

YUNANİSTAN (TEMYİZ MAHKEMESİ)
514 VOIOTIA MAKAMI
V.
ALMANYA FEDERAL CUMHURİYETİ
(DISTOMO KATLIAMI DAVASI)

(Dava Numarası 11/2000)
Yunanistan, Temyiz Mahkemesi (Areios Pagos)
4 Mayıs 2000

Çeviri:
Arş. Gör. Dilara Buket TATAR*
Arş. Gör. Abdulkadir PEKEL**

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

ÖZ

Temmuz 1944'te Yunanistan'daki Alman işgal kuvvetleri, Distomo köyünde yaşayan 300'den fazla kişiyi katletmiş ve köyü yakıp yıkmıştır. 1995'te Yunan mahkemeleri huzurunda Almanya'ya karşı dava işlemleri başlatılmış ve katliam kurbanlarının 250'den fazla akrabası, kaybedilen yaşamlar ve mallar için tazminat talebinde bulunmuştur. Livadia Mahkemesi, Almanya'yı sorumlu tutmuş ve davacılar tazminat ödenmesine karar vermiştir. Almanya, Yunan mahkemelerinin yargılamasından bağışık olduğu gerekçesiyle temyize gitmiştir. Temyiz dörde karşı yedi oyla reddedilmiştir. Yunan mahkemeleri davaya ilişkin yargılama yapma konusunda yetkili bulunmuştur. Mahkeme Başkanı da dahil olmak üzere dört hakim Almanya'nın yargı bağışıklığı olduğunu belirterek karara muhalif olmuştur. Onlara göre silahlı çatışmalardan kaynaklanan talepler, Devletin Yargı Bağışıklığına İlişkin Avrupa Konvansiyonunda ve Devletlerin ve Mallarının Yargısal Bağışıklığına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Taslak Metininde haksız fiilden kaynaklanan taleplere ilişkin bağışıklığın istisnalarından biri olarak yer almamaktadır. Bu terim geniş anlaşılmış ve terimin kapsamına yalnızca devletlerarası ihtilaflar değil, işgal kuvvetlerine karşı silahlı direniş ve direnişe orantısız cevap ayrıca dahil edilmiştir. Dahası, bağışıklığın istisnası bir *jus cogens* kuralının ihlaline dayanamaz zira böyle bir ihlalin, bağışıklığın zımni feragati olacağına ilişkin uluslararası bir örf ve adet hukuku kuralı yoktur.

Anahtar Kelimeler: Yargı bağışıklığı doktrini, sınırlı bağışıklık doktrini, jure imperii, jure gestionis, jus cogens.

GREECE (COURT OF CASSATION)
514 PREFECTURE OF VOIOTIA
V.
FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY
(DISTOMO MASSACRE CASE) 1 (CASE NO 11/2000)
GREECE, COURT OF CASSATION (AREIOS PAGOS)
4 MAY 2000

ABSTRACT

In June 1944, German occupation forces in Greece massacred more than 300 inhabitants of the village of Distomo and burnt the village to the ground. In 1995, proceedings against Germany were instituted before the Greek courts, by over 250 relatives of the victims of the massacre, claiming compensation for loss of life and property. The Court of Livadia held Germany liable and ordered it to pay compensation to the claimants. Germany appealed to the Court of Cassation, on the ground that it was immune from the jurisdiction of the Greek courts. The appeal by seven votes to four was dismissed. The Greek courts were competent to exercise jurisdiction over the case. However four judges, including the President of the Court, concluded that Germany should be entitled to jurisdictional immunity. According to them the exceptions to immunity for claims in tort contained in the European Convention on State Immunity and the United Nations Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States did not include claims arising from situations of armed conflict. This term was to be broadly understood and extended not only to conflicts between States but also to armed resistance against occupying forces and the response to such resistance, however disproportionate. Furthermore, an exception to immunity could not be based on the violation of a rule of jus cogens since there was no rule of customary international law that such an infringement constituted a tacit waiver of immunity.

Keywords: Doctrine of state immunity, doctrine of restrictive immunity, jure imperii, jure gestionis, jus cogens.

(1) Devletlerin yargı bağısıklığı, bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralıyken, genel olarak kabul gören uluslararası bir hukuk kuralı halini almıştır. Bu kurala, Yunan Anayasasının 28. maddesinin 1. fıkrasında da yer verilmiş ve üstünlük tanınmıştır. Devletlerin yargı bağısıklığı doktrini, egemen devletlerin eşitliğinin bir sonucudur ve uluslararası ilişkilerde yaşanabilecek karışıklıkları önlemek amacıyla (pp. 515–16).

(2) Bugün Avrupa ülkelerince kabul edilmektedir ki, devletlerin yargı bağısıklığı egemenlik tasarrufundan kaynaklanan veya teknik olarak siyasal nitelikli eylemler ve işlemler (*jure imperii*) için uygulanabilirken; ticari veya özel hukuk kaynaklı eylemler ve işlemler (*jure gestionis*) için uygulanmamaktadır. Bu anlamıyla mutlak değil, sınırlıdır. 1972 yılında Basel’de kabul edilen Devletin Yargı Bağısıklığına İlişkin Avrupa Konvansiyonunda (Avrupa Konvansiyonu) sınırlı bağısıklık benimsenmiştir. Sadece sekiz Avrupa ülkesi (Almanya dahil) bu Konvansiyonu onaylamış ve Konvansiyonu imzalamayan diğer tüm Avrupa ülkeleri de sınırlı bağısıklık doktrinini kabul etmiştir. Avrupa Konvansiyonu, Avrupalı olmayan birçok devletteki gelişmeleri de etkilemiştir (pp. 516–17).

(3) Avrupa Konvansiyonunun 11. maddesine göre, haksız fiil iddialarına ilişkin başvuruya konu olaylar mahkemenin görüldüğü ülkenin sınırları içinde gerçekleşmişse, bu durumda bir devletin yargı bağısıklığından söz edilemeyecektir. Yabancı bir ülkenin organlarının haksız fiilleriyle, mahkemenin görüldüğü ülkenin sınırlarındaki insanlara ya da mallara vermiş olduğu zararlar, eylemlerin ticari veya özel hukuk kaynaklı olup olmadığı dikkate alınmaksızın, mahkemenin görüldüğü ülkenin yargılama yetkisine girmektedir. Bu, genel kabul görmüş uluslararası bir örf ve adet hukuku kuralıdır (pp. 517–18).

(4) Yargı bağısıklığı, sivillerin zarar görmesinin kaçınılmaz olduğu ülkeler arası askeri çatışmalara ilişkin başvurularda saf dışı bırakılamaz. Bunlardan kaynaklanan talepler normalde devletlerarası anlaşmalarla karşılanmaktadır. Fakat tazminata konu olan eylemlerin (özellikle insanlığa karşı suçlar) sivilleri değil, belli bir yerde bulunan doğrudan ya da dolaylı olarak askeri operasyonlarla bağlantısı olmayan belli kişileri hedef aldığı görüldüğünde bağısıklık kuralına bir istisna getirilmelidir. Ayrıca söz konusu eylemler, jus cogens kurallarını ihlal ediyorsa bağısıklık hakkından zımnen feragat edilmiştir (pp. 519–21).

Muhaliif Görüş: Mahkeme Başkanı da dahil olmak üzere dört hakim Almanya’nın yargı bağısıklığı olduğuna karar vermiştir. Silahlı çatışmalardan kaynaklanan talepler, Avrupa Konvansiyonunda ve Devletlerin ve Mallarının Yargısal Bağısıklığına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Taslak Metininde haksız fiilden kaynaklanan taleplere ilişkin bağısıklığın istisnalarından biri olarak yer almamaktadır. Bu terim geniş anlaşılmış ve terimin kapsamına yalnızca

devletlerarası ihtilaflar değil, işgal kuvvetlerine karşı silahlı direniş ve direniş orantısız cevap ayrıca dahil edilmiştir. Dahası, bağısıklığın istisnası bir *jus cogens* kuralının ihlaline dayanamaz zira böyle bir ihlalin, bağısıklığın zımnı feragati olacağına ilişkin uluslararası bir örf ve adet hukuku kuralı yoktur(pp. 521–4).

Aşağıdaki metin, Mahkeme kararının ilgili bölümleridir:

Medeni Usul Kanununun 559. maddesine dayanan bu temyiz, Federal Almanya Cumhuriyeti tarafından Livadia Üç Üyeli İlk Derece Mahkemesi'nin 137/1997 sayılı kararına karşı yapılmıştır.

1946 yılında Lahey'de imzalanan Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesinin 1. fıkrasına göre uluslararası hukukun kaynaklarından birisi de hukuk olarak kabul edilen ve uygulamanın delili niteliğinde olan uluslararası örf ve adet kurallarıdır. Buna göre uluslararası örf ve adet hukuku kuralından söz edilebilmesi için iki unsur gereklidir (a) “*pragmatik harici bir unsur olarak tutarlı ve yeknesak pratik*” ve (b) “*psikolojik bir unsur olarak, bu pratiğin belli bir hukuki yükümlülük ya da hakka uygun olduğuna dair kanaat (opinio juris sive necessitates)*”.

Bu doğrultuda devletler, ilişkilerinde olumlu ya da olumsuz belli bir uygulamayı devam ettiriyorsa, bu uluslararası hukuk açısından hukuki bir yükümlülük teşkil etmekte, daha sonra ise bir örf ve adet hukuku kuralı halini almaktadır. İlişkilerin doğası gereği uluslararası örf ve adet hukuku kuralının oluşumu, örf ve adet hukuku kuralının konusuna daha yakından ilgili duyan ülkeler açısından daha büyük bir etki doğurmaktadır. Devlet pratiğinin değerinin belirlenmesinde, bir örf ve adet hukuku kuralının oluşması için, uzun süreli bir uygulamanın gerekli olmadığı durumlar da göz ardı edilmeden, zaman unsuru dikkate alınmalıdır; zira süreklilik, uygulamada tutarlılık ve örf ve adet hukuku kuralının değerinin onaylandığını göstermektedir. İlk olarak, Yunan yasasının bir parçasını oluşturacak ve Anayasanın 28. maddesinin 1. fıkrasına göre bu kuralla çatışma halinde öncelikli olarak uygulanacak olan uluslararası örf ve adet hukuku kuralının, uluslararası hukukun genel kabul gören bir kuralı olarak ortaya konulması çok önemlidir. Bir örf ve adet hukuku kuralı oluştuğuna ilişkin delil olarak, Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 1951'de çıkardığı; uluslararası ve ulusal mahkeme kararları, diplomatik yazışmalar, devletlerin hukuki tavsiyeleri, uluslararası sözleşmeler, ulusal mevzuat ve uluslararası kuruluşların pratiklerini içeren belirleyici bir liste gösterilebilir. Sözleşmeler, bir örf ve adet hukuku kuralı zaten yürürlükteyse onu billurlaştırarak ya da yürürlükte değilse böyle bir kural yaratarak, uluslararası ve ulusal mahkemelerin yargısal kararları gibi, uluslararası hukuk kurallarının içeriğine ve varlığının tespitine katkı sağlayacaktır. Son olarak, hukuk doktrini ve özellikle

öğretileri, öne çıkan farklı milletlerden uluslararası avukatlar (Uluslararası Adalet Divanı Statüsü 38(l)(d)) hukuk kurallarının belirlenmesinde tamamlayıcı bir işlev yerine getirmektedir.

Ülkedışılık⁽¹⁾ ya da yargı bağımsızlığı, mahkemenin görüldüğü devletin uluslararası yargılama yetkisinin kabul edilmediği anlamına gelmektedir ki bu uluslararası bir örf ve adet hukuku kuralıdır ve uluslararası kamu hukukun da genel kabul gören bir kuralıdır. Ayrıca Anayasa 28(1)'e göre, Yunan hukukunun bir parçasıdır ve çatışma halinde öncelikli olarak uygulanacaktır.

Modern anlamda yargı bağımsızlığı doktrini egemenliğin, bağımsızlığın ve ulusların eşitliğinin bir sonucudur ve uluslararası ilişkilerde karışıklıkları önlemeyi amaçlamaktadır. Bugün yabancı devletlerin bağımsızlığının, onların tüm eylemlerini kapsamadığı (mutlak bağımsızlık) sadece üçüncü taraflarla ilişkilerinde egemenlik gücünün kullanılmasına dayanan eylemlerini kapsadığı, (*acta jure imperii*) uluslararası hukuk camiasınca kabul edilmektedir. Yani yabancı devletin ticari veya özel hukuk kaynaklı eylemlerini kapsamamaktadır (*acta jure gestionis*) (göreceli ya da sınırlı bağımsızlık). İkisi arasındaki fark, mahkemenin görüldüğü devletin hukukuna göre belirlenmektedir. Bu ayrımı yapmadaki kriter ise; yabancı devletin hareketinin egemenlik tasarrufu niteliğinde olup olmadığıdır. Bununla beraber, yabancı devletlerin yargı bağımsızlığının sınırlandırılmasına dair uluslararası eğilim, Avrupa Konseyi çerçevesinde Avrupa Konvansiyonunun (Basel, 1972) imzalamasıyla sonuçlanmıştır. Bu Konvansiyonda daha önce Kıta Avrupası uluslararası örf ve adet hukukunda yer alan bir düzenleme bulunmaktadır. Avrupa Konseyi üye ülkelerinden sekizi, bu Konvansiyonu onaylamıştır: Birleşik Krallık, Federal Almanya Cumhuriyeti, Avusturya, Belçika, Kıbrıs, Lüksemburg, Hollanda ve İsveç.

Bugüne kadar bu Konvansiyonun diğer Avrupa ülkeleri tarafından onaylanmaması, Konvansiyonun temel ilkeleri konusunda bir görüş ayrılığı olduğu anlamına gelmemektedir zira Avrupa ülkelerinin tümü sınırlı bağımsızlık doktrinini kabul etmekte ve teamülen uygulamaktadır. Aslında İtalya, Fransa ve Yunanistan gibi Konvansiyonu imzalamayan ülkelere bazıları bu doktrinden ilk yararlananlar arasındadır.

Konvansiyonun 11. maddesine göre imzacı taraf, kişiye ya da mala haksız fiille verdiği zararlarda (kasten ya da ihmali olarak bedene verilen zarar, adam öldürme, mülkiyetin yok edilmesi, kundakçılık gibi), eyleminin *jure imperii* ya da *jure gestionis* olup olmadığına bakılmaksızın, başka bir imzacı devletin yargılama yetkisine dair bağımsızlık iddiasında bulunamaz.

[1] Orjinal metinde “*extraterritoriality*” kelimesi yer almaktadır. (çevirenin notu).

Yabancı devletin haksız fiil sorumluluğunun doğmasına yönelik ek bir koşul, mahkemenin görüldüğü devletle bir bağlantının bulunmasıdır. Özellikle kümülatif olarak (a) eylem ya da işlemin mahkemenin görüldüğü devletin sınırlarında gerçekleşmiş olduğunun ve (b) eylem ya da işlemin failinin, olayların vukuu tarihinde, o ülkenin sınırları içinde olduğunun ortaya konulması gerekmektedir.

Buna ek olarak, 1972 tarihli Avrupa Konvansiyonu birçok yabancı devlete ilham vermiş ve onları etkilemiştir. Bu ülkeler yabancı devletin yargı bağımsızlığına mevzuatlarında yer vermiş ve haksız fiilden kaynaklı iddialarda bağımsızlığı dışlamıştır. Aynı şartlar sağlanırsa bu ülkesellik ilkesinin bir ifadesi olacaktır. Bağımsızlığın böyle bir istisnası Birleşik Devletler (1976 tarihli Yabancı Devletin Bağımsızlığı Kanunu, madde 1605(a)(5)), Birleşik Krallık (1978 tarihli Yargı Bağımsızlığı Kanunu, madde 5), Kanada (1982 tarihli Yargı Bağımsızlığı Kanunu, madde 6), Avusturalya (1985 tarihli Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı Kanunu, madde 13), Güney Afrika (1981 tarihli Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı Kanunu, madde 6) ve Singapur (1979 tarihli Yargı Bağımsızlığı Kanunu, madde 7) mevzuatlarında yer almaktadır. Ayrıca Birleşik Devletler, Kanada, Brezilya, Mısır, Birleşik Krallık, Almanya, Fransa, İtalya, Yunanistan, Eski Sovyetler Birliği, Çin, Hindistan ve Japonya gibi ülkeler ilk çalışmaları 1978'de başlayan “*Devletlerin ve Mallarının Yargısal Bağımsızlığına Dair Taslak Metin*”in son halini Genel Kurul’a sunmuştur. Bu önemli metin, uluslararası toplumun yargı bağımsızlığı konusundaki fikrini yansıtmaktadır. Söz konusu metin, Avrupa Konvansiyonunda yer alan ilkelerden ilham almıştır. Sözleşmenin 12. maddesinde daha geniş ve daha kapsamlı bir ifadeye yer verilerek yukarıda belirtilen şartlar altında yabancı devletin haksız fiil sorumluluğu konusunda bağımsızlığına istisna getirildiği belirtilmiştir: “*Eylem ya da işlem, bir diğer ülkenin sınırlarının tamamında ya da bir kısmında vukuu bulmuş ve o eylem ya da işlemin faili o eylem ya da işlem zamanında o ülkenin sınırlarında bulunmuş olması*”.

12. maddenin ekinde yer alan özel rapora ilişkin yorumlarda, bu hükmün ülkesellik ilkesine dayandığı açıklığa kavuşturulmuştur. Mahkemenin görüldüğü ülkenin sınırları içindeki insanlara karşı yabancı devletin organları ya da ajanlarınca kasten ya da ihmali (hatta siyasi suikast) olarak işlenen haksız fiillerle ilgili olduğu belirtilmiştir. Burada eylemlerin *jure imperii* ya da *jure gestionis* olduğu dikkate alınmamaktadır. Yukarıdaki Uluslararası Hukuk Komisyonu taslağına benzer olarak Uluslararası Hukuk Enstitüsü tarafından da bir karar hazırlanmıştır. Bu kararda (madde 2(2) (e)) mahkemenin görüldüğü devletin organlarının; ölüme, yaralanmaya, mülkiyetin kaybedilmesine ya da zarara uğratılmasına sebebiyet veren, mahkemenin görüldüğü ülke sınırlarında işlenen ve yabancı devlete ve onun ajanlarına atfedilebilen haksız fiillere ilişkin işlemlerde yetkili olduğu belirtilmiştir.

Ayrıca birçok ülkenin ulusal mahkemeleri, özellikle Birleşik Devletler mahkemeleri failin, eylemlerin işlendiği sırada mahkemenin görüldüğü ülkede bulunması, *juri imperii* niteliğindeki eylemlerinin mahkemenin görüldüğü ülkenin sınırlarında işlenmesi ve söz konusu eylemlerin haksız fiil teşkil etmesi halinde, özel kişilerce yabancı devletlere karşı ileri sürülen taleplerde yargılama yetkisi olduğuna hüküm vermektedir. Örneğin *Letelier v. Şili Cumhuriyeti* (488 F Supp 665 (1980)) davasında Birleşik Devletler mahkemeleri, Şili eski büyükelçisi Orlanda Letelier'e Birleşik Devletlerde düzenlenen bombalı suikastle ilgili davada yargılama yetkisi olduğunu kabul etmiştir. Suikast, Şili hükümeti tarafından düzenlenmiş ve onun organları tarafından icra edilmiştir; diğer bir deyişle *jure imperii* niteliğinde olan, insan haklarına ve uluslararası hukukun ilkelerine aykırı bir eylemdir. Benzer şekilde Birleşik Devletler mahkemeleri, *Liu v. Çin Cumhuriyeti* (642 F Supp 297 (1986)) davasında da yargılama yetkisi olduğunu kabul etmiştir. Dava konusu olayda, Birleşik Devletler sınırları içinde Tayvanlı hükümet karşıtı aktivist Henry Liu, Çin ajanları tarafından vurularak infaz edilmiştir ve bu anlamıyla devlet egemenliğinin kullanılmasına dair bir eylemdir (*jure imperii*).

Bağışıklığın bu istisnası uluslararası hukuk alanında öne çıkan birçok yazar tarafından da benimsenmiştir. Tüm bunlar değerlendirildiğinde devletlerin genel pratiğinin hukuk olarak kabul edildiği doğrulanmaktadır. Ayrıca uluslararası bir örf ve adet hukuku kuralı, Anayasanın 28. maddesinin 1. fıkrasında da belirtildiği üzere ulusal hukukun parçasıdır ve diğer hükümlerden üstün niteliktedir. Bu kural, bağışıklık ilkesinin bir istisnasıdır. Bu istisna vasıtasıyla yabancı bir ülkenin organları tarafından *jure imperii* niteliğinde olduğu dikkate alınmaksızın işlenen haksız fiiller nedeniyle kişilere ya da mallara verdikleri zararlara ilişkin davalarda ulusal mahkemelerin, uluslararası yargılama yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir. Fakat eylemlerin mahkemenin görüldüğü ülke sınırları içinde gerçekleşmiş olması ve eylemlerin vuku bulduğu zamanda yabancı devletin organlarının mahkemenin görüldüğü ülkede bulunuyor olması şartları aranmaktadır.

[Mahkeme çoğunluğunun görüşüne göre] kaçınılmaz olarak sivillerin zarar görmesiyle sonuçlanan ve bu sonuçtan kaynaklanan iddiaların normalde savaşın son bulmasından sonra devletler arasında imzalanan anlaşmalar yoluyla çözüme bağlandığı, genellikle devletlerarası uyuşmazlıkları içeren silahlı çatışma durumlarında ortaya çıkan [askeri operasyondan kaynaklanan] zararlara ilişkin iddialar söz konusu olduğunda, yargı bağışıklığı saf dışı bırakılamaz. Ancak, işlenmesi sebebiyle tazminat istenen suçlar, (özellikle de insanlığa karşı suçlar) sivillerin genel olarak hedef alınmadığı fakat belli bir bölgede askeri operasyonlarla doğrudan ya da dolaylı olarak ilişkisi olmayan, belirli bazı bireylerin mağdur

olduğu suçlar olduğunda, bağımsızlık kuralına bir istisna getirilmelidir. 1907 tarihli IV. Lahey Sözleşmesinin sonuna eklenen Kara Savaşlarının Hukuku ve Teamüllerine Dair Düzenlemelerin (Regulations on the Laws and Customs of War on Land) 43. maddesi ile doğrulandığı üzere; özellikle silahlı çatışma sürecinde gerçekleşen askeri işgal durumunda, ne egemenliğin devri, ne de normal şartlar altında işgalci kuvvetlerin saygı duymakla yükümlü olduğu yürürlükteki kuralların ilgası söz konusudur.

Bunlara ek olarak, işgalci kuvvet unsurlarının; egemen gücün kötüye kullanılması olarak suç oluşturan, yani, belirli ve görece sınırlı sayıda tamamen savaş-dışı ve masum sivillere karşı, direniş gruplarının sabotaj eylemlerinin intikamını almak üzere gerçekleştirilen bu eylemleri ülkedışılık (yargı bağımsızlığı) kavramının kapsamı dışındadır; ki bu eylemler medeni milletler tarafından genel kabul görmüş bir ilke olan, hiç kimsenin bir başkasının eyleminden dolayı cezalandırılmayacağı ilkesine aykırıdır (Bkz. İşgal edilmiş bölgede yaşayan ve bu bölgedeki askeri/militer grupların eylemlerinden sorumlu tutulamayacak olan kişilere para cezası ya da herhangi başka bir genel cezanın uygulanamayacağını öngören, yukarıda değinilen Düzenlemelerin 50. maddesi).

Bu yargılamalarda, davalı devletin yokluğunda, Mahkeme şu eylemlerin işlendiğini kabul etmiştir: Müttefik Kuvvetlerin savaş alanlarındaki başarılarının Yunan Özgürlük Kuvvetleri'nin direnişindeki istikrarlı yükseliş ile sonuçlanacağını fark eden Almanlar, bu direniş kuvvetlerinin moralini düşürmek ve çabalarının yoğunluğunu azaltmak amacıyla, grupça "temizleme" operasyonları ve masum insanların infaz edilmesi şeklinde, sistematik teröriste başlamıştır. Bu sebeple 10 Haziran 1944'te, Gestapo ve Livadia SS'te çalışan Almanlar, 20 Alman askerine Yunan kıyafetleri giydirmiş ve iki arabayla, diğer Alman arabalarının eşliğinde, Arachova'ya yönelmiştir. Almanlar oraya giderken, karşılaştıkları tüm Yunanlıları vurmakta ve öldürmekte idiler. Öğlene doğru Distomo'ya varmış ve imha faaliyetine başlamışlardır. Daha sonra Stiri Köyü'ne yönelmişlerdir. Ancak oraya giderken, Alman askerleri, Yunan direniş kuvvetleri tarafından pusuya düşürülmüştür. Direnişçiler, kılık değiştirmiş Alman askerlerinin 18'ini ve onlara şoför olarak eşlik eden bir Yunan'ı öldürmüştür.

Daha sonra, Almanlar sokağa çıkma yasağı ilan ettikleri Distomo'ya intikam almak amacıyla geri dönmüştür. Sonra köyü kuşatıp köyün çıkışlarına askerler yerleştirerek, yüzyıllar boyunca insanlığın şahitlik etmediği kıyım ve vahşete eş değerde toplu katliama başlamıştır. Kıdemli/kıdemsiz subaylar ve askerler yanlarındaki 12 rehineyi infaz ettikten sonra gruplara ayrılmış ve Distomo'nun zavallı sakinlerine bir evden öbürüne dolaşarak, tecavüz, sakat bırakma ve öldürme eylemleri gerçekleştirmek suretiyle vahşi canavarlar gibi saldırmıştır.

Yaşlı, genç, kadın, erkek demeden, çocukları bile kana susamışlıklarının kurbanı etmiştir. Varisi davalı devlet olan Üçüncü İmparatorluk unsurlarının geçirdiği bu intikam cinnetinin kurbanı olan kişilerin 201'inin, davacıların aile üyeleri olduğu özellikle belirlenmiştir. Davacılar, diğer istekleri yanında, yukarıda bahsedilen olaylarda yakınlarını kaybetmiş olmaktan kaynaklanan manevi zarar için tazminat talep etmektedir.

[Mahkeme çoğunluğunun görüşüne göre] bu suçlar, (aynı zamanda insanlığa karşı suç teşkil eden kasten öldürme suçu) yerel nüfusu korkutmak amacıyla gerçekleştirilen operasyonda yer alan kılık değiştirmiş Alman askerlerinin öldürülmesinden, yaptıkları direniş eylemleri çerçevesinde, sorumlu olan direniş grubuyla hiçbir bağlantısı olmayan, belirli bir bölgede yaşayan, görece sınırlı sayıdaki belirli insanlara karşı işlenmiştir. Objektif bir gözle söylenebilir ki, bu vahşi öldürme eylemleri askeri işgali muhafaza etmek ya da direniş hareketini zayıflatmak için hiçbir şekilde gerekli değildi. Bu eylemler, yargılamayı gerçekleştiren devletin, yani Yunanistan'ın topraklarında Üçüncü İmparatorluk kuvvetlerince, egemenlik gücü aşılacak suretiyle gerçekleştirildi. Davalı devletin unsurları bu suçların işlenişinde yer aldıkları için; zararlar ve maddi tazminata ilişkin iddialar, ilk derece mahkemesinin uluslararası yargılama yetki alanı içinde kalmaktadır. Çünkü dava konusu olay, yukarıda sonuca bağlandığı üzere, uygulama alanı bulan, uluslararası örf ve adet hukukunun ilgili kuralı gereğince bağışıklık imtiyazının istisnası niteliğindedir.

Sonuç olarak, ilk derece mahkemesi, davalı devletin bağışıklık hakkını kullanamayacağı konusunda farklı bir temele dayanarak da olsa, –ki, organları tarafından gerçekleştirilen dava konusu eylemlerin *jus cogens* kurallarına aykırı olması ve egemenlik tasarrufu niteliğinde olmaması sebebiyle, davalı devlet bağışıklık hakkından zımni olarak vazgeçmiştir– davacıların uğradıkları zararlar ve maddi tazminat hakkındaki iddialarıyla ilgili uluslararası yargı yetkisine sahip olduğuna karar vermeye yetkilidir (1907 tarihli IV. Lahey Sözleşmesinin sonuna eklenen Kara Savaşlarının Hukuku ve Teamüllerine Dair Düzenlemeler m. 46). Bu sebeple, uluslararası yargı yetkisinin varlığı sorunu hakkında, ilk derece mahkemesinin, uluslararası yargı yetkisinin bulunmadığı iddiasının kabul edilemez olduğu sonucuna ulaşması doğrudur.

Dolayısıyla [bu Mahkemenin çoğunluğunun düşündüğü üzere] temyiz iddiaları reddedilmelidir. Çünkü bu iddialar, Yunan mahkemelerinin uluslararası yargı yetkisine ilişkin usul kurallarının (Medeni Usul Kanununun 3 ve 4. maddeleri) ihlali anlamına gelmektedir. Özellikle temyiz için temel teşkil eden, ilk derece mahkemesinin uluslararası örf ve adet hukuku çerçevesinde, dava konusu olayın yabancı devletlerin bağışıklığının istisnası olduğuna karar

vermekte hatalı olduğu yönündeki ilk sav kabul edilemez. Temyiz başvurusu reddedilmiştir.

MUHALEFET ŞERHLERİ

[Beş kişiden oluşan bir azınlık (Başkan Matthias ve Yargıçlar Kromydas, Rigos, Bakas ve Vardavakis) aşağıdaki noktalarda karara muhalif kalmıştır:]

1972 tarihli Avrupa Konvansiyonu bütün hükümlerinde daha önce formüle edilmiş uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının kodifikasyonundan ibaret değildir. Yargılamayı yapan devletin topraklarında bulunan fail tarafından gerçekleştirilen haksız fiiller konusunda yargı bağımsızlığının istisnası kuralı, bu haksız fiillerin egemenlik tasarrufu olarak ortaya çıktığı durumlarda (*jure imperii*), uluslararası örf ve adet hukukunda genel olarak kabul edilmiş bir kurala karşılık gelmemektedir. Üstelik bu Konvansiyonu şimdiye kadar yalnızca sekiz ülke onaylamıştır ve bu tür bir istisna öngören herhangi bir başka uluslararası sözleşme metni bulunmamaktadır. Yukarıda değinilen Anglo-Sakson ülkelerinin ulusal mevzuatlarında kendi yargı mercileri önünde başka devletlerin bağımsızlığını sınırlandıran böyle istisnalar öngörmeleri, uluslararası örf ve adet hukuku kuralının tespiti açısından önem arz etmemektedir. Çünkü ulusal mahkemelerin yetkisi hakkında tek taraflı olarak iç hukukun bir parçası haline getirilen ve dolayısıyla iki taraflı olmayan bu metinler, uluslararası hukuk düzeninin bir parçasını teşkil etmemektedir. Sonuçta, çoğunluğun dayandığı Amerika Birleşik Devletleri mahkemelerinin verdiği iki karar, uluslararası örf ve adet hukuku kuralının varlığına delil teşkil etmez çünkü bu mahkemeler, uluslararası hukuk kurallarını değil; ulusal mevzuatı uygulamaktadır.

Ayrıca, Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 1978'de hazırlamaya başladığı ve 1991'de Genel Kurul'a sunduğu Tasarı (Devletlerin ve Mallarının Yargısal Bağımsızlığına Dair Taslak Metin) yalnızca bir tasarı olma özelliğini günümüzde devam ettirmektedir, tıpkı Uluslararası Hukuk Kurumu'nun tasarı maddeleri gibi. Bu belgeler, yargılamayı yapan devlet ülkesinde gerçekleştirilen haksız fiillerden *jure imperii* sorumluluğa ilişkin yargı bağımsızlığının herhangi bir istisnasını ortaya koyan bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralının bulunmadığını gözler önüne sermektedir. Bu taslak belgeler üzerinde bir anlaşmaya varılamamış olması ve bu belgelerin bağlayıcı bir metin haline gelmemiş olması; bu belgelerin içerdiği düzenlemelerin, dava konusu bağımsızlığın istisnası meselesi hakkında, genel olarak kabul edilmiş uluslararası örf ve adet hukuku kuralı niteliğinde olmadığını göstermektedir. Buna ek olarak, Amerikalılar-Arası Hukuk Komitesi tarafından 1983'te oluşturulan Amerika Devletlerinin Egemenlik Bağımsızlığı Hakkında Tasarı Maddeler'de, yargılamayı

yapan devlet ülkesinde gerçekleştirilen haksız fiillerden sorumluluğu konusunda yargı bağımsızlığına getirilen istisna, ticaret hukuku çerçevesinde ortaya çıkan fiillerle sınırlandırılmış ve egemenlik tasarrufu niteliğindeki eylemlerden kaynaklanan *juri imperii* haksız fiiller hariç bırakılmıştı (Madde 5(1) ile bağlantılı olarak madde 6(e)). Egemenlik tasarrufundan kaynaklanan *juri imperii* haksız fiiller konusunda yargı bağımsızlığını tanıyan İngiliz mahkemelerinin içtihatları da önemlidir (Congreso del Partido, 1983; Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways, 1995. Daha fazla genel tartışma için bkz. Académie de Droit International, Recueil des Cours, 1980 II, cilt 167, Sir Ian Sinclair, ss. 141 vd.)

[Dört kişiden oluşan bir azınlık (Başkan Matthias ve Yargıçlar, Rigos, Bakas ve Vardavakis) aşağıdaki noktalarda karara muhalif kalmıştır:]

Avrupa Konvansiyonunda yer alan haksız fiiller için yargı bağımsızlığı kuralına getirilen istisna, silahlı çatışmalardan doğan haksız fiilleri kapsamamaktadır. Devletlerin ve Mallarının Yargısal Bağımsızlığına Dair Birleşmiş Milletler Taslak Metninin 12. maddesiyle ilgili bu tasarıda yer alan açıklamaya göre, haksız fiilden dolayı getirilen istisna, “*silahlı çatışma durumlarından*” kaynaklanan hiçbir iddiayı kapsamamaktadır. Bu ifade çok geniştir; savaştaki sadece özel bir eyleme ya da olaya atıf yapmamakta; her şart altında her türlü silahlı çatışmayı kastetmektedir. Ne saldırgan ile mağdur arasında, ne silahlı çatışmanın türü ve sonuçlarıyla ilgili, ne de silahlı çatışmanın askeri unsurlar arasında kalıp kalmadığı ya da sivillere yönelik yönelmediği konusunda ayırım yapılmıştır. Egemenlik bağımsızlığı hakkında uluslararası sözleşmeleri imzalayan ya da bu tür sözleşme tasarılarını değerlendiren devletlerin, öyle görünüyor ki, yalnızca organize askeri çatışmalardan doğan zararlar için ileri sürülen iddialara karşı değil, silahlı çatışmaların her türünden doğan zararlardan kaynaklanan iddialar hakkında egemenlik bağımsızlığından yararlanmak istedikleri göz önünde bulundurulduğunda, bu geniş kapsamlı ifade anlaşılabilir. Bu tür çatışmalar, işgal edilen ülkenin silahlı direnişi ve işgalci ülkenin bu direnişi kuvvet kullanarak bastırma çabalarını da kapsayan, etkin karşılaşmanın çeşitli biçimlerinin ifadesini oluşturur. Bazı olayları silahlı çatışma kavramının kapsamında kabul edip bazılarını kabul etmeme yönünde, silahlı çatışmaları çeşitli safhalara ayırma çabaları, yapaydır ve gerçeğe karşılık gelmemektedir. Sonuç olarak, muhalif azınlığa göre, devletlerin, kendi aralarındaki genel bir çatışma durumundan kaynaklanan her türlü iddia karşısında bağımsızlıktan yararlandıkları kabul edilmelidir. Yakın zamanda gerçekleşen birçok savaş ve bu savaşlar sırasında uygulanan birçok kısıma rağmen, dünyanın hiçbir yerinde, özellikle de bağımsızlık kuralının istisnasına dayanarak, uğranan zararlar hakkında başarıya ulaşmış bir iddianın mevcut bulunmadığı gerçeği de bu yorumu desteklemektedir.

[Yukarıda adı geçen, dört kişiden oluşan azınlık aşağıdaki noktalarda da karara muhalif kalmıştır:]

Yukarıda açıklanan bütün şartlarda, her ne kadar korkunç ve vahşice gerçekleşmiş olsa da, Distomo'daki sivillerin grupça katledilmesi, Yunan direnişiyle düşmanın askeri kuvvetleri arasında vukuu bulan silahlı çatışma ile doğrudan alakalıydı. Gerçekten de, açıkça kabul edilmiştir ki:

(a) Terörist eylemler, “*temizleme*” operasyonları ve masum sivillerin infazı olayları, “*direnin moralini düşürmek ve onların savaş gücünün yoğunluğunu azaltmak amacıyla*” Alman işgal kuvvetleri tarafından gerçekleştirilmiştir çünkü “*müttefiklerin savaş alanlarındaki galibiyetleri Yunan Özgürlük Kuvvetleri'nin direnişindeki yoğunluğu arttıracaktır*”;

(b) Almanlar yukarıdaki hedeflerine ulaşmak amacıyla karşılaştıkları her Yunan'ı vurup öldürmüşlerdir. Ve bu eylem, askeri çatışmanın bir bölümünü oluşturmaktadır;

(c) Stiri Köyü'ne giderken Alman kuvvetleri, 18 Alman'ı aynı askeri çatışma çerçevesinde öldüren Yunan direniş unsurları tarafından pusuya düşürülmüştür;

(d) Daha sonra Almanlar, intikam almak amacıyla, Distomo'ya geri gitmiş ve köyü kuşatarak toplu katliama başlamıştır.

Sonuç olarak, bu toplu katliam aynı silahlı çatışma bünyesinde gerçekleşmiştir. Bu katliam; zaman ve sebep açısından, kendisinden önce gerçekleşen 18 Alman askerinin öldürülmesi olayına bağlıdır çünkü direniş kuvvetlerinin bu eyleminden hemen sonra gerçekleşen bir cevap niteliğindedir. Bu cevap, orantısız ve vahşi olsa da, silahlı çatışma kapsamı içinde kalmaktadır, çünkü olaylar direnişçilerden intikam almak çerçevesinde gerçekleşmiştir. Ayrıca, Alman Devleti'nin bağımsızlığına getirilecek istisna *jus cogens* teşkil eden uluslararası kuralların ihlali temeline dayandırılmaz, zira böyle bir ihlalin yargı bağımsızlığını zımnen ortadan kaldırdığını belirten herhangi bir uluslararası örf ve adet kuralı bulunmamaktadır. Sonuç olarak, muhalif görüşe göre, dava konusu iddialar Yunan mahkemelerinin yargı yetkisi alanına girmemektedir çünkü Alman Devleti, bu iddialar hakkında, ülkedışılıktan (yargı bağımsızlığı) yararlanmaktadır. Bu sebeple temyiz talebinin kabulü, ilk derece mahkemesi kararının bozulması ve iddianın reddi gerekirdi.

Not: Almanya'nın temyizinin reddini takiben, Livadia İlk Derece Mahkemesi'nin tazminat kararı kesinleşmiştir. Fakat Alman otoriterler, karara uymamıştır. Bunun üzerine davacılar, Yunanistan'daki Alman mallarına karşı

icra takibi yürütülmesini talep etmiştir. Yabancı bir devlete karşı böyle bir icra takibinin yürütülmesi, Medeni Usul Kanunu'nun 923'üncü maddesi uyarınca Adalet Bakanlığı'nın iznine tabidir. Fakat böyle bir izin, Bakanlık tarafından verilmemiştir. 14 Eylül 2001'de yapılan yargılamada Atina Temyiz Mahkemesi, Almanya'ya karşı yürütülen icraya yönelik itirazı, 923. maddenin ihlal edildiği zira söz konusu maddenin uluslararası ilişkilerin zedelenmesini önleme amacıyla kamu yararını gözettiği gerekçesiyle kabul etmiştir. Mahkemeye göre 923. madde, etkili yasal koruma hakkının reddi olmadığı gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesine de aykırı değildir. Çünkü kararının icrasına dair mutlak bir yasak yoktur ama devlet onayı, bir gereklilik olarak öngörülmüştür. Bu karara karşı yapılan itiraz, 28 Haziran 2002'de reddedilmiştir. Davacılar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin 1. fıkrası uyarınca Livadia İlk Derece Mahkemesi'nin kararını uygulamayı reddeden Yunan ve Alman otoritelerine karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur.