

ULUSLARARASI SUÇLAR–DEVLETLERİN BAĞIŞIKLIĞI

International Crimes-State Immunities

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA*

Geliş Tarihi:03.01.2020 Kabul Tarihi:04.06.2020

ÖZET

İtalyan Anayasa Mahkemesi 2014’te vermiş olduğu kararla uluslararası suçlar bakımından devletlerin yargı bağışıklığını anayasanın temel prensiplerine aykırılık nedeniyle reddetmiştir. Uluslararası Adalet Divanının devletlerin yargı bağışıklığını kabul eden kararına ters düşen bu karar Anayasa Mahkemesi kararları ile Uluslararası Adalet Divanı kararları arasındaki ilişkinin açıklığa kavuşmasını gerektirmektedir. Uluslararası Adalet Divanı kararlarının bağlayıcılığının anayasaya istinaden sorgulanması İtalyan yargısını zor durumda bırakmıştır. Makalede İtalyan Anayasa Mahkemesinin ve Almanya’nın ileri sürdüğü gerekçeler ışığında devletlerin yargı bağışıklığı konusuna ışık tutulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Feragat bildirimleri, anayasanın temel prensipleri, New York anlaşması, Londra Borçlar Anlaşması.

ABSTRACT

The Italian constitutional court rejected the jurisdictional immunity of states in terms of international crimes in 2014 because of a violation of the basic principles of the constitution. This decision, contrary to the decision of the International Court of Justice which accepts the immunity of states, requires clarification of the relationship between the decisions of the Constitutional Court and the decisions of the Court of Justice. The questioning of the nature of the decisions of the International Court of Justice in accordance with the constitution left the Italian judiciary in a difficult position. The article sheds light on the immunity of states in the light of the reasons put forward by the Italian constitutional court and Germany.

Keywords: Waiver of immunity, basic principles of the constitution, New York agreement, London Debt Agreement.

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, e-posta: fusun.arsava@atilim.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-2275-7664.

GİRİŞ

İtalyan Anayasa Mahkemesinin 238/2014 sayılı ve tarihli kararı ile uluslararası suçlar bakımından devletlerin yargı bağışıklığını anayasanın temel prensiplerine aykırı düşeceği gerekçesi ile reddetmesi, dolayısı ile Uluslararası Adalet Divanının devletlerin bağışıklıkları ile ilgili kararına uymayı reddetmesi Anayasa Mahkemesi kararları ve Uluslararası Adalet Divanı kararları arasındaki ilişkinin ve dava tarafları bakımından bu kararların anlam ve etkisinin açıklığa kavuşturulması gerekliliğini gündeme getirmiştir.

İtalyan Anayasa Mahkemesi Uluslararası Adalet Divanı'nın Almanya lehine verdiği kararı anayasasının temel prensibini ihlâl ettiği gerekçesine istinaden reddetmiştir. İtalyan anayasasının 10.madde, 1.fıkrasına göre uluslararası teamül hukuku ve BM Şartından doğan mükellefiyetler anayasa hiyerarşisine sahip olmakla beraber, anayasasının temel prensipleri bu bağlamda en yüksek hiyerarşiye sahiptir. Anayasa Mahkemesi anayasasının 24.maddesinde öngörülen hukuki koruma ile bağlantılı olarak insan onurunun da dahil olduğu insan haklarını anayasasının 2.maddesi muvacehesinde anayasasının temel prensibi olarak kabul etmiştir. Devletlerin yargı bağışıklığı anayasaya aykırı bir prensip olmamakla beraber, anayasasının 2.maddesine göre ihlâli mümkün olmayan haklara ilişkin hukuki korumayı engellediği nispette anayasaya aykırıdır. Egemenlik tasarruflarının yol açtığı ağır uluslararası hukuk ihlalleri bakımından bu bağlamda yargı bağışıklığı istisnasının kabulü insan haklarının *ius cogens* karakterinin icabıdır.

Dava konusu tazminat talebi 1943-1945 yılları arasında İtalya'nın Almanya tarafından işgali esnasında işlenen katliam, yerinden etme, sivillerin ve askerlerin zorla çalıştırılması gibi uluslararası suçlara ilişkin olarak yapılmıştır. İtalyan davacıların Almanya'ya karşı açtığı davalar İtalya'nın Almanya'ya yaptığı feragat bildirimini ışığında hukuki bir tartışmaya yol açmıştır. İtalyan anayasası anayasasının temel prensiplerini öngören bir katalog öngörmemektedir. Anayasa Mahkemesi 1971'de verdiği üç kararda obiter dictum (dolaylı olarak) anayasasının atıfta bulunduğu kimi hukuki prensiplerin anayasa hiyerarşisine sahip olduğunu, bunların anayasasının temel prensiplerine uygunluk denetiminde ölçü olduğunu vurgulamıştır. Anayasasının temel prensipleri yabancı hukuk normlarının yürürlüğe girmesini bir bariyer gibi engelleyebilmektedir. Anayasa Mahkemesinin bariyer nitelikli prensiplere ilişkin söz konusu bu içtihatı Avrupa Birliği hukuku ile ilgili anayasada özel bir düzenleme olmaması nedeniyle bugün Avrupa Birliği hukukunun İtalyan anayasa hukukundaki yeri ile ilgili de sonuçlar doğurmaktadır. Anayasasının 10.madde, 2.fıkrası bu bağlamda "*transformatöre permenente*" olarak nitelendirilmektedir. Uluslararası teamül hukuku düalist yaklaşım ışığında İtalyan hukukunda anayasa hiyerarşisi ile geçerli olmaktadır. Bunun ötesinde İtalyan anayasasının 11.maddesi, diğer

devletlerle eşit olmak koşulu ile uluslararası barış ve adaletin teminine matuf bir hukuk düzeninin gereği olduğu takdirde uluslararası anlaşmalar üzerinden ulusal egemenliğin sınırlanmasını kabul etmektedir. İtalya'nın 1955'te BM'e katılımı bağlamında anayasada kabul edilen bu düzenleme İtalya'nın BM'e katılımının ve Uluslararası Adalet Divanı kararlarının bağlayıcılığının dayanağıdır. Bunun dışında İtalyan anayasası uluslararası hukuk anlaşmalarının İtalyan hukukunda basit kanun hiyerarşisine sahip olduğunu kabul etmiştir. İtalyan Anayasa Mahkemesi 183/1973 sayı ve tarihli kararından itibaren o dönemdeki adı ile Avrupa Topluluklarının barış ve adaleti temin eden hukuk düzeni teşkil ettiğinden hareket ederek Avrupa Birliği hukukunun önceliğini kabul etmiştir. Bu tablo AB hukuku için sadece anayasanın temel prensipleri ışığında denetim yapılabileceğini ortaya koymaktadır. 2001'de yapılan anayasa reformu ile kabul edilen devlet ve bölgeler arasındaki yetki ilişkisini düzenleyen anayasanın 117.maddesinde devletin ve bölgelerin anayasaya saygı ışığında AB hukuk düzeninden ve uluslararası yükümlülüklerden doğan sınırlamalar muvacehesinde yasama yetkisi kullanması kabul edilmiştir. Bu şekilde İtalyan hukukunda uluslararası hukuk anlaşmaları anayasa ve kanunlar arasında bir hiyerarşi elde ederken, BM hukuku ve AB hukuku, uluslararası teamül hukuku sadece anayasanın temel prensiplerine göre değerlendirilmesi mümkün olan anayasal bir hiyerarşi elde etmiştir.

I. İTALYAN ANAYASA MAHKEMESİ'NİN (CORTE COSTITUZIONALE) KARARININ BAĞLAYICI ETKİSİ

Almanya-İtalya arasındaki uyuşmazlıkta dönüm noktası oluşturan Kassation mahkemesinin (Yargıtay) 2004 tarihli Ferrini kararında, Almanya'nın 1943-1945 arasındaki İtalya işgali esnasında işlemiş olduğu uluslararası suçlar nedeniyle açılan tazminat davalarında Almanya'nın İtalyan mahkemelerinde devletlerin yargı bağımsızlığına istinat etmesi kabul edilmemiştir. Uluslararası Adalet Divanı'nın 2012'de vermiş olduğu kararla "*ius cogens exception*"ı reddetmesi ertesinde Kassation mahkemesi aynı yıl kararını değiştirmiş ve Uluslararası Adalet Divanı'nın kararını benimsemiştir.

İtalyan Parlamentosu devletlerin bağımsızlığına ilişkin 2004 tarihli New York anlaşmasına ilişkin uygun bulma kanununda ad hoc bir paragraf kabul ederek, bir taraftan hukuki güveni temin amacıyla Uluslararası Adalet Divanı kararlarının bağlayıcılığını, diğer taraftan da Adalet Divanı kararlarından sapmayı mümkün kılan bir prosedür kabul etmiştir.

Anayasa Mahkemesi bu bağlamda verdiği 2014 tarihli kararında ilk olarak öngörülen ad hoc paragrafın anayasaya aykırılığını saptamıştır. Anayasa Mahkemesi ikinci olarak uluslararası teamül hukuku oluşturan devletlerin yargı bağımsızlığının anayasanın temel prensipleri muvacehesinde insan onurunun

da dâhil olduğu insan haklarının kabul edilemez olduğunu tespit etmiştir. Bu kararı ile Anayasa Mahkemesi yargı bağışıklığına ilişkin normun Uluslararası Adalet Divanı tarafından yorumlanma tekeli teyit etmiş ve bunun mantıklı sonucu olarak caiz olan bir durumu kanun etkisi ile düzenleyen hiçbir ulusal tasarrufun anayasanın 134.maddesine göre anayasaya aykırılık iddiası konusu yapılamayacağını ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesi bununla beraber bu kararı ile bir taraftan devletlerin yargı bağışıklığının anayasanın temel normlarına aykırılığı iddiasını reddederken, diğer taraftan da devletlerin yargı bağışıklığına ilişkin normun İtalyan hukukuna transforme edilmesini engelleyen bir yaklaşım benimsemiştir. Bu tablo Anayasa Mahkemesinin devletlerin yargı bağışıklığı konusunda yorum yetkisi kullanmaktan kaçındığını göstermektedir. Anayasa Mahkemesinin *erga omnes* etkili anayasaya aykırılığı tespit eden kararlarının tersine bu tür kararları sadece başvuru yapan mahkemeyi bağlamaktadır. Şekli hukuk bakımından bu nedenle Floransa yerel mahkemesi dışında diğer İtalyan mahkemelerinin kararın yargı bağışıklığının İtalya’da etkisini önleyen bölümüyle bağlı olma mükellefiyeti bulunmamaktadır.

Kassation mahkemesi Floransa yerel mahkemesi kararına karşı yapılan başvuruda Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararına rağmen Uluslararası Adalet Divanı’nın kararına istinaden Almanya’nın yargı bağışıklığı iddiasını kabul etmiştir. İtalya, Kassation mahkemesine göre BM Şartı’nın 94.maddesine göre Uluslararası Adalet Divanı kararlarının gereğini yerine getirmekle yükümlüdür. Benzer bir sonuç 1957 tarihli Uluslararası Adalet Divanı kararlarının gereğinin yerine getirilmesini öngören uluslararası uyuşmazlıkların barışçı yöntemlerle çözümlenmesine ilişkin Avrupa Konseyi anlaşmasının 39.maddesi nedeniyle de söz konusudur (bknz.: CETS Nr.023).

II. İTALYA’NIN FERAGAT BİLDİRİMLERİ

İlk bildirim 1947 tarihli İtalya ve müttefik devletler ve ortakları arasında yapılan barış anlaşmasının 77.madde, 4.fıkrasında karşımıza çıkmaktadır.¹ İki diğer bildirim İtalya ve Federal Almanya Cumhuriyeti arasında 1962’de yapılan Bonn anlaşmasında yer almaktadır.² İtalyan mahkemeleri İtalya tarafından yapılan feragat bildirimlerini *ratione personae, materiae* ve *temporis* reddetmiştir. Anayasa Mahkemesine başvuru yapan Floransa yerel mahkemesi bu hukuki görüşü benimsemiş ve Almanya’yı 50.000 Euro ödemeye mahkûm etmiştir.³ Floransa Mahkemesi Kassation mahkemesinin 2008 tarihli Milde davasında verdiği karara istinat etmiştir. İhtisas mahkemeleri 2012

¹ UNTS 49 (1950), Nr.747

² BGBl.II 1963, 669; BGBl. II 1963, 793

³ www.questionegiustizia.it

tarihli Uluslararası Adalet Divanı kararından önce bu içtihatı takip etmiştir. Kassation mahkemesi ise 1953 tarihli eski bir kararında barış anlaşmasında yer alan feragat bildirimine istinat etmiştir.

1. Feragat Bildiriminin Ratione Personae Doğurduğu Sonuç

İtalyan mahkemeleri 1947 tarihli barış anlaşmasında yer alan feragat bildirimini sübjektif bağlayıcılığıyla bağlantılı olarak, bu anlaşmada Almanya'nın taraf olmaması nedeniyle söz konusu bildirim sadece müttefik devletlerinin istinat etmesinin mümkün olduğunu ileri sürmüştür. Kassation mahkemesi 1953'de bir Alman tüzel kişinin feragat bildirimine istinat etmesi üzerine üçüncü kişi lehine bir anlaşma hükmünün mevcut olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme İtalya'nın ve Almanya'nın müttefik devletler karşısında eşit olmayan bir statüde bulunmaları nedeniyle uluslararası anlaşmalar hukuku prensiplerinin 1947 tarihli barış anlaşması için ne ölçüde geçerli olduğu konusunda tereddüte düşmüştür. Bu çerçevedeki tereddütler bir kenara bırakılıp, Viyana anlaşmalar hukuku sözleşmesinin 36.madde hükmü esas alındığı takdirde üçüncü tarafın rıza verme gerekliliğinden hareket edildiği görülmektedir (*"the parties to the treaty intend the provision to accord that right"*). Diğer bir ifade ile münferit durumda üçüncü tarafa hak verilip verilmediğinin incelenmesi gerekmektedir.

Bu nedenle feragat bildirimini bu koşulları yerine getirip getirmediği, diğer bir ifade ile hakkın devrine imkân verip vermediğinin incelenmesi gerekmektedir. Kassation mahkemesi 1953'te düalist yaklaşımla bu sorunu çözmüştür. Bu yaklaşıma göre barış anlaşmasının anlaşmaya ilişkin bir kanunla iç hukuka transforme edilmesi nedeniyle bildirim uluslararası hukuktaki bağlayıcılığından bağımsız olarak bildirim İtalyan mahkemeleri nezdinde Alman tüzel kişilerinin de istinat etmesi mümkündür. Kassation mahkemesi 1953'de bir kez daha anlaşma hükmünün üçüncü kişi lehine bir düzenleme getirip getirmediğini incelemiştir. 1953 ortasında yürürlüğe giren Londra Borçlar Anlaşması hem Almanya hem de İtalya tarafından onaylanmıştır.⁴ Londra Borçlar Anlaşmasının 5.madde, 4.fıkrası, Alman İmparatorluğu ile bağlantı içinde olan devletlerle yapılan barış anlaşmalarına atıf yapmıştır. Bu bağlamda Almanya ile yapılacak nihai anlaşmaya kadar moratoryum öngörülen Almanya'ya karşı feragat bildiri içeren tüm barış anlaşmalarında İtalya'nın da dâhil olduğu eski Mihver Devletlere Londra Borçlar Anlaşmasının 4.maddesinde diğer devletlere nazaran daha sınırlı bir pozisyon verilmiştir.

⁴ Burkhard Hess, *Kriegsentschädigung aus kollisionsrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht*, bknz.: Wolff Heintschel von Heinegg (Hrsg.), *Entschädigung nach bewaffneten Konflikten; die Konstitutionalisierung der Welthandelsordnung: Referate und Thesen*, C.F.Müller, Heidelberg, 2003, s.107 vd.

2. Feragat Bildiriminin *Ratione Materiae* Doğurduğu Sonuç

İtalyan mahkemelerinde tartışılan diğer bir konu da barış anlaşmasının 77.madde, 4.fıkrasının öngördüğü feragatin kapsamıdır. Floransa yerel mahkemesi barış anlaşmasının 97.maddesinin Almanya ve İtalya arasındaki ekonomik ilişkileri feragat konusu olarak düzenlediğinden, buna karşılık mülkiyetin geri verilmesi konularıyla iştigal etmediğinden hareket etmiştir. Ancak barış anlaşmasında yer alan “*all claims for loss or damage arising during the War*” ifadesi Viyana anlaşmalar hukuku sözleşmesinin 31.maddesi muvacehesinde bu ifadenin 77.madde ile sınırlı olarak değil, anlaşmanın anlam ve amacı ışığında tüm anlaşmayı kapsar şekilde yorumlanması gerektiğini ortaya koymaktadır. İtalya ile yapılan barış anlaşması iki başka feragat bildirisi içermektedir. Barış anlaşmasının 76.maddesinde İtalya müttefik devletler ve ortaklarına karşı tazminat talebinden feragat etmiştir. Barış anlaşmasının 77.maddesi de müttefik devletler ve ortaklarının İtalya’ya karşı tazminat taleplerinden feragatlerini düzenlemektedir. Barış anlaşmasının 77.maddesinin dar yorumu İtalya ile yapılan, küresel sonuçları olan barış anlaşmasının anlam ve amacına uygun değildir. Viyana anlaşmalar hukuku sözleşmesinin 32.maddesine göre tamamlayıcı yorum aracı olarak kullanılması mümkün olan, aynı gün Bulgaristan, Finlandiya, Macaristan, Romanya ile yapılan barış anlaşmalarına bakıldığı zaman, bu anlaşmaların da lâfzen Almanya ve diğer Mihver Devletlere karşı aynı feragat düzenlemeleri içerdiği görülmektedir.⁵ Müttefik devletlerin geçiş anlaşması ile Almanya’ya ilân ettikleri moratoryum Londra Borçlar Anlaşmasının Almanya dışında Mihver Devletler için varlık kazanmasını sağlamıştır.

İtalyan mahkemeleri tarafından temsil edilen, barış anlaşmasının 77.maddesinde yer alan feragat hükmünün ekonomik ilişkilerle sınırlı oluşuna ilişkin tezin müttefik devletlerin Mihver Devletler arasında doğan savaş zararlarının düzenlenmesi konusunu onlara bıraktığı gibi bir yanılığın doğmasına yol açması mümkündür. Oysa müttefik devletlerin Mihver Devletler arasındaki ilişkiler bakımından ne derece hassas oldukları, Almanya ile yapılan barış anlaşmasının 77.madde, 2.fıkrasında yeralan 3.9.1943 öncesi Almanya’ya geçen İtalyan mülklerinin iade edilmemesini öngören düzenleme örneğinde görülmektedir. Aynı zaman sınırlaması diğer beş barış anlaşmasında da müttefik devletlerin bu ülkelere giriş tarihi olarak belirlenmiştir. Alman mülkleri konusunda Almanya’nın eski ortaklarının elinin serbest bırakılması müttefik devletlerin çıkarına uygun bir durum değildir. Almanya ve Mihver Devletler arasında yapılan anlaşmalarda eksik olan feragat düzenlemesinin

⁵ Romanya ile yapılan barış anlaşmasının 28.maddesi; Bulgaristan’la yapılan barış anlaşmasının 26.maddesi; Macaristan ile yapılan barış anlaşmasının 30.maddesi; Finlandiya ile yapılan barış anlaşmasının 28.maddesi

yegâne rasyonel açıklaması Mihver Devletler arasında telafi edilecek bir zararın bulunmamasıdır. Bu durum ancak İtalya bakımından 1943 itibariyle İtalyan vatandaşlarına karşı işlenen uluslararası suçlar nedeniyle isabetli değildir. İtalya ile yapılan barış anlaşmasının 77.maddesinin dar yorumlaması İtalya'nın Almanya'nın eski müttefiki olması nedeni ile İtalya'nın dost/düşman olarak nitelendirilmesi bağlamında tereddüt yaratmaktadır. Buna karşılık barış anlaşmasının 77.maddesinin geniş yorumlanması rasyonel gözükmektedir. Yaptırım benzeri bir şekilde o zamanki Mihver Devletler 1947'de Almanya'ya karşı talep yapmaktan feragat ederken, müttefik devletler ve ortakları Londra Borçlar Anlaşması ile taleplerini ilk etapta sadece dondurmuşlardır.

Diğer iki feragat bildirimini 1962 tarihli nasyonal sosyalistlerin takibi sonucu doğan mali ve ekonomik tazminat konularını düzenleyen Almanya-İtalya arasında yapılan iki Bonn anlaşmasında yer almaktadır. Bonn tazminat anlaşması 1947 tarihli barış anlaşması gibi İtalya ile sınırlı olmayıp Federal Alman Cumhuriyeti'nin birçok Avrupa ülkesi ile yaptığı bir dizi bilateral tazminat anlaşmasının bir parçasıdır. Tazminat Federal Almanya'nın hukuki görüşüne göre açıkça ihtiyari nitelik taşımaktadır. İtalyan vatandaşlarının tazminat talepleri kısmen Federal Almanya tazminat kanunu muvacehesinde barış anlaşmasının 77.maddesine istinaden reddedilmiştir. Anlaşmaya ek bir mektup ile Almanya taleplerin reddine yönelik idari uygulamayı önleme taahhüdü yapmıştır. Uluslararası Adalet Divanı'nda cereyan eden prosedürde İtalya mektup teatisi prosedürünü barış anlaşmasının 77.maddesinin uygulama dışı bırakılmasına ilişkin talebinin Almanya tarafından kabul edildiğinin kanıtı olarak göstermiştir (<http://www.icj-cij.org>). Söz konusu mektup teatisi Almanya hernekadar Alman tazminat kanunu muvacehesinde barış anlaşmasının 77.maddesine istinat etme iradesine sahip olmasa da Almanya'nın İtalya'nın barış anlaşmasının 77.maddesinin mülkiyet hakları dışındaki zararları kapsamadığına ilişkin yorumuna itiraz etmediğini göstermektedir.

Bonn tazminat anlaşmasının 1.maddesine göre Alman tazminat kanunu muvacehesinde ırkçı nedenlerle nasyonal sosyalistlerin takibine uğrayanların tazminat talebi yapma hakkı kabul edilmiştir. Bu durum İtalya'nın açık şekilde anlaşma konusuna atıfta bulunan feragat bildiriminin 3.maddesi için geçerlidir. Bu sebeplerle bağlantısı olmayan savaş suçları ve sürgünler tazminat önlemlerinin ve bunun sonucu olarak Bonn tazminat anlaşmasının kapsamında değildir. Tazminat anlaşmasında yer alan feragatin tersine Bonn ekonomi anlaşmasının 2.maddesi lâfzı itibariyle kapsamlı formüle edilmiş bir feragat bildirimidir. İtalyan yargısı barış anlaşmasında olduğu gibi, bu düzenlemenin *lex materiae* olarak mülkiyet hakları dışındaki zararları kapsamadığını ileri sürmüştür. Barış anlaşmasının 77.maddesinin dar yorumunun madde hükmünün anlam ve amacına ve savaş sonrası

düzenlemelerin koşullarına uygun düşmemesine karşın, Bonn ekonomi anlaşmasının 2.maddesinin dar yorumu rasyonel gözükmektedir. Anlaşmanın “kimi mülkiyet haklarının, ekonomik ve mali sorunların düzenlenmesi” başlığı ve ekonomik içeriği anlaşmanın dar yorumlanması gereğine işaret etmektedir. Aynı şekilde Almanya tarafından ödenen 40 milyon DM’nin dağıtımına ilişkin İtalyan icra kanununa göre Almanya’nın savaş suçları nedeniyle ödediği tazminat icra kanununun 3.maddesinde yer alan sebeplerden hiçbirine istinat etmemektedir.⁶

3. Feragat Bildiriminin Ratione Temporis Doğurduğu Sonuç

İtalyan mahkemelerinin üstünde durdukları bir konu da feragat bildiriminin zamansal etkisidir. Barış anlaşmasında yer alan “claims ...outstanding on May 1945” ve Bonn ekonomi anlaşmasında yer alan henüz ortada olan kesinleşmemiş iddia ve talepler ifadesi İtalyan mahkemeleri tarafından mevcut prosedürlerle ilgili olarak yeni prosedürleri kapsamayacak şekilde yorumlanmaktadır. Bunun nedeni her iki durumda da barış anlaşmasında “outstanding” kavramının İtalyancaya “pendente” olarak tercüme edilmesidir. “Pendente” İtalya yargısında derdest anlamında yorumlanmaktadır. Bonn anlaşması bağlamında Alman kaynakları derdest kavramı yerine “schwebend” kavramını kullanmaktadır. Feragat bildiriminin barış anlaşmasının yapıldığı esnada derdest olan prosedürlerle sınırlanması, feragat bildiriminin Alman işgali sırasında yahut 2.4.1945, Almanya’nın İtalya’da teslim olması ve Almanya’nın tam teslim tarihi 8.5.1945’te derdest olan prosedürlerle sınırlı olarak geçerli olması sonucunu doğurur. Bu nedenle 1962 tarihli nasyonal sosyalistlerin takibi sonucu doğan mali ve ekonomik tazminat konularını düzenleyen Almanya-İtalya arasında yapılan iki Bonn anlaşması muvacehesinde davacıların 1962’den sonra anlaşmaya istinaden Almanya’ya karşı yeni talepler yapabilmesi olasılığı bulunmamaktadır.

III. HUKUKİ DAYANAK, ZAMAN AŞIMI, İCRAİ BAĞIŞIKLIK

Ferrini davasından itibaren İtalyan yargısı tazminat taleplerinin hukuki dayanağı olarak İtalyan medeni kanununun sorumluluk hukuku için geçerli 2043.maddesini esas almaktadır (ILR 128 (2004), 658). Bu şekilde Alman mahkemelerinde Yunanlıların açtığı davaların reddi örneğinde görüldüğü gibi La Haye kara savaşı kuralları muvacehesinde uluslararası hukuka istinat eden bireysel tazminat iddialarına ilişkin zorlukların üstesinden gelinmesi için bir yol açılmıştır. Alman mahkemeleri söz konusu davalarda, savaş durumunda

⁶ Karin Oellers-Frahm, Judicial Redress of War-related Claims to Individuals: the Example of the Italian Courts, bkz.: Ulrich Fastenrath/Rudolf Geiger/Daniel-Erasmus Kahn/Andres Paulus/Sabine von Schorlemer/Christoph Vedder (Hrsg.), From Bilateralism to Community Interests, FS für B.Simma, Oxford 2011, 1055 (1075 vd.)

insani hukukun idari sorumluluk hukukuna nazaran *lex specialis* önceliğe sahip olduğu gerekçesine istinaden kara savaşı kurallarında yer almayan bireysel tazminat taleplerinin karşılanmasının mümkün olmadığına karar vermiştir.⁷ Yunanlılar tarafından açılan davaların Almanya'da akamete uğraması, Almanya'da İtalyanlar tarafından dava açılmasının bir sonuç getirmeyeceği düşüncesine yol açmıştır. Alman mahkemelerinde, İtalyan mahkemelerinde ve Uluslararası Adalet Divanında tartışılan devletlerin yargı bağımsızlığı konusu gündeme gelmemiştir. Alman mahkemelerinin Almanya'nın sorumluluğu konusunda karar verme yetkisine ilişkin bir tereddüt olmamasına karşın, Alman ve İtalyan mahkemelerinin taleplerin hukuki dayanağı konusunda birbirinden farklı yorumlar yapması, ulusal mahkemelerin devletler ve onların vatandaşları üzerinde önemli etkiler doğuran siyasi karakterli davalarda doğru bir platform olmadığını göstermiştir. Bu bağlamda Ferrini davasından sadece iki yıl önce Kassation mahkemesinin büyük dairesinde bir Sırbistan-Karadağ vatandaşı Markovic'in İtalya'ya karşı Kosova uyuşmazlığı esnasında Sırbistan televizyonunun bombalanması sonucu uğradığı zararın tazmini için açtığı dava⁸ savaş esnasında uğranılan zararın İtalyan mahkemelerinin yetkisi kapsamına girmediği, bunun siyasi bir yetki kullanımı sonucu doğduğu, bu yetkinin kullanımına karşı korunan ve yargısal olarak bu bağlamda karara bağlanabilecek bir hak bulunmadığı gerekçesi ile reddedilmiştir. Medeni kanununun 2947.madde, 3.fıkrasına göre zaman aşımı süresine suç teşkil eden fiilin işlendiği tarih esas alınmaktadır. Milde davasında üst mahkeme suç teşkil eden fiile istinaden ömür boyu hapis cezası kararı vermiştir.⁹ Ancak bu durum Almanya aleyhine açılan tüm davalar bakımından isabetli gözükmemektedir. Uluslararası suçların zaman aşımına uğramaması, zamansal sorunların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Kassation mahkemesi Ferrini kararında obiter dictum zaman aşımına karşı bir ifade kullanmıştır. Arezzo yerel mahkemesi yargılamanın iadesi davasında Ferrini davasında verilen kararda yer alan bu görüşü benimsememiş ve taleplerin zaman aşımına uğradığını karara bağlamıştır.¹⁰ Bu karara karşı Floransa üst mahkemesi nezdinde yapılan istinaf başvurusunda mahkeme zaman aşımını reddetmiştir.¹¹ La Spezia ve Turin yerel mahkemelerinin 1.hukuk dairesi 4.hukuk dairesinden farklı olarak zaman aşımını kabul ederek karar vermiştir.¹² Rossano yerel mahkemesine

⁷ Distoma, LG Bonn, 23.6.1997, AZ: 10 358/95; OLG Köln, 27.8.1998, OLG-Report Köln 1999, 5 vd.; BGH, 26.6.2003, NJW 56 (2003), 3488 vd.; BVerfG, Nichtannahmebeschluss 15.2.2006, BVerfGK 7.303 vd.

⁸ Cass.civ.SS.UU, Beschluss/ordinanza 5.6.2002, Nr.8157, Riv.Dir.Int. 85 (2002), 800

⁹ Corte Militare d'Appello di Roma,18.12.2007/25.1.2008, Nr.72 (App.Milde)

¹⁰ Tribunale di Arezzo, 13.3.2007,Nr.316

¹¹ Corte d'Appello di Firenze, 11.4.2011, Nr.480

¹² Tribunale di La Spezia, 16.10.2008, Nr.1077; Tribunale di Torino, I sez.civ. 20.10.2009,

göre, uluslararası suçların zaman aşımına uğramaması 1945 sonrası kabul görmektedir; ceza hukukunun geriye dönük etki gösterme yasağının anayasanın temel prensibi olması nedeniyle somut dava bağlamında talepler zaman aşımına uğramıştır.¹³

Floransa yerel mahkemesi yargılamanın iadesi prosedürü bağlamında baktığı davada verdiği kararda zaman aşımına uğramama kuralının ikinci dünya savaşında işlenen suçları geriye dönük kapsayacak şekilde 1960'lı yıllarda oluşturduğunu, bunun dışında özel hukuk taleplerinin ceza hukukunun geriye dönük etki gösterme yasağının kapsamında olmadığını vurgulamıştır. Uygulamada davacılar bakımından kesin hüküm karakterli kararların Almanya'ya karşı icra edilmesi önemli bir problem teşkil etmektedir. Alman mahkemeleri büyük bir ihtimalle Uluslararası Adalet Divanı'nın İtalyan mahkemelerinin yetkisizliğine ilişkin yaptığı tespit ışığında İtalyan mahkemelerinin kararlarını tanımaktan kaçınacaktır.¹⁴ İtalya'daki Alman mülkleri bakımından uluslararası hukuk muvacehesinde icrai bağışıklık söz konusudur. Egemenlik tasarrufları ve egemenlik dışı tasarruflar arasında yargı bağışıklığı bakımından yapılan ayırım icrai bağışıklık çerçevesinde etkisini "*governmental non-commercial purposes*" nitelikli mülkler için de göstermektedir.¹⁵ İtalyan yargısı da genel olarak mülke ilişkin amacı dikkate almaktadır. Elçilikler ve Konsolosluklar için bağışıklığın nedeni açık iken "Villa Vigoni" Alman-İtalyan Kültür Merkezi'ne karşı icra prosedürünün uygulanması Almanya'nın Uluslararası Adalet Divanı'na başvurmasına neden olmuştur.

Floransa istinaf mahkemesi Yunanistan mahkemesi kararını tanıdıktan sonra icra prosedürü için Almanya'nın taşınmazlarına ipotek koydurtmuştur. Kanun hükmünde kararname ile acilen yürürlüğe konulan bu ipotekle derdest tüm dava ve icra prosedürleri Uluslararası Adalet Divanı kararı muvacehesinde bir süreliğine dondurulmuştur.¹⁶ Uluslararası Adalet Divanı kararından sonra bütün prosedürlerin nihai olarak durdurulması mümkünken, İtalyan Anayasa Mahkemesi kararından sonra herşey yeniden açık hale gelmiştir. Uluslararası Adalet Divanı'nın kararını verdiği 2012 başı ile Anayasa Mahkemesinin kararını verdiği 2014 sonu arasında kaç prosedürün hukuken durdurulduğu ve bu şekilde kaç davanın anayasaya aykırılık bildirimini geriye dönük etkisinin

Nr.7137 (Mantelli)

¹³ Tribunale di Rossano, Sez.civ. 16.9.2011, §4.2

¹⁴ Burkhard Hess, Kriegsentschädigung aus kollisionsrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht, bkz.: Wolff Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Entschädigung nach bewaffneten Konflikten; die Konstitutionalisierung der Welthandelsordnung: Referate und Thesen, C.F.Müller, Heidelberg, 2003, s.107 vd.

¹⁵ krş.t.: devletlerin ve mallarının yargı bağışıklığına ilişkin 2.12.2004 tarihli BM anlaşmasının 19.md.

¹⁶ kanun hükmündeki kararname için bkz.: decreto-leggo 28.4.2010, Nr.63

kapsamına girmediği bilinmemektedir. İtalyan mahkemelerinin Ferrini kararında yer alan “*ius cogens exception*” muvacehesinde anayasanın temel prensiplerine istinaden uluslararası suçlar bakımından icrai bağışıklığın aşıllı aşılacağı ilerde cevaplandırılacak bir soru olarak gündemde kalmaya devam etmektedir.

IV. MÜZAKERELER VE ULUSLARARASI HUKUK SEVİYESİNDE YAPILAN GİRİŞİMLER

Anayasa Mahkemesi kararı muvacehesinde yeniden işletilen prosedürler Almanya üzerindeki baskıyı arttırmış ve İtalya ile kapsamlı bir tazminat müzakeresinin yapılmasına neden olmuştur. Almanya’ya karşı İtalya’nın iddialarının devam etmesi, İtalya’nın Uluslararası Adalet Divanı nezdinde bir karşı dava açmasına yol açmıştır. Açılan dava İtalya’nın feragat bildirimine hukuki bir açıklık getireceği düşüncesi ile Almanya tarafından desteklenmiştir. Açılan dava uyumsuzluk konusunun 1943-1945 arasında ortaya çıkması, dolayısıyla devletlerin bağışıklığı konusunda yetki dayanağı oluşturan 1957’de yürürlüğe giren uyumsuzlukların çözümüne ilişkin anlaşmadan önce ortaya çıkmış olması nedeni ile Uluslararası Adalet Divanı’nın yetkisini *ratione temporis* reddetmesi ile son bulmuştur.¹⁷ Yargısal denetim yapılamamasının müzakere olanağını ortadan kaldırması Almanya’nın Uluslararası Adalet Divanı’na müzakere talebinin yorumu için yeni bir başvuru yapmasını gündeme getirmektedir.¹⁸

Uluslararası Adalet Divanı kararının uluslararası Hukuk muvacehesinde İtalya’yı Almanya’nın yargı bağışıklığını temin etmekle mükellef kılmasına rağmen Floransa’da Almanya’ya karşı prosedürün yeniden başlatılması, Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun devletlerin sorumluluğuna ilişkin anlaşma tasarısının 31.maddesinde öngörülen “*full reparation*” yükümlülüğü muvacehesinde yeni bir uluslararası hukuk ihlâli iddiasını gündeme getirmektedir. Alman mülkleri üzerinde olası bir icrai işleme kadar Almanya için doğacak zarar dava masrafları hariç olmak üzere sadece maddi zarar olarak görülmemektedir. Uluslararası Adalet Divanı kararına rağmen Alman mülkleri üzerinde icrai bir işlem yapılması, bu bağlamda doğan zararların İtalya tarafından Almanya’ya ödenmesini gerektirebilecektir.¹⁹ Davaların yeniden görülmeye başlanması üzerine bu kez Almanya İtalya’ya karşı dava açmıştır. Açılan davada Floransa yerel mahkemesi İtalya’nın Almanya’ya karşı

¹⁷ bkz.: Jurisdictiona Immunitis of the State (Germany v. Italy), Counter-Claim, Order of 6.7.2010, ICJ Reports 2010, 318 Rn.23 ve 320 vd., Rn.30-31

¹⁸ Karin Oellers-Frahm, Das italienische Verfassungsgericht und das Völkerrecht – eine unerfreuliche Beziehung, Anmerkung zur Entscheidungen des italienischen Verfassungsgerichts vom 22.10.2014, EuGRZ Jahrgang 42, (2015), Heft 1, s.8-16

¹⁹ Christian Tomuschat, The National Constitution Trumps International Law, Italian Journal of Public Law Vol.6, Number 2 (2014), s.189-196

Uluslararası Hukuk ihlâli yaptığını kabul etmekle beraber, İtalya'nın İtalyan Medeni Kanununun 2045.maddesine istinaden insan onurunu koruma gerekliliği ile tasarrufta bulunduğunu kabul etmiştir.²⁰ Uluslararası Adalet Divanı'nın İtalya'nın yargı bağışıklığı istisnası olarak ileri sürdüğü zorunluluk durumunu *ultima ratio* reddetmesi söz konusu gerekçenin uluslararası hukuka göre bir dayanağı bulunmadığını ortaya koymaktadır.

SONUÇ

İtalyan mahkemeleri, İtalya ve müttefik devletler arasında yapılan 1947 tarihli barış anlaşmasında ve 1962 tarihli Almanya ve İtalya arasında yapılan iki anlaşmada yer alan Almanya'ya karşı yapılan feragat bildirimlerini dar yorumlamıştır. İtalyan vatandaşları tarafından açılan davalara dayanak olan söz konusu bu dar yorum yaklaşımı son olarak Floransa yerel mahkemesi tarafından yargılamanın iadesi prosedüründe yeniden benimsenmiştir. Londra Borçlar Anlaşması ile bağlantılı olarak barış anlaşmasında yer alan feragat bildirimine istinat ettirilen davalara Bonn anlaşmaları esas alınmamıştır. Davaların zaman aşımına uğrayıp uğramadığı konusu henüz açıklığa kavuşturulmamıştır. Bunun için Kassation mahkemesi (Yargıtay) kararı gereklidir. En büyük problem şüphesiz icrai bağışıklık bağlamında ortaya çıkmaktadır. Buna rağmen Alman mülklerine karşı bir icrai takibat söz konusu olduğu takdirde, İtalya'nın devletlerin sorumluluğu prensibine göre doğan zararı tazminat yükümlülüğü gündeme gelebilecektir. Anayasa Mahkemesinin kararında Almanya'yı tazminat konusunda müzakereye sevk edecek hususlar bulunsa da, karar gerekçesinde hakların korunması bağlamında eşdeğer bir tazminatın caiz kabul edilmemesi nedeniyle, yapılacak kapsamlı bir anlaşmanın anayasaya aykırı mütalâa edilmesi olanağı bulunmaktadır.

Aralarında uluslararası teamül hukuku, AB ve BM hukukunun da bulunduğu anayasa hiyerarşisine sahip yabancı hukuk düzenlerini Anayasa Mahkemesi 1970'li yıllardan itibaren anayasanın temel prensiplerine uygunluk bakımından (anayasanın temel hükümlerinin bariyer etkisi) denetlemektedir. Anayasa Mahkemesi 238/2014 sayılı ve tarihli devletlerin yargı bağışıklığına sınırlama getirdiği kararında yer verdiği hakların korunması prensibini insan onurunun korunması ile ilişkilendirmiştir. Anayasa Mahkemesi kararına göre devletlerin yargı bağışıklığı dokunulmaz nitelikli hakların korunmasını engellemediği nispette *tour court* anayasaya aykırı değildir. Anayasa Mahkemesi uluslararası teamül hukukunun şekillendirilmesinde Uluslararası Adalet Divanı'nın tekel yetkisini kabul etmekle beraber, devletlerin yargı bağışıklığına ilişkin uluslararası teamül hukuku normunun İtalyan hukuk düzenine girmesine "*ius cogens exception*" çekincesi getirmiştir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi

²⁰ www.questionegiustizia.it

kararının söz konusu bölümü mahkemeler bakımından yeni başvuruları imkânsız kılacak şekilde *erga omnes* etki doğurmamaktadır. Aynı şekilde yasama organının ad hoc müdahalelerinin de yeni bir başvuruya yol açması mümkündür. Uluslararası Adalet Divanı kararlarının bağlayıcılığının ulusal hukuka atfen sorgulanması İtalyan yargısını zor durumda bırakmıştır. Kassation mahkemesinin Ferrini davasından sadece iki yıl önce Kosova uyuşmazlığı bağlamında Sırp-Karadağ vatandaşları tarafından İtalya'ya karşı açılan davalarda ulusal mahkemelerin bu tür davalar bakımından uygun platform oluşturmadığını karara bağlaması da bu bağlamda İtalyan yargısının çelişkili tutumunu ortaya koymaktadır. İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin Uluslararası Adalet Divanı'nın tekel yetkisini sadece uluslararası teamül hukukunun oluşumu bakımından değil, kararlarının bağlayıcılığı bakımından da tanıması gerekmektedir.

KISALTMALAR:

Aufl.	Auflage (bası)
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGK	Bundesverfassungsgericht-Kammerentscheidungen
CETS	Conférence européenne sur les télécommunications par satellite
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
Hrsg.	Herausgeber (editör)
ILR	International Law Reports
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Rn	Randnummer
Rs	Randsache
Slg.	Sammlung
UNTS	United Nations Treaty Series

BİBLİYOGRAFYA

- Burkhard Hess Kriegsentschädigung aus kollisionsrechtlicher und rechtsver-gleichender Sicht, bknz.: Wolff Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Entschädigung nach bewaffneten Konflikten; die Konstitutionalisierung der Welthandelsordnung: Referate und Thesen, C.F.Müller, Heidelberg, 2003.
- Christian Tomuschat The National Constitution Trumps International Law, Italian Journal of Public Law Vol.6, Number 2 (2014)
- Karin Oellers-Frahm Das italienische Verfassungsgericht und das Völkerrecht – eine unerfreuliche Beziehung, Anmerkung zur Entscheidungen des italienischen Verfassungsgerichts vom 22.10.2014, EuGRZ Jahrgang 42, (2015), Heft 1
- Karin Oellers-Frahm Judicial Redress of War-related Claims to Individuals: the Example of the Italian Courts, bknz.: Ulrich Fastenrath/Rudolf Geiger/Daniel-Erasmus Kahn/Andres Paulus/Sabine von Schorlemer/ Christoph Vedder (Hrsg.), From Bilateralism to Community Interests, FS für B.Simma, Oxford 2011