

İHKAKI HAKTAN İMTİNA HALİNDE DEVLETİN MİLLETLERARASI MES'ULİYETİ

H. Yılmaz GÜNAL

G İ R İ Ő :

İHKAKI HAKTAN İMTİNANIN MAHİYETİ VE TARİFİ

İhkakı haktan imtina çeşitli anlamlara gelmektedir. Bu terimin tarifinde olduğu kadar muhtevasında da bir ittifaka varılmamıştır. Devletin çeşitli organlarının faaliyetinde "İhkakı haktan imtina" dan bahsedilebildiği gibi; ferdî bazı tasarruflara kadar teşmili de mümkün görülmektedir. "Eskiden ihkakı haktan imtina, prensin yabancı memleketteki tebaasını himaye şeklinde görülüyordu." ¹ Derken menşeinin ortaçağa kadar gittiğine de işaret edebiliriz. Zarara yabancı memlekette düşer olan kimse, o memleketin prensine müracaat ederek hakkının yerine getirilmesini talep edebilirdi. Mahallî kaza mercilerine bu müracaat neticesiz kalır veya âdil bir hüküm elde edilemeyip, netice olarak zarar tazmin edilemezse "denegatio justitiae" yani "ihkakı haktan imtina" bahis mevzuu olurdu. Bu durumda zarara uğrayan yabancı kendi prensine müracaat hakkını haizdi. ² O zaman hakkını elde edemeyen taraf, diğerine mukabele bilimsilde bulunurdu. ³ Bugün için ihkakı haktan imtinayı "bir zararın tamininin reddi" ⁴ şeklinde anlamada eskinin mukabeleyi bilimsilinden mülhemdir.

Geniş manada ihkakı haktan imtina devletin teşri, icra ve kaza organlarının bir haksız fiili tazmin etmemeleri veya tazmine imkân vermemeleridir. ⁵ Böylece ihkakı haktan imtina bu manasiyle "keyfî ve gayri

1. Charles de Visscher, *le déni de justice en droit international* recueil des cours, (1935, t : 52), P : 370.

2. Visscher, *Ibid*, s : 371.

3. Vattel, *le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, (Paris 1935). tome II, ss : 64 vd.

4. Louis Caveré, *le droit international public positif*, tome : II, (Paris 1951), ss : 375, 376.

5. Seha L Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, cilt, I, Ankara, 1959 s. 482

kanunî bütün fiiller”⁶, manasına gelir ki, ister icraî, ister ihmalî fiilden meydana gelsin ve devletin bu üç organından hangisi tarafından yapılırsa yapılsın mes’uliyeti mucip olacaktır. Bu fikre taraftar olup terimi geniş manada anlamağa bilhassa Amerika Birleşik Devletleri mütemayil görünmekte ve “adlî vazifenin ifası ile alâkadar olsun, olmasın devletin yabancıları koruma vazifesine aykırı her fiili”⁷ ihkaki haktan imtinayı teşkil ettiğini kabul etmektedir. Terim bu kadar geniş manada alındığı takdirde “Milletlerarası gayri kanunî bütün fiillerle yabancının şahsına veya mallarına herhangi bir zarar ikai manasına gelecektir ki, bu da terimi anlaşılması zor bir hale sokacaktır.”⁸

Terimin geniş anlamda kullanılışı milletlerarası içtihat ve doktrinde de tam olarak kabul edilmeyip, bazı mes’uliyet hallerine inhisar ettirildiği hususuna ve adlî organların bazı fiillerinden dolayı mevcudiyetinin kabul edildiği meselesine ilerde temas edilecektir. İhkaki haktan imtina milletlerarası hukukun ihlâlini teşkil etmekle beraber, milletlerarası hukukun her türlü ihlâli bir ihkaki haktan imtinayı gerektirmez.⁹ Şu halde ihkaki haktan imtina geniş manada anlaşıldığı takdirde ifade ettiği teknik muhteva kaybolmuş olur¹⁰.

“İhkaki haktan imtina” terimini dar manası ile alanlar, adlî organların fiillerinden dolayı, mevzubahs olacağını kabul ediyorlar. Lâtin Amerika memleketlerinin, Mısır, Danimarka’nın daha ziyade taraftar olduğu¹¹ bu görüşte muhtelif şekillerde anlaşılmaktadır. “Mahallî kaza çalışmasının kifâyetsizliğine”¹² inhisar ettirilebildiği gibi, sadece millî kaza mercilerine yabancıların müracaat edememe halinde mevzubahs olabileceğini kabul edenler de vardır.¹³ Bazı milletlerarası anlaşmalarda ihkaki haktan imtina dar ve kelimenin lafzı manasında alınarak mahkemelere müracaatın reddi şeklinde de kullanılmıştır.¹⁴ Bu anlayış daha

⁶. Olof Hoijer, *la responsabilité internationale des Etats* (Paris, éd. internationales, 1950), s : 41.

⁷. Visscher, «le déni de justice....» s : 385.

⁸. Constantin Th. Eustathiadès, *la responsabilité internationale de l’Etat pour les actes des organes judici aireset problème du déni de justice en droit international*, tome (Paris, 1936) t : I s : 105.

⁹. Eustathiadès, *Ibid*, t : I, s : 105.

¹⁰. Meray, *op, cit.*, s : 482

¹¹. Eustathiadès, *op cit.*, t : I, ss : 112 vd.

¹². Dumas Jaques, *Du déni de justice considéré comme condition de la responsabilité internationale des Etats en matière criminelle*, revue de droit international et de législation comparée (1929), t : 56, s : 288.

¹³. Dumas, *Ibid*.

¹⁴. Hoijer, *op cit.*, s : 41.

çok meseleyi adlî mercilerin fiillerine inhisar ettirmekte ve hükme tesir edebilecek diğer faktörleri mevzu dışı bırakma temayülü göstermektedir. Mahkemelere müracaat imkânını vermeme, veya dâvaya bakmaktan sarfinazar etme gibi durumlarla ihkakı haktan imtinayı sınırlamak, adlî organların fiillerinden dolayı ihkakı haktan imtina meselesini halle yine kâfi gelmiyecektir. Dâvaya bakan hakim meseleyi o şekilde yargılayabilir ki verdiği karar adaletsizliğin bariz bir sembolü olabilir, meseleye bakar fakat işi o derece ağırdan alır, tahkikatları o kadar yavaş yapar ve sürünce mede bırakır ki bir türlü hüküm elde edilemez. Veya aksini yaparak o kadar seri karar verir ki suçlunun veya mağdurun lehine olan delilleri toplamak için makul bir imkân bırakmaz. Âdil de olsa usule de gayet iyi riayet edilerek verilen hüküm infaz edilip yerine getirilmezse gene mühim bir değeri olmayacaktır. O halde meseleyi sadece mahkemelere müracaat imkânını vermemek veya dâvaya bakmağı red haline inhisar ettirmekle kalmayıp devletin adlî vazifesinin ifasında veya usulünde yabancıların beynelmilel adlî himayelerine temin görevini yapmamasını gerektirecek bozukluklara da teşmili gerekir. ¹⁵ Devletin yabancılara karşı adlî himaye vazifesini tamamını içine alan bu ifade tarzı terim bakımından yapılan münakaşaları da bertaraf edebilecek mahiyettedir. Yabancı'nın uğradığı zararın adlî işleyişin bozukluğundan doğduğunu ifade ettiği kadar mahallî kaza mercilerinin vazifelerini yapmamaları ve bizzat bu yapmamadan mütevellit olduğu gibi adlî mercilerin çalışmaları sırasında ika edebilecekleri zarardan dolayı da devletin mes'uliyet halini içine alabilecek genişliktedir. ¹⁶

İhkakı haktan imtinayı doğrudan doğruya ve dolayısıyla ihkakı hak-

¹⁵. Visscher, «le deni de justice....», s : 390. Halbuki aksi kanaatte olanlardan Guarrero 1930 La Haye, Devletler Hukukunun tedvini için yapılan hazırlık çalışmalarında eksperler komitesine verdiği raporda yargıcın hüküm vermekte tamamen serbest olduğunu, hiçbir halde hattâ bariz haksızlık bahanesiyle bile milletlerarası kaza merciine itiraz edilemeyeceğini ve kontrolünün talep edilemeyeceği görüşünü savunmuştur. Visscher ise, bazı hallerde mahkemelerin vermiş olduğu kararlardan dolayı mes'ul olabileceğini, fakat bu nadir ahvalde artık ihkakı haktan imtinanın değil hakkın adalet prensibine göre tahakkuk etmemiş olacağının iddia edilebileceğini beyan etmektedir. (Eustathiades op, cit., T. I, s : 121).

¹⁶. Diğer taraftan Eagleton : «Yabancı'nın daha evvel uğramış olduğu zararın tazmininde mahallî mahkemelerin vazifelerini yapmamaları halinde ihkakı haktan imtinayı kabul ediyor.» Vollenhoven tarafından Chattin dâvasında daha bariz hale getirilen bu fikirden ister mahkeme, ister kanun tarafından yabancı'nın bir mukavelesinin infazı talebinin yahut bir dâvada müddeialehyh olarak bulunmasının reddi ihkakı haktan imtina sayılmaz, neticesi çıkarılabilir. (Visscher, «le deni de justice....», s : 393).

tan imtina diye ikiye de ayırabiliriz. Doğrudan doğruya deyince asgarî olarak : adlî mekanizmanın işleyişi dolayısıyla âdil olmayan bir hüküm verme azamî olarak da yargıcın dâvaya bakmamasını kastedebiliriz ; dolayısıyla de ise : adlî bünyenin fena işleyişinin sebep olduğu tamamen organik bünyevî bir durum kastedilmekte, daha evvelki bir zararın tazmini bahis mevzuu edebiliriz. ¹⁷

Birçok antlaşmalarda ihkakî haktan imtinadan dolayı devletin mes'uliyeti kabul ediliyor. Ve ihkakî haktan imtinayı ekseri halde âkit devletler adlî muamelelerden dolayı fakat geniş manada alıyorlar. (Anormal gecikmeler, kanunsuzluk, gayri muntazam usul gibi.) Fakat bu antlaşmalarda ihkakî haktan imtina mefhumu o kadar değişik şekilde tarif edilmiştir ki, bunların her birinden ayrı bir ihkakî haktan imtina mefhumu çıkarmak mümkündür. Böylece kesin bir manaya varılamamaktadır. ¹⁸ Bu çeşit antlaşmaların hemen hemen hepsi iki ayrı devlet arasında imzalanan hususî antlaşmalar mahiyetindedir. Bu çeşit antlaşmalarda derpiş edilen ihkakî haktan imtina müessesesine bütün devletler tarafından kabul edilen mecburî bir hukuk kaidesi nazarı ile bakılabilir mi ? Antlaşmalar yalnız âkit devletleri bağhyacağı için bu sorunun cevabı menfi olacaktır. ¹⁹

Milletlerarası içtihatlar ve hakem kararlarında ise, ihkakî haktan imtinaya verilmeğe çalışılan muhteva mefhumu faydalı katiyetler kazandırmadığı gibi çoğu zaman da tezat haldedir. ²⁰

Terime : açıklanan devletler hukuku kaynakları : andlaşmalar, teamül, içtihatlar kâfi ve kesin bir muhteva veremeyip kısaca belirtmeğe çalıştığımız doktrinde pek fazla bir şey sağlamamaktadır ²¹.

1927 Devletler Umumî Hukuku Enstitüsü Lausanne toplantısında devle-

¹⁷. Georges Scelle, *Manuel de droit international public* (Paris 1948) ss : 943 vd.

¹⁸. Eustathiades ihkakî haktan imtinanın milletlerarası örf adet hukukunun ihlâli olduğunu, fakat zikredildiği mukaveleler milletlerarası teamül ihkakî haktan imtinanın tarifine olduğu kadar elemanlarını da belirtmediği fikrindedir. (Op. Cit., Tm : I, s. 94).

¹⁹. Ch. Durand, *la responsabilité internationale des Etats pour déni de justice*, revue générale de droit internationale public, (Paris, 1931), t : 38, s : 699.

²⁰. Durand, *Ibid.*

²¹. Pradelle : «İhkakî haktan imtinanın, kaypak ve kompleks vasfı olup her türlü tariften kaçır gibi» dir diyerek tarif zorluğuna bir kere daha işaret ediyor. (A. Dela Pradelle - N. Politis, *recueil des arbitrages internationaux, 1856 - 1872*, (Paris, 1932), t : II, s : 280.

tin mes'uliyeti konusunda mesele, dolayısıyla tetkik edilip, kati halli içinde iki madde tahsis edilmiş, fakat mevzu sadece görüşülüp kalmıştır ²².

1930 da La Haye Devletler Hukuku tedvin projesinin hazırlık çalışmaları sırasında muhtelif devletlere devletin mes'uliyetini mucip olabilecek haller hakkında sual varakaları gönderilip neticede bir görüşme esası (Basis of discussions) hazırlanmış fakat bir neticeye varılamamıştır. ²³



İhkaki haktan imtinayı incelerken, "mahallî kaza yollarının tüketilmesi" ve verilen kararların "milletlerarası minimum standartlara uygun olması" meselesine daha fazla teferruata girmemek mevzuyla doğrudan doğruya alakalı olmadığı için temas etmiyeceğiz. İhkaki haktan imtinayı dar manası ile sadece kaza organlarına hasredip, icra ve teşri organlarının fiillerinden dolayı ihkaki haktan imtina meselelerini de yine konu dışı bırakıp, adlî meselelerle ilgileri nisbetinde ancak temas edeceğiz. Adlî organların fiillerinden dolayı ise, geniş manasında ²⁴ alıp, muhteva-

²². Madde : 5 — «Vatandaşlar tarafından yabancılara ika edilen zarar verici fiillerden dolayı, devletin mesul olabilmesi için : yabancının duçar olduğu zararın, devletin ; vaziyete göre, önlemesi veya cezalandırması gereken fiil için lüzumlu tedbirleri almayı ihmal etmesi neticesinde zararın meydana gelmiş olması lâzımdır»

Madde : 6 — «İşin mahiyeti farklı bir muameleyi gerektirmiyorsa, devlet, yabancılara, vatandaşardan sadır olan zarar verici fiillere karşı, kendi vatandaşları bahis mevzu olmuşcasına himaye tedbirleri tatbik mecburdur. Netice olarak, yabancılar vatandaşların elde ettiği tazminatı alabilirler»

Annuaire de l'institut de droit international, session de Lausanne, août - septembre, 1927, Paris, t : III, s : 108.

²³. Hazırlanmış olan bu görüşme esası şu hususları haviydi : «bir devlet bir yabancıya ika edilen aşağıdaki zararlardan dolayı mesul tutulabilir :

1 — Yabancının mahkemeye müracaat edip hakkını araması, müdafaa etmesine mani olunması halinde ;

2 — Bir devletin andlaşmalardan doğan vecibeleri veya diğer milletlerarası vecibeleriyle kabili telif olmayıp, nihayi olan bir mahkeme kararından dolayı ;

3 — Mahkemelerde vukubulan anormal gecikmelerden dolayı ;

4 — Mahkeme kararı genel olarak yabancılara veya muayyen bir devlete karşı duyulan husumetin tesiri altında kalmış olması halinde.»

Supplement to the American journal of international law, V : 24, 1930, official documents, s : 52.

²⁴. Bknz.: ss. 74, 75, 76

sını tâyinde hakem mahkemesi kararlarından ve hakemlerin mütalâalarından devletler hukukunda teamülü durumunu ve mutad hareket tarzını göstermesi bakımından faydalanacağız.

I

MİLLETLERARASI TATBİKATA GÖRE İHKAKI HAKTAN İMTİNAYI TEŞKİL EDEN FİİLLER

İhkakı haktan imtinayı, kazayı organlara inhisar ettirmekle beraber kesin bir tarifini vermenin, muhtevasını tâyin edip, sınırlarını çizmenin mümkün olamayacağına ve değişik, değişik olduğu kadar da bazan tezat muhtevasına da işaret etmiştik. Bununla beraber teamülü hukuk ve devletler hukuku tatbikatını da göstermesi bakımından, önemi bulunan içtihat ve örnek olaylara temas ederek kaza organlarının fiillerinden ve gerekse adlî idarenin işleyişinden dolayı ihkakı haktan imtinanın muhtevasını belirtmeğe çalışacağız.

A. Mahkemeye Baş Vurma İmkânını Vermeme : Her ne suretle olursa olsun mağdur durumunda bulunan yabancıнын mahallî kaza mercilerine müracaat imkânının verilmemesi ; şeklî olarak mahkemeye müracaatın reddi olarak anıyabiliriz. Bununla beraber "tatbikatta devletlerin şeklî olarak yabancıların mahkemelere müracaatını reddettikleri çok nadirdir"²⁵. İhkakı haktan imtinayı en dar manada anıyanlar dahi, mahkemelere yabancıların da haklarının korunması ve yerine getirilmesi için serbestçe müracaat imkânının verilmesini kabul ediyorlar.²⁶

Her hangi bir sebeple zarara uğrayan yabancıнын ilk yapacağı şey, zarara uğradığı devlet mahkemesinde zararını tazmin ettirmek olacaktır. Bu halde müracaatın reddinin dâvaya bakmağa salâhiyetli ve vazifeli mahkeme tarafından yapılması gerekir. Red için itiraz mercilerine müracaat da bulunulması lüzumlu olduğu gibi, mahallî kaza bakımından da bu reddin nihaî olması lâzımdır. Bu halde yabancıнын tebaası bulunduğu devlette diplomatik yolu kullanarak hakkın tazminini isteyebilir.²⁷

²⁵. Cavaré, *op. cit.*, s. 378.

²⁶. Eustathiadès, *op. cit.*, s. 140.

Bu husus birçok andlaşmalarla âkit devletlerin tebaalarına sarıh olarak tanınmıştır. Cavaré, ihkakı haktan imtinayı gerektiren fiilleri milletlerarası tatbikat ve içtihada göre belirtirken en başta bir devletin mahkemelere yabancıların müracaatını reddetmesini sayıyor. (Cavaré *op. cit.*, s. 377).

²⁷. Clyde Eagleton, Une théorie au sujet du commencement de la responsabilité de l'Etat, *revue de droit international et de législation comparée*, (1930), t : 57, s : 644.

Halbuki daha mahkemeye müracaat edip karar verilmeden de “âdil hüküm veremeyecek mahkemelerin mevcudiyetini iddia ederek ihkakı haktan imtinanın olabileceğini” ileri sürenler de vardır. ²⁸ Fakat bunlar münferit görüşler olarak kalmağa mahkumdur.

Bazen yargıcın dâvaya bakmaması, dahilî kanuna muhalif olduğu gibi bazan da uygun da olabilir. Artık son halde ihkakı haktan imtinadan bahsedilemez. Zira yetki meselesinden hareket edilirse yargıç, şahıs, yer ve mevzu bakımından yetkili değildir. ²⁹.

Yabancıların mahallî mahkemelere müracaat imkânları vatandaşlarınkı kadar kolay ve mümkün olmalıdır kaidesinin iki istisnası vardır: Mahkeme masraflarını peşinen karşılayacak kadar bir miktarın ödenmesi ve adlî müzaharetten yabancıların faydalanmaması. Bununla beraber 17 Temmuz 1905 La Haye Konvansyonlarında âkit taraflar için peşinen mahkeme masraflarını ödeme şartı kaldırıldığı gibi, adlî müzahareti talep de ecnebilere tanınmıştır. ³⁰ Memleketimiz bakımından “ecnebilere müzahareti adliyeye nail olabilmeleri muamelei mütekabilenin câri olduğunun isbat edilmesine mütevakıftır” ³¹. Denilerek mütekabiliyet esası kabul edilmiştir.

Mahkeme masraflarını karşılayacak bir miktarın peşinen ödenmesi yabancıların mahkemeye müracaat imkânını ortadan kaldıracak derecede yüksek olmamalıdır. Aksi takdirde ihkakı haktan imtina yine bahis mevzuudur. ³²

B. Hakkın Tahakkukunda Anormal Gecikmeler: Yabancıların mahkemeye müracaatını tanıyıp ona bu imkânı vermek de büyük mikyasta meseleyi halletmez. Zira mağdurun hakkının tahakkuku veya muhafazası talebinin yerine getirilmesi mümkün olduğu kadar makul bir müddet içinde kararın verilmesi ile mümkün olabilir. Aksi takdirde yetkili yargıcın yargılamayı reddetmesi halinde olduğu gibi işi sürüncemede bırakmasında da ihkakı haktan imtina vardır. ³³ Eğer anormal gecikme başlı

²⁸. Baron Nalde, 1927 Devletler Hukuku Enstitüsü görüşmelerinde bu kanaatını izhar etmiştir. (Durand, *op. cit.*, s. 720).

²⁹. Eustathiadés, *op. cit.*, t : I, s : 144.

³⁰. Eustathiadés, *Ibid*, s : 149.

³¹. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu No : 1086. Tarih : 2, 3, 4/VII/1927 Md : 465/2.

³². Dionisio Anzilotti, *La responsabilité internationale des Etats, a raison des dommages soufferts par des étrangers*, revue générale de droit international public, (1906), t : XIII, s : 23, dip not : 2.

³³. Karl Strupp, *élément du droit international public, universel, européen et américain*, (Paris, 1930), 2 éme éd. révisée et amplement augmen-

başına nazara alınamiyacak gibiyse diğer bozukluklarla beraber mütalâa da edilebilir ³⁴, Bununla beraber anormal gecikmelerden dolayı ihkaki haktan imtina fikri ne bütün yazarlar ne de devletler tarafından kabul edilmiştir. Guerrero kodifikasyon konferansına mukaddem raporunda böyle bir mefhumu reddediyor. Devletler Hukuku Enstitüsü Lausanne kararlarında böyle bir ihkaki haktan imtina halinden bahsetmiyordu. Milletlerarası teamülü hukuk ve içtihatlar dâvanın delil toplamasına imkân bırakılmadan ve ciddi bir tetkikten geçmediğini gösterecek kadar mübalagalı bir acelecilikle ve hızlilikla neticelenmiş olmamasının da gerektiğine işaret etmek lâzımdır. ³⁷ Zira bu halde de yabancının adlî himayesi sağlanmıyarak ihkaki haktan imtina neticesine varmak mümkün olmaktadır.

C. Usuldeki intizamsızlıklar: Muhameke safhasında bazı basit usul kaidelerinin ihlâli her zaman bir ihkaki haktan imtina fiilinin teşkil ederek milletlerarası bir müdahaleyi haklı göstermez. Bununla beraber kararın haksızlığını belirten usullerden biri olabilir. Ancak usuldeki intizamsızlıklar her zaman kolay tefrik edilemez. ³⁸

Mahkemeler bakımından bazı usul kaidelerinin ihlâli, iç hukukun ihlâlini teşkil eder. Bu aynı zamanda kanunların objektif olarak tatbiki kaidelerini teminle mükellef devletin beynelmilel vecibelerine de aykırıdır. Bununla beraber şayet böyle bir usul kaidesine riayet halinde dahi "minimum standart" in altında kalıncaksa riayet edilip edilmemesi mühim değildir. ³⁹ Umumiyetle yargılamada bazı intizamsızlıkların mevcudiyeti

tée, s: 332; Cavaré de mahkemelerde maruz görülemeyecek derecedeki gecikmeleri ihkaki haktan imtina sayıyor. (Op. Cit., s. 377.

³⁴. Eustathiadés, op. cit., t. I, s. 159.

³⁵. Durand, op. cit., s. 728.

³⁶. İngiltere ile Peru arasındaki **White dâvasında** İngiltere'nin vaki itirazları arasında tahkikat ve hükûmdeki anormal gecikmenin sadece Peru hukukunun değil Devletler Hukuku ve prensiplerini de ihlâl ettiği belirtiliyordu. (Pradelle - Politis, op. cit. s. 325) **Fabiyani davasında** gecikmeler o kadar çeşitli idi ki, hakem «ihkaki haktan imtina sadece yetkili adlî mercilerin vazifelerini ifade gecikme ve bilhassa kendilerine tevdi edilen tahkikatı kesin karara bağlamayı değil, hatta hükümü tebliğde suiistimal derecesinde gecikmeyi de ihtiva eder, diyor. (Eustathiadés, op. cit, s. 154). **Salem davasında** ise, hakem mahkemesinde Amerika «zarurî olmayan ve haksız gecikmeden» bahsetmiştir. (Ibid.)

³⁷. Eustathiadés, op. cit. s: 161; Durand, op. cit. s: 715. **Virginia davasında**; «davanın derinliğine tetkiki için kâfi zaman verilmemesi» iddia olarak dermeyan edilmiştir.

³⁸. Eustathiadés, op. cit. s: 166

³⁹. **Venable davası**, Opinions of commisiones, (1927), Ss: 376 - 377, **Ibid'den naklen.**

ihkakı haktan imtinayı teşkil için kâfi addedilmemiştir ⁴⁰.

Devletin mahalli mahkemelerde takip ettiği usule varıncaya kadar kontrol ve mesuliyeti kabul edilmiş olmamakla beraber, Salem dâvasında, Amerikan hükûmeti, Mısır mahkemelerindeki usulü de tenkit ederek ilk tahkikatı yapan merciin dâvaya baktığını böylece aynı şahısta itham eden tahkikat yargıcı ve hüküm yargıcı gibi sıfatların toplanmasının herhangi bir ihlâl için kâfi bir teminat olmadığını iddia ediyordu ⁴¹. Bununla beraber şu veya bu usul mahkemelerin takip edebilme serbestisini tanıyarak, gaye olan âdil neticeye varıp varılmadığını kontrol veya buna esaslı derecede müessir olacaklarını nazara alarak ihkakı haktan imtina teşkil edip etmiyeceklerini münakaşa daha isabetli olur.

Ceza dâvalarında hazırlık ilk ve son tahkikat esnasında, gerekse hukuk usulünde takip edilen usulde yabancı ve vatandaş tefriki yapılmamalıdır. Böylece "mahallî mevzuata göre kabili itiraz olmayan bir kararın yabancı aleyhine verilmiş olması ihkakı haktan imtina sayılmamalıdır." ⁴². Bununla beraber müdafaa hakkının tanınmaması, delil gösterme imkânının verilmemesi de, ihkakı haktan imtinayı teşkil eder ⁴³.

Bazan adlî usuldeki intizamsızlık ne yargıç ne de kanuna atfedilemeyecek, istisnaî bir hâdisenin tesiri ile vukubulur. Dâvaya bakan yargıç: Devletler Hukuku bakımından ihkakı haktan imtina teşkil edebilecek fiilî işlemiş olabilir. Meselâ : tahkikatın düzgün gidişine bir karışıklık mâni olabilir. Bu meseleye kesin cevap vermek pek mümkün olmamaktadır. ⁴⁴.

D. Keyfî Tevkif : Devletin mes'uliyetini gerektiren hallerden biridir. Tevkifin diplomatik talebi gerektirmemesi için kanunen mümkün olması lâzımdır. Bununla beraber tevkifin ne zaman olursa keyfî, ne zaman olursa önleyici mahiyette olduğunu tefrik ve bir tarifini vermek mümkün değildir. ⁴⁵

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz 104 ncü maddesinin 2 nci fıkrasının 3 ncü bendinde "yabancı olup da hâkimin davetine veya verilecek hükmün infazı için geleceğinde şüphe uyandıracak ciddi sebepler bulunması" halinde yabancıların tevkif edilebileceğini belirtmektedir. Bu

⁴⁰. Chattin davasında, bazı usulsuzluklar ihkakı haktan imtina sayılmamıştır.

⁴¹. Eustathiadés, op. cit. s. 172.

⁴². Ibid, s. 110 ; Durand'da «bir yabancıların asgarî olarak vatandaşlarla aynı vaziyette bulunmasına taraftar olup peşin ödemenin istisnaî bir durum olduğunu belirtiyor.» (Durand, op. cit. s. 707)

⁴³. Ibid, s. 138.

⁴⁴. Durand, op. cit. ss. 724 - 725.

⁴⁵. Eustathiadés, op. cit. s. 174.

halde tevkif keyfî olmayıp; bunun dışında 104 ncü maddede zikredilen diğer hallerin vukuunda yabancının tevkifi, vatandaşlarla aynı muameleye tabi olması bakımından yine de keyfî sayılmaz.

Faulkner dâvasında tevkif için lüzumlu sebeplerin şüpheli bulunmasına rağmen ikna edici delillerin yokluğundan dolayı Meksika Hükûmetinin mes'uliyeti cihetine gidilemeyeceği belirtilmiştir. ⁴⁶

Tevkifin önleyici şekilde olanı, bazı şartlar altında yargıcın kanaatine bırakılmıştır. Bunu, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz "tevkif olunabilir" ibaresini kullanarak belirtmiştir. Bu şekilde tevkif edilen bir yabancı usulü dairesinde yapılan muhakemesi sonunda beraet dahi etse, beynelmilel bir talebi haklı gösteremediği gibi tazminat da talep edemez. Mevzuatımızda vatandaşlar bu hakka sahip olmadıklarından yabancıya da tanımamak büyük bir haksızlık olmadığı gibi usulsüz de değildir. ⁴⁷ Fakat milletlerarası "minumum standart" a göre böyle bir durumun uygun olup olmadığı münakaşa edilebilir.

Tevkifin suiistimal sayılacak derecesinde uzun olup olmaması iddiasına gelince, White dâvasında ⁴⁸ Peru Hükûmetinin mes'uliyetini gerektiren diğer sebepler arasında White'n suiistimal derecesinde uzun müddet hapsini de Büyük Britanya Hükûmeti iddia ediyordu. Fakat böyle bir müddet devletler hukuku tarafından tesbit edilmemiştir. İhtiyati mahiyette tevkifin suiistimal derecesinde uzun olması faraziyesine dayanılarak milletlerarası bir talepte bulunuluyorsa bunun esasını tesbit de, şayet dahilî hukuk böyle bir asgarî tevkif müddeti tesbit etmişse bunu nazara almak isabetli olur. ⁴⁹ Mevzuatımız bakımından Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu, polise ancak 13 ncü maddede sayılan hallerde 24 saatlik hürriyeti tahdit hakkı verilmiştir. Bu "suiistimal derecesinde uzun tevkif" bakımından ve polis yönünden azamî bir müddet olabilir. Aynı mesele devletler hukuku yönünden yine White dâvasında bahis mevzuu olup hakem, polisin 24 saat için White üst mercilere gönderilmek üzere yola

⁴⁶. Ibid, s. 177.

⁴⁷. Faulkner davasında hakem Nielsen'in fikrine göre muhakeme sonunda yabancının beraet edip serbest bırakılmasının bir tazminat davasına haklı göstermeyeceği yolundadır. Hatta bu yabancının duruşmadan önce de serbest bırakılması halinde de doğrudur. (Ibid, s. 178 ;) Cavaré: tevkifin kanunî ise keyfiliğin bahis mevzuu olamayacağını, white ve Lotus davalarına atıfta bulunarak işaret ediyor. (Cavaré, op. cit. ss 178 vd.)

⁴⁸. White davası hakkında ve tevkifinin keyfî olup olmadığı yolundaki hakem mütalâası için Delapradelle - Politis op. cit. ss. 305 vd.

⁴⁹. Eustathiadés, op. cit. s. 163.

çıkardığını ve yolda geçen gecikmenin bir usulsüzlük sayılamıyacağını ve hakkın suiistimalini teşkil etmiyeceğini iddia ediyordu. ⁵⁰

E. Yabancılara karşı işlenen cürüm ve kabahat suçlarını takip ve cezalandırma vazifesinin yapılmaması : Umumiyetle yabancılara karşı işlenen suçlarda yetkili makamların, suçluyu takip, tevkif ve cezalandırmayı reddi yahut bu hususta ihmallerinin mevcudiyeti ihkaki haktan imtina olarak kabul edilmiştir.

Suçlunun cezalandırılması ve tevkifi için tahkikattaki eksiklik ve gerekli ihtimamın yapılmadığını serbestçe tahkik ederek milletlerarası talebi haklı gösterip göstermediği hususunun milletlerarası bir kazâ mercii tarafından takdir edilip karara bağlanması icabeder. Fakat basit bir takibatın yapılması da devletin milletlerarası vecibesini yerine getirdiğini göstermez ⁵¹. İşlenen suçla verilen ceza arasındaki nisbetsizlik suçluyu cezalandırma vazifesinin yapılmadığına delâlet eder. Bu birçok dâvalarda kabul edilen bir prensip olduğu gibi *Kennedy dâvasında*, *Lilian Greenlaw dâvasında* da derpiş edilmiştir. ⁵² Bununla beraber umumî bir formül verebilmek güç olup her hâdisede müşahhas olarak durumu belirtip neticeyi tesbit gerekmektedir. Mahallî yargıcın takdir yetkisinin kötü kullanılmasından dolayı devletin mes'uliyeti cihetine de gidilmemelidir ⁵³.

Amerika ile Meksika arasındaki *Janes dâvasında* Amerikan hükûmeti ; Janes'in varisleri adına iki memleket arasında bir anlaşma ile kurulan hakemlik komisyonuna müracaat etmişti. Janes'in katilinin tevkifi için Meksika makamları tarafından gerekli tedbir ve ihtimamın âcil olarak alınmadığı iddiasında bulunmuştur. ⁵⁴ Mahkeme ise kararında Meksika Hükûmetinin suçlunun tevkifinde ve cezalandırılmasında gerekli ihtimamı göstermemesinden mes'ul addetmiş, kastın mevcudiyetini aramıyarak, milletlerarası bir suç teşkil eden fiili ikasını ve adlî vazifesini ifa etmemesini mes'uliyet için kâfi görmüştür. ⁵⁵

Yabancılara karşı işlenen suçların takip ve cezalandırılmasında devlet hiç olmazsa kendi vatandaşlarına karşı işlenen suçların takip ve cezalandırılmasındaki ihtimamı göstermesi lâzımdır.

⁵⁰. Delapradelle - Politis op. cit. s. 319.

⁵¹. Eustathiadés, op. cit. ss. 180 - 181.

⁵². *Ibid*, s. 183.

⁵³. *Ibid*, s. 185.

⁵⁴. Gönlübol, Mehmet. *Örnek Olaylarla Devletler Umumî Hukuku*. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt XI, Sayı : 3. Ankara, 1957, s. 255.

⁵⁵. *Ibid*, s. 256.

F. Kesinleşmiş Mahkeme kararlarının infaz edilmemesi : Mahkemelerin vermiş oldukları kararlar ancak infaz edildikleri takdirde bir değer ifade ederler. Verilen karar ne kadar âdil olursa olsun infaz edilmedikçe veya infazını mümkün kılmamak için çeşitli yollara başvuruldukça yine ihkaki haktan imtina vardır.

Kesinleşmiş mahkeme kararının infaz edilmemesi *Eliza dâvasında* ⁵⁶ bahis mevzuu edilmiştir. Burada "bir mahkeme tarafından verilen hükmün infaz edilmediği" ⁵⁷ iddia edilmiştir. Hüküm kusurludur veya hatalıdır diye infaz edilmemesi veya bu infaz edilmemede infaz memurlarının ihmali veya hatalı hareketlerinin bulunması ihkaki haktan imtina-yı kaldırmıyacağı iddia edilmiş, devletin diğer devlet karşısında mes'uliyeti kabu ledilmiştir. ⁵⁸.

Verilen karar infaz edilmekle beraber bunun (makul bir müddet için yapılmaması) ⁵⁹ halinde yine ihkaki haktan imtina bulunabilir. Hüküm verilip de bunun "tefrikinde mutad olmayan gecikmeler" ⁶⁰ de ihkaki haktan imtina sayılmaktadır. Ancak "makul müddet" in tâyini için kesin bir kıstasa rastlamak oldukça zordur.

Devletler arasında imzalanan diplomatik himaye ile ilgili bazı anlaşmalarda "kat'i hükmün infaz edilmemesi" ⁶¹ diplomatik ajanların müdahalesini gerektireceğini ve diplomatik bir talebi haklı göstereceğine işaret edilmiştir.

⁵⁶. Eliza davası hakkında Bknz. Delapradelle - Politis, op. cit. s. 371.

⁵⁷. *Ibid*, s. 272. Mahkeme tarafından verilen karar inkâz edilmez ve mahalli kanun yolları tüketilirse, fert «Avrupa insan hakları komisyonuna» sözleşmenin 26. maddesine istinaden 6 aylık müddet içinde müracaat edebilir ve bu yollarda hakkını arayabilir.

⁵⁸. Bu mesele doktrinde de münakaşa edilmiş ve : Durand : «ihkaki haktan imtinanın yabancı lehine verilmiş kararın infaz edilmemesi şeklinde de görünebileceği kanaatindedir» (Durand, op. cit. s. 723) Visscher ; «Kesinleşmiş mahkeme kararlarının infaz edilmemesinden de devlet mes'uldür» demektedir. (Visscher, «le deni de justice ...» s. 409) ; George Scelle ise, buna «ihmali» de ilâve ederek : «mahkemelerin kesin olarak verdikleri karara uymayı reddetmesi veya ona uymakta ihmalde bulunması haline infazda imtina (dénid'excution) demektedir», (Scelle, op. cit. s.) ; Diğer taraftan Cavaré : Eliza davasından bahisle verilen bir kararın icra edilmemesinden ihkaki haktan imtina kabul edilebileceğini belirtmektedir. (Cavaré, op. cit. s. 382).

⁵⁹. Eustathiadés, op. cit. s. 196.

⁶⁰. Hoijer, op. cit. s. 45.

⁶¹. Meselâ : Almanya ile Meksika arasında 1882 anlaşmasının ikinci maddesi : «Diplomatik ajanlar ihkaki haktan imtina yahut anormal ge-

Hükmün infaz edilmemesinin de infazla yetkili merci tarafından olması lâzımdır ⁶². İcraya konmayan bir hukuk mahkemesi ilâmından dolayı ihkaki haktan imtinadan bahsedilemeyeceği gibi mahallî kanunlarca infazın tehirini gerektirecek hallerin mevcudiyetinde ve buna istinaden kararın infaz edilmemesinde yine ihkaki haktan imtina bahis mevzuu olmamalıdır. ⁶³

Hüküm verilmekle beraber hatta infaza dahi başlansa suçlunun kaçmasına göz yummak, yahut cezanın af sebebiyle müessir bir şekilde çekilmesine mani olmak da milletlerarası tatbikat bakımından ihkaki haktan imtina olarak kabul edilmiştir. ⁶⁴ Bazan suçtan doğan tazminatı ortadan kaldırmak için ilân edilen af şekline rastlamak da mümkündür. ⁶⁵

II

İHKAKI HAKTAN DOLAYI DEVLETİN MES'ULİYETİ

Devletlerin milletlerarası mes'uliyeti "milletlerarası bir kaidenin ihlâli üzerine teessüs eden devletlerarası bir münasebet" ⁶⁶ olarak tarif edilince bu mes'uliyetin de doğması için gerekli şartlar : Devletler Hukukuna aykırı bir hareketin yapılmış olması, bu hareketin bir zarar meydana getirmesi, bir devlete isnad edilebilmesi lüzumlu olup bunun için de failin ehil olması, fail ile fiil arasında bir bağın mevcudiyetinin isbatı lü-cikme, adaletin yerine getirilmesinde kanunsuzluk, kat'i hükmün infaz edilmemesi, *yahut muahedenin sarih ihlâli halinde mahallî kaza mercilerinin tüketilmesi hali müstesna müdahale etmiyeceklerdir* denmektedir. (Eustathiadés, op. cit. s. 194)

⁶². Ibid, s. 195.

⁶³. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 397. maddesinde : «Akıl hastalığına duçar olanlar iyileşmedikçe ölüm cezasının infaz edilmiyeceği» ; 400. maddede ise ; mahkûmun talebi ile infazın tehiri hallerinden bahsedilmektedir.

⁶⁴. Robert davası, N. Reuton davasında suçlunun cezası infaz edilirken veya muhakeme safhasında devletin adalet tevzii ile ilgili vazifesini yapmamasından dolayı kaçmasını mümkün kılmasında ihkaki haktan imtina bahis mevzuu olmuştur. West davasında ise, Meksika Hükûmetinin West katilleri için hemen bir af kanunu çıkarmış ve mahkûmları serbest bırakmıştır. Bunun üzerine katillerin hemen af edilmesinin tamiri için müracaatta bulunulmuş ve böylece hükümden sonra ihkaki haktan imtina meselesi de meydana çıkmıştır. (Eustathiadés, op. cit. ss. 197 vd.)

⁶⁵. Durand, op. cit. s. 714.

⁶⁶. İlhan Lütem, Devletler Hukuku dersleri, (İstanbul 1958) Cilt, II s. 566.

zumludur. ⁶⁷ Tarif ve şartlar açısından hareket edilince ihkakı haktan imtina fiilinin bu vasıfları taşıdığını söyleyebiliriz. Netice olarak Durand'ın belirttiği gibi "ihkakı haktan imtinadan dolayı devletin mes'uliyeti kesindir. Tatbik kabiliyetindeki güçlükler ve tefsirleri ne olursa olsun prensip kat'idir." ⁶⁸ denilebilir. Her ne kadar Guerrero, mahkemelerin ika ettiği zarardan dolayı devletin mes'uliyetini kabul etmeyip, bunun devlet hâkimiyeti ile bağdaşamayacağını söylüyor ise de, bugün milletlerarası tatbikat ve doktrin bakımından kabul edilmemiş bir görüştür ⁶⁹.

Devletin mes'uliyeti bahsinde kodifikasyon çalışmaları müsbet bir netice henüz vermediği için bu konudaki kaideler esas itibariyle teamülü mahiyettedir. "Bu bakımdan milletlerarası mahkemelerin kararları mes'uliyet konusunda mevcut kaidelerin büyük ispat vasıtalarını teşkil etmektedir." ⁷⁰ Fakat, bu organların fiillerinden dolayı "ihkakı haktan imtina" mefhumunda mutabakatsızlık devletin milletlerarası mes'uliyeti probleminin tam aydınlanmasını da güçleştirmiştir. Bununla beraber milletlerarası tatbikatın doğurduğu ihkakı haktan imtina mefhumunun şumulü nazara alınarak adlî organların fiillerinden dolayı devletin milletlerarası mes'uliyetini isbat mümkündür ⁷¹. Daha ziyade milletlerarası haksız bir fiili teşkil eyleyen ihkakı haktan imtinadan dolayı devletin mes'uliyeti tazminat mükellefiyeti şeklinde tezahür eder. Bünyesini ve şumulünü tesbit edebilmek için ihlâl edilen milletlerarası vecibesinin tam muhtevasını da tesbit etmek lâzımdır ⁷². Zararı tazminde de, eğer tazmini mucip fiil işlenmeseydi hangi durumda bulunulacaksa onun sağlanması bahis mevzuudur. ⁷³ Devletlerin bu karşılıklı vecibeleri iki devlet arasında imzalanan andlaşmalar teamül, milletlerarası kazaî içtihatlar ve doktrinle teesüs etmiştir.

⁶⁷. Ibid, s. 566.

⁶⁸. Durand, op. cit. s. 694.

⁶⁹. Annuaire de l'institut de droit international, session de Lausanne t : III, Paris, s : 87

⁷⁰. Meray, op. cit., s : 475

⁷¹. Eustathiadés, op. cit. s. 92.

⁷². Durand, op. cit. s. 433.

⁷³. Visscher, «le déni de justice.» s. 436.