, s. 22; MERON, s. 14.
[306] ANLAR GÜNEŞ, s. 136; International Law Commission Report, 1999, UN doc. A/54/10, para. 306.
[307] ORAKHELASHVILI, s. 206.
[308] VIDMAR, 2013, s. 25.

antlaşmalar hukuku ile sınırlı olmadığı kabul edilmektedir. [309]

Jus cogens kuralları, uluslararası kamu düzeninin merkezine koyan bazı yazarlar, açıkça ya da zımni olarak, *jus cogens* kuralların eşit bir şekilde hem devletlerin akdedeceği uluslararası antlaşmalara hem de tek taraflı işlemlere uygulanacağını savunmaktadır.[310] Nitekim UHK'nın 1966 tarihli raporunda da, *jus cogens* kuralların kendisine aykırı her durum ve faaliyeti batıl kılan üstün hukuk kuralları olduğu ifade edilmiştir.[311]

Jus cogens kuralların hukuki etkisinin her alana yayılması gerektiğine ilişkin yaygın bir görüşten bahsetmek mümkündür. Ancak işbu durumda faaliyetlerin kapsamı da yazarlar tarafından ele alınmaktadır. Buna göre *jus cogens* kuralın antlaşmalar hukuku yanında, devletin sorumluluğu, devletlerin tanınması, feragat ve kabul, uluslararası örgütlerin faaliyetleri, devletlerin faaliyetleri vs. gibi devletlerin tek taraflı işlemlerini, hem de uluslararası ortamı etkileme amacı güden hak, durum ya da yükümlülüğün kazanımı, tashihi ve feragatını içeren yasama, idari ya da yargı faaliyeti gibi her türlü ulusal faaliyeti kapsadığı savunulmaktadır.[312] Ancak bunun yanında, devletlerin salt uluslararası ilişkileri yürütmek için ika ettiği ulusal işlemlerin, *jus cogens* kuralların denetimine tabi olması gerektiği de ileri sürülmektedir.[313]

[309] ORAKHELASHVILI, 2012, s. 866.
[310] SZTUCKI, 1974, s. 67, dn. 269.
Jennings, Crawford, Gaja, Meron, Nicoloudis, Pfluger gibi yazarlar, *jus cogens* kuralların hukuki etkisinin 1969 VAHS'den daha geniş olduğunu, salt uluslararası antlaşmaları değil devletlerin faaliyetlerini de içerdiğini savunmaktadır. Örnekler için bkz. ORAKHELASHVILI, s. 207, 214- 215; PAULUSs. 310 – 311.
[311] Yearbook of the ILC 1966, Vol. II, A/CN.4/SER.A/1966/ADD.12, s. 261.
[312] ORAKHELASHVILI, 2012, s. 867; PARKER – NEYLON, s. 416.
[313] ORAKHELASHVILI, s. 217.

Söz konusu yaklaşıma devlet uygulamalarında ve yargı kararlarında da rastlamak mümkündür. Örneğin devletlerin tanınmasına ilişkin tek taraflı işlemlerde *jus cogens* kurallara uygunluk önem arz etmekte; *jus cogens* kurallara aykırı bir şekilde bağımsızlığını ilan etmiş devletlerin tanınmaması yönünde bir eğilim görülmektedir. Nitekim Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin bağımsızlığını ilan ettikten sonra alınan BM Güvenlik Konseyi kararında işbu yaklaşım benimsenmiştir.[314] Yine aynı şekilde çekince koymaya ilişkin tek taraflı işlemin de *jus cogens* kurallara uygun olması gerektiğine ilişkin de bir eğilimin varlığı yadsınamaz.[315]

EYCHM'nin *Furundzija* kararında, *jus cogens* kuralların, devletlerin yasama, yargı ve idari faaliyetlerini hukuka aykırı hale getirebileceği ifade edilmiştir. Yani iç hukuk sujelerinin, direkt olarak uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklere uygun davranması gerektiği; *jus cogens* kurallara aykırı iç hukuk faaliyetlerinin batıl olması ve uluslararası toplumda tanınmaması gerektiği belirtilmiştir. Devletlerarası düzende, işkencenin *jus cogens* kural olarak yasaklanmış olması, işkenceye müsade eden ulusal, yasama, yürütme ve yargı faaliyetlerini hukuka aykırı kılacaktır. [316]

Amerikalararası İnsan Hakları Mahkemesi de, *jus cogens* kuralların salt antlaşmalar hukuku ile sınırlı olmadığını, *jus cogens* kuralların bütün faaliyetleri kapsaması gerektiğine ilişkin bir yaklaşım benimsemektedir.[317]

Jus cogens kuralların devletlerin tek taraflı işlemlerine ve faaliyetlerine de uygulanması gerektiği ifade edilse bile, devletlerin işlemlerinin kaynağının iç hukuk

[314] UN Security Council Resolution 541, S/RES/541 (1983), 18 November 1983. Ayrıca benzer görüş için bkz. See Opinion no. 3, of 4 July 1992, of the Arbitration Commission on Yugoslavia, s. 90.
[315] CASSESE, s. 4; LINDERFALK, s. 360 – 361.
[316] *Prosecutor v. Furundzija,* IT-95-17/1-T, Judgment, December 1998, s. 60. para. 155.
[317] *Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants,* Advisory Opinion, OC-18/03, s. 98, para. 99.

olması dolayısıyla *jus cogens* kuralların işbu işlemlere nasıl etki edeceği tartışma konusudur.[318] *Jus cogens* yasakların, devlet nezdinde, aykırılıktan kaçınma gibi negatif bir yükümlülük getirdiği aşikardır. Uluslararası hukuk ile iç hukuk ilişkisine bakıldığında, tek taraflı işlemin *jus cogens* kurallara aykırılığının iç hukukta mutlak butlanla batıllık gibi doğrudan bir etki yaratması söz konusu olamayacaktır. Bunun yanında devletin somut faaliyetiyle işbu negatif yükümlülüğün ihlali halinde, somut bir fiilin geçersiz olduğunu söylemek anlamsız hale gelecektir. Çünkü somut fiilin, bir kez ika edilmesinden sonra, geri alınması mümkün değildir.

Tek taraflı işlem ve faaliyetleriyle *jus cogens* kurallara aykırı davranan devlet, uluslararası sorumluluğa sahip olabilir; fakat bu durum, tek taraflı işlemin ve bu işlemin kaynağı olan iç hukuk işleminin batıl olması sonucuna yol açmaz. Dolayısıyla, tek taraflı işlemler üzerinde geçersizlik yerine iptal edilebilirlik yaptırımı uygulanması ve diğer devletlerin işbu işlemi tanımama hak ve yükümüne sahip olması gerektiği ifade edilmektedir.[319] Somut faaliyetin *jus cogens* kurallara aykırılık teşkil etmesi durumunda ise, devlete faaliyetin mağdurlar nezdinde sonuçlarını ortadan kaldıracak pozitif yükümlülükler verilmesi gerekecektir. Ancak işbu pozitif yükümlülüklerin varlığı ve kapsamı da tartışma konularından bir tanesi olup, çalışmamızın da ilerleyen bölümlerinde ele alınacak temel sorundur.

Jus cogens kurallara aykırılığın uluslararası hukukun kaynakları bakımından geçersizlik doğurması, devletlerin faaliyetleri bakımından ise uluslararası sorumluluğa yol açması *jus cogens* kurallara aykırılığın hukuki sonuçları olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim *jus cogens* kuralların, devletlerin sorumluluğu üzerinde de etkisi olduğu artık kabul edilen bir husustur. Devletlerin uluslararası

[318] MERON, s. 20.
[319] MERON, s. 21.

sorumluluğuna ilişkin 2001 yılında kabul edilen nihai metinde, yukarıda da yer verdiğimiz üzere, *jus cogens* kuralların ihlali ağır ihlal kabul edilerek, söz konusu ağır ihlallerin vücut bulması halinde, genel hukuki sonuçlar yanında, özel hukuki sonuçlar öngörülmüştür. Dolayısıyla *jus cogens* kuralların ihlali, diğer uluslararası hukuk kurallarının ihlalinden ayrı tutulmuş ve *jus cogens* kuralların ihlali için özel bir sorumluluk rejimi getirilmiştir.[320]

İşbu özel hukuki sonuçlar bakımından, *jus cogens* kuralı ihlal eden devlet, uluslararası sorumluluğa ilişkin, ihlale vücut veren eylemi durdurma, tekrarlamama ve onarma yükümlülüğüne sahip olması yanında, diğer devletlerin de ihlalin sona ermesi için uluslararası işbirliğinde bulunma, ihlali oluşturan eylemi meşru olarak tanımama ve bu durumun muhafazası için destek vermek/yardım yükümlülüğüne sahiptir.[321] Görüldüğü üzere, işbu uluslararası sorumluluğa sahip devletin onarma yükümü zarar gören devlete karşı olacaktır. Ancak *jus cogens* kurallara aykırı faaliyetleri nedeniyle zarar veren devletin, zarar gören bireyin zararını tazmin etme yükümünün varlığı tartışma konusudur.[322]

Başka taraftan uluslararası hukukun temel normlarını oluşturan ilgili maddelerin ihlali, uluslararası suçlara vücut verse de devletin bir tüzel kişilik olarak cezai sorumluluğu tartışma konusudur. Çünkü *jus cogens* kurallar, özel hukuka ilişkin değil, kamu hukukuna ilişkin kamu düzeni kurallarıdır. Dolayısıyla *jus cogens*

[320] DUPUY, s. 213 – 214.
[321] Ayrıntılı bilgi için bkz. ERKİNER, s. 243 – 249; UZUN, s. 108 – 110.
[322] Çalışmamızın ilerleyen bölümünde ayrıntılı ele alacağımız üzere, *jus cogens* kuralların hukuki etkisine binanen kurallara aykırı uluslararası antlaşma, uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının batıl olduğunu ya da jus cogen kural ihlallerine izin veren ya da öz yuman iç hukuk faaliyetlerinin hukuka aykırı ve meşru olmadığını kabul etmek kanımızca yeterli değildir. Önem arz eden husus potansiyel mağdurların, söz konusu iç hukuk işlemlerinin hukuka aykırılığını uluslararası ya da ulusal mahkemeler eliyle tespit ettirebilmesini ve bireyin söz konusu faaliyet nedeniyle uğradığı zararı tazmin edilebilmesini sağlayacak makenizmaların varlığıdır. Nitekim bu husus, EYCHM'nin *Furundzija* kararında da belirtilmiştir. *Prosecutor v. Furundzija,* IT-95-17/1-T, Judgment, December, 1998, s. 58, para. 151 - 152.

kurallara aykırılığın özel hukuk haksız fiil sorumluluğuna değil, kamu hukukuna ilişkin cezai sorumluluğa vücut vermelsi gerektiği savunulmaktadır. Cezai sorumluluğun bireylerin üzerinde olabileceği gibi devletler üzerinde de doğabileceği ifade edilmektedir.[323] Nitekim söz konusu sorumluluk rejimi Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin UHK Taslağı'nın eski 19. maddesiyle düzenlenmiş, ancak ilgili madde emredici kuralların ağır ihlali olarak 40. maddeyle değiştirilmiştir. İlgili değişiklik de devletler bakımından cezai sorumluluğun reddi olarak değerlendirilmektedir. [324]

Sonuç olarak *jus cogens* kurallarla ilgili kanımızca değerlendirilmesi gereken hususlar şunlardır: *Jus cogens* kuralların tespiti hususu, salt devletlerin tekelinde olmayıp, işbu duruma yargı kararları ve doktirinin de katkısı yadsınamaz. *Jus cogens* kuralların hukuki etkisi bakımından UAD'nin rolü aykırılığı tespit olmalı ve işbu tespite ilişkin başvuru zorunlu kılınmalıdır.[325] *Jus cogens* kuralların hukuki etkisi, salt antlaşmalar hukuku açısından değil, uluslararası toplumu etkileyen her türlü hukuki ve somut faaliyete de sirayet etmelidir. İşbu sirayet de, hem faaliyetin ikasından önce, *jus cogens* kurallara uygunluğun göz önüne alınması hem de faaliyet ika edildikten sonra *jus cogens* kurallara aykırılık teşkil ediyorsa, faaliyetin

[323] KASTO, s. 55.
Devletlerin cezai sorumluluğu, UHK nezdinde, tartışılmış ve devletlerin uluslararası hukuka aykırı fiilerinden dolayı hukuki sorumluluğu taslak metninin 19. maddesinde düzenlenmiştir. Uluslararası suçlar ve uluslararası haksız fiiller olarak düzenlenen maddede; uluslararası topluluğun menfaatlerinin korunması için gerekli çok asli bir uluslararası yükümlülüğün bir devlet tarafından ihlali halinde meydana gelen haksız fiilin uluslararası topluluğun geneli tarafından suç olarak kabul edilmesi hali, uluslararası suç olarak tanımlanmıştır. Bkz. ERKİNER, s. 232.
[324] ERKİNER, s. 226. Bunun yanında uluslararası suç yerine emredici normlardan doğan yükümülülük ihlali kavramının kullanılması köklü bir diğişiklik olarak adledilmemektedir. Çünkü, mevcut düzenleme ile de kuralın hiyerarşik olarak üstünlüğü vurgulanmış ve genel sorumluluk rejimi yanında özel sorumluluk rejimi düzenlenmiştir. ERTUĞRUL ELÇİN, 2010, s. 146; WYLER, Eric: *"From State Crime to Responsibility for Serious Breaches of Obligations Under Peremptory Norms of General International Law*", EJIL, Vol. 12, No.5, 2002, s. 1160.
[325] CASSESE, s. 2.

kendisinin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması, zarar gören bireylerin de zararlarının giderilmesi şeklinde yorumlanmalıdır.

Jus cogens kuralların, uluslararası hukuk ve iç hukuk düzenindeki kurallara, devletlerin ve diğer uluslararası süjelerin tek taraflı işlem ve faaliyetlerine etkisini yadsımak mümkün değildir. İşbu noktada çalışmamız bakımından önem arz eden husus, devletlerin *jus cogens* kurallara aykırı faaliyetlerinden dolayı doğan zararların tazminatı için yabancı devlete forum devletinde açılan davalarda devletin yargı bağışıklığının durumudur. Çünkü *jus cogens* kurallara aykırılık halinde, *jus cogens* kuralın hukuki etkisi olarak, yargı bağışıklığının kaldırılması gerektiği savunulmaktadır. Bu sebeple çalışmamızın ilerleyen bölümünde, devletin yargı bağışıklığı incelenerek, *jus cogens* kurallarla uluslararası yargı bağışıklığı kuralları arasındaki ilişki ele alınacaktır.

BÖLÜM II: ULUSLARARASI HUKUKTA DEVLETİN YARGI BAĞIŞIKLIĞI

I. GENEL OLARAK

İç hukuk sistemlerinde yargılamanın amacı, hak ihlallerine uğrayan bireye, ilkak-ı hakkı yasaklayarak ihlale karşı bir koruma mekanizması getirmektir.[326] Devlet bu şekilde, mağdurun taleplerini en uygun şekilde yerine getirmeye aracılık etmektedir.[327] Özel hukuk alanı bakımından devletin aracılık ettiği işbu himaye

[326] *Savigny'nin* görüşü için bkz. TAŞPINAR, Sema: "*Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu"*, Prof.Dr. Faruk EREM ARMAĞANI, TBB Yayını, No:8, Ankara, 1999, s. 761'den atfen.

[327] Yargılamanın kendiliğinden hak almanın ikamesi olduğunu savunan görüş için bkz. TAŞPINAR, s. 764.

Yargılamanın amacına ilişkin pek çok tartışma yapılmakta, özellikle iç hukuk medeni hukuk yargılamasına ilişkin pek çok görüş ortaya çıkmaktadır. Buna göre saf yargılamanın kendisine ilişkin kesin hükme ulaşmak dışında teorik olarak yargılamanın amacı; kendiliğinden hak almayı ikame etmek, hukuk barışını gerçekleştirmek veya korumak, maddi gerçeğe ulaşmak, adalete ulaşmak veya adaletli karar vermek, hukuk düzenini gerçekleştirmek, hakları korumak, tespit etmek veya

medeni usul vasıtası ile sağlanmakta, hukuki himayenin kendisi de maddi hukuk kuralları ile temin edilmektedir.[328]

Bağışıklık, *geniş* anlamıyla sorumsuzlukla aynı anlamdadır. Bağışıklık var olduğu sürece, yararlanana bir sorumsuzluk sağlar.[329] *Yılmaz*'ın hukuk sözlüğünde bağışıklık, bir yükümden muaf olma, bir yükümden ayrık tutulma olarak tanımlanmıştır.[330] Bağışıklığı dar anlamda tanımlamak da mümkündür. Söz konusu tanım bakımından bağışıklık bir ihlale karşı kanun yolunun harekete geçirilmesini önleme anlamına gelmektedir. Bağışıklıktan yararlananın kanun önünde bir sorumsuzluğu söz konusu değildir; sadece ihlalin sebep olduğu zararın mahkemeler aracılığı ile tamir edilmesini engeller.[331]

Görüldüğü üzere, bağışıklık, geniş-dar anlamına göre ikiye ayrılmaktadır. Bunun yanında usuli bağışıklık- maddi bağışıklık ayrımı yapılması da söz konusudur. Maddi bağışıklık, maddi kuralların kendisinden bağışık olmayı ifade

---

gerçekleştirmek gibi kavramlar üzerinden tartışılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. TAŞPINAR, s. 762-782. Ayrıca bkz. GAUL, Hans Friedhelm (çev. DEREN-YILDIRIM, Nevhis): *"Yargılamanın Amacı Güncelliğini Koruyan Bir Konu"*, içinde **İlkeler Işığıda Medeni Yargılama Hukuku** (YILDIRIM, Kamil der.), 3. Bası, Alkım, 2002, s. 87 – 109.

[328] ALANGOYA, Yavuz- YILDIRIM, Kamil – DEREN-YILDIRIM, Nevhis: **Medeni Usul Hukuku Esasları**, Beta, İstanbul, 2009, s. 4.

[329] GÜNDÜZ, Aslan: **Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı ve Milletlerarası Hukuk**, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1984, s. 20.

[330] YILMAZ, Ejder: **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 98.

[331] GÜNDÜZ, s. 21.

Devletlerin yabancı iç hukuk düzenine tabi olmasını engelleyen tek kurum bağışıklık değildir. Hükümet tasarrufu ve dava edilemezlik kurumları da devletlerin iç hukuk düzeninden muaf tutulmasını sağlayan kurumlardır. Ancak söz konusu kurumların dayandığı mantık birbirinden oldukça farklıdır. Ayrınrılı bilgi için bkz. FOX, Hazel -WEBB, Philippa: **The Law of State Immunity**, Third Edition, Oxford University Press, UK, 2013, s. 70 – 71; KARAGIANNAKIS, Magdalini: *"State Immunity and Fundamental Human Rights*", Leiden Journal of International Law, Vol. 11, Iss. 01, 1998, s. 15.

ederken; usuli anlamda bağışıklık, davalının mahkemelerde yargılanmasını önleme anlamındadır.[332]

Devletin yargılama yetkisi karşısında yabancı devletin tabi olduğu bağışıklık yargı bağışıklığıdır. Yargı bağışıklığı yanında cebri icra bağışıklığı ve tebligat bağışıklığı da devletin bağışıklığı üst başlığı altında yer alan diğer kavramlardır. Çalışmamızın temel amacı öncelikle yargı bağışıklığını ele almaktır. Bunun yanında, yargı bağışıklığı ile ilişkisini ortaya koymak bakımından cebri icra bağışıklığı ve tebligat bağışıklığı da ele alınacaktır. Söz konusu bağışıklıkların kapsamları, uluslararası pozitif düzenlemeler ve uluslararası örf ve adet hukuku temelinde ortaya konulacaktır. Ulusal düzenlemelere ve ulusal yargı kararlarına ise; yine uluslararası örf ve adet hukukunun oluşumu bakımından öneme sahip olan devlet uygulamalarını göstermesi bakımından yer verilecektir.

II. ULUSLARARASI HUKUKTA DEVLETİN YARGI BAĞIŞIKLIĞI

A. Genel Olarak

Uluslararası hukuk tarihinde yabancı devletin elçilerinin ya da hükümdarların şahsi bağışıklığından bahsedilse bile, devletin bağışıklığından bahsedilmemektedir.[333] Söz konusu dönemde hükümdarın devlet ile özdeşliği anlayışı; daha sonraki dönemlerde devletlerin de yargı bağışıklığına haiz olduğu fikrini ortaya çıkarmıştır. Nitekim *Gentili, Groitus, Bynkershoek* gibi hukukçular egemenin ve diplomatik

[332] House of Lords bünyesinde görülen *Jones v. Saudi Arabia* kararında Lord Bingham ile Lord Hoffman tarafından dile getirilmiştir. House of Lords, Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause, (2006) UKHL 26, 14 June 2006; GÜNDÜZ, s. 33.
[333] GÜNDÜZ, s. 41.

kişilerin şahsi bağışıklığının, devletin yargı bağışıklığının gelişiminde rol oynadığını ifade etmişlerdir.[334]

Bağışıklığa ilişkin somut uygulamaların kaynağı 19. yüzyıla dayanmaktadır. Söz konusu dönemde, bağışıklığın ele alındığı ilk örnek olarak 1812 yılındaki Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin aldığı *Sooner Exchange v. M'Faddon* kararı gösterilmektedir.[335]

Yargı bağışıklığına ilişkin çeşitli teoriler ileri sürülmektedir. Buna göre birinci teori, kralla imparatorluğun bir görüldüğü dönemde kralın sahip olduğu bağışıklığın, ilerleyen yüzyılda devlete de sirayet ettiğini kabul etmektedir. Çünkü modern devletin ortaya çıkışı ile birlikte, egemenlik belli bir aile ya da zümreden çıkıp, halka verilmiş ve halkın oluşturduğu devlet tüzel kişiliği yeni egemen halini almıştır. Egemenin el değiştirmesiyle birlikte, sahip olduğu ayrıcalıklar da el değiştirmiştir. Hükümdar bakımından öngörülen bağışıklık, bu kez yeni egemene yani devletin tüzel kişiliğine tanınmıştır.[336]

İkinci teori ise, devletler arası egemen eşitlik ilkesini kullanmaktadır.[337] Buna göre devletlerin, diğer devletler karşısında korunmasını sağlamak adına, egemen eşitlik ilkesinin bir gereği olarak, devletlerin birbirlerinin yargı yetkisinden vareste tutulması anlayışı benimsenmiştir.[338]

Devletler arasında eşitlik ilkesine dayandırılan devletlerin bağışıklığı,

---

[334] BADR, Gamal Moursi: *"State Immunity: An Analytical and Prognostic View*", Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, s. 9; VIVEKANANTHAN, Niranjini: *"The Doctrine of State Immunity&Human Rights Violations of Foreign States"*, Sri Lanka J. Int'l L., Vol. 8, s. 126.
[335] BADR, s. 10.
[336] BADR, s. 74; BIANCHI, Andrea: "*Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case"*, Euro. J. Int'l L., Vol. 10, Iss. 2, 1999, s. 262; The Report of the Trust Fund, s. 11; SHAW, Malcolm: **International Law**, Fourth Edition, Cambridge University Press, The UK, 1997, s. 492.
[337] The Report of the Trust Fund, s. 11-12.
[338] BANKAS, s. 12.

günümüzde halen daha varlığını sürdüregelmektedir.[339] Bağışıklık devletlere, devlet başkanlarına, diplomat ve konsoloslar gibi devlet ajanlarına ve uluslararası örgütlere verilmiştir. Söz konusu farklı aktörlere göre de bağışıklığın kaynağı, amacı ve istisnaları birbirinden farklılık göstermektedir.[340]

Günümüze gelindiğinde yargı bağışıklığının temeli, yukarıda da bahsettiğimiz üzere, "eşitin eşit üzerinde egemenliği olamaz" (*par parem non habet imperium*) ya da "eşitin eşit üzerinde yargı yetkisi olmaz (*par in parem non habet jurisdictionem*) ilkesine dayandırılmaktadır.[341] Dolayısıyla egemenlik, bağımsızlık, eşitlik ve onur gibi ilkeler, yargı bağışıklığını savunmak açısından dile getirilen kavramlardır.[342] İşbu niteliği ile de günümüzde dahi uygulanması gerekli bir kural olduğu ifade edilmektedir.[343] Bunun yanında, iç işlerine karışma yasağı karşısında yargı bağışıklığının sağlanması, davalı devletin egemenlik faaliyetleri hakkında karar vermesini engelleyici bir unsurdur.[344]

---

[339] HIGGINS, Rosalyn: "*Equality of States and Immunity from Suit: A Complex Relationship*", Netherlands Yearbook of International Law, Vol. 43, 2012, s.131.
[340] PETERS, s. 1.
[341]ÇELİKEL - Aysel - ERDEM, Bahadır: **Milletlerarası Özel Hukuk Genel Kurallar – Milletlerarası Özel Hukuk – Milletlerarası Usul Hukuku**, Beta, İstanbul, 2012, s. 568; KARAGIANNAKIS, s. 14; KİBAR, DARDAĞAN, Esra: *"Yargı Kararları Işığında Yabancı Devletin Yargı Bağışıkığı Alanında Güncel Gelişmelere Bakış"*, Akademik Yaşamının 55. Yılı Onuruna Rona Aybay'a Armağan, Legal Hukuk Dergisi, Aralık 2014, s. 680; NOMER, Ergin- ŞANLI, Cemal: **Devletler Hususi Hukuku**, Beta, Yenilenmiş 18. Bası, İstanbul, s. 407; ŞANLI, Cemal – ESEN, Emre – ATAMAN FÜGENMEŞE, İnci: **MİlletlerarasıÖzel Hukuk**, Vedat Kitapçılık, 4. Bası, 2015, s. 334.
[342] AYBAY, Rona: "*Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı*", TBB Dergisi, Sayı 72, 2007, s. 109; HAFNER, Gerhard - KOHLER, Ulrike: *The United Nations Conventions on Jurisdictional Immunities of States and Their Property"*, Netherlands Yearbook of International Law, Vol. 35, 2004, s. 4; MARASINGHE, Lakshman: "The Modern Law of Soverign Immunity", The Modern Law Review, Vol. 54, 1991, s. 666 – 667; YANG, Xiaodong: **State Immunity in International Law**, Cambridge University Press, UK, 2012, s. 12.
[342] SUN, Jin: *"The Linkage Requirement in Enforcement Immunity*", Chinise Journal of International Law, Vol.9, 2010, s. 58. Nitekim UHK da devletin yargı bağışıklığını ilgili ilkelere dayanarak açıklamaktadır. Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with Commentary, YILC (1980), Vol. 2, Iss. 2, s. 146, para. 22.
[343] FOX – WEBB, s. 405. İşbu niteliğiyle devletin yargı bağışıklığı, devletlerin birbirine müdahale etmesini bir yönüyle engelleyerek, devletler arasında diplomatik ilişkileri geliştirir.BANKAS, s. 68.
[344] VIVEKANANTHAN, s. 125.

Devletin egemenliğini esas alan bu görüşün yanında, yargı bağışıklığını kuvvetler ayrılığına bağlayan yaklaşımlar da görülmektedir. Buna göre, egemenin gücü ve yetkisi, yasama, idari ve yargı faaliyetleri ile kişilerin haklarını etkilemektedir. Bunlardan biri de yargılama yetkisidir. Yargılama ve icra yetkisi, kendi hukuk düzeni ile muhattap kişilerin, söz konusu düzenin gerektirdiği biçimde davranmayı ve davranmadığı takdirde söz konusu düzenin yargılama yetkisine konu olmayı gerektirir. Ancak burada temel sorun, iki eşit egemenin birbirlerinin hukuk düzeniyle muhattap oldukları zaman karşımıza çıkmaktadur. İlgili durumda da iki eşitin birbirini yargılaması, kesin olarak reddedilen bir husustur.[345] Nitekim yargı bağışıklığının temeli olarak egemenlik ve kuvvetler ayrılığını temel alan pek çok ulusal mahkeme kararına da rastlamak mümkündür.[346]

Yargı bağışıklığı egemenin bağışıklığından ayrılan bir yaklaşımla da açıklanmaktadır. Bunda özellikle devletlerin içerde yönetim sistemlerinde olan değişim ile uluslararası arenada devletlerarası ilişkilerin gelişmesinin etkisi olduğunu söylemek mümkündür. Öyle ki günümüz devletin yönetim yapısı içinde devleti yönetenlerin şahsi yargı bağışıklığı ile devletin kendisinin sahip olduğu yargı bağışıklığı iki farklı kategoriye ayrılmaktadır. Yönetenlerin sahip oldukları yargı bağışıklığı *ratione personae* olarak nitelendirilirken; devletin sahip olduğu yargı bağışıklığı ise *rationne materiae* olarak ifade edilmektedir.[347] Ancak en nihayetinde

[345] BANKAS, s. 34.
[346] CASSESE, Antonio: **International Law**, Second Edition, Oxford University Press, 2005, s. 99.
[347] KACZOROWSKA, s. 363.
Nitekim *Gündüz*, yargı bağışıklığının bağımsızlık, eşitlik ve egemenlik gibi temel prensiplerden çıkmadığı görüşüne katıldığını ifade etmektedir. Bİr kuralın geçerliliği ve varlığı bir kere kabul edildikten sonra, onu ortaya çıkaran Saiklerden bağımsızdır. Bağışıklık kuralının geçerliliği ve varlığı onu ortaya çıkaran saiklerden bağımsız olarak değerlendirmek gerekir Bağışıklığı cebri icra güçlüğü, kuvvetler ayrılığı, nezaket gibi sebeplerle açıklayan görüşler yetersizdir. Fakat bağışıklığı öngören kuralın ortaya çıkmasına katkıda bulunmuşlardır. Bkz. GÜNDÜZ, s. 92. Benzer görüşler için bkz. BROWNLIE, s. 327.

devlet ajanlarının yargı bağışıklığı, devletin yargı bağışıklığı ile, devlet egemenliğine ve devletin fonksiyonlarının bütünlüğünün korunması gibi aynı amaca hizmet etmektedir.[348]

Egemenlik ve eşitlik üzerinden yapılan açıklamalar yanında, bağışıklığın, uluslararası ilişkiler bakımından, var olan kuralların yorumu ve uygulanışından ziyade, doğal, mantıksal ve pratik nedenlerle ortaya çıkmış bir kurum olduğu da savunulmaktadır.[349] Yargı bağışıklığı, devletler arası ilişkilerin geliştirilmesi yararına, devletin yargı yetkisinden feragat etmesidir. İşbu yönüyle yargı bağışıklığı bir devlet tarafından başka bir devlete tanınan bir ayrıcalıktır.[350]

Son teori ise, yargı bağışıklığını devletlerin kendi ülkelerinde sahip oldukları mutlak ve münhasır egemenliğin bir sınırlandırması olarak nitelendirmektedir. Devletler normalde kendi ülke sınırları içinde mutlak surette egemendirler ve bu egemenliğin yansıması olarak da, kendi ülke sınırları içinde hukuki ve cezai yargılama yetkisine sahiptirler. Ancak devletler, kendileriyle aynı seviyede bulunan yabancı devletlere bağışıklık sağlayarak, kendi egemenlik yetkilerini sınırlanmış olmaktadırlar.[351] Ülke-dışılık olarak da adlandırabileceğimiz teori uyarınca; yabancı bir devlete karşı yargı yoluna başvurulması söz konusu olduğunda, milletlerararası hukukun yer bakımından yargı yetkisi ile egemenliğin başka bir devlet tarafından

[348] ORAKHELASHVILI, s. 328.
[349] YANG, s. 45.
[350] CAPLAN, Lee: *"State Immunity, Human Rights and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory*", American Journal of International Law, Vol. 97, 2003, s. 755; KALDUNSKI, Marcin: *"Law of State Immunity in the Case Concerning Jurisdictional Immunities of States (Germany v. Italy)"*, LAPE, Vol. 13, 2014, s. 64.
[351] HIGGINS, R.: "*Certain Unresolved Aspects of the Law of State Immunity"*, Neth. Int'l L. Rev., Vol. 29, 1982, s. 271; The Report of theTrust Fund, s. 12 – 13.

sınırlandırılamaması ilkeleri çatışmaktadır. Dolayısıyla devletin yargı bağışıklığı, ülkesel yargı yetkisinden vareste olma sonucunu doğurmaktadır.[352]

Devletin yargı bağışıklığı prensibi devletin davacı değil fakat davalı olduğu durumlarda söz konusudur.[353] Yargı bağışıklığı için aynı zamanda davalının forum devleti tarafından tanınmış bir devlet olması gerekmektedir. Bunun dışında yargı bağışıklığı iç hukuka ilişkin usuli bir engel olup, dava konusunun esasen maddi hukuka aykırılığını etkilemez. Bu nedenle dava konusuna ilişkin forum devletinin yargı yetkisi olabilir, ancak davalı tarafın devlet olması sebebiyle yargılamaya devam edilmesi söz konusu olamayacaktır. İşbu niteliğiyle de bağışıklık kurumu, yetkisizlik kurumundan farklılık arz etmektedir.[354]

Ayrıca, bağışıklık ilk inceleme meselesidir. İlk derece mahkemesi, davanın esasına geçmeden önce, devletin uluslararası hukuktan doğan yargı bağışıklığının varlığını tespit etmelidir. Mahkeme davalı devletin, yargı bağışıklığından feragat edip etmediğini ya da dava konusunun yargı bağışıklığının istisnalarına girip girmediğini tespit edecektir.[355]

Devletin yargı bağışıklığı cezasızlık sebebi de değildir. İşbu nedenle de bağışıklık ile cezasızlık arasındaki fark nettir.[356] İhlali gerçekleştiren yabancı devlet

[352] AKİPEK, Ömer İlhan: "*Ülke-Dışılık"*, AÜHFD, C. 24, S. 1, 1967, s. 28, 32 – 34; TURHAN, Murat Turgut: *"Yabancı Devletlerin Yargı ve İcra Bağışıklığı Ülkesellik İlkesi",* AÜHFD, Vol. 37, 1980, s. 513 – 521.
[353] ÇELİKEL - ERDEM, s. 567- 568.
[354] FOX-WEBB, s. 20-21.
[355] FOX-WEBB, s. 12.
[356] BARKER, J. Craig: *"Negotiating the Complex Interface between State Immuity and Human Rights: An Analysis of the International Court of Justice Decision in Germany v. Italy*", ICLR, Vol. 15, 2013, s. 422; FOX-WEBB, s. 82; McMENAMIN, Matthew: *"State Immunity Before The International Court of Justice: Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)"*, VUWLR, Vol. 44, 2013, s. 190.

üzerinde yargı yetkisini kullanılamasa bile, devletin ihlal nedeniyle sorumsuzluğundan bahsetmek mümkün değildir.[357]

Yargı bağışıklığı, kimi yazarlara göre, önceleri bir iç hukuk meselesi olup daha sonra sözleşmeler yoluyla uluslararası hukukun konusunu oluşturmuştur. Buna göre, devletlerin kendi iç hukuklarında sahip oldukları bağışıklıkla yabancı devletlere sağladıkları bağışıklık arasında da bir ilişki kurulmaktadır. Yapılan değerlendirmede devletlerin, iç hukuklarında kendilerine yargı bağışıklığı sağladıkları için; yabancı devletlere de yargı bağışıklığı sağladıkları ifade edilmektedir. Yine kendi bağışıklıklarının sınırlandırılmaya başlamasıyla birlikte, yabancı devletlere sağladıkları yargı bağışıklığını da sağlama yoluna gittikleri savunulmaktadır.[358]

Karşı görüşe göre ise, yargı bağışıklığı doğrudan uluslararası hukukta yer alan bir kuraldır.[359] Yargı bağışıklığı iç hukuk düzeninin yargı yetkisine getirdiği bir istisna olsa da, kaynağını uluslararası hukuktan alır. Uluslararası toplumun sahip olduğu değerler ve karşılıklılık ilkesi uyarınca, devletler kendi iç hukuk sistemlerinde, yargı bağışıklığını tanır ve sınırlarını oluşturur.[360] Sonuç olarak, bizim de katıldığımız üzere, uluslararası hukukun yargı bağışıklığına ilişkin kuralları, iç hukuk mahkemelerinin yargı yetkisi ve bağışıklığa ilişkin kurallarına etki etmektedir.[361] Dolayısıyla da, devletlere yargı bağışıklığı sağlama hakkı temelde iç hukuk düzenine ait değildir.[362]

---

[357] BROWNLIE, Ian: **Principles of Public International Law**, Oxford University Press, İngiltere, 2008, s. 324; GÜNDÜZ, s. 25.
[358] GÜNDÜZ, s. 32 – 33 .
[359] *Gündüz* söz konusu benzetmeye karşı çıkmakta; milli devletin yargı bağışıklığının çoğu defa maddi olduğunu, yabancı devletin bağışıklığının ise, usuli olduğunu ifade etmektedir. GÜNDÜZ, s. 48.
[360] GÜNDÜZ, s. 32- 33; FOX-WEBB, s. 83.
[361] FOX-WEBB, s. 85.
[362] KALDUNSKI, s. 69, 74.

B. Devletin Yargı Bağışıklığının Kapsamı

1. Devletin Mutlak Yargı Bağışıklığı

Yargı bağışıklığının varlığı yanında, söz konusu bağışıklığının kapsamını da ortaya koymak gerekmektedir. Başka bir söylemle, devletler tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerin niteliğinin yargı bağışıklığına ne derece etkisi olduğunu ele almak gerekmektedir. Söz konusu soru bizi, yargı bağışıklığı bakımından mutlak – sınırlı yargı bağışıklığı ayrımına götürmektedir.

Yargı bağışıklığının tartışıldığı ve kaynağını egemenden aldığı görüşünün hakim olduğu erken dönemlerde, devletlerin yargı bağışıklığının mutlak olduğu ifade edilmiştir.[363] Yani söz konusu dönemde bir devletin, başka bir devletin ulusal mahkemeleri önünde yargılanabilmesinin imkanı yoktur.[364] Yukarıda da belirttiğimiz üzere egemen eşitliğin bir yansıması olarak eşitler birbirini yargılayamaz ilkesi uyarınca, hiçbir koşulda devletlerin birbirlerini yargılayamayacağı yaklaşımı kabul edilmiştir.[365] Nitekim 19. yüzyılda Amerikan mahkemeleri eliyle kabul edilen mutlak yargı bağışıklığını yansıtan işbu yaklaşım, 20. yüzyılın başlarında İngiliz ve Fransız içtihatlarında da benimsenmiştir.[366]

Mutlak yargı bağışıklığını açıklamak adına en çok bahsi geçen karar 1812 yılında ABD'de verilmiş *Schooner Exchange v. M'Faddon* davasıdır. Söz konusu davada Yargıç *Marshall*, eşitlik ve mutlak egemenliğin bir devletin başka bir devletin yargı yetkisine tabi olmasını olanaksız kıldığını belirterek, devletin yargı

[363] Ayrıntılı bilgi için bkz. SHAW, s. 701 – 704.
[364] Nitekim devletin yargı bağışıklığına ilişkin yargı kararlarına rastlamak mümkündür. Konuya ilişkin en çok anılan karar Fransız Yargıtay'ı tarafından 1846 yılında verilen Casaux kararıdır. Bkz. AYBAY, Rona : *"Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı"*, TBB Dergisi, Sayı 72, 2007, s. 109; KLABBERS, s. 100.
[365] BADR, s. 10-14; HAFNER, – KOHLER, s. 4.
[366] BADR, s. 34. Ayrıntılı bilgi için bkz. MARASINGHE, s. 668 – 678.

bağışıklığının kapsamına ilişkin bir tespitte bulunmuştur.[367]

Mutlak yargı bağışıklığının benimsendiği 19. yüzyılın başı ve ortalarına kadar gelinen süreçte, yargı bağışıklığı sadece Amerika ve Avrupa devletleri eliyle gelişmiştir. Çünkü Asya devletleri I. Dünya Savaşı'ndan sonraki döneme kadar, Batılı devletler tarafından uluslararası toplumun süjesi olarak görülmemiştir.[368]

2. Devletin Sınırlı Yargı Bağışıklığı

Bağışıklığa ilişkin devlet uygulamaları açık olarak devletlere gerek egemenlik gerek egemenlik dışı tasarrufları için sınırsız olarak bağışıklık verilmesi şeklinde tezahür etmiştir. Ancak zamanla devletlerin bağışıklığı daralmaya başlamıştır.[369] Devletler mutlak yargı bağışıklığını uygulamaktayken, günümüzde devletlerin geneli sınırlı yargı bağışıklığı anlayışını benimsemiştir.[370]

19. yüzyılın sonlarında, akademik camiada, yabancı devlete yargı bağışıklığı tanınması meselesi, oldukça tartışılan bir mesele olmuştur. *Anzilotti* ve *Van Praag* gibi belli başlı yazarlar mutlak yargı bağışıklığı anlayışını desteklemişler; *Weiss* ve *De Vissher* gibi yazarlar ise sınırlı yargı bağışıklığı anlayışını savunmuşlardır.[371] Söz konusu dönemde, doktrinde ortaya atılan yaklaşım, devlet uygulamalarına da yansımış, 1857 yılında Belçika ve 1880 yılında da İtalyan Mahkemeleri kararlarında, yabancı devletlere mutlak yargı bağışıklığı tanınmasına karşı çıkılmıştır.[372]

---

[367] U.S. Supreme Court, *The Exchange v. M'Faddon,* 11 U.S. 7 Cranch 116 116 (1812), 1812.
[368] SUCHARITKUL, Sompong: *"Jurisdictional Immunities in Contemperary International Law from Asian Perspectives"*, Chinese Journal of International Law, Vol. 4, No.1, 2005, s. 8.
[369] ARSAVA, Füsun: *"Yabancı Mahkeme Kararlarının İcrası ve Devletlerin Yargı Bağışıklığı"*, TAAD, Cilt:1, Yıl:3, Sayı: 8, 2012, s. 5.
[370] The Report of the Redress Trust, "*IMMUNITY v. ACCOUNTABILITY: Considering the Relationship between State Immunity and Accountability for Torture and other Serious International Crimes*", UK, December 2005, s. 15.
[371] Van ALEBEEK, s. 15, dn. 13; BROWNLIE, s. 328.
[372] HAFNER-KOHLER, s. 5; HIGGINS, 2012, s. 132, dn. 10-11'den atfen; Van ALEBEEK, s. 14, dn. 7.

Anzilotti 1910 yılında kaleme aldığı makalesinde, eşitlik ve eşitlerin birbirini yargılayamayacağı ilkesinin sadece mutlak bağışıklık bakımından geçerli olabileceğini belirtmiştir. [373] Anzilotti'ye göre; mutlak ve sınırlı yargı bağışıklığı teorileri, karşılıklı birbirini dışlayan teoriler değildir, çünkü ikisi birden aynı derecede uygulanırlığa sahip değildir. Hem mutlak hem de sınırlı yargı bağışıklığı taraftarları, ilkelerin ötesine geçememek ve ilkelerde ısrar etmek bakımından ikna edici değildir. Sınırlı yargı bağışıklığı teorisi, mutlak yargı bağışıklığının egemen eşitlik ilkesi üzerinde kurulduğu yanlış varsayımından hareket ederek, mutlak yargı bağışıklığını egemen üzerinde yargı yetkisi kullanmak suretiyle sınırlandırma olasılığı üzerine kurulmuştur. Halbuki, develete yargı bağışıklığı sağlama yükümlülüğünün kaynağı, diğer bağışıklık türlerinden farklılık göstermemektedir. Burada esas soru, devletin başka bir devletin iç hukuk düzeninde yargılama konusu oluşturabilecek faaliyetlerinden dolayı, yargı bağışıklığı hakkına sahip olup olmayacağının tespitidir ve bu hak, devletlerin ortak iradesi ile tanınmalıdır.[374]

1933 yılında *E.W. Allen*, mahkemelerin giderek devletin yargı bağışıklığını devletin egemen faaliyetleri ile sınırlandırdığı sonucuna varmıştır. *Lauterpacht* ise 1951 yılında kaleme aldığı makalesinde, uluslararası hukukta devletlerin birbirine yargı bağışıklığı tanıması yükümlülüğü veren bir kural olmadığını ifade etmektedir. Yabancı devletin, devlet ve egemen olma niteliğinin ancak davanın konusunu oluşturan faaliyetin niteliğine göre göz önünde bulundurulması gerektiğini ileri sürmüştür. Sözleşmesel sorumluluk ya da haksız fiil sorumluğu gibi özel hukuktan doğan sorumluluklarda, devletlerin yargı bağışıklığından yararlanması gibi bir

[373] ANZILOTTI, D.: L'esenione degli stati stranieri dalla giurisdizione", 1910, RDI 477, ALEBEEK, s. 62, dn. 239 – 240'tan atfen.
[374] *Anzilotti* uyarınca *acta jure imperi* faaliyetler dolayısıyla bir devlet başka bir devletin iç hukuk düzeninde yargılanamaz. Söz konusu görüş, eşitlik ve devletlerin bağımsızlığı ilkelerine dayandırılmaktadır. Van ALEBEEK, s. 63.

durumun söz konusu olamayacağını ifade etmiştir.[375] Nitekim *Lauterpacht,* devletlerin sınırlı yargı bağışıklığına ilişkin uygulamalarının, sınırlı yargı bağışıklığının uluslararası hukuk nezdinde bağlayıcı bir kural haline geldiğini varsayacak kadar yaygın olduğunu savunmaktadır.[376]

Brownlie uyarınca, devletlerin bağımsızlığı ve eşitliği, iç hukuk mahkemelerinin yargı yetkisini etkilemektedir. Yargı bağışıklığı ile yabancı devletler, *lex fori* devletinin yargılama yetkisini kullanmak gibi kendi otoritesinden vareste tutulmakta, yalnızca yargı yetkisinin sınırlandırıldığı durumlar bakımından forum devletinin otoritesine maruz kalmaktadırlar.[377] *Brownlie'ye* göre, devletin bağışıklığı ulusal mahkemeler arasındaki yetki yarışına ilişkin uluslararası hukukun bazı ilkelerini yansıtmaktadır.[378]

Yargı bağışıklığı uzun bir zaman dilimi içinde mutlak yargı bağışıklığından sınırlı yargı bağışıklığına doğru evrilirken, sınırlı yargı bağışıklığı devletten devlete farklı uygulamalara tabi olmuştur. Devletlerin genelinin faaliyetin egemenlik ve ticari niteliğine göre ayrım yaptıkları gözlemlense de, iç hukuk mahkemeleri faaliyetlerin niteliğinin tespiti ya da söz konusu ayrımın uygulanması noktasında farklı standart ve yaklaşımlar benimsemişlerdir. İlgili durumda sınırlı yargı bağışıklığının tanımı ve nasıl uygulanacağı hukuken önem arz eder hale gelmiştir.[379]

Sınırlı yargı bağışıklığına geçiş süreci yukarıda da belirttiğimiz gibi, 20. yüzyılın başında Belçika ve İtalya Mahkemeleri ile başlamış; bunu İsviçre, Mısır,

[375] Van ALEBEEK, s. 63- 64.
[376] LAUTERPACHT, H.: "*The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States"*, BYBIL, Vol. 28, 1951, s. 220.
[377] Van ALEBEEK, s. 84.
[378] Van ALEBEEK, s. 65.
[379] FINKE, Japer: "*Soverign Immunity: Rule, Comity or Something Else*?", EJIL, Vol. 21, No. 4, 2010, s. 861.

Romanya, Fransa, Avusturya ve Yunanistan Mahmeleri izlemiştir.[380] Dolayısıyla yargı bağışıklığının sınırları 1857 yılından 1952 yılına kadar gelinen süreçte giderek değişmiş ve işbu değişim daha çok Avrupa devletleri kanalıyla gerçekleşmiştir.[381] Söz konusu süreç içinde, mutlak yargı bağışıklığını uygulayan devletler ise, işbu değişime itiraz etmemişlerdir. Dolayısıya uluslararası hukukta sınırlı yargı bağışıklığı uygulaması geniş bir kabul görerek yerleşik bir uygulama haline gelmiştir.[382]

Sınırlı yargı bağışıklığına dönüş Anglo Sakson devletleri bakımından da gerçekleşmiştir. Sınırlı yargı bağışıklığı başta ABD ve Birleşik Krallık olmak üzere, Avustralya, Kanada, Malezya, Pakistan, Güney Afrika, Singapur gibi devletler tarafından da benimsendiğini söylemek mümkündür.[383]

Türk Hukuku'nda gerek MÖHUK gerek Yargıtay'ın yaklaşımı uyarınca, devletlerin faaliyetlerini egemenliğe dayanan eylem ve işlemler ile devletin özel hukuk alanındaki eylem ve işlemleri olarak ikiye ayrılmakta; özel hukuk ilişkilerinden doğan davalara bakımından, devletlerin yargı bağışıklığı kabul edilmemektedir.[384]

Ancak mutlak yargı bağışıklığından sınırlı yargı bağışıklığına geçiş döneminde, bazı devletlerin halen daha mutlak yargı bağışıklığı anlayışını benimsediği görülmektedir. Doğu Bloku ülkeleri ile Asya, Afrika ve Latin Amerika

---

[380] ALLEN, E.W.: **The Position of Foreign States Before National Courts, Chiefly in Continental Europe**, The Macmillan Company, NewYork, 1933, s. 301, BANKAS, s. 26, dn. 93'ten atfen; BADR, s.21-34.
[381] BANKAS, s. 219; FINKE, s. 859; SINCLAIR, 1973, s. 266.
[382] FINKE, s. 861.
[383] FOX, Hazel (Ed: Malcolm D. Evans): **International Law**, Second Edition, Oxford University Press, 2006, s. 368.
[384] AYBAY, s. 120; Ayrıca bkz. 16.11.1989 T. YKD, Cilt XIV, sayı 6, 1990., Y. 10 HD, 14.10.1993 T. ÇELİKEL - ERDEM, s. 572'den atfen.

ülkeleri gibi gelişmekte olan devletlerin yargı bağışıklığının sınırlandırmadan ziyade, olduğu gibi uygulanması görüşünde devam etmişlerdir. Söz konusu devletlerin yaklaşımlarının da pek ala göz ardı edilemeyeceği ifade edilmektedir. [385]

En nihayetinde günümüzde genel kabul gören sınırlı yargı bağışıklığı yaklaşımı, devletlerin tüzel kişilik olarak ticari faaliyetlerde bulunmaya başlamaları ile ortaya çıkmıştır.[386] Devletler geleneksel rollerinden sıyrılarak ekonomik ve sosyal alana müdahil olmuşlar ve herhangi bir özel hukuk tüzel kişisi gibi faaliyette bulunmaya başlamışlardır.[387] Nitekim yabancı devletin egemenlik kudretinin uluslararası planda tanınmasının doğal sonucu olarak kabul edilen yargı bağışıklığı, devletlerin ekonomik hayata müdahalelerinin artması sonucunda mutlak niteliğini kaybederek, sadece belli kayıtlar altında geçerliliğini sürdürür hale gelmiştir. Yani yabancı devlete tanınan bağışıklık daraltılmıştır.[388]

Devletin özel hukuk kişisi gibi hareket etmeye başlaması ile birlikte, yargı bağışıklığını sınırlandırmak açısından devletlerin faaliyetlerinin niteliğini ortaya koymak önem kazanmıştır.[389] Sınırlı bağışıklık anlayışı ile birlikte, devlet "egemenlik" yetkisine dayanarak gerçekleştirdiği işlem ve faaliyetlerle ilgili uyuşmazlıklar bakımından yargı bağışıklığından yararlanmayı sürdürecek, ancak

[385] SUCHARITKUL, Bankas, s. 189, dn. 50 den atfen.
[386] ARSAVA, s. 6. FINKE, s. 858. O'KEEFE, Roger: *"State Immunity and Human Rights: Heads and Walls, Hearts and Minds",* Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol.44, 2011, s. 1030
[387] KİBAR DARDAĞAN, s. 680
Devletlerin ticari faaliyetlerde bulunması 20. yüzyılın ilk yarısında başlamıştır. Hatta kominist teori uyarınca devletler uluslararasu ticari faaliyetlerde bulunabilecek tek tüzel kişi olarak adledilmiştir. HAFNER-KOHLER, s. 4.
[388] KİBAR DARDAĞAN, s. 678.
Ancak bu durum da göstermektedir ki para, insan onurundan daha yüksek sesle konuşmaktadır. O'KEEFE, s. 1030; ayrıca bkz. GARNETT, Richard: "*The Defence of State Immunity for Acts of Torture"*, AUSTL. Y.B. INT'L L., Vol. 18, 1997, s. 97, 124.
[389] GÜNDÜZ, s. 26; FOX-WEBB, s. 51.

"devlet sıfatı" yerine sıradan bir özel hukuk kişisi olarak giriştiği işlem ve faaliyetlerinden dolayı devletlere yargı bağışıklığı tanınmayacaktır.[390]

Bunun yanında sınırlı yargı bağışıklığını açıklamak adına zımni feragat terorisi de ortaya atılmıştır. Teoriye göre, yabancı devlet ticari faaliyetlerde bulunduğu için, forum devletinin yargılama yetkisini gönüllü olarak kabul etmektedir. Ancak söz konusu teori, zımni iradenin varsayılması yargı bağışıklığını sınırlandırmak bakımından kabul edilebilir değildir. Çünkü feragat, ortaya konulan vakıalara dayanan açık bir beyan olmalıdır.[391]

Sınırlı yargı bağışıklığı teorisi bakımından mahkemelerin karşılaşabileceği en büyük sorun, yukarıda da belirttiğimiz üzere, devletlerin egemenlik ya da ticari faaliyetlerinin tam ve mekanik olarak ayırt edilmesinin mümkün olmamasıdır. Her bir iç hukuk mahkemesi söz konusu ayrımı yapabilmek için farklı gerekçeler kullanmakta ve farklı standartlar geliştirmektedir; ancak söz konusu kriterlerin genele uygulanırlığı yoktur. Bunun yanında pek çok iç hukuk mahkemesi, yargı bağışıklığının varlığını tespit etmelerini gerektirecek uyuşmazlıkla karşılaşmamıştır. Dolayısıyla devletlerin çoğu, Batılı devletlerce ortaya atılan sınırlı yargı bağışıklığını uygulamaktadır.[392]

Ancak bunun yanında gelişmekte olan devletlerin çoğu yargı bağışıklığında faaliyetin tespiti bakımından farklı yöntemlere başvurmaktadır. Çünkü söz konusu devletlerde, devletin sosyal ve ekonomik hayattaki varlığı, gelişmiş devletlere göre daha farklıdır. Gelişmekte olan devletlerde devletin tüzel kişiliği halen daha üstün konumdadır. Devlet organ ve işletmeleri hukuki otoriteye, mülkiyete ve temsil

[390] AYBAY, s. 110.
[391] Van ALEBEEK, s. 51; FOX-WEBB, s. 35- 36.
[392] BANKAS, s. 95.

yetkisine sahiptir. Kamu sektörü tamamen egemen tarafından yönetilmekte, ekonomik planlama ve faaliyetler egemen eliyle yürütülmektedir. Bu durumda gelişmekte olan devletler bakımından, egemen faaliyetleri ile özel hukuk faaliyetleri arasında bir ayrım yapmanın gereksiz ve yersiz olduğu ifade edilmektedir.[393]

Sınırlı yargı bağışıklığı yaklaşımını benimseyen devletler, somut uyuşmazlıkta devletin yargı bağışıklığına sahip olup olmadığını tespit etmek için, iki yönteme başvurmaya başlamışlardır. Söz konusu yöntemlerden birisi nitelik testi (nature test) bir diğeri de amaç testi (purpose test) olarak karşımıza çıkmaktadır. [394]

Faaliyetin niteliği yaklaşımını benimseyen devletler, devletin faaliyetinin öncelikle *acta jura gestionis* mi yoksa *acta jura imperii* mi olduğunun tespiti üzerinde durmuşlardır. Buna göre devletlerin işlem ve faaliyetleri, egemenlik faaliyetleri ile özel hukuk kişisi olarak yaptığı faaliyetler şeklinde ikiye ayrılmıştır.[395] Devletler egemenlik faaliyetlerinden dolayı başka bir devletin yargı yetkisinden bağışık olmakla birlikte, özel faaliyetleri nedeniyle yabancı devletin yargı yetkisine tabi olacaktır.[396] Dolayısıyla sınırlı yargı bağışıklığına doğru gidilen süreçte devletler, ticari faaliyetleri bakımından olmasa da egemen faaliyetleri bakımından bağışıklığa sahip olmaya devam edeceklerdir.[397]

Nitelik testi dışında bazı devletler, faaliyetin amacına bakılması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Örneğin faaliyet kamu yararına yapılmışsa, söz konusu faaliyet

---

[393] BANKAS, s. 95.

[394] PANHUYS, H.F. Van : *"In the Borderland Between the Act of State Doctrine and Questions of Jurisdictional Immunities"*, International and Comparative Law Quarterly, Vol.13, Iss. 04, 1964, s. 1196.
Sınırlı yargı bağışıklığının uygulanmasını tespit bakımından uygulanan testlerin hukuk kuralları ile ilgisi yoktur. Söz konusu testler, bağışıklığı uygulamak bakımından devletler tarafından benimsenmiş farklı standartlardır. HIGGINS, 2012, s. 138.

[395] CASSESE, 2005, s. 100; ÇELİKEL - ERDEM, s. 569.

[396] FINKE, s. 858.

[397] KLABBERS, s. 101; SÜRAL, Ceyda: **Uluslararası Özel Hukukta Yabancı Devletlerin Sınır Yargı ve İcra Muafiyeti**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 18 – 19.

egemenlik faaliyetidir ve bağışıklık uygulanmalıdır. Ancak devlet uygulamalarında, amaç testi olarak nitelendirilen ilk yaklaşıma nazaran faaliyetin niteliği yaklaşımının daha çok kabul gördüğü ifade edilmektedir. Çünkü amaç testinin kesin bir sınırı olduğunu söylemek zordur, şöyle ki devletlerin gerçekleştirdiği ticari faaliyetlerin amaçsal olarak kamu yararı taşıdığı pek çok alan bulunmaktadır. İşbu durumda hiçbir devlet faaliyetini bağışıklıktan vareste tutmak mümkün olamayacaktır ve dolaylı olarak mutlak yargı bağışıklığı uygulanmış olacaktır.[398]

Sınırlı yargı bağışıklığına uygulanmak üzere, amaç testinin (*purpose test*) getirilmesi, üçüncü dünya ülkelerinin çıkarına olacak şekilde geliştirilmiştir. Söz konusu testin öngörülmesindeki saik Afrika, Asya ve Latin Amerika'daki gelişmek olan devletlerin ekonomik gelişmelerine destek olmaktır. Ancak son yıllarda Fransa ve İtalya, geri adım atarak bazı davalarda, amaç testinin dayanağını yeniden ele almaya başlamıştır.[399]

Görüldüğü üzere, sınırlı yargı bağışıklığının sağlanması, devletin faliyetinin niteliğine odaklanmaktadır. Ancak devletlerin faaliyetleri arasındaki bu ayrımı reddederek devletin yargı bağışıklığı bakımından gönüllü ve gerekli bağışıklık ayrımına gidildiği de görülmektedir. [400] Çünkü faaliyetin özel ya da kamusal niteliğini tespit etmek; devletin ticari faaliyeti ile ticari olmayan faaliyeti arasında keskin bir ayrım yapmak oldukça zordur.[401] *Acta jure imperi* uygulaması, yargı bağışıklığı hukukunda hiçbir mantıksal temele dayanmamaktadır ve söz konusu

[398] KLABBERS, s. 101.
[399] BANKAS, s. 220.
[400] Van ALEBEEK, s. 396.
[401] BANKAS, s. 216. Benzer görüş için bakınız. FOX-WEBB, s. 35.

ayrım, iç hukuk mahkemelerine, sınırlı yargı bağışıklığının uygulanması bakımından, yol göstermekten uzaktır. [402]

Uyuşmazlığa yol açan devlet faaliyetinin *acta jure imperii* ya da *acta jure gestionis* olduğunun tespitinin kim tarafından yapılacağı da sınırlı yargı bağışıklığının uygulanması bakımından önem arz eden ikinci bir konudur. Konuya ilişkin genel yaklaşım, faaliyetin niteliğinin *lex fori* ilkesi uyarınca davanın açıldığı yer hukukuna göre yapılmasıdır.[403] Buna göre, söz konusu faaliyetlerin niteliğine göre yapılacak ayrım, *lex fori* devletinin hukukuna tabidir ve onun belirleyeceği bir hususdur.[404]

Devletin faaliyetinin niteliğine göre yargı bağışıklığının varlığının tespiti *lex fori* devletinin iç hukuk mahkemesinin kendi iç hukukuna göre tespit edeceği görüşü başta Fransa olmak üzere, Kıta Avrupası devletlerinde benimsenmiştir.[405] Örneğin İtalyan mahkemeleri sınırlı yargı bağışıklığını uygulamak adına devletin çifte kişiliği doktrinini geliştirmişlerdir. Yani devletin bir devlet tüzel kişisi olarak ve özel hukuk tüzel kişisi olarak yaptığı faaliyetleri ikiye ayırmışlardır.[406]

İlgili görüşe alternatif teşkil eden Anglo - Sakson Hukuku devletleri ise, devlet faaliyetlerini objektif bir teste tabi tutmakta ve ilgili faaliyetin doğası gereği özel hukuk kişisi tarafından da yapılabilmesi mümkünse, söz konusu faaliyetin dava konusu edilebileceği yaklaşımı benimsenmektedir.[407] Ancak gelişmekte olan

---

[402] Van ALEBEEK, s. 83.
[403] Bkz. ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Hatice: *"Devletlerin Yargı ve İcra Muafiyetleri ve Bunların Tahkim Yargılamasındaki Rolü"*, Prof. Dr. Ergin NOMER'e Armağan, MHB, Yıl: 22, Sayı: 2, İstanbul, 2002, s. 529; PAZARCI, 2009, s. 158.
[404] YANG, s. 34.
[405] ALEBEEK, s. 57.
[406] BANKAS, s. 215.
[407] Nitekim bu test *Weiss, Jennings* ve *Higgins* tarafından da savunulmaktadır. Van ALEBEEK, s. 57, dn. 215 ve 216.

devletlerde kamu sektörünün ekonomik hayatta daha güçlü ve etkin olması, söz konusu bağışıklığa ilişkin devlet faaliyetleri arasında ayrım yapmayı daha da zorlaştırmaktadır. Bu sebeple uygulamada genelde nitelik testine başvurulduğu görülmektedir. [408]

Sınırlı yargı bağışıklığı, *lex fori* ilkesi niteğiyle, davadan davaya şekillenmekte, devletten devlete farklılık göstermekte ve işbu durum sınırlı yargı bağışıklığının uygulanmasını belirsizleştirmektedir.[409] Ancak *De Vissher* ve *Verhoeven* uluslararası hukukun bir kuralı olarak yargı bağışıklığının, söz konusu kuralın nasıl uygulanacağını içermesi gerektiğini savunmaktadır. Yani ilgili yazarlar, Kıta Avrupası devletlerinin aksine, yargı bağışıklığının uygulanıp uygulanmayacağının uluslararası hukuk kuralları göz önüne alınarak tespit edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. [410]

Son yıllardaki devlet uygulamalarından biri de, devletin yargı bağışıklığının forum devleti sınırları içinde yabancı bir devletin kamu görevlileri tarafından verilen kişisel zarar ya da mala zarar vakıalarında, faaliyetin kamusal ya da özel niteliğine bakılmaksızın, yabancı devletin yargı bağışıklığının bertaraf edildiği görülmektedir. İşbu uygulamaya kişisel zarar ve mala zarar istisinası adı verilmektedir, ancak yargı bağışıklığına getirilen işbu istisna da tartışma konusu haline gelmiştir.[411]

Devletin yargı bağışıklığı, faaliyetin niteliğine göre, bertaraf edilebileceği gibi, yabancı bir devlet her zaman kendi iradesi ile de başka bir devlet ilk derece

[408] BANKAS, s. 219.
[409] BANKAS, s. 219; FINKE, s. 874.
[410] ALEBEEK, s. 58, dn. 217. Benzer görüş için bkz. FINKE, s. 874.
[411] YEE, Sienho: *"Foreign Soverign Immunties, Acta Jure Imperii and Acta Jure Gestionis: A Recent Exposition from the Canadian Supreme Court*", Chinese JIL, Vol. 2, 2003, s. 649.
Ancak 2004 BM yargı Bağışıklığı Sözleşmesi'nin 12. maddesinin tartışmalara cevap niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür. İlgili Sözleşme ve 12. maddeye ilişkin düzenleme ve tartışmalar aşağıda ele alınacaktır.

mahkemesinde yargılanabilecektir. Örneğin devletin bağışıklık itirazında bulunmaksızın davanın esasına ilişkin cevap vermesi, bağışıklıktan zımni feragat olarak adlandırılmaktadır.[412]

Sonuç olarak günümüzde, devletlerin yargı bağışıklığının mutlak olmadığı anlayışının genel olarak benimsendiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla yabancı devlet bağışıklıktan sadece egemen faaliyetleri bakımından yararlanacaktır, buna karşılık ticari faaliyetleri ya da özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklar bakımından, devletin yargı bağışıklığına sahip olmasından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, yukarıdaki farklı teori ve yaklaşımlardan yola çıkarak sınırlı yargı bağışıklığının kapsamını tam olarak belirlemek mümkün değildir.[413]

Sonuç olarak uluslararası hukuk düzeninde, yargı bağışıklığına ilişkin kaleme alınan metinlerde de sınırlı yargı bağışıklığını benimsemiştir. Gerek 1972 Devletin Yargı Bağışıklığına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, gerek 2005 Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağışıklığına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi yargı bağışıklığında gerçekleşen bu değişimi yansıtmıştır.[414] İşbu sözleşmelerin çalışmamızın bir sonraki bölümünde inceleneceği üzere uluslararası hukuk bakımından sınırlı yargı bağışıklığı kurumuna ilişkin daha belirli düzenlemeler getirmek adına atılmış önemli adımlardan olduğunu ifade etmek mümkündür.[415]

[412] FINKE, s. 864.
[413] CRAWFORD, J.: "*International Law and Foreign Affairs"*, BYIL, Vol. 54, 1983, s. 75; KNUCHEL, s. 151.
[414] Van ALEBEEK, s. 19.
[415] KNUCHEL, 2011, s. 151.

C. Devletin Yargı Bağışıklığının Hukuki Dayanağı

1. Uluslararası Hukuk Bakımından

a. Genel Olarak

Devletin yargı bağışıklığı uluslararası kamu düzeni içinde, devletlerin bağımsızlık ve eşitlik ilkeleriyle birlikte varlığını sürdürmektedir.[416] Bunun haricinde özellikle ABD pratiğinde çok sık rastlanıldığı üzere, yargı bağışıklığına ilişkin kuralın devletlerarası bir nezaket kuralı olduğu ifade edilmektedir.[417] Yine başka bir yaklaşım uyarınca da devletin yargı bağışıklığı, iç hukuk düzenlerinde genel olarak kabul görüp uygulanması sebebiyle, hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabul edilmektedir.[418]

Yargı bağışıklığı iç hukukta benimsenen bir ilke olması yanında, uluslararası hukuk bakımından da bir normatif düzene dayanmaktadır.[419] Nitekim yargı bağışıklığının uluslararası hukuk kuralı olma niteliği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Al-Adsani v. Birleşik Krallık* kararında da belirtilmiştir.[420] Söz konusu normatif düzeni, uluslararası örf ve adet hukuku kuralları ile antlaşmalar hukuku kuralları oluşturmaktadır.

Yargı bağışıklığına ilişkin uluslararası antlaşmaların akdedilmesinden önce, bazı hükümet-dışı örgütlerin yargı bağışıklığına ilişkin çeşitli kararlar aldıkları

---

[416] Van ALEBEEK, s. 102

[417] Ancak Kıta Avrupası hukuku mahkelemeleri – anglo-sakson hukuku mahkemeleri (ABD hariç), yargı bağışıklığının nezaket kuralı olarak sınırlandırılması yaklaşımına karşı çıkmaktadır. FOX, 2006, s. 404.

[418] YANG, s. 36.
Bu bakımdan da artık günümüzde, AİHM ile UAD'nin, özellikle uluslararası örf ve adet hukuku kurallarını belirlemek bakımından, ulusal yargı kararlarının önüne geçtiğini ve ulusal yargı kararlarının sadece, doğrudan uluslararası hukuk kurallarını yaratmak yerine, yargı bağışıklığına ilişkin devlet uygulamalarını gösteren bir kaynak olduğu sonucuna varmak mümkündür. FOX-WEBB, s. 106.

[419] FOX-WEBB, s. 13.

[420] Çalışmamızın ilerleyen bölümünde ayrıntılı ele alınacaktır.

görülmektedir. Söz konusu kararlar, yargı bağışıklığına ilişkin uluslararası toplumdaki eğilimin tespiti açısından önem arz etmektedir.[421]

Buna göre, 1891 yılında Institut de Droit International'ın iç hukuk mahkemelerinin yabancı devlet ve devlet adamlarına ilişkin yargı yetkisini içeren bir rapor hazırladığı görülmektedir. İlgili raporda egemen bir devletin, başka bir devletin yargı yetkisine tabi olamayacağı ifade edilmiştir. Söz konusu yaklaşım, 1927 yılında kaleme alınan Milletler Cemiyeti Uzmanlar Komitesi'nin hazırladığı Uluslararası Hukukun Kodifikasyonu metninde de benimsenmiştir.[422]

1932 yılında Harvard Üniversitesi kanalıyla da, yargı bağışıklığına ilişkin bir taslak metin kaleme alınmıştır. Metnin hazırlanmasında, otuz devletin iç hukuk mahkemelerinin yaklaşımı incelenmiş ve mahkemelerin yargı bağışıklığına ilişkin farklı yaklaşımlarına rağmen, sınırlı yargı bağışıklığı rejimi benimsendiği kanaatine varılmıştır.[423] Nitekim yargı bağışıklığına ilişkin gelişmeler ışığında kaleme alınan işbu tasarı, 1972 tarihli Devletin Yargı Bağışıklığına Dair Avrupa Sözleşmesi'ne de kaynaklık etmiştir.[424]

1954 yılına gelindiğinde ise Enstitü, yabancı devletlerin yargı bağışıklığına ve kararların icrasına ilişkin karar alarak, eski kararı güncellemiştir. Söz konusu kararda, yabancı devlet ve devlet görevlilerin faaliyetlerine karşı yargı yetkisi olmadığı, yargı yetkisinin ancak söz konusu faaliyetin devletin egemenliğine ilişkin

[421] Yargı bağışıklığının kabul edilmesine yönelik uluslararası toplumda gerçekleştirilen çalışmalar için ayrıca bkz. SÜRAL, s. 25 – 29.
[422] FOX-WEBB, s. 27; HAFNER- KOHLER, s. 6; SÜRAL, s. 25.
[423] "*The Harward Project, Competence of the Courts in Regard to Foreign States",* Vol. 32, AJIL, 1932, s.451.
[424] FOX-WEBB, s. 124.

bir faaliyet olmaması halinde mümkün olabileceği kabul edilmiştir. İlgili faaliyetin niteliğine de forum devleti mahkemesi karar verecektir.[425]

Uluslararası Hukuk Derneği de 1982 yılında Montreal Konferansı'nda ve 1994 yılında Buenos Aires Konferansı'nda, faaliyetin niteliğine ilişkin tartışma konusunu ele alınmış, alınan kararda devletlerin özel hukuk tüzel kişisi gibi hareket ettiği faaliyetlerde, yargı bağışıklığından yararlanamayacağına işaret edilmiştir.[426]

Afro-Asya Hukuk Danışmaları Komitesi'nde 1960 yılında yargı bağışıklığına ilişkin bir rapor hazırlanmıştır. Söz konusu raporda, Endonezya hariç, bütün delegasyonların, devletlerin faaliyetlerinde ayrıma gidilerek ticari faaliyetler ya da özel hukuk faaliyetleri bakımından devletlere yargı bağışıklığı tanınmaması gerektiği hususunda hem fikir olduğu ifade edilmiştir. Komite'nin verdiği tavsiye kararında, devletten ayrı tüzel kişilikleri bulunan devlet teşebbüslerinin gerçekleştirdiği ticari işlem ve faaliyetler de yabancı devletin yargı yetkisine tabi olacak, devletin kendi tüzel kişiliğinin gerçekleştirildiği ticari ya da özel hukuk faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıklarda davalı devlet yargı bağışıklığından yararlanamayacaktır.[427]

Devletin yargı bağışıklığı, ulusal yasalar, ikili ve çok taraflı uluslararası antlaşmalar, devletlerin beyanları, içtihatlar ve doktrin eliyle gelişmiş bir alandır.[428] Ancak çalışmamız bakımından yargı bağışıklığına ilişkin uluslararası antlaşmalar, uluslararası örf ve adet hukuku kuralları ve konuya ilişkin öncü kabul edilen bazı devletlerin iç hukuk kuralları ele alınacaktır.

---

[425] HAFNER-KOHLER, s. 6; SINCLAIR, I.M. : "*The European Convention on State Immunity",* International and Comparative Law Quarterly, Vol. 22, Iss. 02, 1973, s. 261, dn. 31'den atfen.
[426] HAFNER-KOHLER, s. 6; Report of the 45 th Conference of ILA(Lucerne), 1950, s. 210-232.
[427] Report of the 45 th Conference (Lucerne) of ILA, 1950, s. 210 – 232.
[428] YANG, s. 26

b. Devletin Yargı Bağışıklığına İlişkin Uluslararası Antlaşmalar

Devletin yargı bağışıklığını doğrudan düzenleyen uluslararası antlaşmaların akdedilmesinden önce, yargı bağışıklığına ilişkin kurallar içeren çeşitli antlaşmalara ratlamak mümkündür.

Bunlardan ilki, 1926 Devlet Gemilerinin Bağışıklığı'na ilişkin Brüksel Sözleşmesi ve 1934 Protokolü'dür.[429] Söz konusu Sözleşme ile mülkiyeti devlete ait olan ticaret gemilerinin de özel mülkiyete tabi ticaret gemileri ile aynı statüde kılmak, yani söz konusu gemilere bağışıklık tanımamak amaçlanmıştır.[430] İşbu bakımdan Sözleşme, sınırlı yargı bağışıklığı doktrini ile uyum içindedir.[431]

1926 Brüksel Sözleşmesi'nin içerdiği maddeler, 1958 Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi'nin 21. maddesinde de düzenlenmiştir. İşbu maddeye göre; devlet mülkiyetinde olan ticaret gemileri de özel mülkiyete tabi ticaret gemileri ile aynı statüde olduğu düzenlenmiştir. Bunun yanında 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin yabancı gemide cezai ve hukuki yargı yetkisinin düzenlendiği alt bölüm B'de ticaret gemilerine ve ticari amaçla kullanılan devlet gemilerine uygulanabilecek kurallar başlığı ile, kaynağı 1926 Brüksel Sözleşmesi olan düzenleme, aynen benimsenmiştir.

i. 1972 tarihli Devletin Yargı Bağışıklığına İlişkin Avrupa Sözleşmesi

Devletin yargı bağışıklığına ilişkin ilk uluslararası antlaşma Avrupa Konseyi çerçevesinde 1972 tarihinde yapılan Devletin Yargı Bağışıklığına Dair Avrupa

[429] Türkçe metin için bkz. 8937 Sayılı ve 22 Şubat 1955 Tarihli Resmi Gazete.
[430] BADR, s. 41 – 43; GÜNDÜZ, s. 333; FOX-WEBB, s. 114-115.
[431] GÜNDÜZ, s. 336

Sözleşmesi'dir.[432] Ancak Avrupa Konseyi nezdinde akdedildiği için bölgesel bir antlaşmadır.

Uluslararası hukukta yargı bağışıklığının sınırlandırılmasına ilişkin gözlenen eğilim neticesinde, 1964 yılında Avrupa Konseyi bünyesinde düzenlenen Avrupa Adalet Bakanları üçüncü konferansında, Avusturya delegasyonu, yargı bağışıklığının tüm yünleriyle Avrupa Konseyi tarafından ele alınmasını teklif etmiştir. Nitekim Avusturya'nın yargı bağışıklığının her yönüyle ele alınmasından kastı, yabancı devletlerlere karşı alınan hükümlerin icrası ve yabancı devletlerin forum devletinde bulunan mülklerinin durumuna ilişkin problemlerin de ele alınmasıdır.[433]

Avusturya'nın teklifi üzerine Konferans'ta alınan (63) 29 sayılı ve 13 Aralık 1963 tarihli karar sonrasında, Uzmanlar Komitesi kurulmuştur. Söz konusu Komite, Konferans'ta yargı bağışıklığı ile ilgili ortaya konulan problemleri ele almakla görevlendirilmiştir. 1965 ile 1970 yılları arasında on dört kez toplanan Komite'nin çalışmaları neticesinde Devletin Yargı Bağışıklığına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ve Ek Protokol ortaya çıkmış ve 16 Mayıs 1972 tarihinde imzaya açılmıştır.[434]

Söz konusu Sözleşme sadece sekiz devlet tarafından onaylanmıştır; Avusturya, Belçika, Kıbrıs Cumhuriyeti, Almanya, Lüksemburg, Hollanda, İsviçre ve Birleşik Krallık onaylayan devletler arasındadır.[435] Bölgesel bir örgüt nezdinde akdedilen Sözleşme'nin kırk altı üyeden sadece sekizi tarafından onaylanmasının sebepleri olarak, sözleşmenin karmaşık yapısı, yargı bağışıklığının öngörülmediği hususların

[432] Bundan sonra 1972 tarihli Avrupa Sözleşmesi olarak anılacaktır.
[433] SINCLAIR, 1973, s. 266'dan atfen.
[434]SINCLAIR, 1973, s. 266'dan atfen. Sözleşme'nin hazırlık aşamalarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/ Html/074.htm et: 30.04.2016. Sözleşme'nin orijinal metni için bkz. http://conventions.coe.int/Treaty/en/Trea ties/Html/074.htm et: 01.03.2016.
[435] http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list//conventions/treaty/074/signatures?p_auth=PnuN4ZWQ et: 05.04.2016.

tamamen forum devletine bırakılması ve hükmün uygulanması bakımından yetersiz düzenlemeler içermesi gösterilmektedir.[436]

Sözleşme, bağışıklık hukukuna ilişkin ortak bir düzenleme getirme amacındadır. Devletlerin yargı bağışıklığını öngören Sözleşme'de, uluslararası örf ve adet hukukuna uygun olarak devletlerin yargı bağışıklığına ilişkin birtakım istisnalar öngörülmüştür.[437] Bunun yanında Sözleşme, bir devletin davalı sıfatıyla yargılandığı durumlarda, yargılama usullerini ve hükmün icrasına ilişkin hususları da içermektedir.[438]

Buna göre;

- taraf devletin başka bir taraf devlete karşı dava açması, açılmış davaya müdahil olması, ana-davanın konusunu oluşturan hukuki ilişki sebebiyle karşı dava açması, (madde 1)
- devletler bir uluslararası antlaşma ile, bir sözleşme ile ya da kendi rızası ile başka bir devletin yargı yetkisini kabul etmişse, (madde 2)
- Devlet, yargılamaya katılıp, davanın esasına ilişkin beyanda bulunursa, (madde 3)
- Sözleşmeden doğan ve forum devletinin ülkesinde ifa edilmiş ya da edilmesi gereken yükümlülüğün ihlali sebebiyle açılan davalarda, (madde 4)
- Devletin bir akit nedeni ile mahkemenin bulunduğu ülkede ifa edilecek hizmet akdi ile ilgili davalar (madde.5),

[436] FOX-WEBB, s. 117.
[437] ÇELİKEL - ERDEM, s. 571. Sözleşmenin bağışıklık sınırlamasını *acta jure imperii* bakımından da genişlettiği ifade edilmektedir. Bkz. ARSAVA, s. 4.
[438] http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/074 et: 05.04.2016.

- Devletin mahkemenin bulunduğu ülkede bulunan şirket veya diğer ortaklık ilişkisinden doğan davalar (madde.6),
- Devletin mahkemenin bulunduğu ülkede özel bir kişi gibi yaptığı ticari veya mali faaliyetlerinden doğan davalar (madde. 7).
- Devletin mahkemenin bulunduğu ülkede fikri haklara ilişkin davalar (madde.8),
- Davayı gören mahkemenin ülkesinde bulunan taşınmaz malların kullanılması, zilyetliği ve bunlarla ilgili borç doğuran davalar (madde.9),
- Taşınır ve taşınmaz mallar üzerinde miras ve hibeden doğan davalar (madde.10),
- Kişilere ve maddi mallara verilen zararın tazminine ilişkin davalarda (madde.11)
- Devletler hukuk ya da ticari faaliyetleri dolayısıyla çıkacak uyaşmalıkların çözümü için bir tahkim antlaşması imzalamışlarsa, söz konusu tahkimde, (Madde 12)

Devletlerin bağışıklık ileri süremeyeceği öngörülmüştür.

Sözleşme'nin II. bölümünde ise, usuli kurallar düzenlenmektedir. Buna göre; davaya ilişkin tebligatın diplomatik yollarla yapılması (madde 16), yargılama giderlerinin davalı devletten talep edilmesi (madde 17), duruşmalara katılmayan devlete, buna ilişkin yaptırımların uygulanmaması, ancak yokluğunda karar alınabilmesi (madde 18) öne çıkan prosedürel hususlardır. Son olarak, işbu Sözleşme uyarınca yabancı devlette alınan kararların, davalı devlet nezdinde tanınması ve uygulanması gerektiği düzenlenmiştir. (madde 20) Ancak davalı devlete belli şartlar uyarınca, kararı tanımama hakkı da verilmiştir. (madde 20 -23)

Yargı bağışıklığına getirilen yukarıda saydığımız istisnalar haricinde, devletlerin istisnaları genişletmesi de mümkündür. Sözleşme'nin 24. maddesi

uyarınca devletlerin yapacakları beyanlarla, yargı bağışıklığına yeni istisnalar getirmesi; ancak aynı madde uyarınca söz konusu istisnaların da, devletlerin egemen faaliyetleri dolayısıyla sahip oldukları yargı bağışıklığına halel getirmemesi öngörülmüştür.

1972 tarihli Avrupa Sözleşmesi, yargı bağışıklığına ilişkin sorunların hükümetler düzeyinde ele alındığı ilk metindir. Sözleşme, devletlerin farklı uygulamalarını yeknesaklaştırmak amacıyla ve hangi durumlarda yargı bağışıklığının söz konusu olacağına ilişkin sorulara cevap vermeyi amaçlamıştır. Sözleşme, yargı bağışıklığına ilişkin uluslararası örf ve adet hukuku kurallarını kodifiye etme amacında olmasa da, Sözleşme'nin özellikle Batı Avrupa devletlerinde yargı bağışıklığının sınırlandırılmasına ilişkin başlayan eğilimi yansıtmaktadır.[439]

ii. 2004 tarihli Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağışıklığına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi

Devletin yargı bağışıklığına ilişkin uluslararası hukuk nezdinde kaleme alınan bir diğer antlaşma da 2004 tarihli Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağışıklığına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'dir.[440]

II. Dünya Savaşı'ndan sonra, UHK'ya uluslararası hukukun kodifikasyonu görevi verilmiştir. Söz konusu görev kapsamında, bağışıklık hukuku da, özellikle devletler arasında farklı uygulamalar olması ve bazı hususların net olmaması karşısında, kodifikasyon çalışmaları kapsamına alınmıştır. 1977 yılında BM Genel Kurulu, devletlerin ve mallarının bağışıklığını gündeme alması için UHK'yı göreve

[439] FOX-WEBB, s. 121, GÜNDÜZ, s. 351; SINCLAIR, 1973, s. 282 – 283;
[440] Bundan sonra 2004 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi olarak anılacaktır.

çağırmışıtr.[441] Yargı bağışıklığı, 1978 yılında UHK'nın gündemine girmiş ve 1986'da ilk metin hazırlanmıştır. 1988 yılında hükümetlere gönderilen metnin ikinci versiyonu ise, devletlerin görüşleri doğrultusunda 1991 yılında tamamlanmıştır.

Ancak söz konusu dönemde, Sovyetler Birliği'nin dağılmasıyla birlikte politik ve ekonomik sistemde yaşanan temel değişimler sebebiyle işbu metnin kabul edilmesi mümkün olmamıştır.[442] Bunun üzerine Genel Kurul 6. Komite bünyesinde yeni bir Çalışma Grubu oluşturmuştur.[443]

Sözleşme'nin tamamlanmasındaki son aşama, BM Genel Kurulu'nun 55/150 sayılı ve 12 Aralık 2000 tarihli kararıyla Devletlerin Yargı Bağışıklığı ve Mülkiyeti Hakkında *Ad Hoc* Komite'nin kurulması olmuştur.[444] Söz konusu *Ad Hoc* Komite'ye katılım, üye devletler yanında uzmanlık kuruluşlarına da açılmıştır. Amaç Sözleşme üzerindeki çalışmaları ilerletmek, uzlaşılan noktaları pekiştirmek ve üzerinde anlaşma sağlanamamış muallak meseleleri de çözüme kavuşturarak, Sözleşme'nin devletlerin geneli tarafından kabul edilmesini sağlamaktır.[445]

Devletlerin Yargı Bağışıklığı ve Mülkiyeti *Ad Hoc* Komitesi, 4-15 Şubat 2002, 24-28 Şubat 2003 ve 1-5 Mart 2004 olmak üzere üç dönem çalışmış ve 5 Mart 2004 tarihinde Sözleşme'nin son hali benimsenmiştir. [446] Oluşturulan nihai metin, 2 Aralık

[441] GA Res. 32/151 of 19 December 1977 Official Records of the General Assembly, Forty-sixth Session, Supplement No. 10 (A/46/10). Bkz. http://untreaty.un.org/ilc/reports/english/A_46_10.pdf et: 30.08.2016.
[442] HAFNER-KOHLER, 2004, s. 7.
[443] GA Res. 46/55 of 9 December 1991. Report of the International Law Commission on the Work of its fifty-first session.
[444] Bkz. http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/568/39/PDF/N0056839.pdf?OpenElement et: 30.08.2016.
[445] http://untreaty.un.org/cod/jurisdictionalimmunities/index.html et: 30.08.2016.
[446] http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/275/41/PDF/N0427541.pdf?OpenElement et: 30.08.2016.

2004 tarihinde BM Genel Kurulu'nda oylama yapılmaksızın kabul edilmiştir.[447]

Sözleşme'ye halihazırda 21 devlet taraftır; ancak Sözleşme 30. maddenin düzenlemesi dolayısıyla henüz yürürlüğe girmemiştir. Çünkü söz konusu madde uyarınca, Sözleşme'nin otuz devlet tarafından onaylanması gerekmektedir.[448]

Sözleşme'nin akdedilmesi aşamasında *Carlos Clero Rodrigees* ve *Gerhard Hefner* Sözleşme ile ilgili üzerinde tartışılan hususları şöyle özetlemişlerdir. Öncelikle tanımlar maddesinde bağışıklık kapsamında devletin tanımı, bir sözleşme ya da işlemin ticari niteliğinin belirlenmesi kriterleri, ticari işlemler bakımından devlet teşebbüsü ya da kurumu kavramı, iş akdi, devlet mallarına karşı uygulanabilecek tedbirler, devletlerin üzerinde anlaşma sağlayamadığı hususlar olmuştur.[449] Ayrıca yapılan çalışmalar neticesinde ortaya çıkacak metnin niteliği de tartışılmış, metnin bir model kanun olarak kaleme alınması da önerilmiştir. Böylece yargı bağışıklığına ilişkin gelişmelerin devletler tarafından daha esnek bir biçimde takip edilebileceği savunulmuştur.[450]

Son olarak *jus cogens* kurallara aykırılık ile bağışıklık arasıdaki ilişki de devletler arasında tartışılmıştır, ancak Sözleşme'nin kapsamı dışında tutulmuştur.[451]

---

[447] A/Res/59/38. Görüldüğü üzere, 1978 yılından 2004 yılına kadar gelinen süreçte ilgili Sözleşme'nin akdedilmesi uzun bir süreç gerektirmiştir. Çünkü, söz konusu zaman dilimi içinde, devletlerin hepsinin üzerinde uzlaşacağı bir metin oluşturma çabası yüzünden, metin sürekli gözden geçirilmiş ve değiştirilmiştir. Akdedilme süreci ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. HAFNER – KOHLER, s. 6 – 10

[448] Avusturya, Çek Cumhuriyeti, Finlandiya, Fransa, İran, Irak, İtalya, Japonya,Kazakistan, Letonya, Lübnan, Liechtenstein, Meksika, Norveç, Portekiz, Romanya, Suudi Arabistan, Slovakya, İspanya, İsveç, İsviçre onaylayan devletlerdir. https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20III/III-13.en.pdf et: 05.04.2016.

[449] Report of Chairman of the Working Group 54th Session (1999) A/C.6/54/L.12; 55th Session (2000) A/C.6/55/L.12. FOX, H.: "*In Defence of State Immunity: Why the UN Convention on State Immunity is Important"*, Int'l & Comp. L.Q., Vol. 55, 2006, s. 400; HAFNER – KOHLER, s. 7.

[450] Nitekim model kanunun baz alarak kaleme alınan kanunu değiştirmek, uluslararası antlaşmayı değiştirmekten daha kolaydır. Report of the Chairman of the Working Group, A/C.6/54/L.12, 12 November 1999, para. 7

[451] Nitekim çalışma grubu *jus cogens* kurallar ile bağışıklık arasındaki ilişkiye artan ilgiye dikkat çekse de konunun yeterince olgunlaşmadığını, dolayısıyla da *jus cogens* kural ihlallerine ilişkin Sözleşme'de bir düzenleme yapılmasının ele alınmasına gerek olmadığı sonucuna varmıştır. General

Gerek Sözleşme'ye ilişkin UHK şerhinde gerek Genel Kurul'da kabul edilen 59/38 sayılı kararda görüldüğü üzere, cezai kovuşturma, diplomatik ve konsolosluk personeli ile devlet adamlarının bağışıklığı, Sözleşme'nin düzenleme alanına sokulmamıştır.[452] Dolayısıyla Sözleşme, yargı bağışıklığı ile insan hakları hukuku ve insancıl hukuk kuralları arasındaki ilişkiyi tamamen göz ardı etmiştir.[453]

Sözleşme'ye devletlerin sınırlı yargı bağışıklığı rejimine ilişkin eğilimleri yansımıştır.[454] Böylece Sözleşme'nin akdedilmesiyle birlikte, artık sınırlı yargı bağışıklığı uygulamasının mutlak yargı bağışıklığının yerini aldığını söylemek mümkündür.[455] Ancak yargı bağışıklığına ilişkin, açıkça *jus cogens* kurallara aykırılık istisnası öngörülmemiştir.[456]

2004 tarihli BM Sözleşmesi, 1972 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nden farklı olarak öncelikle belli kavramları tanımlamıştır. Söz konusu tanımına ilişkin en önemlileri, Sözleşme'nin kapsamı bakımından devletin ve ticari faaliyetin tanımıdır. I. maddede yer alan devlet tanımı uyarınca, devlet ve devletin çeşitli organları, egemenlik yetkisi kullanabilen, federal devleti oluşturan ya da devleti oluşturan ek siyasi birimler, devlet tarafından devlet adına işlem yapma yetkisi verilen kurum, kuruluş veya şahıslardır. Ticari faaliyet ise, mal veya hizmet alım-satımını içeren sözleşme ya da işlem, kredi sözleşmesi ya da başka bir finansal işlem ile söz konusu krediyi ya da finanasal işlemi garanti altına alan yükümlülükler, doğası gereği ticari, sanayi, alım-

---

Assembly Convention on jurisdictional Immunities of States and theri property, Report of the Chairman of the Working Group 54th Session (1999), A/C.6/54/L.12 (12 Nov 1999), para. 47- 48.
[452] The Report of the Redress Trust, s. 20.
[453] The Report of the Redress Trust, s. 2.
[454] FOX-WEBB, s. 321. TOMONORI, Mizushima: "*Denying Froeign State Immunity on the Grounds of the Unavailability of Alternative Means"*, Mod. L. Rev., Vol. 71, 2008, s. 734.
[455] YANG, s. 12.
[456] BARKER, s. 420.

satım nitreliğinde olan sözleşmelerdir. Ancak iş akdi ticari faaliyet tanımının kapsamı dışında tutulmuştur.

2004 tarihli BM Sözleşmesi'nin V. maddesiyle düzenlenen genel kural uyarınca, devletlerin kendi tüzel kişiliği ve malvarlığı forum devleti yargılamasından bağışık tutulmuştur. VI. madde uyarınca, devletlerin yargılama esnasında yargı bağışıklığına uygun hareket etmeleri ve iç hukuk mahkemelerinin kendiliğinden harekete geçerek davalı devletin yargı bağışıklığı olup olmadığına karar vermeleri gerekmektedir.

Söz konusu madde, re'sen harekete geçmeyi öngörmüş ve yargı bağışıklığında karşılıklılık ilkesini de kaldırmıştır. Çünkü davalı devletin Sözleşme'ye taraf devlet olup olmadığından bahsedilmemiş, Sözleşme davalı devlet demekle yetinmiştir.[457]

1972 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nde de benzer şekilde düzenlendiği üzere, devletler bir uluslararası antlaşma, bir sözleşme ya da kendi rızası ile başka bir devletin yargı yetkisini kabul etmişse (madde 7), taraf devletin başka bir taraf devlete karşı dava açmış, açılmış davaya müdahil olmuş, yargılamaya katılıp, davanın esasına ilişkin beyanda bulunmuşsa (madde 8) ve ana-davanın konusunu oluşturan hukuki ilişki sebebiyle karşı dava açmışsa (madde 9) yargı bağışıklığından yararlanması mümkün değildir.

Sözleşme uyarınca devletlerin yargı bağışıklığından yararlanamayacağı uyuşmazlık konuları da şunlardır:

1. Ticari işlemler, (madde 10)
2. İş akdi, (madde 11)

[457] FOX-WEBB, 2014, s. 309.

3. Şahsi zararlar ve mala zarar, (madde 12)
4. Mülkiyet, zilyetlik ve mülkiyetin kullanılması, (madde 13)
5. Fikri ve sanayi mülkiyet, (madde 14)
6. Şirkette ya da kolektif oluşumlarda yer alma, (madde 15)
7. Mülkiyeti ve yönetimi devlette olan gemiler bakımından, (madde 16)
8. Tahkim anlaşması bakımından, (madde 17)

Sözleşme, devletlerin ve devlet organlarının ika ettiği ticari faaliyetlere ilişkin uyuşmazlıkların çözümü ile devlet görevlilerinin sebep olduğu kişisel zarar ve mala zarar haksız fiilleri halinde mağdurun zararını tazmin etmeye ilişkin uyuşmazlıklarda yargı bağışıklığına ilişkin değişimi kodifiye etme amacındadır. Özellikle birbirinden farklı iç hukuk düzenlemeleri ile içtihadın ve farklı doktrinel görüşlerin varlığı karşısında, işbu Sözleşme'nin yarım yüzyılda akdedilmesi ve nihai halini alabilmesi diplomatik bir başarı olarak nitelendirilmektedir.[458] Ayrıca yargı bağışıklığına ilişkin farklı kural ve içtihatların varlığı karşısında Sözleşme'nin akdedilmesi, yargı bağışıklığına ilişkin hukuki belirlilik ve istikrar yaratacaktır. Çünkü Sözleşme'nin onaylanması ve yürürlüğe girmesi ile birlikte, Sözleşme'nin uygulanmaya başlamasının, iç hukuk düzenlemelerini ve içtihatlarını yeknesaklaştıracağına inanılmaktadır.[459]

2004 tarihli BM Sözleşmesi, devletlerin nezaketen birbirlerine sağladığı ayrıcalıktan ziyade, devletin yargı bağışıklığını uluslararası hukukun bir kuralı olarak düzenlemektedir. Nitekim Sözleşme'nin girişinde, devletin ve mallarının yargı

[458] HALL, Christoper Keith: "*UN Convention on State Immunity: The Need For a Human Rights Protocol"*, Int'l & Comp. L.Q., Vol. 55, 2006, s. 411 – 412.
[459] YANG, s. 57.

bağışıklığı meselesinin uluslararası örf ve adet hukukunca benimsenen genel bir ilke olduğu ve Sözleşme ile düzenlenmeyen hususlarda uluslararası örf ve adet hukukunun uygulanacağı ifade edilmektedir. Onaylanması halinde, Sözleşme'nin içerdiği kuralların anayasal niteliğe haiz olacağı ve söz konusu kuralların diğer iç hukuk kurallarına göre üstünlüğe sahip olacağı belirtilmiştir. Ancak Sözleşme onaylanmasa dahi, içerdiği kuralların uluslararası örf ve adet hukuku niteliğini pekiştirdiği ifade edilmektedir.[460]

Gelişmiş devletlerin gözünde- ki bu devletler kendi içtihat ve iç hukuk düzenlemeleri ile yargı bağışıklığını sınırlı uygulayan devletlerdir- Sözleşme yargı bağışıklığını belli sınırlar içinde tutmak ve yargı bağışıklığının iç hukuk düzenlemeleri ve içtihada olan bağını tamamen koparmak amacındadır. İşbu devletler yargı bağışıklığını, artık belli sınırlar içinde uygulamak zorunda kalacaklarından Sözleşme'ye karşı temkinli yaklaşmaktadırlar. Ancak geçmişten günümüze mutlak yargı bağışıklığını uygulamış, Çin ile Sovyetler Birliği'nden ayrılan devletlerin ekonomik faaliyetlerini özelleştirmeleri ile birlikte, Sözleşme'nin işbu devletlerin iç hukuk mahkemeleri için sınırlı yargı bağışıklığı hususunda belirli ve ayrıntılı düzenlemeler getirdiğini ifade etmek mümkündür.[461]

Sözleşme, yukarıda da belirttiğimiz üzere, bir uluslararası antlaşma olarak kaleme alındığı için, gelişmeleri takip etmesi bakımından bir esneklik sağlamayacağı yönünde eleştirilmektedir. Halbuki esneklik halihazırda metnin kendisinde mevcuttur. Örneğin Sözleşme'nin 2/II. maddesinde; işlem ya da faaliyetin ticari niteliğinin olmaması halinde, yani Sözleşme ile öngrülmeyen bir durumda,

[460] FOX, 2006, s. 405.
[461] FOX, 2006, s. 399; GARDINER, Richard: *"UN Convention on State Immunity: Form and Fucntion"*, Int'l & Comp. L.Q., Vol. 55, 2006, s. 408.

Sözleşme, forum devleti hukuku ve uygulamalarının esas alınacağını söyleyerek bir esneklik sağlamıştır. Bunun yanında Sözleşme yargı bağışıklığına ilişkin devlet uygulamalarını ve mevcut uluslararası örf ve adet hukukunu göz önüne almadığı -özellikle başta ABD olmak üzere- bu nedenle de bir kodifikasyon çalışması olduğunu varsaymanın mümkün olmadığı iddia edilmektedir.[462]

2004 tarihli BM Sözleşmesi ile ilgili ikinci bir eleştiri de, Sözleşme metninin belirsiz ve tartışmalı noktalarının olmasıdır.[463] Ancak Sözleşme'de ele alınan bazı hususların tartışmalı olsa da çeyrek yüzyıl gibi bir süreç içinde, her türlü itiraz ve karşı görüşün göz önüne alınarak hazırlandığını unutmamak gerekmektedir ve en nihayetinde de herkesin üzerinde uzlaştığı bir metin oluşturulduğu gözden kaçırılmamalıdır.[464] Ayrıca Sözleşme'nin İngilizce metni ile Fransızca metni arasındaki terminoloji farklılığının belirsizlik ve karışıklık yarattığı ileri sürülmektedir. Bu bakımdan sözleşme başarısız bir metin olarak ifade edilmektedir.[465]

Sözleşme belli açılardan geri adım olarak nitelendirilse de, devletlerin genelinin Sözleşme'de yer aldığı söylenebilir. Bunun yanında, yargı bağışıklığına ilişkin devlet uygulamalarında istikrar ve yeknesaklığın olmaması da, aslında devletlerin Sözleşme rejimine katılımını teşvik edecek bir durumdur.[466]

Sözleşme hakkında yürütülen önemli tartışmalardan bir diğeri de, Sözleşme'nin 10. maddesi ile 12. maddesinin, askeri faaliyetler ile *jus cogens* kurallara aykırılığı kapsayıp kapsamadığına ilişkin yürütülmektedir. Konuya ilişkin

[462]DAMROSH, Lori Fisler: *"Changing the International Law of Soverign Immunity Through National Decisions"*, VANDERBILT JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW, Vol. 44, 2011, s. 1190.
[463] The Report of the Redress Trust, s. 19.
[464] GARDINER, s. 408.
[465] FOX-WEBB, s. 320.
[466] GARDINER, s. 408 - 409.

tartışma ve değerlendirme, çalışmamızın ilerleyen bölümünde ayrıntılı ele alınacaktır.

2004 tarihli BM Sözleşmesi ile ilgili dile getirilen bir diğer husus da devletlerin Sözleşme'yi onaylamaktan ziyade, somut bir olay karşısında uygulama ya da Sözleşme'de düzenlenen bazı kuralları kendi iç hukuklarında ayrıca düzenleyerek uygulamaları ihtimalleridir. Bu durumda da, Sözleşme'nin onaylanmasıyla onaylanmamasının aynı etkiye sahip olacağı ifade edilmektedir. Devletlerin kendi çıkarlarına uygun bulmamaları sebebiyle Sözleşme'yi onaylamamaları mümkün olsa da somut olaya göre menüden seçer gibi Sözleşme'nin uygulanması yaklaşımı pek mümkün gözükmemektedir.[467] Ayrıca Sözleşme'nin amacı, devletlerin iç hukuklarında yargı bağışıklığı hususunda yeknesak uygulayabileceği bir hukuki düzene ulaşmaktır ve bu ancak Sözleşme'nin onaylanmak suretiyle iç hukuka aktarılmasıyla olacaktır. Dolayısıyla Sözleşme'nin onaylanmasıyla onaylanmamasının aynı etkiye sahip olacağını savunmak mümkün değildir.[468]

Sözleşme ile ilgili olarak getirilen bir diğer eleştiri, Sözleşme'nin forum devletinin yargı yetkisine ilişkin ilkelerle hiçbir bağlantı kurmamasıdır. Söz konusu husus en çok hükümet dışı insan hakları örgütlerinden gelmiş ve Sözleşme'nin uluslararası insan hakları hukukunun uygulanması için diğer devlet ve devlet görevlilerine yöneltilen tazminat davalarına ilişkin yargı yetkisine içkin ilkelere dayanmaması eleştiri konusu olmuştur. Ancak Sözleşme, yargı yetkisi ile yargı bağışıklığı ayrımını benimsemiş ve yargı bağışıklığının tamamen yargı yetkisinden

[467] GARDINER, s. 408.
[468] GARDINER, s. 409.

farklı bir kavram olduğu görüşünü benimsemiştir.[469]

2004 tarihli BM Sözleşmesi'nin düzenlemeleri uyarınca, devletlerin halen daha uluslararası hukukun temel aktörü kabul edildiği yorumları yapılmaktadır.[470] Çünkü Sözleşme'nin akdedilme süreci, devletlerin başka bir devlet mahkemesinde yargılanmak bakımından halen daha tutucu bir tavır sergilediklerini göstermiştir.[471] Sözleşme'nin beklenenden daha az sayıda devlet tarafından onaylanmış olması, Sözleşme'nin değerine gölge düşürmektedir.[472] Ancak Sözleşme'nin, sınırlı yargı bağışıklığı bakımından yeknesak bir metin oluşturması ve yargı bağışıklığına ilişkin uluslararası örf ve adet hukuku kurallarını içermesi dolaysıyla, göz ardı edilmesi kanımızca mümkün değildir.

c. Devletin Yargı Bağışıklığına İlişkin Uluslararası Örf ve Adet Hukuku Kuralları

Devletlerin iç hukuk düzeninde sınırlı yargı bağışıklığının uygulanmasına ilişkin farklı uygulamalarının varlığı, sınırlı yargı bağışıklığına ilişkin aslında devletler arasında yerleşmiş bir *opinio juris* olmadığı yorumlarına sebep olmaktadır.[473] Buna karşılık, devletlerin yargı bağışıklığının sınırlandırılması açısından genel bir uygulamayı benimsediği ifade edilmektedir. İşbu niteliğiyle de devletlerin yargı bağışıklığının uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının temel kurallarından biri olduğu savunulmaktadır.[474]

---

[469] FOX, 2006, s.401..
[470] FOX, 2006, s. 400.
[471] DAMROSH, s.1200.
[472] DAMROSH, s. 1191.
[473] Dolayısıyla da iç hukuk düzenlemelerinin, uluslararası örf ve adet hukuku kuralının tespiti için kullanılmasının mümkün olamayacağı ifade edilmektedir. O'KEEFE, s. 1022.
[474] TOMUSCHAT, s. 1116.

Devletler bakımından genel uygulamalardan biri gerek ulusal kanunlar gerek yargı kararları ile yargı bağışıklığının mutlak olmadığı anlayışındadır. Nitekim söz konusu durum, devletlerin sınırlı bağışıklığına ilişkin bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı oluştuğunu göstermekte; işbu yorum doktrinde de benimsenmektedir.[475]

Sınırlı yargı bağışıklığının uluslararası örf ve adet hukuku haline geldiğinin en çarpıcı kanıtı, 2004 tarihli BM Sözleşmesi'nin oylanmaksızın kabul edilmesi gösterilmektedir. Çünkü söz konusu uygulama, tüm devletlerin konuya ilişkin *opinio juris'ini* kanıtlar niteliktedir. Bunun yanında Sözleşme, yukarıda da yer verdiğimiz üzere, bağışıklık hukukuna ilişkin gelişmeleri yansıtması dolayısıyla bir kodifikasyon çalışmasıdır. Bu durumda, Sözleşme yürürlüğe girmese de yargı bağışıklığının uluslararası örf ve adet hukuku kuralı niteliğini pekiştirmektedir.[476]

Fransa, Almanya, Japonya, Rusya, Çin, Birleşik Krallık ve Hindistan gibi devletler Sözleşme'yi imzalamıştır. *Nitekim* ABD'nin iç hukuk uygulamaları da, Sözleşme ile benzerlik göstermektedir.[477]

Nitekim çalışmamızın dördüncü bölümünde daha ayrıntılı inceleyeceğimiz UAD'nin *Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararında, iki devletin de yargı bağışıklığına ilişkin antlaşmalara taraf olmaması nedeniyle, Mahkeme yargı bağışıklığına ilişkin uluslararası örf ve adet hukuku kurallarını uygulamaya karar vererek, sınırlı yargı bağışıklığına ilişkin uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının varlığını ortaya koymuştur.

---

[475] Bkz. BROWNLIE, s. 333; CAPLAN, s. 762; CASSESSE, s. 100; SUCHARITKUL, s. 25 - 27; PAZARCI, 2009, s. 158. TOMUSCHAT, s. 1119, dn.67'den atfen.
[476] SUN, s. 716; O'KEEFE, s. 1023. WOOD, s. 17.
[477] SUN, s. 712.

2. Devletin Yargı Bağışıklığına İlişkin İç Hukuk Düzenlemeleri

İç hukuk düzenlemeleri, özellikle devletlerin yargı bağışıklığı bakımından benimsediği yaklaşımı ortaya koymak açısından önem arz etmektedir. Çünkü devletlerin konuya ilişkin yaklaşımı, yargı bağışıklığını düzenleyen uluslararası hukuk kurallarının evrimine öncü olmaktadır.[478]

- *Amerika Birleşik Devletleri (ABD):* ABD'de, Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından verilen 1812 tarihli *The Schooner Exchange* kararı ve 1926 tarihli *The Pesaro* kararında görüleceği üzere, mutlak yargı bağışıklığı anlayışının benimsenmiştir.[479] İlgili tarihten sonra verilen kararlarda da mutlak yargı bağışıklığı, Dışişleri Bakanlığı'nın görüşü alınarak, mahkemeler tarafından uygulanmıştır. Ancak ilerleyen süreçte, 1952 yılında Bakanlığın sınırlı yargı bağışıklığını benimseyeceğini açıklamasıyla, sınırlı yargı bağışıklığı ABD'de uygulanmaya başlamıştır.[480]

1976 yılında çıkarılan Yabancı Devlet Yargı Bağışıklığı Kanunu (FSIA), sınırlı yargı bağışıklığını iç hukuk düzeninde kodifiye eden ilk hukuki metindir.[481] Söz konusu Kanun'la birlikte devletin özel hukuk kişisi gibi yaptığı faaliyetler bakımından yargı bağışıklığından yararlanamayacağı öngörülerek yabancı devletin sınırlı yargı bağışıklığı teyit edilmiştir.[482]

---

[478] FOX-WEBB, s. 103.
[479] Ayrıntılı bilgi için bkz. BROWNLIE, s. 326; GÜNDÜZ, s. 222 - 224.
[480] GÜNDÜZ, s. 229.
[481] Van ALEBEEK, s. 17- 18. Orijinal ismi Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 olan kanun metni için bkz. https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/part-IV/chapter-97 et. 15.09.2016.
[482] KANE, Mary Kay: *"Suing Foreşgn Sovereign: A Procedural Compass",* Standford Law Review, Vol. 34, 1981-1982, s. 388.

1976 tarihli FSIA'da 1998 yılında yapılan değişiklikle, devletin yargı bağışıklığına yeni istisnalar getirilmiştir.[483] Buna göre devletlerin sarihen ya da zımnen yargı bağışıklığından feragat etmesi; ABD'de yapılan, başka bir yerle bağlantılı olarak ABD'de yapılan ya da başka bir yerde yapılmasına rağmen ABD'ye direkt etki eden ticari faaliyetler; uluslararası hukuka aykırı olarak elde edilen mülkiyet; ABD'de halefiyet ya da bağış yoluyla elde edilen mallar ya da ABD'de bulunan taşınmazlar bakımından, yabancı devletin haksız fiili ya da ihmali neticesinde ABD'de geçekleşen şahsi zarar ya da mala zarara ilişkin maddi tazminat talepleri, tahkim anlaşmaları, yabancı devletin işkence, yargısız infaz, hava araçlarının sabotajı, rehin alma ya da terörizme destek verici faaliyetleri nedeniyle gerçekleşen şahsi zarar ya da mala zararın maddi tazmini; ticari faaliyette bulunan devlet gemilerine karşı davalar, yargı bağışıklığının istisnaları olarak düzenlenmiştir.[484]

1976 tarihli FSIA, yargı bağışıklığını sınırlandırmak bakımından ulusal kanunlarda meydana gelen önemli değişimlerden birini temsil etmektedir. Söz konusu kanun çeşitli kereler değiştirilse de, çalışmamız açısından en önemli değişiklikler, yargı bağışıklığına 1996 ve 2008 yıllarında getirilen terörist devlet istisnasıdır.[485]

Yargı bağışıklığına terörist faaliyetler bakımından getirilen ilk istisna, 1996 yılında 1605 (a)'ya eklenen yeni bendle düzenlenmiştir. Eklenen 1605 (a)(7) uyarınca; terör faaliyetlerinde bulunan devlete karşı açılan davalarda, söz konusu devletin yargı bağışıklığı olmayacağı ve hatta söz konusu davaların icrası için ilgili

[483] http://travel.state.gov/law/judicial/judicial_693.html et:10.09.2016.
[484] Bkz. http://travel.state.gov/law/judicial/judicial_693.html et:10.09.2016.
[485] DAMROSH, s. 1192.

yabancı devletin malvarlığının icrai tedbirlere konu olabileceği düzenlenmiştir. Buna göre, yabancı devletin ABD'deki malvarlığı, doğrudan terörist faaliyette kullanılsın ya da kullanılmasın, cebri icra bağışıklığından yararlanamayacaktır.[486]

1976 tarihli FSIA'da 2008 yılında yapılan değişiklikle birlikte, yargı bağışıklığına getirilen istisnaların kapsamı genişletilmiştir. Buna göre, bedensel zarar ya da ölüm biçiminde gerçekleşen maddi zararların, işkence, yargısız infaz, sabotaj ya da rehin alma olayları neticesinde gerçekleşmesi halinde, yabancı devletin yargı bağışıklığı ileri sürmesi mümkün değildir. Ancak yabancı devletin yargı bağışıklığının reddedilmesi için diğer kriterlerin de karşılanması gerekmektedir. Buna göre öncelikle, yargılamaya konu olacak faaliyetin, yabancı devletle ilişkilendirilmesi gerekmektedir. Faaliyetin yabancı devlet adına faaliyette bulunan bir ajanı tarafından gerçekleştirilmesi, ilgili yabancı devletin ABD tarafından terör sponsoru devlet olarak tanımlanması, sayılan ihlallerin mağdurunun ABD vatandaşı olması ve davacının yabancı devlete zararlarının giderimi için yaptığı girişimlerden sonuç alamaması gerekmektedir.[487]

Devletlerin ancak ve ancak özel ve meşru sebepler vaki olduğunda başka devletler aleyhine yargı yetkisini kullanabilmesi gerektiği ve 1976 FSIA bakımından getirilen istisnanın işbu sebeple düzenlendiği ifade edilmektedir.[488] Ancak söz konusu kural bir hukuk kuralı olmaktan ziyade, özellikle 2001 yılı sonrası ABD'nin dış politikasında yaşanan değişimi yansıtan politik bir metindir.[489] Nitekim söz konusu Kanun kapsamında hazırlanan listede sadece Küba, İran, Sudan ve Suriye yer

[486] Orijinal metin için bkz. https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1605A et. 15.09.2016.
[487] DAMROSH, s. 1192- 1193.
[488] REIMANN, s. 422.
[489] SUN, s. 715; THOMAS – SMALL, s. 3 – 4.

almıştır.[490] Dolayısıyla ABD'nin işbu istisna bakımından yargı yetkisi oldukça sınırlıdır.

Belirtilmesi gereken ikinci bir husus da, Küba'yla 2016 yılında gerçekleştirilen diyalog ve açılımlar neticesinde, Küba'nın söz konusu listeden çıkarılması ve sadece İran, Sudan ve Suriye'nin listede kalmaya devam etmesidir.[491] Söz konusu gelişme, ilgili düzenlemenin politik karakter taşıdığına ilişkin yorumu kanımızca güçlendirmektedir.

- *Kanada:* Yargı bağışıklığına getirilen istisnalar bakımından önem arz eden ulusal düzenlemelerden birini de Kanada teşkil etmektedir.

1985 tarihli Kanada Yargı Bağışıklığı Kanunu'nun 3/I maddesi uyarınca, kural olarak yabancı devletin yargı bağışıklığı olduğu düzenlenmiştir.[492] Kanun'un devam eden maddelerinde, ise yargı bağışıklığına istisna teşkil eden durumlar sayılmıştır. Buna göre, ticari faaliyetler (madde 5), haksız fiiller (madde 6) ve 2012 yılında getirilen değişiklikle birlikte, terörist faaliyetleri destekleyen yabancı devletlere karşı açılan davalarda (madde 6/I), yabancı devletlerin yargı bağışıklığının olmadığı kaleme alınmıştır.

2012 yılında Kanada Yargı Bağışıklığı Kanunu uyarınca hazırlanan listede, İran ve Suriye, söz konusu madde kapsamında terör sponsoru devlet listesinde yer almaktadır.[493]

- *Birleşik Krallık (BK):* Birleşik Krallık'ta ise, 1978 yılına kadar mahkemelerin

[490] O'KEEFE, s. 1021-1022'den atfen.
[491] Güncel liste için bkz. http://www.state.gov/j/ct/list/c14151.htm et: 15.08.2016.
[492] 1985 tarihli Kanada Yargı Bağışıklığı Kanunu original metni için bkz. http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/S-18.pdf et: 15.09.2016.
[493] Kanada terör sponsoru devletler güncel listesi için bkz. http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/SOR-2012-170/page-2.html#h-1 et: 15.09.2016.

verdiği kararlarda sınırlı yargı bağışıklığının benimsendiğini söylemek mümkündür.[494] Mahkeme içtihadındaki bu nitelik sayesinde 1978 yılında çıkarılan Devlet Bağışıklığı Kanunu'nda da devletin sınırlı yargı bağışıklığı düzenleme altına alınmıştır.[495] 1978 tarihli Devlet Bağışıklığı Kanunu, her ne kadar 1972 Avrupa Sözleşmesi'ni iç hukuka aktarmak için çıkarılsa da daha dar bir bağışıklık anlayışı benimsemiştir.[496]

1972 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nin metodolojisini izleyen Kanun'un I. maddesinde kural olarak her devletin Kanun'da sayılan haller hariç olmak üzere, yargı bağışıklığı olduğu düzenlenmiştir. Yargı bağışıklığı, davalı devletin yokluğunda da mahkemenin re'sen dikkate alacağı bir dava şartı olarak düzenlenmiştir. Kanun'da devletin yargı bağışıklığına getirilen istisnalar; ticari işlemler, iş akdi, şahsi zarar ve mala zarar, mülkiyet, zilyetlik ve mülkiyetin kullanılması, patent ve ticari marka, şirket hissedarlığı, tahkim, ticari amaçla kullanılan devlet gemileri, katma değer vergisi ve gümrük vergisi olarak sıralanmıştır.[497]

Kanun'un III. ile XI. maddesi arasında sayılan hallerde yargı bağışıklığının reddedilmesi hususu öngörülmüştür. Buna göre, ticari faaliyetler ve BK'da icra edilecek sözleşmeler (madde 3), iş akitleri (madde 4), bedensel zarar ve mala zarar (madde 5), mülkiyet, zilyetlik veya kullanma hakkı (madde 6), patent, ticari marka. vs. (madde 7), şirket organlarına üye olma (madde 8), tahkim (madde 9), ticari faaliyetlerde kullanılan devlet gemileri (madde 10) ve katma değer verğisi ve gümrük vergileri (madde 11) gibi konulardan doğan uyuşmazlıklarda devletlerin

[494] BROWNLIE, s. 337. Ayrıca bkz. GÜNDÜZ, s. 203- 214. SÜRAL, s. 46.
[495] Orijinal ismi "State Immunity Act 1978" olan Kanun'un original metni için bkz. http://www.legislation.gov.uk/ukpga /1978/33 et: 10.05.2016.
[496] GÜNDÜZ, s. 214.
[497] Söz konusu istisnalar; 3. madde ile 11. madde arasında öngörülmüştür.

yargı bağışıklığı ileri süremeyecekleri düzenlenmiştir.

ABD ve Kanada'dan farklı olarak, BK Yargı Bağışıklığı Kanunu'nun, *jus cogens* kuralların ihlalleri bakımından yargı bağışıklığının reddedilmesine vücut verecek nitelikte bir düzenlemeye sahip değildir.

- *Rusya:* Rus Hukuku'nda Kanada, ABD ve BK'da olduğu gibi ayrı bir yargı bağışıklığı kanunu bulunmamakla birlikte, belli başlı kanunlarda yargı bağışıklığı ile ilgili maddelere rastlamak mümkündür. Buna göre, Arbitrazh Usul Kanunu'nun 251. maddesi uyarınca, yabancı devletin egemen faaliyetlerinden çıkan uyuşmazlıklarda yargı bağışıklığı olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca Medeni Usul Kanunu'nun 401. maddesinde de, yabancı devletin, uluslararası antlaşmayla ya da federal kanunla aksi düzenlenmediği sürece, yargı bağışıklığının mutlak olduğu öngörülmüştür.[498]

- *İsrail:* 2008 yılında İsrail tarafından çıkarılan Yabancı Devlet Bağışıklığı Kanunu'nun II. maddesinde, yabancı devletin, ceza yargısı hariç, İsrail mahkemeleri önünde yargı bağışıklığı düzenlenmiştir.[499] İsrail Yabancı Devlet Bağışıklığı Kanunu'nun devam eden maddelerinde, yargı bağışıklığının istisnai durumları sayılmıştır. Buna göre; ticari faaliyetler (madde 3), iş akdi (madde 4), haksız fiil (madde 5), mülkiyet hakları (madde 6), fikri mülkiyet (madde 7), gemiye veya kargoya yönelik faaliyetler (madde 8) yargı bağışıklığının istisnaları olarak kaleme alınmıştır.

- *Türkiye:* Türk mahkemelerinin ve Yargıtay'ın tutumu, 1982 yılında 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'un (MÖHUK) yürürlüğe girmesine kadar, yabancı devletlere mutlak yargı bağışıklığı tanımak

[498] HAZEL – FOX, s. 159 – 161.
[499] 2008 İsrali Yabancı Devlet Bağışıklığı Kanunu orijinal metni için bkz. http://www.coe.int/t/dlapil/cahdi/Source/state_immunities/Israel%20Immunities%20January%202009.pdf et: 15.08.2016.

olmuştur. İşbu tutumun bir yansıması olarak yabancı devlet aleyhine açılan davalar, davanın konusu ne olursa olsun, reddolunmuştur.[500] 2675 MÖHUK ile Türk Hukuku'na giren sınırlı yargı bağışıklığı anlayışı, 2007 yılında yürürlüğe giren yeni 5718 Sayılı MÖHUK'ta da değiştirilmemiştir.[501]

Eski Kanun'un 33. ve yeni Kanun'un 49. maddesinde; yabancı devlete özel hukuk ilişkilerinden doğan hukuki uyuşmazlıklarda yargı bağışıklığı tanınmayacağı öngörülmüştür. Söz konusu maddede dava konusu yapılan ilişkinin niteliği, yargı bağışıklığının ölçüsü olarak gösterilmiştir.[502]

- *Japonya* : Endüstriyel bakımdan oldukça gelişmiş bir devlet olarak ticari ilişkilerinin yoğun olduğu göz önüne alınırsa, Asya devletleri içinde göz önüne alınması gereken bir devlettir. Japonya'nın UHK temsilcisinin yaptığı açıklama uyarınca, yargısal faaliyetlerinde mutlak yargı bağışıklığının benimsendiği, ancak ticari ilişkiler bakımından sınırlı yargı bağışıklığının tercih edilebileceği belirtilmiştir. Nitekim Japonya'nın ABD ile 1953, Sovyetler Birliği ile 1957 yılında imzaladığı ikili ticari anlaşmalarda, sınırlı yargı bağışıklığı kısmen benimsenmiştir.[503]

Ayrıca Japonya 2004 tarihli BM Sözleşmesi'ni 2007 yılında imzalamış; 2009 yılında da Japonya Devletin Bağışıklığı Kanunu'nu çıkarmıştır. Söz konusu Kanun, 2004 tarihli BM Sözleşmesi'nin büyük ölçüde yansıtmakta, işbu durum da Japonya'nın kendi iç hukuk sisteminde sınırlı yargı bağışıklığı doktrinini benimsediğini göstermektedir.[504]

---

[500] AYBAY, 2007, s. 110; SÜRAL, s. 279 – 281.
[501] KİBAR DARDAĞAN, s. 679.
[502] NOMER - ŞANLI, s. 410. Türk Hukukunda MÖHUK'un uygulanmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. SÜRAL, s. 282 – 307.
[503] SUCHARITKUL, s. 23.
[504] Ayrıntılı bilgi için bkz. MIZUSHIMA, Tomonori: "The Significance of the Recent Enactment of Japan's Soverign Immınity Act in the New Age of Globalization", içinde **International Law in the**

- *Çin:* Asya – Afrika Hukuk Danışmanlığı Komistesi'nin önemi bir üyesi olan Çin'in, sınırlı yargı bağışıklığına ilişkin gelişmeleri takip ettiğini söylemek mümkündür. Nitekim 2004 tarihli BM Sözleşmesi'nin desteklemesi bunun kanıtıdır. Ancak yine de Çin'in temel olarak halen daha mutlak yargı bağışıklığını benimsemektedir.[505]

Çin, devletin yargı bağışıklığını, BM Şartı'nda da öngörülen devletlerin egemen eşitliği ilkesine dayandırmaktadır. Çin egemen bir devlet olarak, kendi iradesi ile ve açıkça yargı bağışıklığınadan feragat etmediği sürece, yargı ve cebri icra bağışıklığına sahip olduğunu beyan etmiştir. Ancak devlete ait teşebbüslerin, ayrı hukuki kişiliğe sahip olmaları dolayısıyla, yaptıkları işlemlerde yargı bağışıklığına tabi olamayacakları görüşünü de desteklemiştir.[506]

Yukarıda örneklediğimiz üzere, ABD, Kanada ve BK dışındaki diğer ortak hukuk devletlerinden Avustralya, Malezya, Pakistan, Singapur ve Güney Afrika'nın da yargı bağışıklığını düzenleyen ayrı bir kanunu bulunmakta ve söz konusu kanunda sınırlı yargı bağışıklığı anlayışı benimsenmektedir.[507] Bunlar dışındaki Botswana, Kenya, İrlanda, Yeni Zelanda, Nijerya ve Zimbabve'nin ayrı bir kanunu olmasa dahi iç hukuk kararlarıyla sınırlı yargı bağışıklığı doktrinini benimsedikleri görülmektedir.[508]

Türkiye dışında Kıta Avrupası devletlerine baktığımız zaman çoğunun, sınırlı yargı bağışıklığı anlayışını benimsediği; ancak özel olarak düzenlemedikleri görülmektedir. Belçika ve İtalya, Kıta Avrupası geleneği içinde 19. yüzyılın

---

New Age of Globalization (BYRNES, Andrew – HAYASHI, Mika – MICHAELSEN, Christopher ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2013, s. 367 – 388.

[505] SUCHARITKUL, s. 23.

[506] SUN, s. 713.

[507] BADR, s. 115; McMENANIN, s. 192.

[508] FOX-WEBB, s. 147.

sonlarında imza atılan kararlarla sınırlı yargı bağışıklığını benimseyen ilk devletlerdendir. Zaman içinde Fransa, İspanya, Portekiz, Avusturya, Almanya, İşviçre de iç hukuk kararlarındaki değişimle birlikle özellikle ticari faaliyetler bakımından sınırlı yargı bağışıklığı anlayışını benimsemişlerdir.[509]

Baltık ülkeleri bakımından ise, Macaristan, Litvanya, Polonya, Estonya, Finlandiya ve Slovakya'nın gerek iç hukuk pratiklerinde gerek 2004 tarihli BM Sözleşmesi'ni imzalayarak sınırlı yargı bağışıklığı anlayışını benimsedikleri söylenebilir. Ancak Çek Cumhuriyeti, Bulgaristan ve Romanya'da yargı bağışıklığı daha katı uygulanmaktadır.[510]

Asya-Afrika Hukuk Danışmanlığı Organizasyonu'nun 1960 yılında hazırladığı Ticari Faaliyetler Bakımından Devletlerin Bağışıklığı raporunda, Endonezya hariç diğer devletlerin, yargı bağışıklığı için devletlerin faaliyetlerinin ayrıma tabi tutulması gerektiği görüşünde oldukları belirtilmiştir.[511] İşbu çalışmadan günümüze gelinen süreçte, Asya devletleri ilk etapta mutlak yargı bağışıklığını benimsemişlerse de, ticari faaliyetler bakımından artık devletin yargı bağışıklığının sınırlanması eğiliminde oldukları görülmektedir.[512]

Sonuç olarak ulusal kanunlar, iç hukuk mahkemelerinin uygulamaları ve bölgesel çok taraflı antlaşmalar ve 2004 tarihli BM Sözleşmesi'nin oylanmaksızın kabul edilmesi, mutlak bağışıklığının zayıfladığının ve sınırlı yargı bağışıklığının genel bir uygulamaya dönüştüğünün bir göstergesi olarak kabul edilmektedir.[513] İç hukuk düzenlerinde yabancı devletin yargı bağışıklığına ilişkin yasa olmasa bile, iç

[509] FOX-WEBB, s. 150 – 159.
[510] FOX – WEBB, s. 160 – 161.
[511] SUCHUHARITKUL, s. 9.
[512] SUCHARITKUL, s. 24, 28.
[513] SUN, s. 716.

hukuk mahkemeleri, uluslararası hukukun yargı bağışıklığına ilişkin kaynaklarını göz önünde bulunduracaktır. [514]

III. ULUSLARARASI HUKUKTA DEVLETİN YARGI BAĞIŞIKLIĞI DIŞINDA DİĞER BAĞIŞIKLIK TÜRLERİ

A. Devletin Cebri İcra Bağışıklığı

Devletin yargı bağışıklığına hakim olan temel mantık, icra bağışıklığı bakımından da söz konusudur. Dolayısıyla da devletin yargı bağışıklığınının olmadığı yerde, icra bağışıklığının da olmaması gerektiği savunulmaktadır.[515] Ancak uygulamada ve uluslararası örf ve adet hukukunda, yargı bağışıklığı ile icra bağışıklığı ayrı mekanizmalar olarak kabul edilmekte; yargı bağışıklığının olmaması otomatik olarak icra bağışıklığının kalkması sonucuna yol açmamaktadır. [516]

Devletin cebri icra bağışıklığı, yargılama safhasından önce tedbir niteliğindeki hacizler ve daha sonra verilen kararın yerine getirilmesi için mallarının haczedilmesinden bağışık tutulmayı ifade eder.[517] Cebri icra bağışıklığı, devletin mülkiyeti altında bulunan malların aranmaması, el konulmaması ya da tedbire konu olmamasını içermektedir. Nitekim bu yasağın kapsamına devletin banka hesapları da girmektedir.[518] İcra bağışıklığını ortadan kaldıran sebepler şunlardır: 1. Feragat, 2. Mülkün tahsis edildiği amaç, 3. Mülkün hükümetlerin ticari olmayan amaçlarla kullanılması dışındaki diğer amaçlara hizmet etmesi.[519]

---

[514] YANG, s. 36.
[515] BADR, s. 107.
[516] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, para. 113; SÜRAL, s. 199; ŞANLI – ESEN – ATAMAN FİGANMEŞE, s. 339.
[517] GÜNDÜZ, Aslan: "*Yabancı Devlet Malları Üzerinde Cebri İcra Mümkün müdür?"*, MHB, Sayı 1, Yıl 4, 1984, s. 1-2.
[518] CASSESE, 2005, s. 109.
[519] SUN, s. 701.

Devletin yargı bağışıklığı ile cebri icra bağışıklığının ayrı olup olmadığı hususunda farklı görüşler mevcuttur. İki bağışıklığı birbirinden ayrı değerlendirmeyen görüşe göre, cebri icra yetkisi karar vermenin bir parçasını oluşturur. Ortada tek bir bağışıklık vardır ve cebri icra bağışıklığı da yargı bağışıklığının bir parçasıdır.[520] Diğer görüş ise, yargı bağışıklığı ile cebri icra bağışıklığının ayrı olduğunu savunan görüştür. Söz konusu görüş uyarınca, devletin bağışıklığı içinde farklı bir başlık açtığımız cebri icra bağışıklığı, gerek içeriği gerek hukuki etkisi bakımından yargı bağışıklığından ayrılmaktadır.[521] Nitekim gerek doktrinde gerek devletler arasında ikinci görüş daha çok benimsenmektedir.[522]

İcra bağışıklığı, bağlantı kıstası dolayısıyla, devlet mallarını koruma ve istenmeyen icra yaptırımları karşısında etkili bir mekanizmadır.[523] İcra bağışıklığının varlığı da yargı bağışıklığı bakımından, sınırlı yargı bağışıklığı sayesinde tarafların eşitlenmesi karşısında, devletler bakımından daha önemli hale gelmiştir. Nitekim, yargı bağışıklığının kaldırılması, yukarıda da belirttiğimiz üzere, otomatik olarak icra bağışıklığını kaldırmadığı için, uluslararası hukukta halen devletlerin egemenlik hakları korunmaktadır.[524]

İcra bağışıklığının yokluğu, özellikle davacı açısından önem arz etmektedir. Çünkü devletlerin mahkemelerce hükmedilen tazminatları ödemek istememesi karşısında, icrai yaptırıma tabi tutulabilecek nitelikte bir mülkün varlığı davacı lehine

[520] Söz konusu görüşe ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNDÜZ, 1984, s. 2.
[521] SHAW, s. 744.
[522] GÜNDÜZ , 1984, s. 3; ÖZDEMİR- KOCASAKAL, s. 541-543.
[523] SUN, s. 699.
[524] SUN, s. 700; WOOD, Michael: *"Immunity from Jurisdiction and Immunity from Measures of Constraint"*, içinde **The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property A Commentary** (O, KEEFE, Roger – TAMS, Christian J. ed.), Oxford University Press, UK, 2013, s. 14.

alınan hükmün de korunmasını ve etkili olmasını sağlayacaktır.[525] Ancak bir diğer taraftan da devletlerin malları üzeriden, zorlayıcı icrai tedbirlerin uygulanması, forum devleti bakımından daha çok problem yaratabilir. İcrai işleme konu olan mülkün sahibi devlet ile forum devletinin ilişkilerinin zedelenmesi olasılığı vardır. Ayrıca forum devletinin mallarının kendi iç hukuk düzeninde icradan bağışık olduğu halde, yabancı bir devletin mallarının icra bağışıklığı olmadığını savunmanın meşru bir yanı bulunmadığı ileri sürülmektedir.[526]

İşbu bakımdan devletin özel hukuk faaliyetlerinde, karşı tarafı oluşturan özel hukuk kişilerine hukuki güvenlik sağlanması ihtiyacı karşısında doktrinde ve devlet uygulamalarında sınırlı cebri icra bağışıklığı teorisinin geniş ölçüde kabul edildiği de ifade edilmektedir.[527] Nitekim bazı devletler, yabancı devlet mallarının cebri icra bağışıklığını, söz konusu malların kullanım amacına bakmak suretiyle tespit etmektedirler. Buna göre, devlet uygulamaları uyarınca, forum devletinde bulunan ve kamu hizmetine tahsis edilmiş veya egemenlik faaliyetinin yürütülmesine ilişkin kullanılan devlet malları mutlak olarak cebri icra bağışıklığından yararlanır.[528] Ancak devletin ticari faaliyeti ile ilgili olarak kullanılan malların cebri icra bağışıklığından yararlanamayacağı görüşü yaygındır.[529] Fakat işbu durumda dahi, devletin cebri icra bağışıklığında, yargı bağışıklığında olduğu derecede bir sınırlandırma olmamıştır.[530]

---

[525] WOOD, s. 14.
[526] BADR, s. 107.
[527] ÖZDEMİR- KOCASAKAL, s. 538, dn. 44'ten atfen.
[528] CASSESE, 2005, s. 110; GÜNDÜZ, Aslan: **Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler Örnek Kararla**r, Beta, 5. Bası, İstanbul, 2009, s. 586.
[529]Örneğin ABD, İngiltere, Hollanda, Federal Almanya, Belçika gibi devletlerde, devlet mallarının cebri icra bağışıklığından yararlandırılması bakımından malların kullanım amacı önem arz etmektedir. Bkz. GÜNDÜZ, 1984, s. 20-21; ŞANLI – ESEN – ATAMAN FİGANMEŞE, s. 339 – 340.
[530] ZDOBNOH, Dmitri – VARK, Rene: "*State Immunity from Execution: In Search of a Remedy"*, Acta Societatis Martensis, Vol. 4, 2009 – 2010, s. 166.

Nitekim 1972 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nin 23. maddesi; devlet mallarının alıkonulması ya da geçici tedbire tabi tutulmasını, devletin yazılı izni olmadıkça, yasaklamıştır. Konuya ilişkin 2004 tarihli BM Sözleşmesi'nde de devlet mallarının bağışıklığı açısından ikili bir ayrım yapılmıştır. Buna göre, davalı devletin forum devletinde bulunan ve ticari olmayan amaç dışında kullanılan diğer malları, gerek yargılama öncesi ihtiyati tedbirlerden gerek yargılama sonrası hükmün icrası için uygulanacak icrai prosedürlerden bağışıktır. (madde 18 ve 19). Sözleşme aynı zamanda, 21. madde uyarınca sayılan devlet mallarının hiçbir zaman ticari olmayan amaç dışında kullanılan diğer mallar kapsamına girmeyeceğini düzenlemiştir. Başka bir deyişle, ilgili madde söz konusu malların yargılama ya da hükmün icrasına ilişkin uygulamaların kapsamı dışında bırakmıştır. İlgili madde uyarınca diplomatik ya da konsolosluk misyonları, uluslararası örgütler nezdindeki misyonların, uluslararası örgütler ya da konferanslar nezdindeki delegasyonların kullanımına özgülenmiş, banka hesapları da dahil olmak üzere, mallar; askeri faaliyetlerde kullanılmak ya da kullanma niyetiyle özgülenmiş mallar ya da askeri mallar; devletin merkez bankasının ya da diğer mali kuruluşlarının malları; devletin kültürel mirasını oluşturan ya da arşivinde bulunan ve satışa çıkarılmayan malları; bilimsel, kültürel veya tarihi bir değeri olan satışa çıkarılmamış veya satma amacında olunmayan bir malın parçasını oluşturan objeler, forum devletinin yargısından bağışıktır.

25 – 26 Mart 2013 tarihinde Strazburg'ta yapılan 45. CAHDI toplantısında, Çek Cumhuriyeti'nin girişimi, Avusturya ve Hollanda'nın desteğiyle, 2004 tarihli BM Sözleşmesi'nin devletlerin kültürel malvarlığının (teşhir edilen ya da teşhir edilmek üzere ödünç verilen) cebri icra bağışıklığının, uluslararası örf ve adet hukuku niteliğini ortaya koymak adına bir bildiri hazırlanmıştır. Söz konusu bildiri

her ne kadar bağlayıcı bir metin olmasa da, devletlerin konuya ilişkin *opinio juris'ini* göstermek bakımından önem arz etmektedir. 16 - 17 Eylül 2013'de yapılan 46. Toplantıda sunulan bildiri, 18 Kasım 2013 tarihinde hem Çek cumhuriyeti hem de Avusturya Dış İşleri bakanı tarafından imzalanmış ve imzaya açılmıştır.[531] Halihazırda sırasıyla Letonya, Slovakya, Gürcistan, Romanya, Estonya, Arnavutluk, Hollanda, Fransa, Ermenistan, Belçika, Belarus ve Lüksemburg Dış İşleri Bakanları tarafından imzalanmıştır.[532]

Türk Hukuku'nda, yargı bağışıklığının aksine, cebri icra bağışıklığına ilişkin bir düzenleme söz konusu değildir. Ancak İcra İflas Kanunu'nun (İİK) 82. maddesinden yola çıkılarak yabancı devlet mallarının da mutlak olarak bağışık tutulması gerektiğine ilişkin yaklaşımlar mevcuttur. Buna göre; İİK'nın 82. maddesinin Türk devletinin mallarına mutlak bir bağışıklık tanıması karşısında, söz konusu düzenlemenin yabancı devlet mallarına da teşmil edilmesi gerektiğini ifade eden görüşler bulunmaktadır.[533] Ancak İİK 82'nin iç hukuka özgü bir madde olduğunu ve sadece Türk devletinin mallarına ilişkin kabul edilmesi gerektiğini ifade eden görüşler de mevcuttur.[534] Nitekim konuya ilişkin yargı kararı çok fazla olmamasına rağmen, Yargıtay'ın konuya ilişkin çok eski bir kararından bahsetmek

---

[531] Bildiri metni için bkz. https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680305d7f et: 05.04.2016.

[532] http://www.coe.int/en/web/cahdi/news-cahdi//asset_publisher/lQ3ydCD77kVg/content/declaration-on-jurisdictional-immunities-of-state-ownedculturalproperty?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.coe.int%2Fen%2Fweb%2Fcahdi%2Fnews-cahdi%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_lQ3ydCD77kVg%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_i%3Dcolumn-1%26p_p_col_count%3D1, et: 05.04.2016. Nitekim kültürel malvarlığının icra bağışıklığı kapsamında olması gerektiğini ortaya koyan bazı örneklere de rastlamak mümkündür. İşbu nedenle 2004 tarihli BM Sözleşmesi'nin 21. maddesi, kültürel malvralığını icra bağışıklığı kapsamına alan tek metin olarak önem arz etmetedir. SÜRAL, s. 215.

[533] Bkz. POSTACIOĞLU, İlhan: **İcra Hukuku Esasları**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No: 2901, İstanbul, 1982, s. 367.

[534] GÜNDÜZ, 1984, s. 17.

mümkündür. Yargıtay ilgili kararında İİK 82.'deki devlet malları ibaresinin iç hukuka ilişkin olup, yabancı devlet mallarının bu haktan yararlanamayacağı belirtilmiştir.[535]

Sonuç olarak, Sözleşmelere de yansıdığı üzere, devlet mallarının cebri icra bağışıklığının sınırlandırılması eğilimi de söz konusudur. Ancak bu sınırlandırmanın işlevsel olarak uygulandığı bir örnekle karşılaşmak henüz söz konusu olmamıştır. Her ne kadar İtalyan iç hukuk düzeninde Almanya'nın İtalya'daki gayrimenkullerine tedbir konulsa da, söz konusu tedbirlerin hukuka aykırı olduğu UAD tarafından tespit edilmiştir.[536]

B. Devletin Tebligat Bağışıklığı

Yargı bağışıklığı ve cebri icra bağışıklığı yanında önem arzeden bir diğer bağışıklık türü de, tebligat bağışıklığıdır. Çünkü yabancı bir devlete karşı dava açılması halinde, davalı devlete ilgili dava dilekçesi ve diğer yazışmaların nasıl tebliği edileceği önemli bir sorudur. Davanın açıldığı devlette, davalı devletin diplomatik misyonunun olmadığı hallerde, yabancı devlet bakımından tebligatın diplomatik kanallarla gönderilmesi mümkün olacağı söylenebilir. Ancak yabancı devletin diplomatik temsilciliği bulunması halinde söz konusu dava dilekçesi ve yargılamaya ilişkin diğer belgeler davalı devlete nasıl tebliğ edileceği diplomatik temsilciliğin tebligat bağışıklığı ile ilgilidir. Nitekim yargı bağışıklığına ilişkin devlet uygulamalarına baktığımızda, yabancı devletin diplomatik temsilcisinin tebligat bağışıklığının kabul edildiği ve davalı devlete ilgili tebligatın yine diplomatik

[535] TAŞPINAR, Sema: Borçlunun Bazı Mallarının Haczedilememesi ve Nedenleri (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 1994, s. 95, dn.75'ten atfen.
[536] Ayrıntılı değerlendirme çalışmamızın ilerleyen bölümünde yapılmıştır.

kanaldan yapılmasının öngörülmesi söz konusudur.[537] Dolayısıyla devletlere açılan davalarda diplomatik bağışıklık dolayısıyla büyükelçiliklere tebligat yollanması, uluslararası hukuka aykırılık teşkil edecektir.[538]

Konuya ilişkin uluslararası sözleşmeleri ele alırsak 1961 tarihli Diplomatik İlişkilere İlişkin Viyana Sözleşmesi'nde diplomatik misyonun ve diplomatik ajanının bağışıklık ve dokunulmazlıkları kural olarak öngörülmüş, bağışıklığın istisnaları ise tadadi olarak ve açıkça düzenlenmiştir.[539] Dolayısıyla 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi uyarınca, diplomatik temsilciliğin temsil ettiği devlet aleyhine açılan davalara ilişkin tebligatı kabul etmesi diplomatik misyona tanınan yargı bağışıklığının ihlali anlamına gelecektir.[540] Dolayısıyla temsil edilen devlet bakımından olmamakla birlikte, diplomatik misyon açısından tebligat bağışıklığının varlığı söz konusudur.

1972 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nin 16. maddesinde ve 2004 tarihli BM Sözleşmesi'nin 22. maddesinde konuya dair benzer düzenleme getirilmiş; davaya ilişkin belgelerin davalı devlete tebliğinin diplomatik kanalla yapılması öngörülmüştür.

Türk Hukuku bakımından ise; eski 2675 sayılı MÖHUK'un 33/II ile yeni 5718 sayılı MÖHUK'un 49/II. maddelerinde, yabancı devletlerin bağışıklıktan yararlanamayacağı uyuşmazlıklarda, diplomatik temsilcilerine tebligat yapılabileceği öngörülmüştür. Söz konusu düzenleme bakımından farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, yargı bağışıklığının olmadığı hallerde, diplomatik temsilciye tebligat

[537] Nitekim ABD, İngiltere, Brezilya, Belçika, Kolombiya, Fransa, Yunanistan, İtalya vs. bu devletler arasında sayılabilir. Bkz. GÜNDÜZ, 309.
[538] FOX – WEBB, s. 12.
[539] Söz konusu bağışıklık ve dokunulmazlıklar Sözleşme'nin 22., 30, 31 ve 37. maddelerinde öngörülmüştür.
[540] SARGIN, Fügen: "*1961 Tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi Hükümleri Dahilinde MÖHUK'un 33. Maddesinin Uygulanabilirliği Sorunu*", AÜHFD, Cilt. 52, Sayı 1, 2003, s. 34.

yapılmasının mümkün olduğu savunulmaktadır.[541] Aksi halde, birinci fıkrada öngörülen devletin yargı bağışıklığına istisna hükmünün işlevsiz olacağı savunulmaktadır.[542] Bir diğer görüşe göre söz konusu düzenleme, devletin yargı bağışıklığı ile diplomatik temsilcinin bağışıklığının birbirine karıştırıldığının göstergesidir. Dolayısıyla 5718 sayılı MÖHUK 49/II'de öngörülen uygulama, mevcut uluslararası hukuka aykırılık teşkil etmektedir.[543]

BÖLÜM III: ULUSLARARASI HUKUKTA BİREYLERİN ZARARLARININ GİDERİLMESİ TALEPLERİ

I. BİREYLERİN ZARARLARININ GİDERİLMESİNİ TALEP HAKKI

A. Genel Olarak

Uluslararası hukukta devlet merkezci yaklaşım, etkisini özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra kaybetmiş; bireyler üzerinde haklar ve yükümlülükler öngörülmüştür. Bireylerin yükümlülüğü Uluslararası Nürnberg Askeri Mahkemesi yargılamasında ortaya konulmuş; daha sonra da BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen Nürnberg prensipleriyle teyit edilmiştir.[544] Ayrıca bireylerin hak ehliyeti, Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın 3 Mart 1928 tarihli Dansing Mahkemelerinin

---

[541] YILMAZ, Ejder- ÇAĞLAR, Tacar: **Tebligat Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1991, s. 326. Nitekim Yargıtay'ın da davalı devletin yargı bağışıklığının olmadığı durumlarda diplomatik temsilciliğe tebligat yapılabileceğine ilişkin kararları bulunmaktadır. Bkz. Yargıtay 13 HD 16.11.1989, 3896/6648; Yargıtay 12. HD 6.11 1984, 8401/11313.

[542] ÇELİKEL – ERDEM, s. 577.

[543] GÜNDÜZ, s. 307; SARGIN, s. 34.
Bunun karşısında, MÖHUK'un ilgili maddesiyle birlikte ek bir tebligat imkanı getirildiği de savunulmaktadır. Buna göre, yabancı devlete karşı açılan davalar bakımından Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin tebligat bağışıklığına ilişkin hükümlerine uygun davranma zorunluluğu olmadığı ileri sürülmektedir. *Nomer, Çelikel, Erdem, Şanlı, Esen, Ataman, Doğan* işbu görüşü savunan isimler arasındadır. SÜRAL, s. 308, dn. 1120'den atfen.
Ancak kanımızca da, uluslararası hukukun tebligat bağışıklığına ilişkin düzenlemesini de göz önüne alacak olursak, ilgili maddenin tebligat bağışıklığına aykırılık teşkil ettiğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

[544] ARSAVA, Füsun: "*Uluslararası Hukukta Tazminat ve Etkin Hukuki Korumaya İlişkin Bireysel Talepler",* TAAD, Yıl:5, Sayı: 16, 2014, s. 2; Ayrıca bkz. BRONWLIE, Ian: "*The Place of Individuals in International Law",* Virginia Law Review, Vol. 50, 1964, s. 435 – 462.

Yargı Yetkisi 'ne ilişkin danışma görüşünde de benimsenmiş; taraf devletlerin iradeleriyle bireylere hak ve yükümlülükler veren bir uluslararası antlaşma akdedilmesinin ve işbu antlaşmanın ulusal mahkemeler önünde ileri sürülmesinin mümkün olacağı ifade edilmiştir.[545]

Bireylerin hak ve yükümlülüklerinin düzenlendiği bir ortamda, öncelikle bireylerin yükümlükleri bakımından cezalandırıcı ilkelere başvurulmuştur. Hukuk sistemlerinin birincil amacı, faili yargılama ve cezalandırma olunca, hukuka aykırı faaliyetlerden zarar gören bireylerin mağduriyetini giderici önlemler ikincil planda kalmıştır.[546]

Bireylerin korunmasına ilişkin adımlar ise, 20. yüzyılın ikinci yarısında atılmıştır. Yapılan çalışmalar neticesinde, birçok evrensel ve bölgesel insan hakları araçlarına, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 Ek protokolleri ve göç hukuku ile ilgili çeşitli kuralların kaleme alınmasını içermiştir.[547]

B. Uluslararası Hukukta Bireylerin Zararlarının Giderilmesini Talep Hakkının Varlığı Tartışması

Bireylerin zararlarının giderilmesini talep hakkının varlığı, *jus cogens* kural ihlallerine vücut veren ağır insan hakları ihlalleri ile insancıl hukuk kurallarının ihlalleri bakımından önem arz etmektedir. Ancak söz konusu hakkın varlığına ilişkin doktrinde farklı yaklaşımlar mevcuttur.

Bireylerin zararlarının giderimini talep hakkı, özellikle insan hakları hukuku bakımından tartışma konusu dahi değildir. Çünkü uluslararası ve bölgesel insan

[545] StGH, Jurisdiction of the Courts of Danzig Case, PCIJ Series B, No. 15, s. 17.
[546] BOTTIGLIERO, Ilaria: *"Redress for Victims of Crimes Under International Law*", Springer, The Netherlands, 2004, s. 13.
[547] GILLARD, Emanuela-Chiara: *"Reparation for Violations of International Humanitarian Law*", IRRC, Vol. 85, No. 851, 2003, s. 529; The Evolution of Victims' Access to Justice, s. 9.

hakları metinleri hem insan hakları ihlallerin hukuki sonuçlarını hem de etkili başvuru yollarını içermektedir. Nitekim insan hakları hukukunda bireylerin zararlarının giderimi hem özel insan hakları mahkemeleri yoluyla sağlanmakta hem de insan hakları sözleşmeleri devletlere ulusal mahkemeler eliyle zarar giderim mekanizmaları oluşturmasını emretmektedir. Bu bakımdan insan hakları hukukunda bireylerin zararlarının giderimini talep hakkının ve devletlerin ihlalleri tazmin yükümlülüğünün olduğu söylenebilir.[548]

Ancak özellikle, zararların giderimini talep hakkının varlığı insancıl hukuk ihlalleri dolayısıyla tartışma konusudur. *Bank-Schwager*'in çalışmasında da ele aldığı üzere, insancıl hukuk ihlallerinden dolayı bireylerin zararlarının giderimini talep hakkının varlığına dair tartışmaya ilişkin yaklaşım üçe ayrılmaktadır. Birinci grup, bireylerin zararlarının giderimini talep hakkının varlığını kabul etmeyen geleneksel yaklaşım; ikinci grup, bireylerin zararlarının giderimini talep hakkını birincil ve ikincil olarak ikiye ayırıp ele alan karma yaklaşım; üçüncü grup, bireylerin zararlarının giderimini talep hakkının varlığını tümden kabul eden bireyci yaklaşım.

Geleneksel yaklaşımı yansıtan birinci grupta, ihlali halinde kanun yoluna başvurma hakkı olmaksızın bir hakkın, hak olamayacağı kabul edilmektedir.[549] İnsancıl hukuk kuralları, belli davranış kuralları öngörmek suretiyle bireyleri hak sahibi yapmaz, bireyler insancıl hukuk kurallarından yararlanırlar.[550] Ancak insancıl hukuk kurallarında bireylerin zararlarının giderimi ayrıca düzenlememiştir. İnsancıl

[548] BANK-SCHWAGER, "*Is there a Substantive Right to Compensation for Individual Victims of Armed Conflicts Against a State under International Law?"* German Yearbook of International Law, Vol. 49, 2006, s. 411; GILLARD, s. 537.
[549] HIGGINS, R.: *"The Role of Domestic Courts in the Enforcement of International Human Rights: The United Kingdom"*, içinde **Enforcing International Human Rights in Domestic Courts** (CONFORTI, B. - FRANCIANI, F. ed.), , Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1997, s. 38; ZEGVELD, Liesbeth: *"Remedies for Victims of Violations of International Humanitarian Law"*, IRRC, Vol. 85, No: 851, 2003, s. 498, dn. 7.
[550] PARTSCH, Karl Joseph: "*Individuals in International Law",* EPIL, Vol. 2, 1995, s. 957.

hukukta bireylerin başvurabileceği bir usuli başvuru mekanizmasının yokluğu karşısında, bireylerin insancıl hukuk ihlalleri dolayısıyla zararlarının giderimini talep etmeleri mümkün olmadığı savunulmaktadır.[551]

İşbu klasik yaklaşımda, uluslararası hukuk ihlallerinde ancak ihlale maruz kalan devletin zararlarının giderimini talep hakkı olacağı kabul edilmektedir. Çünkü, işbu yaklaşım devletlerin uluslararası hukukun temel sujesi olma varsayımından hareket etmektedir.[552] Ayrıca bireylere tazminat hakkı tanımanın, sayısız tazminat davası açılmasına sebep olabileceği ifade edilmektedir. Görüldüğü üzere son argüman hukuki olmaktan ziyada politik bir içerik taşımaktadır.[553]

Nitekim işbu geleneksel yaklaşımı yansıtan kararlar da mevcuttur. Tokyo Yüksek Mahkemesi *Shinto* davasında, bireye verilen zararın, bireyin vatandaşı olduğu devlete verilmiş sayılması gerektiğine hükmetmiştir. Çünkü Mahkeme uyarınca 1907 Lahey Sözleşmesi IV.'ün ortak III. maddesi devletlerararası sorumluluğu düzenlese de, bireylere zararlarının giderimini talep hakkı vermemektedir.[554] Bunun yanında ABD mahkemelerinde de benzer yaklaşım kabul edilmiştir. Örneğin *Tel Oren v. Al.Libyan* davasında, savaş sonrası sayısız tazminat davası açılmasının, barış görüşmelerinin yürütülmesi ve devletler arası ilişkilerin normalleşmesi için bir engel teşkil edebileceği sonucuna varılmıştır.[555]

[551] BANK- SCHWAGER, s. 372; PARTSCH, s. 957, 959.
[552] BANK-SCHWAGER, s. 369.
[553] BANK-SCHWAGER, s. 385.
[554] Tokyo High Court so Shinto, Judgement of 30 November 2000. Ayrıca bkz. IGARASHI, Masahiro: *"Post-war Compensation Cases Japanese Courts and International Law",* Jap. Ann. of Int'l L. Vol. 43, 2000, s. 45 - 82; CHINKIN, Christine: *"Women's International Tribunal on Japanese Military Sexual Slavery*", AJIL, Vol. 95, 2001, s. 335 – 341.
[555] *Hanoch Tel-Oren, et al., v. Libyan Arab Republic,* et al., 81-0563, 81-0564, United States District Court for the District of Columbia, United States, 30 June 1981, s. 551.

İkinci grup ise, karma yaklaşımı teşkil etmektedir. Karma yaklaşımı benimseyen *Tomuschat,* insancıl hukuk ihlallerinin uluslararası suça vücut vermesi halinde, bireylere birtakım haklar tanıdığını kabul etmektedir. Söz konusu birincil haklar, uluslararası suçların yasakladığı bazı davranışlardan doğmaktadır. Ancak birincil haklar otomatik olarak usuli nitelikteki ikincil haklara dönüşmezler. İşbu durumda *Tomushat* etkili başvuru yolu olmadığı sürece, uluslararası hukukta bireylerin zararlarının giderimini talep hakkı gibi maddi bir haktan bahsetmenin mümkün olamayacağını savunmaktadır. Dolayısıyla *Tomuschat'a* göre bir hukuk sisteminde ikincil hakların tanınması için, söz konusu sistemin kendisinin kurumlarının ve özellikle de yargı organlarının varlığı şarttır.[556]

Bunun yanında bireylerin zararlarının giderilmesini talep hakkının varlığını birincil, ikincil kurallarda değil; üçüncül kurallarda doğduğunu ileri süren yaklaşımlar mevcuttur. Buna göre, uluslararası hukukta bireylerin zararının giderimini talep hakkı, yalnızca yarı-yargısal danışma organları eliyle kullanılabildiği için, işbu hakkın diğer insan hakları kuralları temel alınarak tanınması gerektiği ileri sürülmektedir.[557]

Üçüncü grup yaklaşım ise, bireyci yaklaşım olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yaklaşım, insancıl hukukta bireylerin zararlarının giderimini talep hakkının varlığını kabul etmekte ve söz konusu hakkın kaynağını 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi IV'ün

---

[556] TOMUSCHAT, Christian: *"Individual Reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations: The Position under General International Law*", içinde **State Responsability and the Individual** (RANDELZHOFER, A. – TOMUSCHAT, C. ed.), Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1999, s. 173.

[557] MAZZESCHI, Riccardo Pisillo: *"Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview"*, JICL, Vol. 1, 2003, s. 343.
Bireylere, uluslararası kişiliğe sahip olmaksızın, birincil, ikincil ve üçüncül kurallarla tanınmış haklar bulunmaktadır. Örneğin, bireyler insan hakları ve insacıl hukuk birincil kurallarının öngördüğü haklara sahiptir. Birincil hakların ihlali halinde zararların giderilmesi ikincil hakkı da bireylere tanınan haklardandır. Üçüncül haklar da, bireyin zararın giderimi için yargısal ya da yarı-yargısal mercilere başvurma hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır. MAZZESCHI, s. 342.

3. maddesine ve 1977 Cenevre Sözleşmesi'nin I Nolu Protokolü'nün 91. maddesine dayandırmaktadır.[558]

Nitekim işbu yaklaşım, BM nezdinde hazırlanan Ağır İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk İhlalleri Mağdurları için Başvuru ve Zarar Giderim Hakkına İlişkin Temel İlkeler ve Kılavuz metinde de benimsenmiştir.[559] Yine aynı şekilde BM Darfur Hakkında Uluslararası Soruşturma Komisyonu'nun raporu uyarınca da, 1907 Lahey Sözleşmesi IV'ün 3. maddesinin akdedildiği esnada, özellikle bireylere tazmin hakkı sağlamak amacıyla düzenlememiş olsa da, günümüzde artık söz konusu hakkı içerdiğini varsaymak mümkündür. Çünkü uluslararası hukukta insan haklarının önemi, devletlerin sorumluluğu kavramını değiştirmiştir.[560] Bunun yanında etkili başvuru yolunun öngörülmemesi dolayısıyla sübjektif bir hakkın da mevcut olmadığı sonucu çıkarılması mümkün değildir.[561]

Jus cogens kuralların uluslararası toplumun tümünün menfaatini koruması bakımından, zarar giderimi yükümlülüğü gibi söz konusu kuralın ihlaline ilişkin yaptırımların, mağdurun vatandaşı olduğu devletin ya da diğer devletlerin iradesine bırakılmasının hukuken doğrulanabilir bir yanı bulunmamaktadır. Bireyler devletlerden bağımsız olarak, *jus cogens* kurallara aykırılık teşkil eden ihlallere maruz kaldıklarında, ulusal ya da uluslararası hukuk sisteminin sağladığı mekanizmalara kendiliğinden başvurabilmelidir.[562]

---

[558] KALSHOVEN, Frits: *"State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces. From Art.3 of Hague Convention IV to Art.91 of Additional Protocol I and Beyond",* International and Comparative Law Quarterly, Vol. 40, 1991, s. 827; ZEGVELD, s. 497, 506.
GILLARD, s. 537.
[559] BANK-SCHWAGER, s. 378.
[560] Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the UN Secretary General pursuant to Security Council Resolution 1564, UN Doc. S/2005/60 (2005), para. 593.
[561] ARSAVA, 2014, s. 13.
[562] ORAKHELASHVILI, s. 249.

Devletler bireylerin tazminat hakkının varlığını kabul etmek hususunda gönülsüz davransalar da, söz konusu hakkın varlığını reddetmek bakımından ileri sürdükleri hukuki argümanlar da yerinde gözükmemektedir. Dahası uluslararası mahkemelerin içtihatlarına bakıldığı zaman, yargı kararlarının bireylerin zararlarının giderilmesi hakkının varlığını kabul ettiği görülmektedir.[563] Örneğin bireylerin zararlarının giderimini talep hakkının varlığı UAD'nin Duvar Danışma görüşünde tanınmıştır.[564]

Bazı ulusal mahkeme kararlarında da bireylerin hak ihllalleri karşısında zararlarının giderimini talep hakkının varlığını kabul edilmiştir. Örneğin İtalyan savaş esirleri davasında Alman Federal Anayasa Mahkemesi, bireylerin insancıl hukuk uyarınca bazı hakları olduğunu kabul etmiştir. Ancak bunu 1907 tarihli La Haye Sözleşmesi IV'ün III. maddesine değil, uluslararası sorumluluğa ilikin taslak sözleşmenin I. maddesine dayandırmıştır.[565]

Sonuç olarak hiçbir mahkeme bireyin tazminat hakkının varlığını reddetmemektedir. Ancak görüşler arasındaki temel farklılık, bireylerin zararlarının giderilmesi hakkının ulusal mahkemeler önünde ileri sürülebilmesine ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır.[566] Bireylerin uluslararası zarar giderim mekanizmalarına kendilerinin başvurma usulleri yaygın olmasa da uluslararası hukuk düzeninde

[563] BANK-SCHWAGER, s. 410; GILLARD, s. 535.
[564]Kararda Divan'ın, Filistin'in uluslararası toplumda devlet olarak kabul edilmemesi nedeniyle, "bireylerin" zararlarının giderimi hakkının varlığını zorunlu olarak kabul ettiği ifade edilmektedir. Yani Divan, taraflardan biri devlet olsaydı, bireylerin değil; devletin haklarından bahsedecektir. Dolayısıyla da aslında bireylerin haklarının varlığını teyit etme amacında olmadığı, Divan'ın bireyler bakımından işbu kararı vermeye mecbur kaldığı ifade edilmektedir. *Advisory opinion of the ICJ on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupeid Palestinian Territory*, para. 152 - 153.
Ancak, Divan'ın kurulu bir devlet olmasa da, Filistin halkını temsilen Filistin Ulusal Otoritesi'nin lehine de karar vermesi mümkün olduğu belirtilerek, ilgili eleştirinin yersiz olduğu sonucuna varmak mümkündür. ARSAVA, 2014, s. 9.
[565] BANK-SCHWAGER, s. 376.
[566] GILLARD, s. 539.

bireylerin zararlarının giderilmesini talep hakkının varlığı yadsınamaz.[567] Nitekim çalışmamızın işbu kısmında hakkın varlığı kabul edilerek, kapsamı hem uluslararası hukukun genel sorumluluk kuralları hem de insan hakları hukuku, insancıl hukuk kuralları ve uluslararası ceza hukuku kuralları gibi uluslararası hukukun spesifik alanları bakımından incelenecektir.

C. Bireylerin Zararlarının Giderilmesini Talep Hakkına İlişkin Uluslararası Hukuk Kaynakları ve Yöntemleri

1. Uluslararası Antlaşmalar ve Bireylerin Zararlarının Giderilmesini Talep Hakkı

a. Genel Olarak

Bireylerin zararlarının giderimi açısından önem arz eden etkili başvuru hakkının (effective remedy), usuli ve maddi olmak üzere iki farklı anlamı bulunmaktadır. Usuli anlamı, devletlere, adalete ulaşma hakkına eşit ve engelsiz ulaşmak bakımından, bireylere iç hukukta etkili iç hukuk mekanizmalarına başvuru hakkını ifade eder.[568] Maddi hukuk boyutunu ise, haksız fiilin sonuçlarını ortadan kaldırma ilkesi oluşturmaktadır. İşbu hakkın usuli ve maddi anlamının uluslararası hukukun genel kurallarındaki yansımasını devletlerin sorumluluğuna ilişkin kurallar oluşturmaktadır.

Devletlerin sorumluluğuna ilişkin kuralları tespit etmek bakımından UHK tarafından hazırlanan devletlerin sorumluluğuna ilişkin taslak metin yardımcı olacaktır. 1985 yılında, devletlerin sorumluluğuna ilişkin kurallar karşında, emredici

[567] MAZZESCHI, s. 341.
[568] Von BOVEN, Theo: *"Victims' Rights to a Remedy and Reperation*", içinde **Reparations for Victims of genocide, War Crimes and Crimes against Humanity Systems in Place and Systems in the Making** (FERSTMAN, Carla- GOETZ, Mariana – STEPHENS, Alan ed.), Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2009, s. 22.

hukuktan doğan yükümlülüklerini, kendi aralarında akdettikleri ve *lex specialis* oluşturan kurallarla değiştiremeyecekleri anlayışı benimsenmiştir. UHK'nin nihai metninde de, işbu husus değiştirilmemiştir. Komisyon, hazırladığı şerhte de benzer durumu benimsemiştir. Nitekim bu yaklaşımın genel bir ilke haline geldiği ve zamanla bireylerin zararının giderimini talep hakkına ilişkin olarak da uygulanacağını ifade etmiştir.[569] Bu nedenle devletlerin sorumluluğuna ilişkin taslak metnin 33. maddesinin bireylerin zararlarının giderilmesini talep hakkını öngördüğü ifade edilmektedir.[570]

Zararın giderimi meselesinde başlangıç noktası öncelikle uluslararası yükümlülüğün bir ihlalidir. Söz konusu ihlal, beraberinde zararın giderilmesi yükümlülüğü getirmektedir. Uluslararası hukukun genel ilkeleri uyarınca, zararın giderimi hukuka aykırı fiilin bütün sonuçlarını ortadan kaldırmalı ve mağduru ihlalden önceki durumuna geri getirecek nitelikte olmalıdır. Zararın giderimi, ayrıca meydana gelen zararla orantılı olmalıdır. Nitekim uluslararararası hukukta kabul edilen çeşitli zarar giderim yöntemleri şunlardır: Eski hale iade, tazminat, rehabilite etme, yeterli tatmin ve tekrarlanmama garantisi.[571]

İşbu içeriği itibariyle devletin sorumluluğuna ilişkin kurallar, bireylerin zararlarının giderilmesine uygundur; ancak burada devreye girecek klasik yöntem, zararın diplomatik koruma yoluyla zarar veren devletten talep edilmesidir. Söz konusu hak da devlete aittir.[572] Bunun yanında klasik uluslararası hukuk anlayışı uyarınca, uluslararası haksız fiiller dolayısıyla zarar giderim sorumluluğu başka

[569] ORAKHELASHVILI, s. 244- 245.
[570] BANK-SCHWAGER, s. 397; MAZZESCHI, s. 342.
[571] HALL, s. 413 – 414; Reparations and the Trust Fund for Victims, içinde Victims' Rights Before the ICC :A Guide for Victims, their Representatives and NGO's, "https://www.fidh.org/IMG/pdf/10-CH-VII_Reparations.pdf et: 03.12.2015, s. 5; ZEGVELD, s. 499.
[572] STRUPP, Karl: **Das internationale Landkriegsrecht**, Berlin, 1914, s. 29, ARSAVA, 2014, s. 3'den atfen. Von BOVEN, s. 21.

devletlerin vatandaşlarına karşı değil, kendi vatandaşlarına karşıdır.[573]

Ancak özellikle insancıl hukuk bakımından, özel bir rejim olması nedeniyle, bireylerin zararlarının gideriminde devletin sorumluluğuna ilişkin genel kuralların uygulanamayacağı ileri sürülmektedir. Buna gerekçe olarak da UAD *Tahran Diplomatik ve Konsolosluk İlişkileri* kararında, diplomasi hukukunun kendisinin özel bir rejim oluşturması ve söz konusu özel rejimin kendi ikincil haklarını düzenlemesi halinde, genel kural olan devletin sorumluluğuna ilişkin kuralların uygulanamayacağına ilişkin görüşü gösterilmektedir.[574]

Nitekim Mahkeme'nin işbu çıkarımı *lex generalis- lex spesialis* çatışma kuralına uygun bir yaklaşımdır. UAD'nin ilgili kararını tersi ile yorumlayacak olursak da, uluslararası hukukta kendine has bir rejimin, kuralın ihlali halinde ikincil hakların varlığını düzenlememesi karşısında, genel kurala başvurulabileceğini çıkarmak mümkündür. Dolayısıyla insancıl hukuk kurallarının ihlallerinde, söz konusu ihlallerin tazmin edilmesini öngören bir kural olmaması dolayısıyla, devletin sorumluluğuna ilişkin genel kurallar uygulama alanı bulabilecektir.[575] Bunun yanında, bireylerin devletin sorumluluğuna ilişkin genel kurallar bakımından ikincil haklara sahip olma ehliyeti vardır. Çünkü uluslararası sorumluluğun temel amacı, her şeyden önce zararların tazmin edilmesidir.[576]

İşbu karar dışında, UAD'nin devletlerin sorumluluğu temel ilkesinden yola çıkarak devletlerin zararlarının giderilmesi yükümlülüğünü kabul ettiği başka kararlar da mevcuttur. Örneğin Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın *Chorzow* kararında Divan, devletin sorumluluğuna ilişkin genel ilkelere değinmiştir. Bu

[573] TOMUSCHAT, 1999, s. 7.
[574] BANK-SCHWAGER, s. 393 - 394.
[575] BANK-SCHWAGER, s. 394.
[576] BANK-SCHWAGER, s. 396.

durumda, Daimi Divan'ın bireylerin zararlarının giderilmesine ilişkin genel ilkenin varlığını onayladığı savunulabilir.[577]

UHK'nın kabul ettiği Uluslararası Sorumluluğa İlişkin Taslak Maddeler yanında, 1985 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda, Suç ve İstismar Mağdurları için Temel İlkeler Bildirgesi kabul edilmiştir. Söz konusu ilkelerle, mağdurların ceza kovuşturması sürecinde aktif yer alması, adalete ulaşma hakkı (access to justice), makul düzeyde saygı ve onuruna yakışır muamele görme hakkı, yardım ve koruma hakkı ve zarar giderimi hakkı öngörülmüştür. Nitekim bu ilkeler uluslararası hukuk bakımından mağdurlara haklar tanınmasında köşe taşı olmuştur.[578] BM İnsan Hakları Komisyonu çalışma grubu tarafından hazırlanan Zorla Kaybettirmeye İlişkin BM Sözleşmesi'nin taslak metninde de bireylerin zararlarının giderimini talep hakkı kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir.[579]

b. İnsan Hakları Hukuku ve Bireylerin Zararlarının Giderilmesini Talep Hakkı

Son elli yılda, uluslararası insan hakları ve içtihat hukukunda görülen değişim, aynı zamanda ağır insan hakları ihlallerine maruz kalan mağdurların zararlarının giderimini talep hakkının değişimini de sağlamıştır. İşbu gelişmelerle birlikte insan hakları teorisi ve uygulaması sayesinde, bireylerin zararlarının giderimi bakımından temel ilkeler oluşturulmuştur.[580]

Böylece bireylerin zararlarının giderimi için münhasıran iç hukuk

[577] *Chorzow Factory Case*, The Permanent Court of Justice, PCIJ Reports No: 17, 1928, s. 47-48.
[578] The Evolution of Victims' Access to Justice, s. 3.
[579] Taslak metnin 24. maddesi uyarınca zorla kaybettirme mağduru bireyin zararlarının giderilmesi yükümlülüğü öngörülmüştür. Metnin orijinal hali için bkz. http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CED/Pages/Convention CED.aspx et. 15.09.2016.
[580] MAZZESCHI, s. 340.

mekanizmalarına başvurması tek yöntem olmaktan çıkıp, uluslararası ortamda da bireylere adalet sağlayacak mekanizmalar geliştirilmiştir. Devletlerin genelinin kabulü sayesinde, uluslararası insan hakları mekanizmalarının öngördüğü zararın giderimi ve tazminat hakları yerleşmiştir.[581] İnsan hakları ihlalleri bakımından, ulusal yargı mercilerinin etkili başvuru mekanizması sağlamasının zorunlu olmasıyla birlikte, uluslararası mekanizmalar eliyle de bireylerin zararlarının giderimi hakkının varlığı ve korunması, evrim niteliğindedir.

Buna göre, insan hakları hukukuna ilişkin ilk önemli metin olan 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 8. maddesi uyarınca; herkesin anayasa ya da yasayla tanınmış temel haklarını ihlal eden faaliyetlere karşı yetkili ulusal mahkemeler eliyle etkin bir yargı yoluna başvurma hakkı öngörülmüştür.[582]

Bildirge yanında bazı insan hakları danışma organları, uluslararası antlaşmalarda açıkça düzenlenmeyen zımnen yetkilendirilmiş; mağdurların zararlarının tazmin edilmesi için yarı yargısal yöntemler geliştirmişlerdir.[583] İşbu noktada, İnsan Hakları Konseyi'nin (İHK) yaklaşımı önem arz etmektedir. Konsey'in, Komite olarak faaliyet gösterdiği dönemde verdiği kararlarda da, BM Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi'nin (BMSMHS), Sözleşme'ye aykırı faaliyetler dolayısıyla zarar gören bireylerin zararlarının tamamının giderilmesine ilişkin bir yaklaşım benimsediği görülmektedir. Konsey söz konusu hakkın hukuki dayanağı olarak da Sözleşme'nin 9/V. ve 14/VI. maddeleri ile İşkencenin Önlenmesine Dair BM Sözleşmesi'nin 14/I. maddesine atıf yapmıştır. Bunun yanında Komisyon

[581] Von BOVEN, s. 21
[582] Türkçe metin için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf et.15.10.2016.
[583] MAZZESCHI, s. 340.

uyarınca, Sözleşme'nin 2/III maddesi, bireyler bakımından etkili başvuru yolu sağlamaktadır.[584]

İHK, ağır insan hakları ihlallerinde bireylerin zararlarının giderilmesini talep hakkının uygulanması bakımından önemli çalışmalar yürütmüştür. Söz konusu çalışmalar, hem hakkın gelişmesi hem de uluslarası suçlar bakımından da uygulanabilecek niteliğe sahip olmasını sağlamıştır. 1993 yılında BMSMHS'nin devletler üzerine herhangi bir yükümlülük öngörmediği ve Konsey uygulamalarının da bunu teyit edici olduğu yorumları yapılmaktayken bu durum, günümüzde değişiklik göstermiştir. Konsey uyarınca, BMSMHS'nin ciddi ihlali halinde zararın giderimi bakımından, devletler üzerinde açık ve net yükümlülükler olduğunu söylemek artık mümkündür. Failleri derhal ve tarafsız bir şekilde soruşturma, adaletin huzuruna çıkarma ve bireylere uygun bir tazminat ödeme, devletlere bu

[584] BMSMHS 2/III. maddesi; *"Bu Sözleşmeye Taraf her Devlet şu taahhütlerde bulunur:*
a) bu Sözleşmede tanınan hakları veya özgürlükleri ihlal edilenlere, ihlal fiili resmi sıfatlarıyla hareket eden kişilerden başka kimseler tarafından işlense dahi, etkili bir hukuki yola başvurma hakkı sağlamak;
b) Bu tür bir hukuki yola başvurmak isteyen kişinin hakkının yetkili yargısal, idari ve yasama organları, veya Devletin hukuk sisteminin öngördüğü başka bir yetkili makamı tarafından karara başlanmasını sağlamak ve yargısal hukuki yollara başvurma imkanını geliştirmek;
c) bu gibi hukuki yolların tanınması halinde, yetkili makamlar tarafından bu hukuki yolların işletilmesini sağlamak."
9/IV. maddesi; *"Gözaltına alınarak veya tutularak özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kimse, tutulmasının hukukîliği hakkında hemen karar verebilecek ve eğer tutulması hukuki deşilse salıverilmesine hükmedebilecek bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir."*
14/VI. Maddesi: *"Bir kimse bir suçtan ötürü nihai bir kararla mahkum olduğunda ve bu mahkumiyeti adli hata bulunduğu gerekçesiyle bozulduğunda veya kendisi bağışlandığında, eğer mahkumiyet kararının verildiği tarihte bilinmeyen olayların ortaya çıkarılamamış olmasının nedenleri kısmen veya tamamen kendisine yüklenebileceği kanıtlanmadıkça, bu tür bir mahkumiyetin sonucu olarak ceza çeken bir kimseye hukuka uygun olarak tazminat ödenir."* Türkçe metin için bkz. http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin133.pdf et. 15.09.2016.
İşkencenin Önlenmesine Dair BM Sözleşmesi'nin 14/I. maddesi; *"Her Taraf Devlet kendi hukuk sistemi dahilinde işkence eylemi mağdurunun zararının karşılanmasını ve m¸mk¸n olan rehabilitasyon imkanları dahil uygulanabilir, adil ve yeterli bir tazminat hakkına sahip olmasını temin edecektir. İşkence eylemi sonucu mağdurun ˆlmesi halinde bakmakla y¸k¸ml¸ olduğu muhtaÁları tazminat almaya yetkili olacaklardır."* Türkçe metin için bkz. http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/25703--Iskence-ve-Diger-Zalimane,-Gayriinsani-veya-Kucultucu-Muamele-veya-Cezaya-Karsi-Sozlesme.pdf et. 15.09.2016.
Söz konusu prosedür, bağımsız bir başvuru yöntemi öngörmek yerine taraf devletleri, iç hukuklarını sözleşmeye uygun davranmakla yükümlendirmektedir. söz konusu mekanizmanın da bireylerin haklarının varlığını kanıtlamak bakımından yeterli olmadığını ifade etmektedir. TOMUSCHAT, 2002, s. 167.

kapsamda yüklenen yükümlülüklerdir.[585] Konsey gerekli hallerde; etkili başvuru hakkının bireylerin zararlarını tazmin etme hakkını da içerdiğine kanaat getirmiştir; ancak Konsey Sözleşme'nin ihlalden sorumlu olmayan devlete zararı giderme yükümlülüğü vermediği kanatine varmıştır.[586]

Uluslararası insan hakları mekanizmaları yanında bölgesel bir mekanizma olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 13. ve 41. maddesi uyarınca, bireylerin zararlarının giderilmesini talep hakkı korunmaktadır. Buna göre Sözleşme'nin 13. maddesinde, Sözleşme' de tanınmış hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin, ulusal merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahip olduğu öngörülmüştür. 41. maddede ise, AİHM'in bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar vermesi ve taraf devletin işbu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırabilmesi halinde, gerekirse, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmedebileceği düzenlenmiştir.[587] AİHS'nin yargı mekanizması olarak kurulan AİHM, etkili zarar giderimini devletler bakımından bir yükümlülük olarak uygulamaktadır. Nitekim söz konusu yükümlülük *Aksoy v. Türkiye* davasında da benimsenmiştir.[588]

Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 63. maddesinde de zararların giderimi hususu düzenlenmiştir. Buna göre, Mahkeme'nin Sözleşme ile korunan bir hakkının ya da özgürlüğün ihlalinin tespiti halinde, ihlali oluşturan faaliyetin veya

---

[585] BOTTIGLIERO, s. 123.

[586] *Albert Wilson v. Philippines*, Communication No. 868/1999 of 11 November 2003, UN Doc. CCPR/C/79/D/868/1999 (2003).

[587] Türkçe metin için bkz. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf 15.09.2016. Mahkeme zararların giderimi mekanizması olarak önemli kararlara imza atsa da, zararı ortadan kaldıracak nitelikte tedbirler aldığını, dolayısıyla işbu yöntemin tam manasıyla zararın giderimini sağladığını söylemenin mümkün olmadığı yorumu getirilmektedir. TOMUSCHAT, 2002, s. 163.

[588] *Case of Aksoy v. Turkey*, ECHR, Judgment, Application No. 21987/93, 18 December 1996, para. 98.

durumun giderilmesine ve zarar gören tarafa adil bir tazminat ödenmesine de karar verebileceği öngörülmüştür.[589]

Nitekim Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarına baktığımızda birey lehine karar vermekten yana olduğunu söylemek mümkündür. *Valasquez Rodrigez v. Honduras* kararında Mahkeme, insan hakları ihlali dolayısıyla, devletin söz konusu ihlalleri soruşturma, sorumluları tespit etme, cezalandırma ve zarar gören birey/bireylerin zararlarını gidermekle yükümlü olduğu hükmünü vermiştir.[590] Bunun yanında, Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin zarar giderim yöntemleri olarak oldukça yaratıcı olduğunu, kararlarında mağdurlar için anıt dikilmesi, kamuoyu önünde özür dileme, eğitime ve sağlığa ulaşımı sağlama yükümlülüğü gibi zarar giderimi yöntemlerine başvurduğu görülmektedir. Ancak işbu Mahkeme bakımından en önemli eksikilik, Avrupa Konseyi'nde olduğu gibi, kararların uygulanmasını denetleme mekanizmasının yokluğudur.[591]

Son olarak, Afrika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesinde adil yargılanma hakkının unsurları öngörülmüş; I-a bendinde, yürürlükteki sözleşmeler, yasalar, düzenlemeler ve geleneklerle tanınan ve güvence altına alınan temel hakları ihlal eden faaliyetlere karşı bireylerin etkili başvuru hakkının varlığı düzenlenmiştir. Nitekim Afrika Komisyonu da, Afrika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesinde

[589] Türkçe çeviri için bkz. GEMALMAZ, Mehmet Semih: **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri** – I. Cillt/Bölgesel Sistemler, Legal, İstanbul, 2010, s. 705.
[590] TOMUSCHAT, 2002, s. 165- 166.
[591] EVANS, Christine: **The Right to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict**, Cambridge University Press, The UK, 2012, s. 75- 76.

düzenlenen işbu hakkın, devletlere bireylerin zararlarını giderme yükümü verdiği sonucuna varmıştır.[592]

c. İnsancıl Hukuk ve Bireylerin Zararlarının Giderilmesini Talep Hakkı

İnsan hakları kurallarının aksine, yukarıda da bahsettiğimiz üzere, insancıl hukuk kurallarının bireylerin zararları giderimini talep hakkını içerip içermediği tartışma konusudur. Özellikle 1907 Lahey Sözleşmesi IV. 3. maddesi, Ek Protokol I'in 91. maddesi ve uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının insancıl hukuk ihlallerinden dolayı bireylere zararlarının giderimini talep hakkı verip vermediği üzerinde kafa yorulan bir meseledir. Çünkü Sözleşmelerin ilgili maddeleri açık olmayıp, işbu husus, uluslararası örf ve adet hukuku kurallarına, ulusal ya da uluslararası yargı mekanizmalarının yorumuna bağlıdır.[593]

Öncelikle klasik yaklaşım uyarınca insancıl hukuk ihlallerinden dolayı zarar görenin, bireyler olamayacağı, Lahey Sözleşmeleri'nin sadece devletlerin zararlarını düzenlediği ileri sürülmektedir. Nitekim insancıl hukuk metinlerinin konuya ilişkin açık düzenlemeler içermemesi sebebiyle, talep hakkının varlığı tartışmalı hale gelmektedir. Bu bakımdan uluslararası insancıl hukuk kuralları, uluslararası hukukta gözlenen eğilimleri yansıtmamaktadır. Örneğin, devletlerin sorumluluğuna ilişkin taslak metin kaleme alınmış olsa bile, devlet güçlerinin hukuka aykırı faaliyetlerinden zarar gören bireylerin haklarına yer vermemiştir.[594]

1907 tarihli Lahey Sözleşmesi IV'ün 3.maddesi ile 1977 Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek I. Protokol'ün 91. maddesi tazminat ödemekle yükümlü tarafı

[592] BANK-SCHWAGER, s. 402, dn. 140.
[593] ZEGVELD, s. 507.
[594] ZEGVELD, s. 497.

düzenlemekte; ancak maddenin öngördüğü tazminat hakkının kim tarafından kullanılabileceğini özel olarak düzenlememektedir. Sözleşmelerin lafzına rağmen, hukuka aykırı faaliyet dolayısıyla zararların giderilmesi yükümlülüğünün kendiliğinden doğacağını, dolayısıyla da antlaşmalarda işbu yükümlülüğün ayrıca zikredilmesinin gerekli olmadığı ifade edilmektedir.[595] Çünkü işbu yükümlülük insancıl hukuka ilişkin akdedilen antlaşmaların fonksiyonundan kaynaklanmaktadır.[596] Dolayısıyla insancıl hukuk kuralları zımni de olsa, bireylerin zararlarının giderilmesini talep hakkını muhteva etmektedir.[597]

İnsancıl hukuka ilişkin akdedilen Sözleşmeler dışında, Birleşmiş Milletler Mağdurlar için Adalet Bildirgesi ile birlikte de bireylerin zararlarının giderimi hakkının uluslararası hukuktaki varlığı teyit edilmiştir. Birleşmiş Milletler Azınlıklara Karşı Ayrımcılığı Önleme ve Azınlıkları Koruma Alt Komisyonu, 1989 yılında *Von Boven'i* ağır insan hakları ihlalleri ve ciddi insancıl hukuk ihlallerine maruz kalan mağdurların eski hale getirme, tazminat ve rehabilitasyon haklarının varlığı ve konuya ilişkin temel ilke ve davranış kurallarına yönelik çalışma yapması için görevlendirmiştir. *Von Boven'in* yürüttüğü çalışmada, tazminata ilişkin uluslararası insan hakları kuralları ve yargı kararları incelenmiştir. Söz konusu ilkeler var olan hukuki yükümlülüklere ilişkin mekanizma, prosedür ve yöntemleri ortaya

[595] GILLARD, s. 532.
[596] BANK-SCHWAGER, s. 387; EVANS, s. 32
Bireylerin zararının giderilmesini talep hakkının varlığını uluslararası olmayan çalışmalarda da kabul etmek gerekir. Çünkü Ek Protokol'ün 91. maddesi, Cenevre Sözleşmeleri ortak 3. maddenin ihlalini de içermektedir. Ortak 3. maddenin uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uygulandığı göz önüne alınacak olursa, 91. maddede öngörülen bireylerin zararlarının giderilmesi hakkının, uluslararası olmayan çatışmalar bakımından da kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. BANK- SCHWAGER, s. 392; MAZZESCHI, s. 341.
[597] Nitekim söz konusu husus, UAD Almanya v. İtalya, müdadil Yunanistan kararında, karşı oy veren Yargıç Yusuf tarafından da ifade edilmiştir. Dissending Opinion of Judge Yusuf, s. 199, para. 13 – 14.

koymuştur.[598]

Van Boven/Bassiouni İlkeleri olarak da adlandırılan ilkeler uyarınca, ağır uluslararası insan hakları ihlalleri ile ciddi insancıl hukuk ihlallerine maruz kalan mağdurların zararlarının giderimini talep hakkına sahip oldukları öngörülmüştür. Söz konusu ilkeler uyarınca, zarar giderimi, uygun etkili ve acil olmalı; ihlalin ve meydana gelen zararın ağırlığı ile doğru orantılı olmalıdır.[599]

Bireylerin tazmin hakkının varlığı, EYUCM yargıçlarının BM Güvenlik Konseyi Başkanı'na gönderdikleri mektupta da teyit edilmiştir. Buna göre, insan hakları ile uluslararası hukuk arasındaki bağlantının güçlenmesi ile birlikte, devletin sorumluluğu kavramı değişmeye başlamıştır. Böylelikle, mağdurların zararlarının giderilmesine ilişkin usuli sınırlandırmalar -mağdurların sadece kendi devletlerinin aracılığıyla zararlarını talep edebilmeleri gibi- yerini hem vatandaşların hem de yabancıların zararlarının giderimini talep hakkına bırakmıştır. Yani, devletlerin uluslararası sorumluluğundan dolayı sadece zarar gören devletin değil, bireylerin de zararlarının giderilmesinin kabul edilmesi eğilimi vardır. Söz konusu gelişmeler karşısında, uluslararası hukukta bireylerin zararlarının giderilmesini talep hakkının varlığından bahsetmek mümkündür. Ancak esas sorun ve tartışmalı olan mesele söz konusu hakkın nasıl kullanılacağı ve nerede ileri sürüleceğidir.[600]

Görüldüğü üzere insancıl hukuk ihlalleri karşısında bireylerin zarar giderimi hakkına ilişkin diğer bir tartışma konusu da bireylerin zararların giderilmesi

---

[598] Von BOVEN, 2009, s. 28.
Birleşmiş Milletler İlkeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TOMUSCHAT, Christian: *"Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations",* Tul.J.Int'l& Comp. L., Vol.10, 2002, s. 160, dn. 16-21; Von Boven, s. 28-31.
[599] The Evolution of Victims' Access to Justice, s. 9; ZEGVELD, s. 514.
[600] Victims' Compensation and Participation, Appendix to the Letter from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council, UN Doc. S/2000/1063 (2000), s. 11-12.

yöntemlerine ilişkindir. Çünkü insancıl hukuk ihlalleri karşısında kurulmuş denetleyici yargısal veya yarı yargısal mekanizmalar bulunmamaktadır. Her ne kadar, uluslararası sistemde, bireylerin zararlarının giderilmesini talep hakkı tanınsa da, uluslararası mekanizmalar yoluyla işbu hakkın bireyler tarafından bizzat kullanılmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir. [601] Nitekim insan hakları hukuku uyarınca bireylerin zararlarının ulusal merciiler yoluyla giderilmesi yaklaşımı benimsenmiş ve uygulanmaktayken; insancıl hukuk kurallarında doğan bireylerin zararlarının giderimi meselesinin iç hukuk mahkemelerinde uygulanması da tartışma konusudur.

Uluslararası insancıl hukuk bakımından var olan bu eksikliği gidermek adına çeşitli öneriler ortaya atılmıştır. Bunlardan biri bazı insan hakları denetim mekanizmalarının konu bakımından yargı yetkisini genişleterek, insancıl hukuk ihlallerini de incelemelerine ilişkin öneridir. Çünkü pek çok insancıl hukuk ihlali aynı zamanda insan hakları ihlaline vücut vermektedir. Ayrıca insan hakları ile insancıl hukuk kuralları birbirini dışlayan kurallar olmayıp, iki hukuk dalının da uluslararası toplumun düzenini tesis etmek adına paralel uygulanması mümkündür.[602] Her ne kadar, insancıl hukuk kuralları, silahlı çatışmalar esnasında bazı insan hakları kurallarından ayrılmayı meşru kılsa da, pek çok insan hakları sözleşmesi, insan hakları düzeninin silahlı çatışmalar esnasında da devam ettiğini kabul etmektedir.[603] Bu durumda da insan hakları rejiminin öngördüğü etkili başvuru araçlarını kullanmanın mümkün olduğu ifade edilmektedir.[604]

[601] MAZZESCHI, s. 341.
[602] ARSAVA, 2014, s. 8.
[603] BANK-SCHWAGER, s. 398.
[604] BANK-SCHWAGER, s. 411. MAZZESCHI, s. 341.

Nitekim ilgili yaklaşım, *Christopher Greenwood'un* UHK'ya sunduğu raporda da desteklenmiştir. Söz konusu raporda *Greenwood,* insancıl hukuk kurallarının kontrol ve denetim mekanizmalarının eksikliğinin insan hakları mekanizmaları tarafından doldurulabileceği görüşünü savunmuştur. Özellikle bazı insan hakları sözleşmeleri ile öngörülen denetim mekanizmalarının, uluslararası çatışmalar esnasında insancıl hukuk kurallarına uygun davranılmasını sağlamak amacıyla kullanılabileceği fikrini ortaya koymuştur. Çünkü insancıl hukukun aksine, insan hakları antlaşmaları, komite, komisyon veya mahkemeler gibi bireylerin başvurularını inceleyip karara bağlayacak koruyucu ve denetleyici mekanizlar kurmuştur.[605] İnsan hakları hukukunun işbu gelişmiş organizasyonel yapısının, insancıl hukuka da teşmil edilmesi, bireylerin uluslararası hukukta zararlarının giderilmesi hakkının varlığı ve kullanılması hususunda önemli bir adım teşkil edecektir.

Konuya ilişkin en liberal yaklaşımın Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi tarafından benimsendiği görülmektedir. Çünkü bazı başvurularda Mahkeme, insancıl hukuk kurallarını direkt uygulamıştır. Nitekim Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, reformist bir yorumla, *Tablada ve Las Palmeras* kararlarında, yaşam hakkını korunması bakımından uluslararası insancıl hukuk kurallarını uygulamıştır.[606] Ancak aynı yaklaşım AİHM için geçerli değildir.

[605] KALSHOVEN, F.: **The centtennial of the First International Peace Conference: Reports and Conclusions**, Kluwer International Law, The Hague, 2000, s. 240- 241, 251- 252.
ZEGVELD, s. 520, dn. 78.
[606] MAZZESCHI, s. 343. ZEGVELD, s. 515- 516

AİHM, insancıl hukuk kurallarına sadece bir yorum aracı ya da bir rehber olarak başvurmuştur.[607]

İnsancıl hukuk ihlalleri dolayısıyla bireylerin zararlarının giderilmesi yöntemlerinde ikinci olasılık ise, silahlı çatışma sonrasında barış antlaşmaları akdedilmesi, konu bakımından yargı yetkisine sahip karma tahkim mahkemeleri ya da özel mahkemeler gibi, uluslararası organlar kurulmasıdır.[608] Silahlı çatışmalar sonrası barış antlaşması imzalama trendi özellikle I. Dünya Savaşı ve II. Dünya Savaşı sonrasında uygulanmış, işbu savaşlar barış antlaşmaları ile sonlandırılmıştır. Diğer bir eğilim ise, BM kararıyla çatışmaya son verilmesidir.[609] Örneğin Körfez Savaşı'nda 3 Nisan 1991 tarihide 687 sayılı karar kabul edilmiş ve kararda koalisyon güçleri ile Irak arasındaki ateşkesin şartlarına yer verilmiştir.[610]

Söz konusu barış antlaşmaları ve BM Güvenlik Konseyi kararlarının önemi, işbu metinlerde özellikle zarar gören bireylerin zararlarının giderilmesinin talep edilmesine ilişkin hükümlerin öngörülmesidir. Nitekim son yıllarda, BM Güvenlik Konseyi kararıyla, barış antlaşmasıyla, devletlerin ya da şirketlerin iki taraflı antlaşmalarıyla/sözleşmeleriyle yarı-yargısal nitelikte faaliyet gösteren Komisyonlar kurulmaktadır. Söz konusu Komisyonlar da mağdurların zararlarını giderme amacıyla faaliyet göstermekte ve genellikle de zararları tazmin yöntemine

---

[607] İnsancıl hukuk kurallarına, Sözleşme'nin yaşam hakkı (2. madde), işkence yasağı (3. madde), aile hakkı (8. madde) ve mülkiyet hakkı (protokol 1. madde) kapsamında başvurulduğu görülmektedir. CERNA, C.: "*Human Rights in Armed Conflict: Implementation of İnternational Humanitarian Law Norms by regional Intergovernmental Human Rights Bodies"*, içinde **Implementatiın of International Humanitarian Law** (KALZHOVEN, F. – SANDOZ, Y. ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1989, s. 31- 67; ZEGVELD, s. 519.

[608] MAZZESCHI, s. 344.

[609] ZEMMALI, Ameur: *"Reparations for Victims of Violations of International Humanitarian Law"*, Seminar on the Right to Restitution, Compensation, and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms: Maastricht, 11-15 March 1992, s. 61-62.

[610] UN Security Council Resolurion, S/RES/687 (1991), 3 April 1991.

başvurulmaktadır. [611] Bunun yanında ikili antlaşmalar eliyle kurulan özel tahkim mahkemeleri sayesinde hem bireylerin hem de şirketlerin tazminat taleplerini hükümetlere karşı yöneltebilmesi mümkün olmuştur. [612]

I. Körfez Savaşı'ndan sonra BM Güvenlik Konseyi eliyle kurulan BM Zarar Giderim Komisyonu işbu örneklerden biridir. Irak'ın kuvvet kullanma yasağına aykırı faaliyetinden dolayı zarar gören kişilere de Komisyon'a başvuru yolu açılmıştır.[613] Ancak Komisyon'un insancıl hukuk ihlallerine atıf yapmaktan ziyade, daha çok kuvvet kullanma yasağına aykırılık nedeniyle doğan zararlara yoğunlaşması, bireylerin zararlarını giderme hakkını teyit edip etmediği tartışmalarına sebep olmaktadır.[614]

Etiyopa ve Eritre arasında Aralık 2000'de imzalanan barış antlaşması ile birlikte, tarafsız bir zararları tazmin komisyonu kurulmuş ve Komisyon iki hükümet ve özel sektör kurulaşlarının uğradığı kayıp ve zararın tazmini için hakemlik yapmakla görevlendirilmiştir. Söz konusu Komisyon, insancıl hukuk ihlallerinden dolayı oluşan zararın tazmin edilmesi bakılmından bir istisna teşkil etmiştir.[615]

Aynı şekilde Dayton Barışı'ndan sonra kurulan "*Yerinden Edilmiş Kişilerin ve Mültecilerin Gerçek Mülkiyet Talepleri Komisyonu*", kişilere tazminat vermekle görevlendirilmese de bireylerin mülkiyet taleplerini sonuca bağlamak süretiyle

[611] GILLARD, s. 540.
[612] GILLARD, s. 539.
[613] BANK- SCHWAGER, s. 381.
[614] BANK- SCHWAGER, s. 382; GILLARD, s. 534.
[615] GILLARD, s. 534.

çatışma esnasında uğradıkları zararın giderilmesine yönelik bir mekanizma oluşturmuştur.[616]

İnsancıl hukuk ihlallerinden dolayı iç hukuk mahkemelerine başvurmak da bir yöntem olarak öngörülmektedir. Bu manada insancıl hukuktan doğan bireylerin zararlarının giderilmesini talep hakkını doğrudan ulusal mahkemeler nezdinde kabul edilmesinin mümkün olduğu ve insancıl hukuk kurallarının ulusal mahkemeler bakımından doğrudan uygulanabileceği savunulmaktadır.[617]

Ancak bugüne kadar iç hukuk mahkemeleri, bireylerin insancıl hukuk ihlallerinden doğan zararlarının giderilmesi için yapılan başvuruları reddetmişlerdir.[618] Örneğin ABD ve Hollanda'da, 1907 Lahey Sözleşmesi IV.'ün 3. maddesinin ihlali gerekçesiyle davalar açılmış; ancak bireylerin açtığı davalar hak yokluğu sebebiyle reddedilmiştir.[619].

Leo Handel v. Andrija Artukoviç davasında ABD Bölge Mahkemesi, 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi IV ve 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi Ek Protokol I'e dayandırılan talepleri reddermiştir. Sözkonusu dava, II. Dünya Savaşı esnasında, Hırvatistan topraklarında Yahudilerin maruz kaldığı yaşam hakkı ve mülkiyet hakkı ihlallerinden dolayı Kamu Güvenliği ve İç İdare Müdürü ve İç İşleri Bakanı'na karşı açılmıştır. Davacının gerekçesi 1907 Lahey Sözleşmesi IV ve 1929 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'ne dayandırılmıştır.[620] Mahkeme, bireylerin zararların giderilmesini

---

[616] Dayton Barışı'nın Ek -8 ile kurulan Komisyon için bkz. http://www.usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/peace_agreements/dayton_annex8.pdf et. 15.09.2016.

[617] BANK-SCHWAGER, s. 392 - 393. MAZZESCHI, s. 344. Ayrıca bkz, FRULLI, M.: *"When are States Liable Towards Individuals for Serious Violations of Humanitarian Law? The Markovic Case*, Journal of International Criminal Justice, Vol. 1, 2003, s. 406 – 427.

[618] ZEGVELD, s. 512.

[619] ABD'de *Filigarta ve Tel-oren v. Libyan Arab Republic* kararı, *Humberto Alvarez-Machain et al. v. ABD* davası. ZEGVELD, s. 507, 525.

[620] ZEGVELD, s. 508.

talep hakkının varlığını kabul etse de, ilgili metinlerde söz konusu hakkın kullanılmasına ilişkin düzenlemeler öngörülmediği için, davacının talepleri reddedilmiştir. Yani Mahkeme, bazı yazarların savunduğu üzere, insancıl hukuk kurallarında başvuru hakkını düzenleyen ikincil hakkın varlığını aramıştır.[621] Aynı şekilde, Cenevre Sözleşmeleri gereği savaş esiri statüsünden faydalanmak amacıyla Yaser Esar Hamdi'nin açtığı davada, bölge mahkemesi, Cenevre Sözleşmeleri'nin tek başına uygulanabilir olmadığını karara bağlamıştır.[622] Temyizden de sonuç alamayan Hamdi'nin, davayı Amerika Yüksek Mahkemesi'ne taşımasıyla birlikte, Mahkeme, Cenevre Sözleşmesi'nin direkt uygulanabilir olduğuna karar vermemiştir. Ancak mahkemelerin özel olarak kişinin statüsüne karar vermekle görevlendirilmese bile, yargı önüne çıkmayı talep eden bir başvuruda; dava açmaya ilişkin minimum şartların sağlandığını ortaya koymak için insancıl hukuk kurallarının göz önüne alınması gerektiği ifade edilmiştir.[623]

Aynı şekilde II. Dünya Savaşı'nda vücut bulan insancıl hukuk kuralları ihlalleri sebebiyle Japon iç hukuk mahkemelerine açılan özel hukuk davaları da reddedilmiştir. İşbu davalarda, savaş esnasında seks kölesi haline getirilen ve savaştan sağ kurtulan kadınlar, tazminat ve hükümetten resmi özür talep etmişlerdir. Davacıların dayandıkları temel kurallar ise, uluslararası örf ve adet hukuku kuralları ve 1907 Lahey Sözleşmesi IV'ün 3. maddesi olmuştur. Ancak Japon ilk derece

[621] Karar için bkz. US Court of Appeals for the Fourth Circuit, 8 Jan 2003, International Legal Materials, Vol. 42, 2003, p. 197.

[622] Bölge Mahkemesi'nin, Cenevre Sözleşmeleri'nin tek başına uygulanabilirliği olmadığı gerekçesiyle, işbu davayı reddetmesi eleştirilmektedir. Buna göre, Sözleşmelerin kısmen uygulanabilir olmadığı ancak özellikle hukuki dinlenilme hakkı bakımından direkt göz önüne alınmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir. Eleştiri için bkz. PAUST, J.J.: "*Judicial Power to Determine the Status and Rights of Persons Detained Without Trial",* Harward International Law journal, Vol. 44, No.2, 2003, s. 515.

[623] *Hamdi v. Rusfeld* 542 U.S. 507 (2004), Supreme Court of the United States, No. 03-6696.

mahkemeleri, insancıl hukuk kurallarının bireylere zararlarının giderilmesini talep hakkı vermediği gerekçesiyle, davacıların taleplerini reddetmiştir.[624]

2000 yılında Amsterdam Bölge Mahkemesi de, NATO'nun Yugoslavya'yı bombalaması esnasında, insancıl hukukun sivilleri korumaya ilişkin kurallarının ihlal edildiği gerekçesi ile, Hollanda'ya karşı açılan davayı reddetmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, insancıl hukukun ihlallerinden doğan zararlar karşısında bireylerin zararlarının giderilmesi hakkının varlığını reddetmemiş, insancıl hukukun bireylere sadece bazı haklar verdiğini kabul etmiştir.[625]

Son olasılık da, zarar gören bireylerin zararlarını, bir uluslararası ceza mahkemesi önünde devletten değil, failden talep etmesidir. Nitekim, işbu olaslık kısmen EYUCM Statüsü'nün 24. maddesinde ve RUCM Statüsü'nün 23. maddesinde de öngörülmüştür. UCM Roma Statüsü'nün 75. maddesi eliyle ise, bireylerin zararlarının giderilmesi için daha ayrıntılı ve işlevsel bir düzenleme getirilmiştir. İşbu mekanizma bir alt başlıkta ele alınacaktır.

Sonuç olarak uluslararası hukukta bireylerin zararlarının giderilmesini talep hakkı ve usulünün uluslararası bir antlaşma metniyle açıkça düzenlenmemiş olması nedeniyle, tazminat talep etme yöntemleri de farklı farklıdır. Söz konusu yöntemlerin kullanımı somut olaya göre de değişmektedir. [626]

Görünen o ki, insancıl hukuk ihlallerden doğan zararların giderimi yaklaşımı somut olay bazlı devam edecektir. Sabit bir yöntem olmayışı yeknesaklığı zedelese

[624] ZEGVELD, s. 508.
[625] ZEGVELD, s. 504.
[626] GILLARD, s. 549.

de, her bir yeni uygulama eski deneyimlerin üzerine inşa edilmekte, geliştirilmekte ve en azından mağdurların zararları somut olarak zamanında giderilmektedir.[627]

d. Uluslararası Ceza Hukuku ve Bireylerin Zararlarının Giderilmesini Talep Hakkı

Uluslararası ceza adaletinde halen daha en önemli husus, failin cezalandırılması ve cezasızlıkla mücadeledir. Uluslararası hukukta, uluslararası ceza hukukunun gelişiminde de görülen bu eğilim, dolaylı olarak mağdurların zararlarının karşılanmaması gibi bir tehlike doğurmaktadır.[628] Nitekim ceza hukukunda mağdurlara yönelik onarıcı polikaları temel alan bir adalet anlayışının yerleşmesi ise yeni yeni, basit mekanizmaların harekete geçirilmesi ile başlamıştır.[629]

Örneğin 1975 yılında Avrupa Konseyi Suç Problemleri Komitesi'nin kurduğu, seçilmiş komite, suç mağdurlarının zararlarını tazmin etmek için gerekli ilkeleri ortaya koymak üzere oluşturulmuştur. Komite'nin çalışmasında, özellikle de mağdurların failin mağdurun zararını karşılamayacak durumda olması karşında, zararın kamu fonları aracılığıyla giderilmesi üzerinde durulmuştur.

1981 yılında da, yine aynı Komite, Uzmanlar Komitesi kurmuş ve Avrupa devletlerinde mağdurların zararlarının tazminine ilişkin ulusal düzenlemelerin yapılmasını teşvik için faaliyet göstermiştir. 1983 yılında ise, Bakanlar Komitesi bünyesinde Ağır Suçların Mağdurlarının Zararlarının Tazmin Edilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi kabul edilmiştir. Söz konusu Sözleşme, ulusal düzeyle işlenen suçlar bakımından düzenleme getirse de, getirdiği standartların uluslararası suçların

---

[627] GILLARD, s. 552.
[628] Reparations and Trust Fund for Victims, , s. 3. EVANS, Christine: "Reparations for Victims in International Criminal Law", s. 1. Bkz. " http://rwi.lu.se/app/uploads/2012/04/Reparations-for-Victims-Evans.pdf et: 02.12.2015.
[629] BOTTIGLIERO, s. 35.

mağdurlarını ilgilendirdiği ifade edilmektedir.[630]

Ad-hoc Mahkeme örneklerini inceleyecek olursak, Nuremberg ya da Tokyo Mahkemeleri'nin Statüleri, mağduru tanımlamamıştır. 1948 tarihli Soykırım Sözleşmesi, taraf devletlere de etkili cezalandırma usullerinin düzenlenmesini emretse de mağdur tanımı yapmamıştır.[631] Ancak Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM), Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi (RUCM) ve Sierra Leone İçin Özel Mahkeme (SLÖM) statülerinde mağdura yer vermek bakımından bir adım atıldığı görülmektedir. EYUCM'nin cezalar başlıklı 24. maddesinde, RUCM'nin 23. maddesinde ve SLÖM'ün 19. maddesinde, hak sahiplerine her tür mülkiyet hakkının iadesi öngörülmüştür.[632] Bunun yanında mağdurların yargılama sürecine, tanık olarak pasif katılımı sağlanmıştır. Ancak konuya ilişkin tartışma ve önerilere rağmen *ad hoc* mahkemeler nezdinde mağdurlara ilişkin özel zarar giderim mekanizmaları öngörülmemiştir.[633]

Mahkemelerin usul kurallarında ise, mağdurların korunması için gerekli tedbirlerin alınması, özellikle tecavüz ve cinsel istismara maruz kalmış mağdurlar için gerekli danışmanlık ve destek hizmetlerinin sağlanması düzenlenmiştir. [634] RUCM Usul Kurallarında ise, Mağdur ve Tanık Destek Ünitesi kurulmuştur. Buna göre, mağdur ve tanıkların korunmaları ve başta tecavüz ve cinsel istismar

---

[630] BOTTIGLIERO, s. 26.
[631] EVANS, 2012, s. 2.
[632] EYUCM Statüsü orijinal metni için bkz. http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf et. 18.09.2016.
RUCM Statüsü orijinal metni için bkz. http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/StatuteInternationalCriminalTribunalForRwanda.aspx et. 18.09.2016.
SLÖM Statüsü orijinal metni için bkz. http://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf et. 18.09.2016.
[633] EVANS, s. 90-91. In support of its argument, the Rules Committee cited resolution 827 which states that the Security Council created the Tribunal for the "sole purpose of prosecuting persons for serious violations of international humanitarian law. BOTTIGLIERO, s. 201.
[634] EYUCM Usul Kuralları madde 34. Orijinal Metin için bkz. http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032_rev44_en.pdf et. 18.09.2016.

mağdurları olmak üzere, tüm mağdurların gerekli fiziksel ve psikolojik destek almalarının sağlanması öngörülmüştür.[635] Son olarak SLÖM'ün Usul Kuralları'nda da benzer olarak mağdurların ve tanıkların korunması ve desteklenmesine ilişkin tedbirlere yer verilmiş, diğer mahkemelerden farklı olarak özellikle çocukların korunması, tıbbi, fiziksel ve prisikolojik destek almaları özel olarak düzenlenmiştir.[636]

Uluslararası insan hakları ve insancıl hukuk kurallarının korunması bakımından daha önce kurulan *ad hoc* mahkemelerin bazı temel zayıflık ve eksiklikleri sebebiyle, işbu eksiklik ve zayıflıklar Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) ile giderilmeye çalışılmıştır. Mahkeme'nin kuruluşuyla, ilk defa, mağdurlarının zararının gideriminin özel olarak düzenlendiği görülmektedir.[637]

UCM Statüsü'nün kaleme alındığı yıllarda, UHK'nın 1994 yılında oluşturduğu taslak metinde, tazminat hakkına ilişkin ayrıntılı bir düzenleme öngörülmemiş olup, sadece ileride vakıf fonu kurulması olasılığına ilişkin ucu açık bir madde kaleme alınmıştır. Ancak hükümetdışı sivil toplum örgütlerinin baskısı neticesinde, Statü'ye 75. maddenin eklenmesi söz konusu olabilmiştir.[638]

Tazminatın cezai kovuşturmanın bir parçası olarak mı hükmedilmesi ve tazminata ilişkin hükmün sadece sanığa mı yoksa devletlere de mi yöneltileceği, Statü'nü akdedilmesi esnasında tartışılan bir diğer konu olmuştur. Ancak devletin sorumluluğuna ilişkin uluslararası hukukta pek çok kuralın olması sebebiyle,

---

[635] RUCM Usul Kuralları 34. Madde. Orijinal metin için bkz. http://w.unictr.org/sites/unictr.org/files/legal-library/150513-rpe-en-fr.pdf et. 18.09.2016.
[636] SLÖM Usul Kuralları 34. Madde. Orijinal metin için bkz. http://hrlibrary.umn.edu/instree/SCSL/Rules-of-proced-SCSL.pdf et. 18.09.2016.
[637] "*The Evolution of Victims' Access to Justice",* içinde **Victims' Rights Before the ICC**, bkz. https://www.fidh. org/IMG/pdf/4-CH-I_Background.pdf et: 03.12.2015, s. 3.
[638] EVANS, 2012, s. 8.

tazminat yükümlüğünün UCM eliyle devletlere yöneltilmemesi sonucuna varılmıştır.[639] Nitekim UCM Statüsü'nün 24/IV fıkrasında da düzenlendiği üzere; Statü'de bireylerin cezai sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin hiçbiri, devletin uluslararası sorumluluğunu etkilemeyecektir. Dolayısıyla da Statü, bireylerin zararlarının giderilmesi bakımından devletlerin klasik yaklaşımlarından ayrılmıştır.[640]

UCM Statüsü'nün 75/I uyarınca, Mahkeme'nin mağdurların zararlarını tazminat, iade veya tedavi gibi araçlarla karşılanması için gerekli ilkeleri belirlemesi öngörülmüştür. Söz konusu zararların giderimi başvurusunun gerek başvuru üzerine gerek istisnai hallerde resen göz önüne alınması için gerekli ilkelerin belirlenmesi için Mahkeme yetkilendirilmiştir. Aynı maddenin II. bendinde, Statü ile kurulan Vakıf Fonu kanalıyla da zararların karşılanması talimatı verebileceği de öngörülmüştür.[641] Nitekim UCM Usul Kuralları'nın 94-99. maddelerinde, başvuruya ilişkin şartlar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.[642] Söz konusu Usul Kuralları, mağdurların zararlarının giderilmesi yanında, daha önce *ad hoc* mahkemelerde de görüldüğü gibi, ayrıca mağdur ve tanık destek birimi kurarak, mağdur ve tanıkların korunması ve gerekli fiziksel, tıbbi ve psikolojik desteği almaları sağlanmaktadır.[643]

Sonuç olarak uluslararası ceza hukuku, faillerin cezalandırılması ile birlikte bireylerin mağduriyetlerinin giderilmesini de öngörerek, bireylerin zararlarının

---

[639] EVANS, 2012, s. 9.
[640] BOTTIGLIERO, s. 214.
[641] UCM Statüsü Türkçe çeviri için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf02/belge_cezadivani_b6-7.pdf et. 18.09.2016. UCM 75. Maddede yer alan, tazminat hakkındaki ilkeler ifadesi, dolaylı olarak BM'nin Suç ve Emniyeti Suistimasla Mağdurlarına Adalet için Temel İlkeler'e ve Mağdurların Tazminat Hakkına İlişkin Temel İlkeler Taslak metnine atıf yapmaktadır. İşbu durum da BM ilkelerinin bir standart olarak mahkeme tarafından kabul edildiğinin bir göstergesidir. EVANS, 2012, s. 10; International Criminal Court, Report of the Court on the strategy in relation to victims , 10 November 2009, ICC-ASP/8/45, para. 6.
[642] UCM Usul Kuralları orijinal metni için bkz. https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/legal-texts/RulesProcedure EvidenceEng.pdf et.18.09.2016.
[643] UCM Usul Kuralları 16-19.

giderilmesi hakkının varlığı ve korunması açısından uluslararası sistemde yeni bir yöntem oluşturmuştur. İşbu durum da, bireylerin zararlarının giderilmesi uluslararası mekanizmalarının eksikliğini ve yetersizliği gidermek açısından önemli bir gelişmedir. Nitekim çalışmamızın ilerleyen bölümünde özellikle UCM Vakıf Fonu, uluslararası arenada zararların giderilmesi yöntemi olarak ayrıntılı incelenecektir.

2. Uluslararası Örf ve Adet Hukuku ve Bireylerin Zararlarının Giderilmesini Talep Hakkı

İnsan hakları, insancıl hukuk metinlerinde ve genel uluslararası hukuk düzenlemelerinde, bireylerin zararlarının gideriminin varlığı karşısında, söz konusu hakkın bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı haline geldiğini söylemek mümkündür. Nitekim bazı yazarlar, bireylerin zararlarının giderimi hakkının halihazırda bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı haline geldiğini kabul ederken, bazı yazarlar zararların gideriminin talep hakkının yeni gelişmekte olan bir kural olduğunu ifade etmektedirler.[644]

Örneğin *Tomuschat*, bireylerin zararlarının giderilmesini talep hakkının uluslararası örf ve adet hukuku kuralı haline geldiğini ifade etmenin, var olan kuralları kodifiye etmekten ziyade, uluslararası hukukun ötesine geçen bir iddia olacağını savunmaktadır. Çünkü bireylerin zararlarının giderilmesini talep hakkı hem UHK'nın taslak metninde hem de BM Genel Kurulu'nun kararlarında yer almamaktadır. Gerek taslak metinde gerek BM Genel Kurulu kararlarında, halen daha devletler zararlarının giderilmesini talep hakkına sahiptir.[645]

---

[644] EVANS, s. 39.
[645] TOMUSCHAT, 2002, s. 173; TOMUSCHAT, Christian: **Human Rights, Between Idealism and Realism**, 2nd Edition, Oxford University Press, The UK, 2008, s. 171.
[645] HALL, s. 423.

İnsan hakları ve insancıl hukuk bakımından bireylerin zararlarının giderilmesini talep hakkının uluslararası örf ve adet hukuku niteliği, özellikle BM İnsan Hakları Komisyonu'nun kabul ettiği *Van Boven-Bassiouni* İlkeleri ile *Joinet-Orentlicher* İlkeleri ile teyit edilmiştir.[646] Bunun yanında uluslararası Kızıl Haç Örgütü'nün, uluslararası insancıl hukuka ilişkin uluslararası örf ve adet hukuku kurallarına ilişkin hazırlanan raporda uluslararası insancıl hukuk ihlalleri karşısında devletin sorumluluğuna ve uluslararası insancıl hukuk ihlallerinden sorumlu devletin oluşan zarar ve kayıpların giderimi yükümlülüğüne ilişkin kuralların uluslararası örf ve adet hukuku kuralı haline geldiği belirtilmiştir.[647]

Kızılhaç Örgütü'nün yaptığı çalışma her ne kadar uluslararası örf ve adet hukuku kurallarını tespit etse de uygulama ve izleme mekanizmalarının olmayışı, işbu yükümlülüğün örf ve adet hukuku niteliğini zayıflatıcı bir etkiye sahip olduğu yorumuna neden olmaktadır.[648] Bireylerin zararının tazmini bakımından tek bir hukuki düzenlemenin uygulanageldiğini söylemek mümkün değildir. İşbu durumda da zararların giderilmesi yükümlülüğünün uluslararası örf ve adet hukuku kuralı haline gelmesi tereddütleri ortaya konulmaktadır.[649]

Özellike insan haklarında, bireylerin zararının giderilmesi prosedürü bakımından uluslararası organların yeknesak bir yargısal ya da yarı yargısal pratik geliştirdiği söylenebilir. Dolayısıyla insan hakları hukuku bakımından zararların özellikle de tazminat yoluyla giderilmesine ilişkin uluslararası örf ve adet hukuku kuralının yavaş yavaş oluştuğu; ancak insancıl hukuk bakımından benzer

[646] HALL, s. 423.
[647] HENCKAERTS, Jean-Marie – DOSWALD-BECK, Louise: **Customary International Humanitarian Law Vol I: Rules**, Cambridge University Press, The UK, 2009, s. 530, 537.
[648] EVANS, s. 33.
[649] GATTINI, Andrea: *"The Dispute on Jurisdictional Immunitites of the State Before the ICJ: IS the Time Ripe for a Change of the Law?"*, Leiden Journal of International Law, Vol. 24, 2011, s. 180 – 181; MAZZESCHI, s. 347.

değerlendirmenin yapılamayacağı ifade edilmektedir. Çünkü yukarıda da yer verdiğimiz üzere, özellikle iç hukuk pratiği, insancıl hukuk bakımından bireylerin doğrudan zararlarının giderilmesi için yargı mercilerine başvurulmasını reddeden bir tutum içindedir.[650]

İşbu yorum bizi, bireylerin insan hakları hukuku bakımından zararlarının giderilmesini talep hakkı ve devletler üzerindeki yükümlüğünün uluslararası örf ve adet hukuku niteliğini kabul etme, ancak insancıl hukuk kuralları bakımından reddetme gibi absürd bir sonuca götürecektir. Ancak insan hakları hukuku ile insancıl hukuk kuralları, birbirine paralel, hatta bazı durumlarda birbiri ile kesişen alanlardır. Hem ağır insan hakları ihlalleri hem ciddi insancıl hukuk ihlalleri *jus cogens* kuralları ihlalline vücut vermektedir. Gelinen bu noktada, iki hukuk dalının işlevi ve koruduğu değerlerin benzerliği nedeniyle, her iki hukuk dalı açısından bireylerin zararlarının giderilmesini talep hakkının varlığı ve işbu hakkın devlete verdiği yükümlülük bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı haline gelmiştir.[651] İşbu nedenle de uluslararası toplumdaki herkes için bağlayıcı olduğunu ifade etmek kanımızca yanlış bir değerlendirme olmayacaktır.

Sonuç olarak mağdurların zararlarının giderimini talep hakkı, ulusal, bölgesel ve uluslararası sistemlerde değişiklik göstermiştir. Söz konusu değişiklik, hem insan hakları hukuku hem de insancıl hukuk bakımından ulusal mahkemelerin ve yönetimlerin uygulamaları, BM, Avrupa, Amerikalararası ve Afrika uygulamaları eliyle gerçekleşmiştir. Söz konusu gelişmeler ışığında, bireylerin zararlarının giderilmesini talep hakkının şu unsurları içerdiği söylenebilir:

[650] MAZZESCHI, s. 347
[651] BASIOUNI, s. 217; SHELTON, s. 238;

- Tazminat, eski hale getirme, tatmin, rehabilite etme ve tekrarlamama teminatı,
- Devletlerin söz konusu ihlalleri önleme ve sorumlu bireyleri soruşturma, kovuşturma ve cezalandırma ya da iade etme yükümlülüğü,
- Maddi ve manevi zararların giderilmesi,
- Devletlerin iç hukuklarını insan haklarını temin altına alacak şekilde değiştirmesi,
- Mağdurların, soruşturma ve kovuşturma aşamasına etkin katılımının sağlanması,
- Mağdurların ailelerinin ya da dolaylı mağdurların da adli mekanizmalara ulaşabilmesinin sağlanması.[652]

Zararın giderimi için şu hususlara dikkat çekmek gerekmektedir. Öncelikle zararın giderimi yöntemleri tadadi değildir. Adaleti sağlamak adına farklı durumlarda farklı mağdurlara daha farklı zarar giderim mekanizmaları uygulanmaktadır. Nitekim Birleşmiş Milletler ilkeleri de, işbu konuyu esnek bırakmıştır. İkinci olarak, zararın giderimi için sunulan hukuki ve yargısal yollar, çok sayıda mağdurun yararına onarıcı adaleti kurmak için getirilmiştir. Söz konusu düzen ve mekanizmalar, adelati sağlayıcı diğer mekanizmalarla uyum içinde kullanılmalıdır. Yargısal ve yargısal olmayan mekanizmalar birbirini tamamlayacak şekilde kullanılmalıdır. Üçüncü olarak, zararın giderimi denilince en çok tartışılan husus nakdi tazminattır. Ancak parasal olmayan, sembolik diğer zarar giderim yöntemlerinin zararların giderimi bakımından önemi de gözden kaçırılmamalıdır. Son olarak, ağır insan hakları ihlalleri ve ciddi insancıl hukuk ihlalleri karşısında, çok sayıda kadın, çocuk ve erkek travma yaşamaktadır. Bu nedenle de onarıcı politikalar, zararın giderim yöntemlerinde mağdurları belirlemek, yöntemleri seçmek bakımından oldukça

[652] BOTTIGLIERO, s. 250.

karmaşıktır. Söz konusu durumda da adaleti gerçekleştirmek için, politika ve programlar, tam ve kapsamlı biçimde maddi ve manevi mağdurları tatmin etmeyi amaçlamalıdır.[653]

Mağdurların zararlarının giderimi bakımından dikkat çekilmesi gerekli bir nokta da, aslında ihlal gerçekleştikten sonra bireyin zararlarının giderilmesi yollarını araştırmaktan ziyade, ihlalin başta gerçekleşmesini engellemektir. Çünkü insan hakları veya insancıl hukuk ihlalleri ağır ve cismani zararlara sebep olurlar. Özellikle yaşam hakkının ihlali halinde, ihlalin tazmin edilmesinin bir anlamı da kalmamaktadır.[654] Bu nedenle *jus cogens* kurallara vücut veren insan hakları ve kanımızca insancıl hukuktan doğan hakların da korunmasında, devletlere daha aktif yükümlülükler verilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla hakları birincil ve ikincil haklar olarak ayrıma tabi tutmak, kanımızca hakkın var oluş nedenini zedelemektedir. Bir hakkın bireylere tanınması halinde, hakkın ihlalini hem önleme hem de ihlal halinin adli ve cezai sonuçlarını içerdiğini savunmak kanımızca daha doğrudur.

II. DEVLETİN YARGI BAĞIŞIKLIĞINI SINIRLANDIRMANIN BİREYLERİN ZARARLARININ GİDERİLMESİ TALEPLERİ BAKIMINDAN ÖNEMİ

Zararların giderilmesinde, bireylerin alacakları finansal ve hatta manevi destekle, hayatlarını tekrar kurmalarının sağlanması ve adalete olan güvenlerinin

[653] Von BOVEN, 2009, s. 40.
[654] KLABBERS, s. 115.
Önemli olan, uluslararası hukukta temel kabul edilen kural ve ilkelere, uluslararası toplumun tümü tarafından uyulmasının sağlanmasıdır. Böylece, uluslararası toplumun çıkarlarının korunması bir grup devlete bırakılmamış ve hukuk da gücü elinde bulunduranın amacına göre yorumlanmamış olacaktır. Bkz. DENK, s. 57

pekiştirilmesi amaçlanmaktadır.[655] Bireylerin zararlarının giderilmesinin önemi işbu noktadan doğmaktadır.

Çalışmamızda da değindiğimiz üzere, uluslararası hukuk düzeninin devletlerin sebep olduğu insan hakları ve insancıl hukuk ihlalleri nedeniyle genel-geçer ve zorunlu bir zarar giderim mekanizması sağlamaması nedeniyle, sorunun çözümü iç hukuk mekanizmalarına kalmıştır.[656] Nitekim insan hakları hukuku bakımından sözleşmelerde de atıf yapılması nedeniyle, ulusal yargı merciileri eliyle bireylerin zararlarının giderilmesi esastır. Bunun yanında aynı yöntemin, insancıl hukuk ihlalleri için de uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Ancak hiçbir ulusal mahkeme, insancıl hukuk kurallarının ciddi ihlalleri nedeniyle zarar gören bireyin zararlarının giderilmesi için etkili mekanizmayı sağlamamaktadır.[657] Mağdurlar sıklıkla, haksız fiil hukuku uyarınca zararlarının giderilmesi için iç hukuk mahkemelerine başvursa da, bu yöntem uluslararası suçların bütün yönlerini kapsamamaktadır.[658]

Mağdurların karşılaştıkları tek problem ulusal yargı mercilerinin konu bakımından yargı yetkisi olmayıp, davayı yönelttikleri kişiler bakımından da gözden kaçırılmaması gereken hususlar vardır. Özellikle en önemli problem, davalının kişiliği uyarınca sahip olduğu bağışıklık nedeniyle, bireylerin yargılama engeli ile karşılaşmasıdır. İşbu durum, her ne kadar cezai sorumluluk bakımından işlevsel bağışıklıkta aşıldıysa da, devletlerin hukuki sorumluluğunda sahip oldukları yargı bağışıklığı meselesinde halen daha aşılmış değildir. İşbu noktada, bireylerin

[655] BANK - SCHWAGER, s. 368.
[656] GAETA, Paola: *"Immunity of States and State Offcials: "A Major Stumbling Block to Judicial Scrutiny*?", içinde **Realizing Utopia: The Future of International Law** (CASSESE, Antoino ed.), Oxford University Press, UK, 2012, s. 228
[657] BOTTIGLIERO, s. 77.
[658] BOTTIGLIERO, s. 52.

zararlarının giderilmesi uğruna, devletlere açılan tazminat davalarında da, bütün oklar yargı bağışıklığına ilişkin uluslararası hukuk kuralına çevrilmektedir. Yargı bağışıklığına getirilecek sınırlandırmayla, bireylerin zararlarının giderilmesinin mümkün olabileceği savunulmaktadır.[659]

Nitekim Yargıç Yusuf, UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan kararında verdiği karşı görüşte, *jus cogens* kural ihlallerinin, uluslararası toplum bakımından önemine değinmeksizin, bireylerin insancıl hukuk ihlallerinden doğan zararlarının giderimini hakkının varlığı karşısında yargı bağışıklığının sınırılandırılması argümanını ileri sürmüştür.[660] Dolayısıyla yargı bağışıklığının sınırlandırılması, bir nevi, bireylerin zararlarının giderilmesinde, uluslararası toplumun duyduğu mekanizma ihtiyacına yanıt olarak görülmektedir.

Sonuç olarak, çalışmamızın ilerleyen bölümünde, yargı bağışıklığının özellikle de *jus cogens* kuralların ihlalleri bakımından sınırlandırılmasına ilişkin tartışmalar ele alınacaktır. İşbu tartışmalar neticesinde, *jus cogens* kuralların ihlali halinde davalı devletin yargı bağışıklığının sınırlandırılmasının, bireylerin zararlarının giderilmesinde etkili bir mekanizma olup olmadığı sorgulanacaktır.

[659] FOX-WEBB, s. 68.
[660] Dissending Opinion of Judge Yusuf, s. 208, para. 41 – 42. Bkz. http://www.icj-cij.org/docket/files/143/ 16893.pdf et. 15.09.2016.

BÖLÜM IV: *JUS COGENS* KURALLARA AYKIRI FAALİYETLERİNDEN DOLAYI BİREYLERİN ZARARLARININ GİDERİLMESİ TALEPLERİ KARŞISINDA DEVLETİN YARGI BAĞIŞIKLIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

I. GENEL OLARAK

Uluslararası hukuk ile etkileşim içinde olan en önemli kurallar uluslararası antlaşmalardır. Uluslararası antlaşmalar, devletlerin açık iradesi ile doğar ve sözleşmesel bir rejimin göstergesidir. Halbuki genel uluslararası hukuk, uluslararası antlaşmalar yanında, uluslararası örf ve adet hukuku kuralları, hukukun genel ilkeleri gibi birtakım kural ve ilkeleri de barındırmakta, devletlerin iradesinden bağımsız olarak devletler nezdinde bağlayıcılık niteliğine haiz olmaktadır. Özellikle *jus cogens* kuralların varlığı karşısında, uluslararası hukukun da ayrı bir hukuk sistemi olarak varlığını kabul etmemiz gerekmektedir. Uluslararası hukukun sistematiğini reddetmek aynı zamanda uluslararası hukuku reddetmek anlamına gelmektedir. [661]

Jus cogens kurallar tıpkı, iç hukuk sisteminde olduğu gibi, kurallar arasında hiyerarşik bir niteliğe sahip olup, diğer kurallara üstündür. Ancak *jus cogens* kuralların, hiyerarşik olarak üstün olduğunu kabul etmek, kurallar arasındaki ilişkiyi göstermek bakımından yetersizdir. Özellikle konumuz açısından *jus cogens* kuralların, yargı bağışıklığına ilişkin uluslararası hukuk kurallarından üstün olduğunu kabul etsek de, işbu üstünlüğün hukuki sonuçlarının ayrıntılı incelenmesi gerekmektedir. İşbu noktada *jus cogens* kural ile yargı bağışıklığı arasında doğrudan bir çatışma olup olmadığını incelemek önem arz etmektedir.

[661] MICHAELS- PAUWELYN, s. 16

II. *JUS COGENS* KURALLAR İLE DEVLETİN YARGI BAĞIŞIKLIĞI KURALLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. *Jus Cogens* Kuralların Devletin Yargı Bağışıklığı Kurallarına Etkisi

Yargı bağışıklığının sınırlandırılmasının artık genel geçer bir uygulama olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim yukarıda da ayrıntılı incelediğimiz üzere, ticari faaliyelerden ve haksız fiilden doğan davalarda artık yabancı devletin yargı bağışıklığı kabul edilmemektedir. Özellikle, özel hukuk kişileri ile devletler aralarında vücut bulan özel hukuk uyuşmazlığına karşı yargı bağışıklığının sınırlandırılmasının bir ihtiyaç olduğu ve sınırlandırılmamasının devletler açısından daha ağır sonuçlara sebebiyet vereceği savunulmaktadır. Çünkü özel hukuk tüzel kişileri, ileride cereyan edecek bir uyuşmazlığın çözümüne ilişkin başvuru yollarının kapalı olması karşısında, devletle ticari ilişki kurmaktan imtina edecektir. Dolayısıyla ticari ilişkiler bakımından yargı bağışıklığının reddedilmesi bir ihtiyaçtan ziyade, uluslararası ticaretin ve ekonomik düzenin düzgün işlemesi açısından bir zorunluluktur.[662]

Devletlerin sorumluluğunu doğuran *jus cogens* kural ihlallerinin varlığı ve yaygınlığı karşısında, yargı bağışıklığının salt ticari faaliyetler bakımından sınırlandırılmasının, adaleti sağlamak açısından da sorgulanması gerektiği savunulmaktadır. İşbu sorgulama, yargı bağışıklığının *jus cogens* kuralların ihlalleri karşısında da sınırlandırılması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Ancak *jus cogens* kuralların ihlali karşısında yargı bağışıklığının nasıl sınırlandırılacağı, farklı açılardan tartışılan bir meseledir.

Jus cogens kurallar ile yargı bağışıklığı arasındaki ilişkiye dair en temel

[662] The Report of the Redress Trust, s. 43.

tartışma noktalarından biri, *jus cogens* kuralların devletin yargı bağışıklığı kurallarını geçersiz hale getirip getirmediğine ilişkindir. *Jus cogens* kurallara aykırılık, yargı bağışıklığını ortadan kaldırır mı sorusu, emredici bir hukuk kuralının doğrudan ihlali ile ilgili olmayıp, ihlalin hukuki sonuçlarıyla ilgilidir. Yani sorunun ceveabı devletlerin *jus cogens* kuralları ihlal etme ihtimali üzerinden değil, *jus cogens* kuralları ihlal etmeleri halinde ne olacağı ile ilgilidir.[663] İkinci tartışmalı husus ise, yargı bağışıklığı kurallarının *jus cogens* kuralların ihlalleri karşısında geçersizliğini açıklamaya yönelik farklı yaklaşımlar arasındadır.

Yargı bağışıklığının geçersizliğine ilişkin temel tartışmada, geçersizliği savunan yazarlar, *jus cogens* kuralların koruduğu değerler sebebiyle, yargı bağışıklığının savunulmasının mümkün olmadığından hareket etmektedir. Baskın gelme yaklaşımı (trump claim) olarak ifade edilen yaklaşım uyarınca *jus cogens* yasaklar normatif değeri uyarınca devletin yargı bağışıklığını geçersiz kılmalıdır.[664] Nitekim *jus cogens* kuralların ihlali karşında halen daha yargı bağışıklığının varlığını ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmektedir.[665]

Ayrıca devlet adamlarının yargı bağışıklığı bakımından, uluslararası hukukun genel bir kuralının ihlali halinde, sorumlu kişilerin işlevsel yargı bağışıklığından yararalanamayacağı yaklaşımı literatürde benimseniyorsa, devletlerin de aynı ya da

---

[663] VIDMAR, 2013, s. 3.
[664] ARSAVA, s. 10; THOMAS-SMALL, s. 4.
Jus cogens kuralların yargı bağışıklığını geçersiz kılmasına ilişkin argümanlar için bkz. ADAMS, W.A.: '*In Search of a Defence of the Transnational Human Rights Paradigm: May Jus cogens Norms Be Invoked to Create Implied Exceptions in Domestic State Immunity Statutes?*', içinde **Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Trenanational Human Rights Litigation** (SCOTT, C. ed.), Hart Publishing, 2001, s. 268 – 271; BELSKY, A.C.: *"Implied Waiver under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law"*, Calif. L Rev., Vol. 77, 1989, s. 394 – 401; BIANCHI, s. 262-265; REIHMANN, M.: *"A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: Some Thoughts on Princz v. Federal Republic of Germany*", Mich. JIL, Vol. 16, 1995, s. 403;
[665] ARSAVA, s. 9; GAETA, s. 228.

benzer *jus cogens* kural ihllalerinde yargı bağışıklığından yararlanmalarının mümkün olmadığı savunulmaktadır. (Pinochet teorisi) Çünkü *jus cogens* kuralların üstün olduğunun kabul edildiği bir hukuk sisteminde, *jus cogens* kuralların ihlalleri karşısında halen daha devletin yargı bağışıklığının kabul edilmesi, ikilik yaratmakta ve normatif sistemin tutarlılığını zedelemektedir.[666]

Jus cogens kuralların ihlalleri halinde, uyuşmazlıkların çözümü yöntemlerine başvurmaksızın, yargı bağışıklığının reddedilmesi, gayet tabi uluslararası hukukun sonu değildir.[667] Ancak yargı bağışıklığının reddedilmesi, bir yandan da devletler arasında kurulan ve uluslararası hukukun koruduğu dengeyi bozabilecek niteliktedir.[668] İşbu bakımdan *jus cogens* kurallar ile yargı bağışıklığı kuralları karşılaştığı zaman, yargı bağışıklığının bertaraf edilmesi yaklaşımı temkinle karşılanmalı; devletlerin, egemen eşitlik ilkesinin uygulanmasına ilişkin hassasiyetlerinin ve korunması gereğinin gözden kaçırılmaması gerekmektedir. Çünkü egemen eşitlik ilkesinin, devletlerin hukuka aykırı müdahalelerini en aza indirdiği ve zayıf devletlerin güçlü devletler karşısında korunmasını sağladığı varsayılmaktadır.[669]

Bunun yanında günümüzde devletlerin eşitliği ve egemenlik ilkelerinin, uluslararası toplumdaki etkinliğini yitirmeye başladığı söylenebilir. Çünkü dünya düzeni değişmekte ve yargı bağışıklığı bakımından ihtilaflı uyuşmazlıklar, ulusal mahkemelerin önüne getirilmektedir. Buna rağmen, yargı bağışıklığının halen daha geçerli bir kural olması, istikrarı güçlendiren ve devletlerin birbiri üzerindeki

[666] CASSASE, s. 108; ORAKHELASHVILI, 2007, s. 969.
[667] ZIMMERMANN, Andreas: *"Sovereign Immunity and Violations of International Jus Cogens-Some Critical Remarks"*, Mich. JIL, Vol. 16, 1995, s. 439.
[668] ZIMMERMANN, s. 440.
[669] HIGGINS, 2012, s. 148.

hegemonyasını ve devletlerin birbirini istismarını engelleyen bir kural olarak önem arz etmektedir.[670]

Uluslararası antlaşmalar, gayet tabi farklı amaçlarla, farklı yükümlülükler öngörmektedir. Nitekim *jus cogens* kurallara da kaynaklık eden insan hakları sözleşmeleri ve insancıl hukuk sözleşmeleri ile yargı bağışıklığına ilişkin kurallar farklı amaçlara hizmet eder. Ancak antlaşmaların farklı değerleri koruması ve farklı amaçlara hizmet etmesi, her durumda aralarında çatışma olduğu sonucuna vücut veremez. Uluslararası hukuk kuralları arasında çatışma, iki farklı antlaşmanın tarafı olan bir devletin antlaşmalardan birine uygun faaliyetinin diğer antlaşmanın kurallarına aykırılık teşkil etmesi halinde doğacaktır.[671] Belki *jus cogens* kurallar ile yargı bağışıklığı kuralları arasında bir denge oluşturulması düşünülebilirse de, uluslararası kamu düzenini oluşturan iki farklı kuralın birbiriyle bahsettiğimiz gibi bir çatışma halinde olduğunu söylemek mümkün değildir.[672]

Jus cogens kuralların ihlali halinde yargı bağışıklığının kaldırılması meselesi, tıpkı uluslararası antlaşmaların geçersizliğinde düzenlendiği gibi, ayrı bir hukuk kuralı olarak kabul edilmelidir.[673] Ancak *jus cogens* kuralların devletlerin yargı bağışıklığını sınırlandırdığını kanıtlayan bir argüman bulunmamaktadır.[674] Nitekim uluslararası hukukun kaynaklarına göz attığımızda da, devletlerin buna ilişkin bir hukuk kuralı yaratmak konusunda istekli oldukları söylenemez. Mutlak yargı bağışıklığından sınırlı yargı bağışıklığına gelinen süreçte, ABD ve BK uygulamaları başka olmak üzere, devletlerin genel uygulamaları göz önüne alınmıştır. Ancak ağır

[670] BANKAS, s. 255.
[671] The ILC Fragmentation Report, s. 19, para. 24.
[672] HOFFMEISTER- KLEINLEIN, s. 10; ZIMMERMANN, s. 433, 438.
[673] HIGGINS, 2012, s.141.
[674] ALEBEEK, s. 354.

insan hakları ihlallerinden dolayı yargı bağışıklığının sınırlandırılması, İtalya ve Yunanistan'dan başka hiçbir devlette uygulanmamış, hiçbir iç hukuk düzenlemesinde de işbu sınırlamaya ilişkin bir düzenleme öngörülmemiştir.[675] Dolayısıyla, işbu yaklaşımın örf ve adet hukuku kuralı haline geldiğini söylemek mümkün gözükmemektedir.[676]

Nitekim işbu yaklaşım gerek 1972 tarihli Avrupa Sözleşmesi gerek 2004 BM Sözleşmesi'nde de mevcuttur. Özellikle sonradan akdedilen 2004 tarihli BM Sözleşmesi yargı bağışıklığı ile *jus cogens* kurallar arasındaki ilişkiyi düzenlemek açısından önemli bir fırsatken, devletler mevcut durumu korumayı tercih etmişlerdir.[677]

2004 tarihli BM Sözleşmesi'nin akdedilmesi sürecinde, görevli çalışma grubu 1999 yılına kadar yargı bağışıklığına ilişkin gelişmeleri takip etmiştir. Yani *jus cogens* kurallar ile yargı bağışıklığı kuralları arasındaki ilişki, yargı kararları ve akademik çalışmalar göz önüne alınarak düzenlenmiştir. Çalışma grubu, yaptığı işbu incelemelerde, bazı ulusal mahkemelerin *jus cogens* kuralların yargı bağışıklığına üstün gelmesi kabulüne yaklaştığı, ancak çoğu kararda yine yargı bağışıklığı kurallarının uygulandığı sonucuna varmıştır.[678]

Ancak *McGregor* uyarınca çalışma grubu, Sözleşme'nin akdedilmesi sürecinde meydana gelen gelişmeleri göz ardı etmiş; dolayısıyla da, söz konusu metin daha kabul edildiği zamanda güncelliğini yitirmiştir. *McGregor,* 2000 yılından sonra ulusal yargı mercilerinin zarar giderimi, cezasızlık ve devletin sorumluluğu üzerine

[675] FOX-WEBB, s. 39. HIGGINS, 2012, s. 145.
[676] FINKE, s. 863-864. Nitekim işbu husus gerek Yargı bağışıklığına ilişkin Sözleşemeler hem de *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı bakımından daha ayrıntılı ele alınacaktır.
[677] HIGGINS, 2012, s. 142.
[678] McGREGOR, Lorna: "*State Immunity and Jus Cogens",* International and Comparative Law Quarterly, Vol. 55, Iss. 02, 2006, s. 438.

verilen kararlarında, yargı bağışıklığını kabul eğiliminden *jus cogens* kuralların yargı bağışıklığı kurallarına üstünlüğü eğilimine kaydığının altını çizmiştir.[679] İşbu argümanını desteklemek için de İtalya'daki *Ferrini v. Almanya,* Yunanistan'daki *Voiotia v. Almanya* davalarını örnek göstermiştir.[680]

2004 tarihli BM Sözleşmesi'nin bu yaklaşımına rağmen, özellikle haksız fiillere ilişkin yargı bağışıklığı istisnasını düzenleyen 12. maddenin askeri faaliyetleri ve *jus cogens* kural ihlallerini içerip içermediği tartışılmıştır.[681] Askeri faaliyetlerin Sözleşme'den vareste tutulması gerek 1972 tarihli Avrupa Sözleşmesi gerek bazı iç hukuk metinlerinin aksine, sözleşmede sarihen öngörülmemiştir. Söz konusu belirsizliğin sebebi Sözleşme'nin kapsam dışı bıraktığı konuları düzenleyen 3. maddede askeri faaliyetlerin açıkça belirtilmemiş olmasıdır.[682] İkinci husus da, yine haksız fiili düzenleyen 12. maddenin lafzının aslında askeri faaliyetlerde de uygulanabilir oluşudur.[683]

Sözleşme metninin Altıncı Komite'de sunulması esnasında *Ad Hoc* Komite başkanının yaptığı açıklamada, Sözleşme'nin kaleme alındığı esnada askeri faaliyetleri kapsayıp kapsamadığının tartışıldığı, ancak genel kanının askeri

---

[679] McGREGOR, s. 438.

[680] McGREGOR, s. 439. Ancak işbu davalar zaten UAD tarafından hukuka aykırı ilan edilmiştir. Dolayısıyla da işbu gelişmeleri destekleyen bir argüman zemini ortadan kalmıştır; *McGregor'ün* ve diğer yazarların benzer argümanları da güncelliğini yitirmiştir.

[681] FOX, 2006, s. 401.

[682] DICKINSON, Andrew: *"Status of Forces Under the UN Convention on State Immunity",* Int'l&Comp.L.Q., Vol. 55, 2006, s. 429.

[683] O'KEEFE, Roger: "*The General Understandings",* içinde **The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property A Commentary** , (O, KEEFE, Roger – TAMS, Christian J. ed.), Oxford University Press, UK, 2013, s. 22.
Örneğin BK'nın Devletin Bağışıklığı Kanunu 16/II maddesinde, ilgili istisnaya açıkça yer verilmiştir. Aynı şekilde 1972 Avrupa Sözleşmesi'nin de 31. Maddesinde açıkça yer verilmiştir. Nitekim BK madde 3'e söz konusu istisnanın açıkça eklenmesini önermiştir. Report ILC 41st Session , s. 103, para. 446. Ancak gerek ilgili öneride özel raportor Ogiso; askeri personelin ayrıcalık ve bağışıklığının zaten devletler arası ikili antlaşmalarla belirlenen bir husus olduğunu ve Sözleşme'den açıkça istisna tutulmasına gerek olmadığı yorumunda bulunmuştur. Nitekim, benzer bir yorum Altıncı Komite'nin Çalışma Grubu'nun 1993 yılında oluşturduğu raporda da yer almıştır. 1993 Report Sixth Commitee Working Group, para. 91.

faaliyetleri kapsamadığı şeklinde olduğu ifade edilmiştir. Nitekim Komisyon'un Sözleşme ile ilgili hazırladığı şerh uyarınca 12. maddenin hem diplomatik bağışıklıklara, hem de askeri faaliyetlere uygulanmasının söz konusu olamayacağı savunulmaktadır.[684]

Raporatör'ün görüşüne göre, askeri faaliyetler bakımından yargı bağışıklığı, uluslararası örf ve adet hukukundan ziyade, devletler arasında akdedilen özel bir anlaşma ile sağlanmaktadır. Aslında burada Raporatör, askeri faaliyetleri tamamen kapsam dışında bırakmayı önermemekte, sadece Sözleşme'nin 26. maddesinde de öngörüldüğü üzere, askeri faaliyetlere ilişkin yargı bağışıklığının ikili ya da çok taraflı antlaşmalarla düzenlenmesinin daha etkili olacağını ifade etmektedir.[685]

Ad Hoc Çalışma Grubu başkanının açıklaması dışında gerek BK'nın teklifinin taslak metinde yer almaması gerek devletlerin söz konusu bildiriye karşı çıkmaması, devletlerin konuya ilişkin yaklaşımının benzer olduğu sonucuna yol açmaktadır.[686] Konuya ilişkin BK'nın taslağa ilişkin teklifinin taslak metne eklenmemesi, Norveç ve İsveç'in de açıkça sözleşmenin askeri faaliyetleri içermediğine ilişkin beyanda bulunmaları ve aksinin hiçbir devlet tarafından beyan edilmemiş olması, devletin konuya ilişkin yaklaşımını güçlendirmektedir. [687]

Bazı yazarlar uyarınca, 2004 tarihli BM Sözleşmesi'nin hem savaş hem de barış zamanında askeri faaiyetlere ilişkin açılan hukuk davaları bakımından uygulanması mümkündür. Ancak, devlet uygulamalarını göz önüne aldığımızda, söz konusu Sözleşme'nin askeri faaliyetlere uygunlaması mümkün gözükmemektedir. Özellikle, forum devletinde meydana gelen hasar ve zarar bakımından yargı

[684] Statement Chairman Ad Hoc Committee, s. 6, para. 36.
[685] DICKINSON, s. 430.
[686] O'KEEFE, 2013.
[687] DICKINSON, s. 428 - 429.

bağışıklığına 12. maddede getirilen istisnaların askeri faaliyetler bakımından ne derecede uygulanacağı açık değildir. Son olarak savaş suçları bakımından açılan hukuk davalarında yargı bağışıklığının Sözleşme uyarınca uygulanması hususu oldukça tartışmalıdır.[688] Ancak tartışmaları bertaraf etmek adına devletlerin, Sözleşme'nin askeri faaliyetlere uygulanmaması için çekince koymaları mümkündür ve işbu çekincenin Sözleşme'nin konu ve amacıyla bağdaşmadığı itirazı da yapılamayacaktır.[689] Nitekim işbu husus, UAD'nin *Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararıyla da teyit edilmiştir.[690]

Tartışmalar yanında 12. maddede devletin ve devlet görevlilerinin sebep olduğu kişisel zarar ve mala zarar fiillerine karşı forum devletinde tazminat davası açılması olumlu karşılansa da, söz konusu tazminat davası silahlı çatışmalar bakımından uygulanmayacağı ifade edilmektedir.[691] Hazırlık çalışmaları uyarınca, 12. madde sadece, forum devleti ülkesinde gerçekleşen trafik kazaları, örneğin Londra'da büyükelçilik personelinin öldürülmesi olayı, Vashington D.C.'de gerçekleştiği üzere siyasi suikast, yargısız infaz, terör faaliyetleri ile ilişkisi olduğu düşünülen kişilere yapılan işkence gibi kişisel zarar ve mala zarar fiillerine uygulanacaktır. Dolayısıyla, 12. maddenin *jus cogens* kural ihlallerinin yargı bağışıklığını sınırlandırma amacıyla kaleme alınmadığı kabul edilmektedir.[692] Ayrıca hazırlık çalışmalarında, alternatif çözüm yöntemlerinin olmadığı uyuşmazlıklar

[688] HALL, s. 419.
[689] DICKINSON, s. 435.
[690] Söz konusu karar çalışmamızın ilerleyen bölümünde ayrıntılı ele alınacaktır.
[691] Nitekim askeri personel gönderen devlet ile kabul eden devlet arasında, akdedilen özel bir antlaşma da yoksa, söz konusu personel üzerindeki kabul eden devletin yargı yetkisinin varlığı tartışma konusu olacaktır. FOX-WEBB, s. 316. HALL, s. 415.
[692] HALL, s. 419. Dolayısıyla, her ne kadar maddenin lafzı açık olmasa da, hazırlık çalışmaları 12. maddenin askeri faaliyetlere ve jus cogens kural aykırılıklara uygulanamayacağını göstermektedir. Nitekim UAD'nin ilerleyen bölümünde ayrıntılı incelediğimiz Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan kararında da işbu tutum benimsenmiştir. Van ALEBEEK, Roseanne: "*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy): On Rihgt Outcomes and Wrong Terms"*, German Yearbook of International Law, Vol. 55, 2012, s. 295.

bakımından, yargı bağışıklığına istisna getirilmesi önerisi tartışılmışsa da, işbu öneri dahi reddedilip taslak metinden çıkarılmıştır.[693]

Uluslararası Af Örgütü, 2004 tarihli BM Sözleşmesi bakımından, *jus cogens* kural ihlalleri karşında yargı bağışıklığına istisna getirilmesi açısından açık ve ayrıntılı düzenlemeler içeren ayrı bir Protokol kaleme alınmasını teklif etmiştir. Sözleşme'nin dahi çeyrek asır içinde kaleme alınıp kabul edildiğini göz önüne alacak olursak, söz konusu Protokol'ün hazırlanmasının ve imzalanmasının imkansızlığını görmek mümkündür. Ama yine de 2004 tarihli BM Sözleşmesi bakımından getirilen eleştirileri ve 12. maddenin kapsamı bakımından getirilen farklı yorumları göz önüne alacak olursak, *jus cogens* kural ihlalleri karşısında yargı bağışıklığının durumunun ayrı bir Protokol olarak hazırlanmasının ve imzaya açılmasının en etkili yol olacağı söylenebilir.[694]

Uluslararası antlaşmalar yanında, yargı bağıklığı bakımından sadece devlet irade ve uygulamalarına bakılmaması gerektiği, Mahkeme kararlarının da uluslararası hukuk yaratmaya katkısı bakımından göz önüne alınması gerektiği savunulmaktadır.[695] Buna göre, bireyler bakımından adaletin sağlanması için *jus cogens* kuralların ihlali halinde iç hukuk mahkemelerinin yargı bağışıklığının reddetmesinin bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı haline geldiği iddia edilmektedir. Bu sebeple de yargı bağışıklığına ilişkin iç hukuk kurallarının bir an önce yargısal aktivizmin bir ürünü olarak uluslararası hukukta yaşanan işbu değişime

[693] TOMONORI, s. 749.
[694] HALL, s. 426.
[695] NAGAN, Winston P. - ROOT, Joshua: "*The Emerging Restrictions on Soverign Immunity Peremptory Norms of International Law, the UN Charter, and the Application of Modern Communications Theory*", N.C.J. Int'l L. & Com. Reg., Vol. 38, 2013, s. 384.

ayak uydurmaları gerektiği ileri sürülmektedir.[696] Ancak işbu yazarların yargısal aktivizm olarak ileri sürdükleri kararlar, çalışmamızın ilerleyen bölümünde daha ayrıntılı ele alınacağı üzere UAD'nin *Almanya v. İtalya*, müdahil Yunanistan kararında, hukuka aykırı ilan edilmiştir.

Sonuç olarak *jus cogens* kurallar ile yargı bağışıklığı kurallarına ilişkin tartışma, *jus cogens* kuralların yargı bağışıklığına üstünlüğünü onaylayan açık ve net uygulamalarla çözülebilir.[697] Devletler, yargı bağılışıklığı konusunda belli bir politika belirleyerek yabancı devletin yargı bağışıklıklığını kabul ettiği gibi, uluslararası metinlerle kaldıra dabilir. Aksi durumda, epistemolojik olarak *jus cogens* kuralların yargı bağışıklığına yeni bir istisna getirdiğinin, buna ilişkin bir devlet uygulamasının yokluğu karşısında, savunulması mümkün değildir.[698]

Jus cogens kural ile yargı bağışıklığı arasındaki ilişkiyi açıklamak için kullanılan bir diğer argüman, kurallar arasında yapılan nitelik farkıdır. Buna göre, *jus cogens* kuralların maddi hukuk kuralı, yargı bağışıklığına ilişkin kuralların usul hukuku kuralı olması nedeniyle farklı nitelikte olduğu ileri sürülmektedir. Yargı bağışıklığı maddi hukuk kuralı olmayıp, egemen eşitlik ilkesi olarak karşımıza çıkan maddi hukuk kuralının usul kuralı halidir. İşbu durumda, iki kural arasında çatışma olmasının imkanı bulunmamaktadır.[699]

Ancak işbu yaklaşıma karşı çıkan görüşler de ileri sürülmektedir. Buna göre

---

[696] KARAGIANNAKIS, s. 28.
[697] Van ALEBEEK, s. 415; ORAKHELASHVILI, s. 359.
[698] Van ALEBEEK, s. 313
[699] AKANDE, D.: "*International Law Immunities and the International Criminal Court*", AJIL, Vol. 98, 2004, s. 414; De WET, Erika: "*The Prohibition of Torture as an International Norm of Jus Cogens and Its Implications for National and Customary Law*", EJIL, Vol. 15, 2004, s. 109 – 110; MOSER, Patricia Tarre: *"Non-Recognition of State Immunity as a Judicial Countermeasure to Jus Cogens Violations: The Human Rights Answer to the ICJ Decision on the Ferrini Case"*, Gottingen Journal of International Law, Vol. 4, Iss. 3, 2012, s. 831.

devletin yargı bağışıklığının maddi ya da usul hukuku kuralı ayrımına tabi tutan bir yaklaşımı savunan yeterli devlet uygulaması yoktur. Dolayısıyla davranış temelli yargı bağışıklığının maddi hukuk kuralı olduğunu savunmak, mevcut uluslararası hukuk kurallarını yansıtmaktan uzaktır.[700] Bunun yanında uluslararası hukuk düzeninde maddi hukuk kuralı – usul hukuku kuralı ayrımı olmayıp, her bir kural, diğer kurallardan bağımsız tek başına varlığını sürdürmektedir.[701] Her bir kural, aynı usulle yaratılır ya da değiştirilir, uygulanır ve en önemlisi geçersizlik bakımından diğer kurallarla ilişkisi aynıdır. Dolayısıyla bir kuralın, bağlayıcı ya da usul kuralı olması bir önem arz etmeyip, bütün kurallar maddi hak ve yükümlülükler yaratması bakımından maddi hukuk kuralıdır.[702]

Yargı bağışıklığı ile *jus cogens* kurallar arasındaki doğrudan çatışma olmadığını kabul eden yaklaşımların bir kısmı asıl çatışmanın, *jus cogens* kurallar ile yargı yetkisi arasında, hatta *jus cogens* kurallar ile ulusal yasama araçları arasında olduğunu savunmaktadır.[703] Ceza hukukunda evrensel yargı yetkisi bakımından, devletler arasında yargı yetkisi yarıştığında, suça vücut veren durumun en yakın bağlantılı olduğu devletin yargı yetkisine sahip olacağı kabul edilmektedir. Adli yargı yetkisi bakımından evrensel yargı yetkisi kabul edilirse, söz konusu yaklaşımın adli yargıdaki yansıması, yargı yetkisine sahip olan forum devletinin, yargı yetkisini kullanmadığı ya da kullanamadığı durumlarda, başka bir devletin yargı yetkisinden bahsetmenin mümkün olabilmesidir.[704] Günümüz uluslararası hukuk düzeninde adli yargı bakımından evrensel yargı yetkisi kabul edilmemektedir. Ancak adli yargıda

[700]COLANGELO, s. 54.
[701] ORAKHELASHVILI, Alexander: *"State Immunity and Hierarchy of Norms: Whay the House of Lords Got It Wrong*", EJIL, Vol. 18, 2007, s. 968.
[702] ORAKHELASHVILI, s. 80, 342.
[703] ORAKHELASHVILI, s. 340.
[704] KARAGIANNAKIS, s. 19.

evrensel yargı yetkisinin yokluğunu, *jus cogens* kuralların ihlalinde sorumlu yabancı devletin yargı yetkisini kaldırarak aşmak mümkün gözükmemektedir.[705]

Jus cogens kurallar ile yargı bağışıklığına ilişkin ilk tartışmayı toparlayacak olursak, uluslararası hukukta normatif hiyerarşi yaklaşımı benimsenmiş olsa dahi, yargı bağışıklığı ile *jus cogens* kurallar arasında doğrudan bir çatışma mevcut değildir. Unutulmamalıdır ki yabancı devletin yargı bağışıklığının kabul edilmesi, sorumluluğu ortadan kaldıran hukuka uygunluk sebebi değildir. Yargı bağışıklığına ilişkin kural, sadece forum devletinin uyuşmazlık üzerindeki yargı yetkisini davalı tarafın kişiliği/konumu sebebiyle kullanmasını hukuken imkansız kılmaktadır. Dolayısıyla yabancı devletin *jus cogens* kural ihlallerinden doğan sorumluluğu devam etmektedir.[706]

Jus cogens kurallar ile yargı bağışıklığına ilişkin uluslararası hukuk kuralları arasındaki ilişkiye dair ikinci tartışma konusu, yargı bağışıklığının geçersizliği için kullanılan gerekçelere ilişkindir. *Jus cogen*s kuralların yargı bağışıklığı kurallarını geçersiz hale getirdiğini ileri süren yaklaşımlardan birisi normatif hiyerarşi teorisidir. Çalışmamızın önceki bölümünde ele aldığımız üzere, *jus cogens* kuralların, kendisine aykırı diğer kurallara hukuki etkisini göz önüne alarak, hiyerarşik olarak diğer kurallardan üstün olduğu yaklaşımı benimsenmektedir. Yargı bağışıklığı ile ilişkisi bakımından işbu teoriye göre, *jus cogens* kurallar, yargı bağışıklığına ilişkin kurallarından üstün olması dolayısıyla, ilgili kuralları geçersiz hale getirecektir.[707]

Jus cogens kurallar, kendisine aykırılık teşkil eden, genel ya da özel uluslararası hukuk kurallarından üstündür. Bu nedenle, işkence yasağı, yasağın

[705] HOFFMEISTER- KLEINLEIN, s. 9.
[706] COLANGELO, s. 74.
[707] COLANGELO, s. 77.

emredici niteliği gereği, yargı bağışıklığına üstün olacaktır. İşbu üstünlüğün kaynağı, yasağın *jus cogens* kural niteliğidir.[708] Yargı bağışıklığının hiyerarşik olarak daha alt bir kategoride yer alması dolayısıyla, *jus cogens* kurallar tarafından geçerisiz kılınması mümkündür.[709]

Yargı bağışıklığına insan hakları istisnasını destekleyen yaklaşımlar, buna ilişkin iç hukuk mahkemeleri yoluyla uluslararası örf ve adet hukukunun oluşmasına dayanmamaktadır. Bunun yerine, yazarlar, insan hakları hukuku ve *jus cogens* ile *erga omnes* yükümlülüklere ilişkin evrensel yargı yetkisindekindeki değişimleri göz önüne alarak, işbu değişim ve gelişmelerin yargı bağışıklığına ilişkin kuralları da etkilediğini savunmaktadırlar. Çünkü günümüzde insan hakları hukukunun korunmasına öncelik verilmektedir.[710] *Jus cogens* kuralların ihlallerinin, uluslararası toplumun çıkarlarına aykırılık teşkil etmesi dolayısıyla, gerek ulusal gerek uluslararası düzenlemeler uyarınca devletlerin kendi yargı yetkisini genişletmesi mümkündür.[711]

Bu bakımdan bir iç hukuk sisteminde, devletlerin özel hukuk faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıklarda yargılanması karşısında, sistematik işkence yapan devletlerin de aynı şekilde yargılanabilmesi gerekmektedir.[712] Devletlerin ticari faaliyetler bakımından yargı bağışıklığını kaldırması kabul edilebilir bir düzen iken, ağır insan hakları ihlallerinde yargı bağışıklığının da kaldırılması söz konusu olmalıdır.[713] *Jus cogens* kuralların uluslararası toplumun temel değerlerini koruma amacı göz önüne alındığında, asıl amacı devletlerin çıkarlarını korumak olan yargı bağışıklığının

[708] ORAKHELASHVILI, s. 344.
[709] CAPLAN, s. 742.
[710] ALEBEEK, s. 301.
[711] KNUCHEL, s. 154.
[712] THOMAS-SMALL, s. 30.
[713] THOMAS-SMALL, s. 22.

geçersizliğini savunmak gerekmektedir.[714] Çünkü temel insan hakları kuralları *jus cogens* kural niteliğine haizken, yargı bağışıklığı kuralları da sadece emredici olmayan hukuk kurallarıdır.[715]

Ayrıca *jus cogens* kural olarak kabul edilen, insanlığa karşı suç, savaş suçu gibi, uluslararası suçların vücut bulması halinde, yargı bağışıklığı kurallarının emrediciliğinden bahsetmek mümkün değildir. İşbu durumda, *jus cogens* kurallar ile yargı bağışıklığı kuralları arasında meydana gelen çatışmada, normatif hiyerarşi devreye girecek ve ilgili emdirici hukuk kuralı öncelikle uygulanacaktır.[716]

Ancak söz konusu teori, *jus cogens* kuralların emredici nireliğine gölge düşürüp aynı zamanda insan haklarının daha iyi korunması amacına hizmet etmemekte ve bireylerin zararlarının giderimi sorunsalına çözüm sunmamaktadır. Bu nedenle söz konusu teorinin ahlaki niteliği yanında, hukuki niteliğe de haiz olması, yani *jus cogens* kuralların yargı bağışıklığı kurallarına üstünlüğünün bir uluslararası antlaşma ile açıkça düzenlenmesi, insan haklarının etkili korunması açısından en uygun çözüm olacaktır.[717] Ancak yukarıda da bahsettiğimiz üzere insan hakları ihlalleri ve hatta *jus cogens* ihlaller karşısında yargı bağışıklığının reddedilmesi gerektiğini düzenleyen herhangi bir uluslararası antlaşma bulunmamaktadır.[718]

Temel insan hakları kuralları ile yargı bağışıklığı arasındaki çatışma, normlar arasında çatışma değil; kavram ve ideoloji çatışmasıdır. İki kuralın çatışması için, kuralların içerdiği hukuki düzenlemenin birbirine uygun olmaması, birbiriyle çelişmesi gerekmektedir. Ancak temel insan hakları kuralları ile yargı bağışıklığı

[714] ORAKHELASHVILI, s. 342.
[715] REIMANN, s. 407.
[716] ORAKHELASHVILI, s. 343.
[717] YANG, s. 23
[718] CAPLAN, s. 781. Bu nedenle, özellikle yargı bağışıklığına insan hakları istisnası getirilmesi özel olarak düzenlenmelidir. SÜRAL, s. 24.

kuralları arasında böyle bir çelişme mevcut değildir.[719] Uluslararası hukuk sisteminin düzgün çalışması için yargı bağışıklığı önem arz etmekte ve bu yüzden bireylerin hakları, insan hakları ve yargı bağışıklığı kuralları arasında bir denge gözetilmelidir.[720]

Jus cogens kuralların yargı bağışıklığına ilişkin uluslararası hukuk kuralını geçersiz kılmasını savunan diğer bir teori zımni feragat teorisidir: İşbu teoriye göre, devletlerin egemen faaliyetlerini yürütürken sebep oldukları *jus cogens* ihlallerde, yargı bağışıklıklarından zımnen feragat ettikleri varsayımı yapılmaktadır. Çünkü devletlerin işbu nitelikteki ağır ihlalleri ika ederken, *jus cogens* kural ihlaline sebep olacağının farkında olup ve işbu ihlaller neticesinde yargı bağışıklığından faydalanmalarını beklemeleri mümkün değildir.[721]

Zımni feragat teorisi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalar bakımıdan da tartışılmaktadır. Buna göre devletler, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara taraf olarak, işbu antlaşmalardan doğan uyuşmazlıkta yargı bağışıklıklarından zımnen feragat etmiş sayılmalıdır.[722]

Başka bir teoriye göre, *jus cogens* kural ihlaline vücut veren faaliyetlerin, egemen niteliğinden bahsetmenin mümkün olmadığı savunulmaktadır.[723] Devletlerin *acta jure imperri* faaliyetlerinin anlamı ve kapsamının, ihlale vücut veren faaliyetin bir *jus cogens* kural olması halinde, yeniden göz önüne alınması gerektiği belirtilmektedir.[724] Şöyle ki insan hakları ihlallerinin özel sebeple gerçekleştirilmesi ve dolayısıyla *acta jura gestionis* olarak nitelendirilmesi imkansızdır. Ancak insan

[719] FINKE, s. 868- 869.
[720] BANKAS, s. 298.
[721] COLANGELO, s. 78. KNUCHEL, s. 167, dn. 102.
[722] FINKE, s. 864. KARAGIANNAKIS, s. 20.
[723] KNUCHEL, s. 164; ORAKHELASHVILI, s. 327.
[724] THOMAS-SMALL, s. 24.

hakları ihlallerinin aynı zamanda egemen bir faaliyet olarak nitelendirilmesi de zor ve garip bir durum yaratmaktadır.[725] Dolayısıyla da, *jus cogens* kuralın emredici, bağlayıcı ya da maddi hukuk kuralı olmasından bahsetmeksizin, ihlal karşısında, yargı bağışıklığının uygulanamayacağını ve forum devletinin somut olay bakımından yargı yetkisini kullanmasına engel teşkil edemeyeceğini kabul etmek gerekmektedir.[726] Devletlerin hukuka aykırı ya da suç teşkil eden faaliyetleriyle işbu düzenin bozulmasına sebep olduklarında, egemen yetkilerini kötüye kullanmaları halinde, yargı bağışıklığı gibi ayrıcalıklarını kaybetmeleri gerektiği savunulmaktadır.[727]

Uyuşmazlığın başka yöntemlerle çözülmesi mümkün değilse, devletlere yargı bağışıklığı sağlaması da istenen bir durum değildir. Yani bireylerin zarar gören devlet tarafından zararlarının giderimi mümkün değilse, forum devleti mahkemelerinin ilgililere zarar giderimi imkanı vermesi zaruri hale gelmektedir.[728] Söz konusu yaklaşım da son çare (last resort) teorisi olarak karşımıza çıkmaktadır. *Jus cogens* ihlaller sebebiyle, zarar gören bireyin zararlarının karşılanmasının hiçbir şekilde mümkün olmaması sebebiyle, iç hukuk mahkemelerine başvurması halinde, son çare olarak yabancı devletin yargı bağışıklığının kaldırılması ve zarar gören birey lehine tazminata hükmedilmesinin zaruri hale geldiği ileri sürülmektedir.[729]

Görüldüğü üzere uluslararası hukukta *jus cogens* kuralların yargı bağışıklığına etkisine ilişkin yaklaşımlar değişken ve çeşitlenen bir niteliğe sahiptir. Uluslararası hukuk, özellikle statü temelli yargı bağışıklığı bakımından *jus cogens* kural – yargı

[725] KLABBERS, s. 102.
[726] ORAKHELASHVILI, s. 349.
[727] NAGAN-ROOT, s. 469.
[728] FOX – WEBB, s. 473.
[729] KRAJEWSKİ, Markus – SINGER, Christopher: *"Should Judges be Front-Runners? The ICJ, State Immunity and the Protection of Fundemental Human Rights*", Max Planck UNYB, Vol. 16, 2012, s. 24 – 26.

bağışıklığı ilişkisini, devlet adamlarının bağışıklığının kaldırılması gerektiği yaklaşımı ile çözmüş görünmektedir. Aynı yaklaşımın, faaliyet/davranış temelli yargı bağışıklığında da benimsenmesi tartışılmaktadır; ancak benimsenmesi o kadar kolay değildir. Çünkü statü temelli yargı bağışıklığının niteliği ile faaliyet/davranış temelli yargı bağışıklığının niteliği birbirinden farklıdır. Öte yandan faaliyet temelli yargı bağışıklığını aşmak için, *jus cogens* kuralların, yargı bağışıklığına ilişkin kurallara üstünlüğü yaklaşımı da oldukça yaygındır. Ancak bu yaklaşım da oldukça eleştirilmektedir. İşbu durumda, *jus cogens* kurallar ile yargı bağışıklığı kurallarının ilişkisini açıklarken yeni bir yaklaşıma ihtiyaç vardır.[730]

Son olarak yargı bağışıklığının reddedilmesinin cezasızlığa sebep verdiği iddia edilmektedir. Her ne kadar teoride alternatif başvuru yollarından bahsetmek mümkün olsa da, gerçekte diğer başvuru yollarını işletmek mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla da, yargı bağışıklığı nedeniyle davası reddedilen bireyin, diğer mekanizmaları işletemediği için, uğradığı zararın giderilmemesi tehlikesi ile karşı karşıya kaldığı savunulmaktadır.[731]

B. *Jus Cogens* Kurallar, Devletin Yargı Bağışıklığı Kuralları ve Devletin Sorumluluğu İlişkisi

Yargı bağışıklığı ile *jus cogens* kurallar arasındaki ilişkiyi açıklamaya yönelik yaklaşımlarda yargı bağışıklığı kurallarının geçersiz kılınmasının gerekçesi olarak, devletin sorumluluğuna ilişkin uluslararası hukuk kurallarına da atıf yapıldığı görülmektedir. Devletin sorumluluğu bakımından *jus cogens* kurallar, üç bakımdan önem arz etmektedir. Öncelikle, yeni bir *jus cogens* kural yaratıldığı zaman, söz

[730] COLANGELO, s. 91.
[731] Tartışmanın ayrıntıları için bkz. McGREGOR, Lorna: "*Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignity"* EJIL, Vol. 18, No. 5, 2008, s. 903 – 919.

konusu kuralın ihlalinin sonuçları önceden öngörülmüş olabilir. İkinci olarak, söz konusu yükümlülük, devletlerin haksız faaliyetlerine karşı tedbir alınmasını içeriyor olabilir. Son olarak *jus cogens* kuralın öngördüğü yükümlülüğün ihlalinin sonuçları, devletlerin haksız faaliyetlerinin hukuki sonuçlarından daha ağır öngörülmüş olabilir.[732]

Jus cogens kuralların ihlalinin yargı bağışıklığı kurallarına etkisini incelemek adına, devletin sorumluluğu kurallarına atıf yapanlar, devletin sorumluluğunun niteliğini ön plana çıkarmaktadırlar.[733] Bu noktada, devletlerin hukuki ve cezai sorumluluğu ayrı ayrı ele alınıp tartışılmış ve UHK'nın Devletin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Metni'nde devletin cezai sorumluluğuna ilişkin 19. madde düzenlenmiştir. Söz konusu 19. madde uyarınca; uluslararası suçlar ile devletler tarafından işlenen suçlar arasında bir ayrıma gidilmiş ve uluslararası toplumun çıkarlarını önemli derece etkileyen faaliyetler karşısında devletin cezai sorumluluğunun öngörülmesi gündeme getirilmiştir.[734] 19. madde ile ilgili olarak bazı UHK üyeleri başta özel raportör olmak üzere, her emredici hukuk kuralının ihlalinin uluslararası suça vücut vermediğini savunmuştur.[735]

Devletin cezai sorumluluğu açısından tartışılan bir diğer husus, devletin cezai sorumluluğunun tespit edilmesi yanında, hangi yaptırıma maruz kalacağıdır, çünkü devlete tüzel kişilik olarak cezai yaptırım türlerinden herhangi birini uygulamak mümkün değildir.[736] Nitekim Komisyon bünyesinde yürütülen tartışmalar esnasında, bazı uzmanlar devletlerin sorumluluğu bakımından ihlal ve suç ayrımı yapmak

[732] GAJA, 1981, s. 290
[733] The Report of the Redress Trust, s. 46.
[734] Van ALEBEEK, s. 347.
[735] GAJA, 1981, s. 300.
[736] Devletlerin uluslararası hukukta cezai sorumluluğu açıkç absurd olduğu ve devletlerin cezai yaptırımlara maruz kalmasının mümkün olmadığı savunulmaktadır. BANKAS, s. 298- 299; TOMUSCHAT, 2014, s. 91

yerine, uluslararası hukukun *jus cogens* kurallarının ciddi ihlali halinde sorumluluk kavramının getirilmesini önermişlerdir.[737]

Söz konusu tartışmalar neticesinde devletin cezai sorumluluğu yerine, ağır emredici hukuk ihlallerinin devletin sorumluluğuna yol açaçağı düzenlenmiştir.[738] Ancak işbu sorumluluğun cezai sorumluluğa mı yoksa hukuki sorumluluğa mı vücut verdiği net olmadığı, bu nedenle devletin uluslararası sorumluluğunun, *sui generis* bir sorumluluk olduğu savunulmaktadır.[739]

Böylece devletin sorumluluğunu düzenleyen taslak metnin 40. maddesiyle, uluslararası hukukun emredici kuralından kaynaklanan bir yükümlülüğün, bir devlet tarfından ağır ihlali halinde de uluslararası sorumluluğu olduğu düzenlenmiştir. 41. maddeyle de, işbu ihlalin hukuki sonuçları özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, devletlerin söz konusu ihlale son vermek için uluslararası işbirliği yapması; ağır ihlalden doğan bir durumu meşru olarak tanımaması ve bu durumun muhafazası için yardım ya da destek vermemesi öngörülmüştür.

Görüldüğü üzere 41/I. madde, devletlere söz konusu ihlali sona erdirmek için işbirliğinde bulunmak gibi pozitif bir yük getirmektedir. 41/II. madde ise, söz konusu ihlale vücut veren faaliyet neticesinde oluşan yeni durumu tanımama yükümü getirmektedir. İşbu düzenlemeleri yargı bağışıklığına uyarlayan yazarlar, yargı bağışıklığının ilgili pozitif yükümlülük gereğince tanınmaması gerektiğini ileri

---

[737] LINDERFALK, Ulf: " *All the Things You Can Do With Jus Cogens"*, German Yearbook of International Law, Vol. 56, 2013, s. 352.
Ancak devletlerin suçluluğu yerine getirilen yeni düzenleme ile, devletlerin uluslararası toplumun tümüne karşı gerçekleştirdikleri faaliyetlere karşı kapsamlı ve elle tutulur bir yaptırım rejimi geliştirilmediği savunulmaktadır. DUPUY, Pierre-Marie: "*The Deficiencies of the Law of State Responsibility RElating to Braeches of Obligaitons Owed to the International Community as a Whole: Suggestions for Avoiding the Obsolescense of Aggravated Responsibility*", içinde **Realizing Utopia: The Future of International Law** (CASSESE, Antoino ed.), Oxford University Press, UK, 2012, s. 211.

[738] PAULUS, s. 315.

[739] BANKAS, s. 296.

sürmektedirler.[740] Çünkü zarar veren devletin yargı bağışıklığını kabul etmek, söz konusu devletin hukuka aykırı faaliyetini destekleme neticesi doğurmaktadır.[741]

Jus cogens kural ihlallerinin yargı bağışıklığına etkisini açıklamak bakımından, uluslararası bir yükümlülüğün ihlali halinde bir yaptırım olarak diğer devletlerin karşı tedbir alma hakkının düzenlendiği kurallara da atıf yapıldığı görülmektedir. Karşı tedbirler, devletlerin karşılıklı yükümlülüklerini yerine getirmesine ilişkin olup, karşı tedbir alma hakkı sadece zarar gören devlete verilmiştir. Karşı tedbirler aslında, hukuka aykrı alınan önlemlerdir. Hukuka aykırı olarak alınan tedbirler neticesinde, tedbiri alan devlet sorumlu olacaktır. Ancak insan hakları hukuku ve uluslararası toplumun diğer ihtiyaçları bakımından karşı tedbir kavramının içeriğinin değiştiği ileri sürülmektedir. Uluslararası hukukta, devletlerin direkt zarar görmese bile, hukuka aykırı bir faaliyet karşısında karşı tedbire başvurdukları durumlar mevcuttur. İşbu karşı tedbire dayanışmacı karşı tedbir adı verilmektedir.[742]

Dayanışmacı karşı tedbirlerin hukuki altyapısı, UHK'nın devletlerin sorumluluğuna ilişkin taslak metninin kaleme alınması aşamasında oldukça tartışılmış; ancak taslak metinde özel olarak düzenlenmemiştir. Ancak taslak metin

---

[740] ATTERITANO, A.: *"Immunity of States and Their Organs: The Contribution of Italian Jurisprudence over the Past Ten Years"*, Italian Yearbook of International Law, Vol. 19, 2009, s. 33; ESPOSITO, Carlos: *"Jus Cogens and Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: 'A Conflict Does Exist'"*, The Italian Yearbook of International Law, Vol. 21, Iss. 1, s. 171; FORCESE C.: *"De-Immunizing Torture: Reconciling Human Rights and State Immunity",* McGill Law Journal, Vol. 52, 2007, s.127, 167; GATTINI, A.: *"To What Extent are State Immunity and Non-Justiciability Major Hurdles to Individuals Claims for War Damages?"*, Journal of International Criminal Justice, Vol. 1, 2003, s. 348; ORAKHELASHVILI, 2007, s. 964.
Nitekim İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Komitesi başkanı *Menendez*, Kanada'nın yargı bağışıklığına ilişkin iç hukuk düzenlemelerinin tartışıldığı oturumda, işkence davalarında, yargı bağışıklığının bir istisna olarak kullanamayacağının altını çizmiştir. *Menendez'e* göre, karşı tedbirlerin uluslararası hukukta kabul edilmesi neticesinde, işkenceci devletin yargı bağışıklığının bir karşı tedbir olarak forum devleti tarafından kaldırılması mümkündür. The Report of the Redress Trust, s. 20, dn.17; Committee Against Torture, Summary Record of the Second Part (Public) of the 646th Meeting, 6 May 2005. CAT/C/SR.646/Add.1, para 67.

[741] BELSKY, s. 401, BIANCHI, s. 437, REIHMAN, s. 985.

[742] MOSER, s. 812, 817.

dışında uluslararası hukukta dayanışmacı karşı tedbiri yasaklayan herhangi bir kural bulunmamaktadır. Aksine dayanışmacı karşı tedbirin varlığını destekleyen devlet ugulamaları bulunduğu ifade edilmektedir.[743]

Dayanışmacı karşı tedbirin uygulanmasına ilişkin ön plana çıkan hususlardan ilki, amacının klasik karşı tedbirle aynı olmasıdır. Klasik karşı tedbirle dayanışmacı karşı tedbirin arasındaki fark, zarar giderimini talep noktasında ortaya çıkmaktadır. Nitekim karşı tedbiri alan devletin zarara uğraması söz konusu değildir. Bu bakımdan, dayanışmacı karşı tedbiri alan devlet, kendisi için değil, yalnızca, zarar gören birey için sorumlu devletten tazminat talep edebilir.[744]

Dayanışmacı karşı tedbir bakımından bir diğer tartışma da, tedbirin ölçülülüğüne dayanmaktadır. Klasik karşı tedbirinden farklı olarak, dayanışmacı karşı tedbirde, tedbir alan devlet sayısı birden fazla olacaktır. İşbu tedbirlerin ölçülülüğünü, tedbiri alan devletlerin faaliyetlerini bir bütün olarak mı, yoksa devletlerin her birinin faaliyetinin tek tek incelenerek mi belirleneceği tartışma konusunu oluşturmaktadır.[745]

Ölçülülük testi, devletlerin karşı tedbirin nereye kardar alınabileceğini test etmek değildir. Çünkü karşı tedbir bir cezalandırma olmayıp bir yaptırım mekanizmasıdır ve bu manada alınan tedbirin hukuka uygun olması önem arz eder. Sonuç olarak, dayanışmacı karşı tedbir alan devletlerin, aldıkları tedbirlerin aynı ihlale karşı ve ölçülü olduğunu ispat etmelerini gerektiren ektra bir yükümlülükleri

[743] MOSER, s. 812 – 813.
[744] MOSER, s. 819.
[745] See CRAWFORD, James: "*Counter-measures as Interim Measures"*, EJIL, Vol. 5, 1994, s. 66; MOSER, s. 826.

vardır.[746]

Dayanışmacı karşı tedbirler özel olarak düzenlenmese de, çeşitli durumlarda devletler tarafından uygulanagelmiştir. Dayanışmacı karşı tedbirler, genelde ekonomik yaptırımlar, uçuşların kaldırılması ya da devletin hesaplarının dondurulması gibi yaptırımları içermektedir. İşbu uygulamalarda da, zarar görmeyen devletlerin zarar gören bireyler adına tazminat talep edebileceği kabul edilmektedir. Konumuz açısından bir karşı tedbir olarak yargı bağışıklığının reddedilmesinin, karşı tedbirin amacına da uygun olacağı ifade edilmektedir.[747] Ancak dayanışmacı karşı tedbir olarak yargı bağışıklığının reddedildiği bir örneğe rastlamak mümkün değildir. Dayanışmacı karşı tedbir olarak yargı bağışıklığının reddedilmesi uygulamasının henüz olmamasının, söz konusu hipotezin gerçekleşmesinin olanaksız olduğu gibi bir çıkarıma mahal vermemesi gerektiği savunulmaktadır.[748]

Dayanışmacı karşı tedbire dayanarak, *jus cogens* kuralların ihlali halinde yabancı yargı bağışıklığının reddedilmesinin, devletlerin sorumluluğuna ilikin taslak metinde düzenlenmemiş olması durumu, yabancı devletin yargı bağışıklığının dayanışmacı karşı tedbir uyarınca reddedilemeyeceği yorumlarına da vücut vermektedir. Çünkü karşı tedbirler içeriği gereği uluslararası yükümlülükleri ihlal eden tedbirlerdir. Bu nedenle de bir yükümlülüğün ihlaline vucüt veren karşı tedbir alma hakkı, her halükarda zarar gören devlete aittir.[749]

[746] Third report on State responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur , DOCUMENT A/CN.4/507 and Add. 1- 4, para. 406.
[747] MOSER, s. 841.
[748] WHITE, N. – ABASS, A., *"Countermeasures and Sanctions",* içinde **International Law,** (Evans M.D. ed.), 3rd ed., Oxford University Press, The UK, 2010, s. 531, 535.
[749] ALEBEEK, s. 344

C. *Jus Cogens* Kurallar, Devletin Yargı Bağışıklığı ve Bireylerin Mahkemeye Başvuru Hakkı İlişkisi

Jus cogens kurallar ile yargı bağışıklığı arasındaki ilişkiyi açıklamak bakımından bireylerin mahkemeye başvuru hakkının varlığının da ileri sürüldüğü argümanlar bulunmaktadır. Nitekim pek çok insan hakları metninde bireylerin mahkemeye başvuru hakkının varlığı öngörülmüştür. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 8. maddesi, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 2/III. maddesi, İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 14/I. maddesi, AİHS'nin 6. maddesi bireylerin mahkemeye başvuru hakkının koruma altına alındığı insan hakları metinlerinden sadece birkaçıdır.

Mahkemeye başvuru hakkı bakımından ileri sürülen argüman uyarınca, bir devletin yargı yetkisine tabi olmanın davalı devlet bakımından eşitlik, bağımsızlık ya da egemenlik gibi ilkeleri zedeleyen bir yönü bulunmamaktadır. Buna göre, yabancı devletleri yargı yetkisinden bağışık tutmak, sadece bireylerin mahkemeye başvuru hakkının reddi anlamına gelmektedir. Bu nedenle de, yargı bağışıklığının tartışmaya açık olduğu ifade edilmektedir.[750] Bireylerin sahip oldukları maddi haklar gereği, uluslararası hukuk sisteminde bireylerin zararlarının giderilmesine ilişkin mekanizmaların eksikliği karşısında, ulusal mekanizmalara başvurması usulü hayata geçirilmeli ve özellikle *jus cogens* kuralların ihlali halinde yabancı devletin yargı bağışıklığının kabul edilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir.[751]

Adaletin gereği olarak hukuka aykırı faaliyetleri dolayısıyla hem bireylerin hem de devletlerin sorumluluğu kabul edilmektedir. Bunun yanında uluslararası

[750] JENNINGS, R. – WATTS, A.: **Oppenheims International Law**, Vol. I, 9th Edition, Oxford University Press, The UK, 2008, s. 342-343.
[751] BRÖHMER, Jürgen: **State Immunity and the Violation of Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1997, s. 206; GAETA, s. 228.

hukuk, bireyleri söz konusu ihlallere karşı korumaktayken, ihlallere karşı bireylerin başvuru hakkının olmamasının açıklanması mümkün değildir.[752] Bu niteliğiyle yargı bağışıklığının mahkemeye başvuru hakkına aykırılık teşkil ettiği savunulmaktadır.[753]

İnsan haklarının uluslararası arenada koruma altına alınması karşısında, insan hakları ihlallerin cezasız kalmasını kabul etmek mümkün değildir.[754] Adil yargılanmanın bir unsuru olan mahkemeye başvuru/adalete ulaşma hakkı açısından devletin faaliyetinin *acta jura imperi* ya da *acta jura gestionis* olarak sınırlandırılmasının bir anlamı bulunmamaktadır. Bu nedenle de AİHS uyarınca, devletlerin bağışıklığının kabul edilmesi mümkün değildir.[755] Ayrıca bireylerin mahkemeye başvuru hakkının toplum bakımından önemi göz önüne alındığında, söz konusu hakkın istisnasının iyi gerekçelendirilmesi gerektiği; mahkemeye başvuru/adalete ulaşma hakkı bakımından davalı devletin yargı bağışıklığının varlığının, ancak zorunlu hallerde kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır.[756]

Mahkemeye başvuru hakkı karşısında yargı bağışıklığının sınırlandırılamayacağı da gayet tabi savunulan bir argümandır. Söz konusu tartışmalarda mahkemeye başvurma hakkına ilişkin argümanların, *acta jura imperi* nitelikteki faaliyetler bakımından hiçbir etkisi olamayacağı da ileri sürülmektedir. Forum devletinde bireylerin etkili başvuru hakkına sahip olmasının koşulu ve sınırları, hakkın özünü etkilemeyecek nitelikte ve ölçülü olması zorunluluğudur. Yani yargı bağışıklığı ile bireylerin adalete ulaşma/mahkemeye başvuru hakkı

[752] CHRISTOPHER, 2000, s. 1236.
[753] CONFORTI, Benedetto: "*The Judgment of the International Court of Justice on the Immunity of Foreign States: A Missed Opportunity*", The Italian Yearbook of International Law, Vol. 21, 2011, s. 136; SÜRAL, s. 25.
[754] REINMANN, s. 432.
[755] BRÖHMER, s. 163- 188.
[756] REIMANN, s. 419.

bakımından bir denge gözetilmelidir.[757] Bu nedenle, mahkemeye başvuru hakkının, özellikle işkenceden sorumlu olmayan forum devletinde gerçekleşmeyen *jus cogens* kurallara aykırı faaliyetler karşısında, yargı bağışıklığı gerekçesiyle sınırlandırılması, ölçülü ve kabul edilebilir bir durumdur.[758] Nitekim işbu yorumun aksini gerekçelendirebileceğimiz bir uluslararası hukuk kaynağı da bulunmamaktadır.[759]

Ayrıca forum devleti, hem yargı bağışıklığına ilişkin hem de bireylerin etkili başvuru hakkına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmek istiyorsa, devletin bireylerin çıkarlarını etkili başvuru hakkını kullanmaya gerek olmaksızın koruyacak tedbirler alması şarttır. Eğer forum devleti, bireylerin çıkarlarını korumaya yönelik etkili başvuru yolu haricinde başka mekanizmalar sağlamıyorsa, o zaman sorumluluğunun doğması gerektiği ileri sürülmektedir.[760]

D. Yargı Kararlarında *Jus Cogens* Kurallar ile Devletin Yargı Bağışıklığı İlişkisi

Uluslararası hukukta bir kuralın varlığını ve nasıl uygulanacağını tespit etmek bakımından, uluslararası kaynakların lafzı ve doktrindeki tartışmalar yanında yargı kararlarının da incelenmesi gerekmektedir. Özellikle yargı kararları, doktrinden de daha etkili olarak, uluslararası kuralların yorumu ve uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının tespiti bakımından etkili bir rol oynamaktadır.[761]

Nitekim yargı bağışıklığı kurallarının özellikle iç hukuk kararlarıyla birlikte

---

[757] Van ALEBEEK, s. 407-408. The Report of Redress Trust, s. 39.
[758] BYRNES, Andrew: *"Civil Remedies for Torture Committed Abroad: An Obligation Under the Convention Against Torture?"*, içinde **Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation** (SCOTT, Craig ed.), 2001, s. 513; O'KEEFE, 2011, s. 1010.
[759] GATTINI, s. 180.
[760] ALEBEEK, s. 408.
[761] LAUTERPACHT, Hersch: **The Development of International Law by the International Court**, Stevens & Sons, 1958, s. 42.

şekillendiğini ve değiştiğini göz önüne alacak olursak, devlet uygulamalarını okumak adına iç hukuk kararlarına değinmek yerinde olacaktır.[762] Bunun yanında, devlet uygulamalarının uluslararası hukuk düzenine nasıl yansıdığını görmek için de bölgesel ve uluslararası mahkeme kararları ele alınacaktır.

1. İç Hukuk Kararları

Devletlere karşı açılan hukuk davalarında, yargı bağışıklığını destekleyen mahkeme kararları dünya genelinde oldukça yaygındır. Nitekim Birleşik Krallık, Kanada, Fransa, Polonya, Yeni Zenlanda, Almanya ve Slovenya mahkemelerinde, yargı bağışıklığına *jus cogens* kural istisnası ele alınmış ve reddedilmiştir. Devletler yargı bağışıklığına ilişkin ulusal düzenlemeleri uygulasalar da, *jus cogens* kuralların yargı bağışıklığına etkisini incelemek bakımından uluslararası hukuk kurallarına atıf yapıldığı görülmektedir.[763]

Jus cogens kurallara aykırılık nedeniyle yargı bağışıklığının reddedilmesine hükmeden kararlar da, aşağıda ayrıntılı ele alacağımız üzere, UAD tarafından hukuka aykırı ilan edilmiştir. Dolayısıyla *Ferrini, Distonomo* gibi davaların, değişen devlet uygulamalarına işaret ettiğini ifade etmek pek mümkün gözükmemektedir.[764]

Jus cogens kurallara aykırılık dolayısıyla yargı bağışıklığının kaldırılması hususunun iç hukuk düzenlemelerine konu olduğuna çalışmamızın önceki bölümünde değinmiştik. Söz konusu iç hukuk kurallarının varlığı sonucunda ilgili meselenin ele alındığı ve uluslararası hukuk literatüründe yer edinmiş çeşitli iç hukuk kararlarına rastlamak mümkündür.

---

[762] FRANCIONI, Francesco: *"From Utopia to Disenchantment: The Ill Fate of 'Moderate Monism' in the ICJ Judgment on The Jurisdictional Immunties of the State*", Vol. 23, No. 4, 2012, s.1130.
[763] VAN ALEBEEK, 2012, s. 298.
[764] Söz konusu davalar *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararında ayrıntılı incelenecektir.

Özellikle ABD iç hukuk düzeninde, devlete ve devlet teşebbürlerine karşı açılan dava örnekleri oldukça fazladır. Ancak çalışmamız açısından işbu kararlar içinde *jus cogens* kurallara aykırılığın yargı bağışıklığına ilişkin iç hukuk kurallarına etkisini değerlendiren kararlara yer vermek önem arz etmektedir.

ABD hukuk düzeninde yargı bağışıklığı nezaket kuralı olarak nitelendirilmektedir. Yargı bağışıklığı politik bir gerçekliği yansıtmakta ve nezaket kuralı olarak yabancı devlete uygun olmayan davalara karşı bir koruma mekanizması sağlamaktadır.[765] Nitekim, ABD iç hukuk mahkemelerinde muhtelif kereler, *jus cogens* kuralın yargı bağışıklığını geçersiz kıldığı argümanları reddedilmiştir.[766] Yabancı devletin yargı bağışıklığının reddedildiği meselelerde ise, *jus cogens* kural ihlalinin tartışılmadığı ve haksız fiil olarak değerlendirilen faaliyetin forum devletinde gerçekleştirildiği görülmektedir.

Yargı bağışıklığının reddedildiği önemli içtihatlardan biri *Letelier v. Şili ve Şili Milli Havayolları* davası olarak karşımıza çıkmaktadır. ABD'deki Şili büyükelçisi ve karısının Vaşhington'da suikasta kurban gitmesinin ardından açılan davada, Şili hükümetinin ABD'de gerçekleştirdiği faaliyetlerin FSIA'nın yargı bağışıklığının istisnası olarak düzenlenen haksız fiil hükümleri kapsamına girmediği iddia edilmiştir. Ancak Bölge Mahkemesi FSIA'nın 1605(a)(5)'te öngörülen haksız fiil istisnası uyarınca, davacının taleplerini kabul etmiş ve Şili'nin yargı bağışıklığı olmadığı ve söz konusu faaliyetin hükümet tasarrufu olarak da kabul edilemeyeceği (act of state) sonucuna varılmıştır.[767]

Şili aleyhine tesis edilen hükmün icrası için davacı, bu kez bölge mahkemesine

[765] US Supreme Court, *Republic of Austria v. Altmann*, 7 June 2004, 541 US 677, ILM, Vol.43, 2004, p. 1428.
[766] PAULUS, s. 322.
[767] *Letelier v. Republic of Chile*, 748 F. 2d 790, November, 20, 1984, para. 4.

Şili hükümetine ait havayollarının ABD'deki mülklerine ilişkin icrai tedbirler alınması için başvurmuştur. Bölge Mahkemesi'nin davacı lehine aldığı kararın temyiz edilmesi üzerine, temyiz mahkemesi, Şili hükümeti ile Şili Milli Havayollarının tüzel kişiliklerinin ve faaliyetlerinin ayrı tutulması gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre Mahkeme, Şili hükümeti ile havayolu şirketinin farklı iki tüzel kişilik olduğunu ve suikast gibi siyasi içerikli eylemlerin ticari faaliyetlerle aynı niteliğe sahip olmadığı gerekçesiyle, Bölge Mahkemesi'nin mülklere ilişkin aldığı tedbir kararlarını iptal etmiştir.[768]

Forum devletinde gerçekleştirilen haksız fiiller nedeniyle, yabancı devletin yargı bağışıklığının FSAI uyarınca sınırlandırılması *Liu v. Çin Halk Cumhuriyeti* kararında da kabul edilmiştir. Söz konusu olayda Helen Liu, kocası Henry Liu'nun Kaliforniya'da vurularak öldürülmesi dolayısıyla Çin Halk Cumhuriyeti'ne karşı ABD'de dava açmıştır. Söz konusu davada hem hükümet tasarrufu hem de yargı bağışıklığının FSIA'da öngörülen istisnalar ele alınmıştır. Sonuç olarak davanın, Çin Halk Cumhuriyeti'nin faaliyetinin FSIA 1605 (a)(5) uyarınca, haksız fiil istisnasının kapsamına girmesi dolayısıyla, ABD yargı yetkisine tabi olduğu kabul edilmiştir.[769]

Amerada Hess Shipping Corp. v. Arjantin davasında, petrol taşıma işi gerçekleştiren Liberyalı Amerada Hess şirketi gemileri, Büyük Britanya ile Arjantin arasında Falkland adalarının egemenliği üzerine başlatılan savaş esnasında, açık denizde Arjantin askeri hava kuvvetlerinin saldırısına uğramıştır. Söz konusu saldırıların zararlarının giderilmesi için ABD mahkemelerinde Arjantin'e karşı Yabancı Haksız Fiil Kanunu uyarınca dava açılmış ve davalar şirket lehine

[768] *Letelier v. Republic of Chile* kararı, para. 43.
[769] *Liu v. Republic of China*, 642 F. Supp. 297, August 11, 1986, s. 299 – 305.

sonuçlanmıştır.[770] Temyiz Mahkemesi 2. Dairesi'nin verdiği kararda, davacının maruz kaldığı eylemlerin uluslararası hukukun ihlaline vücut verdiği kabul edilmiş, ancak Arjantin aleyhine dava açılabilmesi için FSIA'nın tek hukuki kaynak olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla, FSIA'nın usuli sınırlandırmalarının mutlak surette uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır.[771]

The Sidermans v. Arjentina kararı, Siderman ailesinin baba Jose Siderman'ın gördüğü işkence sebebiyle ve menkullerine Arjantin askeri kuvvetlerince el konulması hakkında Arjantin'e karşı açtıkları davaya ilişkindir. Bölge Mahkemesi'ne açılan ilk davada, *Jose Siderman* lehine 2.6 milyon dolar ve eşi *Lea Siderman* lehine 100 bin dolar tazminata hükmedilse de, Arjantin'in yargı bağışıklığı itirazı ve ABD hükümetinin de davaya katılıp Arjantin'in yargı bağışıklığına ilişkin beyanda bulunması üzerine, Arjantin aleyhine verilen giyabi hüküm iptal edilmiştir.[772]

Temyiz davasında, işkence yasağının bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı ve hatta *jus cogens* kural olduğu kabul edilmiştir.[773] *Sidermanler, jus cogens* kuralları ihlal eden kişilerin uluslararası hukuk kuralları uyarınca yargı bağışıklığından yararlanmasının mümkün olmadığını ileri sürmüşlerdir.[774] Ancak Mahkeme, uluslararası hukuk kurallarının birbiri ile olan ilişkisini incelemeye yetkisi olmadığını, sadece *jus cogens* kuralların FSIA'ya olan etkisini inceleyebileceğini belirterek, *Amerada Hess* kararına uygun bir sonuca ulaşmıştır. Dolayısıyla da, yargı bağışıklığına ilişkin istisnaların FSIA'da sayılanlarla sınırlı olduğu, *jus cogens* kural ihlallerinin tek başına FSAI'nın yargı yetkisine vücut veremeyeceği sonucuna

[770] *Amerada Hess Shipping Corporation v. Argentine Republic United Carriers Inc*, 830 F. 2d 421, September 11, 1987, para. 2 – 6.
[771] *Amerada Hess Shipping Corporation v. Argentine Republic United Carriers Inc*, para. 33.
[772] *Siderman Blake v. Republic of Argentina Sa*, 965 F. 2d 69, May, 22, 1992, para. 1.
[773] *Siderman Blake v. Republic of Argentina Sa*, Para. 65.
[774] *Siderman Blake v. Republic of Argentina Sa*, Para. 69.

ulaşılmıştır.[775] Bunun yanında, Mahkeme, işkence yasağı ihlalinin tek başına yargı bağışıklığından feragat etme yorumuna yol açamayacağını ifade ederek, zımni feragat teorisini de reddetmiştir.[776]

Temel insan hakları ihlallerinin yargı bağışıklığı iddiasının reddedilmesi argümanı, ABD Bölge Mahkemesi'nde Almanya'ya karşı açılan *Princz v. Almanya* davasında tartışılmıştır. *Prinz,* II. Dünya Savaşı esnasında toplama kampında gördüğü mualeme ve esir çalışma kampında zorla çalıştırılma sebebiyle uğradığı zararın tazmini için söz konusu davayı açmıştır. Aslında *Prinz'in* zararlarının giderimi başvurusu işbu dava ile başlamamıştır. *Prinz,* gerek Almanya'ya yaptığı başvurular, gerek ABD'ye yerleştikten sonra ABD'de diplomatik kanallarla yapılan başvurulardan bir netice elde edememiştir. Bunun üzerine 1992 yılında Bölge Mahkemesi'nde, Almanya'ya karşı zararlarının giderimi için tazminat davası açmıştır ve dava bölge mahkemesi tarafından kabul edilmiştir.[777]

Ancak karar, Temyiz Mahkemesi tarafından bozulmuştur. Her ne kadar 1976 FSIA'nın, 1976 öncesindeki olaylara uygulanırlığı kabul edilse bile, Almanya'nın yargı bağışıklığı dolayısıyla, Mahkeme'nin konu bakımından yargı yetkisi olmadığı ifade edilmiştir. Çünkü söz konusu başvurunun, FSIA'da öngörülen yargı bağışıklığı istisnasının kapsamına girmediği sonucuna varılmıştır.[778] Bunun yanında temyiz mahkemesi, zımni feragat teorisini, FSIA'nın1605 (a)(1)'de öngörülen "kast" unsuruna da aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle reddetmiştir.[779] Sonuç olarak yargı bağışıklığına insan hakları istisnası getirilmesi ve zımni feragat teorisi ABD

[775] *Siderman Blake v. Republic of Argentina Sa*, Para. 70.
[776] *Siderman Blake v. Republic of Argentina Sa*, Para. 87.
[777] *Princz v. Federal Republic of Germany*, 26 F.3d 1166, July, 1, 1994, para. 3-6.
[778] *Princz v. Federal Republic of Germany* kararı, para. 19, 61.
[779] *Princz v. Federal Republic of Germany* kararı, para. 48 – 49.

yargısında reddedilmiştir.[780]

Son olarak ABD'de, Türkiye, Türk Merkez Bankası ve Ziraat Bankası aleyhine, Ermenilerin Osmanlı Devleti döneminde el konulan mallarının tazmini için 2010 yılında California'da ve Los Angeles'ta açılan davalarda, yargı bağışıklığı meselesi sadece mallara el koyma faaliyeti üzeriden değerlendirilmiş, bu nedenle de Türkiye Cumhuriyeti devletinin yargı bağışıklığı kabul edilmiştir.[781] Her iki davada da TC Merkez Bankası'nın bağışıklığı reddedilse de, davalar sahip olduğu politik önem nedeniyle reddedilmiştir. Kararlar hali hazırda, temyiz mahkemesine götürülmüştür.[782]

Jus cogens kural ihlalleri ile yargı bağışıklığı ilişkisi, Kanada'da iç hukuk düzeninde *Bouzari v. İran* kararında da ele alınmıştır. *Bouzari v. İran* davasında Bouzari, İran'da gördüğü işkenceler neticesinde uğradığı zararın tazmini için İran'a karşı Kanada'da dava açmıştır.[783] Ontorio Üst Derece Mahkemesi'nde ele alınan davada, yargı bağışıklığına ilişkin iç hukuk düzenlemeleri, işkence yasağının niteliği, yargı bağışıklığı ile işkence yasağının ihlali arasındaki ilişki incelenmiştir. Yargı bağışıklığına ilişkin iç hukuk düzenlemelerine yukarıda da yer verdiğimiz üzere, Kanada'da yabancı devletin yargı bağışıklığının ve istisnalarının özel olarak düzenlendiği ayrı bir kanun bulunmaktadır. Söz konusu Kanun'da, kural olarak yabancı devletlerin Kanada hukuk düzeninin yargı yetkisinden bağışık olduğu kabul edilse de ticari faaliyetlerden doğan uyuşmazlıklar ve kişilerin uğradığı haksız fiilden doğan uyuşmazlıklarda, yabancı devletin yargı bağışıklığının olmadığı

[780] De WET, 2004, s. 97.
[781] *Davoyan v. Repuclic of Turkey*, United States District Court, C.D. California, 116 F.Supp.3d 1084, C.D. Cal. 2013.
[782] Bkz. "*Turkish Banks Not Immune From Suits in U.S. Courts From Genocide Victims*", http://www.aina.org/ news/20130404235718.pdf et. 07.10.2016.
[783] Ayrıntılı bilgi için *Bouzari v. Iran, Ontario Superior Court of Justice*, Court File No. 00-CV-201372, May, 1, 2002, s. 3- 4, para. 4-14.

düzenlenmiştir.[784]

Karar'da, işkence yasağının bir *jus cogens* kural olduğu kabul edilmiştir.[785] *Jus cogens* kurallar ile yargı bağışıklığı arasındaki ilişkiyi tesis etmek amacıyla, hem uluslararası hem de ulusal yargı kararlarını inceleyen mahkeme, forum devleti dışında cereyan eden işkence yasağı ihlalleri dolayısıyla forum devletinde açılan davada, yabancı devletin yargı bağışıklığını reddeden bir uygulamanın ve dolayısıyla buna ilişkin bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralının olmadığı sonucuna ulaşmıştır.[786] Sonuç olarak forum devleti dışında vuku bulan *jus cogens* kural ihlallerinin, Kanada Devletin Bağışıklığı Kanunu'nunda yer alan istisnalara ek yeni bir istisna oluşturamayacağı karara bağlanmıştır.[787]

İşbu kararlar haricinde, Birleşik Krallık'ta açılan *Al-Adsani v. Kuveyt, Jones v. Suudi Arabistan* davaları da, *jus cogens* kural ihllalleri ile yargı bağışıklığı kuralları arasındaki ilişkiyi incelemek bakımından önem arz eden kararlardır. Ancak söz konusu kararlar da AİHM'de görülen davalara konu oldukları için, AİHM'in verdiği kararlarla birlikte incelenecektir.

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları

a. Genel Olarak

AİHM, yargı bağışıklığına ilişkin uluslararası hukuk kuralını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesiyle korunan mahkemeye başvuru hakkıyla olan ilişkisi nezdinde incelemektedir. Başka bir ifade ile, Mahkeme verdiği kararlarda, yargı bağışıklığının kabul edilmesinin, 6. maddeye aykılık teşkil edip etmediğini

[784] *Bouzari v. Iran* kararı, para. 23, 30.
[785] *Bouzari v. Iran* kararı, para. 61.
[786] *Bouzari v. Iran* kararı, para. 73.
[787] *Bouzari v. Iran* kararı, para. 89.

değerlendirmektedir.

Mahkeme'nin, yargı bağışıklığına ilişkin genel uluslararası hukuk kurallarıyla mahkemeye başvuru hakkı ilişkisini incelediği davalar; büyükelçilik çalışanlarının açtığı davalar bakımından *Fogarty, Cudak* ve *Sabeh El Leil* davaları, forum devletinde vuku bulan kişisel zarara karşı açılan dava bakımından *Mc Elhinney v. İrlanda* davası, forum devleti dışında gördüğü işkence nedeniyle oluşan kişisel zarara karşı açılan dava bakımından *Al-Adsani v. Birleşik Krallık, Jones ve diğerleri v. Birleşik Krallık* davaları, savaş zamanı insanlığa karşı suç sebebiyle açılan davalar bakımından *Kalogeropoulu ve diğerleri v. Yunanistan ve Almanya* davası, tebligat bağışıklığı bakımından *Wallishauser*, özel hukuk davaları bakımından *Oleynikov v. Rusya* davaları, olarak karşımıza çıkmaktadır.[788]

Görüldüğü üzere, *jus cogens* kurallara aykırılık karşısında yargı bağışıklığının kabul edilmesinin, mahkemeye başvuru hakkına etkisinin incelendiği davalar, *Al-adsani v. Birleşik Krallık, Kalogeropoulu v. Yunanistan ve Almanya ve Jones ve diğerleri v. Birleşik Krallık* davalarıdır. Konumuz açısından söz konusu üç davanın ele alınması önem arz etmektedir.

b. *Al-Adsani v. Birleşik Krallık* Davası

Söz konusu dava İngiliz-Kuveyt vatandaşı *Sulaiman Al-Adsani* tarafından Birleşik Krallığa karşı 3 Nisan 1997 tarihinde açılmıştır. Davacı, I. Körfez Savaşı döneminde, Kuveyt savunmasına katkı sağlamak amacıyla Kuveyt'e gitmiş ve Kuveyt Hava Kuvvetlerinde pilot olarak görev yapmıştır. Kuveyt Savaşı esnasında, eline Kuveyt emirinin akrabası ve Kuveyt'te oldukça etkin bir konumda olan şeyh

[788] *Jones and the others v. The UK* kararı, s. 49, para. 190'dan atfen.

Jaber Al-Sabah A-Saud Al-Sabah'ın altı adet seks kaydı geçmiş ve işbu kayıtlar yayılmıştır. Davacı, kayıtların yayılmasından sorumlu tutulmuştur.[789]

Irak ordusunun Kuveyt'ten çıkarılmasının ardından 2 Mayıs 1991 tarihinde, Şeyh ve iki kişi Davacı'nın evine gelip davacıyı döverek silah zoruyla Kuveyt Devlet Güvenlik Hapishanesi'ne götürmüşlerdir. Hukuka aykırı bir şekilde hapishanede tutulan davacı, salıverildiği 5 Mayıs gününe kadar güvenlik güçlerinin şiddetine maruz kalmıştır.[790] Davacının gördüğü muamele bunlarla sınırlı kalmamıştır. Davacı, 7 Mayıs günü yine Şeyh tarafından silah zoruyla Kuveyt Emiri'nin kardeşinin evine götürülmüş, başı evde içinde cesetlerin olduğu yüzme havuzundaki suda uzun süre tutulmuş ve en sonunda küçük bir odaya kapatılmıştır. Davacının konulduğu odada bulunan petrolle kaplanmış bir döşeği ateşe veren Şeyh, yangın çıkarmıştır. Söz konusu vakıa neticesinde davacı ciddi derecede yanmıştır.[791] Maruz kaldığı muamele dolayısıyla davacı hem Kuveyt'te hem de İngiltere'de yanık tedavisi ve psikolojik tedavi görmüştür. Bu arada davacı İngiltere'de kaldığı sürede de ölüm tehditleri almıştır.[792]

29 Ağustos 1992 tarihinde, davacı Şeyh ve Kuveyt devleti aleyhine İngiltere'de maddi ve manevi zararının tazmini için dava açmış ve 15 Aralık 1992 tarihinde Şeyh gıyabında hüküm verilmiştir. Bunun yanında, dava iki davalı eklenmesi bakımından ıslah edilmiş ve dava dilekçesinin yeni davalılara da tebliği için Yüksek Mahkeme tarafından süre verilmiştir. Ancak açılan ilk davanın Kuveyt devletine tebliği için

[789] *Al-Adsani v. The UK* kararı, s. 3, para. 10.
[790] *Al-Adsani v. The UK* kararı, s. 3., para. 11.
[791] *Al-Adsani v. The UK* kararı, s. 3, para. 12.
[792] *Al-Adsani v. The UK* kararı, s. 4, para. 13.

süre verilmemiştir. Bunun üzerine, davacı Yüksek Mahkeme'nin işbu kararını temyiz etmiş ve dava dilekçesinin Kuveyt devletine tebliği kabul edilmiştir.[793]

Kuveyt devletine dava dilekçesi tebliğ edildikten sonra, Kuveyt devleti tarafından dava sürecinin dışında kalmak amacıyla Yüksek Mahkeme'ye başvurulmuştur. Yüksek Mahkeme verdiği kararda, davalının 1978 Devletin Bağışıklığı Kanunu uyarınca yargı bağışıklığının olmadığının ispat yükünün davacıya ait olduğunu belirtmiştir. Davalı devletin gerçekleştirdiği faaliyetler uluslararası hukuk bakımından işkence olarak nitelendirilebilir ve davalı devletin sorumlu olduğunu söylemek mümkünse de uluslararası hukuk kaynaklarına ancak bir kanunda boşluk veya muğlak bir ifade olduğunda başvurulması gerekmektedir. Dolayısıyla 1978 Devletin Bağışıklığı Kanunu'nun yargı bağışıklığının istisnalarına ilişkin düzenlemelerinin açık olması nedeniyle, kanun öncelikle uygulanacaktır. Mahkeme, söz konusu faaliyetlerin Birleşik Krallık ülkesi dışında gerçekleşmiş olması dolayısıyla, 1978 Devletin Bağışıklığı Kanunu'nun 5. maddesinde yargı bağışıklığı için öngörülen istisnanın kapsamına girmediği sonucuna varmıştır.[794]

Davacı tarafından temyiz edilen işbu karar, benzer gerekçeyle Temyiz Mahkemesi tarafından da onanmıştır ve davacının zararını diplomatik kanallarla tazmin etmesi de mümkün olmamıştır.[795]

Davacı, Birleşik Krallığa karşı AİHM'e açtığı davada, davalı devletin, AİHS'nin 3. ve 6. maddelerini ihlal ettiğini iddia etmiştir. Konumuz açısından davacının başvurusunda önem arz eden husus, AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ile işkence yasağı karşısında Kuveyt'in yargı bağışıklığının

[793] *Al-Adsani v. The UK* kararı, s. 4, para. 14 – 16.
[794] *Al-Adsani v. The UK* kararı, s. 5, para. 17.
[795] *Al-Adsani v. The UK* kararı, s. 6, para. 18-19.

Birleşik Krallık tarafından reddedilmemesinin, Mahkeme tarafından değerlendirilmesidir.

AİHM verdiği kararda, Sözleşme'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının, mahkemeye başvuru hakkını da içerdiğini; ancak söz konusu hakkın belli sınırlamaları olduğunu ifade etmiştir. Buna göre, sınırlandırma hakkın özüne dokunmayacak, meşru bir amaca hizmet edecek ve orantılı olacaktır.[796] Dolayısıyla Mahkeme, Birleşik Krallık'ın davalının yargı bağışıklığı itirazını kabul etmesini, mahkemeye başvuru hakkının sınırlarına ilişkin kritere göre incelemiştir.

AİHM, yargı bağışıklığının uluslararası hukukta gördüğü işlevden yola çıkarak, yargı bağışıklığı uyarınca mahkemeye başvuru hakkının sınırlandırılmasının, meşru bir amaç olduğu sonucuna varmıştır. Çünkü, Mahkeme, yargı bağışıklığının, eşitlerin birbirini yargılayamayacağı ilkesinden doğduğunu ve işbu kuralın devletlerin birbirlerinin egemenliklerine saygı göstererek aralarındaki nezaket ve iyi ilişkilerin gelişmesi amacına hizmet ettiğini belirtmiştir.[797]

Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesinin uluslararası hukuka uygun yorumlanması gerektiği yaklaşımından yola çıkarak, taraf devletin uluslararası hukukun yargı bağışıklığına ilişkin kuralını uygulamasının, mahkemeye başvuru hakkının sınırlandırılmasında orantısızlık sonucuna yol açmadığını ifade etmiştir.[798]

Mahkeme, devam eden değerlendirmelerinde, Kuveyt'in faaliyetlerinin yargı bağışıklığına etkisini ele almıştır. Mahkeme, Kuveyt devletinin işkence yasağını ihlal ettiğini kabul etmiştir. Her ne kadar cezai yargı bağışıklığının, *jus cogens* kural ihlalleri karşısında reddedilmesi mümkünse de Mahkeme, devletin hukuki yargı

[796] *Al-Adsani v. The UK* kararı, s. 16 – 17, para. 52- 53.
[797] *Al-Adsani v. The UK* kararı, s. 17, para. 54.
[798] *Al-Adsani v. The UK* kararı, s. 17, para. 56.

bağışıklığının *jus cogens* kural ihlalleri karşısında kaldırılabileceğini kabul eden bir uluslararası metin ya da yargı kararı olmadığını belirtmiştir.[799] Mahkeme, bunu örneklemek için, UHK'nin Devletin ve Mallarının Yargı Bağışıklığı'na ilişkin raporuna atıf yaparak, uluslararası toplumda buna ilişkin bir gelişme olmadığı sonucuna yol açmıştır. Raporda da savunulduğu üzere, Mahkeme de ABD Yargı Bağışıklığı Kanunu'nda öngörülen işkence yasağı istisnasının ve Pinochet Davası'nın, devletin yargı bağışıklığının reddedilmesine ilişkin manevi unsur oluşturmaktan uzak olduğu sonucuna varmıştır.[800]

Sonuç olarak AİHM, uluslararası hukukta *jus cogens* kural ihlalleri karşısında yargı bağışıklığının sınırlandırılmasına ilişkin bir kural olmadığı için, mahkemeye başvurma hakkının devletin yargı bağışıklığı yüzünden sınırlandırılmasının hukuka uygun olduğu sonucuna varmıştır.

c. *Kalogeropoulous ve Diğerleri v. Yunanistan ve Almanya* Davası

Aşağıda daha ayrıntılı yer verdiğimiz *Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* davasında da bahsedeceğimiz üzere söz konusu dava, Distomo mezalimi mağdurları tarafından açılmıştır. Söz konusu olayda mağdurlar, Yunanistan ilk derece mahkemesinde açtıkları davayı kazanmışlar, ancak hükmün icrası için bulundukları girişim sonuşsuz kalmıştır.[801]

Olayda Yunanistan Adalet Bakanlığı, insanlığa karşı suç teşkil eden faaliyetler nedeniyle Almanya aleyhine açılan davada kararın icrası için Almanya devletinin Yunanistan ülkesinde bulunan gayrimenkulüne karşı icrai tedbirlere başvurulmasını

[799] *Al-Adsani v. The UK* kararı, s. 19, para. 61.
[800] *Al-Adsani v. The UK* kararı, s. 19-20. , para. 63-65.
[801] *Case Kalogeropoulous ve Diğerleri v. Yunanistan ve Almanya*, ECHR, Judgment, 0059021/00, 12 December 2012, s. 1-2.

reddetmiştir. Daha sonra kararın icrası için davacıların, yargısal yollara başvuruları da sonuçsuz kalmıştır.[802]

AİHM'in önüne gelen davada, hükmün icrasının da yargılamaya dahil olduğu dolayısıyla da, hükmün icrasına ilişkin hususların da Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında değerlendirilebileceği karara bağlanmıştır.[803] Mahkeme, hükmün icrasını 6. madde kapsamına aldıktan sonra, 6. maddenin mutlak bir hak olmadığını ve meşru sebeplerle sınırlandırılabileceğini tekrarlayarak, işbu meşru sebepleri incelemiştir. Söz konusu incelemede *jus cogens* kurallara aykırılığın, bağışıklığa ilişkin uluslararası hukuk kurallarını geçersiz kılması gerektiğine ilişkin argümanı yeniden ele alarak, uluslararası hukukta buna cevaz veren bir antlaşma hukuku kuralı ya da uluslararası örf ve adet hukuku kuralı olmadığı sonucuna varmıştır.[804]

Sonuç olarak da Yunanistan'ın, Almanya'nın icra bağışıklığını göz önüne alarak, Almanya'nın Yunanistan'daki malvarlığına karşı icrai tedbirlere başvurmaması, 6. maddeye uygun bulunmuştur. [805]

d. *Jones ve diğerleri v. Birleşik Krallık* Davası

Söz konusu dava iki ayrı başvuruyu içermektedir. İlk başvuru sahibi, İngiliz *Ronald Grant Jones,* 26 Temmuz 2006 tarihinde; *Alexander Hutton Johnston Mitchell, Mr William James Sampson* and *Mr Leslie Walker* da, 22 Eylül 2006 tarihinde Mahkeme'ye başvurmuştur.

Jones Suudi Arabistan'da çalışırken, 15 Mart 2001 yılında Riyad'ta bir kitapçıda patlayan bombadan dolayı hafif yaralanmıştır. Hastanede tedavi

[802] *Kalogeropoulous ve Diğerleri v. Yunanistan ve Almanya* kararı, s. 2-4.
[803] *Kalogeropoulous ve Diğerleri v. Yunanistan ve Almanya* kararı, s. 7.
[804] *Kalogeropoulous ve Diğerleri v. Yunanistan ve Almanya* kararı, s. 9
[805] *Kalogeropoulous ve Diğerleri v. Yunanistan ve Almanya* kararı, s. 9.

görmekteyken, Suudi Arabistanlı yetkililer tarafından hastaneden alınmış ve 67 gün gözaltında tutulmuştur. Gözaltı süreci boyunca, Albay *Abdul Aziz'in* işkencesine maruz kalmıştır.[806]

Birleşik Krallığa dönen *Jones,* 27 Mayıs 2002 tarihinde hem Suudi Arabistan İç İşleri Bakanlığı'na hem de Albay *Abdul Aziz'e* karşı tazminat davası açmıştır. 30 Temmuz'da Yüksek Mahkeme'nin verdiği kararda, hem Suudi Arabistan'ın hem de Albay *Abdul Aziz'in* yargı bağışıklığı gerekçesi ile*, Jones'un* davası reddedilmiştir. *Jones,* işbu kararı temyiz etmiştir.

Mr. Mitchell ve *Sapmson* da Aralık 2000'de, *Walker* ise Şubat 2001'de Riyad'ta tutuklanmış ve üçü de tutuklu oldukları dönemde sistematik işkence görmüşlerdir. Üç kişi Birleşik Krallıkta, dört kişiye karşı 18 Şubat 2004 tarihinde tazminat davası açmıştır; ancak *Jones'un* kararını da veren Mahkeme, yine aynı gerekçe ile işbu üç kişinin de davasını reddetmiştir.[807]

AİHM'in önüne getirilen davada, Mahkeme, yine 6. maddenin sınırlandırılmasına ilişkin ölçütleri ortaya koymuştur. Buna göre, AİHS'nin 6. maddesi genel olarak herkesin medeni hak ve yükümlülükleri uyarınca hukuki uyuşmazlığa sahip olma hakkını düzenlemektedir. Ancak mahkemeye başvuru hakkı mutlak bir hak değildir. Her devlet nezdinde sınırlandırılmış hali muhakkak vardır. Devletlerin mahkemeye başvuru hakkını tesis etmede belli bir takdir yetkisi bulunsa da söz konusu hakkın sınırlandırılması, AİHM'in sunduğu ölçütlere uygun olmalıdır. Dolayısıyla, sınırlandırma hakkın özüne dokunmayacak nitelikte ve sınırlandırmanın meşru bir amacı olmalıdır. Sınırlandırma ve sınırlandırma ile istenen amaç arasında

[806] *Jones and the others v. The UK* kararı, s. 2, para. 7.
[807] *Jones and the others v. UK* kararı, s. 3, para. 11 -12.

bir ölçülülük yoksa, sınırlandırmanın AİHS madde 6/I'e uygun olduğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır.[808]

Mahkeme, AİHS'de öngörülen hakların etkili ve işlevsel bir şekilde korunması gerektiğini, özellikle de demokratik toplumda adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak mahkemeye başvuru hakkının korunmasının önemini vurgulamıştır. Mahkeme uyarınca devletler, icrai mekanizmaları kontrol altında tutuyorsa, hukuk davalarının büyük bir kısmını iç hukuk mahkemelerinin yargı yetkisinin kapsamı dışında bırakmışsa ya da kişilerin sahip oldukları konuma göre hukuk yargısından bağışık tutulmaları öngörülmüşse, işbu kısıtlamalar, demokratik toplumda hukukun üstünlüğü ilkesine ve 6. maddenin koruduğu temel ilkelere aykırılık teşkil edecektir. Bu nedenle, mahkemeye başvuru hakkının sınırlandırılmasının hangi hallerde meşru kabul edileceğinin Mahkeme tarafından tayin edilmesi gerekmektedir.[809]

Jones ve diğerleri davasında AİHM, önceki kararlarına da atıf yaparak, devletin bağışıklığı kavramının uluslararası hukukta, eşitlerin birbirlerini yargılayamaz ilkesinden doğduğunu; bağışıklığın devlet arasında dostane ve iyi ilişkilerin geliştirilmesi gibi meşru bir amacı olduğunu ifade etmiştir.[810]

AİHM, işbu davada *Al-Adsani'de* uyguladığı ölçülülük kıstasını uygulamış ve Suudi Arabistan'ın yargı bağışıklığının, BK'nın kabul edilmesini, 6. maddeye aykırı

---

[808] *Jones and the others v. UK* kararı, s. 48, para. 186; *Case Fogarty v. UK,* ECHR, Judgment, Application No. 37112/97, 21 November 2001, para. 32 – 33; *Case McElhinney v. İrlanda,* ECHR, Judgment, Application No. 31253/96, 21 November 2001, para. 33 – 34; *Al-Adsani* v. UK, para. 52 - 53; *Case Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany* (dec.), no. 59021/00, ECHR 2002-X; *Case Manoilescu and Dobrescu v. Romania and Russia* (dec.), no. 60861/00, ; ECHR 2005-VI, para. 66, 68; *Case Cudak v. Lithuania,* ECHR, Judgment, Application No. 15869/02, ECHR, Judgment, 2010, para. 54-55, *Case Sabeh El Leil v. France,* ECHR, Judgment, Application No. 34869/05, 29 June 2011, para. 46 – 47.

[809] *Jones and the others v. UK* kararı, s. 48, para. 187; *Al-Adsani v. UK* kararı, para. 47-48; *Cudak v. Lithuania* kararı para.. 58-59; *Sabeh El Leil v. France* kararı, para. 50-51.

[810] *Jones and the others v. The UK* kararı, s. 49, para. 188. *Fogarty v. UK, s.* 34; *McElhinney v. Ireland* kararı, s. 35; *Al-Adsani v. UK* kararı, s. 54; *Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany* kararı; *Cudak v. Lithuania* kararı, para.. 60; *Sabeh El Leil v. France* kararı, para. 52.

bulmamıştır. Mahkeme, aynı zamanda UAD'nin *Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararına atıf yaparak, uluslararası örf ve adet hukukunda kuralları uyarınca yargı bağışıklığına *jus cogens* kural istisnası getiren bir gelişme olmadığını ifade etmiştir.[811]

e. AİHM Kararlarına İlişkin Değerlendirmeler

AİHM, işbu kararlarında 6. maddeye ilişkin uygulamayı ve sınırı ortaya koymak adına, bir yorum metodu olarak VAHS'nin sistemik bütünleşme kuralını uygulamış, uluslararası hukuk ile uluslararası örf ve adet hukuku kurallarına atıf yapmıştır. Böylelikle uluslararası hukuktaki gelişmeler uyarınca da yargı bağışıklığının kabul edilmesinin, mevcut ortamda 6. maddeye aykırılık teşkil etmediği sonucuna varmıştır.

Ancak verdiği kararlar, belli açılardan tartışma konusu edilmektedir. Tartışmalardan birisi forum devletinin işkenceyi önleme yükümlülüğüne ilişkindir. Çünkü her bir taraf devletin işkence yapmama yükümlülüğü olduğu gibi, işkenceye maruz kalan mağdurun zararını giderme yükümlülüğü de bulunmaktadır.[812] Ancak, işkence yapan devletin yargı bağışıklığının kabul edilmesinin, işbu yükümlülükle bağdaşmadığı, bu durumda kabul edilen yargı bağışıklığının mahkemeye başvuru hakkını zedelediği savunulmaktadır.[813] Nitekim *Al-Adsani* davasında azınlık oyu olan beş yargıcın karşı görüşü uyarınca, Mahkeme'nin devletin adli sorumluluğu ile devlet görevlililerinin cezai sorumluluğu ayrımı yaparak, adli sorumluluğa ilişkin yargı bağışıklığının tanınması yaklaşımının kabul edilmesi, işkence yasağının *jus cogens* niteliğine halel getirmektedir. Çünkü Kuveyt aleyhine Birleşik Krallık iç

[811] *Jones and the others v. UK* kararı, s. 51, para. 198.
[812] Örneğin *Case of Soering v. The UK*, ECHR, Judgment, Application No. 14038/88, 7 July 1989.
[813] TOMONORİ, s. 745.

hukuk mahkemelerinde karar verilmesi, İşkence Yasağı Sözleşmesi'nin yerine getirilmesini sağlayacaktır. Tersi ile yorumda da, yargı bağışıklığının kabul edilmesi, İşkence Yasağı Sözleşmesi'nin öngördüğü yükümlülüklere aykırılık teşkil edecektir.[814]

Mahkeme özellikle meşru amaç incelemesi yaparken, bireylerin mahkemeye başvuru hakkının sınırlandırılmasında, forum devletinin davalı devletin yargı bağışıklığını kabul etme yükümlülüğünü incelemiştir. Halbuki mahkemenin, devletlerin uluslararası toplumun gelişimine katkı sağlama politikasını, meşru amaç olarak ele alması gerektiği ifade edilmektedir. Mahkeme'nin yaptığı bu inceleme aslında, meşru amaç testine uygun değildir.[815]

Bunun yanında, AİHM'in son çare (last resort) argümanını da dikkate almadığı ileri sürülmektedir. Halbuki, AİHM'in uyuşmazlıkların altenatif çözümünün varlığını göz önüne aldığı kararlara rastlamak mümkündür. Örneğin *Waite and Kennedy v. Almanya* davasıda, uluslararası örgütün yargı bağışıklığı bakımından alternatif uyuşmalıkların çözümü mekanizmasının işletilebilirliği göz önüne alınmıştır. Söz konusu davada, Mahkeme davacının Sözleşme'de korunan haklarını kullanabilmesini sağlayacak başka uyuşmazlıkların çözümü mekanizmasının varlığı karşısında, ESA'nın Alman yargısından bağışıklığının kabul edilebilir olduğu sonucuna varmıştır.[816]

Uluslararası örgütün yargı bağışıklığı yanında, Mahkeme, aynı şekilde *McElhinney v. İrlanda* davasında da alternatif uyuşmazlıkların çözümü

[814] Joint Dissenting Opinion of Judges Rozakis and Caflish Joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajic, s. 30 – 32, para. 4.
[815] VOYIAKIS, Emmanuel: "*Acces to Court v. State Immunity",* Int'l & Comp.L.Q. Vol. 52, 2003, s. 311. (297 – 332)
[816] *Case of Waite and Kennedy v. Germany,* ECHR, Judgment, Application No. 26083/94, 18 February 1999.

mekanizmalarının varlığını, yargı bağışıklığının kabulünün meşruluğu bakımından ele almıştır.[817] Ancak Mahkeme, hem *Al-Adsani* hem de *Jones ve diğerler*i davasında, son çare olarak nitelendirdiğimiz argümanı tartışmamıştır.[818] Nitekim alternatif uyuşmazlık çözümü yönteminin iki davada da uygulanması halinde mahkemenin varacağı sonuçların kesinlikle farklı olacağı ileri sürülmektedir. Çünkü iki davada da mağdurların zararlarını, işkenceci devletten talep etmelerinin imkanı bulunmamaktadır.[819]

Ancak son çare argümanının söz konusu davalarda uygulanmasının şöyle bir zorluğu da bulunmaktadır. Çünkü ihlale vücut veren faaliyet forum devleti dışında gerçekleşmiş olup forum devletinin faaliyetle herhangi bir bağı bulunmamaktadır. Dolasıyla, asıl ihlal ve sorumluluk forum devletinden bağımsızdır ve AİHS'nin 6. maddesi uyarınca davaların kabul edilmesi forum devletinin dolaylı olarak ilk ihlalden sorumlu tutulması sonucuna yol açacaktır.

Son olarak AİHM'in, yargı bağışıklığına ilişkin uluslararası örf ve adet hukuku kuralına aykırı yargı bağışıklığı uygulamalarını, 6. maddeye aykırı bulduğu kararlar da mevcuttur. Yani Mahkeme, yargı bağışıklıklığının uygulandığı her davayı otomatik olarak reddetmemekte, 6. maddenin sınırlandırılması şeklinde uygulanan yargı bağışıklıklığının da uluslararası hukuka uygunluğunu da denetlemektedir.[820]

[817] *McElhinney v. Irland* kararı, para. 39.
[818] TOMONORI, s. 734.
[819] TOMONORİ, s. 738.
[820] *Cudak v. Lithuania,* kararı, para. 67-74, *Sabeh El Leil v. France* kararı, para. 58-67; *Case of Wallishauser v. Austira*, ECHR, Judgment, Application No. 156/04, 17 July 2012, para. 69-72; *Case of Oleynikov v. Russia*, ECHR, Judgment, Application No. 36703/04, 14 March 2013, para. 68-72.

3. Uluslararası Adalet Divanı Devletin Yargı Bağışıklığı *Almanya v. İtalya, Müdahil Yunanistan* Kararı

a. Genel Olarak

Almanya, 23 Aralık 2008 tarihinde İtalya aleyhine, bağışıklığını ihlal ettiği iddiasıyla UAD'ye başvurarak, İtalya'da Almanya aleyhine tesis edilen iç hukuk kararlarına karşı hukuki bir karşı adım atmıştır.[821] Almanya ihlal ile İtalya'nın uluslararası sorumluluğunun doğduğunu, bağışıklığını ihlal eden davranışları bertaraf edecek önlemlerin alınmasına karar verilmesini talep etmiştir. İtalya ise, Almanya'nın bağışıklığını reddeden, İtalya mahkemelerinin kararlarının hangi hukuki gerekçelerle bağışıklığa aykırı olmadığını, günümüz uluslararası hukuk anlayışı bakımından bağışıklığın kapsamının değiştiğini iddia etmiştir. Söz konusu dava, Almanya ile İtalya arasında olmasına rağmen Yunanistan, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 62. maddesi uyarınca, davadan menfaatinin etkilendiği gerekçesiyle Divan'a başvurmuş ve başvurusu kabul edilmiştir.[822]

1940 Haziran ayında, Almanya'nın ittifakı olarak mihver devletleri ile II. Dünya Savaşı'na giren İtalya, 1943 yılının Eylül ayında Mussolini yönetiminin yıkılmasından sonra, müttefiklere katılmış ve Almanya'ya savaş açmıştır. Söz konusu gelişmeden sonra Almanya, İtalya'nın büyük bir bölümünü işgal etmiştir. İşgal ile birlikte Ekim 1943 tarihinden itibaren, savaş sona erene kadar söz konusu bölgede mezalim işlenmiş ve çok sayıda sivil kişi zorla çalıştırılmak üzere tehcir edilmiştir. Bunun yanında gerek İtalya'da gerek Avrupa'nın çeşitli yerlerinde pek çok İtalyan askeri Nazi Almanyası tarafından tutuklanmıştır. Tutuklanan askerlerin

[821] *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, s. 10, para. 1. Bundan sonra *UAD Almanya v. İtalya, Müdahil Yunanistan* kararı olarak anılacaktır.
[822] *UAD Almanya v. İtalya, Müdahil Yunanistan* kararı, s. 10 – 11, para. 6 – 12.

pek çoğu Almanya'ya ve Almanya'nın işgali altındaki ülkelere zorla çalıştırılmak üzere gönderilmiş ve söz konusu kişilere savaş esiri (prisoners of war) statüsü tanınmamıştır.[823]

II. Dünya Savaşı'nın sona ermesinden sonra 10 Şubat 1947 tarihinde, müttefik devletleri ile İtalya arasında imzalanan 1947 Barış Antlaşması'nın 77. maddesinde savaşın bitiminin İtalyan vatandaşları açısından sonuçları öngörülmüştür. Buna göre, Antlaşma'nın yürürlüğe girmesinden itibaren İtalyan vatandaşları Almanya tarafından düşman olarak tanımlanmayacak; Alman güçleri tarafından zorla İtalya'dan ve İtalya vatandaşlarından alınan topraklar geri verilecektir. Ayrıca İtalya ile İtalya vatandaşları lehine yapılacak iadelere halel gelmeksizin, İtalya kendisi ve vatandaşları adına Almanya ve Alman vatandaşlarına karşı 8 Mayıs tarihi itibariyle mevcut hakları (sözleşme ya da diğer yükümlülükler hariç) ile 1 Eylül 1939 tarihinden önceki müktesep haklarını talep etmekten feragat edecektir. Söz konusu feragat, borçlar, savaş esnasında yapılan düzenlemelere ilişkin hükümetler arası bütün talepler ve savaş esnasında meydana gelen kayıp ve zararları da içermektedir.[824]

1953 yılında Almanya tarafından; Nazi zulmüne maruz kalan mağdurların zararlarını tazmin etmek amacıyla Federal Tazminat Kanunu çıkarılmıştır. Söz konusu Kanun uyarınca, İtalyan vatandaşları tarafından Alman makamlarına yapılan başvurular sonuç vermemiştir. Çünkü Kanun kapsamında İtalyan vatandaşları Nazi mağduru sayılmamış; mağdur sayılmak için mağduriyete yol açan olayların meydana geldiği dönemde ikametgâhın ya da ikamet yerinin Almanya olması gerektiği öngörülmüştür. İlgili Kanun, 1965 yılında yapılan değişiklikle mağdur kapsamını

[823] *UAD Almanya v. İtalya, Müdahil Yunanistan* kararı, s. 15, para. 21.
[824] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 15, para. 22.

genişletmiş ve vatandaşlıkları ya da Alman olmayan etnik gruba dahil olmak nedeniyle işkenceye uğrayan şahıslar Kanun uyarınca mağdur kapsamına alınmıştır. Ancak yapılan değişiklikte mağdur sayılmak için, ilgili şahısların 1 Ekim 1953 tarihinde mülteci sıfatına sahip olması şartı getirilmiştir. İtalyan vatandaşları 1 Ekim 1953 tarihinde mülteci statüsüne sahip olmadıkları için, söz konusu Kanun'dan yararlanmaları yine mümkün olamamıştır. [825]

2 Haziran 1961 tarihinde Almanya ile İtalya arasında iki anlaşma imzalanmıştır. Söz konusu anlaşmalardan biri 16 Eylül 1963 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anlaşma'ya göre; İtalya devleti, kendisi ve İtalyan vatandaşlarının, Almanya ve Alman tabiiyeti altındaki şahıslara karşı yöneltilecek muhtemel taleplerin (outstanding claims), 1 Eylül 1939 ile 8 Mayıs 1945 tarihleri arasında mevcut hak ve durumlara ilişkin olacağını beyan ve temin etmiştir. Yine aynı Anlaşma'nın 3. maddesi uyarınca, İtalyan vatandaşlarının Alman tazminat hukukundan doğan haklarına halel gelmeksizin, madde 1'de öngörülen ödemenin Almanya ile İtalya arasındaki antlaşmadan kaynaklanan sorunlara ilişkin son çözümü oluşturacağı öngörülmüştür.[826]

Son olarak Almanya tarafından 2 Ağustos 2000 tarihinde kabul edilen Hatırlama, Sorumluluk ve Gelecek Kanunu, Nazi mağdurlarının zararlarını tazmin etmek amacıyla atılan son adım olmuştur. Söz konusu Kanun uyarınca, Nazi Almanyası döneminde zorla çalıştırılan ve başka adaletsiz muamelelere maruz kalan şahısların zararlarını tazmin etmek amacı ile bir fon kurulmuştur. Ancak Nazi mağdurlarının tazminat alabilmesi için Fon'a, işbirliği yapılan kuruluşların aracılığıyla başvuru yapılması gerektiği öngörülmüştür. Fon'u kuran Kanun,

[825] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 16, para. 23.
[826] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 16, para. 23.

tazminatın ödenmesine ilişkin belli sınırlamalar getirmiştir. Konumuz bakımından önem taşıyan sınırlama, savaş esirlerinin, tazminat hakkından vareste tutulmasıdır. Kanun uyarınca, savaş esirlerinin, toplama kampında ya da Kanun'da sayılan diğer muamelelere tabi tutulmadıkları sürece, Fon'dan yararlanmaları mümkün değildir.[827]

Nazi Almanyası tarafından savaş esiri statüsünde tanınmayan binlerce eski İtalyan savaş esiri, Almanya tarafından 2000 yılında çıkarılan söz konusu Kanun uyarınca tazminat alabilmek amacıyla başvurmuştur. Alman otoriteleri, eski İtalyan savaş esirlerinin 2000 Federal Kanun'un kapsamına girmediği gerekçesiyle, ilgili başvuruları reddetmiştir. [828]

Eski İtalyan savaşa esirleri, taleplerinin reddedilmesi üzerine Alman Mahkemeleri'ne dava açmışlardır. Ancak açtıkları davalar da reddedilmiş ve davalardan bir sonuç elde edememişlerdir. Alman Mahkemeleri söz konusu şahısların davalarını, savaş esiri oldukları, ancak 2000 Federal Kanunu'nun kapsamına girmemeleri sebebiyle reddetmiştir. 28 Haziran 2004 tarihinde Alman Anayasa Mahkemesi'nin bir dairesi, 2000 Federal Kanunu'nun savaş esirlerini kapsamı dışında bırakan 11/III'ün, Alman Anayasası'nda düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olmadığına karar vermiş ve uluslararası kamu hukukunun zorla çalıştırılan işçiler bakımından tazminat hakkı tanımadığını ifade etmiştir. Bir grup eski İtalyan savaş esiri Almanya'ya karşı, AİHM'e 2004 yılında dava açmıştır.[829] AİHM, 4 Eylül 2007 tarihinde verdiği kararda, söz konusu şahısların yaptığı başvuruları ilk

[827] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 17, para. 26.
[828] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 17, para 26,
[829] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 17, para. 26.

incelemede, AİHS'nin ve ek protokollerin kapsamına girmediği gerekçesiyle reddetmiştir.[830]

23 Eylül 1998 tarihinde *Luigi Ferrini,* isimli bir İtalyan vatandaşı, Ağustos 1944 tarihinde tutuklandığı ve Almanya'ya götürülüp II. Dünya Savaşı sona erene kadar mühimmat fabrikasında zorla çalıştırıldığı gerekçesiyle, Almanya'ya karşı İtalya'da, Arezzo Mahkemesi'nde (Tribunale di Arezzo) dava açmıştır. Arezzo Mahkemesi, 3 Kasım 2000 tarihinde verdiği kararda, Luigi'nin davasını reddetmiş ve gerekçesinde Almanya'nın egemen ve bağımsız bir devlet olarak yargı bağışıklığına sahip olduğu ifade edilmiştir. Floransa İstinaf Mahkemesi'ne (Corte di Appello di Frenze) götürülen karar, aynı gerekçelerle reddedilmiştir. 11 Mart 2004 tarihinde, İtalya Yargıtay'ı (Corte di Cassazione) İtalyan mahkemelerinin söz konusu olay bakımından yargı yetkisi olduğuna hükmetmiştir. Karar'da, devletlerin uluslararası suç teşkil eden faaliyetleri söz konusu olduğunda yargı bağışıklığının uygulanamayacağı belirtilmiştir.[831] Bunun üzerinde söz konusu dava, Arezzo Mahkemesi'nin önüne tekrar gelmiş, 12 Nisan 2007 tarihinde verilen kararda, yargı yetkisinin varlığı mahkeme tarafından kabul edilse de tazminat hakkının zaman aşımına uğradığına hükmedilmiştir. Söz konusu karar da, Floransa İstinaf Mahkemesi'ne götürülmüş ve 17 Şubat 2011 tarihinde verilen kararda Almanya'nın, *Luigi Ferrini'nin* zararını tazmin etmesi ve yargılama masraflarının da Almanya'ya yükletilmesi gerektiğine karar verilmiştir. Floransa İstinaf Mahkemesi, söz konusu kararda, devletin yargı bağışıklığının mutlak olmadığını ve uluslararası hukuka aykırı suç teşkil eden faaliyetler bakımından uygulanmayacağına karar vermiştir.[832]

[830] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 17, para. 26.
[831] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 18, para. 27.
[832] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 18, para. 27.

Ferrini davasının ardından, İtalya Yargıtayı (Corte di Cassazione) tarafından 11 Mart 2004 tarihinde, Almanya'ya karşı Torino Mahkemesi'nde açılan on iki davaya ilişkin karar verilmiştir. Liberato Maietta isimli kişinin, Almanya aleyhine Sciacca Mahkemesi'nde açtığı dava görülmüştür. Gerek Yargıtay'ın gerek ilk derece mahkemesinin önüne götürülen olaylarda, davacı şahıslar 1943 ile 1945 yılları arasında zorla Almanya'ya götürülmüş ve çalıştırılmışlardır. İtalya Yargıtayı hem Torino hem de Sciacca Mahkesi'nde açılan davalara ilişkin olarak, İtalyan Mahkemelerinin söz konusu muameleler sebebiyle Almanya'ya karşı açılan davalara ilişkin yargı yetkisi olduğuna hükmetmiştir.[833]

Yine İtalya'da, Nazi subayı Max Josef Milde ve Almanya aleyhine, La Spezia Askeri Mahkemesi tarafından karar verilmiştir. Söz konusu kararda, Alman askeri teşkilatının Hermann Görüng bölümünde çalışan Milde, 29 Haziran 1944 tarihinde İtalya'nın Civitella in Val di Chiana, Cornia ve San Pancrazio'da meydana gelen mezalimlerden sorumlu tutularak ömür boyu hapis cezasına çarptırılmış; hem Milde hem de Almanya mezalimden etkilenen sivil halka tazminat ödemeye mahkum edilmiştir. Almanya söz konusu kararı Roma Askeri İstinaf Mahkemesi'ne götürmüş, ancak İstinaf Mahkemesi Almanya'nın başvurusunu reddetmiştir. Söz konusu ret kararı İtalya Yargıtayı'na götürülmüş ve Yargıtay'ın 21 Ekim 2008 tarihinde verdiği kararda Almanya'nın temyiz talebi reddedilmiş ve *Ferrini* davasında kabul edilen gerekçeler, söz konusu karar bakımından da tekrar edilmiştir.[834]

İtalya'da yaşanan yargı sürecinin bir benzeri Yunanistan yargı düzeninde de yaşanmıştır. Yunanistan'daki davalar Nazi Almanyası'nın Yunanistan sınırları içinde gerçekleştirdiği mezalimler sebebiyle açılmıştır. Bunlardan biri Haziran 1944'te

[833] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 19, para 28.
[834] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 19-20, para. 29.

Almanya'nın Yunanistan'ı işgali esnasında Alman askeri kuvvetlerinin Distomo kasabasında gerçekleştirdiği mezalimdir. 1995 yılında söz konusu mezalimin mağdurları, can ve mal kaybı dolayısıyla tazminat talebiyle Almanya'ya karşı Yunan Mahkemelerinde dava açmışlardır. Yunan Livedia İlk derece Mahkemesi (Protodikeio), mağdurların zararının tazmin edilmesine karar vermiştir. Almanya, söz konusu karara karşı Yunan Yüksek Mahkemesi'ne (Hellenic Supreme Court) temyiz istemi ile başvurmuştur. Yunan Yüksek Mahkemesi Almanya'nın temyiz istemini reddetmiştir.[835]

Yunan Medeni Kanunu'nun 923. maddesi uyarınca, Yunanistan'da başka bir devlet aleyhine açılan bir davada verilen hükmün uygulanabilmesi için, Yunan Adalet Bakanı'nın izni gerekmektedir. Söz konusu davada, davacılar ilgili kanun uyarınca Adalet Bakanı'ndan izin istemişler; ancak davacıların istemleri reddedilmiştir. Sonuç olarak, davacılar lehine verilen kararlar uygulanamamıştır.[836]

Distomo olayının mağdurları, Yunanistan ve Almanya'ya karşı AİHM'de dava açmışlardır. Mahkeme, 12 Aralık 2002 tarihinde verdiği kararda, devletin yargı bağışıklığını gerekçe göstererek, davayı reddetmiştir.[837]

Yunan mağdurlar, Livadia İlk Derece Mahkemesi'nin verdiği kararın uygulanabilmesi için Alman Mahkemelerine başvurmuşlardır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, 26 Haziran 2003 tarihinde verdiği kararda, Yunan yargı kararlarının, Alman Hukuk düzeni bakımından tanınamayacağını, çünkü kararların

[835] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 20, para. 30.
[836] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 20, para. 30.
[837] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 20, para. 30.

Almanya devletinin yargı bağışıklığına aykırı olarak verildiğini gerekçe göstermiştir.[838]

Söz konusu kararın ardından Yunan mağdurlar, kendileri lehine Yunan İlk Derece Mahkemesi tarafından verilen kararın uygulaması için İtalya'ya başvurmuşlardır. Floransa İstinaf Mahkemesi'nin verdiği 2 Mayıs 2005 tarihli kararda, Yunan Yüksek Mahkemesi tarafından verilen tazminat kararı, İtalya'da uygulanabilir bulunmuştur. İstinaf Mahkemesi, Almanya'nın karara karşı başvurusunu reddetmiş; İtalya Yargıtayı da Floransa İstinaf Mahkemesinin ret kararını onamıştır.[839]

7 Haziran 2007 tarihinde, Distomo mezalimi mağdurları, Floransa İstinaf Mahkemesi'nin kararı üzerine, İtalyan tapu sicili Como bölgesi ofisine, Como gölünün yanında bulunan ve Almanya'nın mülkiyetinde bulunan Villa Vigoni'nin tapu siciline şerh koydurmak amacıyla başvurmuştur. Nitekim ilgili başvuru sonucunda Almanya'nın mülkiyetinde bulunan ilgili taşınmazın siciline şerh konulmuştur. İtalya Milan Bölgesi hukuk işleri dairesi, 6 Haziran 2008 tarihinde Como Mahkemesi'ne söz konusu şerhin kaldırılması talebiyle başvurmuştur. 28 Nisan 2010 tarihli ve 63 sayılı, 23 Haziran 2010 tarihli ve 98 sayılı, 29 Aralık 2011 sayılı ve 216 sayılı kanun hükmünde kararnameler uyarınca, tapu sicilindeki şerh, Divan önüne götürülen işbu davanın hükme bağlanmasına kadar askıya alınmıştır.[840]

Yunanistan'da Distomo davasının yanında, Mergellos davası adıyla anılan başka bir dava daha söz konusu olmuştur. İlgili dava, Nazi Almanyası'nın silahlı kuvvetleri tarafından Yunanistan'ın Lidoriki kasabasında işlenen suçlara ilişkin

[838] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 20, para. 32.
[839] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 20 -21, para.33.
[840] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 21, para. 35.

tazminat taleplerini kanu edinmektedir. 2001 yılında, Yunan Yüksek Mahkemesi, davayı Yunanistan Anayasası'nın 100. maddesi uyarınca Özel Yüksek Mahkeme'ye havale etmiştir. Söz konusu 100. madde uyarınca, uluslararası hukukun genel geçer kurallarına ilişkin uyuşmazlıkların çözümü için Özel Yüksek Mahkeme yetkilendirilmiştir. Yunan Yüksek Mahkemesi Anayasa'nın ilgili maddesi uyarınca Özel Yüksek Mahkeme'den, Margellos davasında meydana gelen vakıaların, devletin yargı bağışıklığının kapsamına girip girmediğine karar vermesini talep etmiştir. Özel Yüksek Mahkeme, 17 Eylül 2002 tarihinde verdiği kararda, uluslararası hukukun mevcut gelişimi çerçevesinde, Almanya'nın söz konusu dava bakımından yargı bağışıklığına sahip olduğuna karar vermiştir. [841]

Almanya, yukarıda da bahsettiğimiz üzere İtalyan Mahkemeleri tarafından verilen kararların yargı bağışıklığına ve cebri icra bağışıklığına aykırı olduğunu ileri sürmüştür.[842] Bu sebeple Almanya, İtalya'nın uluslararası sorumluluğunun doğduğunu ve Almanya'nın egemenlik haklarını ihlal eden söz konusu kararların uygulanmasını engellemek adına gerekli her türlü önlemi alması gerekliliğini ve bundan sonra da İtalyan mahkemelerinin benzer nitelikteki davaları kabul etmesini engellemek adına her türlü önlemi alması gerektiğine karar verilmesini talep etmiştir. [843]

İtalya ise, devletlerin yargı bağışıklığına ilişkin uluslararası örf ve adet kuralını kabul ettiğini ancak somut olay bakımından Almanya'nın yargı bağışıklığının hukuken tanınamayacağını ileri sürmüştür. Buna göre, 1972 tarihli Avrupa Sözleşmesi ile 2004 tarihli BM Sözleşmesi, devletlerin faaliyetleri arasında bir ayrım

[841] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 21, para. 36.
[842] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 12, para. 15.
[843] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı s. 12, para. 15.

yapmaksızın haksız fiil sorumluluğu bakımından devletin yargı bağışıklığına bir sınırlama getirmiş; söz konusu düzenlemeler de mevcut uluslararası örf ve adet hukukunu etkilemiştir. Nazi Almanyası döneminde gerçekleştirilen ihlaller hem *jus cogens* kurallara aykırılık oluşturmaktadır hem ağır insan hakları ihlallerine vücut vermektedir. Dolayısıyla ağır insan hakları ihlalleri ve *jus cogens* kurallara aykırı davranış bakımından devletin *acta jure imperii* nitelikli ihlallerinin yargı bağışıklığından yararlanması, günümüz uluslararası örf ve adet hukuku kuralları uyarınca söz konusu olamaz.

İtalya, Almanya'nın yargı bağışıklığı olmadığını ileri sürmesine rağmen, Almanya'nın cebri icra bağışıklığı bakımından sessiz kalmıştır. Yani Almanya'nın söz konusu olay bakımından cebri icra bağışıklığının varlığını kabul etmiştir; ancak bundan dolayı İtalya'nın uluslararası sorumluluğunun ileri sürülemeyeceğini ileri sürmüştür.

Yunanistan, UAD'nın vereceği kararın, hem İtalya'nın hem de Yunanistan'ın hukuk düzeni bakımından önem arz ettiğini belirtmiştir. Verilecek kararın devletin yargı bağışıklığı karşısında uluslararası hukukun *jus cogens* kurallarının etkisi – örneğin insancıl hukukun temel kurallarının ihlalinin yasaklanması gibi- Yunanistan mahkemelerine yol gösterecektir. Bu sebeple Divan tarafından uyuşmazlık bakımından verilecek karar, Yunan vatandaşları tarafından Yunan Mahkemelerinin önüne getirilen veya getirilebilecek davalar bakımından büyük bir öneme sahiptir.[844]

Yunanistan, 13 Ocak 2011 tarihinde Divan'a *Almanya v. İtalya* davasına müdahil olmak için Divan Statüsü'nün 62. maddesi uyarınca, söz konusu

[844] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 14, para. 18.

yargılamanın menfaatini etkilediği gerekçesiyle başvurmuştur.[845] Nitekim yukarıda da bahsettiğimiz üzere, Nazi Almanyasının Yunanistan'da gerçekleştirdiği ağır ihlaller nedeniyle mağdur olan şahısların, Almanya aleyhine Yunan Mahkemelerine başvurmaları ve tazminat talep etmeleri söz konusu olmuştur. Söz konusu başvuruların bir kısmı yetkisizlik gerekçesiyle reddedilmiş, bazıları ise Mahkemeler tarafından kabul edilmiştir. Yunanistan'da, Almanya'nın yargı bağışıklığını bertaraf eden yargı kararları alınması ve Distomo olayı ile ilgili alınan kararın İtalyan mahkemeleri tarafından icra edilebilir bulunması sebebiyle, Yunanistan tarafından söz konusu davanın sonucu Yunanistan bakımından da önem arz etmektedir.[846]

Divan, öncelikle Nazi Almanyası döneminde gerçekleştirilen faaliyetlerin, söz konusu dönemdeki silahlı çatışma kuralları uyarınca, kuşkuya yer bırakmayacak şekilde uluslararası hukukun ağır ihlali olduğunu göz önüne alacağını ifade etmiştir.[847] Ancak kendisinden karar verilmesi istenen hususun, faaliyetlerin hukuka aykırılığının tespiti değil; söz konusu faaliyetler neticesinde tazminat talebiyle İtalyan Mahkemelerine açılan davalarda İtalya'nın Almanya'nın yargı bağışıklığını uygulamakla zorunlu olup olmadığına karar vermek olduğunu belirtmiştir.[848]

---

[845] UAD Statüsü'nün 62 ve 63. maddeleri uyarınca, davada taraf olmayan üçüncü devletin davaya müdahil olması mümkündür. Statü'nün 62. maddesinde; bir devletin halihazırda görülmekte olan davada, bir menfaati söz konusu ise, davaya müdahale maksadıyla Divan'a dilekçe ile başvurabileceği öngörülmüştür. Divan, yapılan başvuru karşısında, üçüncü devletin müdahil olup olmayacağına karar verir. UAD Statüsü için bkz. http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0 et. 24.08.2016.

Nitekim söz konusu husus, Divan içtüzüğünde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. İçtüzüğün 81. maddesi uyarınca, söz konusu başvurunun somut dava bakımından yazılı safhanın bitmesinden önce yapılması gerekmektedir. Üçüncü devletin müdahale talebi, davanın taraflarına, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ne, Birleşmiş Milletler üyelerine ve maddede yazılı olan diğer devletlere bildirilir. Nitekim İçtüğün 84. maddesinde de, Statü'nün 62. Maddesi ile paralel olarak müdahaleye Divan'ın karar vereceği öngörülmüştür. İçtüzük için bkz. http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=3&p3=0 et: 24.08.2016.

[846] Bkz. International Court of Justice Order, para 17. Bkz. http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16556.pdf et: 15.09.2016.

[847] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 26, para. 52.

[848] *UAD Almanya v. İtalya, Müdahil Yunanistan* kararı, s. 27, para. 53.

Divan yargı bağışıklığına ilişkin olarak iki temel hususun tartışılması gerektiğini ifade etmiştir:[849]

1. Bir yükümlülüğün yerine getirilmesinin ihlali, hukuken bir devletin yargı bağışıklığının mahkemeler önünde ileri sürülmesine etki eder mi?

2. Olayın kendi özelliği göz önüne alındığında, özellikle Almanya'nın tazmin yükümlülüğü bakımından, İtalyan mahkemelerinin argümanları, Almanya'nın yargı bağışıklığını zedeleyecek nitelikte midir?

Divan öncelikle, eski İtalyan ordu mensuplarının, II. Dünya Savaşı esnasında uğradıkları muamele ve zorla çalıştırılma meselelerinin, uluslararası hukuku ihlal ettiğini belirtmiştir. Nitekim söz konusu husus, Almanya tarafından da kabul edilmektedir.[850] Alman zulmüne maruz kalan İtalyanlar bakımından, uğradıkları muamele hukuka aykırı olsa bile asıl soru, bu şahısların zararlarının tazmini için İtalyan mahkemelerine başvurduklarında, İtalyan mahkemelerinin, Almanya'nın yargı bağışıklığını dikkate alıp almayacağıdır. Söz konusu sorunun çözümü bakımından Divan, uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Çünkü 1972 tarihli Avrupa Sözleşmesi'ne Almanya taraf olsa da İtalya değildir. Dolayısıyla iki devlet arasındaki yargı bağışıklığına ilişkin uyuşmazlık bakımından 1972 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nin ele alınması mümkün değildir.[851]

Divan, yargı bağışıklığı konusunda son dönemde akdedilen 2004 tarihli BM Sözleşmesi'ni de da taraflar açısından değerlendirmiş, işbu Sözleşme'nin de somut uyuşmazlık bakımından uygulanamayacağını belirtmiştir. Sebep olarak hem

[849] *UAD Almanya v. İtalya, Müdahil Yunanista* kararı, s. 25, para. 50.
[850] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan*, kararı, s. 26, para. 52.
[851] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 27, para. 54.

Sözleşme'nin yürürlüğe girmemesi hem de iki devletin de sözleşmeye taraf olmaması gösterilmiştir.[852]

Bunun üzerine Divan devletin yargı bağışıklığının uluslararası örf ve adet hukuku niteliğini değerlendirmiştir. Bunun için UHK raporlarına ve 2004 tarihli BM Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmalarına bakmıştır. Nitekim, UHK'nın 1980 yılında yayınladığı rapor uyarınca, devletlerin mevcut uygulamalarına dayanarak, yargı bağışıklığının bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı haline geldiği ifade edilmiştir. Divan, devletlerin ulusal kanunlarına, yargı kararlarına, 2004 tarihli BM Sözleşmesi'nin yapılışı esnasında devletlerin konu hakkındaki tutumlarına da dayanarak devletin yargı bağışıklığına ilişkin kuralın bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı haline geldiği sonucuna ulaşmıştır.[853]

Divan, davanın tarafları bakımından da, devletin yargı bağışıklığının bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı olarak addedildiğini, ancak asıl problemin 1943-1945 tarihleri arasında yaşanan olaylar nedeniyle İtalya'da yapılan yargılamalar bakımından devletin yargı bağışıklığının söz konusu olup olmadığının tespitinin gerektiğini ifade etmiştir. Divan, ilgili soruya ilişkin olarak, UHK'nın Uluslararası Haksız Fiillerden Dolayı Devletlerin Sorumluluğu'na ilişkin hazırladığı kuralların 13. maddesini ele almıştır. Madde uyarınca Divan, bir fiilin uluslararası hukuka uygunluğuna karar verebilmek için, fiilin gerçekleştiği dönemdeki mevcut kurallara bakmak gerektiğini ifade etmiştir. Bu sebeple, Almanya tarafından gerçekleştirilen fiillerin 1943-1945 tarihleri arasındaki mevcut hukuka göre; İtalyan Mahkemeleri tarafından yapılan yargılamanın, devletin yargı bağışıklığını ihlal edip

[852] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 27, para. 54.
[853] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 28, para.56.

etmediğini, yargılamanın yapıldığı dönemdeki mevcut hukuka göre çözülmesi gerektiğini ifade etmiştir.[854]

Divan, söz konusu değerlendirmeden sonra devletin yargı bağışıklığına ilişkin mevcut hukuku ele almaya başlamıştır. Bu noktada Divan Kongo v. Belçika kararına da atıf yaparak, bağışıklık kurallarının, usuli bir kural olduğunu tespit etmiştir.[855] Dolayısıyla, bağışıklık hukukunun maddi hukuktan farklı olduğunu ifade etmiştir. Daha sonra Divan, tarafların da iddia ettiği gibi ve gerek 2004 tarihli BM Sözleşmesi'nde gerek 1972 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nde yer aldığı üzere, devletlerin faaliyetlerini *acta jure gestionis* ile *acta jure imperii* olarak ikiye ayırmıştır. Divan, *acta jure gestionis* karşısında, devletlerin yargı bağışıklığını tartışmayacağını; burada tartışılması gereken hususun, *acta jure imperii* halinde yargı bağışıklığının reddedilmesini ele alacağını ifade etmiştir.[856]

Taraflar, devletin *acta jure imperiiden* kaynaklanan faaliyetleri nedeniyle bağışık olduğu konusunda hemfikir olsalar bile, Almanya söz konusu bağışıklığın mutlak olduğunu ve istisnası olamayacağını ileri sürmüştür. İtalya ise, somut olay bakımından *acta jure imperiinin* sadece ölüm, yaralanma ya da mala zarara sebep olan haksız fiilleri içermediğini, uluslararası hukukun amir kurallarına aykırı olarak gerçekleştirilen ciddi ihlallerin de bu kapsamda değerlendirilip bağışık tutulamayacağını iddia etmiştir. [857]

Divan, İtalya'nın savunmasını ayrıntılı olarak ele almıştır:

[854] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 29, para.58.
[855] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 30, para. 60.
[856] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 30, para. 60.
[857] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 30, para. 61.

Ülkesel haksız fiil ilkesi: İtalya, yabancı bir devletin, başka bir devlet toprakları üzerinde *acta jure imperii* niteliğindeki faaliyetleri neticesinde ölüm, yaralanma ve mala zarar şeklinde vücut bulan haksız fiilleri dolayısıyla bağışıklıktan yararlanamayacağını ileri sürmüştür. Söz konusu yorumun da İtalya toprakları üzerinde Nazi zülmüne maruz kalan İtalya vatandaşları açısından kabul edilebileceğini ifade etmiştir.

İtalya söz konusu argümanını desteklemek için 1972 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nin 11. maddesi ile 2004 tarihli BM Sözleşmesi'nin 12. maddesine atıf yapılmıştır. İtalya'ya göre, 1972 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nin 31. maddesi uyarınca, yabancı silahlı kuvvetlerin faaliyetlerine uygulanamayacağını kabul etmesine rağmen; söz konusu düzenleme, bir devletin rızası ülkesinde bulunan ziyaretçi silahlı kuvvetlerin statüsü hakkında yabancı devlet ile kabul eden devlet arasında bir uyuşmazlık çıkmasını önlemek amacıyla yapılmıştır. Dolayısıyla ilgili madde, Sözleşme yabancı devletin hukuka aykırı olarak başka devletin toprakları gerçekleştirdiği askeri faaliyetleri nedeniyle bağışık olamayacaktır. İtalya, 2004 tarihli BM Sözleşmesi bakımından ise, iki devlet dışında, diğer yedi devletin, devletlerin haksız fiil niteliğindeki askeri faaliyetleri hakkında bağışık olup olamayacağının tartışıldığını ileri sürmüştür.[858]

İtalya'nın savunmalarına karşılık Almanya, *acta jure imperii* bakımından yargı bağışıklığının bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı oluşturduğunu; ne 1972 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nin ne de 2004 tarihli BM Sözleşmesi'nin, mevcut uluslararası örf ve adet hukuku kuralını değiştirebileceğini savunmuştur. Ayrıca Almanya, İtalyan mahkemeleri ve Yunanistan'daki Distomo davası dışında;

[858] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 31, para. 62.

bağışıklığa aykırı kararlar verilmediğini, devletlerin uygulamalarının değişmediğini iddia etmiştir.[859]

Divan, *acta jure gestionis'in* sınırlandırıldığı, bazı ulusal mahkeme kararlarında rastlamanın mümkün olduğunu ifade etmiştir. Ancak hiçbir ulusal yasanın haksız fiilde ülkesellik ilkesi nedeniyle devletlerin yargı bağışıklığının sınırlandırıldığı bir düzenlemeye rastlamadığını, devletlerin yargı bağışıklığını sınırlandırmak için *acta jure gestionis* ve *acta jure imperii* ayrımına gittiklerini belirtmiştir. Konuya ilişkin olarak da Kanada Yüksek Mahkemesi'nin kararını örnek vererek, söz konusu Mahkeme'nin bu nitelikte bir başvuruyu devletlerin bağışıklığı nedeniyle reddettiğini göstermiştir.

Ancak Divan, gerek 1972 Avrupa Sözleşmesi'nin 11. maddesi gerek 2004 Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 12. maddesinin, devletlerin faaliyetleri arasında böyle bir ayrım yapmamasına dikkat çekmiştir. Konuya ilişkin olarak da, UHK'nın 2004 Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 12. maddesi ile ilgili şerhine atıf yapılmış; bunun kasti bir seçim olduğunu ve ilgili düzenlemenin *acta jure gestionis* ile sınırlandırılma amacında olmadığı belirtilmiştir.

Divan, UHK'nın raporuna değindikten sonra Almanya'nın, ilgili sözleşmelerin mevcut uluslararası örf ve adet hukukunu etkilemediği yönündeki iddiasında yalnız olmadığını belirtmiştir. Nitekim 1990 yılında Çin tarafından yapılan yorumda 12. madde, özel hukuktan doğan faaliyetler ile egemen faaliyetler arasında bir ayrıma gitmeyerek, sınırlı yargı bağışıklığının çok ötesine gitmesi sebebiyle eleştirilmiştir.[860] ABD tarafından 2004 tarhili BM Sözleşmesi'nin 12. maddesi üzerine yapılan

[859] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 31, para. 63.
[860] UN Doc. A/C.6/45/SR.25, p.2, para 64, s. 27'den atfen.

yorumda da maddenin *acta jure gestionis* ve *acto jure imperii* arasında bir ayrım yaparak yorumlanması gerektiği ve yargı yetkisinin söz konusu ayrımı göz önüne almaksızın genişletilmesinin uluslararası hukukun mevcut ilkelerine aykırı olacağı ileri sürülmüştür.[861]

Divan'a göre; davanın taraflarının ikisinin de hem 1972 tarihli Avrupa Sözleşmesi'ne hem de 2004 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne taraf olmamaları sebebiyle, ilgili sözleşmelerin söz konusu somut olaya direkt uygulanma olanağı yoktur. Bunun yerine Divan, ilgili sözleşmelerin, mevcut uluslararası örf ve adet hukukuna etkisini araştırmaya karar vermiştir. 1972 tarhli Avrupa Sözleşmesi'nin ilgili 11. maddesi ile 31. maddesini ele almış, İtalya'nın 31. maddeyle ilgili yorumunu doğru bulmuştur.[862] Buna göre; 31. madde bir devletin silahlı kuvvetlerinin faaliyetlerinden bağışık tutulması meselesinin kapsam dışı bırakıldığını ve bu hususun uluslararası örf ve adet hukuku kurallarına göre çözülmesi gerektiğini ifade etmiştir. Ancak Sözleşme'nin 11. maddesinde belirtilen ülkesel haksız fiil ilkesi, bir devletin silahlı kuvvetlerinin yol açtığı haksız fiillerden dolayı yargı bağışıklığından vareste tutulması iddiasını desteklememektedir. Devletlerin görüşleri uyarınca da, 31. maddenin bu hususa bir etkisi bulunmamaktadır. Buna göre Belçika mahkemelerinde, İrlanda mahkemelerinde, Polonya mahkemelerinde karar alındığı üzere, 31. maddenin silahlı kuvvetlerin sebep

[861] UN Doc. A/C.6/59/SR.13, p.10, para.64, s. 27'den atfen.

[862] Daha önce de belirttiğimiz üzere İtalya, 1972 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nin 31. maddesi uyarınca, yargı bağışıklığına ilişkin istisnaların yabancı silahlı kuvvetlerin faaliyetlerine uygulanamayacağını kabul etmesine rağmen; söz konusu düzenlemenin, bir devletin rızası ile ülkesinde bulunan ziyaretçi silahlı kuvvetlerin statüsü hakkında yabancı devlet ile kabul eden devlet arasında bir uyuşmazlık çıkmasını önlemek amacıyla yapıldığını ileri sürmüştür. Dolayısıyla ilgili madde uyarınca, yabancı devlet, hukuka aykırı olarak başka devletin toprakları üzerinde gerçekleştirdiği askeri faaliyetleri nedeniyle bağışık olamayacaktır.

olduğu haksız fiiller dolayısıyla yargı bağışıklığının üzerinde 11. maddenin hiçbir etkisi yoktur.[863]

Divan'a göre; 2004 tarihli BM Sözleşmesi'nin 12. maddesi, açıkça silahlı kuvvetler faaliyetlerini kapsam dışı bırakmamıştır. Ancak, UHK'nun şerhinde, söz konusu maddenin silahlı çatışmaları içermeyeceği belirtilmiştir. Bunun yanında, Devletlerin ve Devlet Mallarının Yargı Bağışıklığı Hakkında *Ad Hoc* Komite'nin, Genel Kurul'un Altıncı Komitesi'ne sunduğu rapor uyarınca; söz konusu sözleşmenin askeri faaliyetleri içermeyecek nitelikte hazırlandığı ifade edilmiştir. Nitekim Divan, devletlerin bu konudaki beyanlarına da yer vermiştir. [864]

Divan devlet uygulamalarına baktığı zaman, taraflarca bildirilen ve devlet bağışıklığını ulusal yasalarında düzenleyen on devletten dokuzunun, ölüm, yaralanma ve mala zarar şeklinde sonuçlara yol açan haksız fiiller karşısında devletlerin yargı bağışıklığı olmadığını düzenlediğini belirtmiştir. Bu örnekler; ABD, Birleşik Krallık, Kanada, Avustralya, Arjantin, İsrail, Singapur, Japonya olarak gösterilmiştir.[865] BK ve Singapur düzenlemeleri mevcut düzenleme bakımından, özellikle askeri faaliyetleri istisna tutmuştur. Kanada, Avustralya ve İsrail düzenlemelerinde ise, kabul eden devlet nezdinde misafir kuvvetlerin yaptığı faaliyetler istisna tutulmuştur. Arjantin, Güney Afrika ve Japonya'da ise istisna düzenlenmemiştir.[866]

Bunun yanında Divan, silahlı kuvvetlerin faaliyetler dolayısıyla ulusal mahkemelere yapılan başvuruları incelemeye almış ve Mısır, Birleşik Krallık, Belçika, İrlanda mahkemelerinin verdiği kararlara yer vermiştir. Buna göre, söz

[863] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 34, para. 68.
[864] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı s. 34-35, para. 69.
[865] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 35, para. 70.
[866] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 35, para. 71.

konusu mahkemelerde, *acta jure imperiiden* doğan zararlar bakımından devletlerin yargı bağışıklığı olduğu karara bağlanmıştır.[867]

Divan, yargı bağışıklığı bakımından AİHM'in kararlarına da atıf yapmıştır ve nitekim kararlarda, bağışıklığın uluslararası hukuk mevzusu olduğu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kapsamına girmediğini kaleme almıştır. [868]

Dolayısıyla İtalya'nın iddilarını destekleyen karar sadece Yunanistan mahkemesinde verilmiştir. Distomo davasında ülkesel haksız fiil ilkesini tartışan Yunan Yüksek Mahkemesi, söz konusu ilkenin askeri faaliyetlere uygulanıp uygulanmayacağını tartışmamıştır. Nitekim bu karardan farklı olarak Yunanistan'daki Özel Yüksek Mahkemesi ise, *Margellos v. Almanya* kararında ise, silahlı faaliyetlerin ülkesel haksız fiil ilkesi içine girmediğini ifade etmiştir.[869]

Divan'a göre, devletlerin yaygın uygulamalarını da göz önüne alarak, *acta jure imperii'nin* neden olduğu ölüm, yaralama ve mala zarardan doğan özel hukuk davaları hala devletlerin yargı bağışıklığının kapsamında değerlendirilmektedir. Devletlerin düzenlemeleri ve yargısal faaliyetlerinde söz konusu uygulamalar, bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı olduğu inancı ile uygulanmaktadır. Bunun yanında Divan, söz konusu çıkarımın aksini söyleyen devletlerin sözleşmeler ve bağışıklığa ilişkin yorumları bakımından UHK'nın raporlarına, devletlerin ilgili konularda verdikleri beyanlarda, uluslararası örf ve adet hukukunun söz konusu faaliyetlerde bağışıklığı bertaraf ettiğini bildiren bir çıkarıma rastlamadığını belirtmektedir.

[867] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 36-37, para. 72.
[868] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 36-37, para. 72.
[869] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 39, para 76.

Bu sebeple Divan, uluslararası örf ve adet hukuku uyarınca, yabancı devletin daha başka bir devletin ülkesinde silahlı çatışmalar sırasında askeri kuvvetler ya da başka organlarca gerçekleştirilen faaliyetlerinden doğan haksız fiiller dolayısıyla yargılanmaktan bağışık olduğu sonucuna varmıştır. Sonuç olarak, İtalya'nın iddialarının aksine, İtalyan mahkemelerinin Almanya'nın yargı bağışıklığını kabul etmeyen kararları, ülkesel haksız fiil ilkesi kapsamında değerlendirilemez.

İhlallerin ağırlığı ve jus cogens kurallara aykırılık: İtalyan mahkemeleri, açılan davalarda davanın esasına girererek yaptığı değerlendirmeler neticesinde, Almanya'nın yargı bağışıklığı olmadığına karar vermiştir. İtalya Mahkemelerinin kullandığı birinci argüman, devletlerin uluslararası hukuku ağır ihlale sebebiyet veren faaliyetleri nedeniyle yargı bağışıklığının sınırlandırılması olmuştur.[870]

Divan, söz konusu iddianın mantıki bir problem olduğunu ifade etmiştir. Bağışıklığın salt, yargılamanın maddi konusundan bağışık tutulmayı değil; yargılama sürecinden bağışık tutulmayı ifade ettiğini belirtmiştir. Dolayısıyla, davanın esasına girebilmek için ulusal mahkemeler açısından önemli olan husus, davalı devletin yargı bağışıklığının tespitidir. Bir devletin uluslararası insan hakları hukukunu ağır ihlal eden faaliyetleri bakımından yargı bağışıklığı olmadığını söylemek; yargılamanın esasına girmek anlamına gelir. Bunun yanında, bir devletin haksız fiile yol açan faaliyetlerde bulunması iddiası, devleti yargı bağışıklığından yoksun bırakmak bakımından yeterli olacaksa; yargı bağışıklığı mevzusu iyi kurulmuş bir iddia ile kolayca bertaraf edilebilir.[871]

[870] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 40, para. 80.
[871] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 41, para. 82.

Divan daha önce de bahsettiğimiz üzere, uluslararası örf ve adet hukukunun, İtalya'nın iddia ettiği gibi seyretmediğini burada da tekrar etmiştir.[872] Divan, Pinocet'in BK'da yargılanması olayının, İtalyan Yargıtayı'nın Ferrini davasında yaptığı yargılama ile benzer olmadığını belirtmiştir. Pinochet'nin bağışıklığının, bir devletin devlet başkanı olması dolayısıyla başka bir devlet nezdindeki cezai yargı bağışıklığı ile ilgili olduğunu; İtalyan mahkemeleri önündeki somut davaların ise devletin kendisinin yargı bağışıklığı ile ilgili olduğunu ifade etmiştir.[873]

Divan, 2004 tarihli BM Sözleşmesi, 1972 tarihli Avrupa Sözleşmesi ve Inter-Amerikan Sözleşme taslağındaki ilgili kurallın ağır ihlali ya da *jus cogens* olarak nitelendirilmesiyle, devletin yargı bağışıklığına sınır getirmenin mümkün olmadığı ifade etmiştir. Nitekim Divan, UHK'nın 1999 yılında kurduğu çalışma grubunun, Altıncı Komite'ye verdiği raporuna da değinmektedir. İlgili raporda; devletlerin *jus cogens* niteliğindeki faaliyetlerinin ihlali neticesinde ölüm ya da yaralanmaların gerçekleşmesi, göz ardı edilmemesi gereken bir husus olsa da, UHK'nın kuralarında istisna ya da değişiklik getirilmesi sonucuna yol açamaz. Nitekim, Altıncı Komite'de yapılan tartışmalarda hiçbir devlet *jus cogens* kuralların, devletlerin yargı bağışıklığının istisnası olarak düzenlenmesini önermemiştir.[874]

Divan, konuya ilişkin AİHM kararına da yer vermiş; Mahkeme'nin uluslararası insancıl hukukun ve insan haklarının ağır ihlali karşısında devletlerin yargı yetkisinin sınırlandırılması yorumunu benimsemediğini ifade etmiştir. [875]

İtalya Mahkemeleri tarafından kullanılan ikinci argüman ise *jus cogens* kurallara aykırı faaliyetler nedeniyle devletlerin yargı bağışıklığından

[872] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 41 – 42, para. 83- 86.
[873] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 41 – 42, para. 87.
[874] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 43, para. 89.
[875] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 44, para. 90.

yararlanamayacağıdır. Divan, *jus cogens* kuralların özelliğine değindikten sonra; *jus cogens* kurallar ile devletin yargı bağışıklığını sağlayan kurallar arasında bir çatışma olup olmadığını tartışmıştır. Silahlı çatışmalar hukuku, sivilleri öldürme yasağı, sivillerin çalıştırılmak üzere zorla tehcir edilmesi ve savaş esirlerinin zorla çalıştırılmak üzere tehcir edilmesi yasakları *jus cogens* kurallardır ve söz konusu kurallar ile devletin yargı bağışıklığı kuralları arasında bir çatışma yoktur. Çünkü devletlerin yargı bağışıklığına ilişkin kuralları usulidir ve ulusal mahkemelerin başka bir devleti yargılama yetkisine sahip olup olmadığına ilişkindir. Söz konusu yargılama yetkisi araştırılırken, davalı devletin gerçekleştirdiği faaliyetin hukuka uygun ya da hukuka aykırı olduğu tartışma konusu değildir.[876]

Somut olay bakımından 1943-1945 yılları arasında gerçekleştirilen faaliyetlerin hukuka aykırılığı taraflarca kabul edilmiştir. Ancak söz konusu faaliyetlerden dolayı meydana gelen zararların tazmininde devletin yargı bağışıklığı meselesi, ihlal edilen kurallar ile çatışmamaktadır. Zarar veren devletin, zararı tazmin yükümlülüğü, devletin yargı bağışıklığından ayrı bir mesele olarak kabul edilmiştir.[877] Divan, önceki yargılamalara ve ulusal mahkeme kararlarına atıf yaparak mevcut argümanını desteklemiştir.[878] Sonuç olarak da *jus cogens* kuralların ihlalinin, devletin yargı bağışıklığına ilişkin uluslararası örf ve adet kurallarını etkilemediği sonucuna varmıştır. [879]

Son çare iddiası: İtalya, pek çok savaş mağdurunun zararlarının tazmin edilmediği gerekçesiyle, söz konusu şahıslara zararlarını tazmin olanağı sağlamak amacıyla

[876] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 45, para. 93.
[877] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 45 – 46, para. 94.
[878] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 46 – 47, para 95-96.
[879] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 47, para. 97.

Almanya'nın yargı bağışıklığını bertaraf ettiğini iddia etmiştir. Çünkü ne 1961 Anlaşmaları ne de 2000 Federal Yasası, binlerce mağdurun zararını karşılamıştır.

Divan yaptığı değerlendirmede, Almanya'nın savaş mağdurlarının zararlarını karşılamak adına önemli adımlar attığını ifade etmiştir. Ancak, pek çok İtalyan askerine savaş esiri statüsü verilmediği için tazminattan mahrum bırakılmışlardır. Nitekim Nazi otoriteleri önemli sayıda İtalyan askerine, savaş esiri statüsü vermemiştir. Buna karşılık, 2001 yılında Almanya, söz konusu İtalyan mağdurlarının, savaş esiri statüsüne haiz oldukları gerekçesiyle ilgili Yasa uyarınca tazminat hakkına sahip olmadıkları sonucuna vermiştir. Divan bu bilgiden sonra; yargı bağışıklığının, yargılamayı etkilediğini ancak uluslararası hukukun maddi kurallarının mevcut olaya uygulanmasını etkilemediğini ifade etmiştir. Yani Divan, devletlerin yargı bağışıklığına sahip olsalar da; uluslararası sorumluluklarının ve tazminat yükümlülüklerinin devam ettiğini belirtmiştir.[880] Ancak, devletlerin yargı bağışıklığını ihlal yoluyla mağdurlara alternatif bir yargı yolu yaratılmasının mümkün olmadığı sonucuna varmıştır.[881]

Cebri-icra bağışıklığı bakımından: Yukarıda da değindiğimiz üzere, 7 Haziran 2007 tarihinde bazı Yunan davacılar, Livadia ilk derece mahkemesinin kararının icra edilebilir olduğuna hükmeden ve Almanya'yı tazminata çarptıran Floransa İstinaf Mahkemesi kararı uyarınca Como bölgesinde yer alan ve Como gölünün yanında bulunan Villa Vigoni adlı taşınmazın tapu siciline şerh koydurmuştur.

Almanya, söz konusu şerhin, uluslararası hukuka aykırı olarak icra bağışıklığını ihlal teşkil ettiğini savunmuştur. İtalya bu tedbiri hukuki kılacak hiçbir

[880] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 40, para. 100.
[881] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 49, para. 103.

argüman ileri sürmemiştir. Hatta Divan'ın şerh işleminin iptaline ilişkin verebileceği karara itirazı olmadığını bildirmiştir. Ancak İtalya, Alman mülkiyeti üzerine konulan söz konusu şerhin uluslararası hukuk sorumluluğuna yol açtığını kabul etmemiştir. Almanya'nın, söz konusu şerhin iptal edilmesi için İtalya'da açtığı dava askıya alınmıştır ve şerh iptal edilmemiştir.

Divan, Villa Vigoni'nin mülkiyeti üzerine konulan tedbirin, devletin yargı bağışıklığının ötesinde icra bağışıklığının konusu olduğu tespitinde bulunmuştur. Yabancı bir devlete bağışık olmadığı bir uyuşmazlık hakkında, hukuka uygun olarak dava açılsa ve ulusal mahkeme söz konusu davayı esastan karara bağlasa bile, söz konusu karar*, ipso facto* yabancı devletin ülkesinde ya da bir üçüncü devlet ülkesinde söz konusu kararın icra edilmesine ilişkin önlemlerin alınması sonucuna yol açmayacaktır. Aynı şekilde, yabancı bir mahkeme önünde yargı bağışıklığından feragat eden devlet, otomatik olarak icra bağışıklığından da feragat etmiş sayılmayacaktır. Bağışıklığa ilişkin olarak uluslararası örf ve adet hukuku kuralları yargı bağışıklığı ile icra bağışıklığının ayrı değerlendirilmesi gerektiğini öngörmektedir.[882]

Divan, ilgili sonuca ulaştıktan sonra, Almanya'nın 2004 tarihli BM Sözleşmesi'nin cebri icrayı öngören 19. maddesinin, uluslararası hukukun genel kuralını oluşturduğu iddiasını[883] dikkate almaksızın, cebri icra bağışıklığına ilişkin uluslararası örf ve adet hukuku kuralını dikkate almıştır. Cebri icra bağışıklığını

[882] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 51, para. 113.
[883] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 52, para. 116.

düzenleyen uluslararası örf ve adet hukuku kuralı uyarınca, devlete ait mülkün kullanım amacını tespit etmenin yeterli olacağı sonucuna varmıştır.[884]

Sonuç olarak Divan, Villa Vigoni'nin ticari olmayan amaçlarla kullanıldığını tespit etmiştir. Almanya'nın mülkün icrai bir işleme tabi olmasına açıkça rızası olmadığı ya da yargısal taleplerin tazmini için özgülenmediği gerekçesiyle Villa Vigoni üzerinde alınan tedbirin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.[885]

İtalyan Mahkemeleri tarafından Distomo kararı hakkında verilen tanıma ve tenfiz kararının Almanya'nın yargı bağışıklığını ihlali bakımından değerlendirme: Almanya, İtalya'nın verdiği söz konusu kararın aynı zamanda Almanya'nın yargı bağışıklığını zedelediğini iddia etmiştir. Divan, söz konusu kararın Villo Vigoni üzerinde alınan önlemden ayrı olarak yargı bağışıklığı kapsamı içinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.[886]

Divan, İtalyan mahkemesi tarafından verilen kararın, yabancı bir mahkeme tarafından zaten alınmış bir karara ilişkin tanıma ve tenfiz kararı olduğunu ve söz konusu kararın yargı bağışıklığı bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.[887]

Divan ayrıca, Yunan mahkemeleri tarafından verilen karar ile İtalyan mahkemeleri tarafından verilen tanıma ve tenfiz kararının da ayrı değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yunanistan'ın davanın tarafı olmaması sebebiyle de sadece İtalyan mahkemeleri tarafından verilen tanıma ve tenfiz kararını değerlendirmeye almıştır. Yabancı bir mahkeme kararının tanıma ve tenfizi için, başvuruda bulunulan

[884] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 53, para. 118.
[885] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 53, para. 119.
[886] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 54, para. 124.
[887] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 54, para. 124.

mahkeme, olayın esası hakkında karar vermemektedir. Tanıma ve tenfiz kararı verecek mahkeme, davanın esasına girmese bile, yabancı mahkeme tarafından esasa ilişkin alınan karara bir etki vermek suretiyle yargısal yetkisini kullanmaktadır. [888]

Divan, mahkemelerin yabancı bir devlet aleyhine alınan bir karar hakkında tanıma ve tenfiz kararı verirken, davalı devletin yargı bağışıklığı olup olmadığını göz önüne alması gerektiği sonucuna varmıştır. Sonuç olarak, İtalyan mahkemelerinin Distomo kararına ilişkin olarak verdiği tanıma ve tenfiz kararının, Almanya'nın yargı bağışıklığını ihlal ettiğine karar vermiştir.[889]

İtalyan mahkemelerinin, Almanya'nın yargı bağışıklığını bertaraf eden kararları, İtalya'nın Almanya'ya karşı uluslararası örf ve adet hukuku kurallarından doğan yükümlülüklerine aykırı bulunmuştur.

Divan, Almanya'nın II. Dünya Savaşı'ndaki faaliyetlerinin hukuka aykırılığını, İtalya'ya ve İtalyan vatandaşlarına karşı sorumluluğunu tartışmayacağını ve bu olayların Almanya'nın yargı bağışıklığını etkilemeyeceğini ifade etmiştir.

Divan yargıçlarının çoğunluğu tarafından verilen kararda; üç temel husus belirtilmiştir:

1. Devletin yargı bağışıklığı uluslararası düzen bakımından önem arz etmektedir.
2. Divan, yabancı bir devletin silahlı kuvvetlerinin haksız fiilinden doğan zararları bakımından devletin yargı bağışıklığına bir istisna getirmek mümkün müdür.

[888] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 56, para. 128.
[889] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 57, para. 133.

3. Son olarak devletlerin *jus cogens* kurallara aykırı olan fiilleri, yargı bağışıklığına istisna teşkil edemez. [890]

Almanya'nın, İtalya'nın yargı bağışıklığına ve cebri icra bağışıklığına aykırı davrandığına ilişkin talepleri Divan tarafından haklı görülmüştür. Bunun yanında Almanya, İtalya'nın söz konusu ihlaller nedeniyle uluslararası sorumluluğa sahip olduğunun kararlaştırılmasına karar verilmesini talep etmiştir. Nitekim Divan Almanya'nın bu talebini de kabul edip, İtalya'nın söz konusu ihlaller karşısında kuşkusuz uluslararası sorumluluğunun doğduğuna kanaat getirmiştir.[891]

Almanya'nın beşinci talebinde, Divan'ın İtalya'ya, Almanya'nın yargı bağışıklığını ihlal eden mahkeme kararlarını ve diğer yargısal işlemleri geçersiz kılabilecek bütün önlemleri alması talimatı vermesi ifade edilmiştir. Divan burada, haksız fiil dolayısıyla UHK'nın Devletlerin Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Taslak Kuralları'nın 30. maddesi uyarınca, uluslararası haksız fiilleri nedeniyle sorumlu olan devletin, haksız fiilin devam ediyor olması halinde, söz konusu fiili sona erdirmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Divan, Almanya'nın bu talebini de kabul ederek, İtalya'nın söz konusu ihlali bertaraf edecek faaliyetlerde bulunması gerektiğine karar vermiştir.[892]

Son olarak Almanya, Divan'ın İtalya'ya, gelecekte benzer ihlallerin gerçekleşmemesi için gerekli her türlü önlemi alması için, talimat vermesini talep etmiştir. Divan, söz konusu nitelikte bir karar verilebileceğini *Kosta v. Nikaragua* kararına atıf yaparak ifade etmiştir. Buna göre, devletlerin iyi niyetle hareket ettikleri sürece haksız fiili gerçekleştiren devletin ileride de benzer ihlalle davranacaklarını

[890] Bkz. GUNIBERTI, Gilles: *"Hess on Germany v. İtaly",* bkz. http://conflictoflaws.net/2012/hess-on-italy-v-germany/ et: 12.03.2012, s. 2.
[891] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 58, para 136.
[892] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 58, para 137.

varsaymak için bir neden olmadığı, buna rağmen uluslararası haksız fiilden sorumlu devlete, haksız fiilin tekrarlanmaması için gerekli önlemleri alacağına dair güvence vermesi için talimat verilebileceği kararlaştırılmıştır. Ancak bu talimat, haksız fiilin tekrarlanacağına yönelik güçlü deliller varsa verilmeli ve söz konusu husus her somut olay açısından değerlendirilmelidir. Nitekim Divan, önündeki dava bakımından, tekrarlanma halini gösteren şartların oluştuğuna yönelik bir emare olmadığı için Almanya'nın talebini reddetmiştir. [893]

b. Karara İlişkin Değerlendirmeler

Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan kararında Divan, hukuk ile politika arasındaki ilişkiye dair önemli bir mesele ile karşı karşıya kalmıştır. Divan yargısal aktivizm ile muhafazakar pozitivizm arasında, devlet merkezci muahafazakar pozitivizm tarafında bir tercih yapmıştır.[894]

Divan'ın tercihi, daha önceki kararlarınadaki tutumu göz önüne alındığında şaşırtıcı olmamakla birlikte, yine de hayal kırıklığı yaratmıştır. Çünkü ilgili dava devlet egemenliği kavramının yeniden formüle edilerek modern yargı bağışıklığının şekillenmesi için bir fırsat olarak nitelendirilmiştir.[895] Söz konusu formülasyonun bireylerin insan hakları hukuku ve insancıl hukuktan doğan haklarının korunması ile savaş suçları ve uluslararası hukuk ihlallerinden doğan zararların giderimi arasında uygun bir denge oluşturabilecek biçimde yapılması önerilmiştir.[896]

---

[893] *UAD Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararı, s. 59, para 138.
[894] CALISTO, Marco: *"Jurisdictional Immunities of the State: Germany v. Italy before the ICJ from an Italian Perpective*", German Yearbook of International Law, Vol. 55, 2012, s. 332; KRAJEWSKI-SINGER, s. 34; NAGAN-ROOT, s. 458; McMENAMIN, s. 189; NEGRI, Stefania: *"Soverign Immunity v. REdress for War Crimes: The Judgment of the International Court of Justice in the Case Concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, ICLR, Vol. 16, 2014, s. 136. (123-137)
[895] FRANCIONI, s. 1130.
[896] KRAJEWSKI- SINGER, s. 34.

Divan'ın muhafazakar positivist tutumu, önceki kararlarında bazı kavramların yorumunda takındığı reformist yaklaşım nedeniyle eleştirilmiştir. Özellikle K*uzey Denizi Kıta Sahanlığı*, *Barcelona Traction* davalarında ve *Duvar* danışma görüşünde, BM'nin iyi işleyişi, eşitlik, uluslararası hukuk düzeninde temel ilkelerin uygulanması, saldırının yasaklanması, soykırım gibi kavramların daha reformist yorumlandığı görülmektedir. Ancak somut olayda Divan, yorum yoluyla hukuk yaratma fonksiyonu icra etmekten imtina etmiş, dolayısıyla da yargı bağışıklığının insan hakları perpektifinde yeniden yorumlanması olanağını değerlendirmemiştir.[897] Bu durumun, uluslararası hukukun meşruluğunu zedelediği iddia edilmektedir.[898]

Divan, yargı bağışıklığına ilişkin uluslararası örf ve adet hukuku kurallarını incelerken devlet uygulamalarına yer vermiş ve *jus cogens* kural ihlallerinin yargı bağışıklığına istisna teşkil etmesine yönelik genel bir devlet uygulaması olmadığı sonucuna varmıştır. İşbu durum, özellikle yargı bağışıklığına ilişkin ABD uygulamalarının göz ardı edilmiş olması sebebiyle eleştirilmiştir.[899] Ancak salt ABD iç hukuk düzenlemelerinden yola çıkarak, yargı bağışıklığının reddedilmesini öngören bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı oluştuğunu söylemek de kanımızca mümkün değildir.[900]

---

[897] BORNKAMM, Paul Christoph: *"State Immunity Against Claims Arising from War Crimes: The Judgment of the International Court of Justice in Jurisdictional Immunities of the State*", German Law Journal, Vol. 13, No. 6, 2012, s. 773; NEGRI, s. 137.

[898] BOTHE, Michael: *"Remedies of Victims of War Crimes and Crimes Against Humanities"*, içinde **Immunities in the Age of Global Constitutionalism** (PETERS, Anne- LAGRANGE, Evelyne- OETER, Stefan, TOMUSCHAT, Christian ed.), BRILL, The Netherlands, 2014, s. 112 – 113.

[899] RICCARDO, Pavoni: *"An American Anomally? On the ICJ's Selective Reading of Us Practice in Jurisdictional Immunities of the State"*, Italian Yearbook of International Law, Vol. 21, 2011, s. 146.

[900] GATTINI, s. 174; O'KEEFE, s. 1022.
Çalışmamızda daha önce de değindiğimiz üzere, ABD iç hukukunda FSIA'ya getirilen terörist faaliyetler istisnası, sadece terörist devlet olarak ilan edilen devletler için uygulanacaktır. Yargı bağışıklığına getirilen istisnaların kapsamı ABD iç hukuk düzeni bakımından geliştirilse de, ilgili gelişmenin kişi bakımından uygulanması oldukça sınırlıdır.
Bunun yanında, iç hukuk mahkemelerinin yargı bağışıklığına ilişkin kararlarının kurucu değil, bildirici niteliğe haiz olduğu ileri sürülmektedir. Dolayısıyla da iç hukuk mahkemelerinin yargı

Divan'ın usul hukuku – maddi hukuk ayrımı da Divan'ın formalist, oldukça teorik, gerçeklikten uzak, yapay vs. olduğu nedeniyle eleştirilmiştir.[901] Divan işbu kararıyla, yargı bağışıklığının, bireylerin zararlarının giderilmesini talep hakkına bir istisna teşkil etmediği, sadece uluslararası hukukun temel ilkelerinin gereği olarak uygulanan bir kural olduğu sonucuna varmıştır.[902] Ancak Divan'ın söz konusu tutumu, ayrımın kendisinden ziyade dolaylı olarak cezasızlığa sebep olduğu gerekçesi ile eleştirilmektedir.[903]

Ancak Divan söz konusu ayrımı ilk defa yapmamış, Karar'da da yer verdiğimiz üzere *Demokratik Kongo v. Belçika* davasında da yargı bağışıklığı kurallarının doğası gereği usul kuralları olduğu sonucuna varmıştır.[904] Ayrıca Divan, *jus cogens* kuralları, zaten hiçbir zaman uluslararası hukukun diğer kurallarına karşı bir koz olarak değerlendirmemiştir.[905]

Divan'ın *jus cogens* kurallara ilişkin ilgili tutumu, *jus cogens* kuralların sanıldığı gibi hiyerarşik olarak üstün olmadığı yorumuna sebep olmuştur. *Jus cogens*

---

bağışıklığına ilişkin mevcut uluslararası kurallar ile bağlı olduğunu ve davalı devletin yargı bağışıklığının varlığını tanımanın iç hukuk mahkemelerinin insiyatifinde olamayacağı savunulmaktadır. KALDUNSKI, s. 69.

[901] PAVONI, s. 75; ORAKHELASHVILI, A. : "*Peremptory Norms as an Aspect of Constitutionalisation in the International Legal System"*, içinde **The Dynamics ofConstitutionalism in the Age of Globalisation** (FRISHMAN, M. – MULLER, S. Ed.), Hague Academic Press, 2010, s. 165.

[902] KALDUNSKI, s. 101.

[903] TALMON, Stefan: *"Jus Cogens After Germany v. Italy: Substantive and Prosedural Rules Distinguished*", Leiden Journal of International Law, Vol. 25, Iss. 4, 2012, s. 981.
Talmon usul hukuku-maddi hukuk ayrımını kabul eden bir yazar olarak, Divan'ın işbu yaklaşımının değil, hukukun bizzat kendisinin formalist ve teknik bir disiplin olduğunu ifade etmektedir. TALMON, s. 1002.

[904] Arrest Warrant of 11April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, ICJ Reports, 14 February 2002, s. 25, para. 60

[905] Nitekim *Kongo'da Askeri Faaliyetler* kararında, Divan *jus coegens* kurallarla yargı yetkisine ilişkin kuralları ayırmış, jus cogens kurallara aykırılığın tek başına yargı yetkisinin varlığının kabulüne vücut veremeyeceğine hükmetmiştir. *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (DEmocratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. REports, 3 February 2006*, s. 29 – 30, para. 64. Dolayısıyla da jus cogen kuralların hukuki etkisine ilişkin tutumu önceden de bellidir. TOMUSCHAT, 2015, s. 357; Van ALEBEEK, 2012, s. 293; VIDMAR, 2013, s. 19.

kuralın aslında, doktrinde kabul edildiği gibi bir hukuki etkisi olmadığı ve işbu durumun *jus cogens* kurallar bakımından elli yıldır yürütülen tartışmaları boşa çıkardığı ifade edilmiştir.[906]

Ayrıca bireylerin zararlarının giderilmesini talep hakkının uluslararası hukukta tanınmış olması karşısında, başka bir alternatifi olmayan bireylerin forum devletin açtığı davalarda, davalı devlete yargı bağışıklığının son çare (last resort) argümanı gereği tanınmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir.[907] Divan somut olayda son çare argümanını kabul etmese de, Nazi ordusu mağduru pek çok İtalyan askerinin zararlarının yıllardır tazmin edilmediği de bir gerçektir. İşbu nedenle, İtalyan mahkemelerinin Almanya'nın yargı bağışıklığının reddetmesinin meşru kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır.[908]

Divan'ın yargı bağışıklığına ilişkin yaptığı dar yorumun, ileride yargı bağışıklığına ilişkin kuralın geliştirilmesi için açık kapı bıraktığı da ileri sürülmüştür. Nitekim Yargıç Koroma, ayrı görüşünde karara olumlu oy verdiğini ancak, verilen kararın uluslararası hukuktaki mevcut durumu tespit etmekten ibaret olduğunu ifade etmiştir.[909] Yani Divan, bizim de katıldığımız üzere, yargı bağışıklığına ilişkin

---

[906] CASSESE, s. 3; ESPOSITO, s. 173; VIDMAR, 2013, s. 25. Jus cogens kuralların ayrıntılı ele alındığı ilk karar olmakla birlikte, işbu karar kuralların hukuki etkisinin ne olduğuna ilişkin yıllardır süregiden tartışmayı aydınlatmadığı savunulmaktador. CALISTO, s. 342.

[907] CALISTO, s. 336 – 337. Nitekim zararları karşılamanın mümkün olmadığı durumlar bakımından yargı bağışıklığının reddedilmesi gerektiği Yargıç *Yusuf*'un karşı görüşünde, Yargıç *Bennoun*a'nın da ayrı görüşünde belirtilmiştir. Dissending Opinion of Judge Yusuf, para. 59; Separate Opinion of Judge Bennouna, para. 15. Bkz. http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16889.pdf et.15. 10. .2016.

[908] CONFORTI, s. 141.
Nitekim Yargıç *Trindade*, salt uluslararası hukukta bireylerin zararlarının giderilmesi hakkının varlığı karşısında, yargı bağışıklığının reddedilmesi gerektiğini savunmaktadır. Dissenting Opinion of Judge Cancado Trindade, e.g., paras. 130–134, 296, 315. Bkz. http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16891.pdf et. 15.10.2016.

[909] Separate Opinion of Judge Koroma, s. 64, para. 7. Bkz. http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16885.pdf et. 15.10.2016.
Karşı görüş olarak Divan kararının *jus cogens* kurallar ile yargı bağışıklığı arasındaki tartışmaları sona erdireceği savunulmaktadır. BIANCHI, Andrea: "*Gazing at the Crystal Ball (again): State Immunity*

kuralın mevcut durumunu tespit etmiştir, ancak mesele henüz kapanmamıştır.[910] Son olarak, kararın devletin yargı bağışıklığı ile ilgili olduğunun, ancak Almanya'nın insancıl hukuk ihlallerinden dolayı uluslararası sorumluluğunun ve işbu ihlallerden zarar gören bireylerin zararlarının giderilmesi yükümlülüğünün devam ettiğinin de vurgulanması gerekmektedir.[911]

c. Kararın İtalya Tarafından Uygulanmasına İlişkin Tartışmalar

Bizatihi kararın kendisi tartışma konusuyken, İtalyan Anayasa Mahkemesi tarafından verilen başka bir karar bu kez yeni tartışmaları doğurmuştur. Şöyle ki, Divan'ın 3 Şubat 2012 tarihinde verdiği kararın ardından, İtalyan yasama organı tarafından 14 Ocak 2013 tarihinde çıkarılan 5 No'lu Kanunla, İtalya'nın 2004 tarihli BM Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağışıklığı Sözleşmesi'ne katılması ve iç hukuka ilişkin değişiklikler yapılması öngörülmüştür. Söz konusu Kanun ile İtalyan ilk derece mahkelerinin Divan kararına uygun karar vermesi ve Nazi ordusu tarafından İtalya ülkesinde gerçekleştirilen *jus cogens* kural ihlallerinden dolayı açılan davaların reddedilmesi yükümlülüğü getirilmiştir.[912]

---

and Jus Cogens beyond Germany v. Italy", Journal of International Dİspute Settlement, Vol. 4, No. 3, 2013, s. 473.
Bunun yanında, söz konusu kararın iç hukuk mahkemelerinin gidişatını etkileyeceği ve iç hukuk mahkemelerinin Divan kararına uygun karar vereceği ifade edilmektedir. İşbu durumda da, jus cogens kural ihlalleri karşısında yargı bağışıklığının sınırlandırılması yaklaşımının benimsenmesi yakın gelecekte mümkün gözükmeyeceği savunulmaktadır. McMENAMIN, s. 219; SÜRAL, s. 149.
Ayrıca iç hukuk mahkemelerinin adalete ulaşmak ve bireyleri korumak bakımından karar vermekte zorluk yaşayacakları da ifade edilmektedir. ESPOSITO, s. 174.

[910] BARKER, s. 435 – 436; BORNKAMM, s. 782; FRANCIONI, s. 1132; NAGAN – ROOT, s. 382.

[911] Bkz. Separate Opinion of Judge Koroma, s. 62, para. 2; Separate Opinion of Judge Keith, s. 76, para. 20. Bkz. http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16887.pdf et. 15.10.2016 ; Opinion Individuelle de M. Le Juge Bennouna, s. 81, para. 23. Bkz. http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16889.pdf et. 15.10.2016.

[912] Judgment No. 238, 22 October 2014, The Italian Constitutional Court, s. 1 -1, para. 1. İngilizce çevirisi için bkz. http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S238_2013_en.pdf et: 01.09.2016.

İlgili Kanun'un çıkarılmasından sonra Floransa İlk Derece Mahkemesi'nin önüne getirilen üç dava da Almanya'ya karşı, II. Dünya Savaşı'nda maruz kalınan ağır insan hakları ve ciddi insancıl hukuk ihlallerinden dolayı uğranılan zararların tazmini için açılmıştır. Davalar görülmekteyken Mahkeme, söz konusu Kanun ile birlikte 17 Ağustos 1957 tarihli ve 848 No'lu BM Şartı'nın Uygulanması Kanunu'nun ve İtalyan Anayasası'nın 10/I. maddesi uyarınca iç hukukta doğrudan uygulanabilir olan yargı bağışıklığına ilişkin uluslararası örf ve adet hukuku kuralının, anayasaya uygunluğunun denetimi için, 21 Ocak 2014 tarihinde İtalyan Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.[913]

Anayasaya uygunluk denetimine konu edilen ilgili anayasa maddeleri, 2. ve 24. maddeleridir. İtalyan Anayasası'nın 2. maddesinde, kişilerin, bireysel ya da toplu olarak, ihlal edilemeyecek nitelikteki haklarının tanındığı ve koruma altına alınması, 24. maddede ise, bireylerin mahkemeye başvuru hakkı öngörülmüştür. Buna göre, herkesin medeni ve idari hukuktan doğan haklarını korumak amacıyla mahkeme önüne dava getirebileceği düzenlenmiştir.

Mahkeme, İtalyan Anayasası'nın 10/I. maddesi uyarınca, iç hukukta doğrudan uygulanabilir olan yargı bağışıklığına ilişkin uluslararası örf ve adet hukuku kuralının anayasaya uygunluğunu değerlendirmiştir. Söz konusu değerlendirmede kuralın, savaş suçları ve insanlığa karşı suçların yol açtığı zararların giderimi için açılan davalarda, davalı devletin yargı bağışıklığının varlığını temin etmesi nedeniyle, Anayasa'da teminat altına alınan ihlal edilemez hakları ihlal ettiği sonucuna varılmıştır. Bu nedenle Mahkeme yargı bağışıklığına ilişkin uluslararası örf ve adet hukuku kuralının, Anayasa'nın 2. ve 24. maddelerinde yer alan temel ilkelere

[913] Judgment No. 238, 22 October 2014, s. 2 -3, para. 1.1 – 1. 2.

aykırılığı nedeniyle İtalyan iç hukuk düzenine giremeyeceği ve uygulanmayacağı sonucuna varmıştır.[914]

Mahkeme uyarınca, UAD kararlarının uygulanmasını zorunlu kılan 17 Ağustos 1957 tarihli ve 848 No'lu BM Şartı'nın Uygulanması Kanunu'nun 1. maddesi de, somut Divan kararının uygulanması yükümlülüğü getirdiği için, Anayasa ile korunan ihlal edilemez hakları ve bireylerin mahkemeye başvuru hakkını zedelemektedir. Dolayısıyla Mahkeme ilgili Kanun'un 1. maddesinin de anayasaya aykırı olduğunu tespit etmiştir.[915]

Son olarak UAD kararının İtalyan iç hukuk düzeninde uygulanmasını sağlamak için 14 Ocak 2013 tarihinde çıkarılan 5 No'lu Kanun'un 3. maddesinin, İtalyan hakimlerine verdiği UAD kararını uygulama ve açılan davaları reddetme yükümlülüğü özellikle mercek altına alınmıştır. Mahkeme, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar gibi ihlallerde, davalı devletin yargı bağışıklığının kabul edilmesinin, İtalyan Anayası'nın 2. ve 24. maddeleri ile garanti altına alınan haklardan mutlak sürette feragat etme ve ihlal edilemez hakları ihlal etme anlamına geleceği sonucuna varmıştır. İşbu sebeple de anılan Kanun'un 3. maddesinin de anayasaya aykırılık teşkil ettiği ifade edilmiştir.[916]

İtalyan Anayasa Mahkemesi ilgili kararıyla, UAD kararlarının iç hukuk düzeninde uygulanması ve uluslararası hukuk düzeni ile iç hukuk düzeni arasındaki ilişkilere ilişkin yeni tartışmalara öncülük etmiştir.[917] *Jus cogens* kurallar ile yargı bağışıklığı arasındaki ilişki açısından ise, İtalyan'ın Ferrini davası ile geliştirdiği

[914] Judgment No. 238, 22 October 2014, s. 16, para. 3.5.
[915] Judgment No. 238, 22 October 2014, s. 17, para. 4.1.
[916] Judgment No. 238, 22 October 2014, s. 19, para. 5.1.
[917] İlgili tartışmalar için bkz. https://italyspractice.info/judgment-238-2014/bibliography-on-cc-judgment-2382014/ et. 15.09.2016.

tutumu değiştirmeyeceğini ve özellikle forum devletinde vuku bulan *jus cogens* kural ihlalleri karşısında sorumlu devletin yargı bağışıklığının kabul edilmeyeceğini söylemek mümkündür. Şimdi hukuka aykırı ilan edilen işbu uygulamanın ileride, uluslararası örf ve adet hukuku kuralı oluşumunda bir devlet uygulaması olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini de zaman bize gösterecektir.

Sonuç olarak, uluslararası insan hakları ve insancıl hukukun korunmasına yönelik *jus cogens* nitelikteki kuralların yargı bağışıklığını işlevsiz bırakacağına yönelik bir kabulün uluslararası hukuk düzenine henüz yerleşmediği görülmektedir. Nitekim AİHM ve UAD kararı, doktrinde geliştirilen işbu yaklaşıma destek sağlamaktan uzak olduğu gibi, ulusal yargı kararları da ilgili tutumu benimsemekte ve geliştirmekte oldukça çekingendir.[918]

E. Devletin *Jus Cogens* Kurallara Aykırı Faaliyetlerinden Dolayı Yargı Bağışıklığının Bireylerin Zararlarının Giderilmesi Talepleri Bakımından Değerlendirilmesi

Klasik uluslararası hukuk uyarınca zararların giderilmesi, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, öncelikle devletlerarası ilişkiler bakımından düzenlenmiştir. Dolayısıyla bireylerin zarar giderimini talep hakkı olduğunu ileri sürmenin, klasik uluslararası hukuka ve uluslararası hukukun varlık sebebiyle uyumlu olmadığı ifade edilmektedir.[919] Bu bakımdan klasik uluslararası hukuk yaklaşımı uyarınca, *jus cogens* kural ihlalleri, devletlere bireylerin zararlarını tazmin yükümü getirmemektedir.[920]

İlgili yaklaşımda pozitif yükümlülük daha çok cezasızlığa yol açmamak için

[918] KİBAR DARDAĞAN, s. 706.
[919] TOMUSCHAT, 2014, s. 2
[920] VIDMAR, 2013, s. 23.

suç işleyenlerin cezalandırmasını içermektedir.[921] Ayrıca hukuki dayanak olarak UHK'nın sorumluluğa ilişkin taslak metinde, zarar giderimine ilişkin birincil yükümlülükleri bireylere yönelik düzenlenmemiş olması gösterilmektedir. Dolayısıyla da, bireylerin zararlarının giderilmesi için etkili başvuru yoluna sahip olma gibi ikincil haklara sahip olduğunu söylemenin mümkün olmadığı savunulmaktadır.[922]

Klasik uluslararası hukukta, özellikle savaş sonrası zararların giderilmesi prosedürü bakımından benimsenen yöntem, savaş sonrası imzalanan barış antlaşmalarıyla, zararların karşılanmasıdır.[923] Ayrıca devlet merkezci uluslararası hukukta, bireylerin zararlarının karşılanmaması halinde, bireylerin devletlerin iç hukuk başvuru mekanizmalarını harekete geçirmesi ya da diplomatik koruma hakkı uyarınca, devletlerin vatandaşları için zarar veren devletten zararlarının giderimini talep etmesi gerekmektedir. Çünkü bireylerin zararlarının giderilmesini sağlayacak ve bireylerin doğrudan başvurabilecekleri, özellikle insancıl hukuk ihlalleri bakımından, evrensel bir uluslararası mekanizma bulunmamaktadır.[924] Bireylerin zararlarının giderimini talep edebilmesi ancak, vatandaşı olduğu devletlerin onlar adına zarar veren devletten talep etmesiyle yani diplomatik koruma yoluyla olabilecektir.[925]

---

[921] BASSIOUNI, s. 65-66.
[922] ALEBEEK, 2012, s. 308.
Tomuschat, bireylerin zararlarının giderilmesinin, devletlerin zararlarının giderilmesi yükümlülüğü ile aynı olduğu tek hukuk düzeninin Avrupa Birliği mekanizmaları olduğunu belirtmiştir. Avrupa birliği hukuk düzeni içinde, hem birincil maddi hukuk kuralları hem de ikincil kurallar, devletlere bireylerin zararlarını giderme yükümlülüğü vermektedir. TOMUSCHAT, 2002, s. 169.
[923] TOMUSCHAT, 2005, s. 74; TOMUSCHAT, 2014, s. 5.
[924] BANKAS, s. 298; ECHEVERRIA, Gabriela: "*Do Victims of Torture and Other Serious Human Rights Violations Have an Independent and Enforceable Right to Reparation*?", The International Journal of Human Rights, Vol. 16, No.5, 2012, s. 707.
[925] AKKUTAY, s. 122; EVANS, s. 18; TOMUSCHAT, 1999, s. 8.

Ancak söz konusu yaklaşım *jus cogens* kuralın hukuki etkisini oldukça daraltmaktadır.[926] Ayrıca uluslararası hukuktaki gelişimi yansıtmamaktadır. Çünkü uluslararası hukukta yıllar içinde yaşanan gelişmeler neticesinde, insan hakları ihlalleri dolayısıyla devletin sorumluluğunda temel değişiklikler olmuştur. Aynı şekilde insancıl hukuk kurallarında ve uluslararası ceza hukukunda, mağdurların tanınması da işbu gelişmelere işaret eden değişikliklerden biridir. Nitekim farklı hukuk dalları arasındaki referanslar, aralarında kurulan ilişki ve insan hakları anlaşmalarının taraf devletlerindeki artış, uluslararası hukukta meydana gelen değişime işaret eden gelişmelerdendir. Bu gelişmeler neticesinde, bireylerin insan hakları ihlali ve insancıl hukuk ihlaleleri nedeniyle, devletlere faiilleri cezalandırma ve mağdurların zararlarını giderme yükümlülüğü getirilmiştir.[927] Nitekim işbu durum, UAD kararları ve Devletin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Metin'de de teyit edilmiştir. Hem Divan hem de UHK, uluslararası hukukta zararların giderimi konusuna ilişkin normatif bir dayanak sağlamıştır.[928]

Uluslararası kamu düzeninde, bireylerin hakları küresel bir felaketi önlemek adına layıkıyla korunmalıdır.[929] Dolayısıyla da *jus cogens* kuralların ihlalleri bakımından, bireylerin zararlarının giderimi haklarının tanınması ve korunmasının sağlanması, uluslararası kamu düzeninin ve insan hakları standartlarının meşruluk ve itibarı için önem arz etmektedir.[930]

---

[926] VIDMAR, 2013, s. 34.
[927] ARSAVA, s. 9.
[928] BUYSE, Antoine: "*Lost and Regained? Restitution as a Remedy for Human Rights Violations in the Context of International Law",* ZaöRV, Vol. 68, 2008, s. 136; EVANS, s. 125.
Zararın giderimini önceden varsaymak doğru değildir. Çünkü devletin sorumluluğu, ilgili devletin uluslararası hukuk kurallarından doğan yükümlülüklerine aykırı davrandığı zaman doğmaktadır. Haksız fiili gerçekleştiren sorumlu devletin zararını tazmin etme yükümlülüğü doğmakta, devlet 31. madde uyarınca, sebep olduğu maddi ve manevi zararı karşılamakla yükümlendirilmektedir.
[929] BANKAS, s. 298.
[930] EVANS, 2012, s. 2

Devletler insan hakları kurallarına uymak ve korunmasını temin etmek yükümü altındadır ve bireyler insan haklarının korunması mekanizmasının temel hak sahibidir.[931] Bu durumda zararların giderimi, insan hakları ihlallerinden ayrı düşünülemez. Çünkü devletlerin insan hakları ihlalerinden dolayı, bireylerin zararlarının giderimi yükümlülüğü, insan hakları metinlerinde özel olarak düzenlenmiştir. Ayrıca bireylerin zararlarının giderimi hak ve yükümlülüğünün varlığı, insancıl hukuk kurallarında da düzenlenmiştir.[932] Nitekim BM, spesifik olarak insan hakları ya da insancıl hukuk ihlallerine atıf yapmaksızın, uluslararası hukukta bireylerin zararlarının giderimi haklarının varlığını kabul etmiştir.[933]

Zarar gideriminin uluslararası hukukta tanınması bakımından önem arz eden husus, devletlere çift yönlü bir yükümlülük vermesidir. Birinci yükümlülük hukuka aykırı fiile son verme, ikinci yükümlülük ise, hukuka aykırı fiilden zarar gören kişilerin zararını tamamen gidermedir.[934] İşbu durumda uluslararası mahkemelerin bazı içtihadında, uluslararası mekanizmaların yokluğunda dahi, bireylerin zararlarının giderimi hakkının varlığı kabul edilmiştir. Söz konusu durumda, bireylerin hakkının varlığı ile uluslararası sistemde etkili başvuru yolunun yokluğu arasında bir ayrıma gidilmiş, bireylerin uluslararası hukuktan doğan zararalarının giderilmesini talep etme hakkının usulen iç hukuk mekanizmaları önünde ileri sürülebileceği kabul edilmiştir.[935] Özellikle günümüzde artan *jus cogens* kural

[931] BUYSE, s. 136.
[932] EVANS, s. 42- 43.
[933] EVANS, s. 223.
[934] BUYSE, s. 152; MURPHY, John F.:*"Civil Liability for the Commission of International Crimes as an Alternative to Criminal Prosecution"*, Harv. Hum. Rts. J., Vol. 12, 1999, s. 1 - 56; RATNER, R. – ABRAMS, John M.: **Accountability for Human Rights Atrocities in International Law**, Claredon Press, Oxford, 1997, s. 13 – 14; The Report of the Redress Trust, s. 5.
[935] Örneğin Daimi Uluslararası Adalet Divanı, Danzig Mahkemelerinin yargı Yetkisi kararında, UAD LaGrand Kararında ve İsrail- Filistin Duvar Danışma Görüşü'nde, devletlerin bireylerin zararlarını giderme yükümlülüğünün varlığını kabul etmiştir. Yine aynı şekilde eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin bazı kararlarında da, bireylerin zararlarının gideirmi için doğrudan

ihlalleri karşında yabancı devletin yargı bağışıklığının reddedilmesinin artık kaçınılmaz olduğu ifa edilmektedir.[936]

İnsancıl hukuk ihlalleri dolayısıyla bireylerin zararlarının giderilmesi mekanizmaları, uluslararası hukuk sisteminde mevcut değildir.[937] Bu bakımdan insancıl hukuk ihlallerine ilişkin özel zararların giderimi yöntemlerinin yokluğu karşısında, bireylerin somut olarak zararlarının giderilmesi zorlaşsa da, ceza hukuku mahkemelerinin kurulması ile birlikte, bireylerin zararlarının giderilmesi yöntemleri gelişmekte ve çeşitlenmektedir.[938] Ancak bireylerin zararlarının giderimi için uluslararası merkezi bir mekanizmanın yokluğunun, bireylerin ulusal yargı mercilere başvurusunu zorunlu kıldığı savunulmaktadır.[939]

İşbu noktada, bireylerin zararlarının giderimini ulusal mekanizmalara başvurmak suretiyle gidermesi yaklaşımı ağır basmaktadır. Ancak ulusal hukuk mekanizmaları önünde zararlarının giderimi hakkını ileri süren bireyler bu kez, yabancı devletin yargı bağışıklığı itirazı ile karşı karşıya kalmaktadır. *Jus cogens* kuralların ihlalleri karşısında yargı bağışıklığının reddedilmesinin önemi, bireyin uluslararası hukuktan doğan zarar giderimi hakkını ulusal merciler önünde

---

başvurabilcekleri bir mekanizmanın yokluğuna rağmen, zararlarının giderimini talep etme ve zarar veren devletin de işbu zararları giderme yükümlülüğü teyit edilmiştir. Değerlendirme için bkz. ECHEVERRIA, s. 712.

[936] EBOE – OSUJI, s. 265.

[937] TOMUSCHAT, Christian: "*State Responsibility and the Individual Right to Compensation Before National Courts"*, içinde **The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict** (CLAPHAM, Andrew- GAETA, Paola ed.), The Oxford Handbooks Online, 2014, s. 1.

[938] EVANS, s. 42- 43.

[939] Van ALEBEEK, s. 342; MOSER, s. 849.
Çünkü uluslararası hukukun mağdur merkezli olmaması sebebiyle uluslararası uyuşmazlıkların yargısal çözümü mekanizlarının beklentileri karşılamadığı; uluslararası insan hakları ve insancıl hukuk kurallarının ihlali sonrasında mağdurlara verilen tazminatların, mağdurların maruz kaldıkları zulüm ile eşdeğer olmayıp, yetersiz kaldığı ifade edilmektedir. KRISTJANDOTTIR, Edda: *"International Mass Claims Processes and the ICC Trust Fund for Victims*", içinde **Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity Systems in Place and Systems in the Making** (FERSTMAN, Carla- GOETZ, Mariana – STEPHENS, Alan ed.), Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2009, s. 167.

kullanması halinde ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla *jus cogens* kuralların yargı bağışıklığı ile etkisi, gerek iki kural arasında çatışma, gerek devletin sorumluluğu gerek bireylerin mahkemeye başvuru hakkı bakımından tartışılmaktadır.

Yukarıda yer verdiğimiz tartışmalar uyarınca; *jus cogens* kuralların ihlalinin yargı bağışıklığını geçersiz kılması, zararların giderimi yükümlülüğünün ulusal merciiler eliyle gerçekleştirilmesine bir çözüm olarak sunulmaktadır. Ancak yargı bağışıklığına ilişkin uluslararası kurallar ile *jus cogens* kuralların doğrudan çatışma halinde olduğunu ifade etmek mümkün değildir. Dolayısıyla hiyerarşi teorisi *jus cogens* kuralların diğer kurallar üzerideki hukuki etkisi bakımından savunulabilirse de, teori yargı bağışıklığı özelinde savunulacak bir argüman değildir. Bunun yanında, zımni feragat, yargı bağışıklığına insan hakları istisnası getirilmesi, devletlerin *jus cogens* kurallara aykırı faaliyetlerinin egemen faaliyetler olarak nitelendirilemeyecek olması dolayısıyla yargı bağışıklığının reddedilmesi yaklaşımları, bir varsayım ve öneriden ibaret olup, normatif dayanaktan yoksundur. Yargı bağışıklığının temel insan haklarına aykırılık teşkil ettiği savı politik bir argümandır. Uluslararası hukuktaki mevcut durumu göstermekten ziyade, olması gerekeni ifade eden bir yaklaşımdır.[940]

Sınırlı yargı bağışıklığının giderek değiştiği ve özellikle ağır insan hakları ve ciddi insancıl hukuk ihlalleri karşısında, reddedilmesi gerektiği ileri sürülmekteyse de, hiçbir uluslararası antlaşmanın ve devletin sorumluluğuna ilişkin taslak metnin, işbu sınırın sınırı yaklaşımını öngördüğü söylenemez.[941] Nitekim 1984 BM İşkence Sözleşmesi, 1985 Suç ve İstismar Mağdurlarına Adalet İçin Temel İlkelere İlişkin Bildiri, 1998 Roma Statüsü, BM İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk İhlalleri

[940] Van ALEBEEK, s.
[941] BANKAS, s. 251- 252.

Mağdurlarının Zararalarının Giderimine İlişkin Temel İlkeler (Van Boven-Bassiouni İlkeleri) ile BM İnsan Haklarını Koruma ve Geliştirmek Amacıyla Cezasızlıkla Mücadeleye İlişkin İlkeler (Joinet-Orentlicher İlkeleri)'in hiçbirinde bireylerin zararlarının giderimi hakkının, devletlerin ya da devlet adamlarının yargı bağışıklığını sınırlandırması öngörülmemiştir.[942] Ancak jus coegens kural ile yargı bağışıklığı kuralları arasında çatışma olmaması dolayısıyla, yargı bağışıklığına ilişkin işbu sınırlandırmanın açıkça öngörülmesinin önemi aşikardır.

Ayrıca uluslararası hukuk uyarınca yargı bağışıklığını aşmak için ileri sürülen bir diğer argüman, karşı tedbir olarak *jus cogens* kural ihalleri karşısında zarar gören birey/bireyler lehine yargı bağışıklığının reddedilmesidir. Buna göre dünyanın çeşitli yerlerinde zarar gören bireylerin büyük bir kısmı, kendi devletininde zararlarının giderilmesini talep edememektedir. Bireylerin zararlarının giderimini sağlayacak uluslararası mekanizların işletilmesi de, yine zarar veren devletin söz konusu mekanizmanın içinde olması ve ilgili mahkemenin yargı yetkisini tanımasıyla mümkündür. Bu bakımdan davalı devletin yargı bağışıklığının reddedilmesinin, bireyin zararının giderilmesi için sorumlu devleti zorlamak açısından önem arz ettiği ifade edilmektedir. Ancak söz konusu tutum, karşı tedbire ilişkin düzenlemelere aykırılık teşkil etmektedir.[943] Sonuç olarak gerek klasik karşı tedbir gerek dayanışmacı karşı tedbir yaklaşımı, açıkça yargı bağışıklığının reddedilmesini öngörmemekte ve devlet uygulamaları da işbu yaklaşımı desteklememektedir.

Son olarak *jus cogens* kural ihlallerinde, bireylerin mahkemeye başvuru hakkının bir gereği olarak, forum devletinin sorumlu devletin yargı bağışıklığını kaldırması gerektiği tartışılmıştır. Ancak söz konusu tartışma bakımından, bireylerin

[942] HALL, s. 413 – 414.
[943] Van ALEBEEK, s. 345.

insan hakları ihlallerinden doğan zararlarının giderimi, uyuşmazlığın taraflarını ilgilendiren bir meseledir. Bu nedenle forum devletini, davalı devletin yargı bağışıklığını kabul etmesi sebebiyle eleştirmek yersizdir ve uluslararası toplumun büyük bir eksikliğini teşkil eden zarar giderimine ilişkin etkili bir araç sağlama yükümlülüğünü forum devleti üzerine yıkmak adil değildir.[944]

Yargı bağışıklığını, adaleti sağlamak adına, *jus cogens* kurallarla bertaraf eden yaklaşımlar, retorik niteliğe sahip olmaktan uzaktır. Bunun yanında, yargı bağışıklığını reddetmediği gerekçesiyle forum devletini, insan hakları ihlallerinden sorumlu tutmak mantıksızdır. İşbu durum karşında, forum devletinin uluslararası yükümlülüklerini ihlal etme riskine girmek istememesi anlaşılır bir durumdur. Sonuç olarak zarara sebebiyet veren ihlal ile ilgisi olmayan bir devlet bireyin zararlarının karşılanması, sorumlu devletin hukuka uygun davranmasını zorlayıcı bir sonuç doğurmayacaktır.[945]

Yargı bağışıklığının bireylerin zararlarının giderilmesi hakkı bakımından sınırlandırılmaması karşısında, devletlerin yargı bağışıklığının kabul edilmesi, bireylerin zararlarının giderilmesi hakkının sınırlandırılması olarak nitelendirilmektedir.[946] Dolayısıyla ağır insan hakları ihllaleri halinde, yargı bağışıklığının reddedilmesi, duygusal sebeplerle anlaşılabilir olsa da devletin sorumluluğu rejimini tamamen göz ardı eden bir yaklaşımdır. Özellikle insancıl hukuk ihlalleri neticesinde, verilen zararların tazmin edilmesi aşamasında her zaman bir aksaklık ya da eksiklik başgöstermektedir. Bireylerin birbirleriyle koordinasyon

[944] O'KEEFE, s. 1038.
[945] O'KEEFE, s. 1038- 1039.
[946] BOUDREAULT, François: "*Identifying Conflicts of Norms: The ICJ Approach in the Case of the Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)"*, Leiden Journal of International Law, Vol. 25, 2012, s. 1012.

sağlamaksızın kendi insiyatifleriyla açtıkları davaların kabul edilmesi ise, işbu soruna getirilebilecek en kötü çözümdür.[947]

Bununla birlikte çözüm bekleyen tazminat taleplerinin çokluğu karşısında *jus cogens* kurallara dayanılarak yargı bağışıklığının kapsamının daraltılmasının istenmesi anlaşılabilir bir girişimdir ve bu yaklaşımın uluslararası doktrinden destek alması da doğaldır. Buna karşılık, *jus cogens* kuralların kapsamı ve bu kuralları ihlal eden egemenlik tasarruflarının hangi hallerde yargı bağışıklığını devreden çıkaracağı hakkında önemli belirsizlik ve tartışma vardır. Bu belirsizlik ortamında, ulusal mahkemelerin son derece tartışmalı ve teknik uluslararası hukuk bilgisine ihtiyaç göstren *jus cogens* kavramına dayanarak yargı bağışıklığına dair değerlendirme yapmasını beklemek hem devletler arası ilişkileri yıpratacak hem de yargı yetkisi konusuda ihtilaflara yol açabilecektir.[948]

Devletin yargı bağışıklığını aşmak başka sorunlara da vücut vermektedir. Çünkü devletin yargı bağışıklığını kaldırmak suretiyle, bireyin zararının tazmin edilmesine hükmedilmesiyle süreç tamamlanmamakta, işbu noktada iç hukuk mahkemesinin verdiği hükmün icrası önem kazanmaktadır. Dolayısıyla da icrai yargı bağışıklığı engeli karşımıza çıkmaktadır.[949] *Jus cogens* kuralların ihlalleri bakımından yargı bağışıklığının reddedilmesiyle kazanılan davalar kısa-vadeli bir kazanım olacak; fakat cebri icra bağışıklığı sebebiyle hükmün uygulanması ve zararın tazmin edilmesi mümkün olamayacaktır.[950] Bu nedenle, bireylerin zararlarının giderilmesi mekanizmasının eksikliğini gidermek adına yargı

[947] TOMUSCHAT, s. 1140.
[948] KİBAR DARDAĞAN, s. 707.
[949] Bkz. O'KEEFE, s. 1002.
[950] ZDOBNOH – VARK, s. 166.

bağışıklığını hedef almak bu noktada akıllıca olmayacaktır.[951]

İnsan haklarının korunması, özellikle *jus cogens* olarak kabul edilen kuralların, günümüzde tamamen iç hukuk meselesi olarak kabul edilmesi mümküm değildir, aksine işbu kurallar uluslararası toplumun bütününü ilgilendirmektedir. Ancak ilgili durum devletlerin dünyanın dört bir tarafından dava kabul etmeleri sonucuna yol açmamalıdır. Devletler ancak ve ancak özel ve meşru sebepler vaki olduğunda başka devletler aleyhine yargı yetkisini kullanabilmelidir.[952]

Sonuç olarak devletlerin gerçekleştridiği *jus cogens* kural ihlalleri neticesinde binlerce ya da milyonlarca özel hukuk davalarıyla başa çıkmak iç hukuk mahkemeleri nezdinde oldukça zorluk yaratacaktır. Söz konusu yöntemle zarar giderimine gidilmesi, hem işlevsel değildir hem de imkansızdır. Dolayısıyla mağdurların zarar giderimini sağlayacak kurumların uluslararası hukuk düzeninde geliştirilmesi, uluslararası kamu düzeni bakımından daha elzemdir.[953]

F. Bireylerin Zararlarının Giderilmesi Bakımından Uluslararası Mekanizmaların Değerlendirilmesi ve Öneriler

1. Genel Olarak

Çalışmamızda değindiğimiz üzere, bireylerin zararlarının gideriminin farklı ulusal mekanizmalara bırakılması bir çözüm olmayıp, bireyleri bir sonuca ulaştırmamaktadır. Halbuki *jus cogens* kuralların ihlali karşısında, bireylerin zararının giderimi yükümü salt devletler üzerinde değil, uluslararası toplumun tümündedir.[954] İşbu nedenle bireylerin zararlarının giderilmesi açısından yine en

[951] O'KEEFE, s. 1040.
[952] REIMANN, s. 422.
[953] TOMUSCHAT, s. 1132.
[954] ORAKHELASHVILI, s. 243.

etkili yöntem, bizim de katıldığımız üzere, uluslararası mekanizmaların işletilmesi olacaktır.[955]

Uluslararası hukukun her ne kadar bireylerin zararlarının giderimi hakkını tanıdığı kabul edilse de, genelgeçer bir yöntem ve mekanizmanın düzenlendiği bir metne rastlamak mümkün değildir.[956] Bu nedenle de uluslararası hukuk sisteminde, bireylerin zararlarının giderilmesi mekanizmaları oldukça çeşitlidir. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere, diplomatik koruma, karma şikayet komisyonları, yargısal ve yarı yargısal mekanizmalar, uluslararası hukuk düzeninde yer alan mekanizmalar olarak karşımıza çıkmaktadır.[957]

Bireylerin zararlarının giderilmesi yöntemleri bakımından, özellikle insan hakları mekanizmalarının oldukça yaygın ve gelişmiş olduğunu söylemek mümkündür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi, gerek insan hakları gerek *jus cogens* kural ihlallerine vücut veren ağır insan hakları ihlalleri karşısında bireylerin zararlarının giderimini sağlayacak yargısal mekanizmalar olarak uluslararası sistemde varlıklarını sürdürmektedir.[958] İşbu yargısal organlar yanında, BM nezdinde akdedilen Sözleşmeler tarafından kurulan izleme komiteleri de, bireylere sağlanan bir başvuru mekanizması olarak önem arz etmektedir.[959]

Söz konusu izleme komitelerinin karar alma usulleri birbiri ile oldukça yakındır. Sözleşme'nin kendilerine sağladığı hakları ihlal edilen bireyler, ihlali gerçekleştiren

[955] BOTTIGLIERO, s. 78.
[956] BUYSE, s. 153.
[957] GILLARD, 2003, s. 549 Yarı yargısal mekanizmalar için bkz. BOTTIGLIERO, s. 251 – 252.
[958] Evolution of Victims' Right to Access to Justice, s. 3.
[959] Örneğin İnsan Hakları Komitesi, Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, İşkenceye Karşı Komite, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Komistesi, Engelli Hakları Komitesi, Zorla Kaybettirilen Kişilerin Korunması Sözleşmesi'nde kurulan komite vs.

devlet aleyhine ilgili komiteye yazılı başvuruda bulunabilirler. Ancak söz konusu komiteye başvurabilmek için, usulü düzenleyen ihtiyari protokollerin devletler tarafından onaylanmış olması ya da bireylerin komiteye başvurularını kabul ettiklerini beyan etmeleri gerekmektedir. Yarı-yargısal organ olarak ilgili komiteler, sözleşmelerin ihlalini tespit ederek, devletlere ihlale uğrayan bireylerin zararlarını gidermesini tavsiye eder. Ancak söz konusu komitelerin kararları bağlayıcı değildir.[960]

Uluslararası hukuk düzeninde, bireylerin uluslararası mekanizmalara başvurma ve sonuç almalarının zorluğu karşısında ve ulusal mekanizmaların da bu soruna çözüm olmaması nedeniyle, bireylerin zararlarının giderilmesi bakımından daha etkili bir çözüm sunan uygulamalara dikkat çekmek önem arz etmektedir. Dolayısıyla öncelikle daha etkili mevcut mekanizmalar incelenecek ve söz konusu mekanizmaların yanında, uluslararası hukuk düzeninde bireylerin zararlarının giderilmesi mekanizması olarak ortaya atılan öneriler de ele alınacaktır.

2. Mevcut Uluslararası Mekanizmaların Değerlendirilmesi

a. Tazminat Komisyonları Örneği

Bireyler, uluslararası hukuk ihlallerinden doğan zararlarının giderilmesinde, uluslararası sistemde daha etkili çözüm almaktadır. Örneğin özellikle çatışma sonrası uyuşmazlıkların çözümü sürecinde, özel mahkemelerin ve bireylerin zarar giderim taleplerinin alınması için şikayet komisyonlarının kurulması işbu değerlendirmeyi güçlendiren durumlardır.[961]

[960] Evolution of Victims' Right to Access to Justice, s. 17.
[961] GILLARD, s. 539.

Yıllar içinde bilindiği üzere BM çok sayıda uyuşmazlık ve uyuşmazlık sonrası durumları için barışı kurma ve koruma operasyonları düzenlemiştir. Söz konusu operasyonlarda BM'nin en önemli rollerinden biri de devletlerin bireylere karşı sorumluluğunun, yargılama ve uzlaştırma sürecinde gözden kaçırılmamasını sağlamak olmuştur.[962] BM, klasik savaş sonrası ikili antlaşmalar akdetmeyi içeren çözüm yöntemlerinin artık uygulanamadığı durumda devreye girerek, daha etkili bir yöntem ortaya koymuştur.[963]

Nitekim I. Körfez Savaşı'ndan sonra kurulan Birleşmiş Milletler Zararların Tazmini Komisyonu (BMZTK) büyük ölçekli zarar giderim programının başarıyla uygulandığı ilk örneklerden biridir.[964] Komisyon yarı-yargısal bir organ olarak, Irak'ın Kuveyt'i işgali esnasında oluşan kayıp ve zararı, çevresel zarar da dahil olmak üzere, zarar gören devletlerin, gerçek ve tüzel kişilerin zararlarını Irak'tan talep etmeleri için bir başvuru mercii olarak kurulmuştur.[965]

Komisyon'un ilk sekreteri Büyükelçi *Carlos Alzamora'nın* da belirttiği üzere, klasik bir tahkim ya da mahkemeden farklı olarak Komisyon, zarar gören bireyler için adaleti tesis etmek için özel bir usul uygulamıştır.[966] Komisyon, işbu kendine has

[962] EVANS, s. 132- 133.
[963] TOMUSCHAT, 2015, s. 359.
[964] TAYLOR, Linda: *"The United Nations Compensation Commission*", içinde **Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity Systems in Place and Systems in the Making** (FERSTMAN, Carla- GOETZ, Mariana – STEPHENS, Alan ed.), Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2009, s. 196.
[965] GILLARD, 2003, s. 541; HEISKANEN, V."*The United Nations Compensation Commission"*, The Hague Academy of International Law, Collected Courses, Vol. 296, 2002, s. 259.
[966] WÜHLER, Norbert: "*The United Nations Compensation Commission: A New Contribution to the Process of International Claims Resolution"*, Reflections on the UN Compensation Commission, The United Nations Compensation Commission, Thirteenth Sokol Colloquium, (LILLICH, R. ed.), 1995, s. 349 - 350.

mekanizması sayesinde, klasik post uyuşmazlık çözümü mekanizmalarından ayrılmaktadır.[967]

Öngörülen başvuru usulü uyarınca, bireylerin ve şirketlerin, hükümetler kanalıyla ya da uluslararası örgütler kanalıyla, Komisyon'a başvurmaları mümkün kılınmıştır. Hükümetler sadece kendi vatandaşlarının değil, tabiiyet ilişkisi dolayısıyla diplomatik korumanın ötesinde, kendi ülkesinde ikamet eden kişiler için de başvuruda bulunma hakkına sahiptirler.[968]

Komisyon bakımından en önemli zorluk, belli bir zaman dilimi içinde bireylerin şikayetlerini değerlendirmek ve sonuçlandırmak olmuştur. Komisyon, ilgili zorluğu aşmak adına çok sayıda başvuru arasında bir denge gözetecek şekilde bir usul izlemiş ve başvuruların bir çoğu toplu başvuru yöntemleriyle, geri kalan başvurlar da bireysel olarak ele alınıp sonuçlandırılmıştır. Komisyon eliyle 15 yıldan az bir sürede 2.7 milyon başvuru sonuçlandırılmıştır.[969]

BM Şikayet Komisyonu dışında, Eritre- Etiyopya uyuşmazlığı sonrasında 2000 yılında, Eritre-Etiyopya Şikayet Komisyonu kurulmuştur. Eritre Etiyopya Barış Antlaşması çerçevesinde kurulan komisyonun görevi; hükümetlerin ve her bir tarafın tabiiyeti altındaki gerçek ve tüzel ikişilerin birbirine karşı kayıp ve zararın tazmin edilmesine ilişkin taleplerini almak ve sonuçlandırmak olmuştur. Söz konusu kayıp ve zararların, çatışma esnasında meydana gelen insancıl hukuk ihlallerinden doğması öngörülmüştür.[970]

[967] BOTTIGLIERO, s. 90; EVANS, s. 139.
[968] BOTTIGLIERO, s. 92
[969] TAYLOR, s. 213.
[970] Peace agreement, art.5, para.1

İnsancıl hukuk ihlalleri karşısında, bireylerin zarar giderimini talep hakkının varlığına rağmen, zarar giderimine ilişkin uluslararası bir mekanizmanın yokluğu ve ulusal mekanizmaların sonuçsuz kalması karşısında, şikayet komisyonlarının kurulması, uluslararası sistemdeki bir eksikliğe cevap vermektedir. Uluslararası bir organdan ziyade özel bir komisyonun kurulması da, Komisyon'un daha iyi donatılması ve yetkilendirilmesi sayesinde, ihlalin ağırlığıyla orantılı olarak bireylerin zararlarının giderilmesi bakımından daha etkili bir çözüm sağlamaktadır.[971]

Şikayet komisyonları bakımından eleştiri noktalarından bir tanesi, bireysel başvuruların sınırlı olmasıdır. Toplu şikayet yönteminin uygulanması nedeniyle, bireyler başvuruda bulunsa da, bireylerin Komisyon'un değerlendirme sürecine katılmaları mümkün değildir. Şikayet komisyonları tarafından eleştirilen bir diğer husus da, komisyonların *ad hoc* karakteridir. Çünkü komisyonlar, her çatışma sonrası çözüm sürecinde değil, sadece siyasi durumun elverdiği durumlarda kurulmaktadır.[972]

Nitekim I. Körfez Savaşı sonrasında, BMZTK'nın kurulmasına verilen destek istisnai olup, Komisyon'un kurulması Irak'ın tazminat taleplerini karşılayabilecek ekonomik altyapısı sayesinde mümkün olmuştur.[973] Ancak şikayet komisyonlarının, zararı gidermekle yükümlü devletin ekonomik gücüne göre kurulması aslında, bireylerin zararlarının giderilmesi açısından olumlu bir durumdur. Böylelikle

[971] ZEGVELD, s. 522; TOMUSCHAT, s. 1132.
Ancak burada Uluslararası Daimi Tahkim Mahkemesi'nin de oynadığı role değinmek gerekmektedir. Söz konusu şikayet komisyonlarının *ad hoc* karakteri nedeniyle, komisyonların sekretaryası ve idari işleri Tahkim Mahkemesi eliyle yürütülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. KRISTJANSDOTTIR, s. 169 – 170.
[972] ZEGVELD, s. 523.
[973] HOUTE Hans Van- DAS Han- DEL MARTINO Bart: *"The United Nations Compensation Commission*", içinde **The Handbook of Reperations** (Pablo de GREIFF ed.), Oxford University Press, NewYork, 2006, s. 369; WÜHLER, Norbert: *"The United Nations Compensation Commission*", içinde **State Responsibility and the Individual** (RENDELZHOFER, A. – TOMUSCHAT, C. ed.), Kluwer Law International, The UK, 1999, s. 229.

bireylerin, başvuru mekanizmalarında ekonomik zorluklarla karşılaşmaları engellenmiş ve başvuru neticesinde lehine verilen tazminatı fiilen alabilmeleri garanti altına alınmış olmaktadır.[974]

Son olarak, söz konusu örneğin bir daha tekrarlanmasının neredeyse imkansız olduğu ve BM Güvenlik Konseyi'nde de, benzer bir örneğin kurulmasına ilişkin bir yaklaşım olmadığı ifade edilmektedir.[975] İşbu bakımdan BMZTK, önemli bir başarı olarak değerlendirilse de, şikayet komisyonlarının yaygınlaşmaması ve *ad hoc* karakteri, BM açısından insancıl hukuk ihlallerinde yeni bir zararların giderilmesi mekanizması yaratılması fırsatı kaçırıldığının bir göstergesi olarak değerlendirilmektedir.[976]

Her ne kadar Komisyon, taleplerin çözüme kavuşturulduğu bir forum olsa da, kısa sürede çok sayıda başvuruyu çözüme kavuşturmuş ve başka uyuşmazlıklar için de Komisyon kurulmasına öncülük etmiştir.[977] Nitekim Eritre-Etiyopya şikayet komisyonunun kurulması, bu savı destekler niteliktedir. Ayrıca, ilgili Komisyon kurulmasaydı, tüzel kişilerin ve gerçek kişilerin, Irak'ın o dönemdeki yönetimini de göz önüne alırsak, ulusal mekanizmalarla Irak hükümetinden zararlarını tazmin etmeleri çok büyük ihtimalle söz konusu olamayacaktır. Komisyon kurulması örneğinin, devamlı olup olmayacağı da ancak ileride anlaşılabilecek bir durumdur.

[974] TOMUSCHAT, 2014, s. 95.
[975] BILKOVA, Veronika: "*Victims of War and Their Right to Reparation"*, Miskolc Journal of International Law, Vol. 4, No. 2, 2007, s.6; GILLARD, 2003, s. 550; WÜHLER, s. 229.
[976] BOTTIGLIERO, s. 90; CARON, David: "*The United Nations Compensation Commission for Claims Arising Out of the 1991 Gulf War: The Arising Prior to Decision*", J. Transnational Law&Policy, Vol. 14, Iss. 2, 2005, s. 228.
[977] BOTTIGLIERO, s. 91.

b. Uluslararası Vakıf Fonu Kurulması Örneği

Çalışmamızda daha önce de belirttiğimiz üzere, *ad hoc* Mahkemeler, yargılamalar esnasında mağdurları ve mağdurların haklarını dikkate almamıştır. Uluslararası ceza mahkemelerinin temel amacı, öncelikle statülerinde öngörülen suçları işleyen kişileri cezalandırmak olmuştur. Dolayısıyla, bireylerin zararlarını tazmini aracı aracı olarak işlevleri sınırlı/neredeyse yoktur. Ancak söz konusu işlevi mahkemeye kazandırmak adına aslında atılan birtakım adımlar vardır.[978] Ayrıca şikayet komisyonun kurulması da, bireylerin zararlarının gideirimi için bazşvuru mekanizmalarının yokluğu karşısında etkili bir yöntem olarak uygulanmıştır. Ancak, Komisyon'un *ad hoc* karakteri eleştirilen noktalardan biri olmuştur.

İşbu noktada, *ad hoc* örneklerle başlayıp en sonunda genel-geçer bir sisteme evrilen UCM'nin, uluslararası suçların mağdurlarının zararlarının giderilmesi için en uygun çözümü sunduğu ifade edilmektedir. Çünkü zararların giderilmesi hususunda en yenilikçi ilke ve standartlar kodifiye edilmiştir. UCM Statüsü, kovuşturmanın belli aşamalarına mağdurların da yer almasına izin vermektedir. Mağdurlara savcılık kanalıyla yürütülmek üzere soruşturma açılmasını sağlama olanağı vermektedir. Bunun yanında Roma Statüsü'ne pek çok devletin taraf olması da, UCM Statüsü'nde zararların giderimine ilişkin kodifiye edilen ilkelerin desteklendiğini ve uluslararası toplumun uluslararası suç mağdurlarının yararına işletilecek yeni ve daha etkili bir zarar giderim mekanizması kurulmasına hazır olduğunu da göstermektedir.[979] Nitekim kurulan Vakıf Fonu, buna örnek olarak gösterilmektedir. Vakıf Fonu, uzun

[978] Ceza yargılamasının temel amacı, faili işlediği suç dolayısıyla yargılayıp mahkum ederek, faile kamu düzenine ilişkin bir yaptırım uygulamaktır. Her ne kadar mağdurun uğradığı haksızlığın bir nebze telafi edilmesi de söz konusuysa da, ceza yargılamasının mağdur bireyin zararını (ayni olarak) doğrudan karşılamak gibi bir misyonu yoktur.
[979] BOTTIGLIERO, s. 242.

süren yargılama süreci nedeniyle suçun mağdurlarının tazminattan mahrum bırakılmasını önleme işlevi görmek amacıyla kurulmuştur.[980] Bu sebeple UCM Vakıf Fonu, zararların giderilmesi açısından, UCM'yi tamamlayan bir işleve sahiptir.[981]

UCM Vakıf Fonu, *ad hoc* mahkemeler, komisyonlar ya da idari programlar gibi toplu talep yöntemlerinin çoğunda bulunan ortak özellikleri barındırmaktadır.[982] Fon, Mahkeme'de yürütülen soruştuma ve kovuşturma aşamasından bağımsız hareket etmekte; bu durum da ortada devam eden bir soruşturma olmasa dahi uluslararası suçların mağdurlarına Fon aracılığıyla yardım ulaştırılması mümkün kılmaktadır.[983] Vakıf Fonu aynı zamanda, zarar gören bireylere rehabilitasyon yardımı ve geçimlerini sağlama imkanı vermektedir.[984]

Bireylerin zarar giderimine ilişkin hakları ve başvuru yöntemlerine ilişkin kodifikasyon çalışmaları ve UCM Vakıf Fonu'nun kurulması göstermiştir ki hukuk kurallarının varlığı tek başına çatışmanın yaralarını sarmaya yeterli değildir.[985] Bu nedenle bireylerin özellikle iç hukuk sistemlerinde zararlarını talep etmeleri mekanizmalarının çalışmaması ya da çalışsa dahi elde edilen kararların icra

[980] KRISTJANSDOTTIR, s. 173.
[981] Reparations and the Trust Fund For Victims, s. 21.
[982] KRISTJANSDOTTIR, s. 168.
[983] EVANS, s. 12; SHELTON, D.: **Remedies in International Human Rights Law**, 2nd edition, Oxford University Press, UK, 2005, s. 236; Reparations and the Trust Fund For Victims, s. 21.
Öteki taraftan hazır fonların sadece zarar gören bireyler ve aileler için kullanılması yükümlülüğünü yorumlamak ve fonun nasıl dağıtılacağına karar vermek, taraf devletler kurulunun insiyatifindedir. Dolayısıla Fon'un yardım kapsamının UCM'de kovuşturulmayan olaydan zarar gören bireylerin de zararlarının gidermek adına genişletilmesinin madde 79/I'e aykırılık teşkil edeceği ifade edilmektedir. Çünkü madde 79'da belirtildiği üzere, Vakıf Fonu, Mahkeme'nin yargı yetkisine giren suçların mağdurları ve ailelerinin zararlarının giderilmesi amacıyla kurulmuştur. BOTTIGLIERO, s. 230 – 231.
[984] EVANS, s. 15.
[985] KRISTJANSDOTTIR, 167-168.

edilememesi dolaysıyla, UCM Vakıf Fonu'nun, zararların giderilmesi bakımından birincil kaynak haline gelmesi olasılık dahilindedir.[986]

UCM Statüsü'nde zarar giderimine ilişkin ilkelerin kodifiye edilmesi önemli bir gelişme olarak değerlendirilse de Vakıf Fonu'nun yapısı ve işletilmesi sebebiyle işlevsel olmadığı yorumu da yapılmaktadır.[987] Zararın giderimi bakımından karşılaşılabilecek sorunlar; kovuşturmaların sonuçlanmasının gecikmesi, sanıklardan mağdur bireylerin zararlarını gidermesinin mümkün olmaması, sınırlı yargı yetkisi, Vakıf Fonu'nun yetersiz finans kaynağı ve bilgi eksikliği sebebiyle en çok ihtiyacı olan bireylere yardım ulaştırılamaması şeklinde sıralandırılmaktadır.[988] Ayrıca değişen dünyada, kalıcı bir uluslararası organ kurmanın birtakım sakıncaları bulunmaktadır. Söz konusu organın zararların giderilmesi hususuna karşı ilgisini kaybedip dikkatini içe yöneltmesi ve bürokratik sebeplerle zararların giderilmesinin gecikmesi olasılığına da dikkat çekilmektedir.[989]

Vakıf Fonu ile ilgili önemli tartışma konularından bir diğeri de Fon'un nasıl finanse edileceğine ilişkin olmuştur. Gerek UCM'nin gerek Vakıf Fonu'nun BM organı olmaması dolayısıyla, düzenli bir bütçesi yoktur. Fon'un işlemeye başladığı 2007 yılında 1,450,000 euro bağış toplasa da, bütçesini nasıl sağlayacağı gelecekte önemli sorunlardan biri olacaktır. Halihazırda devletlerden sağlanan bağış dışında, Fon'un başka geliri yoktur.[990] Bunun yanında Vakıf Fonu'nun, UCM'nin yargı

[986] BOTTIGLIERO, s. 225.
[987] BOTTIGLIERO, s. 242.
[988] EVANS, s. 14; GRECO, G.: *"Victims' Rights Overview under the ICC Legal Framework: A Jurisprudential Analysis",* International Criminal Law Review, Vol. 7, 2007, s. 531–547; The Redress Trust, "*Report on the Impact of the Rome Statute System on Victims and Affected Communities"*, London, 22 March 2010.
[989] KRISTJANSDOTTIR, s. 195.
[990] EVANS, s. 12- 13.

yetkisine giren davalarda zararların giderilmesi için gönüllü kaynak sağlamak isteyen hükümetlerle ve şirketlerle bağımsız olarak görüşmesi olanağı da tartışılmaktadır.[991]

İnsancıl hukuk ihlalleri yanında, insan hakları hukuku alanında da kurulan bir vakıf fonu örneği bulunmaktadır. Söz konusu İnsan Hakları Vakıf Fonu, insan hakları hukuku alanında mağdurlarının zararlarının giderilmesini teminat altına alınmak amacıyla, Avrupa Konseyi tarafından Mart 2008'de kurulmuştur. Fon'un kurulmasının temel amacı, Konsey üyelerinin AİHS ve Konsey nezdinde akdedilen diğer insan hakları metinlerinin uygulanmasını destekleyici faaliyetleri finanse etmektir. Söz konusu faaliyetler içinde, özellikle etkili zarar giderim mekanizması sağlamak adına, ulusal düzeyde gerçekleştiren yasama ve yürütme faaliyetlerinin Sözleşme'ye uygunluğunu denetleyen mekanizmaları desteklemek, insan hakları ihlallerini önleyen ya da zararların giderimini öngören ulusal mekanizmaların uygulanmasını temin altına almak vardır.[992]

Sonuç olarak bireylerin zararlarının giderilmesini temin etmek amacıyla uluslararası vakıf fonu kurulması, yeni bir fenomen olup farklı koruma mekanizmalarına da sirayet etmiştir. Bu nedenle, tüm bu eleştirilere ragmen, uluslararası hukuk düzeninde zararların giderilmesi mekanizması olarak bir dönüm noktası olduğu söylenebilir.[993]

[991] BOTTIGLIERO, s. 229; EVANS, s. 14.
[992] EVANS, s. 66. Ayrıca bkz. http://www.coe.int/t/dghl/humanrightstrustfund/default_en.asp et. 01.08.2016.
[993] EVANS, s. 15.

3. Önerilen Uluslararası Mekanizmalar

a. Yargı Yetkisinin Genişletilmesi Önerisi

Yargı yetkisinin genişletilmesi bakımından, en çok tartışma konusu haline getirilen mekanizma Uluslararası Adalet Divanı olarak karşımıza çıkmaktadır. Uluslararası hukuk düzeninde UAD'nin konu bakımından yargı yetkisi, diğer uluslararası mahkemelere nazaran, geniş olmasına rağmen, kişi bakımından yargı yetkisi nedeniyle, önüne gelen uyuşmazlığın sayısı ve konusu mecburen sınırlı kalmaktadır.[994]

UAD'nin yargı yetkisi özellikle iki açıdan tartışma konusudur. Bunlardan biri, kişi bakımından yargı yetkisi üzerinedir. İlgili tartışma kapsamın taraf ehliyetinin genişletilmesi, yani sadece devletlerin değil, diğer uluslararası hukuk sujelerinin de UAD önünde davaya taraf olabilmesi tartışılmaktadır.[995] İkinci husus da, yargı yetkisinin zorunlu hale getirilmesidir. Söz konusu durumda, kanımızca uluslararası hukukun kapsamına giren bir uyuşmazlığın UAD önüne taşınması zorunlu hale gelerek, uyuşmazlığın yıllarca çözümsüz askıda kalması söz konusu olamayacaktır.

Konumuz açısından UAD'nin öncelikle kişi bakımından yargı yetkisinin genişletilmesi önem arz edebilir. Özellikle, bireylerin zararlarının giderilmesi mekanizması olarak, bireylerin mensup oldukları toplumun çıkarlarını da ileri

[994] Bazı yazarlarsa, Divan'ın mevcut uluslararası hukuku ortaya koymaktan başka bir işe yaramadığını, Divan'dan uluslararası hukukun gelişimini sağlayacak ilerici adımları beklemenin yersiz olduğunu ileri sürmektedir. HERNANDEZ, s. 48.

[995] Burada action popularis'in önemi, tek bir dava ile zarar gören birden fazla kişinin taleplerinin ileri sürülmesinin sağlanmasıdır. Çünkü ağır insan hakları ve ciddi insancıl hukuk ihlalleri karşısında zarar gören bireylerin pek çoğu tek başına zararlarının giderilmesini talep imkanına sahip olamamaktadır. ACEVES, William: "*Actio Popularis? The Class Action in International Law"*, The University of Chicogo Legal Forum, Vol. 2003, Iss. 1, 2003, s. 354.

sürmek adına UAD'ye başvurmalarının yani *actio popularis'in* önü açılabilir.[996] Nitekim söz konusu mesele yeni bir tarışma değildir. Bireylerin ve devlet dışı aktörlerin başvuru hakkı, Milletler Cemiyeti zamanında, Daimi UAD'nin Statüsü'nün hazırlandığı dönemde de gündeme gelmiştir.[997] Yine aynı şekilde, özellikle *actio popularis'in* UAD'nin yargı yetkisinin kapsamına alınması ve Divan bünyesinde genel avukatlık birimi oluşturulması teklif edilmiştir.[998]

İşbu durumda da, UAD'nin yargı yetkisinin zorunlu hale getirilmesi anlamlı olacaktır. Bireyin/bireylerin, ağır insan hakları veya ciddi insancıl hukuk ihlallerine maruz kalan kişiler adına, sorumlu devlete karşı açtığı davada, devletin UAD'nin yargı yetkisini reddedememesi halinde, kişi bakımından yargı yetkisinin genişletilmesi kanımızca etkili bir araç olabilecektir. [999]

Son olarak işbu öneri bakımından da çekimser kalınabilecek noktalar da belirtilmelidir. Şöyle ki, *actio popularis'in* ulusal hukuk düzeninde bile uygulanması pek mümkün değilken, uluslararası hukuk düzeninde nasıl uygulanacağı soru işaretleri oluşturmaktadır.[1000] Bu bağlamda, UAD'nin yargı yetkisinin zorunlu hale getirilmesi beraberinde kararın uygulanmasına ilişkin devletlerin tutumunun ne

---

[996] Bkz. BANKAS, s. 299; Prof. CHINKIN'in yorumu, içinde **Increasing Effectiveness of the International Court of Justice** (CONNIE, Peck – LEE, Roy S. ed.), Martinus Nijjhof Publishers, The Netherlands, 1997, s. 51. Ayrıca bkz. Prof. ABI-SAAB'ın yorumu, içinde **Increasing Effectiveness of the International Court of Justice** (CONNIE, Peck – LEE, Roy S. ed.), Martinus Nijjhof Publishers, The Netherlands, 1997 s. 68 -69.
UAD'nin *actio popularis'i* Güneybatı Afrika Davalarında reddettiği görülmektedir. *Southwest Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, s. 47, para. 88. Ancak Yargıç Jessup ayrı görüşünde jus cogens kural ihallerine karşı actio populis'in devletler tarafından kabul edildiğini ileri sürmüştür. ICJ Reports 1966, s. 387 – 388,

[997] VICUNA, Francisco Orrego: "*Individuals and Non-State Entities before International Courts and Tribunals*", Max Planck UNYB, Vol. 5, 2001, s. 56. (53 – 66)

[998] VICUNA, s. 58.

[999] Bunun yanında bireysel başvuru hakkının tanındığı evrensel insan hakları komitesi ve bölgesel insan hakları mahkemeleri nezdinde de actio popularis yani toplu dava açılabilmesinin gerekli ve işlevsel olacağı ileri sürülmektedir. Kanımızca söz konusu mekanizmaların işbu yönde reforma tabi tutulması da bireylerin zararlarının giderilmesi taleplerinin karşılanması açısından önemli bir adım olacaktır. ACEVES, s. 359 – 401.

[1000] Van ALEBEEK, s. 307.

olacağını da sorgulanmaktadır. Çünkü devletlerin zorunlu yargı yetkisi karşısında, bu kez UAD'den çıkan kararı uygulamama eğiliminde olması mümkündür.[1001]

b. Yeni Bir Uluslararası Mahkeme Kurulması Önerisi: Dünya İnsan Hakları Mahkemesi (DİHM)

Yukarıda yer verdiğimiz üzere, insan hakları sözleşmelerini izleme mekanizmaları, sözleşmelerin uygulanmasına ilişkin bireylerin başvurularını kabul etse de, komitelerin verdiği kararların bağlayıcı olmaması, işbu mekanizmaların etkililiğini zedelelemektedir. Bölgesel insan haklarının korunması mekanizmaları ise oldukça etkili olmakla birlikte, evrensel bir mekanizma olmaması nedeniyle yetersiz kalmaktadır. Avrupa yanında Amerika ve Afrika'da da var olan mekanizmalar, işleyişleri ve bireylerin zararlarının gideriminin gerçekleştirilmesi bakımından aynı verimliliğe sahip değildir. Kaldı ki Asya için, bir denetim ve kontrol mekanizması dahi bulunmamaktradır.

Von Boven/Bassiouni ilkelerinin de öngördüğü üzere bireylerin zararlarının giderimi hakkının varlığı ve korunması, uluslararası hukuk düzeninde bir yükümlülüktür. İşbu nedenle bireylerin zararlarının giderimi hakkının korunmasını ve kullanılabilmesini sağlayacak evrensel bir mekanizmanın varlığı şarttır. İşbu

[1001] İlgili durumda isteğe bağlı yargı yetkisinin, kararların uygulanmasında daha etkili olduğu ifade edilmektedir. BLEICHERT, Maura A.: "*The Effectiveness of Voluntary Jurisdiction in the ICJ: El Salvador v. Honduras, A Case in Point"*, Fordham International Law Journal, Vol. 16, Iss. 3, 1992, s. 839.
Ancak isteğe bağlı ya da zorunlu yargı yetkisi olsun olmasın, kararların uygulanmamasının her zaman riski bulunmaktadır. Nitekim çalışmamızın önceki başlığında da ele aldığımız üzere, İtalya UAD'nin yargı yetkisini kabul etmesine ve kararı uygulamak adına gerekli iç hukuk düzenlemelerini yapmış olmasına rağmen, en nihayetinde, kararın uygulanması halihazırda mümkün olmamıştır.

noktada, bir Dünya İnsan Hakları Mahkemesi'nin (DİHM) kurulması önerisi getirilmektedir.[1002]

DİHM'in konu bakımından yargı yetkisinin kapsamında, BM nezdinde ekdedilen insan hakları sözleşmelerinin olması öneri dahilindedir. Böylece, BM insan hakları sözleşmeleri eliyle kurulan izleme komitelerine nazaran daha etkili bir sistem kurulması amaçlanmaktadır.[1003]

Söz konusu Mahkeme'nin statüsünün onaylanması ve Mahkeme'nin konu bakımından yargı yetkisinin kabul edilmesinin, devletlerin iradelerine bırakılması önerilmektedir. Bunun yanında, hükümet dışı örgütlerin ve uluslararası şirketlerin de, Mahkeme Statüsü'ne taraf olmaları ve Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmelerinin teşvik edilmesi planlanmaktadır.[1004] Nitekim söz konusu Mahkeme'nin Statüsü için 2014 yılında taslak bir metnin kaleme alınması çalışmalarına başlanıldığı da duyurulmuştur.[1005]

Oxford Martin School'un Gelecek Kuşaklar İçin İnsan Hakları Programı'nın 9 Mayıs 2016 tarihinde düzenlediği açık oturumda, DİHM'in kuruluşu değerlendirilmiştir. DİHM'in kuruluşunu destekleyen *Martin Scheinin*, insan haklarının evriminin bir gereği olarak Mahkeme'nin kuruluşunun önemini belirtmiştir. Ona göre Mahkeme'nin kurulması hem insan haklarına uyulmasını hem de bireylerin zararlarının giderilmesini sağlayacak daha etkili bir makanizma oluşturacaktır.[1006]

[1002] NOWAK, Manfred: *"The Need for a World Court of Human Rights",* Human Rights Law Review, Vol. 7, Iss. 1, 2007, s. 254.
[1003] bkz. http://www.worldcourtofhumanrights.net et. 01.08.2016.
[1004] NOWAK, s. 256 – 257.
[1005] http://www.worldcourtofhumanrights.net et. 01.08.2016.
[1006] "A public debate: 'A world court for human rights?", Mayıs 2016. Açık oturuma ulaşmak için bkz. http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/videos/view/555 et. 15.08.2016.

Scheinin'e göre, insan haklarına ilişkin evrensel bir yargı mekanizması fikri yeni değildir. 1948 yılında İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin kaleme alındığı esnada, evrensel bir Mahkeme kurulması, Avustralya tarafından teklif edilmiştir. Nitekim İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, BM nezdinde akdedilen insan hakları metinlerine vücut vermiştir. Günümüzde *Scheinin* belirttiği üzere devletler arasında BM insan hakları sözleşmelerine katılım oranı oldukça yüksektir. Yani devletler DİHM'in konu bakımından yargı yetkisini oluşturacak mekanizmalara zaten geniş ölçekte katılım göstermektedirler.[1007]

Söz konusu tartışmada *Sarah Cleveland* ise, karşı argüman olarak DİHM'e ihtiyaç duyulmadığını ve DİHM'in kurulmasının insan haklarının korunmasını geliştirmek adına da uygun bir çözüm olmadığını ileri sürmüştür. Öncelikle *Cleveland*, böyle bir mahkeme kurulması için uygun bir zamanda olmadığımızı, çünkü devletlerin ulus-üstü insan hakları koruma mekanizmalarına şüpheyle yaklaştığını belirtmiştir. Ayrıca devletlerin ilgili mekanizmaların yargı yetkisini kabul etmede veya kararlarını uygulamada isteksiz davrandığı bir dönemde olduğunun altını çizmiştir. Devletlerin, BM insan hakları sözleşmeleri organlarının bir araya getirilmesine bile sıcak bakmadığı ortamda, evrensel bir insan hakları mahkemesi kurulmasını destekleyeceklerini söylemek mümkün değildir. Bunun yanında DİHM kurulması iyi bir fikir de değildir. Çünkü Mahkeme'nin kurulması için harcanacak çaba, mevcut koruma mekanizmalarına da zarar verecek ve daha etkili olmayacaktır. *Cleveland'a* göre yapılması gereken, mevcut mekanizmaların

[1007] "A public debate: 'A world court for human rights?", Mayıs 2016. Açık oturuma ulaşmak için bkz. http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/videos/view/555 et. 15.08.2016. Scheinin'in sunumunda belirttiğine göre, devletlerin %95,5'i söz konusu sözleşmelere taraftır. %95'i de uluslarası mekanizmalara başvuru hakkını kabul etmiştir. %74'ü de bireylerin başvuru hakkını kabul etmiştir.

işleyişini güçlendirmek ve bölgesel/evrensel mekanizmalar arasındaki iletişimi ve koordinasyonu sağlamak olmalıdır.[1008]

[1008] A public debate: 'A world court for human rights?", Mayıs 2016.

SONUÇ

20. yüzyıl uluslararası toplumunun maruz kaldığı dünya savaşları, bölgesel savaşlar ve iç savaşlar/çatışmalar, pek çok insancıl hukuk ihlallerini beraberinde getirmiş; gerek savaş zamanında gerek barış zamanında da insan hakları hiçe sayılmıştır. Bu nedenle I. ve II. Dünya Savaşı'ndan sonra insancıl hukuk; II Dünya Savaşı'ndan sonra insan hakları hukuku, uluslararası toplumun gündemine yerleşmiştir. Böylelikle bireyleri gerek savaş gerek barış zamanı egemenlerin/çatışan grupların zulmünden korumak ve zarar görmeleri halinde gerekli tazminat ve cezalandırma yöntemlerini oluşturmak amacıyla düzenlemeler yapılmıştır. Nitekim *jus cogens* kuralın amacı da, yine egemenleri çeşitli faaliyetleri bakımından sınırlandırmak ve *jus cogense* aykırı faaliyetler karşısında yaptırımlar öngörerek, egemenlere karşı bireyleri korumaktır.

Jus cogens kurallar, işbu amaçlardan hareketle özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra 1969 tarihli VAHS ile kodifiye edilmiştir. *Jus cogens* kuralların varlığı ve kapsamı halen daha tartışma konusu olsa dahi, varlık sorununu tartışması, gerek doktrin gerek mahkeme kararlarındaki genel kabul uyarınca, kanımızca etkinliğini yitirmiştir. *Jus cogens* kurallar bakımından ele alınması gereken temel hususlar, *jus cogens* kuralların kapsamı ve uluslararası hukukun diğer kaynakları üzerindeki hukuki etkisidir.

Jus cogens kuralların kapsamı bilindiği üzere 1969 tarihli VAHS ile düzenlenmemiştir. 1969 tarihli VAHS sadece *jus cogens* kuralın ne olduğunu ve hukuki etkisini, uluslararası antlaşmalar bakımından düzenlenmiştir. Dolayısıyla *jus cogens* kuralların kapsamı, bilinçli olarak, uluslararası toplumun yaşayacağı evrilmeye bağlanmıştır. Halen daha tartışmalı olmakla birlikte gerek doktrin gerek

mahkeme kararlarının üzerinde birleştiği *jus cogens* kurallar şunlardır: Kuvvet kullanma yasağı, işkence, soykırım, ırk ayrımcılığı, kölelik, saldırı Görüldüğü üzere, *jus cogens* yasaklar olarak belirtilen yasaklar, ciddi insancıl hukuk ve ağır insan hakları hukuku ihlallerini içermektedir.

Devletin *jus cogens* kurallara aykırı faaliyetleri, devletin sorumluluğunu ve ihlalden zarar gören bireylerin zararlarının tazmini sorununu doğurmaktadır. İşbu noktada özellikle zarar gören bireylerin zararlarının tazmini davalarında, davalı devletin yargı bağışıklığının varlığı, tartışmaları beraberinde getirmektedir.

Devletin yargı bağışıklığı, devlet egemenliğinin uluslararası hukuktaki güçlü varlığını devam ettirmesi sonucunda günümüze kadar gelmiş bir kurumdur. Eşitler birbirini yargılayamaz prensibinin bir yansıması olarak ortaya çıkan kural, mutlak olarak devletin her türlü faaliyeti bakımından uygulanmaktayken; devletin tüzel kişi olarak özel hukukun kapsamına giren faaliyetlerde bulunmasıyla birlikte sınırlı bir niteliğe bürünmüştür. Söz konusu sınırlandırmayı yapmak açısından da devletin faaliyetlerinin egemen faaliyetler ve özel hukuk faaliyetleri olarak ikili bir ayrıma tabi tutulduğu görülmektedir.

İlgili gelişmenin beraberinde uluslararası hukuk bakımından yargı bağışıklığının sınırlı olarak genel ve sürekli uygulanmaya başlamasıyla birlikte, sınırlı yargı bağışıklığının artık bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı olduğu ifade edilmektedir. Bunun yanında 1972 tarihli Devletin Yargı Bağışıklığına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ve 2004 tarihli Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağışıklığına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde de sınırlı yargı bağışıklığın yaklaşımı benimsenmiştir. Sonuç olarak, devletin özel hukuk tüzel kişisi gibi hareket ettiği

durumlarda, egemenlik ve egemen eşitlik ilkesinin bir hükmü kalmamıştır ve devletler başka devletlerin iç hukuk düzeninde yargılanabilmektedir.

Jus cogens kural ile yargı bağışıklığı arasındaki ilişkinin çalışmamız bakımından önemi, *jus cogens* kuralların uluslararası hukukun kaynakları üzerindeki hukuki etkisidir. 1969 tarihli VAHS Sözleşmesi, *jus cogens* kurallara aykırı uluslararası antlaşmaların batıl olacağını düzenlenmiştir, ancak uluslararası hukukun diğer kaynakları bakımından *jus cogens* kuralın etkisi konusunda Sözleşme doğal olarak sessiz kalmaktadır. Doktrinde *jus cogens* kuralların uluslararası hukukun kaynakları üzerindeki hukuki etkisini açıklamak bakımından hiyerarşi teorisi kullanılmakta ve *jus cogens* kurallar, uluslararası hukukun bütün kaynakları üzerinde tutulmaktadır. Bu bakımdan da *jus cogens* kurallara aykırı uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının da batıl olacağı ifade edilmektedir. (Gerçi hem uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının oluşumunu hem *jus cogens* kuralların oluşumunu göz önüne aldığımızda, *jus cogens* kurallara aykırı uluslararası örf ve adet hukuku kuralının oluşmasının neredeyse imkansız olduğu söylenebilir). *Jus cogens* kuralların hukuki etkisine ilişkin önemli olan bir diğer nokta da, devletlerin faaliyetleri bakımından ortaya çıkmaktadır. Devletlerin *jus cogens* kurallara aykırı faaliyetlerine karşı *jus cogens* kuralların hukuki etkisi temel noktalardan biridir.

Devletlerin *jus cogens* kuralları ihlalini teşkil eden faaliyetleri, insancıl hukuk ve insan hakları hukuku kurallarının ihlaline vücut vermektedir. Söz konusu ihlaller de, bireyleri insancıl hukuk ihlalleri bakımından kendi mekanizmaları içinde, insan hakları ihlalleri bakımından insan hakları mekanizmaları içinde, zararı karşılama prosedürlerine başvurmaya yöneltmektedir. Ancak uluslararası hukukta, bireylerin zararlarının giderimini talep hakkı bakımından özellikle insancıl hukuk

mekanizmalarının zayıf olması ve insan haklarının korunması bakımından evrensel bir sistemin olmaması, ulusal mahkemeler eliyle zararların giderimini sağlama eğilimini arttırmıştır. Ancak davalı tarafın devlet olması halinde, devletin yargı bağışıklığı argümanı ile karşılaşan bireylerin, zararlarının giderilmesinin mümkün olmaması karşısında bu kez de sınırlı yargı bağışıklığına yeni sınırlamalar getirilmesi gündeme gelmiştir.

Devletin *jus cogens* kuralları ihlalinden zarar gören birey, zararının giderilmesi için zarar veren devletin yargı mercilerine başvurabilir. Ancak tartışma, bireyin zararını karşılamak amacıyla, vatandaşı olduğu ya da üçüncü bir devlette, zarar veren devlete karşı dava açtığı uyuşmazlıklar bakımından doğmaktadır. Buna göre, *jus cogens* kuralların hukuki etkisinin yargı bağışıklığı kuralı üzerinde de doğması ve sınırlı yargı bağışıklığına ilişkin kuralın batıl olması gerektiği savunulmaktadır. Nitekim söz konusu anlayış İtalyan ve Yunan iç hukuk düzeninde de somut olarak uygulanmıştır.

Jus cogens kuralın yargı bağışıklığını kaldırdığını ileri süren yaklaşımlar farklı gerekçelerle karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan biri, konumuz açısından da önemli olan hiyerarşi teorisidir. Yani *jus cogens* kuralın hukuken üstün olması dolayısıyla, kendisine aykırı kuralın batıl olması terosi. İşbu teori dışında, genel olarak zımni feragat teorisi, son çare (last resort), cezasızlık teorileri de ileri sürülmektedir. *Jus cogens* kuralın hukuki etkisinin yanında gerek 1972 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nde gerek 2004 tarihli BM Sözleşmesi'nde haksız fiilin düzenlenmesi ve haksız fiili düzenleyen maddelerde devletin faaliyetleri bakımından bir ayrıma gidilmemesi de Sözleşmelerin yargı bağışıklığına istisna getirip getirmediği hususunda tartışmalara vücut vermektedir.

Temel amacı bireylerin zararını gidermek olan söz konusu yaklaşımın bir başka boyutu da, devletin sorumluluğuna ilişkin kuralların ve insan haklarına ilişkin kuralların yargı bağışıklığını kaldırmak amacıyla genişletilerek yorumlanması yaklaşımıdır. Söz konusu argümanlarda, *jus cogens* kurallara aykırılık karşısında, davanın açıldığı devlet, davalı devlete, bir karşı tedbir olarak, yargı bağışıklığını kaldırmalı ve birey lehine tazminata hükmetmelidir. İnsan haklarına ilişkin ileri sürülen argümanlar da, yargı bağışıklığının, kişinin mahkemeye başvuru hakkını, dolayısıyla da adalete ulaşma hakkını ihlal ettiğini, yargı bağışıklığı sebebiyle davayı reddeden devletin de, söz konusu ihlal nedeniyle sorumlu olduğu ileri sürülmektedir. Sonuç olarak davanın açıldığı forum devleti, mahkemeye başvuru hakkını zedelememek için, davalı devlete açılan tazminat davasını kabul etmekle yükümlendirilmektedir.

Jus cogens kuralların sınırlı yargı bağışıklığını sınırlandırdığını savunlar gibi, söz konusu sınırlandırmaya karşı çıkan yaklaşımlar da mevcuttur. İşbu argümanlarda, ilgili kuralların düzenleniş amacı bakımından ayrıma gidilmekte, *jus cogens* kuralların maddi hukuk kuralı, yargı bağışıklığının usul hukuku kuralı olması nedeniyle çatışma halinde olamayacağı ileri sürülmektedir. Bunun yanında, pozitivist bir yaklaşım sergileyen diğer bir argüman, *jus cogens* kuralların, sınırlı yargı bağışıklığı kuralını kaldırdığına yönelik uluslararası hukukta bir kural bulunmadığını ve konuya ilişkin –iki uygulama dışında- bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı da oluşmadığı ileri sürmektedir. Nitekim Uluslararası Adalet Divanı'nın *Almanya v. İtalya, müdahil Yunanistan* kararında, işbu argümanlar teyit edilmiştir.

Yargı bağışıklığı nedeniyle, adalete ulaşma hakkının engellendiği ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürülen durumlarda da, *jus cogens*

kuralların yargı bağışıklığını ilga ettiğini düzenleyen bir uluslararası kuralın yokluğuna atıf yapılmış ve adil yargılanma hakkının ihlali iddiaları özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.

Sonuç olarak devletin *jus cogens* kurallara aykırı faaliyetleri, uluslararası toplumu zedeleyici nitelikte ağır ihlallerdir ve ihlallerin ağırlığı, devletin yaptırımla karşılaşmasını gerektirecektir. Söz konusu yaptırım, devletlerin sorumluluğuna ilişkin kurallardan doğabileceği gibi *jus cogens* kurallara aykırılık dolayısıyla da doğabilir. Ancak uluslararası hukukta devletin *jus cogens* kurallara aykırı faaliyetleri karşısında, *jus cogens* kuralların hukuki etkisini somut olarak düzenleyen bir kural bulunmamaktadır. Yargı bağışıklığını kaldırmak, pek tabi, bir yaptırım olarak kullanılabilir.

Yargı bağışıklığını kaldırmayı öngören argümanlar bakımından da, bireyin mağduriyetinin yargı bağışıklığı yüzünden giderilmemesi, devletin yaptırıma maruz kalmaması (impunity), bireyin zarar gördüğü devlete, başka bir devlette açtığı davanın son çare olması, bireyin yargı bağışıklığı sebebiyle davasının reddedilmesinin, bireyin adalete ulaşma hakkını ihlal ettiği, devletin sorumluluğu bakımından karşı tedbir olarak yargı bağışıklığının kaldırılabileceği yaklaşımları birey merkezci uluslararası hukuk yaklaşımlarını yansıtmaktadır ve işbu yaklaşımlar yargı bağışıklığı ile *jus cogens* kurallar arasında doğrudan bir çatışma olduğu varsayımından hareket etmektedir.

Çalışmamız birey merkezci uluslararası hukuk yaklaşımına göz kırpmakla birlikte, yargı bağışıklığı kuralları ile *jus cogens* kurallar bakımından işbu argümanlar tarafımızca desteklenmemektedir. Jus cogens kural ile yargı bağışıklığı kuralları arasında çatışma olduğu yanlış bir varsayımdır. Dolayısıyla yer verdiğimiz

hiçbir argüman, yargı bağışıklığının kaldırılmasına hukuki bir gerekçe oluşturmamaktadır. Yargı bağışıklığının düzenlenme amacı ve kapsamı, *jus cogens* kurallara aykırı bir içeriğe sahip değildir. Bu nedenle söz konusu iki kural –usul hukuku maddi hukuk kuralı niteliğinden bağımsız olarak da- zaten çatışma halinde değildir. Sonuç olarak *jus cogens* kurallar ile yargı bağışıklığı kuralları arasında doğrudan çatışma olmaması nedeniyle, *jus cogens* kurallara aykırı faaliyeti sebebiyle forum devletinde kendisine dava açılan devletin yargı bağışıklığının reddedilmesinin bir yaptırım olarak uluslararası hukukun kaynaklarında açıkça düzenlenmesi şarttır.

Ayrıca, hukuki değerlendirme yanında siyasi sonuçlar bakımından da yargı bağışıklığının kaldırılması, özellikle gelişmiş devletlerin gelişmekte olan devletler üzerinde bir baskı aracına dönüşmesine neden olabilir.[1009] İç hukuk kararlarına baktığımız zaman genelde gelişmiş devletlerin yargı bağışıklığını kaldıracak nitelikte karar verdiği (nitekim ABD'de Latin Amerika devletlerine karşı açılan ve kabul edilen davalarda da olduğu gibi) görülmektedir.

Bireylerin zararını tazmin etmek amacıyla, yargı bağışıklığının kaldırılması gerektiğini ileri süren argümanların gözden kaçırdığı bir diğer nokta, devletlerin icra bağışıklığıdır. Bireyin, zarar gördüğü devlete karşı açtığı davayı kazanması halinde hükmün, davanın açıldığı devlet tarafından icra edilmesi mümkün değildir. Bireyin zararının işbu yolla tazmin edilebilmesi için davalı devletin, hükmü tanıması ve tazminatı kendi iradesiyle vermesi şarttır. Dolayısıyla, bireylerin zararlarının söz konusu yöntemle de giderilmesi mümkün gözükmemektedir ve son çare de yerini çaresizliğe bırakacaktır.

[1009] AKKUTAY, s. 121.

Devletlerin işbu yasakları ihlal eden faaliyette bulunması, *jus cogens* kuralların hukuki sonuçlarını doğurmalıdır. Söz konusu hukuki sonuç, uluslararası antlaşmalarda olduğu gibi, faaliyeti ortadan kaldırmayacağına göre, faaliyetin doğurduğu sonuçları ortadan kaldıracak nitelikte olmalıdır. Bu durumda, akla bireylerin zararının tazmini gelmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, yargı bağışıklığını kaldırmak, bireylerin zararını tazmin etmek bakımından bir yaptırım olarak öngörülebilir; ancak hukuken düzenlenmesi gerekmektedir. İşbu noktada, bireylerin iç hukuk mahkemelerinde sonuçsuz kalmalarının yerine, yine uluslararası mekanizmalara başvurmaları daha etkili bir çözüm sunacaktır. Gerek bölgesel insan hakları mahkemeleri, evrensel insan hakları izleme komisyonları, kurulan şikayet komisyonları ve UCM, bu noktada bireylerin zararlarının giderimi için etkili uluslararası mekanizmalar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Uluslararası hukuk düzeninde bireylerin zararlarının giderilmesi mekanizmalarının çeşitli ve bazılarının *ad hoc* karakterli olması dolayısıyla, kapsamlı ve yeknesak bir makanizmanın varlığı daha etkili bir çözüm sağlayacaktır.[1010] Özellikle, DİHM'nin var olan BM insan hakları sözleşmelerini maddi yargı yetkisine kapsamına alması ve halihazırda sözleşmelerdeki izleme komitelerinin ayrı ayrı yaptığı faaliyetleri bir araya getirerek yargısal bir faaliyette bulunmasının amaçlanması yeknesaklık ve etkililik ihtiyacına çözüm olabilir.

Ancak *Cleveland'ın* eleştirilerini, özellikle de devletlerin yeni bir mahkeme kurulmasında gönülsüz davranma ihtimalleri bakımından dikkate almak gerekmektedir. Dolayısıyla mevcut kurumların geliştirilmesi de bir çözüm yöntemi olarak düşünülebilir. Bu noktada, UAD'nin yargı yetkisinde yapılacak iyileştirme

[1010] BOTTIGLIERO, s. 78.

sayesinde, yeni bir mahkeme kurulması için ayrıca efor sarf edilmeksizin, bireylerin zararlarının giderilmesi mekanizması olarak kapsamlı, yeknesak ve etkili bir uluslararası mekanizma elde etmek mümkün olabilecektir.

ÖZET

Devletin yargı bağışıklığı, mutlak yargı bağışıklığına göre uygulanmış, yani devletlerin faaliyetlerinde kamu ya da özel hukuktan doğan faaliyetler ayrımı yapılmaksızın, devletler yargı bağışıklığı ile korunmuştur. Ancak yıllar içinde, devletin yargı bağışıklığında, *acta jure gestionis* ve *acta jure imperii* ayrımı uyarınca sınırlandırmaya gidilmiştir. Bu nedenle günümüzde devletler *acta jure gestionis* faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıklarda yargıdan bağışık olmayıp, devletin sadece *acta jure imperii* niteliğindeki faaliyetlerinde yargı bağışıklığı mevcuttur. Söz konusu değişim sınırlı yargı bağışıklığı doktrininin gelişmesini sağlamıştır. Sınırlı yargı bağışıklığı doktrinin gelişmesinden sonra, yargı bağışıklığına ilişkin tartışma devam etmiş ve devletin *acta jure imperii* faaliyetleri bakımından yargı bağışıklığı da sorgulanmaya başlamıştır. Hem akademisyenler hem de ulusal ve uluslararası mahkemeler, devletlerin yargı bağışıklığını, *jus cogens* kurallara aykırı *acta jure imperii* faaliyetleri bakımından tartışmaya açmıştır. Sınırlı yargı bağışıklığı doktrinin yeni versiyonu, özellikle de bireylerin zararlarının giderimi hakkı bakımından tartışılmaktadır.

Tez çalışmamızın amacı, devletlerin *jus cogens* kurallara aykırı faaliyetleri karşısında yargı bağışıklığının durumunu incelemektir. Böylelikle, devletin yargı bağışıklığının reddedilmesinin, bireylerin zararlarının giderilmesini sağlayan yeni bir mekanizma olarak kullanılıp kullanılamayacağı tayin edilecektir. İşbu amaçla, *jus cogens* kurallar, uluslararası ve ulusal yargı bağışıklığı kuralları ve bireylerin zararlarının giderilmesi kavramları sırasıyla ele alınmıştır. Daha sonra, *jus cogens* kurallar ile yargı bağışıklığı kuralları arasındaki ilişki; *jus cogens* kurallar, yargı bağışıklığı ve devletin sorumluluğu kuralları arasındaki ilişki ve son olarak *jus*

cogens, yargı bağışıklığı ve mahkemeye başvuru hakkı arasındaki ilişki; uluslararası antlaşmalar, uluslararası örf ve adet hukuku kuralları ve uluslararası ve ulusal yargı kararları göz önüne alarak incelenmiştir. Sonuç olarak, devletin yargı bağışıklığının ulusal mahkemeler eliyle reddedilmesinin, bireylerin zararlarının karşılanması sorunsalına bir çözüm olamayacağı ifade edilmiştir. Bu nedenle çözüm önerisi olarak uluslararası hukuk düzenindeki mevcut mekanizmalara ve önerilebilecek değişiklik ve yeni mekanizmalara işaret edilmiştir.

ABSTRACT

Jurisdictional immunity of state was practiced according to the absolute doctrine of immunity, which means that all activities of states, no matter whether of a public or commercial nature, are covered by immunity. However, over the years there has been a restriction on jurisdictional state immunity with respect to a division of the activities as *acta jure gestionis* and *acta jure imperii*. Therefore, today states are no longer immune from jurisdiction regarding *jure gestionis* activities, but still they have immunity for *jure imperii* activities. This evolvement has led states to practice a restrictive doctrine of state immunity. After transition to a new doctrine, discussions on jurisdictional immunity have been continued and immunity for jure imperii activities has also been questioned. Either academicians or international and national courts have commenced to discuss whether there would be an exception on jurisdictional immunity of state for *jure imperii* activities contrary to *jus cogens* rules. This recent version of restrictive doctrine has come into question especially in regard to reparation claims by individuals.

The focus of this thesis is to examine the implementation of jurisdictional immunity of state in the presence of statee activities contrary to *jus cogens* rules, so that the thesis aims to find out whether denying of state immunity would be a new tool to compensate claims by individuals before domestic courts. For that purpose, *jus cogens* rules, state immunity rules of international law and national laws and right to reparations claims by individuals are examined respectively. Then effects of *jus cogens* rules on state immunity with regard to international treaties, customs and national and international jurisprudence, the relationship between access to justice, state immunity and *jus cogens* rules are analyzed. Consequently, it is stated why

denying jurisdictional immunity of state before national courts is not able to be used as a solution to reperation claims by individuals and is pointed which solutions could be used and offered at international legal system.

KAYNAKÇA

Kitaplar

ALANGOYA, Yavuz- YILDIRIM, Kamil – DEREN-YILDIRIM, Nevhis: **Medeni Usul Hukuku Esasları**, Beta, İstanbul, 2009.

ANTON D. – MATHE, P. - MORGAN, W.: **International Law Cases and Materials**, Oxford University Press, UK, 2005.

BADR, Gamal Moursi: **State Immunity: An Analytical and Prognostic View**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984.

BANKAS, Ernest: **The State Immunity Controversy in International Law**, Springer, Heidelberg, 2005.

BROWNLIE, Ian: **Principles of Public International Law**, Oxford University Press, İngiltere, 2008.

BRÖHMER, Jürgen: **State Immunity and the Violation of Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1997.

BOTTIGLIERO, Ilaria: **Redress for Victims of Crimes Under International Law,** Springer, The Netherlands, 2004.

BOYLE, Alan – CHINKIN, Christine: **The Making of International Law**, Oxford University Press, NewYork, 2007.

CASSESE, Antonio: **International Law**, Second Edition, Oxford University Press, 2005.

CONNIE, Peck – LEE, Roy S ed.: **Increasing Effectiveness of the International Court of Justice** (Martinus Nijjhof Publishers, The Netherlands, 1997.

ÇELİKEL, Aysel - ERDEM, Bahadır: **Milletlerarası Özel Hukuk Genel Kurallar – Milletlerarası Özel Hukuk – Milletlerarası Usul Hukuku**, Beta, İstanbul, 2012.

ERKİNER, Hakan Hakkı: **Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Sorumluluğu**, XII Levha, İstanbul, 2010.

ERTUĞRUL ELÇİN, Ümmühan : **Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ciddi İhlallerinden Devletin Sorumluluğu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

EVANS, Christine: **The Right to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict**, Cambridge University Press, The UK, 2012.

FOX, Hazel -WEBB, Philippa: **The Law of State Immunity**, Third Edition, Oxford University Press, UK, 2013.

GEMALMAZ, Mehmet Semih: **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri** – I. Cillt/Bölgesel Sistemler, Legal, İstanbul, 2010.

GÖZLER, Kemal: **Hukukun Temel Kavramları**, 8. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2011.

GÜNDÜZ, Aslan: **Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler Örnek Kararla**r, Beta, 5. Bası, İstanbul, 2009.

GÜNDÜZ, Aslan: **Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı ve Milletlerarası Hukuk**, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1984.

HANNIKAINEN, Lauri: **Peremptory Norms (*Jus Cogens*) in International Law Historical Development Criteria**, Present Status, Finnish Lawyers Publishing Company, Helsinki, 1988.

HENCKAERTS, Jean-Marie – DOSWALD-BECK, Louise: **Customary International Humanitarian Law Vol I: Rules**, Cambridge University Press, The UK, 2009.

JENNINGS, R. – WATTS, A.: **Oppenheims International Law**, Vol. I, 9th Edition, Oxford University Press, The UK, 2008.

KASTO, Jalil: ***Jus Cogens* and Humanitarian Law**, International Law Series 2, Kingston, 1994

KACZOROWSKA, Alina: **Public International Law**, Fourth Edition, Routhledge, NewYork, 2010.

KALSHOVEN, F.: **The Centtennial of the First International Peace Conference: Reports and Conclusions**, Kluwer International Law, The Hague, 2000.

KELSEN, Hans: **Principles of International Law**, Holt Rinehart and Winston, NewYork, 1966.

KLABBERS, Jan: **International Law**, Cambridge University Press, UK, 2013.

KLABBERS, Jan – PETERS, Anne – ULFSTEIN, Geir: **The Constitutionalization of International Law**, Oxford University Press, UK, 2009.

KOSKENNIEMI, Martti: **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument: Reissu with New Epilogue,** Cambridge University Press, UK, 2005.

KRISCH, Nico: **Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law**, Oxford University Press, UK, 2010.

LAUTERPACHT, Hersch: **The Development of International Law by the International Court**, Stevens & Sons, 1958.

McNAIR, W.: **The Law of Treaties**, Clarendon Press, Oxford, 1961.

NOMER, Ergin – ŞANLI, Cemal: **Devletler Hususi Hukuku**, Beta, Yenilenmiş 18. Bası, İstanbul, 2010.

ORAKHELASHVILI, Alexander: **Peremptory Norms in International Law**, Oxford University Press, UK, 2006.

ÖZERSAY, Kudret: **Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme,** Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Araştırma Dizisi No: 32, Ankara, 2009.

PAZARCI, Hüseyin: **Uluslararası Hukuk**, Turhan Kitabevi, 8. Bası, Ankara, 2009.

POSTACIOĞLU, İlhan: **İcra Hukuku Esasları**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No: 2901, İstanbul, 1982.

RATNER, R. – ABRAMS, John M.: **Accountability for Human Rights Atrocities in International Law**, Claredon Press, Oxford, 1997.

ROZAKIS, C.: **The Concept of Jus Cogens in The Law of Treaties,** Amsterdam, 1976.

SHAW, Malcolm N.: **International Law**, Sixth Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

SHELTON, D.: **Remedies in International Human Rights Law**, 2nd edition, Oxford University Press, UK, 2005.

SINCLAIR, I.: **Vienna Convention on the Law of Treaties**, Manchester University Press, 1973.

SZTUCKI, Jerzy: ***Jus Cogens*** **and the Vienna Convention on the Law of the Treaties A Critical Appraisal**, Springer-Verlag, NewYork, 1974.

ŞANLI, Cemal – ESEN, Emre – ATAMAN FÜGENMEŞE, İnci: **Milletlerarası Özel Hukuk**, Vedat Kitapçılık, 4. Bası, 2015.

SÜRAL, Ceyda: **Uluslararası Özel Hukukta Yabancı Devletlerin Sınır Yargı ve İcra Muafiyeti**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

UZUN, Elif: **Milletlerararası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu**, Beta, İstanbul, 2007.

TAMS, Christian: **Enforcing Obligations *Erga Omnes* in International Law**, Oxford University Press, The UK, 2005.

TOLUNER, Sevin: **Kıbrıs Uyuşmazlığı ve Milletlerarası Hukuk**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1977.

TOMUSCHAT, Christian: **Human Rights, Between Idealism and Realism**, 2nd Edition, Oxford University Press, The UK, 2008.

TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur: **İnsancıl Hukuka Giriş**, Beta Yayınları, İstanbul, 2006.

Van ALEBEEK, Roseanne: **The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law**, Oxford University Press, UK, 2008.

VILLAGER, Mark E.: **Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of the Treaties**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.

Von GLAHN, G. - TAULBEE, J.L: **Law Among Nations An Introduction to Public International Law**, Tenth Edition, Routhledge, USA, 2016.

WEATHERALL, Thomas: **Jus Cogens International Law and Social Contract**, Cambridge University Press, UK, 2015.

YANG, Xiaodong: **State Immunity in International Law**, Cambridge University Press, UK, 2012.

YILMAZ, Ejder: **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.

YILMAZ, Ejder- ÇAĞLAR, Tacar: **Tebligat Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1991.

Makaleler ve Kitap Bölümleri

ACEVES, William: "*Actio Popularis? The Class Action in International Law"*, The University of Chicogo Legal Forum, Vol. 2003, Iss. 1, 2003, 353 – 402.

ADAMS, W.A.: '*In Search of a Defence of the Transnational Human Rights Paradigm: May Jus cogens Norms Be Invoked to Create Implied Exceptions in Domestic State Immunity Statutes?*', içinde **Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Trenanational Human Rights Litigation** (SCOTT, C. ed.), Hart Publishing, 2001.

AKANDE, D.: *"International Law Immunities and the International Criminal Court"*, AJIL, Vol. 98, 2004, 407 – 415.

AKİPEK, Ömer İlhan: "*Ülke-Dışılık"*, AÜHFD, C. 24, S. 1, 1967, 27 – 38.

AKKUTAY, Berat Lale: "*Devletin Jus Cogens Normlara Aykırı Fiillerinden Dolayı Hukuki Yargı Bağışıklığı*", TBB Dergisi, C. 113, 2014, s. 99 – 125.

ALEXIDEZE, L.A: *"Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law*", RdC, Vol. 172, 1981, 1981, 219 – 268.

ALLAIN, Jean : *"The Jus Cogens The Nature of Non-Refoulment",* Int'l J. Refugee L., Vol. 13, 2001, 533 – 558.

ANLAR GÜNEŞ, Şule: "*Uluslararasrı Toplumun Ortak Değerleri Sorunu, Çevrenin Korunması ve Jus Cogens Doktrini",* AÜSBFD, Vol. 59, Iss. 4, 123 – 150.

ARSAVA, Füsun: "*Uluslararası Hukukta Tazminat ve Etkin Hukuki Korumaya İlişkin Bireysel Talepler",* TAAD, Yıl:5, Sayı: 16, 2014, 1 – 18.

ARSAVA, Füsun: *"Yabancı Mahkeme Kararlarının İcrası ve Devletlerin Yargı Bağışıklığı"*, TAAD, Cilt:1, Yıl:3, Sayı: 8, 2012, 1 – 20.

ATTERITANO, A.: *"Immunity of States and Their Organs: The Contribution of Italian Jurisprudence over the Past Ten Years",* Italian Yearbook of International Law, Vol. 19, 2009, 33 – 56.

AYBAY, Rona: "*Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı*", TBB Dergisi, Sayı 72, 2007, 109 – 120.

BANK-SCHWAGER, "*Is there a Substantive Right to Compensation for Individual Victims of Armed Conflicts Against a State under International Law?"* German Yearbook of International Law, Vol. 49, 2006, 367 – 412.

BARKER, J. Craig: *"Negotiating the Complex Interface between State Immuity and Human Rights: An Analysis of the International Court of Justice Decision in Germany v. Italy*", ICLR, Vol. 15, 2013, 415 – 436.

BASSIOUNI, Cherif: "*International Crimes: Jus Cogens and Obligation Erga Omnes*", Law and Contemporary Problems, Vol. 59, No. 4, 1996, 63 – 74.

BELSKY, A.C.: *"Implied Waiver under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law"*, Calif. L Rev., Vol. 77, 1989, 394 – 401.

BIANCHI, Andrea: "*Gazing at the Crystal Ball (again): State Immunity and Jus Cogens beyond Germany v. Italy",* Journal of International Dİspute Settlement, Vol. 4, No. 3, 2013, 457 – 475.

BIANCHI, Andrea: "*Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case"*, Euro. J. Int'l L., Vol. 10, Iss. 2, 1999, 237 – 278.

BILKOVA, Veronika: "*Victims of War and Their Right to Reparation"*, Miskolc Journal of International Law, Vol. 4, No. 2, 2007, 1 – 11.

BLEICHERT, Maura A.: "*The Effectiveness of Voluntary Jurisdiction in the ICJ: El Salvador v. Honduras, A Case in Point"*, Fordham International Law Journal, Vol. 16, Iss. 3, 1992, 799 – 847.

BORNKAMM, Paul Christoph: *"State Immunity Against Claims Arising from War Crimes: The Judgment of the International Court of Justice in Jurisdictional Immunities of the State*", German Law Journal, Vol. 13, No. 6, 2012, 773 – 782.

BOTHE, Michael: *"Remedies of Victims of War Crimes and Crimes Against Humanities"*, içinde **Immunities in the Age of Global Constitutionalism** (PETERS, Anne- LAGRANGE, Evelyne- OETER, Stefan, TOMUSCHAT, Christian ed.), BRILL, The Netherlands, 2014.

BOUDREAULT, François: "*Identifying Conflicts of Norms: The ICJ Approach in the Case of the Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)"*, Leiden Journal of International Law, Vol. 25, 2012, 1003 – 1012.

BROWNLIE, I.: "*To What Extent the Traditional Categories of Lex Lata and Lex Ferenda Stıll Viable?",* içinde **Change and Stability in International Law-Making**, (CASSESE, A. - WEILER, J. ed.), Walter de Gruyter, Berlin, 1988.

BRONWLIE, Ian: "*The Place of Individuals in International Law",* Virginia Law Review, Vol. 50, 1964, 435 – 462.

BUYSE, Antoine: "*Lost and Regained? Restitution as a Remedy for Human Rights Violations in the Context of International Law",* ZaöRV, Vol. 68, 2008, 129 – 153.

BYERS, Michael: *"Conceptualizing the Relationship Between Jus Cogens and Erga Omnes Rules*", Nordic Journal of International Law, Vol. 66, 1997, 211 – 239.

BYRNES, Andrew: *"Civil Remedies for Torture Committed Abroad: An Obligation Under the Convention Against Torture?"*, içinde **Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation** (SCOTT, Craig ed.), 2001.

CALISTO, Marco: *"Jurisdictional Immunities of the State: Germany v. Italy before the ICJ from an Italian Perpective*", German Yearbook of International Law, Vol. 55, 2012, 319 – 343.

CAPLAN, Lee: *"State immunity, Human Rights and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory*", American Journal of International Law, Vol. 97, 2003, 741 – 781.

CARON, David: "*The United Nations Compensation Commission for Claims Arising Out of the 1991 Gulf War: The Arising Prior to Decision*", J. Transnational Law&Policy, Vol. 14, Iss. 2, 2005, 217 – 242.

CASSESE, Antonio: *"For an Enhanced Role of Jus Cogens"* içinde **Realising Utapia: The Future of International Law** (CASSESE, Antonio ed.), Oxford Scholarship Online, 2012.

CERNA, C.: "*Human Rights in Armed Conflict: Implementation of İnternational Humanitarian Law Norms by regional Intergovernmental Human Rights Bodies"*, içinde **Implementatıın of International Humanitarian Law** (KALZHOVEN, F. – SANDOZ, Y. ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1989.

CHARLESWORTH, Hilary – CHINKIN, Christine: *"The Gender of Jus Cogens",* Human Rights Querterly, Vol. 15, No. 1, 1993, 63 – 76.

CHRISTENSON, Gordon A. : *"Jus Cogens: Guardian Interests Fundemental to International Society",* Va. J. Int'l L., Vol. 28, 1988, 585 – 648.

CHINKIN, Christine: *"Women's International Tribunal on Japanese Military Sexual Slavery*", AJIL, Vol. 95, 2001, 335 – 341.

COFFMAN, Peter: "*Obligations Erga Omnes and the Absent Third State"*, German Yearbook of International Law, Vol. 39, 1996, 285 – 333.

COLANGELO, Anthony: *"Jurisdiction, Immunity, Legality and Jus Cogens",* Chicago Journal of International Law, Vol. 14, 2013, 53 – 91.

CONKLIN, William: *"The Peremptory Norms of International Community",* EJIL, Vol.23, No.3, 2012, 837 – 861.

CRAWFORD, James: "*Counter-measures as Interim Measures"*, EJIL, Vol. 5, 1994, 65 – 76.

CRAWFORD, J.: "*International Law and Foreign Affairs Distinguishing Immune Transactions"*, BYIL, Vol. 54, 1983, 75 – 118.

CRIDDLE, Evan J. - FOX-DECENT, Evan:*"A Fiduciary Theroy of Jus Cogens"*, The Yale Journal of International Law, Vol. 34, 2009, 331 – 387.

CRIDDLE, Evan – FOX- DECENT, Evan: *YJIL Symposium – Reply to Alexander Orakhelashvili*, erişim için bkz. http://opiniojuris.org/2009/10/19/ yjil-symposium-reply-to-alexander-orakhelashvili/ et. 15.09.2016.

CZAPLINSKI, W: "*Concepts of Jus Cogens and Obligations Erga Omnes in International Law in the Light of Recent Developments*", Polish Yearbook of International Law, Vol. 23, 1997 – 1998, 87 – 97.

CZAPLINSKI, W - DANILENKO, G.: "*Conflicts of Norms in International Law*", Netherlands Yearbook of International Law, Vol. 21, 1990, 3 – 42.

D'AMATO, Anthony: *"Human Rights as Part of Customary International Law: A Plea for Change of Paradigms"*, GA. J. INT& COMP. L., Vol. 25., 1994, 47 – 97.

D'AMATO, Anthony: *"It's a Bird, It's a Plane, It's Jus Cogens"*, Connecticut Journal of International Law, Vol. 6, No.1, 1990, 1 – 6.

DAMROSH, Lori Fisler: *"Changing the International Law of Soverign Immunity Through National Decisions"*, VANDERBILT JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW, Vol. 44, 2011, 1185 – 1200.

De WET, Erika: *"The International Constitutional Order"*, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 55, 2006, 51 – 76.

De WET, Erika: "*The Prohibition of Torture as an International Norm of Jus Cogens and Its Implications for National and Customary Law*", EJIL, Vol. 15, 2004, 97 – 121.

DENK, Erdem: *"Uluslararası İlişkilerin Hukuku: Vestfalyan Düzenden Küreselleşmeye"*, içinde **Küresel Siyasete Giriş Uluslararası İlişkilerde Kavramlar, Teoriler, Süreçler** (BALTA, Evren ed.), İletişim, İstanbul, 2014.

DENK, Erdem: "*Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar*", AÜSBFD, C.56, S.2, 2001, 43 – 70.

DICKINSON, Andrew: *"Status of Forces Under the UN Convention on State Immunity",* Int'l&Comp.L.Q., Vol. 55, 2006, 427 – 436.

DÖRR, Oliver: *"Codifiying and Developing Meta-Rules: The ILC and the Law of Treaties",* German Yearbook of International Law, Vol. 49, 2006, 129 – 164.

DUBOIS, Dan: *"The Authority of Peremptory Norms in International Law: State Consent or Natural Law?",* Nordic Journal of International Law, Vol. 78, 2009, 133 – 175.

DUPUY, Pierre-Marie: "*The Deficiencies of the Law of State Responsibility RElating to Braeches of Obligaitons Owed to the International Community as a Whole: Suggestions for Avoiding the Obsolescense of Aggravated Responsibility*", içinde **Realizing Utopia: The Future of International Law** (CASSESE, Antoino ed.), Oxford University Press, UK, 2012.

EBOE- OSUJI, Chile: *"State Immunity, State Atrocities and Civil Justice in the Modern Ero of International Law"*, Can. Y. B. Int'l L., Vol. 45, 2007, 223 – 270.

ECHEVERRIA, Gabriela: "*Do Victims of Torture and Other Serious Human Rights Violations Have an Independent and Enforceable Right to Reparation*?", The International Journal of Human Rights, Vol. 16, No.5, 2012, 698 – 716.

ESPOSITO, Carlos: *"Jus Cogens and Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: 'A Conflict Does Exist'*", The Italian Yearbook of International Law, Vol. 21, Iss. 1, 161 – 174.

EVANS, Christine: "*Reparations for Victims in International Criminal Law",* " http://rwi.lu.se/app/uploads/2012/04/Reparations-for-Victims-Evans.pdf et: 02.12.2015.

FINKE, Japer: "*Soverign Immunity: Rule, Comity or Something Else*?", EJIL, Vol. 21, No. 4, 2010, 853 – 881.

FOCARELLI, Carlo: *"Promotional Jus Cogens: A Critical Appraisal of Jus Cogens' Legal Effects"*, Nordic Journal of International Law, Vol. 77, 2008, 429 – 459.

FORCESE C.: *"De-Immunizing Torture: Reconciling Human Rights and State Immunity",* McGill Law Journal, Vol. 52, 2007, 127 – 169.

FORD, Christopher A., "*Adjudicating Jus Cogens*", Wisconsin International Law Journal, Vol. 13, No.1, 1994- 1995,

FOX, Hazel (Ed: Malcolm D. Evans): **International Law**, Second Edition, Oxford University Press, 2006.

FOX, H.: "*In Defence of State Immunity: Why the UN Convention on State Immunity is Important"*, Int'l & Comp. L.Q., Vol. 55, 2006, 399 – 406.

FRANCIONI, Francesco: *"From Utopia to Disenchantment: The Ill Fate of 'Moderate Monism' in the ICJ Judgment on The Jurisdictional Immunties of the State*", Vol. 23, No. 4, 2012, 1125 – 1132.

FRULLI, M.: *"When are States Liable Towards Individuals for Serious Violations of Humanitarian Law? The Markovic Case*, Journal of International Criminal Justice, Vol. 1, 2003, 406 – 427.

GAJA, Giorgo: *"Obligations Erga Omnes, International Crimes and Jus Cogens: A Tentative Analsis of Three Related Concepts",* içinde **International Crimes of States: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility** (WEILER, Joseph – CASSESE, Antonio - SPINEDI, Marina ed.), Walter de Gruyter, Berlin, 1988.

GAJA, Giorgio: *"Jus Cogens Beyond the Vienna Convention*", RdC Vol. 172, 198, 271 – 316.

GARDINER, Richard: *"UN Convention on State Immunity: Form and Fucntion"*, Int'l & Comp. L.Q., Vol. 55, 2006, 407 – 409.

GARNETT, Richard: "*The Defence of State Immunity for Acts of Torture"*, AUSTL. Y.B. INT'L L., Vol. 18, 1997, 97 – 126.

GAUL, Hans Friedhelm (çev. DEREN-YILDIRIM, Nevhis): *"Yargılamanın Amacı Güncelliğini Koruyan Bir Konu"*, içinde **İlkeler Işığıda Medeni Yargılama Hukuku** (YILDIRIM, Kamil der.), 3. Bası, Alkım Yayınları, 2002, s. 87 – 109.

GAETA, Paola: *"Immunity of States and State Offcials: "A Major Stumbling Block to Judicial Scrutiny*?", içinde **Realizing Utopia: The Future of International Law** (CASSESE, Antoino ed.), Oxford University Press, UK, 2012.

GATTINI, Andrea: *"The Dispute on Jurisdictional Immunitites of the State Before the ICJ: IS the Time Ripe for a Change of the Law?"*, Leiden Journal of International Law, Vol. 24, 2011, 173 – 200.

GATTINI, A.: *"To What Extent are State Immunity and Non-Justiciability Major Hurdles to Individuals Claims for War Damages?"*, Journal of International Criminal Justice, Vol. 1, 2003, 348 – 367.

GILLARD, Emanuela-Chiara: *"Reparation for Violations of International Humanitarian Law*", IRRC, Vol. 85, No. 851, 2003, 529 – 553.

GOMEZ, Robledo: "*Le Jus Cogens Internationel: Sa Genese, Sa Nature, Ses Fonctions*, RdC, Vol. 171, 1981, 9 – 218.

GRECO, G.: *"Victims' Rights Overview under the ICC Legal Framework: A Jurisprudential Analysis",* International Criminal Law Review, Vol. 7, 2007, 531 – 547.

GREEN, James A.: "*Questioning the Peremptory Status of the Prohibition of the Use of Force*", Mich. JIL, Vol. 32, Iss. 2, 2011, 215 – 257.

GUNIBERTI, Gilles: *"Hess on Germany v. İtaly",* bkz. http://conflictoflaws.net/2012/hess-on-italy-v-germany/ et: 12.03.2012.

GÜNDÜZ, Aslan: "*Yabancı Devlet Malları Üzerinde Cebri İcra Mümkün müdür?"*, MHB, Sayı 1, Yıl 4, 1984, 1 – 21.

HAFNER, Gerhard - KOHLER, Ulrike: *The United Nations Conventions on Jurisdictional Immunities of States and Their Property"*, Netherlands Yearbook of International Law, Vol. 35, 2004, 3 – 49.

HALL, Christoper Keith: "*UN Convention on State Immunity: The Need For a Human Rights Protocol"*, Int'l & Comp. L.Q., Vol. 55, 2006, 411 – 426.

HAMEED, Asif: *"Unarvelling the Mystery of Jus Cogens in International Law",* BYBIL, Vol. 84, No. I, 2014, 52 – 102.

HERNANDEZ, Gleider: "*A Reluctant Guardian: The International Court of Justice and The Concept of 'International Community'"*, BYIL, 2013, 13 – 60.

HIGGINS, Rosalyn: "*Equality of States and Immunity from Suit: A Complex Relationship*", Netherlands Yearbook of International Law, Vol. 43, 2012, 129 – 149.

HIGGINS, R.: *"The Role of Domestic Courts in the Enforcement of International Human Rights: The United Kingdom"*, içinde **Enforcing International Human Rights in Domestic Courts** (CONFORTI, B. - FRANCIANI, F. ed.), , Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1997.

HIGGINS, R.: "*Certain Unresolved Aspects of the Law of State Immunity"*, Neth. Int'l L. Rev., Vol. 29, 1982, 265 – 276.

HOFFMEISTER, Frank – KLEINLEIN, Thomas: *"International Public Order*", Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2013.

HOSSAIN, Kamrul: "*The Concept of Jus Cogens and the Obligation Under The U.N. Charter",* SCJIL, Vol. 3, 2005, 72 – 98.

HOUTE Hans Van- DAS Han- DEL MARTINO Bart: *"The United Nations Compensation Commission*", içinde **The Handbook of Reperations** (Pablo de GREIFF ed.), Oxford University Press, NewYork, 2006.

IGARASHI, Masahiro: *"Post-war Compensation Cases Japanese Courts and International Law",* Jap. Ann. of Int'l L. Vol. 43, 2000, 45 – 82.

JANIS, Mark: *"The Nature of Jus Cogens"*, CONN. J. INT'L L., Vol. 3, 1987- 1988, 359 – 363.

KADELBACH, Stefan: *"The Identificaiton of Fundemental Norms*", içinde **The Fundemental Rules of the International Legal Order Jus Cogens and Obligations Erga Omnes** (TOMUSCHAT, Christian – THOUVENIN, Jean-Marc ed.), Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2006.

KARAGIANNAKIS, Magdalini: *"State Immunity and Fundamental Human Rights*", Leiden Journal of International Law, Vol. 11, Iss. 01, 1998, 9 – 43.

KAHGAN, Carin: *"Jus Cogens and the Inherent Right to Self-Defense",* ILSA J. Int'l & Comp. L., Vol. 3, 1996 – 1997, 767 – 827.

KALDUNSKI, Marcin: *"Law of State Immunity in the Case Concerning Jurisdictional Immunities of States (Germany v. Italy)"*, LAPE, Vol. 13, 2014, 54 – 102.

KALSHOVEN, Frits: *"State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces. From Art.3 of Hague Convention IV to Art.91 of Additional Protocol I and Beyond",* International and Comparative Law Quarterly, Vol. 40, 1991, 827 – 858.

KANE, Mary Kay: *"Suing Foreign Sovereign: A Procedural Compass",* Standford Law Review, Vol. 34, 1981-1982, 385 – 425.

KARAKOÇ, İrem: *"Uluslararası Hukukta Emredici Kural Olgusuna Tarihsel Bir Yaklaşım"*, DEÜHFD, C. 8, S. 1, 87 – 122.

KELSEN, Hans: *"Limitations on the Functions of the United Nations",* YALE L. J., Vol. 55, 1946, 997 – 1015.

KİBAR, DARDAĞAN, Esra: *"Yargı Kararları Işığında Yabancı Devletin Yargı Bağışıkığı Alanında Güncel Gelişmelere Bakış"*, Akademik Yaşamının 55. Yılı Onuruna Rona Aybay'a Armağan, Legal Hukuk Dergisi, Aralık 2014, 677 – 713.

KNUCHEL, Sevrine: *"State Immunity and the Promise of Jus Cogens*", Northwestern Journal of International Human Rights, Vol. 9, No. 2, 2011, 149 – 183.

KOLB, Robert: *"The Formal Sourse of Jus Cogens in Public International Law*", ZaöRV, Vol. 53, 1998, 69 – 105.

KOSKENNIEMI, Martti: *"Hierarchy in International Law",* EJIL, Vol. 8, 1997, 566 – 582.

KRAJEWSKİ, Markus – SINGER, Christopher: *"Should Judges be Front-Runners? The ICJ, State Immunity and the Protection of Fundemental Human Rights*", Max Planck UNYB, Vol. 16, 2012, 1 – 34.

KRISTJANDOTTIR, Edda: *"International Mass Claims Processes and the ICC Trust Fund for Victims*", içinde **Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity Systems in Place and Systems in the Making** (FERSTMAN, Carla- GOETZ, Mariana – STEPHENS, Alan ed.), Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2009.

LAUTERPACHT, H.: "*The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States"*, BYBIL, Vol. 28, 1951, 220 – 272.

LINDERFALK, Ulf: "*All the Things You Can Do With Jus Cogens"*, German Yearbook of International Law, Vol. 56, 2013, 351 – 384.

LINDERFALK, Ulf: "*What is So Special About Jus Cogens? – On the Difference between the Ordinary and the Peremptory International Law*", International Community Law Review, Vol. 24, 2012, 3 – 18.

LINDERFALK, Ulf: *"The Creation of Jus Cogens- Making Sense of Article 53 of the Vienna Convention"*, ZaöRV, Vol. 71, 2011, 359 – 378.

LINDERFALK, Ulf: *"Normative Conflict and the Fuzzines of the International Ius Cogens Regime1*, ZaöRV, Vol. 69, 2009, 961 – 977.

LINDERFALK, Ulf: *"The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences?",* EJIL, Vol. 18, 2005, 853 – 871.

MAGALLONA, Merlin M.: *"The Concept of Jus Cogens in The Vienna Convention on the Law of Treaties"*, Philippine Law Journal, Vol. 51, 1976, 521 – 542.

MARASINGHE, Lakshman: *"The Modern Law of Soverign Immunity",* The Modern Law Review, Vol. 54, 1991, 664 – 684.

MAZZESCHI, Riccardo Pisillo: *"Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview"*, JICL, Vol. 1, 2003, 339 – 347.

MERON, Theodor: *"On a Hierarchy of Human Rights",* AJIL, Vol. 80, No. 1, 1986, 1 – 23.

McGREGOR, Lorna: "*Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignity"* EJIL, Vol. 18, No. 5, 2008, s. 903 – 919.

McGREGOR, Lorna: "*State Immunity and Jus Cogens",* International and Comparative Law Quarterly, Vol. 55, Iss. 02, 2006, 437 – 446.

McMENAMIN, Matthew: *"State Immunity Before The International Court of Justice: Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)"*, VUWLR, Vol. 44, 2013, 189 – 219.

MICHAELS, Ralf – PAUWELYN, Joost: *"Conflict of Norms or Conflict of Laws?: Different Techniques in the Fragmentation of International Law",* metin için bkz. http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2933&context=faculty_scholarship et: 27.05.2015.

MIZUSHIMA, Tomonori: "The Significance of the Recent Enactment of Japan's Soverign Immınity Act in the New Age of Globalization", içinde **International Law in the New Age of Globalization** (BYRNES, Andrew – HAYASHI, Mika – MICHAELSEN, Christopher ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2013.

MOSER, Patricia Tarre: *"Non-Recognition of State Immunity as a Judicial Countermeasure to Jus Cogens Violations: The Human Rights Answer to the ICJ Decision on the Ferrini Case"*, Gottingen Journal of International Law, Vol. 4, Iss. 3, 2012, 809 – 852.

MURPHY, John F.:*"Civil Liability for the Commission of International Crimes as an Alternative to Criminal Prosecution"*, Harv. Hum. Rts. J., Vol. 12, 1999, 1 – 56.

NAGAN, Winston P. - ROOT, Joshua: "*The Emerging Restrictions on Soverign Immunity Peremptory Norms of International Law, the UN Charter, and the Application of Modern Communications Theory*", N.C.J. Int'l L. & Com. Reg., Vol. 38, 2013, 375 – 471.

NEGRI, Stefania: *"Soverign Immunity v. REdress for War Crimes: The Judgment of the International Court of Justice in the Case Concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, ICLR, Vol. 16, 2014, 123 – 137.

NIETO-NAVIA, Rafael: "*International Peremptory Norms (Jus cogens) and International Humanitarian Law"*, metin için bkz. http://www.iccnow.org/documents/Writing ColombiaEng.pdf, et. 28.09.2016.

NOWAK, Manfred: *"The Need for a World Court of Human Rights",* Human Rights Law Review, Vol. 7, Iss. 1, 2007, 251 – 259.

O'KEEFE, Roger: "*The General Understandings",* içinde **The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property A Commentary** , (O, KEEFE, Roger – TAMS, Christian J. ed.), Oxford University Press, UK, 2013.

O'KEEFE, Roger: *"State Immunity and Human Rights: Heads and Walls, Hearts and Minds",* Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol.44, 2011, 999 – 1045.

O'CONNELL, Mary Ellen: *"Jus Cogens: International Law's Higher Ethical Norms",* içinde **The Role of Ethics in International Law** (CHILDRESS, Donald Earl Childress ed.), Cambridge University Press, USA, 2012.

ONUF, N.G.- BIRNEY, Richard K.: *"Peremptory Norms of International Law: Source, Function and Nature"*, Denv. J. Int'l L. & Pol'y, Vol. 4, 1974, 187 – 198.

ORAKHELASHVILI, Alexander: *"Peremptory Norms of the International Community- A Replay to William E. Conklin*", EJIL, Vol. 22, 2012, 863 – 868.

ORAKHELASHVILI, A. : "*Peremptory Norms as an Aspect of Constitutionalisation in the International Legal System"*, içinde **The Dynamics ofConstitutionalism in**

the Age of Globalisation (FRISHMAN, M. – MULLER, S. Ed.), Hague Academic Press, 2010.

ORAKHELASHVILI, Alexander: "*YJIL Symposium – Observations on Fiduciary Theroy of Jus Cogens"*, erişim için bkz. http://opiniojuris.org/2009/10/19/yjil-symposium-observations-on-a-fiduciary-theory-of-jus-cogens/ et. 27.09.2016.

ORAKHELASHVILI, Alexander: *"State Immunity and Hierarchy of Norms: Whay the House of Lords Got It Wrong*", EJIL, Vol. 18, 2007, 955 – 970.

ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Hatice: *"Devletlerin Yargı ve İcra Muafiyetleri ve Bunların Tahkim Yargılamasındaki Rolü"*, Prof. Dr. Ergin NOMER'e Armağan, MHB, Yıl: 22, Sayı: 2, İstanbul, 2002, 525 – 576.

PANHUYS, H.F. Van : *"In the Borderland Between the Act of State Doctrine and Questions of Jurisdictional Immunities"*, International and Comparative Law Quarterly, Vol.13, Iss. 04, 1964, 1193 – 1213.

PARKER, Karen – NEYLON, Lyn Beth: *"Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights"*, Hastings Int'l&Comp. L.Rev., Vol. 12, 1988 – 1989, 411 – 464.

PARTSCH, Karl Joseph: "*Individuals in International Law",* EPIL, Vol. 2, 1995, 957 – 962.

PAULUS, Andreas: "*Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation An Attempt at a Re-appraisal"*, Nordic Journal of International Law, Vol. 74, 2005, 297 – 334.

PAUST, J.J.: "*Judicial Power to Determine the Status and Rights of Persons Detained Without Trial",* Harward International Law journal, Vol. 44, No.2, 2003, 81 – 85.

PAUST, Jordan: *"The Reality of Jus Cogens"*, Conn. J. Int'l L., Vol. 7, 1991- 1992, 81 – 86.

PAZARCI, Hüseyin: "*Uluslararası Hukukta Jus Cogens Kavramı*", Prof. Dr. Bülent Nuri Esen'e Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1977, 365 – 380.

PELLET, Alain: "*The Normative Dilemma, Will and Consent in International Law Making*", Australian Yearbook of International Law, Vol. 12, 1988- 1989, 22 – 53.

PETERS, Anne: "*Immunity Against Constitutionalisation",* içinde **Immunities in the Age of Global Constitutionalism** (PETERS, Anne- LAGRANGE, Evelyne- OETER, Stefan, TOMUSCHAT, Christian ed.), BRILL, The Netherlands, 2014.

REIHMANN, M.: *"A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: Some Thoughts on Princz v. Federal Republic of Germany*", Mich. JIL, Vol. 16, 1995,

REISMAN, W. Michael – WIESSNER, Sİegfried – WILLARD, Andrew R. : "*The New Haven School: A Brief Introduction*", Yale J. Int'l L., Vol. 32, 2007, s. 575 – 582.

REISMAN: *"Termination of the USSR's Treaty Right of Intervention in Iran*", Am. J. Int'l L., Vol. 74, 1980, 144 – 154.

Reparations and the Trust Fund for Victims, içinde Victims' Rights Before the ICC :A Guide for Victims, their Representatives and NGO's, "https://www.fidh.org/IMG/pdf/10-CH-VII_Reparations.pdf et: 03.12.2015.

RICCARDO, Pavoni: *"An American Anomally? On the ICJ's Selective Reading of Us Practice in Jurisdictional Immunities of the State"*, Italian Yearbook of International Law, Vol. 21, 2011, 143 – 159.

RUBIN, Alfred P.: "*Actio Popularis, Jus Cogens and Erga Omnes"*, New England Law Review, Vol. 35, Iss. 2, 265 – 280.

SARGIN, Fügen: "*1961 Tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi Hükümleri Dahilinde MÖHUK'un 33. Maddesinin Uygulanabilirliği Sorunu*", AÜHFD, Cilt. 52, Sayı 1, 2003, 13 – 36.

SAUL, Matthew: "*Identifying Jus Cogens Norms: The Interaction of Scholars and International Judges*", Asian Journal of International Law, Vol.1, 2014, 1 – 29.

SCHWARZENBERGER, Georg: "*International Jus Cogens*?", Texas Law Review, Vol. 43, 1964 – 1965, 455 – 478.

SCHWELB, Egon: *"Some Aspects of International Jus Cogens As Formulated by the International Law Commission"*, Am. J. Int'l L., Vol. 61, 1967, 946 – 975.

SHELTON, Dinah: *"Normative Hierarchy in International Law",* AJIL, Vol. 100, No.2, 2006, 291 – 323.

SINCLAIR, I.M. : "*The European Convention on State Immunity",* International and Comparative Law Quarterly, Vol. 22, Iss. 02, 1973, 254 – 283.

SIVAKUMARAN, Sandesh: *"Impact on the Structure of Treaty Obligations"*, içinde **The Impact of Human Rights Law on General International Law** (SCHEININ, M. – KAMMINGA, M. ed.), Oxford University Press, 2009.

STEPHAN, Paul B.: *"The Political Economy of Jus Cogens",* Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 44, 2011, 1073 – 1104.

SUCHARITKUL, Sompong: *"Jurisdictional Immunities in Contemperary International Law from Asian Perspectives"*, Chinese Journal of International Law, Vol. 4, No.1, 2005,

SUN, Jin: *"The Linkage Requirement in Enforcement Immunity*", Chinise Journal of International Law, Vol.9, 2010, 699 – 716.

SUY, Eric: "*1969 Vienna Convention Article 53 Treaties Conflicting with a Peremptory Norm of General International Law (jus cogens)*", içinde **The Vienna Convention on the Law of the Treaties A Commentary**, (CORTEN, Oliver – KLEIN, Pierre ed.), Vol II, NewYork, 2011.

SUY, Eric: "Remarks", içinde **Change and Stability in International Law** (CASSESE, Antonio - WEILER, Joseph H. H. ed.), 1988.

SUY, E.: *"The Concept of Jus Cogens in Public International Law"*, içinde **Lagonissi Conference on International Law, Papers and Proceedings**, Vol.II, Geneva, 1967.

TALLON, Denis: "*Contract Law",* içinde **Introduction to French Law** (BERMANN, George A. – PICARD, Etienne ed.), Kluwer International Law, The Netherlands, 2008, 205 – 236.

TALMON, Stefan: *"Jus Cogens After Germany v. Italy: Substantive and Prosedural Rules Distinguished*", Leiden Journal of International Law, Vol. 25, Iss. 4, 2012, 979 – 1002.

TAŞPINAR, Sema: "*Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu"*, Prof.Dr. Faruk EREM ARMAĞANI, TBB Yayını, No:8, Ankara, 1999, 759 – 787.

TAYLOR, Linda: *"The United Nations Compensation Commission*", içinde **Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity Systems in Place and Systems in the Making** (FERSTMAN, Carla-GOETZ, Mariana – STEPHENS, Alan ed.), Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2009.

TERAYA, Koji: "*Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-derogable Rights*", EJIL, Vol. 12, No.5, 2001, 917 – 941.

TEZCAN, Durmuş: "*Arkeolojik Kültür Varlıklarının Korunması ve Milletlerarası Ceza Hukuku"*, Cilt.51, Sayı.1, AUSBFD, Prof.Dr. Oral Sander'e Armağan, 1996, 425 – 451.

"The Evolution of Victims' Access to Justice", içinde **Victims' Rights Before the ICC**, bkz. **Error! Hyperlink reference not valid.** et: 03.12.2015.

"*The Harward Project, Competence of the Courts in Regard to Foreign States",* AJIL, Vol. 26, 1932.

The Redress Trust, "*Report on the Impact of the Rome Statute System on Victims and Affected Communities"*, London, 22 March 2010.

THOMAS, Katherine Reece – SMALL, Joan: *"Human Rights and State Immunty: Is There Immunity from Civil Liability for Torture?"*, Netherlands International Law Review, Vol. 50, Issue. 01, 2003, 1 – 30.

TOMONORI, Mizushima: "*Denying Froeign State Immunity on the Grounds of the Unavailability of Alternative Means"*, Mod. L. Rev., Vol. 71, 2008, 734 – 752.

TOMUSCHAT, Christian: *"Peace Treaties and Jus Cogens*", içinde **Herausforderungen an Staat und Verfassung : Völkerrecht - Europarecht - Menschenrechte : Liber Amicorum für Torsten Stein zum 70. Geburtstag** (CALLIESS, Christian Calliess ed.), Baden, Nomos, 2015.

TOMUSCHAT, Christian: *"The Case of Germany v. Italy before the ICJ",* içinde **Immunities in the Age of Global Constitutionalism** (PETERS, Anne- LAGRANGE, Evelyne- OETER, Stefan, TOMUSCHAT, Christian ed.), BRILL, The Netherlands, 2014.

TOMUSCHAT, Christian: "*State Responsibility and the Individual Right to Compensation Before National Courts"*, içinde **The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict** (CLAPHAM, Andrew- GAETA, Paola ed.), The Oxford Handbooks Online, 2014.

TOMUSCHAT, Christian: *"The International Law of State Immunity and Its Developments by National Institutions"*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 44, 2011, 1105 – 1140.

TOMUSCHAT, Christian: *"Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations",* Tul.J.Int'l& Comp. L., Vol.10, 2002, 157 – 184.

TOMUSCHAT, Christian: *"Individual Reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations: The Position under General International Law*", içinde **State Responsability and the Individual** (RANDELZHOFER, A. – TOMUSCHAT, C. ed.), Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1999.

TUNKIN, G.: *"Jus Cogens in Contemporary International Law",* The University of Toledo Law Review, Vol. 3, 1971, 107 – 118.

TURHAN, Murat Turgut: *"Yabancı Devletlerin Yargı ve İcra Bağışıklığı Ülkesellik İlkesi",* AÜHFD, Vol. 37, 1980, 513 – 521.

TURPEL, Mary Ellen- SANDS, Philippe: *"Peremptory International Law and Sovereignity: Some Questions*", Conn. J. Int'l L., Vol. 3, 1987- 1988, 364 – 369.

VICUNA, Francisco Orrego: "*Individuals and Non-State Entities before International Courts and Tribunals*", Max Planck UNYB, Vol. 5, 2001, 53 – 66.

Van ALEBEEK, Roseanne: "*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy): On Rihgt Outcomes and Wrong Terms"*, German Yearbook of International Law, Vol. 55, 2012, 281 – 317.

Van BOVEN, Theo: "*The Prohibition of Torture: Norm and Practice*", içinde **Common Values of International Law Essays in Honour of Christian Tomuschat** (DUPUY, Pierre-Marie, FASSBENDER, Bardo- SHAW, Malcolm- SOMMERMAN, Karl-Peter ed.), N.P. Engel Verlag, Almanya, 2006.

VIDMAR, Jure: *"Rethinking Jus Cogens After Germany v. Italy: Back to Article 53?",* Netherlands International Law Review, Vol. 60, Iss. 01, 2013, 1 – 25.

VIDMAR, Jure: *"Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System?"*, içinde **Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights**, (De WET, Erika – VIDMAR, Jure ed.), Oxford University Press, Oxford, 2012.

VILLALPANDO, Santiago: *"The Legal Dimension of the International Community*", EJIL, Vol. 21, No. 2, 2010, 387 – 419.

Von VERDROSS, Alfred: *"Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law",* Am. J. Int'l L., Vol. 60, 1966, 55 – 63.

Von VERDROSS, Alfred: "*Forbidden Treaties in International Law",* AJIL, Vol. 31, No. 4, 1937, 571 – 577.

Von BOVEN, Theo: *"Victims' Rights to a Remedy and Reperation*", içinde **Reparations for Victims of genocide, War Crimes and Crimes against Humanity Systems in Place and Systems in the Making** (FERSTMAN, Carla-GOETZ, Mariana – STEPHENS, Alan ed.), Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2009.

VOYIAKIS, Emmanuel: "*Acces to Court v. State Immunity",* Int'l & Comp.L.Q. Vol. 52, 2003, 297 – 332.

VIVEKANANTHAN, Niranjini: *"The Doctrine of State Immunity&Human Rights Violations of Foreign States"*, Sri Lanka J. Int'l L., Vol. 8, 1996, 125 – 149.

WEISBURD, A. Mark: "*The Emtiness of the Concept of Jus Cogens, As Illustrated by The War in Bosnia-Herzegovina*", Mich.J..Int'l L., Vol. 17, 1995 – 1996, 1 – 51.

WHITE, N. – ABASS, A., *"Countermeasures and Sanctions",* içinde **International Law,** (Evans M.D. ed.), 3rd ed., Oxford University Press, The UK, 2010.

WHITEMAN, M.: *"Jus Cogens in International Law, With a Projected List*", Ga. J. Int'l & Comp. L., Vol. 7, 1977, 609 – 627.

WOOD, Michael: *"Immunity from Jurisdiction and Immunity from Measures of Constraint"*, içinde **The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property A Commentary** (O, KEEFE, Roger – TAMS, Christian J. ed.), Oxford University Press, UK, 2013.

WÜHLER, Norbert: *"The United Nations Compensation Commission*", içinde **State Responsibility and the Individual** (RENDELZHOFER, A. – TOMUSCHAT, C. ed.), Kluwer Law International, The UK, 1999.

WÜHLER, Norbert: "*The United Nations Compensation Commission: A New Contribution to the Process of International Claims Resolution"*, Reflections on the UN Compensation Commission, The United Nations Compensation Commission, Thirteenth Sokol Colloquium, (LILLICH, R. ed.), 1995.

WYLER, Eric: *"From State Crime to Responsibility for Serious Breaches of Obligations Under Peremptory Norms of General International Law*", EJIL, Vol. 12, No.5, 2002, 1147 – 1160.

YARWOOD, Lisa: "*Jus Cogens: Usefull Tool or Passing Fancy? A Modets Attempt at Definition"*, Bracton Law Journal, 2006, Vol. 38, 16 – 38.

YEE, Sienho: *"Foreign Soverign Immunties, Acta Jure Imperii and Acta Jure Gestionis: A Recent Exposition from the Canadian Supreme Court*", Chinese JIL, Vol. 2, 2003, 649 – 653.

ZDOBNOH, Dmitri – VARK, Rene: "*State Immunity from Execution: In Search of a Remedy"*, Acta Societatis Martensis, Vol. 4, 2009 – 2010, 161 – 183.

ZEGVELD, Liesbeth: *"Remedies for Victims of Violations of International Humanitarian Law"*, IRRC, Vol. 85, No: 851, 2003, 497 – 526.

ZEMANEK, Karl: *"How to Identify Peremptory Norms of International Law*", içinde **Common Values of International Law Essays in Honour of Christian Tomuschat** (DUPUY, Pierre-Marie, FASSBENDER, Bardo- SHAW, Malcolm-SOMMERMAN, Karl-Peter ed.), N.P. Engel Verlag, Almanya, 2006.

ZUMBANSEN, Peer: *"The Law of Contracts*", içinde **Introduction to German Law** (REIMANN, Mathias – ZEKOLL, Joachim), Second Edition, Kluwer Law International, The Netherlands, 2005, s. 179 – 204.

ZEMMALI, Ameur: *"Reparations for Victims of Violations of International Humanitarian Law"*, Seminar on the Right to Restitution, Compensation, and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms: Maastricht, 11-15 March 1992, 61 – 75.

ZIMMERMANN, Andreas: *"Sovereign Immunity and Violations of International Jus Cogens- Some Critical Remarks"*, Mich. JIL, Vol. 16, 1995, 433 – 440.

Yayınlanmamış Tez

TAŞPINAR, Sema: Borçlunun Bazı Mallarının Haczedilememesi ve Nedenleri (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 1994.

Mahkeme Kararları

Amerika Birleşik Devletleri

U.S. Supreme Court, *The Exchange v. M'Faddon,* 11 U.S. 7 Cranch 116 116 (1812), 1812.

Hanoch Tel-Oren, et al., v. Libyan Arab Republic, et al., 81-0563, 81-0564, United States District Court for the District of Columbia, United States, 30 June 1981.

Letelier v. Republic of Chile, 748 F. 2d 790, November, 20, 1984.

Liu v. Republic of China, 642 F. Supp. 297, August 11, 1986.

Amerada Hess Shipping Corporation v. Argentine Republic United Carriers Inc, 830 F. 2d 421, September 11, 1987.

Siderman Blake v. Republic of Argentina Sa, 965 F. 2d 69, May, 22, 1992.

Princz v. Federal Republic of Germany, 26 F.3d 1166, July, 1, 1994.

US Court of Appeals for the Fourth Circuit, 8 Jan 2003, International Legal Materials, Vol. 42, 2003.

Hamdi v. Rusfeld 542 U.S. 507 (2004), Supreme Court of the United States, No. 03-6696.

US Supreme Court, *Republic of Austria v. Altmann*, 7 June 2004, 541 US 677, ILM, Vol.43, 2004.

Davoyan v. Repuclic of Turkey, United States District Court, C.D. California, 116 F.Supp.3d 1084, C.D. Cal. 2013.

Birleşik Krallık

House of Lords, Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause, (2006) UKHL 26, 14 June 2006.

Kanada

Bouzari v. Iran, Ontario Superior Court of Justice, Court File No. 00-CV-201372, May, 1, 2002.

Japonya

Tokyo High Court so Shinto, Judgement of 30 November 2000.

Türkiye

Yargıtay 13 HD 16.11.1989, 3896/6648; Yargıtay 12. HD 6.11 1984, 8401/11313.

Avrupa Birinci Derece Mahkemesi

Kadi v. Council of the European Union, Judgment of the Court (Grand Chamber), 3 September 2008.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Case of Soering v. The UK, ECHR, Judgment, Application No. 14038/88, 7 July 1989.

Case of Aksoy v. Turkey, ECHR, Judgment, Application No. 21987/93, 18 December 1996.

Case of Waite and Kennedy v. Germany,ECHR, Judgment, Application No. 26083/94, 18 February 1999.

Case of Al-Adsani v. The United Kingdom, ECHR, Judgement, Application No. 35763/97, 21 November 2001.

Case Fogarty v. the United Kingdom, ECHR, Judgment, Application No. 37112/97, 21 November 2001.

Case McElhinney v. İrlanda, ECHR, Judgment, Application No. 31253/96, 21 November 2001.

Case Manoilescu and Dobrescu v. Romania and Russia (dec.), no. 60861/00, ; ECHR 2005-VI.

Case of Jorgic v. Germany, ECHR, Judgment, Application No. 74613/01, 17 July 2007.

Case of Demir and Baykara v. Turkey, ECHR, Judgment, Application No. 34503/97, 12 November 2008.

Case Cudak v. Lithuania, ECHR, Judgment, Application No. 15869/02, ECHR, Judgment, 2010.

Case Sabeh El Leil v. France, ECHR, Judgment, Application No. 34869/05, 29 June 2011.

Case of Wallishauser v. Austira, ECHR, Judgment, Application No. 156/04, 17 July 2012.

Case Kalogeropoulous ve Diğerleri v. Yunanistan ve Almanya, ECHR, Judgment, 0059021/00, 12 December 2012.

Case of Oleynikov v. Russia, ECHR, Judgment, Application No. 36703/04, 14 March 2013.

Case of Jones and Others v. The United Kingdom, ECHR, Judgment, Application No. 34356/06 and 40528/06, 2 June 2014.

Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi

Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants, Advisory Opinion, OC-18/03, September 17, 2003.

EYUCM

IT-95-17/1-T, Trial Judgment, 10 December 1998.

Uluslararası Adalet Divanı

Reservations to the Convention on *Genocide, Advisory Opinion, I.C.J . Reports,* 1951.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, 1.C.J. Reports 1996.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports, 1970.

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, ICJ Reports 1971.

Western Sahara, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1975.*

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. *United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986*

East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I. C.J. Reports 1995.

Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997.

Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Ruanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, 3 February 2006.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007.

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012.

Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports, 2012.

Daimi Uluslararası Adalet Divanı

StGH, Jurisdiction of the Courts of Danzig Case, PCIJ Series B, No. 15, s. 17.

Belgeler

"*Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law",* Report of the Study Group of the International Law Comission Finalized by Martti Koskenniemi", A/CN.4/L.682, 13 April 2006.

8937 Sayılı ve 22 Şubat 1955 Tarihli Resmi Gazete.

Albert Wilson v. Philippines, Communication No. 868/1999 of 11 November 2003, UN Doc. CCPR/C/79/D/868/1999 (2003).

Committee Against Torture, Summary Record of the Second Part (Public) of the 646th Meeting, 6 May 2005. CAT/C/SR.646/Add.1.

Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property With Commentary, YILC (1980), Vol. 2, Iss. 2.

Final Act of the United Nations Conference on the Law of the Treaties, A/CONF.39/26, 26 March – 24 May 1968 and 9 April – 22 May 1969.

GA Res. 32/151 of 19 December 1977 Official Records of the General Assembly, Forty-sixth Session, Supplement No. 10 (A/46/10).

GA Res. 46/55 of 9 December 1991. Report of the International Law Commission on the Work of its fifty-first session.

International Law Commission Report, 1999, UN doc. A/54/10.

Official Records of the General Assembly, Twenty-first Session, Supplement No. 9 (A/6309/Rev.1).

Opinion no. 3, of 4 July 1992, of the Arbitration Commission on Yugoslavia.

Remarks of Antonio de Luna, Summary Records of the 17th Session, 828th Meeting.

Report of Chairman of the Working Group 54th Session (1999) A/C.6/54/L.12; 55th Session (2000) A/C.6/55/L.12.

Report of the 45 th Conference of ILA(Lucerne), 1950.

Report of the Chairman of the Working Group 54th Session (1999), A/C.6/54/L.12 (12 Nov 1999).

Report of the Chairman of the Working Group, A/C.6/54/L.12, 12 November 1999.

Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the UN Secretary General pursuant to Security Council Resolution 1564, UN Doc. S/2005/60 (2005).

Report of the of the International Law Commission on the Work of its Eighteenth Session, 4 May - 19 July 1966,

Third report on State responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur , DOCUMENT A/CN.4/507 and Add. 1- 4.

UN Doc. A/CONF. 129/16 (Vol. I).

UN Docs. S/PV.1094 – S/PV. 1104, Feb.17 – Mar. 17, 1964.

UN Security Council Official Records, 1098th meeting, para. 95, U.N. Doc. S/PV. 1098, 1964.

UN Security Council Resolurion, S/RES/687 (1991), 3 April 1991.

UN Security Council Resolution 541, S/RES/541 (1983), 18 November 1983.

Victims' Compensation and Participation, Appendix to the Letter from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council, UN Doc. S/2000/1063 (2000).

Yearbook of the ILC 1963, Vol. II, A/CN.4/SER.A/1963/ADD.1

Yearbook of the ILC 1966, Vol. II, A/CN.4/SER.A/1966/ADD.1.

Yearbook of the ILC 1966, Vol. II, A/CN.4/SER.A/1966/ADD.12.

Linkler

http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/ Html/074.htm et: 30.04.2016.

http://conventions.coe.int/Treaty/en/Trea ties/Html/074.htm et: 01.03.2016.

http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/568/39/PDF/N0056839.pdf?OpenElement et: 30.08.2016.

http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/275/41/PDF/N0427541.pdf?OpenElement et: 30.08.2016.

http://hrlibrary.umn.edu/instree/SCSL/Rules-of-proced-SCSL.pdf et. 18.09.2016.

http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/SOR-2012-170/page-2.html#h-1 et: 15.09.2016.

http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/S-18.pdf et: 15.09.2016.

http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/contra+bonos+mores, et. 26.09.2016.

http://travel.state.gov/law/judicial/judicial_693.html et:10.09.2016.

http://travel.state.gov/law/judicial/judicial_693.html et:10.09.2016.

http://untreaty.un.org/cod/jurisdictionalimmunities/index.html et: 30.08.2016.

http://w.unictr.org/sites/unictr.org/files/legal-library/150513-rpe-en-fr.pdf et. 18.09.2016.

http://www.aina.org/ news/20130404235718.pdf et. 07.10.2016.

http://www.coe.int/en/web/cahdi/news-cahdi/-/asset_publisher/lQ3ydCD77kVg/content/declaration-on-jurisdictional-immunities-of-state-owned-culturalproperty?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.coe.int%2Fen%2Fweb%2Fcahdi%2Fnews-cahdi%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_lQ3ydCD77kVg%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_count%3D1, et: 05.04.2016.

http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/074/signatures?p_auth=PnuN4ZWQ et: 05.04.2016.

http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/074 et: 05.04.2016.

http://www.coe.int/t/dghl/humanrightstrustfund/default_en.asp et. 01.08.2016.

http://www.coe.int/t/dlapil/cahdi/Source/state_immunities/Israel%20Immunities%20January%202009.pdf et: 15.08.2016.

http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S238_2013_en.pdf et: 01.09.2016.

http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf 15.09.2016.

http://www.icj-cij.org/docket/files/ 143/16885.pdf et. 15.10.2016.

http://www.icj-cij.org/docket/files/143/ 16893.pdf et. 15.09.2016.

http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16556.pdf et: 15.09.2016.

http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16887.pdf et. 15.10.2016.

http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16889.pdf et. 15.10. 2016.

http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16889.pdf et. 15.10.2016.

http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16891.pdf et. 15.10.2016.

http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0 et. 24.08.2016.

http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=3&p3=0 et: 24.08.2016.

http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/
Rules_procedure_evidence/IT032_rev44_en.pdf et. 18.09.2016.

http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_ en.pdf et. 18.09.2016.

http://www.legislation.gov.uk/ukpga /1978/33 et: 10.05.2016.

http://www.mfa.gov.cy/mfa/mfa2006.nsf/All/484B73E4F0736CFDC22571BF00394F11/$file/Treaty%20of%20Guarantee.pdf et: 01.05.2016.

http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CED/Pages/Convention CED.aspx et. 15.09.2016.

http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/StatuteInternational
CriminalTribunalForRwanda.aspx et. 18.09.2016.

http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/25703--Iskence-ve-Diger-Zalimane,-Gayriinsani-veya-Kucultucu-Muamele-veya-Cezaya-Karsi-Sozlesme.pdf et. 15.09.2016.

http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/videos/view/555 et. 15.08.2016.

http://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf et. 18.09.2016.

http://www.state.gov/j/ct/list/c14151.htm et: 15.08.2016.

http://www.un.org/en/sections/un-charter/preamble/index.html et. 15.09.2016.

http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin133.pdf et. 15.09.2016.

http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/Viyana_69.pdf et: 15.09.2016.

http://www.usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/peace_agreements/dayton_annex8.pdf et. 15.09.2016.

http://www.worldcourtofhumanrights.net et. 01.08.2016.

https://italyspractice.info/judgment-238-2014/bibliography-on-cc-judgment-2382014/ et. 15.09.2016.

https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680305d7f et: 05.04.2016.

https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20III/III-13.en.pdf et: 05.04.2016.

https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/legal-texts/RulesProcedureEvidenceEng.pdf et.18.09.2016.

https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1605A et. 15.09.2016.

https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/part-IV/chapter-97 et. 15.09.2016.

https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf et.15.10.2016.

https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf02/belge__cezadivani_b6-7.pdf et. 18.09.2016.