

Uluslararası Hukukta Devlet

Prof. Dr. A. Füsün ARSAVA*

ÖZET

Hukuk düzeninin kurucusu olarak devletler uluslararası hukuktan doğan hakların ve yükümlülüklerin muhatabıdır. İnsan haklarının gelişmesi paralelinde bireyin statüsünün güçlenmesi devlet merkezli uluslararası hukuk düzeni yaklaşımında değişikliğe yol açmamıştır. Uluslararası camianın insan haklarını koruma sorumluluğunu üstlenmesi devlet egemenliğinin güçlenmesini önleyememiştir.

Makale bu çerçevedeki tartışmalara ve uluslararası hukuk düzeninde devlet egemenliği yanlısı tercihin nedenlerine ışık tutmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Dış Egemenlik, İç Egemenlik, Responsibility to Protect, İnsan Hakları İhlalleri, Devletlerin Yargı Bağısıklığı

State in International Law

ABSTRACT

States as founders of legal order have rights and obligations derived from international law. The development of human rights and the strengthening the status of individuals have not changed a state-centered approach in the international legal order. That the international community assumes responsibility for the protection of human rights cannot prevent states' sovereignty from rising.

The aim of this article is to shed some light on debates on state sovereignty and choices favoring state sovereignty in international legal order.

Key Words: External Sovereignty, Internal Sovereignty, Responsibility to Protect, Human Rights Violations, Judicial Immunity of State

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Devletlerin bağımsız birimler olarak uluslararası hukuk kuralları oluşturabilmeleri nedeniyle devletler uluslararası hukukun kurucusu olarak kabul edilmektedir¹. Hukuk düzeninin kurucusu olarak devletler uluslararası hukuktan doğan hakların ve yükümlülüklerin muhatabıdır. Bu gerçek, her muayyen bir düzen çerçevesi olan yahut bir yöneticiye tabî olan yapının devlet olarak nitelendirilememesi nedeniyle, uluslararası hukukun oluşturulmasında taraf olma ehliyeti olan devletin niteliklerinin tanımlanmasını gerektirmektedir. Uluslararası hukukun süjesi olarak devleti üç element olarak dile getiren insan topluluğu, ülke ve devlet yetkisi yanısıra, devletin diğer devletlerden bağımsızlığını ifade eden devlet egemenliği belirlemektedir. BM anlaşmasında yansıtılan modern uluslararası hukuk düzeni ise devletin özelliklerini, içe karşı en yüksek otoriteyi temsil etmek, dışa karşı ise her üstün otoriteden bağımsızlığı içeren egemen eşitlik yaklaşımı muvacehesinde açıklamaktadır.

İç egemenlikle sıkı bir bağlantısı olan üstün bir otoriteye tabî olmama anlamında olumsuz bir ifadeyle tanımlanan dış egemenlik, uluslararası hukukta içeride devletin siyasi, ekonomik ve sosyal rejimini münhasıran belirleme yetkisini ve dışarıya karşı toprak bütünlüğünü, siyasi bağımsızlığını ve müdahale yasağını içermektedir. Dış egemenlik mutlak olmayıp diğer devletlerin egemen eşitliği prensibi ile, diğer bir ifade ile uluslararası ilişkiler üzerinden sınırlanmaktadır. Dış egemenlik hukuki bakış açısı ile herşeyden önce uluslararası camiada bulunan tüm devletler için geçerli BM anlaşmasında yer alan uluslararası yükümlülüklerle sınırlanmaktadır. Uluslararası camianın bir tür anayasası olarak kabul edilen BM Anlaşması, hazırlandığı dönemdeki devletlerin tartışmasız ayrıcalıklı statüsüne uygun olarak devlet odaklıdır. Devlet uluslararası hukukun doğal süjesidir; uluslararası hukukun diğer süjeleri arasında yer alan uluslararası örgütler lehine uluslararası hukukta aradan geçen zamanda önemli gelişmeler olsa da, uluslararası örgütler uluslararası hukukta öncelikli olarak ikincil bir rol oynamaktadır; bireyler ise çok nadir durumlarda uluslararası hukuk sujeliğinden istifade etmektedir.

Devletlerin dış egemenliği yaklaşımı

Dış egemenliğin en önemli göstergesi olan devletlerin eşitliği, uluslararası hukukta yerleşik koşulları yerine getiren tüm devletlerin, ülkelerinin, nüfuslarının büyüklüğünden, hükümet şeklinden, ekonomik güç yahut güçsüzlüklerinden, siyasi güç yahut güçsüzlüklerinden, siyasi yahut ekonomik olarak diğer devletlere bağımlılıklarından bağımsız olarak, egemenlikten istifadeetmelerianlamını taşımaktadır. Uluslararası anlaşmaları akdederek yahut hukuki uygulamalarıyla uluslararası teamül hukukunu oluşturan, kısaca uluslararası hukuk kaynaklarını oluşturan egemen devletlerdir. Uluslararası örgütlere katılma, uluslararası yargının yetkisini kabul etme egemenliğin kullanılmasından başka bir şey değildir. Diğer bir ifade ile devletin bağımsızlığını sınırlayan ve başka bir otoriteye tabî olmaya ilişkin uluslararası taahhütler, bu sonuçlara devletin onayı olmaksızın

¹ Karl Doehring, Völkerrecht, 2.Aufl. 2004, s.12

erişilememesi nedeniyle egemenliğin ifadesidir². Bu nedenle uluslararası hukukun gelişmesi devletlerin iradesine bağlıdır. Bu gerçeğin olumsuz sonuçlarının olduğu, devletlerin uluslararası hukukun gelişmesini, örneğin insan hakları alanında gelişmeleri engelleme ihtimalinin bulunduğu şüphesizdir.

Devlet egemenliği ve insan hakları

Bireyler 20.yüzyıl başına kadar uluslararası hukukta bağımsız bir rol oynayamamıştır. BM'in kurulması, 1948 tarihli İnsan Hakları Deklarasyonu ilanı ve özellikle ikinci dünya savaşının tecrübeleri, bireylerin ve özellikle insan onurunun korunmasını uluslararası hukukun konusu haline getirmiş, bunun sonucu olarak da bireylerin uluslararası hukuktaki statüleriyle ilgili önemli bir değişim ortaya çıkarmıştır. 1948 tarihli İnsan Hakları Deklarasyonu hukuken bağlayıcı olmasa da, sadece ikinci dünya savaşı ertesinde yapılan anayasaları değil, onaylayan devletleri bağlaması yanısıra, aradan geçen süre içinde uluslararası teamül hukuku niteliği kazanması nedeniyle, uluslararası camiada yer alan tüm devletleri bağlayan her iki BM insan hakları sözleşmesini de etkilemiştir. Uluslararası teamül hukuku üzerinden yükümlülük altına giren devletler sözleşmelerin sadece rapor verme yükümlülüğüne yahut insan hakları komitesinin yetkisi gibi usul hukuku düzenlemelerine değil, sözleşmelerin maddi içeriğinin yükümlülüklerine de bağlıdır³

Bu gelişmelerin yanısıra bölgesel olarak da insan hakları koruması, 1950 tarihli AİHK ve daha sonra Amerikan insan haklarını koruma sistemi (HREA) ve yeni yeni etkin olmaya başlayan Afrika insan haklarını koruma sistemi (ACCHPR) ile güçlendirilmiştir. Bu sistemler bireylere ulusal ve uluslararası seviyede yargı yoluyla haklarını koruma olanağı sunmaktadır. Bu gerçek insan haklarının sadece devletlerin iç egemenliğini değil, insan hakları ihlalleri çerçevesinde uluslararası teamül hukuku niteliği kazanan insan hakları enstrümanlarıyla sözleşme tarafı olmayan uluslararası camiada yer alan diğer devletlerin dış egemenliklerini de etkilediğini göstermektedir.

Devletlerin koruma sorumluluğu

Uluslararası hukukta hiçbir zaman devletlerin egemenliğinin sınırsız olduğu savunulmamış, tersine uluslararası teamül hukuku ve uluslararası anlaşmalarla egemenliğe sınırlamalar getirildiği ve özellikle iç egemenlik bağlamında bireylere karşı yükümlülüklerin bulunduğu kabul edilmiştir⁴. Problemler devletlerin iç egemenlikleri çerçevesinde bireylere ilişkin koruma mükellefiyetlerinin ihlali ve uluslararası camianın bu ihlallerin ortadan kaldırılmasına ilişkin sınırlı olanakları nedeniyle doğmaktadır. Devletlerin birbirlerinin

² Matthias Herdegen, Staatsrecht und Politik, bknz.: Festschrift für Roman Herzog zum 75. Geburtstag, 2009, s.117; Attila Tanzi, Remarks on Sovereignty in the Evolving Constitutional Features of the International Community, bknz.: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman, 2011, s.299

³ Peter Hilpold, Die Schutzverantwortung im Recht der Vereinten Nationen (Responsibility to Protect) – auf dem Weg zur Etablierung eines umstrittenen Konzepts?, SZIER, vol.21, no.2 (2011), s.231.

⁴ Eckart Klein, Denunciation of Human Rights Treaties and Principle of Reciprocity, bknz.: From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma, 2011, s.447.

egemenliğine sınırsız saygı, müdahale yasağı ve yasal savunma dışında ancak Güvenlik Konseyinin kararı ile kuvvet kullanılmasını mümkün kılan BM anlaşması yaklaşımı muvacehesinde uluslararası camianın ağır insan hakları ihlalleri çerçevesinde sahip olduğu olanaklar sınırlıdır.

Güvenlik Konseyinin yetkilendirmesi olmaksızın diğer devletlere karşı kuvvet kullanılmasının meşruiyetini savunan insani müdahale etik olarak kabul edilse de, uluslararası hukuk açısından tartışmalıdır. Özellikle NATO'nun hukuki dayanağı olmaksızın Kosova'ya yaptığı müdahaleye karşı uluslararası camiada doğan tepkibu çıkmazı tüm açıklığıyla ortaya koymuştur⁵. Ruanda'da, Kongo'da, Srebrenica'da ve Yugoslavya'da ortaya çıkan insan hakları ihlalleri örneklerinde olduğu gibi Güvenlik Konseyinin karar alma sürecinde yaşanan zafiyet durumları için BM Genel Sekreteri Kofi Annan'ın bu bağlamda gündeme getirdiği, devlet egemenliğinin insan hakları ihlalleri durumunda istisnai olarak geri çekilmesini, devlet egemenliğinin dikkate alınmamasını öngören yeni egemenlik yaklaşımıönemli tartışmalara yol açmıştır⁶. Bu tartışmalar ICISS (International Commission on Intervention and State Sovereignty) raporu, UN High-Level Expert Raporu ve Annan Raporu⁷ üzerinden insan hakları ihlalleri bağlamında BM 2005 dünya zirvesinin nihai dokümanında “to protect populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity” ifadesi ile uluslararası camiada yer alan tüm devletlerin insan hakları ihlalleri bakımından sorumluluğunun tesciline yol açmıştır⁸.

ICISS raporu, kendi halkını koruma mükellefiyeti içeren devlet egemenliğinden hareket etmekle beraber, bu mükellefiyetin ağır şekilde ihlâl edilmesi durumunda uluslararası camianın ikâme edici sorumluluğunu, diğer bir ifade ile “Responsibility to Protect” kavramı altında insani müdahalenin haklılığını kabul etmiştir⁹. Raporda “Responsibility to Protect” kapsamlı bir yaklaşımla sadece insani müdahale şeklinde bir reaksiyonla sınırlanmamış, bunun ötesinde önleyici müdahale mükellefiyetini, diğer bir ifade ile ağır insan hakları ihlallerinin önlenmesi için önleyici önlemlerin alınmasını ve üçüncü sırada barışı yeniden inşa etme mükellefiyetini içerecek şekilde düzenlenmiştir. Raporda askeri müdahalenin yapılabileceği istisnai durumlar savaş suçları, soykırım, insanlığa karşı işlenen suçlar ve etnik temizlik olarak sayılmıştır. Rapor ayrıca koruma yükümlülüğünün yerine getirilmesine ilişkin kriterleri sıralamıştır¹⁰. Bununla beraber gerek High-Level-Panel, gerekse Genel Sekreter Kofi Annan ICISS raporunda öngörülen devletlerin koruma sorumluluğunun henüz bir uluslararası hukuk normu karakteri kazanmadığını, sadece yönlendirici prensip teşkil ettiğini

⁵ Ingo Winkelmann, “Responsibility to Protect”: Die Verantwortung der Internationalen Gemeinschaft zur Gewährung von Schutz, bkz.: Festschrift für Christian Tomuschat, 2006, s.449-460; Andreas von Arnould, Souveränität und Responsibility to Protect, bkz.: Die Friedenswarte, Jahrgang 84 (2009), Heft 1, s.11-52

⁶ Ingo Winkelmann, ibid.

⁷ UN Doc. A/59/565, sub-chapter 3, paras. 199-203; 21.03.2005 tarihli UN Doc.A/59/2005

⁸ 2005 World Summit Outcome, UN Doc.A/60/L.1 ve 24 Ekim 2005

⁹ Peter Hilpold, ibid

¹⁰ Ingo Winkelmann, Responsibility to Protect, bkz.:Max Planck EPIL, 2006

ifade etmiştir. Responsibility to Protect daha sonra 2005 dünya zirvesi nihai dokümanında kapsamı daraltılarak hukuk prensibi niteliği ile kabul edilmiştir¹¹.

Gerek pratikte, gerek doktrinde Responsibility to Protect ağır insan hakları ihlalleri durumunda insani müdahale olarak reaksiyon gösterilmesi bağlamında önemsenirken, önleyici ve inşa edici boyutu itibariyle önemsenmemiştir. Responsibility to Protect'in getirdiği en önemli yenilik müdahale ve kuvvet kullanma yasağının istisnalarını sadece uluslararası barış ve güvenliğin bozulması ve tehdidi ile sınırlamaması, bu istisnalara Güvenlik Konseyinin 841 sayılı Haiti'ye ilişkin kararından itibaren (1993) uygulama bulan ağır insan hakları ihlallerini de katmasıdır¹². Koruma sorumluluğunun müdahale yoluyla kullanılması bununla beraber Güvenlik Konseyi'nin BM anlaşması VII. bölümü ışığında karar almasına bağlıdır¹³. İnsan haklarının bu güçlendirilmiş statüsü - şüphesiz sadece belli insan hakları için-, uluslararası hukukun oluşturucu gücü olan devlet egemenliğinin geri plana itilmesi ışığında devlet ve birey arasındaki geleneksel ilişkinin değiştiği yahut en azından yeniden düzenlendiği yorumlarına yol açmaktadır¹⁴. Bu çerçevede hatta insan hakları korumasının genel bir prensip olarak tanınmasının sadece egemenliğin sınırlanması anlamı taşımayıp, bunun ötesinde, egemenliğin aşağı hiyerarşide bir norm statüsüne indirgenmesi ve bütün bu gelişmelerin birey odaklı bir uluslararası hukuk sisteminin oluşması anlamı taşıdığı ileri sürülmüştür¹⁵. Uluslararası hukuktaki bu yeni yaklaşımın analizi çerçevesinde gerçekten bir yeniliğin oluşup oluşmadığının ve uluslararası hukuktaki bu gelişmenin şimdiye dek geçerli durumun iyileşmesine yol açıp açmayacağına değerlendirilmesi gerekmektedir.

Devlet egemenliğinin sınırsız olmadığı ve egemenliğin herşeyden önce bireylere hizmet etmesinin gerekliliği tartışmasız kabul görmektedir. İnsan haklarının korunması devlet egemenliğine ait olmakla beraber insan haklarının artık sadece devletlerin iç işleri olarak kabul edilmemesi nedeniyle insan hakları devletlerin dış egemenlik alanını da etkilemek durumdadır. Bu tablo egemen devletlerin iradesine istinat eden, insan haklarının korunmasına ilişkin olarak devletlerin sorumluluk alma iradesini yansıtan kapsamlı anlaşma düzenlemeleri sonucu doğmuştur. Uluslararası evrensel ve bölgesel insan hakları anlaşmalarına verilen kapsamlı destek aynı paralelde uluslararası teamül hukukunun oluşmasını sağlamıştır. Bütün bunlar devlet merkezli insani uluslararası hukukun ifadesi olup, uluslararası hukuktaki geleneksel yaklaşımın değiştiği sonucunu vermemektedir. Bu çerçevede yeni olan şüphesiz ağır insan hakları ihlallerinde uluslararası camianın müdahalesinin istenmesi gayretleridir. Diğer bir ifade ile uluslararası

¹¹ Peter Hilpold, *Schweizer Zeitschrift für internationales und Europäisches Recht* 21 (2011), 231

¹² Matthias Herdegen, *Staatsrecht und Politik*, bknz.: *Festschrift für Roman Herzog zum 75. Geburtstag*, 2009, s.122

¹³ bknz.: UN Doc.A/RES/60.1&139

¹⁴ Andreas von Arnould, *Souveränität und Responsibility to Protect*, bknz.: *Die Friedenswarte*, Jahrgang 84 (2009), Heft 1, s.11-42/43

¹⁵ Andreas von Arnould, *Souveränität und Responsibility to Protect*, bknz.: *Die Friedenswarte*, Jahrgang 84 (2009), Heft 1, s.11-42/43

hukukun en önemli problemi olan devlet yükümlülüklerinin uluslararası seviyede cebren icrası olanaklarının güçlendirilmesidir¹⁶. Devletlere karşı uluslararası hukuk yükümlülüklerinin cebren icrası sadece devletlerin onayı ile caizdir. Uluslararası uyuşmazlıkların uzlaşısı ile BM anlaşmasının VI. bölümünde öngörülen yöntemlerle çözümlenmesi gerekliliği ışığında uluslararası yükümlülüklerin cebren icrası devletlerin onayladıkları anlaşma düzenlemelerine istinat etmek zorundadır. İnsan haklarının korunmasının önem kazanması ve uluslararası hukukta insan hakları ihlallerinin sonuçlarının kabul edilmesi BM Genel Kurulunda bir araya gelen egemen devletlerin kararına istinat etmektedir. Devletler 2005 dünya zirvesi nihai dokümanında koruma prensibine yer vermekle insan hakları yükümlülüklerini kabul etme iradelerini ortaya koymuştur. Bunun dışında sadece egemen devletler ülkelerinde insan haklarına saygıyı garanti edebilir ve bu şekilde iç egemenliğin gereğini yerine getirebilir. “Failed state” tecrübelerinin gösterdiği gibi fonksiyonunu yerine getiren bir devlet olmaksızın insan haklarının korunması mümkün değildir¹⁷.

BM anlaşmasının 39.maddesinde şekli bir değişiklik olmaksızın Responsibility to Protect’in 2005 Dünya Zirvesi nihai dokümanında uluslararası hukuk prensibi olarak kabulü uluslararası camianın mutabakatı ile BM anlaşmasının dinamik yorum tekniğiyle tamamlanması dışında bir anlam taşımamaktadır. Responsibility to Protect ağır insan hakları ihlallerinde ihlallerin başka türlü durdurulması mümkün olmadığı takdirde Güvenlik Konseyini önlem almakla yetkilendirmektedir. Güvenlik Konseyinin siyasi bir organ olması ve daimi üyelerin Responsibility to Protect’in kullanılmasını engelleme olasılığı, insan hakları ihlallerini önleme veya sona erdirmeye konusunda sorumluluğun devletlerden Güvenlik Konseyine aktarılmasının etkin bir koruma garantisi getirmediğini göstermektedir. Koruma yükümlülüğünün yerine getirilmesini temin için bu çerçevede gündeme getirilen, Güvenlik Konseyi daimi üyelerinin veto hakkının kabul görmemekle beraber hukuken kimi koşullara bağlanması düşüncesi yeni değildir. Sürekli üyelerin veto hakkının koşullara bağlanmasının, siyasi bir organ olarak kabul edilen ve hukuken bu anlamda yükümlülüğe sokulması mümkün olmayan Güvenlik Konseyinin karakter değişimine yol açacağı ileri sürülmektedir¹⁸. Güvenlik Konseyinin siyasi bir organ olması doğal olarak onu hertürlü yükümlülükten bağımsız kılmamaktadır. BM teşkilatının faaliyetlerinde yönlendirici prensip olarak bağlayıcı etkiye sahip olan insan haklarına ve temel özgürlüklere saygıyı temin etme amacı (BM anl., md.1, fıkra 3) BM Güvenlik Konseyi faaliyetleri için de geçerlidir.

Güvenlik Konseyinin faaliyetlerinin hangi kapsamda uluslararası hukuk yükümlülüklerine tâbi olduğu konusu Güvenlik Konseyinin ağır insan hakları ihlallerini kabullenmemesi bağlamında tartışılmaktadır. BM anlaşması 24.madde, 1.fıkrası Güvenlik Konseyine BM anlaşmasının 1.madde 3.fıkrası muvacehesinde

¹⁶ Matthias Herdegen, Staatsrecht und Politik, bkz.:Festschrift für Roman Herzog zum 75.Geburtstag, 2009, s.125)

¹⁷ Matthias Herdegen, bkz.:Festschrift für Roman Herzog zum 75.Geburtstag, 2009, s.125

¹⁸ Andreas Zimmermann, The Obligation to Prevent Genocide: Toward a General Responsibility to Protect, bkz.:Festschrift für Bruno Simma, 2011, s.629-645

insan haklarına saygının da dahil olduğu amaçlar ve prensipler ile uyum içinde faaliyette bulunma yükümlülüğü getirmiştir¹⁹. Güvenlik Konseyinin siyasi karakteri, ağır insan hakları ihlalleri durumunda olduğu gibi geniş takdir alanı bırakmaması gereken önlemlerin amaca uygunluğunun değerlendirilmesi bağlamında da ortaya çıkmaktadır. Ağır insan hakları ihlallerinin sona erdirilmesi yükümlülüğü Güvenlik Konseyinde temsil edilen devletleri de bağlamaktadır. Bağlayıcı kuralların icra edilmesi problemi maalesef uluslararası hukukun halâ en önemli problemidir.

Devletlerin koruma yükümlülüğünün tanınması sonuç olarak sadece egemenliğin içerdiği yükümlülüklerden birinin somutlaştırılmasından başka bir şey değildir. Devletlerin bu yükümlülüğünün muhatabı olma ve bu yükümlülüğü yerine getirebilme durumunda olmaları, uluslararası hukukta devletlerin statüsünün teyidi ve güçlenmesi anlamını taşımaktadır. İnsan haklarının daha güçlü bir şekilde icra edilebilmesi, uluslararası hukuk sisteminin yahut onun dayanaklarının değiştiğini değil, egemenliğin içerdiği yükümlülüklerin yerine getirilmesi bağlamında uluslararası camianın kazandığı rolü ifade etmektedir. İnsan haklarının ve dolayısı ile bireylerin devlet egemenliği üstünde bir statü elde ettiğini, diğer bir ifade ile egemenliğin artık insan hakları üzerinden tanımlandığını ileri süren yaklaşım, uluslararası hukuk yükümlülüklerinin icrasının hâlâ devletlerin egemenliğinin ifadesi olan devletlerin onayına istinat etmesi nedeniyle mutlak olarak kabul görmemektedir. Devletlerin egemenliği prensibi her ne kadar şimdiye dek uluslararası hukukun gelişmesini engellemişse de, bu prensip başka bir alternatifin bulunmaması nedeniyle sadece sistemin fonksiyon yeteneği bakımından değil, hukuki güvenlik bakımından da yegâne gerçek garantidir²⁰.

Devletlerin Yargı Bağısıklığı

Uluslararası hukukta devletlerin merkezi statüsünün birey hakları üzerinden geri plana itilmesinin sonuçlarından biri olarak, ulusal mahkemelerin ağır insan hakları ihlalleri durumunda devletlerin yargı bağısıklığını reddettikleri görülmektedir. Bu çerçevede İtalyan Corte Suprema di Cassazione (Yargıtay) öncülük yapmış ve bu bağlamda ikinci dünya savaşı esnasında işlenen ağır insan hakları ihlalleri iddiasıyla Almanya'ya karşı açılan davalarda insan haklarına devletlerin yargı bağısıklığı prensibine nazaran öncelik tanımıştır²¹. Uyuşmazlık Almanya tarafından 2008'de Uluslararası Adalet Divanına getirilmiştir²². İtalyan mahkemelerinde açılan davalarda ikinci dünya savaşında insanlığa karşı işlenen suçlara maruz kalanların yakınları Almanya'dan tazminat talep etmiştir. Bu çerçevede ayrıca Yunanistan'da açılan tazminat davasında karara bağlanan tazminatın İtalya'da bulunan Alman taşınmazları ile karşılanmasına matuf bir tenfiz talebi de yapılmıştır. Bütün bu davaları Almanya devletlerin yargı bağısıklığı

¹⁹ Andreas Zimmermann, ibid.

²⁰ Peter Hilpold, The Duty to Protect and the Reform of the United Nations – A New Step in the Development of International Law?, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol.10 (2006), Issue 1, s.67

²¹ Karin Oellers-Frahm, Judicial Redress of war-related Claims by Individuals: the Example of Italian Courts, bkz.: From Bilateralism to Community Interest Essays in Honour of Judge Bruno Simma, 2011, s.1055

²² bkz.: <http://icj-cij.org>.

prensibine istinaden reddetmiştir. Hukuk ve ceza davalarında en yüksek mahkeme olarak görev yapan İtalyan Yargıtay'ı, ihlâli söz konusu olan insan haklarının ius cogens karaktere sahip olması ve bu nedenle normlar hiyerarşisinde en tepede yer alması nedeni ile kendisine ters düşen her kurala nazaran, bu çerçevede ius cogens karakteri olmayan devletlerin yargı bağımsızlığı kuralına nazaran da öncelikli olduğuna istinaden İtalyan mahkemelerinde açılan bu davaların insan hakları ihlâli kurbanları bakımından tazminat talep edebilecekleri en son olanak (last resort) oluşturduğu gerekçesi ile mağdur yakınlarının tazminat taleplerini kabul etmiştir. İtalyan Yargıtay'ı bu kararı ile sözkonusu durumlar çerçevesinde oluşmakta olan uluslararası teamül hukukunun tespitini yapmıştır²³.

Uluslararası Adalet Divanının kararı

İki devlet arasındaki uyuşmazlığı açıklığa kavuşturacak bir anlaşma bulunmaması nedeni ile Uluslararası Adalet Divanı devletlerin yargı bağımsızlığının ağır insan hakları ihlâlleri durumunda da devam edip etmediğini saptamaya matuf olarak bu çerçevede uygulanması söz konusu olan uluslararası teamül hukukuna başvurmak zorunda kalmıştır. Uluslararası Adalet Divanı devletlerin uygulaması, ulusal ve uluslararası içtihat hukuku üzerinde yaptığı çalışmalar sonucunda, uluslararası teamül hukukunun bugünkü durumuna göre silahlı çatışmalar çerçevesinde ortaya çıkan insan hakları ihlâlleri bakımından devletlerin yargı bağımsızlığında bir değişiklik olmadığını tespit etmiştir. Uluslararası Adalet Divanı keza yargı bağımsızlığı kurallarının usul hukuku karakterine sahip iken, insan hakları yükümlülüklerinin maddi hukuk karakterine sahip olduğu görüşüne istinaden yargı bağımsızlığının ius cogens karakterli insan hakları normları tarafından devre dışı bırakılmasını, farklı nitelikteki normlar arasında bir çatışmanın mümkün olamayacağı ve her iki norm kategorisinin varlıklarını birbirinden bağımsız olarak devam ettirdikleri gerekçesiyle reddetmiştir. Hak ihlâllerinin ağırlığının veya herhangi bir şekilde başka şekilde temin edilme olanağının bulunmamasının yargı bağımsızlığı üzerindeki etkisini Uluslararası Adalet Divanı cevaplandırmamıştır²⁴. Bazı yazarlar karara ilişkin değerlendirmelerinde Uluslararası Adalet Divanının bu kararı ile uluslararası hukukun gelişmesine ve insan haklarının güçlenmesine katkı sağlama fırsatını kaçırdığı görüşünü temsil etmişlerdir²⁵.

Kararın uluslararası hukuk düzeni bakımından anlamı

Özellikle ağır insan hakları ihlâlleri çerçevesinde devletlerin sorumluluğunun temin edilmesinde uluslararası camianın haklı bir çıkarı vardır ve bu konuda şimdiye dek önemli başarılar elde edilmiştir. Çeşitli insan haklarını koruma enstrümanları ve insan haklarını temin mekanizmaları, örneğin

²³ Karin Oellers-Frahm, *Judicial Redress of war-related Claims by Individuals: the Example of Italian Courts*, bkz.: *From Bilateralism to Community Interest Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, 2011, s.1056

²⁴ Enzo Cannizzaro, Beatrice I. Bonafé: *Of Rights and Remedies: Sovereign Immunities and Fundamental Human Rights*, bkz.: *From Bilateralism to Community Interest Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, 2011, s.1056

²⁵ Michael Bothe, *The Question of State Immunity Before National Courts in Cases of Massive Violation of Human Rights and of International Humanitarian Law*, Legal Expert Opinion submitted for Amnesty International 2011

uluslararası ceza mahkemesinin kurulması(sadece bireyleri yargılama yetkisi olsa da) bunun kanıtıdır. Ağır insan hakları ihlallerine istinat eden devletlerin uluslararası sorumluluğu büyük ölçüde uluslararası teamül hukukunu yansıtacak şekilde Uluslararası Hukuk Komisyonu tasarısında düzenlenmiştir²⁶. Bu şekilde Uluslararası Hukuk Komisyonu tasarısı ile insan hakları bir taraftan bugünkü uluslararası hukukta önemli bir anlam kazanırken, diğer taraftan da insan haklarının temini araçları (tazminat) düzenlenmiştir. Bu durum doğal olarak daha ileri düzenlemeler yapılmasını engellemektedir. Devletlerin yargı bağışıklığının devre dışı bırakılarak insan hakları ihlalleri nedeniyle ulusal mahkemelerde dava açılması oldukça kritik bir konudur. Belli durumlarda insan hakları ihlalleri nedeniyle yabancı devletlere karşı özellikle başka bir hukuki aracın bulunmaması durumunda ulusal mahkemelerde tazminat davası açılması gündeme gelmektedir. Bu durum şimdiye dek iki uluslararası anlaşmada öngörülmüştür²⁷. Bu anlaşmalara göre ağır insan hakları ihlalleri durumunda egemenlik tasarrufları bakımından da (acta iure imperii) yargı bağışıklığı kabul edilmemektedir. Ancak devletlerin yargı bağışıklığı istisnasının savaş veya silahlı çatışmalar çerçevesinde ortaya çıkan insan hakları ihlalleri bağlamında uygulanması, yabancı devletlere karşı ulusal mahkemelerde bireysel tazminat davalarının açılması nedeniyle oldukça problemlidir. Bu konudaki problem ihlâl edilen insan haklarının ius cogens niteliğinden hareket edilerek her aykırı hukuki düzenlemenin devre dışı bırakılması ile daha da büyümektedir. Bu yaklaşım bir savaş veya silahlı çatışmada ağır insan hakları kurbanı olan her kişinin ve fûruğlarının yabancı bir devlete karşı ulusal mahkemelerde savaşın ne zaman yapıldığından, barış anlaşması yapılmasından ve uluslararası seviyede tazminat ödenmesinden bağımsız olarak dava açmasına yol açabilir. Bu şekilde egemenlik yetkisinin kullanılması olarak kabul edilen silahlı çatışmanın sonuçlarının uluslararası seviyeden bireysel seviyeye, ulusal mahkemelere aktarılması gibi bir durumun ortaya çıkması kaçınılmaz olmaktadır. Ulusal seviyede bireysel tazminat taleplerinin yapılmasının mümkün olması halinde devletlerin barış anlaşmalarında tazminat ödemeyi kabul etme ihtimalinin zayıf olması nedeni ile bu tür potansiyel davaların oluşturulmak istenen barış ilişkilerine zarar vereceği düşünülmektedir.

Ulusal mahkemelerinin silahlı çatışmaya ilişkin olayları ve hukuki sorunları inceleme ve gerektiğinde uyuşmazlığın hukuka uygunluğunu değerlendirme olanağı tereddüt yaratmaktadır. Ulusal mahkemelerin üstesinden gelinmesi mümkün olmayan sayıda davalara bakması yanısıra, verilen kararların tenfizinin de garanti olmadığı gözardı edilmemesi gerekmektedir. Silahlı çatışmalar, bireysel haklara esas olması mümkün olmayan siyasi tasarruflardır. Silahlı çatışmalardan doğan zararların bireysel taleplere esas olabileceğinin kabul edilmesi durumlarında da bu taleplerin ulusal seviyede yapılması gerekliliği yoktur²⁸. Yabancı devletlere karşı ulusal mahkemelerde bireysel davalar açılmasını

²⁶ UN Doc.A/CN.4/L.602, Rev.1

²⁷ bkz.: Devletlerin bağışıklığına ilişkin Avrupa Konvansiyonu, ETS (European Treaty Series) No.74 ve UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, 02.12.2004, Un Doc.A/RES/59/38

²⁸ 1907 tarihli IV nolu La Haye Anlaşması 3.maddesi; 1949 tarihli Cenevre Konvansiyonuna ek I nolu Protokolün 51.maddesi silahlı çatışmaların bireysel taleplere esas olabileceğini kabul etmiştir.

mümkün kılan bir uluslararası teamül hukuku oluşumu beklentisi günümüz Uluslararası Hukuk koşullarında bulunmamaktadır. Bu çerçevede yegâne çözüm yolu devletlerarası düzenlemelerin yapılmasıdır. Bu durum belli bir grubun, zorla çalıştırılan İtalyanlar örneğinde olduğu gibi, barış yahut tazminat anlaşmasının dışında bırakılması için de geçerlidir. Tazminat anlaşmasında dikkate alınmayan insan hakları ihlalleri kurbanlarının öncelikle başvuru adresinin barış anlaşmasında vatandaşlarının çıkarlarını temsil eden kendi devletleridir. Bu devletin insan hakları ihlâli iddiası muhatabı devletle insan hakları ihlalleri ile ortaya çıkan durumu görüşmeler yoluyla giderme girişimi yapması uygundur²⁹. Bu prosedürün arzu edilen sonucu vermemesi, yargı bağıışıklığının kaldırılarak ulusal mahkemeler nezdinde bu devlete karşı dava yolunu açmaz. Bir uluslararası hukuk prensibi olarak devletlerin yargı bağıışıklığı uluslararası görüşmelerin sonuçlarından bağımsız olarak etki göstermektir. Devletlerin yargı bağıışıklığına ilişkin uluslararası hukuk prensibini ulusal mahkemeler değil, ancak uluslararası hukuk kaynaklarını yaratan devletler değiştirebilir.

Sonuç

Devletler bugün hâlâ uluslararası hukukun en önemli aktörüdür. Devletler uluslararası hukukun gelişmesinde ve saygı görmesinde öncelikli garantör rolüne sahiptir. İnsan haklarının bugün uluslararası hukuk düzeninde merkezi bir yer kazanması bu durumu değiştirmemektedir. İnsan haklarının gelişmesi, bu bağlamda uluslararası camia tarafından insan haklarını koruma sorumluluğunun üstlenilmesi devlet egemenliği bakımından olumsuz bir tablo oluşturmayıp, tersine egemenliğin devlet eliyle kullanılmasını güçlendirmiştir. İnsan haklarının gelişmesinin devletlerin iradesine istinat etmesi, ulusal ve uluslararası insan hakları düzenlemelerinin fiilen devletler tarafından temin edilmesi, bu çerçevede bir paradigma değişikliği olmadığını göstermektedir. Diğer bir ifade ile insan hakları gelişmesinin devletlerin egemenlik kaybı olarak değil, aksine devlet egemenliğinin manifestosu olarak görülmesi gerekmektedir.

Uluslararası hukukun insan haklarına saygı istikâmetinde gelişmesi, bu çerçevede devletlerin ve uluslararası camianın insan haklarını koruma yükümlülüğünün kabulü devlet merkezli uluslararası hukukun pozitif gücünün eseridir. Bu nedenle bireyin statüsünün uluslararası hukukta güçlenmesi sonucu devletin uluslararası seviyede bundan böyle yegâne belirleyici aktör olarak görülmemesi gerektiği şeklinde ifade edilen yeni yaklaşımın uluslararası hukuk sisteminde devletlerin devre dışı bırakılması halinde ortaya çıkabilecek potansiyel sorunlar muvacehesinde devleti egemenlik gücünden yoksun bırakacak şekilde yorumlanması mümkün değildir.

²⁹ bknz.: <http://icj-cij.org>.§104

BIBLIYOGRAFYA

- Andreas von Arnault:** Souveränität und Responsibility to Protect, bkz.: Die Friedenswarte, Jahrgang 84 (2009), Heft 1 Attila Tanzi Remarks on Sovereignty in the Evolving Constitutional Features of the International Community, bkz.: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman, 2011
- Eckart Klein:** Denunciation of Human Rights Treaties and Principle of Reciprocity, bkz.: From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma, 2011, Enzo Cannizzaro,
- Beatrice I. Bonafé:** Of Rights and Remedies: Sovereign Immunities and Fundamental Human Rights, bkz.: From Bilateralism to Community Interest Essays in Honour of Judge Bruno Simma, 2011
- Ingo Winkelmann:** "Responsibility to Protect": Die Verantwortung der Internationalen Gemeinschaft zur Gewährung von Schutz, bkz.: Festschrift für Christian Tomuschat, 2006,
- Ingo Winkelmann:** Responsibility to Protect, Max Planck EPIL (Encyclopedia of Public International Law), 2006
- Karin Oellers-Frahm:** Judicial Redress of war-related Claims by Individuals: the Example of Italian Courts, bkz.: From Bilateralism to Community Interest Essays in Honour of Judge Bruno Simma, 2011
- Matthias Herdegen:** Staatsrecht und Politik, bkz.: Festschrift für Roman Herzog zum 75. Geburtstag, 2009
- Michael Bothe:** The Question of State Immunity Before National Courts in Cases of Massive Violation of Human Rights and of International Humanitarian Law, Legal Expert Opinion submitted for Amnesty International 2011).
- Peter Hilpold:** Schweizer Zeitschrift für internationales und Europäisches Recht 21 (2011)
- Peter Hilpold:** Die Schutzverantwortung im Recht der Vereinten Nationen (Responsibility to Protect) – auf dem Weg zur Etablierung eines umstrittenen Konzepts?, SZIER (Schweizer Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht), vol.21, no.2 (2011).
- Peter Hilpold:** The Duty to Protect and the Reform of the United Nations – A New Step in the Development of International Law?, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol.10 (2006), Issue 1, s.67).