

# JASTA YASASI, MÜLKİLİK VE DEVLETLERİN YARGI BAĞIŞIKLIĞI İLKESİ

**Mücahit Özbek**

## **Jasta Yasası Yeni Ne Getiriyor**

Terörizmin Destekçilerine Karşı Adalet Yasası (JASTA) yakın zamanda ABD Kongresi tarafından kabul edildi ve yasalaştı. ABD, 1996 yılından beri Yabancı Devletlerin Yargı Bağışıklığı Yasası'nda (FSIA) terörizm istisnasına yer vermekteydi. FSIA'nın 1605A maddesi, yabancı devletlerin işkence ya da hukuk dışı öldürme gibi eylemler veya bu tür eylemlerin desteklenmesi dolayısıyla meydana gelen yaralama veya ölüm vakaları üzerine açılacak tazminat davalarından bağışık tutulamaz. Ancak bu hüküm ABD tarafından terörizmin destekçisi olarak ilan edilen devletlerle sınırlıdır (İran, Suriye ve Sudan).

Diğer şeylerin yanı sıra, JASTA terörizmin destekçileri olarak ilan edilmiş devletlerle sınırlı olmayan bir terörizm istisnası benimseyerek FSIA'yı değiştirmiştir. Buna göre ABD'de gerçekleşen bir uluslararası terör saldırısı dolayısıyla ya da her nerede olursa olsun yabancı devletler ve ajanları eliyle yapılan haksız fiiller dolayısıyla oluşan yaralanma, ölüm ya da mal kaybı nedeniyle tazminat davalarında terörizmin destekçisi yabancı devletler yargı bağışıklığından faydalanamaz.

## **Mülkilik ve Devletlerin Yargı Bağışıklığı İlkesi**

Lotus davası uluslararası teamül hukukunun çok temel bir ilkesini kabul etmiştir: Mülkilik ilkesi. Lotus davasının benimsediği birincil ilke yargı yetkisinin ülkesel sınırlarla sınırlı olmasıdır. Buna göre bir uluslararası sözleşme ya da teamül hukuku kuralı aksini öngörmedikçe bir devlet sınırları dışında yargılama yetkisini kullanamaz.

Lotus davasının ikinci ilkesi, uluslararası hukukta özel bir hüküm olmasa dahi bir devletin kendi sınırları içerisinde yargılama yetkisine sahip olduğudur. Bu noktada, bir uluslararası hukuk kuralı

aksini öngörmedikçe devletler çok geniş bir takdir hakkına ve yetkiye sahiplerdir.

Mülkilik ilkesi uyarınca, bir devlet sınırları dışında yargılama yetkisi iddia edemez. Devletler için kendi sınırları içinde ise uluslararası hukuktan doğan bir başka engel gündeme gelmektedir: Devletlerin yargı bağısıklığı.

Devlet egemenliği, bir yandan devletin sınırları içinde yargılama yetkisine sahip olması ilkesini (bu ilke devletin sınırları içinde yargı yetkisini tam ve koşulsuz olarak kullanmasını gerektirmektedir), diğer yandan egemen devletlerin eşitliği ilkesini (bu ilke de iki eşit egemenin birbiri üzerinde hüküm kuramamasını ve diğerinin egemenliğine saygı göstermesini gerektirmektedir) beraberinde getirmektedir. Devletlerin yargı bağısıklığı devlet egemenliği ve devletlerin eşitliği ilkelerinden türetilmiştir.

Devletlerin yargı bağısıklığı ilkesi uyarınca, bir devlet diğer bir devletin kanunlarına göre sorumlu tutulamaz. İlke ulusal mahkemelerinin yabancı devletler aleyhindeki davaları hükme bağlamasını ve icra etmesini yasaklamaktadır. Bu bağısıklık devletin kendisine, organlarına, şirketlerine ve ajanlarına yönelik olarak sağlanmaktadır.

Uzun bir süre devletlerin yargı bağısıklığı uluslararası teamül hukuku uyarınca bir zorunluluk olarak görülmüştür. BM Uluslararası Hukuk Komisyonu devletlerin yargı bağısıklığının tanımlaması ve yasalaştırılması için ilk çalışmalarına 1978 yılında başlamıştır. BM, 2004 yılında Devletlerin ve Malvarlıklarının Yargı Bağısıklığı Sözleşmesini kabul etmiştir. Henüz yürürlükte olmayan Sözleşme sınırlı bir devletlerin yargı bağısıklığı teorisini benimsemektedir. Rusya ve Çin gibi az sayıda ülke hariç pek çok ülke sınırlı teoriyi benimsemektedir.

Genel olarak ilkenin en yaygın istisnası devletlerin ticari faaliyetleridir. Bununla beraber özellikle zararın boyutlarının çok büyük olduğu bazı özel durumlara yönelik bir uygulama ve yaklaşım birliği söz konusu değildir. Bu bağlamda en önemli davalardan birisi, 2012 yılında Almanya ile İtalya arasında Uluslararası Adalet Divanı

tarafından hükme bağlanan Devletlerin yargı bağımsızlığı davasıdır. 2004-2008 yılları arasında pek çok İtalyan ulusal mahkemesi İkinci Dünya savaşı esnasında cereyan etmiş olaylardan dolayı Almanya'yı sorumlu tutan ve bir tazminat ödemeye mahkum eden hükümler vermiştir. Almanya, İtalyan mahkemeleri nezdinde yargı bağımsızlığına sahip olduğunu iddia ederek UAD'ye başvurmuştur. UAD, jus cogens kurallarının ihlal edilmesi halinde mülklik anlamında bir istisna olduğu yönündeki iddiayı reddederek Almanya'nın tazminata mahkûm edilmesini uluslararası hukuka aykırı bulmuştur.

### **Jasta Uluslararası Hukuka Uygun Mudur?**

FSIA'nın önceki halinin uluslararası teamül hukuku tarafından oluşturulmuş çerçeveye uygun olduğu bir nebze söylenebilir. FSIA, ticari faaliyetler, sigortalanabilir kişisel zararlar gibi uluslararası hukuk tarafından kabul edilen alanlarda istisnalar tanımaktaydı. Esasında FSIA, uluslararası hukukun çerçevesinin biraz ötesine geçmekteydi; yabancı devletlerin uçak düşürme, esir alma, işkence ya da hukuk dışı öldürme gibi eylemler veya bu tür eylemlerin desteklenmesi dolayısıyla meydana gelen yaralama veya ölüm vakaları üzerine açılacak tazminat davalarından bağımsız tutulamayacağını düzenlemekteydi. Ancak bu istisna hükmü sınırlı idi; yalnızca söz konusu zararın oluşma anında terörizmin destekçisi olarak tanımlanmış devletler bakımından uygulanıyordu. Ayrıca, yabancı devletlerde gerçekleşen eylemlerden dolayı, dava açmadan önce bu devletle uluslararası tahkim kuralları çerçevesinde müzakere yapılması için makul fırsatların değerlendirilmesi zorunluydu.

Jasta'nın kabul edilmesiyle ABD, devletlerin yargı bağımsızlığı konusunda radikal bir istisna hali benimsemiş oldu. Esasında ABD devletlerin yargı bağımsızlığının uluslararası nezaket kuralı olduğuna ve bu yönde bağlayıcı bir hukuk kuralı bulunmadığına inanmaktadır. Amerikan Yüksek Mahkemesi birçok kararında devletlerin yargı bağımsızlığını hukuk düzeninin dışına itmiştir. En önemli dava olan Verlinden B.V. v Central Bank of Nigeria davasında Yüksek Mahkeme, "devletlere yargı bağımsızlığı tanınmasının bir itibar ve ABD hesabına nezaket meselesi" olduğunu ifade etmiştir. Sonraki kararlarda da benzer ir dil kullanılmaya devam etmiştir. Yüksek

Mahkeme Altmann kararında tekrar devletlerin yargı bağımsızlığının ve dava açma yasağının “bir nezaket meselesi” olduğuna hükmetmiştir.

Devletlerin yargı bağımsızlığının kaynağının, uluslararası hukukun temel ilkelerinde olan Birleşmiş Milletler Şartı'nın 2(1) maddesinde de yer verilmiş olan egemen devletlerin eşitliği ilkesinden türetilmiş olması karşısında ABD'nin argümanları ikna edici değildir. Devletler birlerinin egemenliklerine saygı duymaya mecburdurlar. Uluslararası toplumun hiçbir üyesi diğer bir egemen devleti yargılamak üzere hâkim kürsüsüne oturma yetkisine sahip değildir. Nitekim pek çok yazar da devletlerin yargı bağımsızlığının bağlayıcı bir teamül hukuku olduğunu savunmaktadır.

Bu açıklamalar doğrultusunda Jasta yasası açık bir şekilde uluslararası hukuka aykırıdır. Nitekim Avrupa Birliği de Jasta'yı uluslararası hukuka aykırı olarak gördüğünü resmi olarak deklare etmiştir.

### **Jasta'nın ABD Üzerindeki Etkileri**

Jasta ile ilgili temel problem uygulanmasıdır. Devletlerin yargı bağımsızlığına sahip olduğu karinesi öncelikli ilke olarak var olmaya devam edeceği için, ABD mahkemelerince verilmiş bir karar diğer ülkelerde tanınmayacaktır. Bunun sonucu olarak mahkeme kararları yalnızca ABD'de icra edilebilir olacaktır. Bu da sorumlu tutulma ihtimali olan ihtiyatlı ülkelerin ABD'deki mal varlıklarını ve yatırımlarını çekmelerine ve buna bağlı olarak ABD ekonomisinin zararına yol açacaktır.

ABD'nin diğer ülkelere yargı bağımsızlığı tanınaması, ABD'nin bu ülkeler nezdinde yargı bağımsızlığını kaybetmesi ihtimalini beraberinde getirecektir. ABD sınır ötesi mevcudiyeti en büyük olan ülkedir. Son on yılda Orta Doğu'da ciddi ölçekte askeri varlığı söz konusudur. Jasta'daki tanımlar aynen kullanılarak, drone saldırıları vb. eylemler dolayısıyla ABD'nin sorumluluk davalarına muhatap kılınması gayet olasıdır.

## **JASTA LAW, TERRITORIALITY and STATE IMMUNITY PRINCIPLE**

**Mücahit Özbek**

### **What is new with JASTA**

Justice Against Sponsors of Terrorism Act (JASTA) has been recently passed by the US Congress and became an applicable law in US. The United States has had a terrorism exception in the FSIA since 1996. Section 1605A of FSIA provided that a foreign state shall not be immune from suits seeking money damages for personal injury or death caused by certain acts like torture and extrajudicial killing or material support for such acts by foreign governments. But this provision is limited to countries designated by the United States as state sponsors of terrorism (currently Iran, Sudan, and Syria).

Among other things, JASTA amends the Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) by adding a new terrorism exception that is not limited to designated state sponsors of terrorism. The new terrorism exception added by JASTA is not limited to state sponsors of terrorism. A tort action seeking money damages may be brought against a foreign state because of international terror acts occurred in US or of a tortuous act of this state (by its agents) occurring abroad but creating damage in US.

### **Territoriality and State Immunity Principle**

Lotus case enroled the very basic principle of international customary law: principle of territoriality. The first principle of the Lotus case said that jurisdiction is territorial: A State cannot exercise its jurisdiction outside its territory unless an international treaty or customary law permits it to do so.

The second principle of the Lotus case: Within its territory, a State may exercise its jurisdiction, on any matter, even if there is no specific rule of international law permitting it to do so. In these instances,

States have a wide measure of discretion, which is only limited by the prohibitive rules of international law.

According to territoriality principle, a forum state cannot dispose jurisdiction outside its territory. When it comes to national territory, a forum state meets another obstacle of international law: state immunity.

State sovereignty implies two principles: the principle of territorial jurisdiction of the forum state (this principle demands unlimited exercise of jurisdiction) and the principle of sovereign equality of states (two equals cannot rule over each other and means respect for the sovereignty of other States). State immunity derived from state sovereignty and the equality of states. Customary international law inflicts a general requirement that foreign states should not be subject to suit in foreign state.

According to the principle of foreign state immunity, one State is not subject to the full force of rules applicable in another State; the principle bars a national court from adjudicating or enforcing certain claims against foreign States. Immunity is gained to legal proceedings against the foreign state itself, its organs and companies, and its agents.

State immunity, while being forum dependent, has been recognized as an obligation under customary international law for long time. The International Law Commission first took the task to identify and codify state practice on sovereign immunity in 1978. UN adopted the UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property in 2004. The Convention which is not yet in force, adopts a restrictive theory of immunity. The restrictive theory is adhered to by most countries, except for a few countries such as Russia or China.

Generally, commercial activities of states have been the most significant exception to the rule. However, there has been controversy over the extent of the application especially in cases where the extent of damages is greater. In this regard, one of the most recent cases adjudicated by the IJC in 2012 is Jurisdictional Immunities of the

State (Germany v. Italy: Greece intervening). Between 2004 and 2008, in multiple civil suits, Italian courts found Germany responsible for crimes against humanity during World War II, thus ordering Germany to pay compensation to the Italian victims. Germany brought claim to the ICJ alleging it was immune to the jurisdiction of Italian courts. The court declined the argument that there was a “territorial tort exception” in international customary law that excludes state acts from jurisdictional immunity if they breach jus cogens norms and held that the judgments ordering Germany to pay compensation violated international law.

### **Does Jasta Fit International Law**

The former version of the FSIA can be said fitting into the framework prescribed by customary law. It provides exceptions for waiver, commercial activity and insurable personal risk described by international law. Actually FSIA went beyond the frame given by international law, it provided no state immunity for money damages sought for “personal injury or death that was caused by an act of torture, extrajudicial killing, aircraft sabotage, hostage taking, or the provision of material support or resources for such an act . . . by an official, employee, or agent of such foreign state while acting within the scope of his or her office, employment, or agency.” However, this exception was limited. It applied only to states designated as a state sponsor of terrorism at the time of or as a result of the act in question. Further, for acts occurring in the foreign state concerned, the state was to be given a “reasonable opportunity to arbitrate the claim in accordance with the accepted international rules of arbitration.”

With the enactment of Jasta, US adopted a radical exception to principle of state immunity. Actually United States argued that the state immunity rule pertains essentially to international comity and does not constitute truly binding law. U.S. Supreme Court removed the rule of state immunity from the realm of the legal order in some decisions. In the leading case of *Verlinden B.V. v Central Bank of Nigeria*, the Court stated that the granting of immunity is “a matter of grace and comity on the part of the United States.” Similar language is

also found in later decisions. In *Altmann*, the Supreme Court held again that the practice of barring suits against foreign governments on jurisdictional grounds was “a matter of comity.”

This is not a persuasive argument since immunity is derived from the basic principle of sovereign immunity of states, a proposition that belongs to the ground axioms of the entire edifice of international law and is also reflected in Article 2(1) of the UN Charter. States are duty-bound to respect one another. No member of the international community is authorized to sit in judgment over another sovereign member; Accordingly, most writers view jurisdictional immunity of states as a genuine rule of positive customary law.

In line with these explanations, *Jasta* is a clear violation of international law. Hence European Union declared that it considers *Jasta* contrary to international law.

### **Implications of JASTA on US**

The key problem with the *JASTA* is its enforcement. Hence, since the presumption of immunity would continue to be the prevailing principle, any court decision in the US would not be recognized in other countries. As a result, the judgments would be enforceable only within the US. This will push prudent countries that might be potentially liable to withdraw their assets and investments from the US to prevent their seizure causing considerable economic harm to the US.

If the US limits immunity to other sovereign states it will become vulnerable to loss of immunity by those same countries. However, we should not forget that nowadays US is one of the states with the biggest presence worldwide. First and foremost, in the last decades it has had a huge military presence and activity in the Middle East. Under the same definition of terrorism *JASTA* uses, it is not difficult to frame some of the actions taken by the US e.g. drone attacks as acts of terror and make the US government vulnerable to civil claims.